

Ril

Revista de Informação Legislativa

nº 198

Brasília | abril - junho/2013

Ano 50

SENADO FEDERAL





SENADO FEDERAL

Mesa

Biênio 2013 – 2014

Senador Renan Calheiros

PRESIDENTE

Senador Jorge Viana

PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE

Senador Romero Jucá

SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE

Senador Flexa Ribeiro

PRIMEIRO-SECRETÁRIO

Senadora Ângela Portela

SEGUNDA-SECRETÁRIA

Senador Ciro Nogueira

TERCEIRO-SECRETÁRIO

Senador João Vicente Claudino

QUARTO-SECRETÁRIO

SUPLENTE DE SECRETÁRIO

Senador Magno Malta

Senador Jayme Campos

Senador João Durval

Senador Casildo Maldaner



Brasília | ano 50 | nº 198
abril/junho – 2013



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: Doris Marize Romariz Peixoto

SECRETÁRIA-GERAL DA MESA: Claudia Lyra Nascimento

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: Angelina Almeida Silva. REVISÃO DE ORIGINAIS: Thiago Adjuto e

Walfredo Vianna. REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Jéssica Costa e Vanessa Pacheco. REVISÃO DE PROVAS:

Jussara Shintaku e Maria José Franco. EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Letícia Torres e Yara Ribeiro.

PROJETO GRÁFICO E CAPA: Lucas Santos de Oliveira. FOTO DA CAPA: Regina Lucia Sousa Rodrigues.

IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

CORPO TÉCNICO: Alessandro Hirata – Antonio José Barbosa – Ana Carla Bliacheriene – Ana Lucia Romero Novelli – Antônio Flávio Testa – Arlindo Fernandes de Oliveira – Benedito Cerezo Pereira Filho – Bruno Dantas – Camilo Zufelato – Carlos Fernando Mathias de Souza – Carlos Henrique Rubens Tomé Silva – Cláudio Araújo Reis – Cynthia Carneiro – Danilo Augusto Barboza de Aguiar – Eduardo Saad Diniz – Fabiana Severi – Fabiano Augusto Martins Silveira – Fernando Boarato Meneguim – Flávia Santinoni Vera – Guilherme Adolfo Mendes – Gustavo Saad Diniz – Ivan Dutra Faria – Jair Aparecido Cardoso – João Henrique Pederiva – João Trindade Cavalcanti Filho – José Carlos Evangelista Araújo – Leany Barreiro de Sousa Lemos – Luiz Renato Vieira – Lydia Neves Bastos Telles Nunes – Marcio de Oliveira Junior – Marcos Magalhães de Aguiar – Marcos Paulo da Rocha Eirado – Nuno M. M. Coelho – Paulo Ricardo dos Santos Meira – Paulo Lopo Saraiva – Pedro Braga – Rafael Silveira e Silva – Renato Monteiro de Rezende – Ronaldo Costa Fernandes – Ronaldo Jorge Araújo Vieira Júnior – Rubens Beçak – Tarciso Dal Maso Jardim – Tatiana Lacerda Prazeres – Thiago Marrara – Tiago Ivo Odon – Valerio de Oliveira Mazzuoli

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- , n. 34- , publicada pela Subsecretaria de Edições Técnicas.

ISSN 0034-835x

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

Publicação trimestral da

Coordenação de Edições Técnicas

Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III, Praça dos Três Poderes

CEP: 70.165-900 – Brasília, DF. Telefones: (61) 3303-3575, -3576 e -3579

Fax: (61) 3303-4258. 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 **Justiça e equidade**
Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha
- 33 **Possibilidade de extinção de concessão de serviço público justificada na recuperação judicial de sociedade empresária. O caso do setor elétrico brasileiro**
André Saddy
- 59 **Code civil francês. Gênese e difusão de um modelo**
Eugênio Facchini Neto
- 89 **A Constituição de Cádiz de 1812**
Helga Maria Saboia Bezerra
- 113 **O capital na comunicação social**
Ricardo Antonio Lucas Camargo
- 141 **A participação do Senado no controle difuso de constitucionalidade**
Nina Trícia Disconzi Rodrigues
Ondina Maria Paulino Pinós
- 169 **Zoneamento Ecológico-Econômico e Imposto Territorial Rural. Instrumentos para o desenvolvimento sustentável**
Liziane Angelotti Meira
Rhauá Hulek Linário Leal
Pérsio Henrique Barroso
- 189 **Islas Malvinas versus Falkland Islands. O arquipélago da discórdia**
Marco Aurélio Gumieri Valério
Luiz Antonio Soares Hentz
- 211 **Análise dos direitos sociais constitucionais à luz da Retórica**
Luiz Henrique Diniz Araujo
- 225 **O Ministério Público brasileiro e a implementação de políticas públicas**
Luciano Moreira de Oliveira

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

- 241 **Heurística do poder e perspectivas críticas ao Estado de Direito. Uma leitura a partir de Walter Benjamin**
Caio Henrique Lopes Ramiro
- 257 **O problema de uma definição substantiva e transcultural do Direito. Algumas notas sobre a Teoria Sociológica Geral do Direito, de Cláudio Souto**
Emmanuel Pedro Ribeiro
Mariana Vieira Ribeiro
- 267 **Contratos de cooperação tecnológica e inovação. Uma análise a partir do Direito como integridade e identidade**
Marcos Vinicio Chein Feres
Juliana Martins de Sá Müller
Ludmila Esteves Oliveira

Seção Resenha Legislativa da Consultoria Legislativa do Senado Federal

- 285 **Algumas notas históricas sobre o processo penal canônico**
Claudio Demczuk de Alencar

Justiça e equidade

RICARLOS ALMAGRO VITORIANO CUNHA

Sumário

1. Introdução. 2. O horizonte do justo. 3. A jurisdição como exemplar privilegiado da ética. 4. A dimensão da equidade e o sentido da norma jurídica. 4.1. Equidade e expectativa razoável. 4.2. O problema da fundamentação das decisões judiciais. 5. Conclusão.

1. Introdução

Sob um viés material reducionista (que prestigia, por sua vez, um aspecto orgânico), a Justiça pode ser assumida como aquela atuação de um corpo técnico devidamente aparelhado para aplicar aos casos singulares os preceitos normativos que integram o sistema jurídico de um determinado Estado. Assim concebida, a justiça é uma instituição que atua visando a um fim preciso e estéril: o de aplicar as normas jurídicas estabelecidas aos casos que são submetidos à sua apreciação. Tal é o aspecto que sobressai ao denominarmos as cortes judiciais de Tribunais de Justiça, e daí derivando o encurtamento observado cotidianamente na referência simplificada à justiça, como *locus* de um aparato estatal onde aquela atividade é desempenhada, tal como revelam as expressões: “vou à justiça propor uma ação”, “se fosse você buscaria uma reparação na justiça” etc.

Nessa aproximação simplificada, por paradoxal que possa parecer, perde-se a ideia de finalidade. É que, a despeito do seu conceito, esse fim confunde-se com o próprio atuar daquele corpo orgânico, com o próprio processo de sua manifestação. Assim, disperso na ação, o conceito perde o *telos* próprio que o Direito exige. E qual seria ele? Curiosamente, essa teleologia converge na própria ideia de Justiça – porém, agora ostentando inicial maiúscula para diferenciá-la daquela justiça institucional e, ade-

Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha é juiz federal. Mestre (UGF) e Doutor em Direito Público (PUC-MG). Doutorando em Filosofia (UFRJ).

mais, para servir à última simultaneamente como vetor de orientação e parâmetro de qualificação.

Portanto, já não se trata de algo estéril, tal como esboçado inicialmente, mas de uma atuação vinculada a valores e, mais precisamente, ao valor da Justiça. Daí se tem a possibilidade de aferir se, ao agir mediante a aplicação das normas jurídicas aos casos que são submetidos à sua apreciação, a justiça atuou de maneira adequada, correta, de acordo com a ideia de Justiça, o que efetivamente requererá um esforço para melhor precisá-la.

A par desse incremento qualificativo à ação, sedimentado na ideia de fim, é preciso que a ação mesma seja justificada tendo aquele em vista. Com isso, aquela atuação é densificada pela necessidade de um princípio justificador, um fundamento. E que princípio é esse? Curiosamente, a própria Justiça. Aquele vetor privilegiado, além de *telos* que orienta a ação, o qual marca um destino para esta, atua também como *arché*, como princípio em que ela se sedimenta. O princípio transporta-nos para a necessidade de fundamentação daquela atuação judicial.

Este preâmbulo expõe o horizonte do presente trabalho: a associação necessária entre o Direito e a Justiça, a atuação judicial do Direito segundo parâmetros de Justiça, os quais lhe servirão de norte, bem como de referência para a fundamentação daquele agir.

2. O horizonte do justo

Fixado o duplo papel da Justiça no âmbito do jurídico, o de *telos* e de *arché*, ficamos a depender de uma compreensão do que é o justo, sob pena de ingressarmos em um universo meramente retórico, imprestável para uma orientação firme no atuar do Direito.

Temos com a Justiça uma relação de familiaridade, uma pré-compreensão desse fenômeno que, de certa forma, já nos faz sentir ambientados naquilo que é justo, muito embora isso não se dê de uma forma tematizada, como agora pretendemos estabelecer¹. Contudo, é preciso receber essa reflexão com a devida cautela, a fim de que dela não se espere um procedimento de rigor que acabe promovendo um encurtamento do seu próprio alcance. Menos que conceitos, aqui pretendemos estabelecer índices formais que deem conta da explicitação de um fenômeno, isto é, de algo tal como ele nos aparece naquilo que é². Esse é o norte de toda a

¹ Lembra Agostinho (1979, p. 478), quando, colocando a questão acerca do que é o tempo, adianta que “se ninguém me pergunta acerca dele, eu o sei, mas se quero explicá-lo a quem pergunta, não o sei”.

² Como salienta Aristóteles (1985) em sua *Ética Nicomaqueia*, é próprio do homem instruído buscar a exatidão em cada matéria na medida em que a admite a natureza do assunto (1094b24-25).

investigação, uma fenomenologia do jurídico, enquanto atuar do Direito referido à Justiça.

Partindo desse referencial de abordagem, parece-nos apropriado falar não de um conceito de Justiça, mas de um horizonte do justo. A ideia de horizonte contrapõe-se à de conceito, pois o primeiro se estabelece no aberto, enquanto o último agarra, enclausura e, de certa forma, obscurece-se. Por outro lado, não há estagnação, pois o horizonte é sempre dinâmico, ajustando-se ao nosso caminhar, o que reflete bem a ideia de Justiça, porquanto não se pode aqui pretender ingressar no absoluto, mas evidenciá-la no horizonte dinâmico da própria historicidade que integramos.

De fato, as grandes arquiteturas conceituais sobre o tema, em que pese a sua constância na história da humanidade, não dão conta desse complexo fenômeno, parecendo eclodir desse contexto múltiplas concepções que disputam entre si uma primazia conceitual que, não raro, são verdadeiras apenas para aqueles que as professam, recaindo no perigo de servirem de instrumento à efetivação de ideologias, tal como nos adverte Gustavo Zagrebelsky e Carlo Martini (2006, p. 18):

“O máximo a que se chegou foi isto: justo é o que guarda correspondência com a própria visão da vida em sociedade (a justiça, diz-se, dá-se necessariamente em uma relação social), injusto é o que vai de encontro a ela. Assim, sem embargo, a justiça renuncia à sua autonomia e se perde nos ideais, nas ideologias ou nas utopias. Reduz-se a um artifício retórico para reivindicar esta ou aquela visão política [...] por trás do chamamento aos valores mais elevados e universais é fácil que se esconda a mais impiedosa luta pelo poder, o mais material dos interesses. Quanto mais puros e sublimes são estes valores, tanto mais terríveis são os excessos que os justificam.”

O grande problema parece residir na densidade do conceito, que não abre mão da

referência a múltiplos valores secundários que se inserem na sua estrutura. Apenas para exemplificar: se nos escoramos em uma visão utilitarista, resumida na ideia de maximização de felicidade para um maior número de pessoas, a despeito da ausência de fundamento para tal concepção do justo, já que procura fundá-lo no que resulta da própria decisão, certo é que a própria noção de felicidade carece de maior reflexão para viabilizar a sua aplicação. Já na visão dos juriconsultos romanos, repousaria a Justiça na atribuição a cada um do que é seu – mas, afinal, o que é de cada um? Essa indeterminação faz dessa noção um alvo fácil de apropriação por ideologias que se prestariam a justificar ações que, a pretexto de consolidarem uma fórmula de justiça, seriam uma máxima de poder, como já o percebia Zagrebelsky e Martini (2006, p. 21).

Por outro lado, podemos recorrer a um conceito de Justiça que, partindo da constatação da vocação humana à apropriação da maior parcela possível de bens, transpareça mais realista que qualquer outra construção teórica. É o que se dá em John Rawls (1999), quando nos remete a uma suposta posição original que, marcada pelo desconhecimento, inviabilizaria uma tomada de posição pautada pelas apetências naturais, o que acabaria por redirecioná-la a uma decisão mais consentânea com o bem comum. Assim, ignorância e igualdade são assimiladas como termos correlativos. De fato, se não detemos o conhecimento preciso da nossa situação, melhor que pautemos a nossa atuação com base em princípios alinhados com a mais equânime distribuição possível de bens, pois assim talvez não sejamos agraciados com o melhor dos mundos, mas certamente também não seremos aquinhoados com o pior deles.

Essa engenhosa arquitetura padece de uma ingenuidade surpreendente: a de que essa posição originária é um lugar abstrato e meramente especulativo, no qual jamais nos encontramos.

A própria noção de conhecimento, além de demandar uma partilha que não é igualitária, nunca pode ser assumida generalizadamente como um nada. Não somos jamais investidos nesse pretensível véu de ignorância, em que “ninguém sabe qual é o seu lugar na sociedade, a sua posição de classe ou seu *status* social [...] a sua sorte na distribuição de dotes naturais e habilidades, sua inteligência e força, e assim por diante” (RAWLS, 1999, p. 118), em que tampouco se conheça a própria “concepção do bem, as particularidades do seu plano de vida racional, ou ainda os traços característicos da sua psicologia [...] as circunstâncias particulares da sua própria sociedade [...] a geração a que pertencem” (RAWLS, 1999, p. 118).

De fato, como entes compreensivos que somos, detemos algum conhecimento da nossa situação, ainda que equivocado, o que nos lança a um campo de deliberação que viabiliza a afirmação egoísta dos nossos desejos em cada caso, exatamente o que o modelo pretende afastar.

Como alternativa ao modelo de Rawls, podemos lançar-nos ao outro extremo, aquele que prestigia o conhecimento para a deliberação eticamente correta. Aqui, o que temos é uma premissa exatamente oposta, com ressonância socrática, no sentido de que o agir mal derivaria da ignorância. Em verdade, nada nos assegura que a razão seja tão potente; ao contrário, a história dá-nos inúmeros exemplos de déspotas esclarecidos. Nesse sentido, a advertência de Zagrebelsky e Martini (2006, p. 23):

“Ademais, não é em uma asséptica ‘posição original’ e sobre a fria mesa da anatomia dos conceitos onde a Justiça mostra o seu verdadeiro rosto (desfigurado), mas nas desgraças sociais e dali grita ao céu e aos homens. Consequentemente, é ingênua a ideia de que a luz racional dos homens livres de vínculos conduza automática e univocamente ao bem e à Justiça.”

Como assinala Chaïm Perelman (2005), a noção de Justiça é prestigiosa, porquanto envolvida em valores, os quais, por sua vez, dão-lhe uma forte carga emotiva. Por isso mesmo, o acordo conceitual nesse tema é quase irrealizável ou o é em uma fraquíssima medida. De fato, as discussões nesse âmbito seriam absurdas se partíssemos do princípio de que tais definições são meramente arbitrárias; mas, não sendo esse o caso, ou seja, se lhes é reconhecido certo significado, então necessitamos de um acordo acerca de valores, o qual provocará uma concorrência entre múltiplas concepções de mundo, onde cada um busca definir o que vale ou não. Esse quadro é responsável pela ocorrência de uma inevitável confusão. Daí a sua conclusão de que a Justiça é uma noção prestigiosa e confusa:

“Com efeito, quanto mais uma noção simboliza um valor, quanto mais numerosos são os sentidos conceituais que tentam defini-la, mais confusa

ela parece, a tal ponto que nos perguntamos às vezes, e não sem razão, se o sentido emotivo não é o único que define essas noções prestigiosas e se não temos de resignar-nos, de uma vez por todas, à confusão que se prende ao sentido conceitual delas” (PERELMAN, 2005, p. 6).

Esse quadro mostra-se quase trágico, diante da constatação de que “uma análise lógica da noção de justiça parece constituir uma verdadeira aposta. Isso porque, entre todas as noções prestigiosas, a de justiça parece uma das mais eminentes e a mais irremediavelmente confusa” (PERELMAN, 2005, p. 7). Nas palavras de Jacqueline Russ (1999, p. 7), há um fosso entre a exigência ética e o seu efetivo trabalho de fundação, pois “a ética, reivindicada em toda a parte, ancora dificilmente suas normas e valores em um lugar que os funde e os justifique. Ela parece mesmo, às vezes, não encontrável”.

Entretanto, essas considerações iniciais não devem provocar um sentimento de impotência tamanha que nos torne cépticos em relação à possibilidade de alguma fundamentação racional do justo. A fragilidade do arcabouço teórico-especulativo apenas sinaliza para o caráter prático do tema e a Justiça é efetivamente um elemento relevante para a fundamentação das decisões relacionadas ao nosso agir. Nesse sentido, a advertência de Zagrebelsky e Martini (2006, p. 35):

“Nossa ignorância teórica sobre o conteúdo da Justiça não exclui que possamos dizer algo importante sobre suas diversas formas: formas que não são fórmulas vazias, mas que requerem distintos modos – às vezes antagônicos, às vezes complementares – de entender o *ethos* na experiência prática de quem crê e busca atuar conforme a justiça.”

Então, a despeito da nossa fragilidade diante do tema, retomamos a nossa proposta inicial, no sentido de que o importante não estaria na conformação de um modelo teórico que encampe todas as manifestações da Justiça, mas na evidenciação de notas comuns naquilo que nos aparece como sendo justo.

De fato, ordinariamente não estamos envolvidos no questionamento acerca da Justiça em si, mas constantemente nos encontramos emitindo juízos de valor a ela relativos, quanto a situações que presenciamos ou em que nos envolvemos diretamente, no sentido de afirmar que isso ou aquilo é justo ou injusto. Assim, a ideia de Justiça é transplantada para o plano da concreção. Mais ainda, o justo ou injusto em cada caso parece relacionar-se com alguma norma de caráter deontológico. Ou seja, diante de uma dada situação que exige um posicionamento do agente, ele não apenas coloca a questão de como deve agir³; mas também à resposta a

³ Veremos mais adiante que essa questão é inteiramente aplicável aos juizes na execução de seu mister.

esse primeiro questionamento segue-se outra indagação: por que *devo* agir assim e não de outra forma? Essa última fase se encontra no plano da justificação daquela decisão inicial. Assim, em um sentido muito amplo, podemos afirmar que toda ação racionalmente motivada está fundada em alguma norma que a determina.

Essa ideia de normatividade que permeia o justo remete-nos ao importante marco da igualdade. Suponhamos que uma norma jurídica estabeleça que todos aqueles que recebam um salário inferior a 1000 unidades monetárias vigentes fazem jus a uma cesta básica alimentar. Ou seja, para todo X, deve ser Y, onde X é a pessoa que se enquadra no critério anunciado, e Y a entrega dos alimentos. O funcionário responsável pela aplicação da norma depara-se com um grupo de assalariados que se ajustam à situação nela descrita, entregando a cesta básica a todos eles, exceto a um. Sobrevém imediatamente a questão: por que a regra não foi aplicada em relação a ele? Não havendo uma justificativa racional para tanto – como, por exemplo, uma regra de exceção que autorize a discriminação –, então podemos afirmar que a atitude em questão foi injusta. Logo, a *inconsistência* na aplicação da regra examinada é uma forma de injustiça, porque não respeita a igualdade dos seus destinatários⁴.

Avançamos um passo ao afirmar a correlação entre o justo e o tratamento igualitário. Entretanto, o que é afinal a igualdade? Inicialmente, ela se estabelece no âmbito de uma relação entre duas coisas, propriedades ou pessoas. Em segundo lugar, essa relação vem orientada por uma ideia de semelhança; não de identidade, já que a singularidade dos eventos e das pessoas é efetivamente intransponível. Finalmente, a relação mencionada guarda referência a um terceiro elemento, “uma qualidade que opera como um *tertium comparationis*. Igualdade e desigualdade são sempre igualdade e desigualdade com respeito a determinadas propriedades” (VELASCO, 2009, p. 49). Em nosso exemplo, temos o grupo de trabalhadores, cujos integrantes serão comparados com base no referencial do salário recebido.

Assim, a despeito da evidente ausência de identidade entre os membros do grupo, alguns podem ser assumidos como iguais, em função do salário baixo que percebem mensalmente, a justificar o tratamento isonômico determinado pela regra, ou seja, o recebimento da cesta básica.

Se, como dissemos, há uma insuperável singularidade nos eventos e nas pessoas, poder-se-ia questionar a própria origem dessa igualdade afirmada. De fato, homens e mulheres ostentam compleições físicas distintas, mas isso não afasta a necessidade de reconhecê-los como iguais para fins de

⁴ Esse liame já vinha assinalado em Aristóteles (1985), quando afirmou: “Assim, pois, se o injusto é desigual, o justo é igual, o que, sem necessidade de argumentos, todos o admitem” (1131a12-13).

percepção de um mesmo salário, quando desempenham a mesma função em uma empresa. Portanto, é até razoável afirmar que a igualdade não é algo que exista por si. Pessoas, como no exemplo, não são efetiva e naturalmente iguais, não há uma igualdade ontológica, mas sempre instituída pela própria norma que os coloca em um mesmo grupo, a fim de atribuir-lhes igual tratamento. É o que defende Agnes Heller (1998, p. 19), quando afirma que “é precisamente a aplicação das mesmas normas e regras a um certo grupo de pessoas que *constitui* aquele grupamento real e *não* o contrário”.

Essa discussão não é suficiente para o âmbito de nossas reflexões, porquanto estamos apenas atribuindo a necessidade de fundar certos comportamentos nossos em deliberações práticas que sejam racionalmente justificadas. Para tanto, releva saber o porquê de agirmos assim e não de outra forma, sendo esse espaço de justificação conduzido por normas (não necessariamente regras jurídicas), que exigem, como uma feição da Justiça, uma aplicação consistente e, portanto, um tratamento isonômico.

Decerto que isso não basta para a solução dos nossos problemas. No âmbito da igualdade, em última análise, estamos buscando afirmar uma norma do tipo “a cada um segundo X”, onde X é o critério de Justiça eleito. Podemos estar de acordo sobre a distribuição equitativa de bens, quanto ao tratamento igualitário, mas não sobre o critério relacional pelo qual os elementos do grupo serão identificados. Por exemplo, X pode ser a riqueza, o conhecimento, as necessidades etc.

Portanto, o critério discriminatório utilizado na própria regra pode ser alvo de questionamentos. Retomando o exemplo dado anteriormente, será que o montante matematicamente fixado para a outorga das cestas básicas reflete a Justiça? Será que aqueles que não trabalham, e que portanto nada recebem, devem ser inseridos no programa assistencial alimentar? Ao aferir o índice em questão, deveríamos aplicar como critério único o salário recebido pelo provedor ou substituí-lo pelo conceito de renda familiar, de forma a viabilizar o cômputo de outras fontes de renda ou de seus dependentes? Enfim, inúmeras questões podem ser levantadas, mas o que nos interessa, por ora, é a relação estabelecida entre o justo e o princípio da igualdade, bem como alguns sinais estruturais desse último.

Há quem assinale a possibilidade de cometimento de injustiça não apenas quando estamos diante de uma aplicação inconsistente de normas, mas também quando selecionamos a norma inadequada ao caso⁵. Ainda aí vemos transparecer uma violação à igualdade. Tentemos esclarecer isso com um exemplo.

Imaginemos a seguinte norma: pessoas que percebem uma remuneração mensal de até dez salários mínimos são isentas do imposto sobre

⁵ Como exemplo, citamos Velasco (2009, p. 44).

a renda⁶. Suponhamos que alguém que receba vinte salários mínimos, ao invés de submeter-se à tributação do referido imposto, foi isentado da exação com base na referida norma. Nesse caso, seríamos tentados a dizer que a hipótese não diz respeito à desigualdade, mas se trata de justificação equivocada, em razão da aplicação da norma errada. Com essa argumentação, aquela ação não deixa de ser injusta, mas o que efetivamente fundamenta esse juízo de valor parece também ser a desigualdade. O grande problema é que esse critério, por questões de simplificação, normalmente é assumido no âmbito, ou com referência apenas a um determinado grupo de pessoas, muito embora não exista qualquer justificativa para tal restrição.

Aristóteles apresentava múltiplas feições da Justiça particular, dentre elas a distributiva. Para o estagirita, convinha estabelecer um meio termo no que tange à distribuição dos bens entre as pessoas, de conformidade com determinado critério. Em outras palavras, as coisas devem ser distribuídas igualmente entre as pessoas, guardando uma proporção determinada por algum critério referencial⁷. Ursula Wölfel (2010) aí identificou seis pontos de referência, correlacionados a três relações de igualdade. Confira:

“[...] o justo, no sentido da justiça distributiva, deve ser um termo médio, algo igual e algo relativo. Enquanto termo médio, o justo se constitui como o meio termo entre o demasiado e o muito pouco. Enquanto algo igual, é a igualdade entre duas coisas (dos bens que devem ser repartidos). Enquanto relação, é justo *para* as referidas pessoas” (WÖLFEL, 2010, p. 105, grifo nosso).

As relações entre as pessoas e as coisas estariam orientadas por um valor (*axia*) que orientaria a distribuição. Por isso, a relação entre pessoas e coisas distribuídas deve guardar uma mesma proporção exatamente porque a posse de quinhões iguais está referida apenas a pessoas “iguais”. Para Aristóteles (1985), as disputas derivariam de um desequilíbrio nessas relações, evidenciado quando iguais possuem coisas desiguais; ou quando desiguais possuem coisas iguais. Daí afirmar que “o justo, então, é a proporção, e o injusto o que vai contra ela” (ARISTÓTELES, 1985) (1131b17).

Retornando ao nosso exemplo da isenção fiscal, ao apontar para os contribuintes que percebem remuneração de até dez salários mínimos

⁶ A redação alterada da norma não oculta o seu caráter deontológico, pois o que parece ser um exemplo de uso descritivo da linguagem, na verdade, é prescritivo, no sentido de que os trabalhadores que se enquadram no critério eleito pela norma, *devem ser* afastados do campo de aplicação do referido imposto.

⁷ “O justo será um termo médio e igual com relação com algo e com alguns” (ARISTÓTELES, 1985) (1131a16).

mensais, a norma fixa a referência que permite identificar os integrantes do grupo, destacando-os dos demais. Visando a uma melhor distribuição de renda, e também a um maior equilíbrio na concorrência para as despesas públicas, parece razoável (diríamos mesmo impositivo) que aqueles que detêm maior capacidade contributiva devam ser onerados mais intensamente, no sentido de uma tributação maior, do que aqueles que detêm menor renda.

O que temos aí é exatamente uma especificação da isonomia em geral, a qual é baseada exatamente no critério de igualdade que acabamos de estudar. Com base no referencial do salário mensal recebido, a tributação, como encargo a que estão submetidos os contribuintes, deve ser distribuído proporcionalmente⁸, ou seja, quem ganha mais será mais intensamente tributado do que aquele que ganha menos. Pois bem: quando alguém que ganha vinte salários mínimos não é tributado, deparamo-nos exatamente com aquela situação de desequilíbrio a que se referia Aristóteles (1985), já que o mais dotado de recursos estaria suportando um encargo menor. Portanto, temos aqui dois grupos próximos: o dos trabalhadores que ganham mais que determinado patamar e o daqueles de baixa renda. Ao aplicar a regra de um ao outro, efetivamente se dá um caso de eleição incorreta da norma, mas nem por isso estaremos afastados do vetor da igualdade que aí foi desrespeitado.

Note-se que não apenas quando deixamos de outorgar a isenção, por inconsistência, estaremos deixando de ser igualitários, mas também quando a estendemos a integrantes de grupo diverso do nela previsto. Portanto, inconsistência

⁸ Nesse caso, uma relação inversamente proporcional, posto tratar-se de um encargo, uma subtração de riqueza. Aliás, perfeitamente aplicável ao modelo aristotélico, haja vista a sua afirmação de que “tratando-se do mal ocorre o contrário, pois o mal menor, comparado ao maior, considera-se um bem” (ARISTÓTELES, 1985) (1131b20).

e eleição equivocada da regra aplicável parecem ter uma raiz comum no princípio da igualdade.

Esse esforço argumentativo tem a finalidade de reforçar a intensidade com que tal princípio se articula com a Justiça. Decerto que não temos a pretensão de circunscrevê-la inteiramente a ele, senão evidenciar o espaço privilegiado que ele ocupa no âmbito de nosso tema.

De fato, pode-se dizer que a ideia de uma Justiça distributiva é uma fórmula vazia porque, a despeito de orientar “uma igual partilha dos recursos comuns – isto é, persegue (ela) uma sociedade mais justa do ponto de vista material, em que não há espaço para o ressentimento e a inveja pela fortuna alheia” (ZAGREBELSKY; MARTINI, 2006, p. 35) –, ela efetivamente não nos orienta acerca do que será dividido, tampouco nos aponta o critério de distribuição. Entretanto, essa percepção é diluída, na medida em que o princípio aflora com toda a sua pujança exatamente nas situações concretas com que nos deparamos.

Em determinada situação, envolvendo a partilha de determinado bem entre pessoas determinadas, segundo um critério normativamente dado, aí então poderemos constatar se, segundo a norma em questão, os assumidos como iguais realmente o são, se o quinhão recebido atende ao critério proporcional estabelecido, e ainda, em uma análise mais profunda (de segundo nível), se o próprio critério estatuído é razoável e justo.

Portanto, mesmo reconhecendo a importância da atitude teórico-reflexiva, devemos assumir com humildade a nossa limitação diante de uma realidade que nos sobrepassa, para daí harmonizar nossa condição humana com as exigências da Justiça, de maneira tal que nosso esforço racional para orientar as liberações práticas não se dê no âmbito de um ideário abstrato, mas no chão da própria vida.

Pois bem: é aceita a ideia de que as profissões em geral perseguem determinado bem e,

nesse sentido, deverão submeter-se a uma moral profissional. No âmbito da magistratura, esse bem é a Justiça, o que a coloca em um espaço ético-profissional privilegiado. Nesse sentido, as anotações de Monique Canto-Sperber e Ruwen Orgien (2006, p. 8): “A moral profissional seria a tradução concreta do fato de que as profissões, e mais sensivelmente no caso da magistratura, são sustentadas por valores e princípios”. Daí falar-se em uma deontologia das profissões, e também jurídica, para referir-se ao conjunto de normas que presidem o desempenho dos profissionais ligados a determinada área.

Os mesmos autores assinalam ainda que essa moral profissional está ancorada na necessidade de uma atuação íntegra e coerente, que leve ainda em conta os interesses daqueles que são confrontados com a atuação regulada (CANTO-SPERBER; OGIEN, 2008, p. 8).

Nossas reflexões seguem então descortinando, em maior amplitude, essa referência entre a atuação jurisdicional e a ética, ao longo das quais novas dimensões da Justiça vão também sendo trabalhadas.

3. A jurisdição como exemplar privilegiado da ética

Parece-nos que a atuação judicial é dotada de um alcance mais amplo do que normalmente lhe é atribuído. Não se trata de, na linha daquele conceito reducionista inicialmente apresentado, circunscrevê-la à aplicação de um conjunto normativo institucionalmente estabelecido a determinados casos, menos ainda de fazê-lo por meio de um mero silogismo jurídico, em que normas, fatos e decisão estariam associados a premissas maiores, menores e conclusão, respectivamente. A despeito de o tema voltar a ser tratado com mais detalhes abaixo, já adiantamos que o atuar do juiz não é tão simples, tampouco seria rigorosamente vinculado apenas quando justificado nesse arcabouço lógico.

Sobre o agir do juiz também paira uma expectativa que podemos definir como atributiva de um caráter ético, haja vista que ela, como vimos, está voltada à ação, orbitando em torno de questões do tipo: “O que devo fazer?”, “O que esperam de mim?” e “O que devo esperar dos outros?”. A decisão judicial parece inscrever-se nessa esfera de questionamentos e, portanto, na esfera da ética.

Quando o juiz atua, deposita-se na sua decisão a expectativa de uma ação que não é apenas pacificadora de um conflito. Fosse assim, qualquer resultado seria admissível. O que importa é que a decisão mesma e o percurso para a sua justificação sejam orientados pelo *telos* e pela *arché* da própria Justiça. É nesse sentido que a expectativa se instala. Portanto, ao atuar, deve o juiz manter a visada em um padrão de correção que deve ser perseguido, e que a sociedade deposita nessa sua ação certas expecta-

tivas que bem se inscrevem no âmbito daquele questionar ético a que acima nos referimos (“O que esperam de mim?”).

Esse caráter ético da decisão judicial é novamente confirmado quando lidamos mais diretamente com o próprio universo do magistrado, no sentido de que ele mesmo se vê envolvido em dilemas da vida social que dele exigem um posicionamento, não raro, somente alcançado responsabilmente após um difícil enfrentamento. Aqui temos o âmbito do outro questionar: “O que devo fazer?”.

Vê-se, pois, que o universo do justo, como momento ético da atuação judicial, perpassa todo o processo decisório e inscreve-se nele como um vetor normativo para a atuação do juiz.

Essa exemplar tarefa costuma ser concebida de uma maneira simplista, tomando-se por premissa que o justo é algo que já é dado antecipadamente ao juiz, por meio do universo de normas jurídicas instituídas. Nesse sentido, a Justiça seria o qualificativo inerente ao legal. Portanto, ser justo significaria aplicar a lei; injusto, desrespeitá-la. Aquela dimensão problemática que acabamos de mencionar estaria dissolvida, à vista da resposta simples e evidente que a ela estaria vinculada. O autoquestionamento sobre o seu dever e a expectativa sobre a atuação judicial se diluiriam na mera aplicação da lei.

Aristóteles (1985) já via como problemático esse quadro, pois, a despeito de inscrever o justo em geral no plano da obediência às leis, não hesitou em aí abrir espaço a ressalvas (1129b12-13): “Posto que o transgressor da lei era injusto e o legal justo, é evidente que todo o legal é, *de certo modo*, justo” (ARISTÓTELES, 1985, grifo nosso).

De fato, essa identificação é problemática em dois sentidos: primeiro, porque desconsidera a dimensão da equidade; e, segundo, porque

parte do equivocado pressuposto de que o justo está positivado como um dado objetivo e *a priori*. Passemos à análise desse tema.

4. A dimensão da equidade e o sentido da norma jurídica

É próprio das leis pretender regular situações concretas, atribuindo-lhes consequências jurídicas específicas. Por exemplo, se A mata B, então ao primeiro deve ser aplicada uma pena privativa de liberdade, fixada segundo parâmetros definidos na norma. Assim, a análise estrutural dessa regra jurídica revela um preceito hipotético descritivo da situação (“Se um homem matar alguém...”); e outro, dito secundário, impositivo de uma sanção (“... então, deve ser-lhe aplicada uma pena de reclusão”). Esse modelo normativo, embora reconheçamos não esgotar a tipologia anatômica das normas jurídicas, é predominante no Direito⁹.

No âmbito da atividade política está a tarefa de evidenciação daqueles que são os valores assumidos como necessários a uma convivência social adequada e da sua proteção jurídica, mediante a instituição de um quadro normativo em que as situações violadoras desses bens tutelados pelo Direito são descritas antecipadamente e, na sequência, cominadas penas para a hipótese de virem a acontecer efetivamente. Portanto, essa estrutura hipotética gravita em torno de antecipações de ações futuras, essas sim mobilizadoras daquele potencial sancionatório instituído.

O escalonamento valorativo que a estrutura de regras revela é o pressuposto de uma atuação política adequada, razão pela qual assumimos

⁹ Apenas para dar um exemplo, além desse perfil, comumente categorizado como norma de comportamento, existem as normas de estrutura, tais como as que preveem a fixação de competências, as normas de organização em geral e ainda as normas definitórias.

que o próprio valor Justiça atravessa essa rede normativa, que passa então a revelá-lo como a sua expressão mesma. Daí porque, desde a Antiguidade, uma das modalidades da Justiça é admitida exatamente como aquela que se manifesta no cumprimento das leis, tal o justo geral a que se referia Aristóteles (1985)¹⁰.

Em outras palavras, não podemos presumir que a legislação não esteja informada por valores legítimos, que o Direito, como pura força, possa impor normativamente qualquer conduta e estabelecer quaisquer sanções. Um tal sistema, asséptico em relação a valores, não se coaduna com a estrutura de direitos fundamentais consagrada no âmbito dos Estados contemporâneos, cuja feição constitucional impõe limites à regra da maioria, no sentido de que não é dado ao legislador instituir qualquer coisa.

Em que pese tal presunção, necessária à própria assunção da legitimidade do jurídico, temos que reafirmar a natureza hipotética das normas, voltadas a previsões ou antecipações de situações que poderão ser deflagradas no futuro. Isso nos coloca diante de um perfil normativo necessariamente positivado no âmbito do geral e do abstrato, para valerem-nos de expressões correntes na qualificação das normas. Ou seja, normas jurídicas são abstratas e genéricas porque não descrevem situações efetivamente ocorridas, mas eventos que poderão ocorrer no futuro. E como toda e qualquer previsão, submetem-se às limitações humanas.

De fato, a dimensão do humano é a do temporal, do finito, do histórico. Não podemos nos assenhorar do mundo com uma cognoscência absoluta, já que deuses não somos. Por isso mesmo, toda tarefa legislativa estará situada aquém dos limites fáticos, de forma que sempre evidenciaremos uma riqueza de circunstâncias de

tal magnitude que a lei não consegue alcançar. Assim, é somente na dinâmica da aplicação que a norma poderá eclodir. Antes de tal ato a sua pretensa significatividade, genérica e abstrata, é meramente potencial, somente se consolidando de modo efetivo no ato aplicativo.

Exsurge aí a noção de equidade como mecanismo de adaptação ou ajuste do plano abstrato ao concreto, da “norma” ao fato. É nessa linha que aquela Justiça geral, consolidada no cumprimento das leis, não pode ser assumida como o todo da Justiça, pois o geral que a qualifica está comprometido apenas com o atributo de generalidade que é pertinente às normas legais. Assim, ao lado daquele justo geral, Aristóteles (1985) aponta para a existência de uma Justiça particular, que se manifestaria em múltiplas formas, dentre elas na modalidade da equidade. A sua pertinência com a Justiça fica patente na sua *Ética Nicomaqueia*, quando assinala que equitativo e justo são modalidades do bem e, dada essa convergência, reconhece no primeiro certa forma de Justiça. Contudo, esse ponto comum não é suficiente para identificá-los por completo, porquanto, embora o equitativo seja também justo, não o é de acordo com a lei, mas como uma correção da Justiça legal (1137b14-15).

Convém ressaltar que a necessidade de um corretivo poderia sugerir o necessário erro no estabelecimento das regras jurídicas, mas não é o que o estagirita conclui, pois “o erro não radica na lei, tampouco no legislador, mas na natureza da coisa, pois tal é a índole das coisas práticas” (ARISTÓTELES, 1985) (1137b18-20).

De fato, já afirmamos mais acima que aquele quadro de previsibilidade em que se inscrevem as leis está referido a uma ação humana, a qual é marcada pela sua historicidade e finitude, e assim não se coadunam com a ideia de um conhecimento absoluto. É por isso que, no âmbito do sistema de regras jurídicas, a estatuição,

¹⁰ Nesse sentido, a divisão introduzida no capítulo 7 do livro V da sua *Ética Nicomaqueia* (1134b20 a 1135a15).

que se pauta por uma descrição antecipada de situações futuras, necessariamente representará um “minus” em relação ao “plus” da candente riqueza fática efetiva.

Por isso, a equidade impõe-se como uma exigência derivada da necessidade de temperamento das consequências pessoais, familiares ou sociais desfavoráveis, surgidas pela inevitável generalidade e abstração das leis¹¹.

Se tomarmos essa peculiar carência normativa como um erro, a tarefa do equitativo seria a de corrigi-lo. Porém, como vimos, não se trata propriamente de uma falha na instituição da regra de Direito, mas de uma sua característica intrínseca. As regras jurídicas têm um modo de ser que não lhes permite alcançar, na sua abstração e generalidade, a riqueza das circunstâncias da situação que pretendem regular. Daí por que a equidade não pode ser assumida como um caso-limite de correção, mas como o modo ordinário de referência à aplicação do Direito.

Ademais, essa aplicação jamais será uma atividade estéril, que isola o sujeito para que o objeto se desvele em seu sentido inato. Não há um núcleo semântico encoberto por uma crosta protetora, em que o papel do sujeito residiria na utilização cuidadosa de um manancial de ferramentas interpretativas para o rompimento daquela capa. Não se trata de uma intervenção cirúrgica na qual o intérprete, fazendo as vezes do médico, necessita de um processo de esterilização adequado para não contaminar o objeto sobre o qual procederá a sua intervenção. Não é o manejo de técnicas complexas que nos dará um mundo, pois ele já me é dado de antemão nos múltiplos sentidos de que dele já disponho e que se conectam no acontecer do evento interpretativo.

Há um diferencial próprio do humano que consiste na possibilidade de deliberação, possibilidade de escolher, com bases racionais, a ação que deve adotar nas múltiplas situações em que pode encontrar-se. Animais não detêm essa possibilidade, já que atuam por instinto, segundo um código genético programado que não lhes dá a opção de ser diferentemente do que são, não têm eles possibilidade de escolha. Homens não. Nós somos capazes de revelar as coisas tais como elas são, associando-as em um mundo de significatividade que abarca valores e, com base nisso, deliberar acerca do modo de agir reclamado em cada caso, dando-nos a norma de ação. Está assim, de certa forma, a ação ética correlacionada ao conhecimento e à verdade.

De fato, sem conhecimento, sem a verdade da situação, nosso agir estaria desorientado, colocar-nos-íamos em um estado de insegurança acerca de como deveríamos proceder em cada caso. Ao contrário, se es-

¹¹ Nesse sentido, a clara redação do art. 36 do Código Ibero-Americano de Ética Judicial (ATIENZA; VIGO, 2008).

tamos cientes da situação, conhecendo-a em detalhes, nossa capacidade de deliberação vê-se orientada para o correto modo de agir naquele caso. Sentimo-nos seguros de nós mesmos porque agimos com substrato em uma deliberação racional acerca de uma situação que nos é dada em sua verdade. Mas o que tem isso a ver com o Direito, e mais propriamente com a atuação judicial?

Tudo! A todo momento os juízes são instados a manifestar-se sobre situações que lhes são oferecidas a exame, devendo decidir acerca de relações, muitas vezes complexas, que influenciarão sobremaneira a vida dos envolvidos. Por outro lado, há a expectativa de que o farão de forma racional e justa, de que são pessoas capazes de desincumbir-se desse mister com sabedoria e experiência prática suficientes à adoção de medidas que se alinhem ao justo em cada caso. Ora, isso exige que juízes estejam seguros de si para proferir as suas sentenças, e isso pressupõe não somente estarem instruídos dos fatos que permeiam o problema, mas também das regras que os presidem. Sem o conhecimento de um ou outro teremos uma desorientação comprometedora da sua atividade deliberativa.

Dessa forma, temos a tendência de cindir o mundo do Direito em dois momentos correlacionados: o pertinente ao conhecimento dos fatos e o referido ao Direito aplicável a eles. Isso corrobora aquela anatomia normativa que temos estudado, no sentido de que elegemos comportamentos e os valoramos pelo Direito, consagrando-lhes proteção por meio de regras jurídicas, as quais atribuem sanções determinadas a certas situações hipotéticas descritas antecipadamente. Ora, superado esse momento nomogenético, em que a anatomia normativa é delineada, sobrevém a sua fisiologia, a dinâmica do seu funcionamento, como momento da sua aplicação.

Segundo uma visão ortodoxa, naquele primeiro momento o Direito já estaria completamente delineado, cabendo aos juízes conhecê-lo para poder aplicá-lo. Regras já ostentariam um sentido inato, independente dos seus aplicadores e da própria situação regulada. Seriam módulos de sentido que nos auxiliariam na condução da vida social.

Deflagrados os fatos e instalada a controvérsia, não havendo como superá-la pelos próprios envolvidos, a possibilidade de direcionar o problema a um juiz é inevitável. E o que faz ele? Com base em depoimentos, testemunhos, relatos de especialistas, narrativas em geral e, por vezes, inspeções locais, toma ciência dos fatos, desvendando-os como realmente são, a fim de que, com base nesse conhecimento, possa subsumi-los aos modelos hipotéticos do arcabouço normativo positivado de que já dispõe. Feito esse enquadramento, a solução já lhe é dada, visto que o conseqüente normativo também é parte da regra positiva, já a integra.

Essa visão ortodoxa privilegia a subsunção de fatos a normas como a essência da atividade judicial, e o faz sob a pretensão de conferir previsibilidade às decisões do juiz, base do que se costuma denominar segurança jurídica.

Contudo, o sistema assim concebido padece de vícios insuperáveis por dois motivos simples: a) o juiz não é capaz de reencontrar-se com o passado de forma asséptica (ele não pode recuperar os fatos de maneira objetiva, pois é parte dessa presentificação); e b) como vimos, não há um sentido normativo imanente, que possa ser explicitado de maneira também objetiva por meio de procedimentos hermenêuticos cientificamente trabalhados.

Convém ressaltar que o domínio da estatuição normativa lida com previsões inacabadas, já que as múltiplas significações que derivam dos acontecimentos e as múltiplas conexões de eventos que aí estão relacionadas não podem ser antevistas pelo legislador, a ponto de conferir ao produto do seu trabalho a hipostasia de uma entidade perfeita que abarque todo o real. Haverá sempre uma incompletude necessária que não dispensa o ato judicial, necessariamente orientado a um processo seletivo em meio à complexa situação, que permita evidenciar aquelas que são, no caso, as circunstâncias mais relevantes para o seu deslinde adequado. É dessa prudência que aflora a equidade como procedimento de correção do distanciamento daquelas regras abstratas, de forma a ajustá-la ao caso, não apenas como mera subsunção, mas essencialmente como um processo de aplicação de algo que não se deixa identificar plenamente com a situação que se pretende regular.

Daí não decorre a sucumbência da ideia de segurança jurídica, enquanto valor que deve também orientar a atividade dos juízes. Há apenas uma deriva semântica que a distancia da noção de previsibilidade absoluta para uma expectativa razoável. O fato de a equidade,

como essência da estrutura aplicativa ordinária das normas, estar sempre presente, não significa um nível de dispersão tal que autorize o juiz a afirmar qualquer coisa. A difícil tarefa de ajuste sem desvinculação é o desafio para a Ciência do Direito, pois “o juiz equitativo é o que, *sem transgredir o Direito vigente*, leva em consideração as peculiaridades do caso e o resolve baseando-se em critérios coerentes com os valores do ordenamento” (ATIENZA; VIGO, 2008, p. 39).

4.1. Equidade e expectativa razoável

Do que até aqui vimos, é razoável afirmar a existência de um dilema no Direito: de um lado, já está devidamente assentado que a estrutura normativa é necessariamente deficitária porque, ancorando-se em previsões hipotéticas que lhe dão a nota de abstração e generalidade, não é capaz de esgotar a multiplicidade de circunstâncias que integram a realidade fática; e, de outro lado, há a necessidade de conferir-se segurança jurídica à atividade judicial, de forma que as deliberações dos juízes não sejam arbitrárias, incoerentes e não isonômicas, dado que acabariam por desautorizar o poder que lhes é conferido para a solução de controvérsias. Qualquer pessoa que busca a solução de um conflito perante o Poder Judiciário deve ostentar uma expectativa razoável acerca da decisão que sobrevirá. Dificilmente alguém buscaria a intervenção do Estado se não abrigasse tal sentimento, se a sentença fosse o resultado de um lance de dados. Assim, qualquer que seja o ajuste ou correção, que assumimos como a própria ação equitativa, é preciso marcar a existência de uma referência que é exatamente o alvo do ajuste. A equidade pressupõe um marco legal que deve ser ajustado.

Parece intuitivo que se há algo a ser ajustado, então não se pode perdê-lo de vista quando

dessa atividade corretiva, de forma que o juiz equitativo é aquele que, ao atenuar as consequências danosas da regra jurídica, não se desliga dela.

Entretanto, se não quisermos permanecer em meio a exortações retóricas, então o uso de expressões semanticamente abertas, de alta densidade significativa, deve ser alvo de uma reflexão intensa, a fim de que possamos dar-nos conta dos possíveis impactos que derivam do seu emprego efetivo. Dizer que o juiz deve ser equitativo nas suas decisões, que deve fazê-lo sem perder de vista o regramento jurídico, tudo isso é correto. Mas o que é efetivamente a equidade? Até que ponto estaria o juiz vinculado ao ordenamento e, por outro lado, até que ponto estaria distante dele, sob o manto permissivo da equidade?

Não são questões simples. Como dissemos, parece-nos que aí se encontra o grande problema da Ciência do Direito. Entre as diversas abordagens assumidas pelos acadêmicos, referir-nos-emos a duas feições de índole positivista, a fim de preparar o terreno para as nossas colocações.

A primeira delas diz respeito a Kelsen (1998), jurista austríaco que se notabilizou por sua *Teoria Pura do Direito*, dentre inúmeros trabalhos. Por meio dela tentou expurgar do âmbito do jurídico qualquer tentativa de situá-lo em fundamentos de ordem política, religiosa ou de qualquer outra ordem. O Direito seria um objeto formalizado, autojustificado, cuja validade estaria conformada por uma dinâmica normativa em que cada regra instituída no sistema encontraria o seu fundamento de validade em outra hierarquicamente superior.

Sentenças e atos administrativos concretos seriam produzidos com respaldo em leis que lhes antecedem. São, pois, atos de aplicação dessas regras superiores e, por outro ângulo, também atos de produção de Direito. Por sua vez, leis seriam produzidas como momentos de aplicação da Constituição, definindo-se assim uma série normativa hierárquica que, para fugir de um regresso ao infinito, terminaria em uma norma fundamental, inicialmente hipotética e, depois, pressuposta (“como se”).

Pois bem. Temos aí uma estrutura exemplar que não se deixa justificar por parâmetros exteriores, mas que obriga a uma reflexão mais detida. É cediço que esse sistema não pode dar conta, de maneira absoluta, da miríade de situações – ponto já pacificado em nossa exposição. Essa norma superior que será aplicada, viabilizando a produção da que lhe estará subordinada, não é algo absoluto, mas necessariamente incompleto. Ciente disso, Kelsen (1998) oferece-nos a ideia de *moldura normativa*. A norma de escalão superior não é aquela que domina o universo fático, mas a que o delinea em um quadro restrito de possibilidades, o qual autoriza o seu aplicador a atuar com certa margem de liberdade, conformando a norma produzida dentro dos limites da área determinada pela moldura.

A solução é engenhosa, mas não funciona. Não funciona porque essa pretensa circunscrição aos limites normativos não nos oferece qualquer caminho para afirmar os próprios limites em que devemos nos circunscrever. O problema da indeterminação estará agora apenas deslocado para o âmbito da moldura. E isso é problemático porque se reconhecerão, no caso do juiz, margens amplas de discricionariedade para a sua atuação, já que, dentro desses limites normativos (indeterminados), o juiz poderá tudo, inclusive valendo-se de justificativas extrajurídicas.

Não é nossa pretensão aqui expor em detalhes os delineamentos da *Teoria Pura do Direito* (KELSEN, 1998), tampouco dos múltiplos aspectos problemáticos da sua adoção indiscriminada, mas tão somente evidenciar que a pretensão de segurança jurídica que a preside é natimorta, na medida em que, paradoxalmente, ela acaba por atribuir discricionariedade ao juiz.

O segundo modelo de enfrentamento da questão é o de Hart (1994). Em sua obra *O Conceito de Direito*, o jusfilósofo apregoa a existência de regras que permitiriam a determinação precisa do que é e do que não é Direito. A par das regras de conduta, que determinam o comportamento lícito das pessoas, haveria outras que seriam de reconhecimento da pertinência e da validade daquelas ao sistema jurídico. Assim, em uma análise extremamente simples, reconhecida uma norma como integrante de um determinado sistema jurídico, ao juiz caberia tão somente aplicá-la, vinculando-se a ela. Até aí nenhum problema, já que a celeuma está exatamente na determinação do que a regra é.

Atento à questão, Hart (1994) assinalava a existência de casos em que a aplicabilidade de determinada norma não seria tão evidente como o modelo exige. Haveria *zonas de penumbra* que acabariam por dificultar a própria evidenciação do seu sentido, e mesmo dos fatos

que a ela seriam submetidos, o que acabaria novamente por viabilizar a atribuição de espaços de discricionariedade judicial nessas hipóteses.

O que aqui queremos deixar bem claro é que todo o engenho desses juristas está voltado ao estabelecimento de um modelo teórico que busque conferir um substrato seguro para a atuação do Direito, sobretudo no campo da sua aplicação. A questão reside em saber se foram felizes em seu desiderato – ao que responderemos negativamente. Não conseguiram êxito exatamente porque ao pretender segurança, paradoxalmente alcançaram discricionariedade.

Mesmo se reconhecendo hoje a limitação dessas teorias, e dando como um momento histórico ultrapassado o positivismo jurídico, e ao qual poucos juristas se declaram vinculados, o fato é que está ele muito presente na práxis judicial e mesmo no momento de produção da lei. Parece-nos que o enfrentamento do problema da discricionariedade se dá pela via da limitação da *zona de penumbra* ou da área da moldura normativa que dá suporte à produção da sentença.

Entretanto, por mais que se esforce o legislador em fazê-lo, devemos reconhecer que sempre haverá uma margem de apreciação disponível, em virtude do caráter estrutural do ente que somos: “limitados” e históricos. Exatamente por isso é que o campo de previsibilidade será, como vimos insistindo, sempre deficitário quando cotejado à riqueza fática.

É necessário compreender que essa frenética tentativa de buscar segurança acaba por idealizar o mundo da vida, impedindo as coisas de aparecerem tais como são. Assim, corremos o risco de instituir um mundo hipotético que acabe tão conceitualizado que entre em descompasso com aquilo que pretende regular. Por exemplo, buscamos conceituar pobreza em termos numéricos, com um convincente rigor matemático que acaba por impedir que

acessemos, com a prudência necessária, a situação efetiva daquele que busca um determinado benefício assistencial.

O que pretendemos salientar é que essa tentativa de abarcar o mundo por um conceito legal não apenas é inócua, como também pode ser danosa aos fins que orientam o Direito. Então, é melhor assumir a nossa limitação e reconhecer a inafastabilidade do momento hermenêutico como necessidade imperiosa para a eclosão da norma.

Interpretar já não é mais um conjunto de técnicas que nos assegurariam uma certeza absoluta do mundo, mas um modo de ser do homem que permite àquele aparecer. Não se está aqui desprestigiando a adoção de técnicas que nos auxiliem a orientar o pensamento, mas apenas deixando de endossá-las como aquela pedra filosofal de que necessita o juiz para pautar a sua atuação de maneira justa e segura.

Então, melhor assumirmos essa limitação, reconhecendo que o ordenamento jurídico, tal como posto, exigirá um ato de aplicação que leve em consideração uma aptidão do juiz para agir de forma prudente na consideração de circunstâncias que são relevantes ao caso, de maneira a ajustar o texto legislativo às necessidades de orientação da sua aplicação ao *ethos* da Justiça, como vetor que deve presidir o Direito. O caminho não está em negar esses espaços de deliberação (“discrecionarietà”), mas reconhecê-los e lidar com eles segundo aquele norte valorativo da equidade, tal como nos exorta o Código Ibero-Americano de Ética Judicial, ao dispor que “nas esferas de discrecionarietà que lhe oferece o Direito, o juiz deve orientar-se por considerações de justiça e de equidade” (ATIENZA; VIGO, 2008, p. 40).

Portanto, a melhor forma de fazê-lo não é fechando-se ao mundo, mas abrindo-se a ele e explicitando os motivos, os fundamentos que levam o juiz a decidir desta e não daquela forma. É na justificação que teremos a medida da Justiça e, portanto, da correção da sua atuação; ou, ao contrário, da sua injustiça ou incorreção.

4.2. O problema da fundamentação das decisões judiciais

Pode soar estranho o acento na fundamentação, e não na decisão propriamente dita, como critério para a aferição da correção da atuação judicial, sob o viés da Justiça. Entretanto, essa sensação logo ficará superada.

No âmbito do processo civil, o tema da sentença tem sido trabalhado inicialmente pela busca da sua natureza, questionando-se se nela temos um ato de conhecimento ou um ato de vontade do juiz. O elenco de opções não é adequado. Assumi-la como um ato de conhecimento parece decorrência de um modelo que prestigia a subsunção como parâmetro absoluto para a atuação do Direito. Nesse aspecto, se o ordenamento

é um plexo de sentidos já dados de antemão, caberia ao juiz apenas inteirar-se dos fatos e das regras pertinentes, para, conhecendo-os, operar esse sistema de forma a fazer atuarem os conseqüentes normativos já previstos. Por sua vez, na esteira do que vimos discorrendo até aqui, se é levado em conta que essa estrutura não reflete adequadamente aquilo que efetivamente ocorre, então se abre a possibilidade de ver na atuação do juiz algo mais que o simples conhecimento de fatos e regras, mas um ato de vontade seu. Entretanto, essa alternativa sugere (ou, ao menos, deixa espaço para) uma opção meramente emocional ou psicológica, sem intervenção de um processo racional deliberativo – o que parece ser efetivamente o caso.

De fato, fosse a sentença o resultado de um processo psicológico, em que se manifestassem preferências e determinadas afecções pessoais, teríamos espaço para um campo de arbitrariedade que autorizaria o juiz a decidir de qualquer forma sobre qualquer matéria, ainda que observados certos limites legais¹².

Como já assinalamos mais acima, embora o ordenamento jurídico deva ser respeitado e tal respeito deva ser assumido tradicionalmente como uma modalidade de Justiça, daí não deriva que toda a Justiça esteja aí acomodada. Vimos que há o relevante papel da equidade na sua conformação, haja vista que aqueles preceitos hipotéticos, porque genéricos e abstratos, não dão conta da complexidade do mundo, necessitando de um procedimento de aplicação que revelará uma adequação fática ou ajuste daquelas previsões normativas aos casos a que estão voltadas. Esse justo equitativo pressupõe então um processo de deliberação em que o

juiz buscará evidenciar, dentre as múltiplas circunstâncias presentes, aquelas que detêm relevância para o caso e, dentre essas, o peso que faz com que considere em maior conta umas dentre outras.

Evidentemente, esse processo não pode ser assimilado a um ato de vontade pura e simples. Ao contrário, é ele fruto de uma deliberação racionalmente embasada, que exige não só a vocação virtuosa do juiz, mas também a explicitação desses substratos lógico-materiais de que resulta a sua decisão. A esse processo denominamos aqui fundamentação.

Portanto, muito mais que um ato de conhecimento ou resultado de afecções psicológicas, a sentença é o ponto culminante de um processo deliberativo prático que exige, para além de todo querer ou sentir, uma justificação racional.

A nota de racionalidade que marca o processo de tomada de decisões é que justifica a necessidade de explicitação das razões do decidir. Não se trata apenas de uma necessidade de constatação de uma coerência lógica interna ao procedimento deliberativo, mas principalmente de uma aferição do próprio conteúdo decisório, no sentido da verificação das circunstâncias assumidas como relevantes para o caso. Ou seja, a explicitação dos fundamentos da decisão presta-se a aferir se o juiz se houve com a devida prudência na análise do caso, se ele se portou verdadeiramente como um *phronimos*, se o processo de aplicação da regra jurídica foi conduzido de maneira adequada ou se, a pretexto de ser equânime, o juiz não acabou por revelar-se um justiceiro, desgarrando-se da Justiça em geral.

Portanto, a ideia de um ajuste necessário no ato de aplicação não poderá prescindir dessa explicitação dos fundamentos, a fim de que transpareça todo um campo de percepção que possa servir de espaço de controle democrático. Essa ideia de controle é essencial, pois reforça

¹² Efetivamente, jamais alguns limites poderiam ser ultrapassados. Por exemplo, se o juiz condena o réu, ainda que se admita um espaço amplo de opções, não poderia aplicar-lhe a pena de morte, na hipótese de esta ser vedada pelo ordenamento jurídico.

o sentimento de responsabilidade no agir, não no sentido jurídico, mas propriamente ético.

De fato, as expectativas razoáveis que são depositadas na atuação do juiz devem ser respeitadas, sob pena de uma atuação não legitimada. No campo da ética, a pergunta “como eu devo agir?” tem relevância, e é nesse sentido que empregamos a expressão responsabilidade. O juiz responsável é aquele para quem a questão suscita algum compromisso, e a ideia de controle parece reforçá-lo.

Além disso, o controle viabiliza a correção. Se um ato deliberativo está em desacordo com parâmetros de Justiça, então a exposição dos fundamentos da decisão controlada porá à mostra o erro, permitindo-se assim a extensão do debate para a construção de uma nova decisão, essa sim mais ajustada àqueles parâmetros.

Fixada essa ideia de controle, daí não significa que a Justiça seja um referencial absoluto e abstrato que permita avaliar se as decisões judiciais são certas ou erradas, no sentido do justo e do injusto. De fato, tais qualidades somente poderão revelar-se e ser aferidas em cada caso concreto. Entretanto, dessa conclusão não deriva que não exista um vetor de orientação que permita dizer do alinhamento ou do desvio da decisão em relação ao que é certo ou errado.

Se não logramos êxito até aqui em deixar isso bem claro, ao menos essa possibilidade de correção deve ser assumida como um imperativo lógico do processo de tomada de decisões, sem o que estaríamos muito à vontade para aceitar qualquer conteúdo deliberativo.

Assumindo tal possibilidade, será no âmbito da fundamentação da decisão que ela poderá ser atestada, pois apenas por meio dela poderemos afirmar, também de forma arrazoada, se a decisão é ou não justa.

Por isso asseveramos, no início deste tópico, que qualquer juízo de valor acerca da decisão judicial deve voltar-se ou escorar-se nos seus

fundamentos e não propriamente no dispositivo da sentença. De fato, se alguém é privado da sua liberdade por uma ordem judicial, a prisão por si mesma não nos dá suficiente informação para uma avaliação da correção ou não da medida privativa. Somente quando nos deparamos com as razões declaradas para a sua sustentação, podemos avaliar se o juiz se houve ou não com acerto. Assim, se a medida foi adotada porque o apenado praticou um homicídio, a prisão é, em princípio, correta; ao contrário, se ela foi aplicada porque o preso não havia quitado uma dívida contraída, ela será incorreta e injusta. Portanto, a medida é a mesma (prisão), mas o porquê de haver sido ela aplicada revela o fundamento que lhe serve de substrato, sendo ele a base para aferirmos a sua correção ou não¹³.

Essas digressões preliminares apenas se prestaram para indicar o foco da nossa atenção; entretanto, não esclareceram que elementos devem balizar o controle ou, ao menos, não os apontaram explicitamente.

De qualquer forma, já afirmamos que a Justiça, como vetor orientador da atividade judiciária, no sentido de ser ela o fim do Direito, se manifesta em um sentido geral (o justo legal) e, entre outros, como o justo equitativo (equidade). Dissemos ainda que um e outro se diferenciam, mas tal distinção dá-se sem cisão. Assim, é sobre a base dessa aproximação dos conceitos e do seu distanciamento que o primeiro marco valorativo poderá dar-se.

Explicamo-nos: se a equidade não é simples aplicação da legislação, mas ajuste dela às peculiaridades do caso sob exame, a correta discriminação das circunstâncias envolvidas e

¹³ Trabalhamos aqui com referenciais praticamente universais no tocante à penalização de condutas, no sentido de que a generalidade dos ordenamentos jurídicos pune a prática do homicídio e impede a prisão por dívida. Nesse sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, art. 7º, item 7).

dos fatores que levaram o juiz a prestigiar umas dentre outras é um primeiro marco de avaliação. A par disso, é preciso verificar até que ponto o juiz atuou no marco da equidade, que pressupõe o respeito e, portanto, a adesão à legislação a ajustar, ou desgarrou-se do Direito vigente. Assim, proximidade e distanciamento são os dois critérios iniciais para a análise.

Além disso, a coerência estrutural do seu raciocínio – portanto, a estrutura lógico-formal do seu arrazoado – é um outro fator de relevo para a aferição do ajuste da decisão avaliada, muito embora esse não seja o objeto de nosso estudo, já que estamos voltados à correlação entre a atuação judicial do Direito e a Justiça.

Pois bem. Se a Justiça é o foco de nossa atenção, importa verificar se a decisão judicial examinada revela a sua adesão às suas diversas facetas. Até aqui, vimos a sua correlação com a Justiça geral e a Justiça equitativa; entretanto, está ela correlacionada também à Justiça distributiva e à Justiça corretiva, para valerem-nos do plano estrutural estudado mais acima.

De fato, a atuação do juiz, porque balizada por princípios de Justiça, deve vir conformada à ideia de distribuição igualitária dos bens, seja na sua concessão, seja na sua recuperação. Esse estado de mediania, como visto, não nos é dado de antemão, senão como um esboço de uma situação antecipada e que, portanto, deverá ser matizado no momento aplicativo da norma referencial, como expressão de um princípio equitativo sempre em vigor¹⁴.

Um dos dogmas positivistas é o que assume o Direito como um sistema dotado de completude e que, portanto, não ostenta lacunas. Essa ideia

de fechamento sistêmico não se coaduna com a visão do Direito que temos desenvolvido até aqui. Como vimos, a dimensão do humano é incapaz de lidar com o todo do mundo em um processo de cognição exauriente e completa. Ao consolidar certa visão de mundo em preceitos normativos de caráter jurídico, o legislador o faz segundo uma estrutura hipotética baseada em previsões de situações futuras, as quais necessariamente dependerão de um ajuste fático no momento de sua aplicação. Lidaremos, pois, com lacunas de duas ordens: as primárias e as secundárias.

Denominamos primárias as lacunas caracterizadas pela situação em que o juiz tem que enfrentar casos que absolutamente não foram contemplados pelo legislador. Imaginemos a situação em que instituições religiosas apresentem uma demanda judicial para resistir à pretensão de um pesquisador de manipular tecidos embrionários para fins de pesquisa genética. Essa palpitante questão na área da bioética, porque recente, pode não ter sido antevista nos ordenamentos jurídicos disponíveis ao magistrado, caracterizando-se aí uma lacuna de primeira ordem, por absoluta falta de previsão legal da situação.

Por sua vez, denominamos secundárias as lacunas que, a despeito da previsão normativa, normalmente deixam à margem dos preceitos circunstâncias atuais específicas que dão um matiz ligeiramente diferenciado ao caso sob exame e que requerem, para a sua colmatação, um procedimento integrador por parte do órgão julgador, no sentido de conformar a norma à realidade que se apresenta.

Partindo da premissa de que a equidade, como princípio aplicativo do Direito é o meio ordinário com que deve o juiz lidar com os casos sob sua apreciação, consoante ampla fundamentação apresentada mais acima, é de pressupor que as lacunas têm presença marcante na legislação, ao menos na forma secundária que acabamos de expor. Por isso mesmo, a atividade

¹⁴ Como expressão da interação entre a justiça distributiva, pautada na igualdade, e a justiça equitativa, temos no art. 39 do Código Ibero-Americano de Ética Judicial a exortação para que “em todos os processos, o uso da equidade seja especialmente orientado a lograr uma efetiva igualdade de todos perante a lei” (ATIENZA; VIGO, 2008, p. 40).

jurisdicional é sempre integradora desse sistema de regras, e o princípio da completude somente pode ser salvo se admitirmos que o próprio ato aplicativo empreendido pelo juiz integra o sistema normativo. Nesse caso, poderíamos afirmar com acerto que o Direito jamais apresenta lacunas, mas a lei necessariamente as tem.

Retomamos aqui a ideia de que a decisão judicial não é um modelo lógico-dedutivo aséptico que se limita a exumar os sentidos que se ocultam sob o texto legal que lhes dá suporte, mas o próprio momento consumativo da norma concreta, em que as circunstâncias peculiares do caso sob exame são objeto de uma consideração prudente pelo magistrado. Ora, não é possível que essa norma assim instituída, norma aplicável ao caso, e por isso norma concreta, possa ser desconsiderada em situações futuras onde as mesmas circunstâncias prevaleçam.

Assim, “o juiz equitativo é aquele que, sem transgredir o Direito vigente, leva em consideração as peculiaridades do caso e resolve-o baseando-se em critérios coerentes com os valores do ordenamento, e que possam estender-se a todos os casos substancialmente semelhantes” (ATIENZA; VIGO, 2008, p. 39-40, grifo nosso).

Eis o fundamento para o caráter normativo da jurisprudência, que justifica a pretensão de consistência na aplicação dessa normatividade concreta, como expressão da Justiça do procedimento jurisdicional e, portanto, também critério da sua aferição.

Portanto, a fundamentação das decisões judiciais é um imperativo com múltiplas finalidades. Em primeiro lugar, torna explícitas as razões pelas quais o juiz decide de uma e não de outra forma, o que sobreleva para a consideração da correção ou ajuste da sua decisão os parâmetros de Justiça a que se deve conformar. Em segundo lugar, reflete um imperativo lógico da própria fisiologia do processo de deliberação prática, porque sendo ele racionalmente emba-

sado, importa em explicitar as razões em que se apoia. Em terceiro lugar, tem um efeito retórico relevante (não em sentido depreciativo), pois possibilita o acordo entre posições conflituosas, na medida em que favorece o convencimento das partes acerca da correção ou não de suas pretensões, sendo inclusive, nesse viés, um referencial discursivo que alimenta uma possível concepção de Justiça. Em quarto lugar, a fundamentação presta-se a alimentar uma via de controle das decisões e, conseqüentemente, desenvolve um sentimento de responsabilidade do juiz, no sentido ético acima apontado, que o mantém vinculado não só a parâmetros legislativos que pretende tornar equânimes, mas também às próprias razões em que aqueles se sustentam¹⁵.

O último aspecto deriva do fato de que a Justiça não orienta apenas a atuação judiciária, mas também está associada necessariamente à própria conformação dos textos legislativos em que o juiz deve apoiar-se (momento nomogênico a que acima nos referimos). Partindo da premissa de que a atuação do Direito deve dar-se de acordo com parâmetros de Justiça, então já não podemos prescindir desse vínculo essencial na recuperação daquelas razões que inspiraram a produção normativa abstrata, também quando do seu ajuste prático aos casos concretos a que serão aplicadas.

Sem prejuízo das dificuldades de explicitação dessas razões legislativas, o fato é que podem elas ser descortinadas no âmbito do processo de deliberação prática em que se envolve o juiz, a fim de que, por tal via, seja instaurado mais um viés de controle da sua decisão – o que se conforma às múltiplas finalidades que deri-

¹⁵ Nesse sentido, a referência do art. 40 do Código Ibero-Americano de Ética Judicial, quando menciona que “o juiz deve sentir-se vinculado não apenas ao texto das normas jurídicas vigentes, mas também às razões em que elas se fundamentam” (ATIENZA; VIGO, 2008, p. 40).

vam da exigência de fundamentação, especialmente reforçando o controle institucional e democrático sobre as decisões judiciais, no contexto do seu alinhamento aos referenciais da Justiça.

5. Conclusão

O retorno aos antigos revela um pensamento originário que pode ser apropriado hoje como fonte inspiradora das nossas reflexões sobre os temas por eles estudados. No percurso do pensamento humano, parece-nos salutar uma parada estratégica de tempos em tempos, com uma mirada sobre o caminho já percorrido, a fim de que daí se possam evidenciar acertos e desencontros. Não se trata de uma ressuscitação romântica do passado, mas da apropriação crítica da tradição que nos é legada.

Nesse sentido, o tema da Justiça, em seu cotejo com o Direito, é reexaminado à luz de precedentes histórico-filosóficos em que a ética aristotélica assume um papel de relevo.

Nesse ambiente inicialmente nostálgico, foram evidenciados os múltiplos sentidos que permeiam o conceito de Justiça, notadamente os justos geral, equitativo e distributivo.

A partir daí, procuramos mostrar que o Direito não seria apenas um conjunto de regras assépticas que buscam ordenar a vida social, mas uma ordenação pautada por valores que o sistema jurídico consagra. Por isso mesmo, a justiça, ordinariamente conectada ao próprio corpo orgânico-institucional do Poder Judiciário, assume letra capitular para significar a Justiça como valor que preside todo o ordenamento e que perpassa toda a ação judiciária, seja como norte da atuação dos juízes para um fim perseguido pelo Direito (*telos* da Justiça), seja como princípio basilar que lhe seve de substrato para o agir (Justiça como *arché* do Direito).

É por esse dúplice papel que ela, a Justiça, é fundamental ao Direito, de forma tal que qualquer manifestação dele que a desconsidere está fadada a desnaturar-se em jogo de preceitos estéreis ou instrumento de ideologias.

Isso nos projetou à tentativa de dimensionar a Justiça, não no âmbito de uma conceituação abstrata que pretendesse capturá-la, o que seria de todo impossível, mas por meio da evidenciação de certos traços presentes na sua manifestação prática. Assim, o justo foi abordado como uma experiência fenomênica, delineada em meio a um horizonte aberto que pudesse orientar-nos efetivamente nesse trajeto que o põe em cotejo com o Direito.

Foi assim que se revelou o destacado perfil da igualdade como elemento marcante da Justiça, o qual reflete consequências práticas importantes no campo da decisão judicial – entre as quais, a necessidade de uma aplicação consistente das normas.

Embora esse liame entre Direito e Justiça possa ser analisado no âmbito da política legislativa, que se volta à própria dinâmica nomogênica, nosso enfoque está envolvido com o espaço de atuação do juiz, em que sobressai a difícil questão da equalização do seu grau de liberdade para decidir com a sua necessária vinculação ao Direito posto, sem o quê, o órgão julgador estaria no extremo da sua própria anulação enquanto humano e, de outro lado, na exacerbação de um papel solipsista que busca imprimir ao mundo as suas próprias considerações, o que vai na contramão da via democrática. Portanto, liberdade e vinculação são o lugar privilegiado da reflexão empreendida.

Nesse contexto, afirmamos que, por mais que se pretenda circunscrever a atuação do juiz a parâmetros normativos postos, eles são fruto de uma construção hipotética a que se atribuem efeitos determinados. Como hipóteses, são edificadas por meio de antecipações de eventos futuros, por mais detalhadas que sejam as antevisões nelas contidas, não darão conta da vastidão de possibilidades do mundo da vida. Generalidade e abstração são, pois, atributos estruturais das normas jurídicas que, conquanto devam necessariamente ser orientadas por valores de Justiça, exigirão um ajuste concreto no momento aplicativo, que leve em conta um processo de deliberação racional do juiz. É nesse plano que a equidade, como afirmamos, longe de ser um episódio isolado e espúrio no acontecer do Direito, é o seu modo ordinário de manifestação.

Isso não significa que o juiz esteja habilitado à construção de uma norma concreta desvinculada dos supostos normativos que pretende ajustar, ou das razões que as presidem, pois se há uma tal dimensão (do ajuste), é preciso reconhecer que algo a ser ajustado mantém-se presente no processo. A preocupação de atribuir ao juiz espaços cada vez menores de deliberação, longe de conferir segurança jurídica, acaba por paradoxalmente atribuir-lhe espaços de discricionariedade ou, o que é pior, colocar o Direito em descompasso com o mundo da vida. Então, é melhor que tenhamos referenciais que permitam assentar uma expectativa razoável na atuação judicial, em vez de uma intangível dimensão de certeza absoluta.

Tais referenciais, ainda que não sejam eles mesmos passíveis de ser circunscritos a uma conceituação teórica rígida, dão mostra efetiva do seu potencial de controle nas circunstâncias concretas em que se evidenciam. Nesse contexto, exsurge a questão da fundamentação das decisões judiciais, imperativo decorrente da própria natureza destas últimas: um processo racional de deliberação prática. Dentre as muitas justificativas para ela, destacamos a necessidade de um controle democrático sobre o processo decisório, pois ao tornar explícitas as razões pelas quais o juiz decide de uma e não de outra forma, é possível estimar a correção ou ajuste da sua decisão aos parâmetros de Justiça a que deve conformar-se.

Ademais, esse potencial controle reforça o sentimento de responsabilidade do juiz, no sentido ético apontado no texto, que o mantém vinculado não só a parâmetros legislativos que pretende tornar equânimes, mas também às próprias razões em que aqueles se sustentam.

Referências

ATIENZA, Manuel; VIGO, Rodolfo Luís. *Código ibero-americano de ética judicial*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.

ARISTÓTELES. *Ética nicomáquea*. Tradução de Julio Pallí Bonet. Madrid: Gredos, 1985.

CANTO-SPERBER, Monique; OGIEN, Ruwen. *La philosophie morale*. 2. ed. Paris: Universitaires de France, 2006.

HART, Herbert L. A. *The concept of law*. 2. ed. New York: Oxford University, 1994.

HELLER, Agnes. *Além da justiça*. Tradução de Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Massachusetts: Harvard University, 1999.

RUSS, Jacqueline. *Pensamento ético contemporâneo*. São Paulo: Paulus, 1999.

SANTO AGOSTINHO. Las confesiones. In: _____. *Obras completas*. 7. ed. Madrid: Católica, 1979. v. 2.

VELASCO, Marina. *O que é justiça?: o justo e o injusto na pesquisa filosófica: um exemplo: as cotas raciais universitárias*. Rio de Janeiro: Vieie & Lent, 2009.

WÖLFEL, Ursula. *A ética a Nicômaco de Aristóteles*. São Paulo: Loyola, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo; MARTINI, Carlo Maria. *La exigencia de justicia*. Tradução de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2006.

Possibilidade de extinção de concessão de serviço público justificada na recuperação judicial de sociedade empresária

O caso do setor elétrico brasileiro

ANDRÉ SADDY

Sumário

Introdução. 1. Concessões de serviço público. 1.1. Contrato de concessão. 1.2. Direitos e deveres dos usuários de serviços concedidos. 1.3. Intervenção na concessão. 1.4. Formas de extinção da concessão de serviço público. 2. Crises e soluções variadas de sociedade empresária concessionária de serviço público. 3. Recuperação judicial e concessionária de serviço público. 3.1. Legitimidade de concessionária de serviço público para requerer a recuperação judicial. 3.2. Recuperação judicial e caducidade. 3.3. Interesse de intervir no período da recuperação judicial. 4. Afastamento do regime de recuperação judicial e extrajudicial das concessionárias e permissionárias de serviços públicos de energia elétrica. Conclusões.

André Saddy é doutor europeu pela Universidad Complutense de Madrid. Mestre pela Universidade de Lisboa. Pós-graduado pela Universidade de Coimbra. Associate Research Fellow do Centre for Socio-Legal Studies da University of Oxford. Diretor-Presidente do Centro para Estudos Empírico-Jurídicos. Professor Adjunto I do IBMEC-RJ. Consultor e Parecerista.

Introdução

Na tentativa de adequar a legislação brasileira à realidade das empresas, bem como aos objetivos constitucionais, foi introduzida, no ordenamento jurídico, a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Essa lei revogou a ultrapassada legislação falimentar: o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945¹.

¹ É importante mencionar que praticamente toda a doutrina afirmava ser o Decreto-Lei nº 7.661/1945 um instrumento elogiável, mas que se apresentava anacrônico na medida em

Recentemente, alguns questionamentos foram levantados quanto à possibilidade de concessionária de serviço público ter seu vínculo junto à Administração extinto por estar em processo de recuperação judicial, um dos mecanismos jurídicos de superação das crises empresariais criado pela Lei nº 11.101/2005.

A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), por exemplo, no início de 2012 iniciou procedimento administrativo com o intuito de extinguir a concessão da distribuidora paraense de energia Celpa, controlada pelo Grupo Rede Energia², além de já ter intervindo na administração da empresa Companhia Energética do Maranhão (Cemar).

No final de agosto de 2012, o governo editou a Medida Provisória nº 577, que detalhou os procedimentos para a extinção e a intervenção da concessão de serviço público de energia elétrica, afastando os regimes de recuperação judicial e extrajudicial das concessionárias e permissionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica, entendendo como mais adequado às especificidades desse setor que essa recuperação se desse sob o regime da intervenção. Neste sentido, a Medida Provisória buscou robustecer o instrumento da intervenção de modo a assegurar também, durante esse processo, a continuidade da apropriada prestação do serviço.

A pergunta que deve ser feita é: o fato de determinada sociedade empresária estar em processo de recuperação judicial por si só evidencia a inadequação do serviço? Ou a caducidade deve ser demonstrada com a efetiva inadimplência do particular? Antes da extinção da concessão deve, necessariamente, o Estado realizar a intervenção?³

que não mais se coadunava com a realidade das relações empresariais da modernidade. Manoel Justino Bezerra Filho (2005, p. 34 et seq) traz inúmeras posições de distintos autores sobre aquele decreto-lei. Para não mencionar todas as posições, transcreve-se apenas uma das passagens em que se afirma: “a falência e também a concordata, na forma como se encontravam estruturadas no Dec.-Lei nº 7661/1945, não ofereciam possibilidade de solução no sentido de propiciarem ao então comerciante, hoje empresário ou sociedade empresária, em situação em crise, a possibilidade de se recuperarem” (BEZERRA FILHO, 2005, p. 34 et seq).

² A Celpa (Centrais Elétricas do Pará S.A) distribui energia elétrica para uma área de concessão de 1.247.690 km², abrangendo todos os 143 municípios atendidos no estado do Pará. Atualmente, a concessionária atende a mais de 1,6 milhão de clientes, beneficiando mais de sete milhões de habitantes. A empresa faz parte do Grupo Rede Energia, *holding* que controla onze empresas operacionais: nove distribuidoras, uma comercializadora e uma prestadora de serviços. Segundo a ANEEL, a Celpa não presta um serviço adequado, além de descumprir, de forma contínua, metas estabelecidas no contrato. Conforme a autarquia, a Celpa acumula dívidas da ordem de R\$2,4 bilhões e registra péssimos índices de qualidade. Em 2010, por exemplo, os consumidores da empresa Celpa ficaram 102 horas por ano sem luz – a média nacional foi de 18 horas. Por sua vez, a Celpa reclama da ampliação das exigências pela ANEEL, da inadimplência de prefeituras e usuários, das perdas não técnicas de energia, conhecidas como gatos, das altas multas e penalidades pagas e, também, das particularidades do estado do Pará que, devido ao grande território que possui, detém regiões pouco povoadas e desenvolvidas que exigem altos investimentos e baixo retorno.

³ Outras perguntas poderiam ser feitas, tais como: ocorrendo a extinção da concessão, o que deve ser feito: relicitar e voltar a delegar o serviço ou prestar diretamente a atividade? Poderia o Estado realizar uma autorização de serviço público e depois delegar por concessão?

Diante dessas distintas questões norteadoras, busca o presente estudo analisar a possibilidade ou não da extinção de concessão de serviço público em casos de recuperação judicial, bem como a análise da recente Medida Provisória que afasta os regimes de recuperação judicial e extrajudicial das concessionárias e permissionárias de serviço público de distribuição de eletricidade.

1. Concessões de serviço público

Sabe-se que o Estado pode, por meio de procedimento licitatório, delegar a particulares suas atribuições estabelecidas formalmente como serviços públicos (art. 175 da CRFB). São chamados delegatários desses serviços os empresários (permissões de serviço público, por exemplo) e as sociedades empresárias (concessões de serviço público, por exemplo). Interessa, na presente investigação, apenas, o conceito de serviços concedidos. Estes são todos aqueles que o particular executa em seu nome, por sua conta e risco, remunerados por tarifa⁴, na forma regulamentar, mediante delegação contratual ou legal do poder público concedente. Serviço concedido é serviço do poder público, apenas, executado por particular em razão da concessão⁵. Não há transferência da propriedade, nem se despoja de qualquer direito ou prerrogativa pública. Delega-se, somente, a execução do serviço nos limites e condições legais ou contratuais, sempre, sujeita à regulamentação e fiscalização do poder concedente.

À sociedade empresária caberia eventual indenização pela perda da concessão? Caso a perda da concessão acabe culminando na extinção da sociedade, como ficam os credores? Tais questões, no entanto, para serem respondidas, devem ser objeto de outro estudo.

⁴ A tarifa é a remuneração do serviço prestado em regime público feita pelo usuário. Deve ela permitir a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão do serviço, assegurando o equilíbrio econômico e financeiro do contrato. Daí porque se impõe a revisão periódica das tarifas, de modo a adequá-las ao custo operacional e ao preço dos equipamentos necessários à manutenção e expansão do serviço a fim de propiciar a justa remuneração do concessionário, na forma contratada (art. 23, IV da Lei nº 8.987/95). Ressalta-se que parte da doutrina afirma que atividades prestadas em regime de monopólio são compensadas por meio de taxa, e não de tarifa. Discorda-se de tal entendimento; parece que, nesses casos, será necessário saber se há outra forma de satisfazer à necessidade da prestação do serviço. Há uma diferença entre monopólio e serviço de uso obrigatório, e é aqui que se encontra a resposta. Se o serviço for de uso obrigatório, ou seja, se houver compulsoriedade, estar-se-á diante de uma natureza tributária. Logo, ter-se-ia de compensar por meio de taxa e não de tarifa; caso contrário, estar-se-ia diante de uma taxa.

⁵ A concessão é um dos instrumentos de que o poder público pode utilizar-se para diminuir o tamanho do Estado, pela transferência de atribuições para o setor privado. Ainda que a concessão se faça por contrato administrativo, portanto, regido pelo Direito Público, e, ainda que o poder público conserve a plena disponibilidade sobre o serviço, exerça a fiscalização e fixe a tarifa, a execução do serviço estará entregue a uma empresa privada, que atuará segundo os moldes das empresas privadas, livre de procedimentos como concursos públicos, licitação, controle pelo Tribunal de Contas e de outros formalismos que emperram, hoje, a atuação da Administração Pública. Vide o conceito de concessão em: Meirelles (1999, p. 341); Di Pietro (2002, p. 75).

Como o serviço, apesar de concedido, continua sendo público, o poder concedente – União, Estado-membro, Distrito Federal, Município – nunca se despoja do direito de explorá-lo direta ou indiretamente por seus órgãos, suas autarquias e empresas estatais, desde que o interesse público assim o exija. Nessas condições, permanece com o poder concedente a faculdade de, a qualquer tempo, no curso da concessão, retomar do concessionário o serviço concedido, mediante indenização, dos lucros cessantes e danos emergentes resultantes da encampação. As indenizações, em tal hipótese, serão as previstas no contrato, ou, se omitidas, as que foram apuradas amigável ou judicialmente. A concessão é sempre feita no interesse da coletividade e o concessionário fica obrigado a prestar o serviço em condições adequadas para o público. Por isso, é importante delimitar e estabelecer como deverão atuar, para que, caso o serviço não seja prestado eficientemente, o poder público retome a concessão. A Administração tem o dever de controlar a atuação do concessionário, desde a organização da empresa até sua situação econômica e financeira, seus lucros, o modo e a técnica da execução dos serviços, bem como fixar as tarifas em limites razoáveis e equitativos para a empresa e para os usuários.

A concessão, em regra, deve ser conferida sem exclusividade, para que sempre seja possível a competição entre os interessados, favorecendo, assim, os usuários com serviços melhores e tarifas módicas. Apenas quando houver inviabilidade técnica ou econômica de concorrência na prestação do serviço, devidamente justificada, admite-se a concessão com exclusividade (Lei nº 8.987/1995, art. 16). A atividade do concessionário é privada e, desse modo, será exercida no tocante à prestação do serviço ou aos recursos humanos. Somente para fins expressamente consignados em lei ou no contrato se equiparam os concessionários a autoridades públicas, e seus atos submetem-se a mandado de segurança e demais ações cabíveis.

Georde Vedel e Pierre Devolvé (apud DI PIETRO, 2002, p. 76) realçam um dado fundamental para o entendimento de vários aspectos da concessão de serviço público. Observam eles que a concessão de serviço público constrói-se sobre duas ideias antitéticas, cujo equilíbrio constitui toda a teoria do contrato de concessão: trata-se, por um lado, de um serviço público que deve funcionar no interesse geral e sob autoridade da Administração; e, por outro, de uma empresa capitalista que comporta, no pensamento daquele que está à sua testa, o máximo de proveito possível.

Desse duplo aspecto da concessão, tem-se uma peculiaridade: a submissão da empresa concessionária a um regime jurídico híbrido. Como empresa privada, ela atua, em regra, segundo as normas do direito privado no que diz respeito à sua organização, estrutura, relações com terceiros

(art. 25, §1º da Lei nº 8.987/1995) e regime de trabalho de seus empregados, submetidos à CLT. Como prestadora de um serviço público, sua relação com a Administração concedente rege-se inteiramente pelo direito público, visto que a concessão é um contrato tipicamente administrativo. Em matéria de responsabilidade civil por danos causados a terceiros, submete-se à norma do art. 37, §6º, da Constituição. Também seu patrimônio fica submetido a regime jurídico híbrido: como empresa privada, ela dispõe de bens particulares que podem ser objeto de qualquer relação jurídica regida pelo direito privado (como alienação, locação, permuta, penhora, usucapião, etc.); como concessionária de serviço público, dispõe de uma parcela de bens afetados à prestação do serviço, os quais, por serem indispensáveis à continuidade do serviço público, podem ser considerados coisas *extra commercium* e, portanto, fora do comércio jurídico de direito privado (são bens inalienáveis, impenhoráveis, imprescritíveis, como os bens públicos pertencentes às pessoas jurídicas de direito público).

Ao concessionário são outorgadas algumas prerrogativas próprias do poder público, algumas delas previstas na Lei nº 8.987/1995, como a de “promover desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato” (art. 31, VI); a de exercer o poder de polícia em relação aos bens vinculados à prestação do serviço (art. 31, VII); a de “captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço” (art. 31, VIII); a de fazer a subconcessão nos termos previstos no contrato de concessão, hipótese em que “o subconcessionário se sub-rogará todos os direitos e obrigações do subconcedente, dentro dos limites da subconcessão” (art. 26, §2º), o que significa que o subconcedente assumirá todos os encargos do poder concedente definidos no art. 29, além de

outros direitos e deveres previstos, desde que não ressalvados expressamente pelo poder concedente ao autorizar a subconcessão. Ademais, poderá exercer outras prerrogativas derivadas das normas regulamentadoras do serviço.

O concessionário fica ainda sujeito a todos os princípios pertinentes à execução de serviços públicos, em especial, aos da continuidade, mutabilidade do regime jurídico e igualdade dos usuários⁶.

1.1. Contrato de concessão

Hely Lopes Meirelles (1999, p. 344) infere que toda concessão é submetida a duas categorias de normas: aquela de natureza regulamentar, que disciplina o modo e a forma de prestação do serviço; e a de ordem contratual, que fixa as condições de remuneração do concessionário. As primeiras podem ser alteradas a qualquer tempo, unilateralmente pelo poder público. Basta a comunidade exigir que assim o seja⁷. As segundas são cláusulas contratuais – e portanto –, fixas só podendo ser modificadas por acordo entre as partes. Acrescenta-se aqui

⁶O princípio da continuidade do serviço público revela ser impossível a interrupção do serviço por iniciativa do concessionário, a não ser em hipóteses estritas previstas em lei e no contrato. O da mutabilidade é submetido ao concessionário e ao usuário. Estabelece esse princípio que as cláusulas regulamentares do contrato podem ser unilateralmente alteradas pelo poder concedente para atender a razões de interesse público. Nem o concessionário nem os usuários do serviço podem opor-se a essas alterações; inexistente direito adquirido à manutenção do regime jurídico vigente no momento da celebração do contrato. Se é o interesse público que determina tais alterações, não há como opor-se a elas. Em consonância com o princípio da igualdade perante o serviço público – que constitui aplicação do princípio da igualdade de todos perante a lei –, os usuários que satisfaçam às condições legais fazem jus à prestação do serviço.

⁷Cabe, por fim, lembrar que a alteração unilateral do contrato de concessão é admissível sempre, mas unicamente no tocante aos requisitos dos serviços e com correlata revisão das cláusulas econômicas e financeiras afetadas pela alteração, para manter-se o equilíbrio econômico e financeiro inicial.

a via judicial, à qual sempre se poderá recorrer visando a modificações de cláusulas, independente do acordo entre as partes⁸.

Tendo em vista essas duas categorias e normas, o contrato deverá sempre ser escrito, meio pelo qual a outorga da concessão estará formalizada. Deve conter o contrato diversos elementos, como o serviço concedido e o âmbito territorial; o prazo e as condições de prorrogação; as regras e as condições de execução do serviço; os critérios, os parâmetros e os indicadores de qualidade, expansão e modernização do serviço; o valor e a forma de pagamento do ônus devido pela outorga e, se for o caso, para sua prorrogação; as tarifas e seus critérios de reajuste e revisão; os direitos, as garantias e as obrigações dos usuários, do regulador e da concessionária; as possíveis receitas e fontes de financiamento alternativas, complementares ou acessórias; a forma de prestação de contas e da fiscalização; os bens reversíveis, se houver; as condições de compartilhamento das redes físicas; as regras sobre transferência e extinção do contrato; as sanções e respectivas infrações, em especial as de natureza grave; e o foro e modo para solução extrajudicial das divergências contratuais, entre outros (vide art. 23 da Lei nº 8.987/1995)⁹.

⁸O contrato poderá, portanto, ser revisto, caso exista, por exemplo, necessidade de se reorganizar o objeto ou a área de concessão para ajustamento das outorgas ou adaptação à regulamentação vigente, observando, no caso de outorga mediante licitação, o instrumento convocatório.

⁹Para Celso Antônio Bandeira de Mello (1996, p. 96), “o contrato é uma composição consensual, pacífica de interesses. Tradicionalmente, entende-se por contrato a relação jurídica formada por um acordo de vontades, em que as partes se obrigam reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas e de tal sorte que nenhum dos contratantes pode alterar ou extinguir o que resulta da avença. [...] Mesmo no contrato administrativo – que, diferentemente do que foi exposto, comporta, segundo a visão clássica, amplos poderes para o contratante público alterar e extinguir o vínculo – considera-se imprescindível respeito absoluto ao pactuado, no que concerne os interesses econômicos do contratante privado”.

1.2. Direitos e deveres dos usuários de serviços concedidos

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 93), ao tratar dos efeitos da concessão, afirma que há efeitos trilaterais da concessão, pois, embora celebrados apenas entre poder concedente e concessionário, os seus efeitos alcançam terceiros estranhos à celebração do ajuste. Desse modo, quer por força das normas regulamentares da concessão, quer por força das cláusulas contratuais, os usuários assumem direitos e obrigações perante as partes. Segundo alguns, este mantém uma relação contratual com o concessionário por meio de um contrato de adesão; para outros, uma vez iniciada a execução do serviço, o usuário assume uma situação estatutária, porque ele passa a submeter-se às normas regulamentadoras do serviço, independentemente de qualquer relação contratual; para outros, finalmente, o usuário ora participa da relação por meio de um contrato de adesão, ora participa de uma situação estatutária.

Na realidade, no que concerne ao usuário, os efeitos do contrato são também uma decorrência da duplicidade de aspectos da concessão; além do aspecto contratual propriamente dito, a concessão mantém sua natureza regulamentar no que diz respeito à prestação do serviço; sob o ponto de vista dos usuários, sua posição não se altera, seja o serviço prestado diretamente pela Administração Pública, seja aquele prestado indiretamente pelo concessionário, visto que as normas regulamentadoras do serviço são as mesmas.

Muito clara e precisa é a lição de Héctor Jorge Escola (apud, DI PIETRO, 2002, p. 94):

“A situação do usuário, nos serviços públicos concedidos, é idêntica à que lhe cabe quando o serviço é prestado diretamente pela administração: é o beneficiário, é o destinatário

do serviço público, e como tal não é parte na relação contratual concedente-concessionário, mas sobre ele repercutem os efeitos do contrato celebrado, que se estendem em relação a ele. De tal modo, a situação do usuário não é senão uma situação jurídica objetiva, que se origina no fato mesmo da utilização do serviço público. São indiferentes – estando sempre no campo dos serviços públicos *uti singuli* – as modalidades que ofereça o serviço e as formas adotadas para sua prestação. Só o fato de sua utilização é que dá lugar ao nascimento de relações entre o concessionário e o usuário; só dita utilização gera direitos e impõe obrigações.”

Acrescenta o autor que:

“[...] estas relações jurídicas, estabelecidas entre o concessionário e o usuário, resultantes da utilização potencial ou efetiva do serviço, podem aparecer às vezes com o caráter e o alcance de uma relação contratual, quando as normas legais assim o estabeleçam, quando efetivamente se formaram sob a forma de uma relação dessa classe, ou quando a regulamentação do serviço permite utilizar o mecanismo contratual, e em outras aparecem com o caráter e o alcance de uma relação regulamentar” (ESCOLA apud DI PIETRO, 2002, p. 94).

O art. 7º da Lei nº 8.987/1995 define os direitos e deveres dos usuários, embora outros decorram de dispositivos esparsos. São eles: o direito à prestação de serviço adequado; o direito à fiscalização sobre a prestação do serviço; o direito à informação para defesa de interesses individuais ou coletivos; o direito à modicidade das tarifas, entre outros.

1.3. Intervenção na concessão

Caso tais direitos não estejam sendo respeitados, será possível a intervenção na concessão, que sempre decorrerá do poder fiscalizador da Administração. Tal fiscalização será feita pelo Poder Público, que, nas palavras de Hely Lopes Meirelles (1999, p. 349), é o fiador de sua regularidade e boa execução perante os usuários, não é a única, ter-se-á também a fiscalização feita pela coletividade, tendo em vista ser o serviço público. Por conseguinte, é dever do poder concedente exigir sua prestação em caráter geral, permanente, regular, eficiente e com tarifas módicas (art. 6º, §1º da Lei nº 8.987/1995). Para assegurar esses requisitos, indispensáveis em todo serviço concedido, reconhece-se à Administração Pública o direito de fiscalizar as empresas, com amplos poderes de verificação de sua administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros, principalmente, para conhecer a rentabilidade do serviço, fixar tarifas justas e punir infrações regulamentares e contratuais. Por isso, existem as hipóteses de intervenção. Segundo o art. 32 da Lei nº 8.987/1995, o poder concedente poderá intervir na concessão com o fim de assegurar

a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.

O processo de intervenção terá um interventor¹⁰, que será designado pelo ato de intervenção, cujo prazo, objetivos e limite serão por ele indicados. Caso haja a decretação da intervenção, não poderá haver a interrupção do serviço. Deve, assim, a continuidade da prestação do serviço e seu normal funcionamento. Porém, os dirigentes da concessionária serão imediatamente afastados e substituídos por agentes indicados pelo interventor.

A intervenção deverá ser precedida de processo administrativo instaurado pela Administração Pública, em que se assegurará a ampla defesa e o contraditório, salvo quando decretada cautelarmente, hipótese em que o procedimento será instaurado na data da intervenção e concluído em até cento e oitenta dias.

1.4. Formas de extinção da concessão de serviço público

A Lei nº 8.987/1995 prevê distintas formas de extinção, tendo em vista as diversas causas que poderão ensejar tal procedimento. Existem, basicamente, oito formas de extinção das concessões de serviço público: o termo final do prazo; a cassação; o decaimento; a anulação; a encampação; a rescisão; a caducidade e a falência ou extinção da empresa concessionária. Em poucas palavras, a extinção devolve à Administração Pública os direitos e deveres relativos à prestação do serviço, facultando-lhe decidir pela execução direta da atividade ou pela outorga de novo título habilitante, muitas vezes, mediante licitação.

Inicialmente, sabe-se que, findo o termo ou prazo contratual, devem-se reverter ao poder concedente os direitos e bens vinculados à prestação do serviço nas condições estabelecidas no termo ou contrato.

A cassação diz respeito à perda de condição de manutenção do título habilitante.

O decaimento é aquela situação de excepcional relevância pública, que leva ao Poder Público reassumir a atividade.

A anulação decorre de eventual irregularidade insanável no ato que expediu o título habilitante, ou seja, trata-se de um vício de legalidade no pacto. É a invalidação do termo ou contrato por ilegalidade. Poderá ela ser decretada pela Administração ou pelo Poder Judiciário. Saliente-se que, na anulação, o termo ou contrato é ilegal; logo, embora esteja

¹⁰ Pode ser pessoa física, colegiado ou pessoa jurídica, cuja remuneração será paga pela concessionária. Ele prestará contas e responderá pelos seus atos, contra os quais caberão recursos.

sendo regularmente executado, não se impõe indenização alguma e produz efeitos *ex tunc*, retroagindo às origens da outorga.

A encampação é a retomada do serviço pela Administração Pública durante o prazo de vigência do termo ou contrato em virtude de razão extraordinária de interesse público, mediante lei autorizativa, específica e após o pagamento de prévia indenização. Não é permitido ao dono do título habilitante opor-se à encampação. Seus direitos limitam-se à indenização, calculada na forma do art. 36 da Lei nº 8.987/1995. No entanto, é verdade que, ao transferir para o Legislativo a decisão de encampar, ofertou-se ao proprietário maior garantia, uma vez que o reconhecimento da existência de interesse público passou a depender de uma decisão colegiada e não individual do chefe do Executivo. Justifica-se que assim seja, uma vez que a retomada da atividade pode importar indenização vultosa, e talvez dependente de dotação específica.

A rescisão é o desfazimento do contrato durante o prazo de sua execução. O termo é genérico, que comporta várias espécies, porém a Lei nº 8.987/1995 reservou-o para a extinção do título habilitante, promovida pelo outorgado junto ao Poder Judiciário. Desse modo, a rescisão judicial é aquela determinada pelo Poder Judiciário mediante provocação do dono do título e em face de descumprimento do contrato pelo poder concedente. Para obtê-la, deve-se: a) promover ação específica para esse fim; b) comprovar o descumprimento do termo ou contrato pelo Poder Público; c) manter a prestação do serviço sem solução de continuidade até a decisão judicial transitar em julgado. Embora a lei não o diga, haverá sempre lugar para a rescisão amigável, que decorre do acordo entre as partes, no qual estas convencionam modo e forma de devolução da atividade e eventuais pagamentos devidos.

A caducidade é a extinção por inadimplemento de obrigação pelo dono do título habilitante, especialmente em hipóteses de descumprimento reiterado das metas assumidas nos termos ou contratos¹¹. O ato será declarado por decreto do Poder Público, depois de comprovada em procedimento administrativo a inadimplência do dono do título. Por ser tratar de punição, tem natureza jurídica de cláusula exorbitante e, como tal, deve ser observado os princípios do contraditório, da ampla defesa, da decisão motivada e proporcional em relação à gravidade da falta, entre outros estipulados na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Eventual indenização, que pode ser cabível, será apurada no decurso do procedimento, dela devendo ser descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados ao Poder Público.

Por fim, tem-se a possibilidade de extinção da concessão pela falência ou extinção da empresa concessionária, ou pelo falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual (art. 15, VI).

Ressalte-se que a extinção da concessão antes do termo contratual poderá implicar a ocupação provisória de todos os bens móveis e imóveis necessários à prestação dos serviços e o aproveitamento do pessoal contratado pela concessionária, desde que isso seja imprescindível à continuidade da prestação dos serviços objeto da concessão, sem prejuízo de outras medidas cabíveis. A Administração poderá ainda manter os contratos firmados pela concessionária com

¹¹ A Lei nº 8.987/1995 dispõe que o poder concedente poderá declarar a caducidade da concessão quando: a) o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada; b) o concessionário descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares; c) o concessionário paralisar o serviço; d) perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais; e) não cumprir as penalidades impostas por infrações anteriores; f) não atender à intimação para regularizar a prestação do serviço; e g) for condenado, em sentença transitada em julgado, por sonegação de tributos, inclusive contribuições sociais.

terceiros, pelo prazo e condições inicialmente ajustadas, respondendo os terceiros que não cumprirem com as obrigações assumidas pelos prejuízos decorrentes do seu inadimplemento.

Fica claro, portanto, que todos os bens imprescindíveis à prestação do serviço utilizados pelas concessionárias serão revertidos ao poder concedente após a extinção da concessão. Importa ressaltar que esse procedimento abrange apenas os bens, de qualquer natureza, vinculados à prestação do serviço. Os demais constituem patrimônio privado do concessionário, que deles pode dispor livremente e, ao final do contrato, não está obrigado a entregá-los sem pagamento ao concedente¹².

As cláusulas de reversão devem prever e tornar certo que bens, ao término do contrato, serão transferidos ao concedente e em que condições.

De acordo com o art. 36, da Lei nº 8.987/1995, o poder concedente deve indenizar o concessionário de todas as parcelas de investimentos vinculados aos bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço. Pretende-se, com isso, evitar que a prestação do serviço se deteriore, nos últimos anos do prazo da concessão, por falta de investimentos. Logo, não são devidas indenizações à concessionária por essa reversão, salvo em situações específicas, como no caso de a reversão ocorrer antes do término do prazo contratual. Nesse caso, aplicam-se as indenizações às parcelas de investimentos vinculados aos bens revertidos, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido

¹² Hely Lopes Meirelles (1999, p. 353) dita que se o concessionário, durante a vigência do contrato, formou um acervo à parte, embora provindo da empresa, mas desvinculado do serviço e sem emprego na sua execução, tais bens não lhe são acessórios e, por isso, não o seguem, necessariamente, na reversão.

aprovados pelo poder concedente e realizados pelo particular para garantir a continuidade e a atualidade dos serviços objetos da concessão.

A alienação, oneração ou substituição de bens reversíveis dependerá de prévia autorização do poder concedente e será feita por conta e risco da concessionária.

2. Crises e soluções variadas de sociedade empresária concessionária de serviço público

Toda e qualquer sociedade empresária está sujeita a crise econômica, financeira ou patrimonial¹³, e as concessionárias não são

¹³ Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 231-232) classifica a crise empresarial em: econômica, financeira e patrimonial. Afirma o autor: “Por crise econômica deve-se entender a retração considerável nos negócios desenvolvidos pela sociedade empresária. Se os consumidores não mais adquirem igual quantidade dos produtos ou serviços oferecidos, o empresário varejista pode sofrer queda de faturamento (não sofre, a rigor, só no caso de majorar seus preços). Em igual situação está o atacadista, o industrial ou o fornecedor de insumos que veem reduzidos os pedidos dos outros empresários. A crise econômica pode ser generalizada, segmentada ou atingir especificamente uma empresa; o diagnóstico preciso do alcance do problema é indispensável para a definição das medidas de superação do estado crítico. Se o empreendedor avalia estar ocorrendo retração geral da economia, quando, na verdade, o motivo da queda das vendas está no atraso tecnológico do seu estabelecimento, na incapacidade de sua empresa competir, as providências que adotar (ou que deixar de adotar) podem ter o efeito de ampliar a crise em vez de combatê-la. A crise financeira revela-se quando a sociedade empresária não tem causa para honrar seus compromissos. É a crise de liquidez. As vendas podem estar crescendo e o faturamento satisfatório – e, portanto, não existir crise econômica –, mas a sociedade empresária ter dificuldades de pagar suas obrigações, porque ainda não amortizou o capital investido nos produtos mais novos, está endividada em moeda estrangeira e foi surpreendida por uma crise cambial ou o nível de inadimplência na economia está acima das expectativas. A exteriorização jurídica da crise financeira é a impontualidade. Em geral, se a sociedade empresária não está também em crise econômica e patrimonial, ela pode superar as dificuldades financeiras por meio de operações de desconto em bancos das duplicatas ou outro título representativo dos créditos derivados das vendas ou contraindo mútuo bancário mediante a outorga de garantia real sobre bens do ativo. Se estiver elevado o custo do dinheiro, contudo, essas medidas podem acentuar a crise financeira, vindo a comprometer todos os esforços de ampliação de venda e sacrificar reservas imobilizadas. Por fim, a crise patrimonial é a insolvência,

diferentes. Quando em razão de infortúnios ou quaisquer outros motivos a partir dos quais veem afetada sua situação econômica, financeira ou patrimonial, os empresários devem buscar saídas para solucionar sua crise¹⁴.

Distinguem-se três formas de crise empresarial, pois cada um revela capacidades distintas de recuperação por parte da sociedade. Por mais que exista um estado de crise empresarial, ainda que grave, ele nem sempre provoca a extinção da sociedade, que, vale assinalar, é diferente da extinção da concessão.

Tal quadro é bem ressaltado por Waldo Fazzio Júnior (2005, p. 21):

“A síntese de todos os perfis da empresa compõe um organismo e, como tal, suscetível de conhecer crises de diversas índoles. Nenhum organismo é imune às crises. Uns mais, outros menos. Crises mais prolongadas, crises transitórias. Crises mais profundas, crises superficiais. A história do organismo empresarial, similar à da economia de mercado, é uma sucessão de períodos em que se alternam altos e baixos. A raiz das crises por que passa o organismo empresarial também é de matriz diversa. Não há linearidade.”

O problema da crise de sociedade empresária concessionária de serviço público talvez seja peculiar em relação a outras sociedades; afinal, como visto, ela se encontra sujeita a diferentes princípios – entre eles, o da continuidade do serviço público.

A busca de uma solução à crise normalmente passa por uma solução em seu próprio âmbito empresarial. Caso necessário, e nada impede que não seja de forma simultânea, deve a sociedade empresária buscar uma

isto é, a insuficiência de bens no ativo para atender à satisfação do passivo. Trata-se de crise estática, quer dizer, se a sociedade empresária tem menos bens em seu patrimônio que o total de suas dívidas, ela parece apresentar uma condição temerária, indicativa de grande risco para os credores. Não é assim necessariamente. O patrimônio líquido negativo pode significar apenas que a empresa está passando por uma fase de expressivos investimentos na ampliação de seu parque fabril, por exemplo. Quando concluída a obra e iniciadas as operações da nova planta, verifica-se aumento de receita e de resultado suficiente para afastar a crise patrimonial” (COELHO, 2005, p. 231-232).

¹⁴ Para exemplificar algumas situações particulares de crises empresariais vale mencionar a classificação de Jorge Lobo, citado por Lídia Valério Marzagão (2005, p. 78-79.): “a) causas externas: aperto da liquidação dos bancos; redução de tarifas alfandegárias; liberação das importações; mudanças nas políticas cambial, fiscal e creditícia; criação de impostos extraordinários; surgimento de novos produtos; queda da cotação dos produtos agrícolas nos mercados internacionais; retração do mercado consumidor; altas taxas de juros; inadimplemento dos devedores, inclusive do próprio Estado; b) causas internas ou imputáveis às próprias empresas ou aos empresários: sucessão do controlador; desentendimento entre sócios; capital insuficiente; avaliação incorreta das possibilidades de mercado; desfalca pela diretoria; operações de alto risco; falta de profissionalização da administração e do estoque; obsolescência dos equipamentos; redução das exportações; investimento ou novos equipamentos; e c) causas acidentais: bloqueio de papel moeda no BACEN; maxidesvalorização da moeda nacional; situação econômica anormal da região do país ou do mercado consumidor estrangeiro; conflitos sociais”.

solução de mercado. Nos casos das concessionárias, esses mecanismos necessariamente estão sujeitos ao posicionamento estatal.

Entre as soluções comuns que determinado concessionário deve realizar, estão as tentativas de reduzir as despesas, aumentar a receita ou solicitar empréstimo. Apesar de esses artifícios serem os três mais comuns para a saída de uma crise, comumente não se mostram suficientes. É certo, portanto, que uma concessionária deva inicialmente buscar a solução em si própria.

Em primeiro lugar, nesse sentido, o concessionário procura reduzir os custos (despesas) da empresa por meio de diferentes técnicas empresariais. Quando essas não são suficientes, é comum observar a realização de *lobby* político, geralmente, através da captura do regulador, por exemplo, para diminuir a fiscalização (*non, partial or selective enforcement*) e até mesmo anulação ou revogação de atos sancionatórios por parte do Estado¹⁵.

Outra solução concomitante, perseguida pelos concessionários, é o aumento da receita por meio da solicitação da revisão tarifária extraordinária¹⁶.

Quando a situação já se encontra complicada, é comum observar o pedido de ajuda estatal para, por exemplo, o Poder Executivo socorrer a concessionária, aumentando o aporte de capital que uma determinada empresa estatal possua em relação à empresa concessionária. Apesar de ser uma prática criticável, haja vista os princípios regentes da ordem econômica nacional e a ideia de risco envolvendo as concessões de serviços públicos, não é incomum, estatais deterem capital de concessionárias de serviços públicos. Nesses casos, o aporte de capital pode, inclusive, levar o controle da concessionária às mãos do Estado, o que configuraria uma situação vetada pelo ordenamento brasileiro, pois estatais não podem ser

¹⁵ Recentemente, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) anulou multa de R\$2,2 milhões da Celpa. A decisão foi tomada pela diretoria da autarquia, acolhendo um recurso da empresa. Não se deseja entrar no mérito da questão, porém é questionável o fato de a ANEEL ter avocado a competência delegada à Agência de Regulação e Controle de Serviços Públicos do Estado do Pará (ARCON-PA). Essa autarquia estadual havia punido a Celpa por descumprir metas relativas aos programas de universalização. Para se ter uma dimensão, somente em autos de infração junto à ANEEL, a dívida da Celpa soma R\$9,64 milhões.

¹⁶ A ANEEL rejeitou, por unanimidade, o pedido da Celpa de revisão tarifária de caráter extraordinário. A empresa argumentou que a atual tarifa não era capaz de cobrir os custos de operação e solicitou um reajuste de 26,69%, com efeito médio a ser percebido pelo consumidor de 20,14%. A ANEEL considerou que o desequilíbrio econômico-financeiro da Celpa tem como causa fundamental a falta de ações de melhorias da gestão e de aporte de recursos pelos acionistas. Apesar de tal decisão, que data de março de 2012, em junho do mesmo ano, a ANEEL realizou audiência pública para colher informações e subsídios para elaborar uma proposta referente à Terceira Revisão Tarifária Periódica da Celpa. Pela proposta inicial da ANEEL, o efeito médio para os consumidores deve ser de um aumento de 6,7%. O período para contribuições será de 31 de maio a 29 de junho, com reunião presencial na cidade de Belém (PA), em 14 de junho.

concessionárias de serviço público porque se perderiam as vantagens da concessão, sendo na verdade um verdadeiro consórcio¹⁷.

Outra via que pode ocorrer simultaneamente às alternativas já mencionadas são as soluções de mercado, por meio das quais empreendedores e investidores identificam na concessionária em estado crítico uma alternativa de investimento atraente¹⁸. Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 235), não havendo uma solução de mercado para determinado negócio, em princípio, o melhor para a economia seria mesmo a falência da so-

¹⁷ Para tentar sair da crise, a Celpa (Centrais Elétricas do Pará S.A.) solicitou à Eletrobrás um novo aporte de capital e, segundo notícias de jornais, ofereceu à estatal até mesmo o controle da companhia. A Eletrobrás detém 34% do capital da distribuidora e, até onde se noticiou, não pretende socorrer a empresa. Recentemente, inclusive, a imprensa divulgou que a presidente Dilma Rousseff vetou a utilização de recursos públicos para a recuperação financeira da Celpa. No entendimento do governo, os problemas operacionais e o endividamento da companhia seriam oriundos da má gestão de um grupo privado, a Rede Energia, controlador da distribuidora. Mesmo com 34% de participação na empresa, a Eletrobrás não deverá assumir o controle da concessionária, em dissenso à postura adotada em relação à Companhia Energética de Goiás (Celg), no início do ano de 2012.

¹⁸ Recorda-se aqui a existência de divergência quanto à transferência total de concessão. O art. 27 da Lei nº 8.987/1995 determina que “a transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão”. Nada consta sobre a necessidade ou não de se realizar nova licitação. Alguns doutrinadores acreditam que há a necessidade de nova licitação, e outros defendem que não há tal necessidade. Maria Sylvia Di Zanella Pietro (2002, p. 105), por exemplo, entende que não é possível haver transferência total da concessão sem que seja antecedido de processo licitatório. Afirma: “O que se contesta é a validade jurídico-constitucional do art. 27, na parte em que autoriza a transferência da concessão; o art. 175 da Constituição exige que a concessão seja feita ‘sempre através de licitação’ ora sendo o concessionário eleito por um processo licitatório, admitir-se a burla ao dispositivo constitucional e a burla aos princípios da licitação, já que assumiria o contrato uma pessoa que não participou do certame ou, se participou, não logrou a almejada vitória”. Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 677) refere que a única maneira de ser concessionário é através de licitação. Para ele, na transferência da concessão, admite-se “a comercialização do direito de prestar o serviço e ensinando que seja repassado a um sujeito que não venceu ou sequer disputou o certame licitatório. Isto é, está-se permitindo que, por vias transversas, alguém adquira a condição de concessionário sem licitação, o que é expressamente vedado – repita-se – pelo art. 175 da Lei Magna”. A maioria da doutrina pensa de forma contrária. Acredita-se que a cessão total do contrato transfere toda obrigação firmada pelo concessionário originário, desta maneira, não teria motivo ou fundamento para que houvesse novo processo licitatório. Não existe novo contrato, nem nova concessão e isso por si só torna descabido novo certame licitatório. Neste sentido, Marçal Justen Filho (1998, p. 286) enuncia: “A cessão não se constitui em uma nova concessão. Mantém-se o vínculo originariamente estabelecido, restrita a mudança à pessoa do concessionário. Portanto, as condições previamente estabelecidas não são alteradas, na hipótese do art. 27”. Arnoldo Wald, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre M. Wald (1996, p. 146), fazem análise do art. 27 e colocam que: “Rigorosamente, o dispositivo enfocado nada dispõe acerca dos procedimentos a serem tomados para a efetivação da transferência do controle societário da concessionária ou da própria concessão, o que leva ao entendimento de que, a nível regulamentar, o poder concedente deverá traçar o processo a ser observado para a formalização da transferência da concessão. Na generalidade, poder-se-ia entender que o requisito constitucional impositivo da licitação já foi atendido, quando da outorga da concessão, para o atendimento dos fins econômicos, não sendo, em tese, obrigatório um segundo procedimento licitatório para a mesma concessão, a ser realizado quando de sua transferência a outra pessoa. Nesse caso, bastaria que o interessado reunisse todos os requisitos de capacitação técnica e idoneidade financeira exigíveis, demonstrando-os perante a autoridade do poder concedente incumbida de concordar com a transferência da concessão”. Todos que defendem a não necessidade de licitação afirmam que o futuro concessionário deve atender a todas as exigências elencadas na Lei nº 8.987/1995, mais precisamente dispostas em seu artigo 27 e parágrafos.

cidade empresária que o explora. Tal solução, todavia, não é tão simples quando diante de uma concessionária de serviço público¹⁹.

Quando não há solução de mercado, aparentemente, não se justificaria a intervenção do Estado (Poder Judiciário) na tentativa de recuperação da empresa. Atualmente, não são apenas os interesses capitalistas que devem sobressair sobre a questão. Deve o Estado zelar por outros interesses que gravitam em torno da empresa, como a manutenção dos postos de trabalho, a satisfação dos credores (entre eles o Fisco), o atendimento a consumidores, o progresso econômico, entre outros.

Para tanto o legislador brasileiro, por meio da Lei nº 11.101/2005, criou um mecanismo jurídico de superação das crises empresariais denominado recuperação judicial. Seu principal objetivo é viabilizar a superação da crise empresarial, seja ela econômica, financeira ou patrimonial. Ela, porém, é justificável apenas nos casos em que a solução de mercado não pôde concretizar-se. A ideia desse mecanismo é permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, de modo a promover a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica²⁰.

3. Recuperação judicial e concessionária de serviço público

A Lei nº 11.101/2005 colocou à disposição das sociedades empresárias um novo mecanismo, considerado menos burocrático e mais rápido que os anteriores e cuja principal função é a manutenção da empresa, os interesses da sociedade, a preservação dos empregos e, muitas vezes, da própria atividade, aumentando a possibilidade de efetivo recebimento por parte dos credores, mesmo que menos do que se esperava – tudo sem a necessidade de extinguir a empresa por meio da falência.

Anteriormente, as alternativas eram a falência e a concordata preventiva ou suspensiva. Agora, a nova lei, além de eliminar a concordata, cria dois novos procedimentos, a recuperação extrajudicial e a recuperação judicial, bem como mantém e aprimora o instituto da falência.

Importa, no presente estudo, analisar apenas a recuperação judicial. Como se mencionou, ela foi criada com o intuito de proporcionar ao empresário a oportunidade de restabelecer-se, revigorar-se ou até mesmo superar o declínio econômico-financeiro em que se encontra (art. 47 da Lei nº 11.101/2005).

Traz consigo a ideia de uma segunda chance concedida ao empresário. Sua concepção é manter a empresa atuante no mercado, evitando, assim, sua falência. Fundada no princípio da viabilidade da empresa e de sua finalidade social, a recuperação judicial objetiva o saneamento da crise empresarial. Mas não apenas isso: ela também busca atender a interesses coletivos, como a continuidade da atividade, a manutenção dos empregos, o recolhimento dos tributos, a satisfação dos credores, entre outros.

¹⁹ A venda do ativo para outro grupo privado no caso Celpa mostrou-se, com o passar do tempo, uma solução pouco viável dado o estado financeiro da empresa. Os 54% do acionista majoritário da Rede Energia, Jorge Queiroz Jr., foi analisado, por exemplo, pelo grupo AES e pela chinesa State Grid, e, segundo noticiado, ambos desistiram diante dos riscos regulatórios e do preço pedido pela participação.

²⁰ A Celpa (Centrais Elétricas do Pará S.A) solicitou, no dia 28 de fevereiro de 2012, o pedido de recuperação judicial para garantir a continuidade dos serviços de distribuição de energia elétrica prestados. A medida, conforme a empresa, visa a equalizar sua situação financeira e não impacta na continuidade de suas operações presentes e futuras. Em comunicado publicado em seu site, a empresa afirmava que a negociação multilateral com os credores da Celpa possibilitaria que a companhia encontrasse as condições

necessárias para equacionar sua saúde financeira, cumprir com suas obrigações e seguir com seu plano de negócios.

3.1. Legitimidade de concessionária de serviço público para requerer a recuperação judicial

Consoante o disposto no art. 48 da Lei nº 11.101/2005, a sociedade empresária que exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e atenda aos requisitos substanciais, cumulativamente, pode requerer recuperação judicial.

Tais requisitos correspondem: a) não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; b) não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial; c) não ter, há menos de 8 (oito) anos, alcançado concessão de recuperação judicial com base no plano especial de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte; e d) não ter sido condenada ou não ter, como administrador ou sócio-controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos na Lei nº 11.101/2005.

Ademais, a própria lei estabelece, em seu art. 2º, que ela não se aplica à empresa pública e sociedade de economia mista (estatais) e à instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

Assim, cumpridos os requisitos e o disposto no art. 48, poderá a concessionária de serviço público solicitar a recuperação judicial. Dessa forma, entende-se o silêncio da Lei nº 11.101/2005 ao tratar da possibilidade de concessão da recuperação judicial à sociedade empresária concessionária de serviço público. Utilizando-se do princípio da legalidade, pode-se entender que não está ela proibida; por conseguinte, tem a permissão de solicitar

a recuperação como qualquer outra sociedade empresária.

3.2. Recuperação judicial e caducidade

A questão que nos interessa responder aqui é se o pedido de recuperação judicial formulado por empresa concessionária de serviço público, com fundamento na nova Lei de Falências, é suficiente para a declaração de caducidade e se constitui hipótese de extinção do contrato de concessão.

A resposta aqui certamente é negativa, pois apenas o pedido de recuperação judicial não é ato suficiente para declaração de caducidade e não constitui hipótese de extinção do contrato de concessão.

Como já observado, não há previsão legal que autorize a declaração de caducidade, implicando extinção do contrato de concessão o pedido de recuperação judicial formulado pela empresa concessionária.

A Lei nº 8.987/1995 prevê como hipótese de extinção da concessão falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual (art. 35, VI).

Além disso, no art. 38, que trata das hipóteses de caducidade, afirma-se que esta ocorre apenas por inexecução total ou parcial do contrato, e, em nenhuma das situações elencadas no §1º do artigo, menciona-se a recuperação judicial.

Porém, é certo que, estando a concessionária em crise empresarial, são grandes as chances de ela estar, por exemplo, prestando os serviços de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço (inciso I); contudo, o que ensejará a caducidade não é o pedido em si da recuperação judicial, e sim a inexecução total ou parcial do contrato.

Além disso, a declaração da caducidade da concessão deverá ser precedida da verificação da inadimplência da concessionária em processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa (§2º). Tal não será instaurado antes de comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais, dando-lhe um prazo para a correção das falhas e transgressões apontadas, e para o seu enquadramento nos termos contratuais (§3º).

Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo (§4º), devida na forma do art. 36, descontados os valores das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária (§5º).

Por fim, deixou a legislação evidente que, declarada a caducidade, não resultará para o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária (§6º).

Pode-se citar também o art. 78, IX da Lei nº 8.666/1993, que afirma constituir motivo para rescisão do contrato a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil²¹. Isto é, com base em tal artigo, apenas na hipótese de decretação da falência, seria imperativa a rescisão do contrato administrativo, e não no caso de mero processamento da recuperação judicial.

Em harmonia com os arts. 35, VI, e o 78, IX, tem-se o art. 195, da Lei nº 11.101/2005, que dispõe: “a decretação da falência das concessionárias de serviços públicos implica extinção da concessão, na forma da lei”.

No que tange à recuperação judicial, portanto, a Lei nº 11.101/2005 nada dispôs sobre a extinção em casos de recuperação judicial. Obviamente duas posições tendem a surgir desse contexto. Alguns argumentaram pela continuidade da execução do contrato, pois não houve a decretação da falência; outros argumentaram pela extinção do contrato apenas pelo fato de a sociedade empresária estar em processo de recuperação judicial.

Entende-se correta a primeira forma de interpretar a questão, haja vista o já disposto e pela leitura do art. 80, §2º da Lei nº 8.666/1993, que afirma ser “permitido à Administração, no caso de concordata do con-

²¹ Ressalte-se que o art. 78 enumera os motivos para a rescisão contratual. Maria Adelaide de Campos França (2008, p. 192) lembra que: “todas as vezes que a Administração pretender a rescisão do contrato deverá ter como base um dos motivos explicitados neste artigo. E, de acordo com seu parágrafo único, quando a Administração rescindir o contrato, deverá apontar o motivo causador da rescisão nos autos do processo e assegurar à parte contrária o contraditório e sua ampla defesa”. Alerta também Lucas Rocha Furtado (2007, p. 444) que: “A possibilidade de a Administração, de modo unilateral, extinguir o contrato administrativo é, indiscutivelmente, poder exorbitante que deverá ser utilizado dentro das hipóteses autorizadas em lei”.

tratado, manter o contrato, podendo assumir o controle de determinadas atividades de serviços essenciais²². Portanto, ocorre a manutenção do contrato de concessão em casos de recuperação judicial. E mais: apesar de ser permissiva, entende-se que essa norma na verdade prescreve uma obrigação (norma impositiva), pois, caso a Administração decidisse não manter o contrato, desnaturalizar-se-ia o instituto da recuperação judicial, que perderia sentido²³. De que valeria dar uma segunda chance à empresa, se a própria Administração fosse contra a *ratio* da recuperação judicial? Assumir o controle das atividades concedidas seria o mesmo que determinar a falência da empresa porque significaria a impossibilidade definitiva de o empresário se recuperar da crise que atravessa. Tal medida contraria o princípio da livre iniciativa, consagrado não apenas como fundamento da República (art. 1º, IV da CRFB), como também princípio da ordem econômica brasileira (art. 170 da CRFB)²⁴. A conti-

²² Tal artigo objetivava disciplinar, sobretudo, os efeitos da concordata preventiva, hoje substituída pela recuperação judicial. Jair Eduardo Santana e Vânia da Conceição Pinto (2002, p. 742) ainda sobre a vigência da antiga Lei de Falência (LF) defendiam que: “[...] nos contratos de concessão de serviço público (art. 35 da Lei nº 8.587/95) a concordata não é causa de desfazimento do contrato. A LF também prevê em seu art. 165 que o pedido de concordata preventiva não resolve os contratos bilaterais. Considera-se como marco inicial o despacho de processamento. Ao conceder a concordata preventiva os contratos unilaterais ou bilaterais não são alterados. Durante o processo de concordata preventiva, o devedor conservará a administração dos seus bens e continuará com o seu negócio, sob fiscalização do comissário (art. 167), sofrendo algumas limitações para alienação de bens, conforme os arts. 149 e 167 da LF. Pela natureza jurídica e efeitos oriundos da concordata, esta não representa, em si, um obstáculo ao prosseguimento dos contratos, ainda que os serviços não sejam essenciais. Associado à disposição da lei (art. 80, §2º) e pelos próprios fundamentos da concordata, a Administração Pública poderá dar continuidade aos contratos administrativos. [...] Com relação aos efeitos dos contratos, o desfecho é bem diferente do que em relação à concordata preventiva, eis que na suspensiva há um processo de falência decretado, o que em tese não levaria a uma contratação com a Administração Pública. [...] Logo, as disposições de lei, sobretudo o art. 80, §2º, objetivam disciplinar primordialmente os efeitos da concordata preventiva”. Segundo Carlos Pinto Coelho Motta (2008, p. 675), entende-se como serviços essenciais, basicamente, os concedidos ou permitidos. Não é tão simples assim o que se entende por serviço essencial. São eles quaisquer atividades das quais derivem prestações vitais ou necessárias para a vida da coletividade, imprescindíveis para o livre exercício dos direitos constitucionais e para o livre gozo dos bens constitucionalmente protegidos. André Saddy (2011, p. 33), evidencia que: “o serviço público essencial constitui um conceito jurídico indeterminado, a ser interpretado e ponderado, no caso concreto, considerados os valores e interesses em jogo, se constitui ou não vulneração da dignidade da pessoa humana, entre outros, não se podendo desconsiderar que o serviço, embora essencial, pode ser explorado economicamente pela iniciativa privada, cuja manutenção de sua execução depende da contraprestação remuneratória, de modo a resguardar o direito à justa remuneração do concessionário e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato”.

²³ Sidney Bittencourt (2010, p. 550) também considera ato obrigatório (e não discricionário) a manutenção do contrato com o concordatário desde que, em uma avaliação, fossem constatadas condições para tal.

²⁴ Se assim não fosse, não teria sentido o art. 31, II da Lei nº 8.666/1993 exigir certidão de falência, concordata e insolvência civil para a habilitação na licitação. Infere-se que seu pedido não obsta a participação da empresa no certame licitatório. Isto é, não há de impedir-se a presença de empresa concordatária (hoje em recuperação judicial) em processo licitatório. A administração pode inclusive contratar com ela. Marcos Juruena Villela Souto (1998) admite que a Administração contrate com empresa em estado falimentar; afinal, ela

nuidade do serviço público deve ser o norteador da Administração no caso em questão. Essa obrigatoriedade, derivada desse princípio setorial, pode inclusive obrigar à manutenção do contrato no caso, por exemplo, de a Administração ter dificuldades em executar diretamente o serviço ou venha a ter problemas com a execução indireta, isto é, com a nova delegação desse serviço a terceiro²⁵.

prossegue na atividade comercial e, em razão dos relevantes aspectos econômico-sociais envolvidos, qualquer eventual proibição redundaria na expressa violação do princípio da livre iniciativa. A falência subsequente, porém, seria motivo para a rescisão unilateral do contrato.

²⁵ Segundo Marçal Justen Filho (2010, p. 873): “as referências contidas na Lei nº 8.666 à figura da concordata devem ser adaptadas à Lei nº 11.101, de 2005, que introduziu novo regime para a insolvência dos devedores empresários. Passaram a existir as figuras da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial. Mas o regime jurídico permaneceu inalterado. Assim, o devedor em recuperação judicial e extrajudicial subordina-se a regime mais ameno do que o da falência e pode dar margem à continuidade do contrato administrativo, em determinadas circunstâncias. Isso se verificaria quando o particular prestasse garantia pelo cumprimento das prestações remanescentes. O art. 80, §2º, estabelece regras acerca da manutenção do contrato administrativo em tais casos. Determina a possibilidade de a Administração manter o contrato nessas situações, mediante uma ampliação de sua atividade de controle. Em vez de uma fiscalização meramente passiva, a Administração passaria a interferir ativamente sobre a execução do contrato. Assim, diante de indícios mais concretos acerca da impossibilidade de execução do contrato, a Administração adotaria de imediato a providência adequada”. Ao cabo, Leon Frejda Szklarowsky leciona que deve o artigo 80, §2º, da Lei nº 8.666/1993 compatibilizar-se com o artigo 78, IX, desse mesmo diploma legal, que apenas prevê como causa para a rescisão do contrato administrativo a falência decretada, e não a concordata. Segundo o autor, seria temerário forçar uma interpretação isolada e literal do texto. Carlos Ari Sundfeld (1995, p. 253) entende que a concordata do contratado pode ser motivo suficiente para a rescisão contratual. Jessé Torres Pereira Júnior (2009, p. 822) entende que, neste caso, trata-se de faculdade atribuída à Administração rescindir o contrato ou dar continuidade à sua execução. Sustenta o autor que: “a lei remete à discricionariedade administrativa a decisão, em cada caso, de dar continuidade à obra ou ao serviço, objeto de contrato rescindido, por meio de execução direta (pelos órgãos e entidades da Administração, com seus próprios meios) ou indireta (contratada por terceiro), tal como definidas no art. 6º, VII e VIII. Conforme a escolha da Administração, far-se-á necessária, ou não, a aplicação das medidas previstas nos incisos I e II do art. 80. Em outras palavras: se a Administração optar por dar continuidade à obra ou ao serviço por execução direta, poderá aplicar tais medidas (assunção imediata do objeto do contrato rescindido e ocupação e uso do que for indispensável ao prosseguimento da execução); se preferir a execução indireta, tais medidas não se justificam, excetuada a ocupação temporária para o fim de acautelar a apuração de faltas atribuídas ao contratado”. Ainda de acordo com o mesmo autor (ibidem, p. 824), “o §2º inspira-se, quanto à manutenção do contrato com concordatária, em solução que a Lei de Falências prevê para o caso de quebra de empresa concessionária de serviço público. O art. 201 do Dec.-lei nº 7.661/45 estabelece que, declarada a falência da concessionária, ‘Os serviços públicos e as obras prosseguirão sob a direção do síndico, junto ao qual haverá um fiscal nomeado pela entidade administrativa concedente... A autoridade administrativa concedente dará ao seu fiscal as devidas instruções para a observância dos contratos [...]’. A orientação, impregnada do princípio da continuidade do serviço público, visa, a toda evidência, preservar a prestação do serviço objeto da concessão, a despeito da falência da concessionária, colocando-se tal prestação sob a supervisão de agente da Administração junto ao síndico da massa falida. A manutenção do contrato com empresa concordatária, tanto quanto a assunção do controle sobre os serviços essenciais ao cumprimento das obrigações contratadas, tem o mesmo propósito, mas é facultativa. A Administração poderá preferir a rescisão, se concluir pela inviabilidade de garantir-se a adequada execução do contrato em face da concordata”. Maria Luíza Machado Granziera (2002, p. 191) também faz alusão ao dispositivo, explicitando que, no caso de concordata do contratado, o Poder Público poderá manter o contrato administrativo em que julgar oportuna e conveniente a preservação desse vínculo, justificando tal decisão. Igualmente sobre o artigo em apreço, Lúcia Valle Figueiredo (2002, p. 40) afirma que, ocorrendo a concordata de pessoa jurídica já contratada, o poder concedente averiguará a real situação do contrato administrativo, bem como analisará se a sociedade empresária mantém condições de seguir adiante na contratação, não obstante a concordata (entende-se recuperação judicial). Sendo

3.3. Interesse de intervir no período da recuperação judicial

Viu-se que, de acordo com o art. 32 da Lei nº 8.987/1995, o poder concedente poderá intervir na concessão com o intuito de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.

Resta saber, também, se o pedido de recuperação judicial leva automaticamente à intervenção. Obviamente, a resposta também será negativa nesse aspecto. A intervenção deverá ser precedida de processo administrativo e, depois de cessada, se não for extinta a concessão, a administração do serviço será devolvida à concessionária, antecedida de prestação de contas pelo interventor, que responderá pelos atos praticados durante a sua gestão (art. 34 da Lei nº 8.987/1995).

É importante assinalar que pode não ser interessante ao Poder Público intervir na concessão de serviço público durante o processo de recuperação judicial, pois, desse modo, passaria a responder pela empresa e tornar-se-ia responsável, por exemplo, pela apresentação de todas as propostas junto ao Poder Judiciário, além de tornar-se o prestador direto do serviço, possibilitando que o risco de eventual falência seja transferido da iniciativa privada ao Poder Público.

4. Afastamento do regime de recuperação judicial e extrajudicial das concessionárias e permissionárias de serviços públicos de energia elétrica

O Poder Executivo editou a Medida Provisória nº 577, de 29 de agosto de 2012, que detalhou os procedimentos para a extinção e

positiva tal análise, a sociedade empresária dará seguimento à execução contratual, sob a supervisão do Poder Público.

a intervenção da concessão ou permissão de serviço público de energia elétrica.

Apesar de não se referir ao setor de distribuição, fica claro pela exposição de motivos que é a tal serviço público que essa Medida Provisória (MP) se refere e não ao serviço de transmissão. Identifica, acertadamente, que esse serviço público é essencial, indispensável ao atendimento das necessidades primárias e inadiáveis do cidadão e por isso o dota de uma disciplina própria, com o intuito de se garantir, logo após a extinção e durante a intervenção, a continuidade da prestação desse serviço essencial.

Tal MP foi editada em face da situação excepcional mencionada ao longo do artigo referente à empresa Celpa (Centrais Elétricas do Pará S.A), que se encontra em recuperação judicial e na iminência de ter sua falência decretada, conforme explicitado na própria Exposição de Motivos do Ministério de Minas e Energia. Certo é que não foi mero acaso a declaração pela ANEEL da intervenção de oito concessionárias de serviço público de energia elétrica, apenas um dia após a publicação da MP²⁶.

Dispõe tal medida que o poder concedente, por meio de órgão ou entidade da Administração Pública federal, será responsável pela realização do serviço público de energia elétrica de forma temporária, até que novo concessionário ou permissionário seja contratado por licitação nas modalidades leilão ou concorrência sempre que houver extinção por caducidade ou por fa-

²⁶ A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), no dia 31 de agosto de 2012, um dia após a publicação da medida provisória nº 577, interveio em oito distribuidoras de energia do Grupo Rede. As distribuidoras atingidas pela decisão foram: Celtins (TO), Cemart (MT), Enersul (MS), Companhia Força e Luz do Oeste (PR), Caiuá Distribuidora (SP), Bragantina (SP/MG), Vale Paranapanema (SP) e Companhia Nacional de Energia Elétrica (SP). As empresas, todas pertencentes à Rede Energia, apresentam problemas financeiros. A Celpa, concessionária do mesmo grupo foi a única empresa da Rede Energia que ficou de fora da intervenção, por já ter, como mencionado, solicitado recuperação judicial.

lência ou extinção da empresa concessionária, e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

Com a finalidade de assegurar a continuidade do serviço, tal órgão ou entidade está autorizado a realizar a contratação temporária de pessoal imprescindível à prestação do serviço, além de poder receber recursos financeiros para assegurar a continuidade e a prestação adequada do serviço público de energia elétrica, até a contratação de novo concessionário ou permissionário.

Tal órgão ou entidade também poderá aplicar os resultados homologados das revisões e reajustes tarifários, bem como contratar e receber recursos de Conta de Consumo de Combustíveis (CCC), Conta de Desenvolvimento Energético (CDE) e Reserva Global de Reversão (RGR), nos termos definidos pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

A MP também estipula que não recairá sobre o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação a tributos, encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou empregados, assumidos pela sociedade titular da concessão ou permissão extinta. Todavia, dispõe que as obrigações contraídas por tal órgão ou entidade na prestação temporária do serviço serão assumidas pelo novo concessionário ou permissionário, nos termos do edital de licitação.

Por fim, estipula que o poder concedente poderá definir remuneração adequada ao órgão ou entidade, em razão das atividades exercidas no período da prestação temporária do serviço público de energia elétrica.

No que se refere à intervenção, afirma a MP que o poder concedente, por intermédio da ANEEL, poderá intervir na concessão ou permissão de serviço público de energia elétrica, com o fim de assegurar sua prestação adequada e o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes. Afasta,

expressamente, o disposto nos arts. 32 a 34 da Lei nº 8.987/95, bem como as vedações contidas nos arts. 6º e 10 da Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993.

O objetivo do disposto na referida MP, contudo, foi o de afastar os regimes de recuperação judicial e extrajudicial das concessionárias e permissionárias do serviço público de energia elétrica, dada a especificidade e a essencialidade da prestação desse serviço, salvo após a extinção da concessão ou permissão (art. 17). Segundo a exposição de motivos, entende-se como mais adequado às especificidades dessas concessões e permissões que essa recuperação se dê sob o regime da intervenção desse modo; buscou-se robustecer o instrumento da intervenção de modo a assegurar também, durante esse processo, a continuidade da apropriada prestação do serviço.

Assim, a MP concedeu à ANEEL a possibilidade de declarar a intervenção, por prazo de até um ano, prorrogável a seu critério. Conterá a designação do interventor, o valor de sua remuneração (que será pago com recursos da concessionária ou permissionária), o prazo, os objetivos e os limites da intervenção. Deverá instaurar o processo administrativo, no prazo de trinta dias, para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa, e concluí-lo no prazo de até um ano.

Estabelece que, se ficar comprovado que a intervenção não observou os pressupostos legais e regulamentares, será declarada sua nulidade, devendo o serviço ser imediatamente devolvido à concessionária ou permissionária, sem prejuízo de seu direito à indenização.

Além disso, estipula que a intervenção implica a suspensão do mandato dos administradores e membros do conselho fiscal, assegurados ao interventor plenos poderes de gestão sobre as operações e os ativos da concessionária

ou permissionária, e a prerrogativa exclusiva de convocar a assembleia geral nos casos em que julgar conveniente.

Impõe também que o interventor na concessão ou permissão de serviço público de energia elétrica prestará contas à ANEEL sempre que requerido e, independentemente de qualquer exigência, no momento que deixar suas funções, respondendo civil, administrativa e criminalmente por seus atos.

Disciplina a responsabilidade dos administradores e membros do conselho fiscal da concessionária ou permissionária de serviço público de energia elétrica sob intervenção. Segundo a MP, ambos responderão pelos seus atos e omissões, e os primeiros respondem solidariamente pelas obrigações assumidas pela concessionária ou permissionária durante sua gestão.

Porém, o que mais interessa para o presente trabalho, é o que dispõe o art. 12 que prevê que os acionistas da concessionária ou permissionária de serviço público de energia elétrica sob intervenção terão o prazo de sessenta dias, contado do ato que determiná-la, para apresentar à ANEEL um plano de recuperação e correção das falhas e transgressões que ensejaram a intervenção. Ele deve conter, no mínimo: discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados; demonstração de sua viabilidade econômico-financeira; proposta de regime excepcional de sanções regulatórias para o período de recuperação; e prazo necessário para o alcance dos objetivos, que não poderá ultrapassar o termo final da concessão ou permissão.

Com relação ao plano de recuperação e correção das falhas e transgressões que ensejaram a intervenção, vislumbrou-se na MP que, se deferido pela ANEEL, ocorrerá a cessação da intervenção, estando o concessionário ou permissionário obrigado a apresentar certidões de regularidade fiscal com a Fazenda Federal e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), no prazo de cento oitenta dias, bem como relatório trimestral sobre o cumprimento do referido plano à ANEEL, até sua efetiva conclusão. No caso do inadimplemento do concessionário ou permissionário para com essas obrigações, propõe-se a declaração de caducidade (art. 13).

Se indeferido pela ANEEL ou não apresentado no prazo previsto, é facultado ao poder concedente adotar, dentre outras, as seguintes medidas: a declaração de caducidade; a cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; a alteração do controle societário; o aumento de capital social; ou a constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor (art. 14).

Os acionistas da concessionária ou permissionária sob intervenção serão intimados do indeferimento do plano de recuperação para, no prazo de dez dias úteis, apresentar pedido de reconsideração à ANEEL que terá o prazo de quinze dias úteis contado do recebimento deste pedido para apresentar sua manifestação, que será tida como definitiva.

Termina a MP dispondo que os administradores da concessionária ou permissionária de serviço público de energia elétrica sob intervenção ou cuja concessão ou permissão seja extinta ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los até a apuração e a liquidação final de suas responsabilidades. Além disso, estabelece, também, um regime excepcional de sanções regulatórias durante o período de prestação temporária do serviço público de energia elétrica e nas hipóteses de intervenção.

Conclusões

É sabido que o concessionário nada mais é do que um particular que executa, por sua conta e risco, determinado serviço em nome do titular, o Estado, mediante uma justa remuneração. O fato de o poder concedente continuar sendo titular possibilita-lhe, a qualquer tempo, retomar o serviço. Entre as diferentes formas de extinguir sua vinculação com o particular, pode o poder concedente realizá-lo nos casos em que o serviço não seja prestado de forma adequada.

Por certo que não é o desejo do poder concedente extinguir as concessões que realiza; do contrário, não teria por que desestatizar em primeiro lugar, mas deve ele ao licitar realizá-lo da melhor maneira possível, escolhendo a proposta exequível mais vantajosa para a Administração. O particular escolhido deve ter os meios, as pessoas e a técnica para realizar o serviço. Ademais, a Administração também tem o dever de controlar a atuação do concessionário, desde a organização da empresa até sua situação econômica e financeira, seus lucros, o modo e a técnica da execução dos serviços, bem como fixar as tarifas em limites razoáveis e equitativos para a empresa e aos usuários.

É exatamente esse poder fiscalizador que possibilita à Administração intervir na concessão com o intuito de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes. Depois de cessada a intervenção, e caso a situação não seja reversível, a Administração poderá extinguir a concessão. Sendo reversível, poderá devolver a administração do serviço à concessionária, precedida de prestação de contas pelo interventor, que responderá pelos atos praticados durante a sua gestão.

Contudo, deve-se perceber que tal poder depreende-se, na verdade, de um dever de fiscalizar e de oferecer à população um serviço adequado, realizado direta ou indiretamente (isto é, via concessionário). Isso deixa claro que eventual pedido de recuperação judicial de sociedade empresária concessionária de serviço público é, em parte, também culpa da Administração, que provavelmente, ao licitar, não se preocupou com a fase habilitatória do certame, ou nela falhou, ou não exerceu seu papel fiscalizador propriamente. Não é, por exemplo, cabível que um ente regulador seja surpreendido com um pedido de recuperação. A recuperação judicial ocorre apenas quando existe uma crise empresarial e a Administração tem a obrigação de saber se o concessionário está ou não nesta situação e, estando, tem o dever de intervir para que o serviço seja prestado de forma adequada. Depois de aceita a recuperação judicial, – e ela apenas será aceita se for possível a superação da crise que a sociedade empresária vivencia – para a Administração será complicado intervir, haja vista os prazos que terá para apresentar documentos e proposta de superação da crise.

Assim, à diferença de qualquer outra sociedade empresária, o diferencial daquelas que são concessionárias é que devem constantemente ser fiscalizadas e controladas pela Administração, isso significa que estão menos susceptíveis a sofrerem crises e, em ocorrendo, é certo também que o Estado deve sua “mea culpa”, pois, muitas vezes, pode ter sido a sua inatividade formal e/ou material que a tenha dado causa. Existem, na atualidade, mecanismos para evitar que crises empresariais cheguem ao ponto de solicitar-se uma recuperação judicial, e essa batalha deve ser travada não apenas pela sociedade – no caso, o concessionário – mas também pelo Estado; afinal, é este o titular do serviço e a quem, em última instância, incumbe o dever de prestação de um serviço público adequado.

A recuperação judicial nada mais é do que um mecanismo jurídico de restabelecimento, revigoramento e, até mesmo, superação de momentânea crise econômico-financeira. Traz consigo a ideia de uma segunda chance concedida ao empresário. Sua concepção primordial é manter a empresa atuante no mercado, evitando, assim, sua falência. Não há, portanto, justificativa em extinguir o contrato de concessão pelo simples fato da sociedade empresária concessionária de serviço público ter solicitado a recuperação judicial. Não pode, também, essa solicitação única e exclusivamente justificar a declaração, por exemplo, de caducidade, a qual existirá apenas nos casos de inexecução total ou parcial do contrato administrativo, devidamente comprovada em procedimento administrativo próprio.

Deve ficar claro que apenas existirá a extinção do contrato de concessão nos casos previstos em lei (termo final do prazo; cassação; decaimento; anulação; encampação; rescisão; caducidade e falência ou extinção da empresa concessionária). Não se pode confundir a extinção da sociedade empresária com a extinção da concessão. É certo que a extinção da sociedade acarretará a extinção do contrato de concessão, porém o inverso não procede.

Vislumbrou-se, também, a possibilidade de a Administração assumir o controle de determinada atividade de serviços essenciais quando a sociedade empresária estiver em processo de recuperação judicial. Tem-se, por base, uma decisão discricionária em que a Administração pode ou não assumir o serviço essencial. Não tem a Administração obrigação alguma de realizar tal ação; pelo contrário, caso a sociedade empresária consiga manter a prestação de um serviço adequado, mesmo em processo de recuperação judicial, deve o contrato ser respeitado. Ademais, pode-se entender que tal permissão se transforma em uma obrigação de manter a

sociedade empresária no comando do serviço; afinal, sua finalidade é dar uma segunda chance ao empresário e possibilitar-lhe a superação da crise. Estaria, então, o Executivo esvaziando o instituto da recuperação judicial, caso assumisse o serviço. Também é possível inferir que essa permissão em assumir os serviços essenciais pode transformar-se em uma obrigação quando a continuidade do serviço esteja em risco. Em suma, haverá obrigatoriedade caso sejam demonstradas condições para a continuidade do contrato.

Por fim, diante da essencialidade da distribuição do serviço público de energia elétrica, afastou-se, por Medida Provisória, o regime de recuperação judicial e extrajudicial das concessionárias e permissionárias de serviços públicos de energia elétrica. Apesar de inúmeras imprecisões jurídicas que certamente levarão a questionamentos, já era necessária uma normativa específica que detalhasse os procedimentos para a extinção e a intervenção da concessão ou permissão de serviço público, mesmo que apenas no setor de energia elétrica. Espera-se que o presente estudo possa enriquecer o debate iniciado pelos problemas vivenciados no setor elétrico no ano de 2012.

Referências

- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova lei de recuperação e falência comentada*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- BITTENCOURT, Sidney. *Licitação passo a passo*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 3.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falências e recuperação de empresas: Lei nº 11.101, de 09 de Fevereiro de 2005*. São Paulo: Atlas, 2005.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Extinção dos contratos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Contratos administrativos: gestão, teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2002.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: de acordo com a emenda constitucional nº 19, de 4 de julho de 1998, e com a Lei federal nº 9.648, de 27 de maio de 1998*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 1998.

_____. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MARZAGÃO, Lídia Valério. A recuperação judicial. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas: doutrina e prática: lei nº 11.101 de 9/2/2005 e LC nº 118 de 9/2/2005*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Contrato administrativo*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 85, n. 734, p. 95-120, dez. 1996.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas Licitações e Contratos: comentários, doutrina e jurisprudência*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da Administração Pública*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SADDY, André. *Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTANA, Jair Eduardo; PINTO, Vânia da Conceição. Falência, Concordata, Insolvência Civil, Intervenção e Liquidação Extrajudicial: Repercussões nas Licitações e nos Contratos Administrativos. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 15, n. 11, p. 732-745, nov. 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações e contratos administrativos: lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993 comentada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 1998.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitações e contratos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. A Concordata e a Lei de Licitações e Contratos. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, fev. 2000. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19059-19060-1-PB.html>>. Acesso em: 23 jun. 2012.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O Direito de Parceria e a Lei de Concessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

Code civil francês

Gênese e difusão de um modelo

EUGÊNIO FACCHINI NETO

Sumário

1. Introdução. 2. Origens históricas do direito francês. 3. A Revolução Francesa e as mudanças jurídicas. 4. O *Code Napoléon*. 5. Algumas características do *Code Civil*. 6. Os demais códigos napoleônicos. 7. A circulação do modelo jurídico francês. 7.1. Bélgica e Luxemburgo. 7.2. Holanda. 7.3. Alemanha. 7.4. Suíça. 7.5. Itália. 7.6. Espanha. 7.7. Portugal. 7.8. América Latina. 7.9. África e Oriente Médio. 7.10. Louisiana. 7.11. Québec. 7.12. Japão. 8. Considerações finais.

1. Introdução

O presente artigo analisa as origens históricas do direito francês até chegar ao *Code Civil* de 1804. Nele, detenho-me a referir suas origens, fontes, vicissitudes de sua elaboração, para, na sequência, analisar a circulação desse modelo pela Europa, inicialmente, e depois pela América Latina, África e Oriente Médio, América do Norte e Japão.

A ideia subjacente é utilizar as vicissitudes do Código Civil francês como um notável exemplo de circulação dos modelos jurídicos – que na tradição da *common law*, a partir de célebre trabalho de Allan Watson (1984), costuma ser denominado de *legal transplants* –, indicando as razões pelas quais instituições e institutos jurídicos circulam de um país a outro.

O estudo do destino do Código Civil francês é um dos temas clássicos do Direito Comparado. Tal tema exige uma abordagem interdisciplinar, em que Direito, História e Política se interseccionam, influenciando-se reciprocamente.

2. Origens históricas do direito francês

Ainda que seja o resultado da simbiose dos ideais da Revolução Francesa, do Iluminismo e do Jusnaturalismo esclarecido do século XVIII, o

Eugênio Facchini Neto é doutor em Direito Comparado (Universidade de Florença, Itália), mestre em Direito Civil (USP), professor titular nos cursos de graduação, mestrado e doutorado em Direito da PUC/RS, professor e ex-diretor da Escola Superior da Magistratura/RS e desembargador no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Direito francês moderno, especialmente o Direito Civil, como obra cultural que inevitavelmente é, reflete também uma longa evolução histórica. Houve rupturas importantes, é bem verdade, mas há também uma grande continuidade com um passado que se perde nas brumas da história.

Sem medo de errar, pode-se dizer que o direito civil francês foi o feliz resultado da combinação do *droit écrit* do sul da França, de origem romanista, com o *droit coutumier* no norte francês, baseado nos costumes germânicos. Tal simbiose somente se explica à luz da história.

Segundo a sintética reconstrução histórica feita por Zweigert e Kötz (1992, p. 94), mesmo após a queda do Império Romano (que abrangia também a Gália, atual França), em 476, o direito romano¹ permaneceu vigendo, em razão do princípio da personalidade das leis então vigorante, como direito aplicável aos súditos de origem não germânica, especialmente nos reinos dos visigodos e dos burgúndios, na parte meridional europeia. Em 506, o rei visigodo Alarico II promulgou a famosa *Lex Romana Visigothorum*, também conhecida como *Breviarium Alaricianum*. Essa “lei” retomava substancialmente o *Codex Theodosianus*² e era destinada a reger as relações jurídicas dos ex-súditos romanos que habitavam o reino visigodo, no sul da França. Isso fez com que o conhecimento do direito romano, adaptado e vulgarizado, não se perdesse de todo no sul da França. Assim, a partir do final do século XI e ao longo do século XII, quando os estudos jurídicos foram retomados na Itália setentrional, com a fundação das primeiras universidades (com a primazia de Bologna³), aplicando-se o método escolástico para a análise do texto do *Digesto* justinianeu, rapidamente esse novo método acadêmico de ensino do direito romano pode se espalhar também pelo sul da França, onde, já no século XII, foram fundadas as Universidades de Montpellier e Toulouse. Essa área geográfica correspondente ao sul da França (conhecida como *Le Midi*), que abrangia cerca de duas quintas partes do território francês, passou então a ser conhecida como *pays de droit écrit*, em razão dos textos escritos do antigo direito romano que ali ainda eram conhecidos e aplicados.

¹ Na verdade, não era propriamente todo o direito romano clássico que remanesceu no sul da França, tampouco o direito justinianeu, que somente foi “redescoberto” na Europa somente muitos séculos depois, por volta do século XI, no norte da Itália. O direito romano que permaneceu em vigor, aplicável que era aos súditos de origem romana dos novos reinos bárbaros, era essencialmente aquele incorporado no Código Teodosiano (LEGEAIS, 2008, p. 28).

² O Código Teodosiano, mandado elaborar pelo Imperador Teodósio II, do Império Romano do Oriente, em 438, inspirou-se nos anteriores Códigos Gregoriano e Hermogeniano, e buscava compilar as “leis” romanas desde o Imperador Constantino, ordenando-as por livros e títulos. Sobre essa obra, ver Paricio e Barreiro (1997, p. 157).

³ “A Universidade de Bologna, fundada em 1088, tornara-se o centro de estudos jurídicos mais importante da Europa; os estudantes reuniam-se e contratavam um mestre pelo período de um ano; viviam uma espécie de experiência comunitária, pois discípulos e professores compartilhavam cada momento de suas vidas” (MONATERI, 1996, p. 29).

No norte de França (uma região geográfica que abrangia aproximadamente três quintas partes do solo francês) vigia o direito costumeiro de origem germânica (especialmente o dos francos), fundado substancialmente na chamada *Lex Salica*⁴. Essa região passou a ser conhecida, em razão disso, como *pays de droit coutumier*⁵.

Não se tratava de uma divisão rigorosa, porém, porque costumes germânicos também não eram desconhecidos no sul da França (Bordeaux e Toulouse, por exemplo, também tinham seus *Coutumes*), ao passo que no norte francês não era raro invocar-se o direito romano nas hipóteses de lacunas e omissões do direito costumeiro, o que era muito comum em algumas matérias, especialmente no direito dos contratos. Entendia-se que o direito romano podia ser aplicado “*non ratione imperii, sed imperio ratio-*

⁴ *Lex Salica* é o nome dado a uma compilação de costumes germânicos, elaborada entre o início do século IV e o século V, para os povos francos (também ditos sális – que constituíam uma das duas confederações de povos francos e que habitavam as margens do rio Issel, originalmente chamado Isala. Para os povos francos situados às margens do rio Reno, aplicava-se a Lei Ripuária). Sobre isso, veja-se Bart (2002, p. 8). A Lei Sálca buscava regular todos os aspectos da vida em sociedade, cobrindo matérias que hoje seriam denominadas de direito penal, tributário e civil, embora com notáveis lacunas e de forma assistemática. Uma das matérias tratadas, de grande influência na Idade Média, foi a disciplina da herança bem como as regras de sucessão dinástica. Ao final do medievo e início da Idade Moderna, a expressão “lei sálca” passa a designar as regras de sucessão do trono da França – regras que posteriormente foram imitadas por outras monarquias europeias.

⁵ Ao longo do século XIII, vários desses costumes locais ou regionais foram reduzidos a escrito, em forma de compilações. Referimo-nos aos *Coutumes de Orléans*, *Coutumes de Beauvaisis* (redigido pelo célebre Philippe de Beaumanoir), o *Grand Coutumier de la Normandie* (compilação de costumes normandos), dentre outros. Mas tal obra de compilação, normalmente feita de forma particular por algum jurista ou magistrado da região, não afasta o fato de que a maioria dos costumes permanecia sob tradição oral. Caso o magistrado encarregado de resolver um litígio tivesse dúvidas sobre qual o teor do direito consuetudinário aplicável na localidade, ele dava início à *enquête par turbe*, reunindo um certo número de notáveis da região, normalmente anciões, para que eles referissem qual o costume aplicável. Sobre as *enquêtes par turbe*, veja-se Allorant e Tanchoux (2010, p. 64). Mais tarde, em 1454, o rei francês Carlos VII, buscando sistematizar o direito consuetudinário, a fim de implementar os valores de segurança e previsibilidade, promulgou a ordenação *Montils-les-Tours*, ordenando que os diversos “*coutumes*” regionais fossem reduzidos a escrito e submetidos à aprovação régia. Em cada região, pessoas conhecedoras do costume vigente, auxiliados por peritos régios, deveriam reduzir a escrito tais costumes. Esse esforço compilatório prosseguiu também durante boa parte do século XVI. Segundo Zweigert e Kötz (1992, p. 96), ao findar o século XVI, praticamente todos os costumes regionais haviam sido reduzido a escrito, o que permitiu a preservação do direito costumeiro vigente na região norte da França. Às vésperas da Revolução Francesa, ainda estavam em vigor cerca de 60 costumes de vasta aplicação (costumes gerais) e não menos de 300 costumes locais. Vários juristas franceses dos séculos XVI e XVII especializaram-se no estudo desses direitos costumeiros, destacando-se Dumoulin e Loysel. Dentre os costumes que foram reduzidos a escrito, de notável importância foi o *Coutume de Paris*, redigido em 1510. Como o *Parlement de Paris* – o Tribunal de Justiça de Paris, instalado em 1250, pelo Rei Luís IX – tinha uma vasta jurisdição de segundo grau, cobrindo a maior parte do *pays de droit coutumier*, esse importante órgão jurisdicional, ao se deparar com lacunas e omissões do direito costumeiro a aplicar – e lacunas não faltavam – supria tais lacunas com a aplicação do *Coutume de Paris*, interpretando-o e fazendo aplicações analógicas ou expansivas. Tãmanha foi a importância dessa atividade jurisprudencial, que na segunda edição do *Coutume de Paris*, em 1580, foi incluído um compêndio de jurisprudência do *Parlement* sobre “*questions générales*”. “Lentamente o *Coutume de Paris* começou a ser considerado aplicável – antes mesmo do direito romano – sempre que o direito consuetudinário local se revelasse lacunoso” (ZWEIGERT; KÖTZ, 1992, p. 97).

nis” (não em razão do império, mas pelo império da razão). Ou seja, admitia-se a invocação do direito romano não por se tratar de um direito que vigia em razão do império romano (ou de seu “sucessor”, o império romano-germânico), mas sim em razão de sua racionalidade intrínseca, verdadeiro repositório de *ratio scripta*.

Além do direito romano vulgar, mantido no *Midi* francês, e do direito costumeiro germânico, vigente no norte da França, outras duas fontes do moderno direito francês devem ser lembradas. Refiro-me à obra legislativa régia e à doutrina.

Na ausência de um “poder legislativo”⁶, ao longo de toda a Idade Média e a Moderna, os reis franceses ocasionalmente assumiam o papel de legisladores, editando *Ordonnances* (ordenações). Até o século XVI, tais ordenações disciplinavam substancialmente aspectos do sistema feudal, questões procedimentais e administrativas. A partir do século XVI (com a *Ordonnance de Moulins*, de 1566, exigindo prova escrita para os contratos e criando a figura da hipoteca judiciária) e, principalmente do século XVII, houve uma mais incisiva intervenção legislativa em áreas do que hoje se denominaria direito material.

Devem ser especialmente lembradas, durante o reinado de Luís XIV, sob orientação do chanceler Colbert, a *Ordonnance du Commerce*, de 1673, e o *Code de la Marine*, de 1681, que regulamentavam o direito comercial terrestre e marítimo. Tais diplomas legislativos inauguraram a tradição latina de disciplinar, de forma separada, o direito comercial do direito civil. Essas ordenações representaram a base sobre a qual posteriormente, sob Napoleão, foi redigido o Código Comercial francês.

⁶ A expressão *Parlement* somente passa a ter a conotação de casa legislativa a partir da Revolução Francesa, que, nos seus primeiros anos, extinguiu os antigos *Parlements*, passando o Legislativo a ser o motor da vida jurídica do país.

No século XVIII, três importantes ordenações foram editadas, com a decisiva participação do chanceler D’Aguesseau, sob o reinado de Luís XV: refiro-me às *ordonnances* sobre as doações (de 1731), os testamentos (de 1735) e sobre o fideicomisso, instituto de origem medieval (1747). Especialmente as duas primeiras foram grandemente retomadas por ocasião da redação do Código Civil de 1804.

Ao se discorrer sobre as fontes do Código Civil francês, não se pode deixar de referir também a doutrina⁷. De fato, nos séculos XVII e XVIII encontramos os primeiros juristas cujas obras influenciaram parte substancial do direito privado francês, quando de sua codificação. Obrigatória referência, aqui, deve ser feita a Domat (1625-1696), amigo de Pascal e por ele influenciado. Escreveu importante obra denominada emblematicamente de “*Les lois civiles dans leur ordre naturel*” (1689), em que buscou sistematizar e adaptar o direito romano aos novos tempos, à luz das ideias jusnaturalísticas então em ascensão. Especialmente no que se refere à responsabilidade civil, Domat influenciou notavelmente a concepção francesa da responsabilidade civil subjetiva. É dele a base da redação do célebre artigo 1.382 do Código Civil francês (cláusula geral da responsabilidade civil com base na culpa), que posteriormente influenciou o Código Civil italiano, o art. 159 do Código Civil brasileiro de 1916 e o art. 186 do

⁷ A doutrina sempre desempenhou um importante papel no desenvolvimento e compreensão do direito francês. Veja-se, por exemplo, o que disse a respeito o professor André Tunc (1975, p. 829): “*On dit couramment que la doctrine bénéficie en France d’une autorité sans équivalent à l’étranger. La comparaison, à vrai dire, est bien difficile. (...) En France, l’influence de certains auteurs sur la Cour de cassation a été frappante. Le traité d’Aubry et Rau a été pendant des décennies la bible de la Cour. Des auteurs comme Ripert et, plus encore, Capitant, ont été très souvent suivis par la Cour*” ainda que o autor, ao final, revele que atualmente, com a enorme carga de trabalho dos magistrados, tenha diminuído o tempo de leitura, pesquisa e, consequentemente, a influência doutrinária sobre a atividade judicante.

Código Civil vigente no Brasil, dentre outros. Se Domat era mais teórico e especulativo, Bourjon, ao contrário, era um jurista mais afeito ao direito vivo e operante. Era grande conhecedor do direito costumeiro francês, sobretudo o parisiense, tendo escrito o livro “*Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*” (1720). Tratava-se de obra influente e de forte apelo prático. Mas foi Pothier (1699-1772)⁸ quem maior influência teve sobre a redação do código Civil. Era considerado um mestre tanto do direito romano como do direito consuetudinário. Em 1740 havia publicado um célebre comentário sobre os costumes de Orleans. Alguns anos depois, em 1748, escreveu sobre o direito romano – *Pandectae in novum ordinem digestae*. Escreveu numerosas obras sobre propriedade, direitos reais, sucessões, matrimônio, e especialmente sobre direito obrigacional – verdadeiros pequenos tratados – envolvendo temas específicos, como compra e venda, locações, doações e outros. Sua obra mais famosa foi o *Traité des Obligations*, que foi considerado o modelo de tratado jurídico na Europa do século XVIII (STEIN, 1996, p. 141). Seus escritos eram dotados de uma clareza cristalina e de uma notável elegância estilística. Costuma-se dizer que o direito das obrigações do código francês original nada mais era do que Pothier vertido em dispositivos legais.

Apesar de todos esses esforços tendentes à harmonização e sistematização das fontes, fato é que, ainda às vésperas da Revolução Francesa, a França se encontrava ainda muito longe de ter logrado uma unidade jurídica no campo do direito civil. A diferença entre o *pays de droit coutumier* e o *pays de droit écrit* continuava nítida. Ainda que os costumes regionais já tivessem sido todos reduzidos a escrito, isso não

⁸ Sobre a obra e a importância de Pothier, consulte-se Schioppa (2007, p. 352-353).

afastou as diferenças – ao contrário, fixou-as. Por isso, entende-se a ironia de Voltaire que, em meados do século XVIII dizia que “*et n'est-ce pas une chose absurde et affreuse que ce qui est vrai dans un village se trouve faux dans un autre ? ... Il en est ainsi de poste en poste dans le royaume; vous changez de jurisprudence en changeant de chevaux*”⁹.

Coube à Revolução Francesa – e às forças culturais e necessidades econômicas que a ela subjaziam – romper com esse estado de coisas, acabar com a fragmentação jurídica do reino e iniciar o processo da unificação jurídica da França.

3. A Revolução Francesa e as mudanças jurídicas

Os historiadores costumam denominar de *direito intermediário* (*droit intermédiaire*) o direito do período revolucionário, que vigorou entre a primeira reunião da Assembleia Constituinte, em 1789, e a tomada de poder por Napoleão Bonaparte, em 1799. Poucas vezes, na história da humanidade, um evento político teve uma repercussão jurídica tão devastadora, em espaço de tempo tão curto, como esse. Desde as primeiras sessões da Assembleia Constituinte, a burguesia vencedora procurou demolir, pedra por pedra, todos os fundamentos político-jurídicos que haviam sustentado o Antigo Regime. Pretendia-se a *régénération* (palavra de ordem do vocabulário revolucionário) integral: do homem, da sociedade, do Estado, por meio da lei¹⁰. Era difusa a ideia de que era possível

⁹ “Não é uma coisa absurda e espantosa que aquilo que é verdadeiro num lugarejo seja falso em outro? ... É assim de posto em posto [o autor se refere aos postos de troca de cavalos das carruagens da época] ao longo do reino; troca-se de jurisprudência ao se trocar de cavalos” (VOLTAIRE, 1877 apud ZWEIGERT; KÖTZ, 1992, p. 100, tradução nossa).

¹⁰ Sobre a ideologia da regeneração, veja-se Bart (2002, p. 88-89).

transformar (diríamos, na linguagem de hoje, reformatar) a sociedade civil, o Estado e as próprias pessoas, por meio de leis – leis essas que representavam a *volonté générale* a que se referira Rousseau, pois votadas pelos representantes do povo, imbuídos do melhor espírito cívico. Calha mencionar a conhecida *boutade* de Voltaire (1764 apud MATTEI; MONATERI, 1997, p. 41), escrita por ocasião da redação do vocábulo *Droit* do *Dictionnaire Philosophique*: “*Voulez-vous avoir de bonnes lois? Brûlez les vôtres, et faites-en de nouvelles!*” (“Vocês querem boas leis? Queimem as vossas e façam novas!”).

De forma radical, ao longo dos primeiros anos da década de noventa, foram abolidas praticamente todas as instituições até então existentes: a forma de governo da monarquia absoluta, as conexões existentes entre o rei, a aristocracia, o clero e o poder judiciário (*noblesse de robe*), a antiga divisão territorial em províncias, o regime fundiário feudal, o sistema judiciário, o sistema fiscal. Buscou-se a eliminação do próprio Direito, fechando-se as faculdades de Direito¹¹. O próprio sistema judiciário então vigente foi suprimido. Pretendia-se que os cidadãos, naturalmente honestos, deveriam coexistir com base em prescrições morais e não mais jurídicas, ao passo que eventuais litígios deveriam ser resolvidos pela via amigável (e para isso foram criados os *bureaux de paix e de conciliation*) e não mais em forma de contencioso. Tudo isso foi substituído por novas concepções sobre as relações entre o *citoyen* e o Estado, baseadas nos ideais

¹¹ Que foram reabertas somente em 1808, sob Napoleão. Contemporaneamente a essa reabertura – e não por acaso – determinou-se que o estudo do Código Civil passasse a ser a espinha dorsal dos estudos jurídicos universitários. Isso ocorreu também nos demais países europeus, na medida em que as codificações foram sendo editadas. É Halpérin (2004, p. 76-77, tradução nossa) quem nos informa a respeito: “*En France, la loi du 22 ventôse an XII rétablissant les écoles de droit est exactement contemporaine du Code Civil et elle a fait de l’enseignement du Code Napoléon la matière reine dans les facultés de droit au XIX siècle. Des mesures furent également prises pour assurer la prépondérance des codes dans le cursus juridique en Autriche (1808), en Italie (loi Casati, de 1859), et en Allemagne au moment du vote du BGB*” – “Na França, a lei de 22 ventoso do ano XII, que restabeleceu as faculdades de Direito, é contemporânea do Código Civil e ela fez do ensino do Código Napoleão a matéria rainha das faculdades de Direito no século XIX. Medidas semelhantes também foram tomadas para assegurar a preponderância dos códigos nos cursos jurídicos na Áustria (1808), na Itália (Lei Casati, de 1859) e na Alemanha, por ocasião da votação do BGB”. O fechamento das faculdades de Direito explica-se pelo espírito iluminista, que sonhava com leis tão claras e inteligíveis que qualquer um pudesse compreendê-las. Além disso, havia também o preconceito popular contra a classe dos juristas, especialmente contra os advogados e suas sutilezas. É Tarello (1976, p. 34, tradução nossa) quem nos recorda o clima da época: “*Il tipo dell’avvocato funzionario dell’ingiustizia e la stretta associazione dell’uomo di legge e delle forme della legge con il male sono invece di origine popolare, come fa fede il fatto che le sue espressioni si trovano nella letteratura popolare e nel folklore (e in seguito in quei filoni della letteratura culta che recupera motivi popolari...)*” – “o tipo do advogado agente da injustiça e a estreita associação do jurista e das questões jurídicas com o mal, são de origem popular, como demonstra o fato que suas expressões se encontram na literatura popular e no folklore (e, em seguida, naquele filão da literatura culta que recupera os motivos populares...), lembrando ele a famosa tirada goethiana, segundo a qual “*Juristen böse Christen*” (“juristas, maus cristãos” e da caracterização dos advogados como “*Azzecagarbugli*” (imagem de profissionais asquerosos, rodeados de livros, usados para impressionar e não para serem lidos, e que se aproveitam de formalidades legais para praticar injustiças), de Manzoni.

iluministas concebidos por Diderot, Voltaire e Rousseau: o homem, entendido como ser racional e responsável, adquire, com o nascimento, o direito inalienável à liberdade de pensamento, de religião e de atividade econômica. Entre ele e o Estado não mais se interpõem os vários grupos sociais (família, corporações de artes e ofícios, estamentos sociais e outras formas de agrupamento com base em *status* diferenciados)¹².

Na área mais estritamente jurídica, a Assembleia Constituinte, em 1791, eliminou pura e simplesmente, sem qualquer direito a indenização, todas as formas de ônus fundiários feudais, suprimiu todos os privilégios da primogenitura (substituído pela divisão patrimonial igualitária entre todos os herdeiros) e qualquer diferença jurídica derivada de sexo ou idade. Chegou-se, inclusive, a abolir a possibilidade de testar e de doar. O matrimônio passou a ser visto como simples contrato, que poderia ser desfeito mediante simples afirmação de “*incompatibilité d’humeur ou de caractère*”. Os filhos bastardos, desde que reconhecidos (com exceção dos adúlteros), foram equiparados aos filhos legítimos¹³.

Um dos ideais perseguidos pelos revolucionários franceses, fortemente influenciados pelo Iluminismo dos enciclopedistas¹⁴, era

precisamente a unificação do direito privado francês, com a edição de leis claras e simples. Incorporando esses ideais, a Constituição de 1791 previu uma norma programática segundo a qual “*il sera fait un code de lois civiles communes à tout le royaume*”¹⁵.

Efetivamente, dando curso a esse programa, já em 1793 o jurista Cambacérès¹⁶ apresentou, a pedido, um primeiro projeto de código civil, contendo 697 artigos. O projeto foi rejeitado, por ser considerado demasiadamente longo e complexo. No ano seguinte, Cambacérès apresentou um segundo projeto, encurtando-o para 297 artigos, que foi considerado demasiadamente lacônico... Em 1796, então, terceiro projeto foi apresentado pelo mesmo jurista, com 1104 artigos (GAMBARO; SACCO, 1996, p. 296). Sua análise pelo então criado Conselho dos Quinhentos foi interrompida pela tomada de poder por Napoleão, em 1799. A partir daí, o destino do Código civil francês estaria indelevelmente vinculado ao destino desse notável homem público.

4. O Code Napoléon

Após tomar o poder mediante o golpe de Estado de 18 Brumário do ano VIII (novembro

¹² A famosa *Loi Le Chapelier*, de 14 de junho de 1791, proclamava expressamente, no seu artigo 1º, que “*L’anéantissement de toutes espèces de corporations des citoyens du même état ou profession étant une des bases fondamentales de la Constitution française, il est défendu de les rétablir de fait, sous quelque prétexte et quelque forme que ce soit*” – “Sendo a eliminação de todas as espécies de corporações de cidadãos do mesmo estado ou profissão uma das bases fundamentais da constituição francesa, é proibido restabelecê-las de fato, sob qualquer pretexto e sob qualquer forma que seja” (tradução nossa).

¹³ Sobre as características do *droit intermédiaire*, veja-se Zweigert e Kötz (1992, p. 100 et seq.).

¹⁴ O desejo de codificação dos jusnaturalistas e iluministas “reflete um desejo de ordem, de hierarquia e de concentração legislativa no poder central, no Estado. Nesses termos, ela contraria os costumes e a tradição. Foram os códigos jusnaturalistas atos de transformação revolucionária (...) pois... precisavam superar e excluir a tradição

do *ius commune*, medieval, corporativa e confusa para os padrões do racionalismo moderno” (LOPES, 2002, p. 208).

¹⁵ A ideologia que estava por trás desse movimento pró-codificação pode ser sumarizada em três pontos: um código devia ser tão claro que mesmo um leigo deveria poder facilmente compreendê-lo; tinha de ser tão genérico a ponto de abranger o maior número de situações possíveis, mas ao mesmo tempo suficientemente preciso a ponto de evitar o máximo possível a intervenção da Justiça; e, em terceiro lugar, deveria implementar as ideias revolucionárias, no sentido de acabar com todos os resquícios do feudalismo, garantir a autonomia privada e proteger a propriedade como espécie de território sagrado do cidadão (BELL; BOYRON; WHITTAKER, 1998, p. 24).

¹⁶ Jean-Jacques-Régis de Cambacérès, Duque de Parma (posteriormente, Duque de Cambacérès) (1753-1824), advogado e estadista francês, mais tarde nomeado por Napoleão, Primeiro-Cônsul, para ser um dos outros dois cônsules, durante o curto período do Consulado.

de 1799), Napoleão instituiu o regime do Consulado, que reunia poderes administrativos e legislativos. O poder efetivo era dele, Primeiro Cônsul, sendo os outros dois cônsules meros conselheiros. Pelas regras constitucionais então vigentes, os projetos de leis deveriam ser preparados pelo *Conseil d'État*, sob proposta dos cônsules, e depois deveriam ser submetidos à análise do Tribunato, com poderes de aprovar ou rejeitar o projeto, mas sem poder alterá-lo. Depois do Tribunato, os projetos ainda deveriam ser submetidos ao *Corps législatif*, verdadeira caricatura de parlamento.

Napoleão tinha perfeita consciência da importância da unificação do direito privado¹⁷. Empenhou-se com firmeza para que efetivamente fosse aprovado um código civil¹⁸. Não muito tempo após ter chegado ao poder, Napoleão nomeou uma comissão composta de apenas quatro pessoas: dois eram oriundos do sul da França (*pays de droit écrit*) – Portalis¹⁹ e

¹⁷ É comum a afirmação, pelos historiadores, de que Napoleão teria dito, em seu derradeiro exílio, que “*ma vraie gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles; Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires; ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code Civil*” – “minha verdadeira glória não consiste em ter ganho quarenta batalhas; Waterloo apagará a memória de tantas vitórias; aquilo que nada apagará, e que viverá eternamente, é o meu Código Civil” (tradução nossa). Segundo os historiadores Jean e Brigitte Gaudemet, uma série de condições propícias à codificação estavam reunidas quando Napoleão assume o poder: 1) Napoleão tem a vontade de unificar politicamente a França, para o que era imprescindível a unificação jurídica do país. Sabia ele que os grandes governantes da história haviam deixado um legado de grandes obras legislativas; 2) a Revolução de 1789 já havia acabado com vários dos grandes obstáculos à unificação legislativa do país, ao eliminar as ordens, as corporações, os privilégios de castas, os particularismos locais; 3) embora as três tentativas de Cambacérès não tenham obtido êxito, elas abriram as mentes dos estadistas e juristas para a necessidade de codificar o direito – tal ideia dominava as mentes jurídicas de toda a Europa; 4) no plano de fundo, após dez turbulentos anos de Revolução, os franceses ansiavam pela paz social e pela estabilidade; a burguesia e os notáveis que sustentavam o poder de Napoleão queriam consolidar as conquistas jurídicas da Revolução; Napoleão já havia prometido isso ao proclamar, ao assumir o poder, que “*La Révolution est fixée aux principes qui l'ont commencée; elle est finie*”; 5) o programa político de Napoleão pretendia garantir um mínimo de liberdades civis ao cidadão, como uma espécie de compensação pela limitação das liberdades políticas impostas pelo regime do Consulado; as liberdades individuais seriam a contraparte da autoridade política (GAUDEMET; BASDEVANT-GAUDEMET, 2010, p. 380-381). Outro fator é lembrado por André Tunc: a antiga reclamação popular relativamente ao caótico sistema judiciário, pois a jurisdição era prestada de forma arbitrária, na ausência de um corpo claro e definido de regras aplicáveis. O usuário da justiça sentia-se verdadeiramente à mercê dos juizes. Ansiava-se por regras claras e previamente conhecidas. Tanto assim que um dito popular circulava nas vésperas da Revolução: “*Dieu nous protege de l'équité des Parlements!*” – “Deus nos proteja da equidade dos tribunais!” (TUNC, 1956, p. 19, tradução nossa).

¹⁸ “*The great personal interest that Napoleon took in the Code was not so much in its substantive content, however, as in the fact of its existence. He wanted to be remembered as a great lawgiver. Because of the importance he accorded to the Code, he made its adoption a priority in France, and imposed it in his conquered territories*” – “O grande interesse pessoal de Napoleão em relação ao Código não era tanto voltado ao seu conteúdo substancial, mas sim a fato de sua própria existência. Ele desejava ser lembrado como um grande legislador. Por causa da importância que ele atribuía ao Código, ele tornou sua adoção uma prioridade na França, e o impôs aos territórios por ele conquistados” (GLEDON; CAROZZA; PICKER, 2007, p. 62, tradução nossa).

¹⁹ Jean-Étienne-Marie Portalis (1746-1807), conselheiro do Conseil d'État, brilhante orador e escritor, foi o mais influente dos quatro redatores, autor do célebre *Discours préliminaire au premier projet de Code Civil*, em que fixou suas características principais, seu espírito e o papel dos intérpretes. Disse ele, no *Discours* (espécie de exposição de motivos do código): “*l'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit (...). C'est au*

Maleville²⁰ – e dois eram provenientes do norte francês (*pays de droit coutumier*) – Tronchet²¹ e Bigot de Préameneu²². Ou seja, foram reunidos, na mesma Comissão redatora, dois especialistas em direito romano e dois em direito consuetudinário.

Em apenas quatro meses de intensos trabalhos, a Comissão apresentou um projeto de Código Civil que foi submetido à Corte de Cassação e às Cortes de Apelação, para apreciação e sugestões. Em seguida, acompanhado das sugestões apresentadas, submeteu-se o projeto à apreciação do Conselho de Estado. Suas reuniões eram presididas por um dos cônsules – normalmente o próprio Napoleão (das 107 reuniões do Conselho de Estado, Napoleão presidiu 55 (VAN CAENEGEM, 2003, p. 79), tendo participação intensa e ativa na discussão dos temas e da redação dos artigos²³. Impressiona saber que, nesse mesmo período, Napoleão estava envolvido em intensas campanhas militares pela Europa). À medida que as várias partes do projeto iam sendo aprovadas, eram encaminhadas separadamente ao Tribunato e, na sequência, ao *Corps Législatif*. Quando as primeiras seções foram rejeitadas pelo Tribunato – mais por motivos políticos (oposição pessoal a Napoleão) do que por motivos substanciais –, Napoleão adotou uma conduta inesperada: retirou todos

magistrat et au jurisconsulte, pénétré de l'esprit générale des lois, à en diriger l'application (...) La science du législateurs consiste à trouver dans chaque matière les principes les plus favorables au bien commun; la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonné, aux hypothèses privées. (...) E mais adiante: “*c'est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas rares et extraordinaires qui ne sauraient entrer dans le plan d'une législation raisonnable (...) C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les codes des peuples se font avec le temps; mais, à proprement parler, on ne les fait pas*” – “A tarefa da lei é fixar, por meio de grandes vias, as máximas [princípios] gerais do direito (...) Cabe ao magistrado e ao jurisconsulto, imbuídos do espírito geral das leis, dirigir-lhes a aplicação (...) A ciência do legislador consiste em encontrar, em cada matéria, os princípios mais favoráveis ao bem comum; a ciência do magistrado é colocar esses princípios em ação, ramificá-los, estendê-los, por uma aplicação sábia e racional, às hipóteses privadas” (...) Deixamos para a jurisprudência os casos raros e extraordinários que não devem entrar no projeto de uma legislação racional (...) Cabe à experiência preencher, sucessivamente, as lacunas que nós deixamos. Os códigos dos povos fazem-se com o tempo; para dizer a verdade, nós não os fazemos” (PORTALIS, 1999, p. 23-24, tradução nossa).

²⁰ Jacques de Maleville (1741-1824), marquês, membro da antiga aristocracia, jurisconsulto, membro do Conselho dos Anciãos e posteriormente Juiz da Corte de Cassação.

²¹ François Denis Tronchet (1723-1806), advogado junto ao extinto *Parlement de Paris* (mais importante órgão judiciário francês da época), vindo mais tarde a ocupar o cargo de Presidente da Corte de Cassação. Especialista em direito consuetudinário.

²² Félix Julien Jean Bigot de Préameneu (1747-1825) tinha sido advogado junto ao *Parlement de Bretagne* e, sucessivamente, junto ao *Parlement de Paris*. Em 1791 fora eleito deputado para a Assembleia Legislativa.

²³ A informação é dada por Zweigert e Kötz (1992, p. 103). Referem os autores citados que Napoleão, dono de uma personalidade verdadeiramente magnética e de uma inteligência assombrosa, compreendia num piscar de olhos a relevância das questões envolvidas e continuamente fazia com que a atenção de todos permanecesse focada sobre a vida real, afastando-se das discussões cavilosas e sutis a que os juristas estão acostumados. Seu propósito era elaborar um código de linguagem fácil e acessível, disciplinando apenas as questões práticas da vida, de modo que fosse compreensível mesmo aos não juristas.

os projetos já encaminhados e promoveu uma verdadeira depuração no seio do Tribunato²⁴, afastando os opositores às suas ideias (dentre eles, Benjamin Constant). Exatamente um ano depois, entre 1803 e 1804 Napoleão novamente submete seus projetos separadamente – em número total de 36 –, que foram aprovados sem nenhuma resistência. Os projetos parciais foram todos reunidos e promulgados em forma de lei única, em 31 de março de 1804, com o nome de *Code Civil des Français*.

Pouco mais de mês e meio depois da promulgação do Código, mais precisamente em 18 de maio de 1804, Napoleão Bonaparte foi proclamado imperador dos franceses, com o nome de Napoleão I. Mediante decreto imperial, em 3 de setembro de 1807 foi determinada uma segunda edição do *Code*, introduzindo algumas mudanças devidas ao fato da transformação da França, de República a Império. Nessa segunda edição, o nome do Código foi alterado para *Code Napoléon*. Com a derrota e queda de Napoleão e a restauração da monarquia, uma nova edição do Código foi determinada em 1816, retornando-se ao nome originário. Todavia, por decreto imperial de 27 de março de 1852, Napoleão III, em homenagem ao seu tio, novamente restaurou o nome *Code Napoléon*. Ainda que esse último decreto nunca tenha sido formalmente revogado, desde 1870 – com o desaparecimento do Segundo Império e a proclamação da Terceira República – é certo

²⁴ Na verdade, Napoleão fez promulgar, em 1802 (ano X do calendário revolucionário), nova Constituição, pela qual ele passou a ser Cônsul Vitalício, com maiores poderes. O art. 76 dessa Constituição reduziu os membros do Tribunato, que anteriormente eram cem (nomeados pelo Senado), para cinquenta. A redução do tamanho foi implementada com o objetivo de eliminar os opositores de Napoleão. A capacidade do Tribunato de opor-se aos planos de Napoleão foi ainda mais diminuída pela previsão de divisão de trabalho no seio daquela instituição, em três seções, cada uma delas atuando separadamente nas seguintes áreas: legislação; assuntos internos e finanças. Sobre tais fatos, ver Gordley e Von Mehren (2006, p. 49).

que o uso cotidiano e legislativo consagrou a denominação *Code Civil*, como ele até hoje é conhecido.

O *Code Civil* foi, de longe, o mais importante código do século XIX, influenciando vários outros, como se verá na sequência. Ao contrário da compilação prussiana de 1794 (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten – ALR*) e do Código Civil austríaco de 1811 (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch – ABGB*), o Código francês não foi obra de um déspota iluminado, mas sim da burguesia revolucionária, que pretendia edificar uma sociedade baseada sobre os princípios da igualdade e da liberdade dos cidadãos. Apoiava-se, também, na convicção iluminista e jusracionalista de que era possível construir uma nova sociedade, totalmente remodelada e renovada, por meio da obra racionalizante da legislação.

Uma de suas virtudes foi o equilíbrio que soube alcançar entre fatores tão díspares, como a tradição romanística do sul e a tradição consuetudinária germânica do norte da França²⁵, bem como entre o ímpeto revolucionário de romper radicalmente com o passado e a necessidade de manter uma certa continuidade com a cultura jurídica herdada do passado²⁶. O *Code*

²⁵ Do direito romano proveio praticamente todo o direito obrigacional, direito de vizinhança, direito testamentário e disciplina dos bens dotais. Na área do direito de família e sucessões, a influência predominante foi a consuetudinária – tendo por base especialmente o *Coutume de Paris*. No conjunto, a influência dos costumes germânicos foi muito grande, a ponto de, paradoxalmente, se poder dizer que “o código, geralmente considerado a codificação mais importante dos sistemas jurídicos romanistas, conserva um maior número de elementos germânicos do que o próprio Código Civil alemão”, por ter sido este baseado largamente sobre o direito romano estudado nas universidades – é a constatação feita por Zweigert e Kötz (1992, p. 108), bem como por David e Jauffret-Spinosi (2002, p. 45), citando texto de Raymond Saleilles de 1904. No mesmo sentido opina Van Caenegem (2003, p. 11).

²⁶ É bem verdade que há uma importante corrente doutrinária, de que são exemplos Michel Villey e André-Jean Arnaud, a qual sustenta que as fontes mais verdadeiras e profundas do Código Civil são doutrinárias, e não pro-

conseguiu, sim, fundar uma nova ordem social e jurídica na França, rompendo com o *ancien régime*, lançando as bases de uma sociedade mais igualitária e sem os grilhões do feudalismo. Mas, ao mesmo tempo, o Código conseguiu afastar-se de certos “radicalismos” do chamado *droit intermédiaire*²⁷, tidos como exagerados. Foi uma obra verdadeiramente prudencial²⁸.

Da tradição herdada, o *Code* baseou-se substancialmente em quatro pilares (GALLO, 1997, p. 114):

- a) o direito romano, tal como sistematizado por Domat e Pothier;
- b) o direito consuetudinário, particularmente o *Coutume de Paris*;
- c) o direito consagrado nas grandes ordenações setecentistas;
- d) o direito jurisprudencial dos *Parlements*, especialmente o de Paris, de longe o mais influente²⁹.

priamente a fusão do direito romano com o direito costumeiro. Analisando criticamente o clássico livro de André-Jean Arnaud, *Les origines doctrinales du Code Civil français*, Giovanni Tarello refere que “*la tesi centrale del libro è la seguente: il Code civil è la transazione (non tra ‘diritto romano’ e ‘coutumes’, come si pretende da Portalis in avanti, ma) tra due tradizioni dottrinali, designate rispettivamente ‘école du droit naturel moderne’ e ‘le jansénisme des gens de loi’, che si sarebbe realizzata col codice e sarebbe stata preparata dall’opera di molti giuristi francesi tra i quali campeggiano Domat, Daguesseau e Pothier*” – “a tese central do livro é a seguinte: o *Code civil* é a transação (não entre o ‘direito romano’ e ‘costumes’, como pretendeu-se de Portalis em diante, mas) entre duas tradições doutrinárias, designadas respectivamente ‘escola do direito natural moderno’ e o ‘jansenismo jurídico’, que teria sido realizada com o código e teria sido preparada pela obra de muitos juristas francesas, entre os quais destacam-se Domat, Daguesseau e Pothier” (TARELLO, 1988, p. 124-125, tradução nossa). Observações sobre essa corrente também se encontram em Andrade (1997, p. 75).

²⁷ O instituto do divórcio foi mantido, mas a possibilidade de divorciar-se consensualmente foi restringida. A liberdade de testar e de doar, que anteriormente havia sido abolida, foi restaurada, ainda que restringida à quota disponível, bastante reduzida. A absoluta igualdade entre marido e mulher, alcançada no direito intermediário, foi afastada, dando-se ao marido a primazia sobre a mulher.

²⁸ Interessante, a respeito, a avaliação crítica do renomado historiador do direito, Jean-Louis Halpérin (2001, p. 22, tradução nossa): “*Il est certain que le texte de 1804 est en très net retrait, et souvent même en totale opposition, avec les projets révolutionnaires de Cambacérès. (...) À la lecture de Portalis, le Code civil peut-être enfin compris comme une législation de compromis, au sens sociologique du terme. (...) Parce qu’il renonce à imposer une régénération de l’homme, comme en rêvaient les révolutionnaires à travers des lois de combat, le Code civil se présente comme empreint de l’esprit de modération cher à Montesquieu*” – “é certo que o texto de 1804 se afasta – e muitas vezes está em total oposição – dos projetos revolucionários de Cambacérès. (...) De acordo com Portalis, o Código civil pode ser compreendido como uma legislação de compromisso, no sentido sociológico do termo. (...) Porque ele renuncia a impor uma *regeneração* do homem, como sonharam os revolucionários através de *leis de combate*, o Código civil apresenta-se como grávido do espírito de moderação, tão caro a Montesquieu”.

²⁹ Durante o *ancien régime*, os *Parlements* (expressão que nada tem a ver com “Parlamento” no sentido moderno de casa legislativa, mas sim indicava as Cortes de Justiça de segundo grau) detinham notável poder, chegando a exercer um poder “quase-legislativo” mediante os chamados *arrêts de règlement* – acórdãos regulatórios, que, diante de lacuna legislativa, definiam a solução jurídica a ser aplicada, que passava a ter verdadeira força de lei. Argumentavam os Tribunais – especialmente o de Paris – que nas matérias não disciplinadas pelos costumes ou pelas ordenações régias, cabia naturalmente aos Tribunais regulamentar as omissões, como uma espécie de delegação régia implícita. Tais *arrêts de règlement* tinham força vinculante para as cortes de justiça inferiores, dentro de sua jurisdição (WEST, 1998, p. 11). Segundo David e Jauffret-Spinozi (2002, p. 44), tais *arrêts de*

Provavelmente como consequência do contínuo esforço para se redigir um código simples e compreensível a todos, o *Code Civil* é lacunoso e ambíguo (ele afirma, por exemplo, que os contratos podem ser invalidados por contrariedade à ordem pública, mas não define o que seja “ordem pública”; baseia toda a responsabilidade civil na culpa, mas não esclarece o que seja a *faute*). O sentido de algumas palavras ou expressões varia, ao longo do texto. Ele não chega perto da estrutura rígida, precisa e sistemática do Código Civil alemão (BGB), por exemplo, onde cada vocábulo é usado ao longo do texto com o mesmo sentido. Como já foi dito, esse código é praticamente uma máquina de calcular jurídica, tamanha é sua precisão; todavia, é de difícil compreensão para os não iniciados. Do ponto de vista estilístico e linguístico, porém, o *Code Civil* é verdadeiramente uma obra-prima. A ausência de remissões (que abundam no BGB) e de termos demasiadamente técnicos, o uso de linguagem simples e acessível, contribuíram para sua popularidade na França. Diz a lenda que o escritor Stendhal lia diariamente alguns trechos do código para afinar sua sensibilidade jurídica: *pour prendre le ton*. Por sua vez, Paul Valéry teria definido o *Code* como “a obra mais importante da literatura francesa”³⁰.

Analisaremos, na sequência, algumas características do Código Civil francês, quanto à sua estruturação, ideologia e principais institutos nele tratados.

5. Algumas características do *Code Civil*

Do ponto de vista estrutural, o *Code Civil* segue de perto o modelo das *Institutas* de Justiniano (GAMBARO; SACCO, 1996, p. 297), que por sua vez se baseavam nas *Institutas* de Gaio. Apresenta um pequeno *Titre Préliminaire*, de apenas 6 artigos, seguido de três livros, num total de 2.281 artigos. O Livro Primeiro, “Das pessoas” (arts. 7 a 515), trata do casamento, do divórcio, da filiação, da tutela, dentre outras matérias – ou seja, parte do direito de família. O Livro Segundo é o mais curto dos três, com menos de duzentos artigos – arts. 516 a 710. É intitulado “*Des biens, et des différentes modifications de la propriété*” (Dos bens e das diferentes modificações da propriedade) e trata da classificação dos bens (coisas), da propriedade, e enumera os principais direitos reais: usufruto (*usufruit*), uso (*droit d’usage*), superfície, servidão (*servitude*) e enfiteuse

règlement foram particularmente frequentes nos séculos XVI e XVII. Embora usualmente tratassem de matéria procedimental e de administração da justiça, não eram raras suas incursões também sobre o direito privado.

³⁰ Tais informações foram obtidas em Zweigert e Kötz (1992, p. 112).

(*emphytéose*)³¹. As demais disposições do Código estão esparramadas pelos artigos 711 a 2.281, que compõem o Título Terceiro, intitulado “*Des différents manières dont on acquiert la propriété*” (Das diferentes maneiras pelas quais se adquire a propriedade). Aqui são tratados institutos díspares, como a sucessão, doação, contratos em geral, disposições sobre forma e prova das obrigações, responsabilidade civil, regime patrimonial de bens, penhor, hipoteca, usucapião, prescrição.

O Código Civil francês exerceu, durante muito tempo, uma função semiconstitucional, pois as estruturas jurídicas mais caras à sociedade burguesa estavam previstas e reguladas mais naquele código do que nas inúmeras constituições que a França teve³².

Além da família³³, outros dois institutos jurídicos dominam o código: o contrato e a propriedade³⁴. Quanto à propriedade, abandonam-se as concepções medievais de propriedade dividida e gravada, retornando-se à concepção romana de propriedade una e indivisa, tendencialmente absoluta³⁵. Quanto à transferência da propriedade, porém, afasta-se do modelo romano, adotando-se a concepção germânica de que a transferência do domínio se dá consensualmente, pelo próprio contrato.

No que se refere aos contratos, além do princípio consensualístico, abre-se largo espaço para a autonomia privada, limitada apenas pela lei, ordem pública e bons costumes (art. 1.133). O princípio geral do *pacta*

³¹ A esses direitos reais disciplinados no Código, outros foram acrescentados posteriormente, mediante leis especiais, como o *bail emphytéotique* (direitos sobre a enfiteuse), *bail à construction* (arrendamento para construção), copropriedade de imóveis (lei de 1965), fundos mútuos, propriedade industrial, criação literária e artística, entre outros. Sobre a evolução do direito de propriedade francês, desde o Código até nossos dias, veja-se o ensaio de Aynès (2011, p. 181-183).

³² Segundo Mary Ann Glendon, Paolo Carozza e Colin Picker (2008, p. 35, tradução nossa), “*in these three spheres* [os autores estão se referindo à família, propriedade e contrato], *the primary role of the state was to be to protect private property, to enforce legally formed contracts, and to secure the autonomy of the patriarchal family*” – “nessas três esferas [família, propriedade e contrato], a função primária do Estado era proteger a propriedade privada, garantir a execução de contratos legalmente formados e assegurar a autonomia da família patriarcal”.

³³ De acordo com Van Caenegem (1992, p. 27), após a propriedade, “o segundo pilar do *Code* é a família, cuja característica principal é a submissão à autoridade do pai e marido”. Durante o auge do movimento feminista, as irmãs Margueritte referiram-se ao *Code* como o código “*de l’homme, écrit par l’homme et pour l’homme*” – código “do homem, escrito pelo homem e para o homem” (HALPÉRIN, 2004, tradução nossa).

³⁴ Veja-se o que disse Portalis (1999, tradução nossa), em seu célebre *Discours Préliminaire*, a respeito da propriedade: “*Le corps entier du Code Civil est consacré à définir ce qui peut tenir à l’exercice du droit de propriété, droit fondamental sur lequel toutes les institutions sociales reposent*” – “Consagra-se o Código Civil a definir a amplitude do exercício do direito de propriedade, direito fundamental sobre o qual repousam todas as instituições sociais”.

³⁵ De fato, o art. 544 do *Code* dispunha que: “*La propriété est le droit de jouir et de disposer des biens matériels de la manière la plus absolue, pourvu qu’on n’en fasse pas un usage prohibé par les lois et par les règlements*” – “A propriedade é o direito de fruir e de dispor dos bens materiais da maneira mais absoluta, contanto que deles não se faça um uso proibido pelas leis e pelos regulamentos” (tradução nossa).

sunt servanda, enunciado por Grotius, em 1600, foi transformado em artigo de lei no Código Napoleônico. De fato, o art. 1.134 estabelece que “as convenções legalmente formadas têm força de lei para aquelas que as fizeram” (“*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*”). Além disso, “os redatores de 1804 são contrários às aspirações revolucionárias, dispondo de um rigoroso formalismo para um certo número de contratos. (...) Do mesmo modo, continua a ser exigida para as convenções uma causa final lícita e um objeto conforme aos bons costumes” (KERMABON, 2009, p. 77).

Ainda em relação às fontes das obrigações, o Código não disciplinou a figura genérica do enriquecimento sem causa, tendo previsto apenas as duas figuras típicas dos quase-contratos tradicionais: a repetição do indébito e a gestão de negócios³⁶. A configuração geral do enriquecimento sem causa foi obra da jurisprudência posterior, na segunda metade do século dezenove³⁷.

No campo da responsabilidade civil, abandona-se o sistema das figuras típicas, herdadas do direito romano, e adota-se a concepção vinda de Domat, no sentido da atipicidade da responsabilidade civil subjetiva (art. 1.382³⁸). O direito de família é laicizado e secularizado: “*Le Code Civil consacre l'existence des registres*

de l'état civil et d'un mariage civil. (...) Libre à chacun de procéder ensuite aux cérémonies religieuses de son choix, mais il est interdit de faire célébrer un mariage religieux non précédé d'un mariage civil”³⁹ (GAUDEMET; BASDEVANT-GAUDEMET, 2010, p. 397).

Algumas ausências são notadas. O Código não disciplina as figuras do abuso do direito e dos atos emulativos, que igualmente foram posteriormente objeto de criação jurisprudencial. Tampouco abre espaço para julgamentos equitativos; recusa a teoria do “*justum pretium*” elaborada na época do “direito comum”, por influência do direito canônico. Também o âmbito de aplicação da *laesio enormis* foi reduzido enormemente (GAMBARO; SACCO, 1996, p. 301).

6. Os demais códigos napoleônicos

Se não há dúvidas de que o *Code Civil* constituiu a maior contribuição napoleônica para a cultura jurídica europeia e, indiretamente, para vastas regiões do mundo, não se pode olvidar, porém, que sob Napoleão foram promulgados outros quatro códigos: Código de Processo Civil, Código Comercial, Código Penal e Código de Processo Penal.

O *Code de procedure civile* foi promulgado em 1806, grandemente influenciado pela *Ordonnance civile pour la réformation de la justice*, de 1667, sobre processo civil.

Em 1807 foi a vez do *Code de commerce*⁴⁰ vir à luz, tratando, em quatro livros diversos, dos

³⁶ Neste aspecto, o Código seguiu a tradição romana devida a Gaio: depois de expor as fontes clássicas das obrigações – contratos e delitos –, Gaio referia que era necessário prever uma terceira fonte de obrigações, que ele chamou *variae causarum figurae*. Discorrendo sobre essas várias figuras, Gaio disse que elas poderiam originar obrigações quase como se fossem um contrato (*quasi ex contractu teneri*). Daí a noção dos *quasi-contrats* adotada também na tradição francesa. Sobre a origem e evolução dessa categoria jurídica, desde o direito romano, veja-se a monumental obra de Lévy e Castaldo (2010, p. 833 et seq.).

³⁷ Uma síntese das principais características do Código Civil nos é dada por Gallo (1997, p. 115 et seq.).

³⁸ “*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*” – “Todo e qualquer fato do homem que cause dano a alguém, obriga aquele que o causou culposamente, a repará-lo” (tradução nossa).

³⁹ “O Código Civil consagra a existência dos registros de estado civil e do casamento civil. (...) Todos são livres para proceder, na sequência, às cerimônias religiosas de sua escolha, mas é proibido celebrar casamento religioso não precedido do casamento civil” (tradução nossa).

⁴⁰ Durante a Baixa Idade Média, as corporações de artes e ofícios regulamentavam boa parte daquilo que hoje seria atividade comercial. Com a abolição das corporações pela Revolução Francesa, surgiu a necessidade de regular a atividade comercial de forma mais minudente. O direito comercial passou a ser aquele que regula os atos de co-

seguintes temas: comércio terrestre, comércio marítimo, falência e jurisdição comercial (peculiaridade francesa, que, desde o século XVI até nossos dias, tem uma jurisdição específica para as lides comerciais, integrada apenas por juízes leigos oriundos da classe comerciante e industrial). O Código Comercial francês intencionalmente foi projetado para ser um “*droit d’exception*” em relação ao direito civil, visto como verdadeiro *droit commun*. Longe de formar um sistema completo, aquele código era visto como lacunoso por natureza⁴¹.

O *Code d’instruction criminelle* (Código de Processo Penal) foi aprovado em 1808 (embasado fortemente na *Ordonnance criminelle* de 1670, de Luís XIV); e, fechando o ciclo, o *Code criminel* (Código Penal) foi promulgado em 1810⁴².

A importância da obra jurídica napoleônica não ficou restrita à França. Seja por força de suas conquistas, seja por força do seu prestígio, os códigos – especialmente o *Code Civil* – circularam, inicialmente pela Europa, mas depois ganharam cidadania mundial. É o que veremos a seguir.

7. A circulação do modelo jurídico francês

Nenhuma outra codificação foi tão influente quanto a francesa. Seu modelo circulou inter-

mércio e não mais os atos praticados pelos inscritos nas corporações – sobre essa mudança e suas consequências (LOSANO, 1988, p. 46-47).

⁴¹ “*Les lois du commerce n’étant que des lois d’exception qui reçoivent leur complément du droit civil, ne peuvent seules former un système complet sur presque aucune des matières qu’elles règlent*” – “Sendo as leis comerciais apenas leis de exceção que recebem sua complementação do direito civil, elas não podem formar um sistema completo a respeito de praticamente nenhuma das matérias que elas regulam” (LOCRÉ, 1829 apud CARBASSE, 2008, p. 117, tradução nossa).

⁴² Breves comentários sobre a elaboração e características principais desses outros códigos encontramos em Schioppa (2007, p. 465-469).

nacionalmente. Verdadeiramente representou a abertura da era das codificações.

Quando o Código entrou em vigor em 1804, muitos territórios europeus estavam sob domínio francês, razão pela qual passou a vigorar nesses territórios. Esse foi o caso da Bélgica, Luxemburgo, territórios alemães situados a oeste do rio Reno, o Palatinado, a Prússia Renânia, Hesse-Darmstadt, Genebra, Savoia, os Ducados de Parma, Plaisance, Blemont e o Principado de Mônaco. A maior parte desses territórios conservou o Código por um longo período: os territórios alemães, até 1900; Genebra, até 1912; Bélgica, Luxemburgo e o Principado de Mônaco, até os dias de hoje (LIMPENS, 1956, p. 93).

A expansão militar francesa, especialmente sob Napoleão, fez com que, entre os anos de 1804 e 1812, o *Code Civil* entrasse em vigor em inúmeras outras regiões. Ainda que mais tarde a maioria desses países conquistasse ou reconquistasse sua soberania, fato é que o direito desses países permaneceu grandemente influenciado pelo Código Civil francês (MONATERI, 1996, p. 98), como será visto. Ou por imposição, ou por recepção voluntária, o Código Civil francês teve um fabuloso destino. Além dos países que serão analisados com maior detalhe abaixo, o código civil francês influenciou grandemente o direito polonês, o código civil da Sérvia (1844) e o da Romênia (1864).

7.1. Bélgica e Luxemburgo

O atual território da Bélgica integrava, desde 1713, as possessões austríacas. Em 1797, com a Paz de Campo Fórmió, esses territórios foram anexados à França, tornando-se um dos departamentos franceses. Assim, quando o Código Civil entrou em vigor na França, automaticamente passou a vigorar também na Bélgica em sua versão original. Posteriormente, com a queda de Napoleão e por força do Tra-

tado de Viena, a Bélgica foi anexada ao Reino da Holanda, da qual se separou em 1830. O Código francês permaneceu vigorando na Bélgica até hoje (embora, por óbvio, as alterações legislativas introduzidas nos respectivos códigos desde então, nem sempre seguiram caminhos paralelos, na França e na Bélgica – isso sem falar que a jurisprudência, muitas vezes, acabou fixando interpretações diversas das mesmas disposições legais).

Diante da comunhão linguística, desde sempre a doutrina e a jurisprudência francesas foram muito influentes também na Bélgica. As atualizações legislativas sofridas pelo *Code Civil* na França, normalmente foram acompanhadas de reformas legislativas também na Bélgica. Por outro lado, alguns doutrinadores belgas igualmente foram influentes na França, como é o caso, exemplificativamente, de Laurent, um dos grandes nomes da Escola da Exegese⁴³.

O mesmo ocorreu com Luxemburgo, que igualmente pertencia à Áustria, e em 1795 passou para a França. Em 1815 foi anexada, juntamente com a Bélgica, ao Reino da Holanda. Em 1830 seguiu a Bélgica em sua separação da Holanda e somente em 1890 declarou sua independência do reino belga. O Código Civil francês, que passou a vigorar na Bélgica desde o início, igualmente vigorou em Luxemburgo, inclusive após 1830. O Código Civil hoje vigente no Grão-Ducado de Luxemburgo assemelha-se mais à versão original francesa do que os códigos civis vigentes na França e na Bélgica, segundo Monateri (1996, p. 98).

7.2. Holanda

A Holanda esteve sob domínio francês de 1795 a 1815, tendo tal dominação adotado for-

⁴³ Sobre a circulação do modelo francês na Bélgica, veja-se Gambaro e Sacco (1996, p. 390-391).

mas variadas nesse período. Inicialmente fora criada uma república irmã, a República Batava, que perdurou de 1795 a 1806. De 1806 a 1811 foi criado o Reino da Holanda, tendo Napoleão lá entronizado seu irmão Luís. Um código civil passou a vigorar em 1809, praticamente copiado do similar francês, embora respeitoso das tradições holandesas. Com a abdicação de Luís, de 1811 a 1813 houve a anexação pura e simples ao Império francês. Por essa razão, em 1811 aquele código foi substituído pelo próprio *Code Civil*, que ali vigorou até 1838, quando entrou em vigor o Código Civil holandês, o *Burgerlijk Wetboek* (BW), embora igualmente influenciado pelo código francês.

De 1815 a 1830, como resultado do Congresso de Viena, que reorganizou o mapa político europeu após a queda de Napoleão, foi fundado o Reino dos Países Baixos, unindo Holanda e Bélgica. Com a revolução de 1830, Bélgica e Luxemburgo dele se separaram⁴⁴.

Ao longo do século XX, a Holanda aos poucos se afasta do modelo francês e passa a acompanhar mais de perto a cultura germânica. A partir de meados do século XX, inicia-se a redação de um novo código civil, tarefa inicialmente incumbida ao Prof. Meijers, tendo o trabalho durado durante quase cinquenta anos. O trabalho é completado em 1992, com a promulgação do *New Burgerlijk Wetboek* (NBW), o Novo Código Civil, fruto de um notável trabalho comparatístico, acolhendo soluções avançadas tanto da tradição francesa e alemã quanto da *common law*⁴⁵.

⁴⁴ A respeito da influência francesa sobre a Holanda, veja-se Fromont (2009, p. 75), bem como Gambaro e Sacco (1996, p. 391-394).

⁴⁵ É o que nos informa Jan Smits (2006, p. 495, tradução nossa): “If one has to characterize the new Dutch Civil Code in terms of legal families, one should say that many of its provisions still show their origin in the French tradition, but in structure and level of abstraction the German approach is apparent as well. The Code was based on extensive

7.3. Alemanha

A parte da Alemanha situada a oeste do rio Reno pertencia à França, desde o Tratado de Lunéville, assinado em fevereiro de 1801. Assim, quando foi promulgado, o Código Civil francês automaticamente entrou em vigor em todas as possessões francesas, inclusive nesse território ocidental alemão.

A partir da vitoriosa campanha de 1806-1807 contra a Prússia, juntamente com seus exércitos Napoleão introduziu seu Código nas regiões alemãs por ele conquistadas, a leste do Rio Reno, como é o caso de Dantzig e Westfália, em 1807, Aremberg, em 1808, Frankfurt, em 1809, Anhalt e Köthen, em 1810, Hamburg, Lübek e Lippe, em 1812 (DEZZA, 1998, p. 65), bem como do Grã-Ducado de Baden e Bremem.

Mesmo após a queda de Napoleão, na Alemanha vigoraram traduções ou imitações do Código Civil francês nos territórios a oeste do Reno, bem como no Grã-Ducado de Baden (VARANO; BARSOTTI, 2002, p. 125), onde permaneceram vigendo até a entrada em vigor do Código Civil alemão – o *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, de 1896, mas que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1900.

Isso explica a grande influência que a cultura francesa e o Código Civil francês exerceram na Renânia. Exemplo disso é que o jurista renano Zachariae von Lingenthal, professor em Heidelberg, em 1808 publicou em alemão o primeiro tratado sobre o Código Civil francês: o *Handbuch des französischen Civilrechts*, em dois volumes. Trata-se de uma obra sobre o Código Civil francês, mas que segue a ordem e o método

do *gemeines Recht*, isto é, do direito romano comum aplicado na Alemanha (MONATERI, 1996, p. 95). Essa obra foi posteriormente traduzida para o francês, por Aubry e Rau, professores de Strasbourg, na França (situada na divisa com a Alemanha). Nas edições sucessivas, os professores franceses a atualizaram e a desenvolveram de forma autônoma, tornando-a uma das obras mais importantes da literatura jurídica civilista francesa do século dezenove (ZWEIGERT; KÖTZ, 1992, p. 127). Interessante realçar, assim, esse notável exemplo de circulação de modelos: uma obra legislativa francesa (Código Civil) influencia a doutrina alemã (Zachariae von Lingenthal), que por sua vez, incorporando novos elementos (ressistematização metódica), acaba influenciando a doutrina francesa (Aubry e Rau), a qual, por sua vez, influencia também os juizes franceses, vindo a influir também na cultura jurídica italiana do século XIX.

7.4. Suíça

Na Suíça, o *Code Civil* é inicialmente implantado nos territórios de Genebra e de Jura Bernese, que naquela época pertenciam à França, nos quais permaneceu em vigor mesmo após 1815, quando passaram a fazer parte da Confederação Helvética (Suíça). Depois, ao longo do século XIX, alguns cantões adotaram códigos civis diretamente inspirados no modelo francês – é o caso de Vaud (1819), Ticino (1837), Friburg (1849), Vallese (1853), Neuchâtel (1854-1855). Já em outros cantões, especialmente os de língua alemã, preferiu-se a inspiração do Código austríaco de 1811 (ABGB), ou seguiram orientação original (Berna, 1824-1830; Zurich, 1853-1855; Grigioni, 1862; Glarona, 1869-1874). Todos esses códigos foram substituídos, em 1907, pelo Código Civil da Confederação Helvética (*Schweizerische Zivilgesetzbuch – ZGB*), obra genial de Eugen Huber, que efetuou

comparative research” – “Se alguém pretender caracterizar o novo Código Civil holandês em termos de classificação em famílias jurídicas, deverá dizer que muitos de seus dispositivos ainda mostram sua origem na tradição francesa, mas quanto à estrutura e nível de abstração, o enfoque germânico também é evidente”.

notável obra comparativa das diversas tradições cantonais suíças, e mais inspirado no modelo alemão do que no francês (DEZZA, 1998, p. 65).

7.5. Itália

Uma das conquistas napoleônicas envolveu boa parte do território que hoje é a Itália, que naquela época ainda não existia como tal⁴⁶, pois na península itálica coexistiam vários reinos, ducados, principados, além dos domínios territoriais do Papa, na região central da península.

Com a Paz de Campo Fórmio, em 1797, consolida-se a conquista. Parte da Itália é diretamente anexada à França (a que abrange as regiões do Piemonte, Ligúria e a norte-ocidental da costa do Mar Tirreno). Outra porção veio a formar o *Regno d'Italia* (inicialmente denominada de República Cisalpina, entre 1801 e 1802), com capital em Milão, abrangendo substancialmente as regiões da Lombardia, Emilio-Romagna, e uma parte do Vêneto e da Toscana. Com a proclamação do Império na França, Napoleão assumiu o título de Rei da Itália, tendo nomeado seu enteado Eugênio de Beauharnais⁴⁷ como seu Vice-Rei.

⁴⁶ O *Risorgimento*, movimento pela unificação italiana, conclui-se parcialmente somente em 1861, após Garibaldi, que havia conquistado o Reino das Duas Sicílias, no sul da Itália, ter entregue a Vittorio Emanuele II, rei do Piemonte-Sardenha, no norte da Itália, as terras conquistadas. Em março de 1861 Vittorio Emanuele II é sagrado Rei da Itália. Nesse primeiro momento, os territórios pontifícios – que abrangiam Roma e boa parte da Itália central, bem como boa parte do Vêneto – ficaram de fora do Império. Somente em 1866 é que o Vêneto foi reconquistado aos austríacos e somente em 1870 é que também os territórios pontifícios passaram a integrar a Itália reunificada, ficando a Igreja Católica com o enclave do Vaticano, dentro da cidade de Roma (embora fosse necessário esperar até o final da Primeira Guerra Mundial para que certos territórios austríacos da região norte da Itália [Trentino, Tirol Meridional, Trieste e Ístria – as províncias “irridentas”] igualmente passassem à Itália, que só então adquiriu a forma geográfica que hoje ostenta).

⁴⁷ Eugênio de Beauharnais era filho do primeiro casamento de sua mãe, Josephine de Beauharnais, que após enviuar, casou em 1796 com o então General Napoleão

Na parte anexada ao Império, o Código Civil francês passou a vigorar automaticamente.

Em 1805 foi promulgado o *Codice Civile del Regno d'Italia*, que nada mais era que o mesmo Código francês traduzido em italiano. Em 1808 também ali foi promulgado o Código de Comércio.

Alguns territórios que não integravam o *Regno d'Italia* napoleônico, seduzidos pela aura que rodeava o grande Código, igualmente o adotaram, na forma consagrada do *Codice Civile del Regno d'Italia*. Foi o caso, exemplificativamente, do Principado de Lucca, em 1806 e do *Regno di Napoli*⁴⁸, em 1808.

Segundo Gambaro e Sacco (1996, p. 371), “pode-se dizer que em 1815 toda a Itália, excetuada apenas a Sicília e a Sardegna, seguia fielmente os modelos codicísticos franceses”⁴⁹.

Mesmo depois da Restauração (subsequente à derrota napoleônica), não houve um retorno duradouro ao estado jurídico anterior. O Principado (posteriormente, Ducado) de Lucca manteve o código em vigor. Isso ocorreu porque os italianos se deram conta de que as formas jurídicas herdadas do direito romano, que vigoravam na península antes da chegada de Napoleão, eram anacrônicas e insuficientes aos novos tempos e novas necessidades comerciais, bem como não mais refletiam as ideias disseminadas pela sociedade. Assim, logo se voltou a adotar códigos inspirados nos superiores modelos franceses, tidos como muito mais modernos.

Bonaparte. Alguns anos mais tarde, Napoleão adotou Eugênio e sua irmã Hortênsia como filhos.

⁴⁸ Onde Napoleão fez coroar Rei seu irmão mais velho, José Bonaparte, que lá reinou de 1806 a 1808 e depois, de 1808 a 1813, foi coroado Rei da Espanha.

⁴⁹ Há praticamente consenso nesse sentido, como se vê do seguinte trecho de outro experiente historiador italiano, Padoa-Schioppa (2008, p. 504, tradução nossa): “*Como è noto, i codici preunitari di matrice italiana si ispirarono in modo diretto e letterale al modello napoleonico*” – “como é sabido, os códigos preunitários de matriz italiana inspiraram-se de modo direto e literal no modelo napoleônico”.

São de Chironi (2004) as seguintes palavras, que retratam essa situação: “A restauração de 1814 foi imediatamente seguida de um forte movimento de reformas, que, sobre o terreno do direito civil, com exceção do Reino Lombardo-Vêneto e dos Estados Pontifícios, traduziram-se no reconhecimento da autoridade do *Code Civil* francês”. Referiu, ainda, o citado autor, que as diferentes regiões em que era dividida a Itália naquele período, ao se dotarem de códigos civis, inspiraram-se quase que integralmente no modelo francês (CHIRONI, 2004, p. 767-768).

Assim, por exemplo, o rei Ferdinando I, do *Regno delle Due Sicilie*, após a queda de Napoleão e a recuperação da soberania de seu território, manteve provisoriamente os códigos franceses anteriormente ali vigentes, mas em seguida determinou a redação de novos códigos. Quanto aos códigos civil e comercial, todavia, foram mantidos praticamente os mesmos textos franceses.

O Ducado de Modena adotou muito tarde (em 1851) um código civil, baseado largamente no modelo francês.

No *Regno di Sardegna* um *Codice Civile* foi promulgado em 1837, amplamente inspirado no francês.

Com a unificação italiana (*Risorgimento*) e a criação do *Regno d'Italia*⁵⁰, em 1861, passou-se a trabalhar na elaboração de um novo código civil para toda a Itália. Assim, vem à luz, em 1865, o *Codice Civile* italiano, inegavelmente calcado sobre o modelo francês, ainda que também se tenha levado em consideração a evolução jurisprudencial francesa nos sessenta anos precedentes⁵¹.

⁵⁰ Que não se confunde com aquele napoleônico, de sessenta anos antes, apesar da homonímia.

⁵¹ Sobre a influência do Código Civil francês sobre a cultura jurídica italiana, vejam-se as detalhadas informações dadas por Cannata (1976, p. 137 et seq.).

Aliás, com Zweigert e Kötz (1992, p. 128), pode-se dizer que “a doutrina italiana do século XIX esteve particularmente atenta àquilo que acontecia na França. A literatura jurídica era composta quase que exclusivamente de traduções das obras de autores da Escola da Exegese”.

Mesmo na codificação seguinte, de 1942, já em período em que era grande a influência alemã, ainda estão presentes influências francesas, a par de grandes originalidades do *Codice Civile* italiano, tais como a unificação de todo o direito privado no mesmo código, que, nos seus 2.969 artigos, absorveu não só o direito comercial, mas também o direito do trabalho.

7.6. Espanha

O direito espanhol caracteriza-se, desde o medievo, pela importância que sempre tiveram os direitos locais e regionais (denominados de *fueros*), de origem medieval. A fonte de boa parte deles foi a célebre *Ley de las Siete Partidas*, redigida no século XIII mas baseada fortemente no direito romano vulgar. As *Siete Partidas* entraram em vigor inicialmente no reino de Castela, mas acabaram sendo recepcionadas também nas demais regiões ibéricas, como direito subsidiário aos foros locais.

O Código Civil espanhol de 1889, ainda em vigor, baseou-se essencialmente no Código francês, especialmente quanto ao direito das obrigações. Já quanto ao direito de família e sucessões, acolheram-se substancialmente as fontes da tradição jurídica espanhola, sobretudo o antigo direito castelhano. Peculiar, também, é o fato de que as formas de matrimônio, o regime das invalidades do casamento são reguladas diretamente pelo direito canônico, para os católicos (ZWEIGERT; KÖTZ, 1992, p. 132).

Discorrendo sobre a estrutura do código civil espanhol, ensina Díez-Picazo (1976, p. 73) que

“el texto del Código Civil, siguiendo el modelo del Código francés, aparece dividido em libros, títulos, capítulos y a veces em secciones. Dentro de cada una de éstas, la división se hace na artículos. Contiene el Código 1.975 artículos (...). En cuanto a la sistemática, el Código sigue la tradición de su tiempo. Había sido clásica en el Derecho civil la clasificación de Gayo – personas, cosas y acciones –, e inspirándose en ella el Código civil francés se divide en tres libros que se refieren respectivamente a las personas, a las cosas y a los modos de adquirir la propiedad. Nuestro Código civil introduce la novedad de desdoblar el último libro en dos.”

Interessante notar, a respeito desse código, que somente as normas relativas à família e ao direito internacional privado são unificadas e vigoram em toda a Espanha: “em todas as outras matérias, o Código civil vigora somente como fonte subsidiária em relação aos direitos regionais (chamados *fueros*)” (VARANO; BARSOTTI, 2002, p. 126) que estivessem em vigor quando da promulgação do Código Civil, em 1889. Essa parte da Espanha onde o Código Civil se aplica apenas subsidiariamente (com exceção do direito de família) ocupa cerca de 25% de toda a península ibérica, abrangendo importantes regiões, como a Catalunha, Navarra e Galizia.

Note-se, porém, que o Tribunal Supremo espanhol tem exercido uma importante função unificadora, pois, tendo jurisdição sobre toda a Espanha, examina recursos provenientes inclusive de regiões onde vigoram os *fueros*. Como estes são muito lacunosos, costuma colmatar as lacunas levando em consideração o pensamento jurídico comum a toda a Espanha, expandindo-se, assim, a aplicação do Código Civil (ZWEIGERT; KÖTZ, 1992, p. 132).

7.7. Portugal

Pode-se falar em um direito unificado, em Portugal, desde o século XV, quando se adotou o modelo das consolidações normativas em formas de “ordenações”: Ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1521⁵²) e Filipinas (1603). Tratava-se de vastas compilações, em vários volumes, abrangendo matérias de direito privado, penal, processual, administrativo e outros. Essas ordenações deixavam muito pouco espaço às fontes subsidiárias, às costumeiras ou ao direito canônico. Elas vigoraram em Portugal até a entrada em vigor do seu Código Civil.

Em 1867 entrou em vigor o Código Civil português, também conhecido como Código Seabra (já que substancialmente elaborado pelo Visconde de Seabra, emérito Professor da Faculdade de Direito de

⁵² Uma edição chegou a ser publicada em 1514, mas a edição definitiva e oficial, só saiu em 1521, segundo Costa (1992, p. 278).

Coimbra). Segundo Menezes Cordeiro (2004, p. 33), “não deve ser esquecido um aspecto da maior importância (...): a recepção directa do pensamento napoleônico”. E, mais adiante:

“Não se tira mérito a Seabra; mas o Código Napoleão serviu de modelo, em vários pontos, à codificação portuguesa de oitocentos, em termos que chegaram a incluir a tradução literal de artigos. O Código de Seabra filiou-se, assim, na família napoleônica, adoptando-lhe o *estilo*; traduzia-se, com isso, a Universalidade da Ciência do Direito e, ainda, um contínuo fluxo cultural vindo de França, que tanto marcou a cultura portuguesa do dezenove.”

Percebe-se, portanto, que também em Portugal o *Code Civil* exerceu notável influência.

7.8. América Latina

O processo de independência política das colônias latino-americanas, não acarretou uma ruptura cultural com a Europa. As influências jurídicas continuaram soprando de lá para cá. O movimento europeu tendente às codificações e o modelo do *code civil* atravessaram o oceano e encontraram terreno fértil na América Latina, que nesse período estava em processo de independência e em busca de novos modelos para romper o passado colonialista. A Espanha, portanto, não poderia servir de modelo por esse motivo e também por outro ainda mais elementar: a Espanha ainda não tinha codificado seu direito civil nesse período, pois somente em 1889 é que o Código espanhol foi promulgado.

É possível identificar três grupos dentro do contexto latino-americano de codificações civis. O primeiro deles é aquele que abrange os países que seguiram o modelo francês praticamente sem qualquer reserva – em alguns casos, literalmente e até mesmo na própria língua francesa. O segundo grupo é aquele dos países com uma

certa originalidade em suas codificações. E o terceiro envolve os países que se inspiraram em outros modelos latino-americanos que já haviam codificado.

O primeiro grupo envolve países como Haiti, Bolívia, República Dominicana e México.

“As tentativas iniciais de codificação limitaram-se a ser uma tradução literal dos códigos napoleônicos: em 1825 o Haiti adotou todos os cinco códigos franceses, na própria língua original, e o mesmo fez a República Dominicana em 1844 (aqui os códigos permaneceram redigidos em francês durante quarenta anos!)” (DIURNI, 2008, p. 67).

Os códigos civis do México (1870-1884 e 1928-1932) e da Bolívia (1830 e 1975) igualmente são substancialmente meras traduções do Código francês (VARANO; BARSOTTI, 2002, p. 126).

O segundo grupo envolve Chile, Argentina e Brasil, que adotaram códigos com alguma originalidade.

No caso do Chile, cujo código é de 1855, deve-se a Andrés Bello, jurista de origem venezuelana, sua elaboração. Bello trabalhou no projeto ao longo de vinte anos.

“Ao contrário do que ocorreu na França, ou mesmo no Brasil, o projeto do Código Civil chileno não foi submetido a qualquer tipo de discussão, nem recebeu qualquer sugestão da comunidade jurídica, nem mesmo dos tribunais. Mais do que em qualquer outro país, no Chile a codificação foi obra de um homem só” (DELGADO, 2011, p. 114-115).

Andrés Bello inspirou-se não só no modelo francês, mas também nas tradições jurídicas romanas (o projetista referiu-se várias vezes às *Siete Partidas* e ao pensamento de Savigny), além de desenvolver ideias originais para a época, como a propriedade fiduciária.

O Código Civil argentino é de 1869 e foi elaborado por Dalmacio Vélez Sarsfield, professor da Universidade de Córdoba, que já havia elaborado o Código Comercial em 1859. Sarsfield levou em consideração não só o *Code Civil*, mas também algumas leis espanholas, o Código chileno, fontes doutrinárias alemãs e o esboço de Código Civil do brasileiro Teixeira de Freitas.

E o Código brasileiro, como se sabe, é fruto de várias inspirações – além do Código Civil francês, grande influência exerceu sobre Bevilacqua o Código Civil alemão (do qual tomou a “parte geral”, ausente no modelo francês), bem como a tradição lusitana.

O terceiro grupo de países envolve os que se inspiraram nas codificações latino-americanas já elaboradas. O Código chileno, por exemplo, serviu de modelo para o do Equador (1860), da Colômbia (1873) e influenciou grandemente o da Venezuela (1862), do Uruguai (1868), além de outros países centro-americanos. Já o Código paraguaio (1876) praticamente copiou o Código argentino (ZWEIGERT; KÖTZ, 1992, p. 141-142).

7.9. África e Oriente Médio

Por volta da metade do século passado, quase todo o Oriente Médio ainda permanecia sob o domínio do outrora vastíssimo Império Otomano. Afora o direito de família e sucessões, onde vigorava o direito muçulmano, já se sentia uma grande influência europeia, especialmente francesa, sobre o direito comercial. O direito privado em geral, especialmente o direito obrigacional e o direito de propriedade, era regulado pela *Majalla*, uma espécie de código de direito privado promulgado entre os anos de 1869-1876.

Nesse período (década de setenta do século XIX), o Egito conseguiu obter uma certa independência no âmbito do Império Otomano,

em razão de sua crescente importância, devida ao Canal de Suez. Por causa dele, o Egito estava muito endividado em relação à França e à Inglaterra, que exerciam enorme influência no país. Em 1876 o Egito concluiu um tratado com as potências europeias, criando os chamados Tribunais Mistos, compostos substancialmente por juizes europeus, com competência para causas cíveis e comerciais em que uma das partes fosse europeia. Nesses casos, os juizes aplicavam os chamados “códigos mistos”, inspirados nos modelos europeus (com exceção do direito de família e sucessões, decididos por tribunais religiosos, se envolvesse apenas egípcios, ou por tribunais consulares, se envolvessem europeus).

Escrevendo em 1904, por ocasião do centenário do *Code Civil*, Pierre Arminjon (2004, p. 759), que à época lecionava no Cairo, testemunhou a importância do Código Civil francês sobre o direito egípcio, afirmando que “*l’Egypte est en grande partie, depuis vingt-cinq ou trente ans, un pays de droit français*” – “o Egito é, em grande parte, nos últimos vinte e cinco ou trinta anos, um país de direito francês” (tradução nossa).

Foi somente no período entre guerras, no século XX, que o Egito logrou sua real independência e obteve das potências europeias a renúncia aos tribunais consulares, num primeiro momento; e alguns anos depois, cessaram de operar também os Tribunais mistos. Em 1949, o Egito adotou um código civil de nítida estampa francesa, embora tenha levado em consideração o projeto franco-italiano de código de obrigações, de 1928, algumas criações jurisprudenciais francesas (como a doutrina do abuso do direito), além de alguns institutos do direito muçulmano. Ficou de fora do Código, naquele momento, o direito de família e sucessões, que continuaram por um tempo, a serem regidos diretamente pelo direito muçulmano, aplicado por tribunais religiosos.

A importância do Código Civil egípcio foi extraordinária, pois serviu de modelo para a codificação em toda a região do Oriente Próximo. Assim, ele foi o canal pelo qual a influência do Código Civil francês alcançou toda a região. Praticamente copiam o Código egípcio, os códigos da Síria (1949), do Iraque (1951), da Líbia (1953), da Somália (1973), do Iêmen do Norte (1976), do Kuwait (1980) e da Argélia (1975).

A influência do Código Civil francês também alcançou as demais colônias africanas da França: Marrocos, Tunísia, Senegal⁵³, Mauritânia, Níger, Mali, Guiné, Alto Volta (hoje: Burkina Fasso), Costa do Marfim, Dômitô (hoje: Benim), Gabão, Congo-Brazzaville (hoje: República do Congo), Chade, República Centro-Africana. Indiretamente, por meio das colônias belgas, influenciou também o Congo-Kinshasa (hoje: República Democrática do Congo), Ruanda e Burundi⁵⁴.

Os acadêmicos de direito dos países africanos francófonos, ainda se iniciam no estudo do direito mediante a análise do *Code Civil* (GRAZIADEI, 2008, p. 449).

7.10. Louisiana

O território onde hoje se localiza o Estado norte-americano da Louisiana integrava, desde o final do século XVII, uma vastíssima região, pertencente à França, denominada Louisiana em homenagem ao rei francês Luís XIV. Naquela época, a Louisiana iniciava no Golfo do México e subia, através do vale do Mississipi, até os domínios franceses do Canadá. Portanto,

⁵³ No Senegal, entre 1960 e 1972, adotou-se um código muito próximo do *Code Civil* de seu antigo colonizador, a França – conforme Le Roy (1994, p. 291).

⁵⁴ Sobre a influência francesa no Oriente Próximo e África, veja-se Zweigert e Kötz (1992, p. 135-137), Monateri (1996, p. 100-101), De Simone (1997, p. 142-143), David e Jauffret-Spinosi (2002, p. 58) e Cuniberti (2007, p. 330).

envolvia praticamente toda a área central do que hoje são os Estados Unidos. Em termos do atual território americano, a colônia da Louisiana representaria, hoje, 23% de sua área e abrange nada menos do que 15 estados americanos (Arkansas, Missouri, Iowa, Oklahoma, Kansas, Nebraska, além de partes do Minnesota, North Dakota, South Dakota, New Mexico, Texas, Montana, Wyoming, Colorado e Louisiana), além de parte de duas províncias canadenses (Alberta e Saskatchewan). Na época, a colônia francesa de Louisiana representava uma área equivalente a 2.147.000 km² (para se ter uma ideia do que isso representa, trata-se de uma quarta parte do território brasileiro!).

Naquele território vigorava, naturalmente o direito francês, especialmente as *ordonnances régias* e o *Coutume de Paris*.

Ao final da Guerra dos Sete Anos, em 1763, a França acabou cedendo à Espanha parte daquele território, abrangendo a cidade de Nova Orleans⁵⁵. Em 1800, ameaçada pelos exércitos napoleônicos, a Espanha foi forçada a devolver tais territórios à França. Napoleão, porém, envolvido com as guerras europeias, não tinha interesse nem condições de manter uma enorme colônia no Novo Mundo. Precisando de dinheiro para financiar suas aventuras bélicas em solo europeu, concordou com a venda daquele

⁵⁵ A Guerra dos Sete Anos foi o primeiro grande conflito internacional, no qual se envolveram inúmeros países, com campos de batalhas espalhados por boa parte do mundo. Estendeu-se entre os anos de 1756 e 1763, envolvendo, de um lado, a França, a Áustria e seus aliados (Saxônia, Rússia, Suécia e Espanha), e de outro lado, a Inglaterra, Portugal, a Prússia e Hannover, de outro. Dentre os fatores que desencadearam a guerra, além da preocupação das potências europeias com o crescente prestígio e poderio de Frederico II, o Grande, rei da Prússia, havia a disputa entre a Grã-Bretanha e a França pelo controle comercial e marítimo das colônias das Índias e da América do Norte. Pelo Tratado de Paris, firmado em 1763, franceses, austríacos e ingleses assinaram a paz. No acordo firmado, a França cedeu aos ingleses o Canadá e parte da Louisiana. A favor de Espanha, para compensá-la dos prejuízos advindos da guerra (a Espanha teve de ceder à Inglaterra a Flórida), a França cedeu o resto da Louisiana e Nova Orleans.

enorme território para os Estados Unidos, em 1803, pelo valor total de apenas 15 milhões de dólares da época (atualizado para a moeda de hoje, isso representaria cerca de 220 milhões de dólares). Com essa compra, denominada de *Louisiana Purchase*, os Estados Unidos dobraram o seu tamanho na época.

Diante do forte substrato cultural francês na região mais ao sul, onde hoje se localiza do Estado da Louisiana, aquele território permaneceu como uma espécie de enclave de *civil law* num país de *common law*. De fato, quando, no início do século XIX, os legisladores daquele Estado resolveram elaborar um código civil, pensou-se naturalmente em manter-se fiel ao modelo francês vigente há muito tempo por ali.

O autor do *Louisiana Civil Code*, de 1808, foi o jurista Louis Casimir Moreau-Lislet, nascido em São Domingos (República Dominicana), mas laureado em Paris, onde foi advogado. O Código é largamente inspirado no modelo francês. Ele foi revisado em 1825 e reformado em 1870, sem nunca se afastar do modelo francês de codificação (DEZZA, 1998, p. 67). O Código de 1870 está vigor até hoje, embora emendado e atualizado diversas vezes.

7.11. Québec

O Canadá foi originariamente colonizado pelos franceses. Francisco I, rei da França, em 1534 enviou as primeiras expedições ao solo canadense, embora a política de uma ocupação sistemática, com envio de população para lá se fixar, tenha começado mais tarde, sob o reinado dos reis Luís XIII e Luís XIV. As primeiras colônias chamaram-se de *Nouvelle France* (posteriormente, Québec), *Terre-Neuve* e *Labrador*. Do ponto de vista jurídico, essas colônias seguiam o *Coutume de Paris*, por determinação do Rei Luís XIV, pelos editos de abril de 1663 e maio de 1664. Supria-se a omissão do

Coutume recorrendo-se ao Direito Romano, tal como sistematizado e exposto pelos grandes doutrinadores franceses, e ao Direito Canônico, nas matérias a que fosse aplicável (família e sucessões, por exemplo). A terceira fonte de direito eram as ordenações (*ordonnances*) régias (TETLEY, 2000 apud GLENDON; CAROZZA; PICKER, 2007, p. 965).

Como consequência de sua política expansionista, a Inglaterra – que então ainda mantinha sob seu jugo as treze colônias americanas (que posteriormente deram origem aos Estados Unidos) – entrou em guerra com a França, derrotando-a em solo canadense. Com o Tratado de Paris, de 1763, todas as colônias francesas situadas ao norte dos Grandes Lagos (Lagos *Superior*, *Michigan*, *Huron*, *Erie* e *Ontário*), passaram ao domínio inglês. “Graças ao liberalismo dos dois primeiros governantes britânicos (1763-1778), os colonos franceses (em torno de 65.000, enquanto os colonos ingleses não passavam de 600) conservaram o livre exercício de sua religião e o uso de sua língua” (FROMONT, 2009, p. 159). O *Act of Québec*, de 1774, lhes reconheceu o direito de continuarem a ser regidos pelas antigas leis francesas, com exceção do direito penal⁵⁶, que seria o britânico.

A província francófona do Québec continua alinhada às suas origens francesas. Tal tradição, como visto, iniciou-se em meados do século XVII, com a introdução do *Coutume de Paris*. O direito costumeiro (embora reduzido a escrito) permaneceu como lei vigente em todo o Canadá até a conquista inglesa, em meados do século XVIII. Na província de Québec, porém, o *Coutume* continuou a ser a base do direito privado

⁵⁶ Além do direito penal, praticamente todo o direito público inglês também passava a vigorar na colônia, tendo sido mantido, na verdade, o direito privado francês, principalmente o direito dos contratos, da propriedade, e da responsabilidade civil (BULLIER, 2007, p. 26; LEGEAIS, 2008, p. 106).

até 1866, quando foi promulgado o *Code Civil du Bas Canada* (como então Québec era chamada), redigido em ambos os idiomas – francês e inglês. Tal código era largamente inspirado no Código Civil francês (*Code Napoléon*, de 1804) e permaneceu substancialmente inalterado até 1955. Dividia-se em quatro partes, dispendo sobre os seguintes títulos: *De personnes*, *De la propriété et de ses diverses modifications*, *De l'acquisition et de l'exercice du droit à la propriété* e *Du droit commercial* (quanto à integração de um livro sobre direito comercial no âmbito de um código civil, o código quebequense afastou-se da tradição francesa de manter códigos separados para ambas as áreas).

Interessante notar que a lei de 1857 que determinou o início dos trabalhos para a elaboração de um código civil para substituir o antigo *Coutume de Paris*, definiu que os membros da comissão elaboradora então instituída deveria se apoiar no Código Civil francês de 1804 e no Código Civil do Estado americano da Louisiana, de 1808 e republicado em 1825.

Em 1955 foi criada uma comissão encarregada de rever o velho código – *Civil Code Revision Office* (C.C.R.O.), que foi reorganizada em 1966, no auge da chamada *Quiet Revolution* (“Revolução silenciosa” foi o nome dado a um movimento intelectual e social que havia iniciado a partir do segundo pós-guerra e buscado uma ampla reforma em Québec, abandonando-se os valores demasiadamente conservadores tão caros aos antigos quebequenses). Passou-se a pretender, assim, não mais uma simples revisão atualizadora, mas um novo código, mais adaptado aos valores contemporâneos. A C.C.R.O. trabalhou com afinco durante cerca de doze anos, dividida em 43 comitês e produzindo 64 relatórios temáticos. Em 1980 entrou em vigor uma parte do novo código, disciplinando o direito de família. De 1983 a 1991 outras oito partes foram entrando suces-

sivamente em vigor. Finalmente, em dezembro de 1991 foi promulgado um novo Código Civil, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1994, com a denominação de *Code Civil du Québec* (TETLEY, 2000 apud GLENDON; CAROZZA; PICKER, 2007, p. 967).

Trata-se de uma bela obra jurídica, com mais de 3.000 artigos, em estilo e vocabulário bastante modernizado, desprezando vetustas classificações francesas (como a partição dos atos jurídicos em contratos, quase-contratos, delitos e quase-delitos, que foi substituída pela classificação binária de obrigações contratuais e obrigações legais).

7.12. Japão

Ao virar a página da história, encerrando a chamada Era Tokugawa⁵⁷ (ou período Edo, representado por dois séculos e meio de completo isolamento internacional, de 1603 a 1868, dominada pelos samurais⁵⁸ comandados pelo

⁵⁷ O Xogunato representou o regime feudal existente no Japão desde o século XII até 1868. Assemelhava-se ao feudalismo ocidental, mas agregava características orientais. Além de proprietário rural, o Xogum também era um chefe militar. Devia teórica obediência ao imperador, porém seus comandados deviam obediência somente ao Xogum. Ao longo desse período, destacam-se três eras distintas, Xogunato Kamakura (1192 a 1333), Xogunato Ashikaga (1338 a 1573) e Xogunato Tokugawa (1603 a 1868), cada uma delas governada por clãs distintos. O clã Tokugawa foi o responsável pelo isolamento japonês durante dois séculos e meio.

⁵⁸ Os samurais eram guerreiros que ocupavam o mais alto status social. Integravam a aristocracia guerreira do Japão e exerceram extraordinária importância na história japonesa durante os séculos XII e XIX. Com a restauração Meiji (1868) a sua era, já em declínio, chegou ao fim. Suas principais características eram a grande disciplina, um estrito código de honra, lealdade e sua grande habilidade com a *katana*, a famosa espada dos samurais. Os samurais eram treinados desde pequenos para seguir o *Bushido*, o caminho do guerreiro. A honra era um valor cardeal para eles, a ponto de, em caso de eventual desonra, o caminho natural seria a prática do suicídio, chamado *seppuku*, em que ele introduzia uma adaga no próprio estômago, puxando-a para o lado, eviscerando-se. Tratava-se de uma morte dolorida, mas honrosa, pois era preferível morrer com honra a viver sem ela.

Xogum⁵⁹) e ingressando na Era Meiji⁶⁰, a partir do último terço do século XIX, o Japão resolveu abandonar as estruturas sociais, políticas e econômicas praticamente ainda medievais, para rapidamente ocidentalizar-se. Para tanto, enviaram seus melhores talentos para estudar no exterior, ao mesmo tempo que contrataram

⁵⁹ O termo português *Xogum* ou *Shōgun* (que literalmente significa “Comandante do exército”), é a abreviação do título histórico *Sei Taishōgun* (que literalmente significa “Grande General Apaziguador dos Bárbaros”), o qual era utilizado para se referir ao general que comandava o exército enviado a combater as tribos do norte do Japão. Depois do século XII, o termo utilizou-se para designar o líder dos samurais. Desde o século XII até 1868, o Xogum constituiu-se como o governante de fato de todo o país, embora teoricamente o Imperador fosse o legítimo governante e, teoricamente, apenas delegasse ao Xogum poderes para governar no seu nome.

⁶⁰ Denomina-se Era Meiji o período de quarenta e cinco anos do reinado do Imperador Meiji (nome adotado por Mutsuhito, que aos dezesseis anos sucedeu ao pai, o Imperador Komei, e deu início à nova Era, que ele denominou de Meiji = Regime Iluminado), que vai de 1868 a 1912. A unidade política do país permitiu a centralização da administração pública e a intervenção do Estado na economia, com a implantação de reformas econômicas que consistiram na eliminação de entraves e resquícios do modo de produção feudal, na liberação da mão-de-obra, e na assimilação da tecnologia ocidental, preparando o Japão para o capitalismo. Os antigos feudos foram extintos. Surgiram os *zaibatsus*, os grandes conglomerados empresariais originados dos clãs familiares, como a Mitsubishi, a Mitsui, a Sumitomo, a Yasuda, dentre outros, que passaram a dominar cada vez mais a economia japonesa, atuando praticamente em todos os setores industriais, além do comércio e das finanças. Estes logo incorporaram as indústrias menores e, inclusive, as indústrias do Estado. Com esse processo de modernização, o Japão industrializou-se rapidamente, fortalecendo a sua economia. A partir dessa época, o Japão gradativamente tomou controle da maior parte do mercado asiático de bens manufaturados, a começar com os têxteis. A estrutura econômica baseou-se na importação de matérias-primas e exportação de produtos finalizados – um reflexo da relativa escassez de commodities no país. Do ponto de vista político, criou-se um gabinete parlamentar (1885), promulgou-se a primeira constituição (em 1889), e instaurou-se uma monarquia constitucional. Do ponto de vista cultural, criaram-se universidades e incentivou-se notavelmente a procura do conhecimento. Contrataram-se cerca de três mil especialistas estrangeiros (chamados *o-yatoi gaikokujin* ou “estrangeiros contratados”) nas mais variadas áreas do saber – envolvendo ciência e técnica. Paralelamente, enviaram-se milhares dos melhores estudantes japoneses para estudarem na Europa e América, baseado no quinto e último artigo da “Carta de Juramento” de 1868: “O conhecimento deve ser buscado ao redor do mundo a fim de fortalecer as bases do domínio imperial”.

técnicos e intelectuais ocidentais para irem trabalhar no Japão como consultores. A ideia era tentar trazer para o Japão, em trinta anos, o resultado do progresso europeu nos últimos trezentos anos, já que o Japão ficara absolutamente alheio à revolução industrial, ao Iluminismo e a todas as notáveis mudanças que o mundo ocidental experimentara nos séculos XVII, XVIII e boa parte do século XIX!

Na área jurídica, dentre outras iniciativas, contrataram o Professor francês Gustave-Émile Boissonade⁶¹ (juntamente com os professores Bousquet e Benet) como consultor junto ao Ministério da Justiça, a fim de ajudar na elaboração de leis modernas para o Japão. Ao contrário de outras áreas, em que foi bem sucedido (redigiu os projetos dos futuros códigos penal e de processo penal, promulgados em 1880⁶²), no campo do direito civil, Boissonade fracassou ao tentar ver aprovado um projeto de código inspirado no modelo francês, apresentado em 1890. O projeto foi rejeitado pelo parlamento (Dieta), que preferiu seguir o modelo alemão na área do código civil, certamente impressionado pela codificação alemã, de 1896, que entraria em vigor apenas em 1900. O Código japonês é de 1898 e ainda está em vigor, embora tenha sofrido alterações parciais ao longo do século XX.

Todavia, segundo Gorai (2004, p. 781), “*peut-être sera-t-on surpris d’apprendre que le Code Civil français a été appliqué au Japon pendant une vingtaine d’années, au commencement de la Restauration (1870-1890)*”.

⁶¹ Boissonade (1825-1910) permaneceu no Japão de 1873 a 1895. Ele inicialmente foi contratado como Professor de Direito e somente depois foi admitido como Consultor jurídico do governo japonês. Na sua função de professor, ele formou várias gerações da inteligência jurídica japonesa, sendo que muitos dos seus ex-alunos se tornaram juristas de destaque, magistrados superiores e altos funcionários públicos. Muito da influência francesa sobre o direito japonês deu-se através desses discípulos (ISHI, 1994, p. 243).

⁶² Mais informações sobre a obra de Boissonade no Japão podem ser lidas em Agostini ([198-], p. 324).

8. Considerações finais

Mediante a análise desse emblemático caso de circulação de modelo jurídico, esperamos ter podido demonstrar a importância do estudo do direito comparado e da história do direito (sem o qual aquele não é possível). São raros os institutos jurídicos verdadeiramente autóctones: praticamente todos os institutos jurídicos circulam. São criados em um sistema, ali se desenvolvem e por razões variadas, circulam. Antigamente, a expansão militar e a colonização eram instrumentos comuns de circulação forçada de modelos jurídicos. Atualmente, o prestígio de um modelo é que o faz circular. Ou seja, mais do que imposição, temos uma verdadeira recepção voluntária.

Quando se aprofunda o estudo de uma determinada instituição jurídica, percebem-se suas origens e fontes históricas. Assim, o estudo do direito comparado é fundamental para bem se conhecer o próprio sistema jurídico em que o comparatista se situa, pois muitas vezes é por meio deste estudo que se toma consciência das origens longínquas de institutos que se imaginava fossem próprios de sua cultura jurídica. Por outro lado, também pelo estudo comparativo das experiências jurídicas se podem constatar verdadeiras originalidades ou peculiaridades do seu sistema. Aspectos que se imaginavam universais revelam-se geograficamente limitados.

De qualquer modo, os outros sistemas funcionam como espelhos – vendo-se os outros, percebe-se melhor o que somos.

Referências

AGOSTINI, Eric. *Direito comparado*. Tradução de Fernando Couto. Porto: Resjuridica, [198-].

ALLORANT, Pierre; TANCHOUX, Philippe. *L'essentiel de l'introduction historique au droit*. Paris: Gualino, 2010.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da codificação: crônica de um conceito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ARMINJON, Pierre. Le code civil et l'Égypte. In: HALPÉRIN, Jean-Louis. *Le code civil 1804-1904: livre du centenaire*. Paris: Dalloz, 2004. AYNÉS, Laurent. Direito de propriedade. In: BERMANN, George A.; PICARD, Etienne. *Introdução ao direito francês*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BART, Jean. *Histoire du droit*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2002.

BELL, John; BOYRON, Sophie; WITTAKER, Simon. *Principles of french law*. Oxford: Oxford University, 1998.

- BERMANN, George A.; PICARD, Etienne. *Introdução ao direito francês*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- BULLIER, Antoine J. *La common law*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2007.
- CANNATA, Carlo Augusto. *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea: dal medioevo all'epoca contemporanea*. Torino: Giappichelli, 1976. 2 v.
- CARBASSE, Jean-Marie. *Histoire du droit*. Paris: PUF, 2008.
- CHIRONI, G. P. Le code civil et son influence en Italie. In: HALPÉRIN, Jean-Louis. *Le code civil 1804-1904: livre du centenaire*. Paris: Dalloz, 2004.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- CUNIBERTI, Gilles. *Grands systèmes de droit contemporains*. Paris: L.G.D.J., 2007.
- DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 11. ed. Paris: Dalloz, 2002.
- DELGADO, Mário Luiz. *Codificação, descodificação, recodificação do direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DE SIMONE, Francesco. *Lezioni di diritto privato comparato*. Napoli: scientifiche italiane, 1997.
- DEZZA, Ettore. *Lezioni di Storia della codificazione civile: il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*. Torino: Giappichelli, 1998.
- DIEZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio. *Sistema de derecho civil*. Madrid: Tecnos, 1976. 1 v.
- DIURNI, Amalia. *Percorsi mondiali di diritto privato e comparato*. Milano: Giuffrè, 2008.
- FROMONT, Michel. *Grands systèmes de droit étrangers*. 6. ed. Paris: Dalloz, 2009.
- GALLO, Paolo. *Grandi sistemi giuridici*. Torino: Giappichelli, 1997.
- GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo. *Sistemi giuridici comparati*. Torino: UTET, 1996.
- GAUDEMET, Jean; BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte. *Introduction historique au droit: XIII-XX siècle*. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 2010.
- GLENDON, Mary Ann; CAROZZA, Paolo G.; PICKER, Colin B. *Comparative legal traditions: texts, materials and cases on western law*. St. Paul: Thomson/West, 2007.
- _____. *Comparative legal traditions*. 3. ed. St. Paul: Thomson/West, 2008.
- GORAĬ. Influence du code civil français sur le Japon. In: HALPÉRIN, Jean-Louis. *Le code civil 1804-1904: livre du centenaire*. Paris: Dalloz, 2004.
- GORDLEY, James; VON MEHREN, Arthur Taylor. *An introduction to the comparative study of private law: readings, cases, materials*. Cambridge: Cambridge University, 2006.
- GRAZIADEI, Michele. Comparative law as the study of transplants and receptions. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Org.). *The Oxford handbook of comparative law*. Oxford: Oxford University, 2008.
- HALPÉRIN, Jean-Louis. *Histoire du droit privé français depuis 1804*. Paris: PUF/Quadrige, 2001.
- _____. *Histoire des droit en Europe: de 1750 à nos jours*. Manchecourt: Flammarion, 2004.
- ISHI, Shiro. The reception of the occidental systems by the japanese legal system. In: DOUCET, Michel; VANDERLINDEN, Jacques. *La reception des systemes juridiques: implantation et destin*. Bruxelles: Bruylant, 1994.
- KAHN-FREUND, Otto; LÉVY, Claudine; RUDDEN, Bernard. *A source-book on french law*. 3. ed. Oxford: Clarendon, 1991.
- KERMABON, Nicolas. História do direito privado francês (do século V ao XX). In: MORAIS DA COSTA, Thales (Coord.). *Introdução ao direito francês*. Curitiba: Juruá, 2009. 2 v.

- HALPÉRIN, Jean-Louis. *Le code civil 1804-1904: livre du centenaire*. Paris: Dalloz, 2004.
- LEGEAIS, Raymond. *Grands systèmes de droit contemporains: approche comparative*. 2. ed. Paris: Litec, 2008.
- LÉVY, Jean-Philippe; CASTALDO, André. *Histoire du droit civil*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2010.
- LE ROY, Etienne. Le code civil au Sénégal ou le vertige d'Icare. In : DOUCET, Michel; VANDERLINDEN, Jacques (Dir.). *La réception des systèmes juridiques: implantation et destin*. Bruxelles: Bruylant, 1994.
- LIMPENS, Jean. Territorial expansions of the code. In: SCHWARTZ, Bernard (Ed.). *The code Napoléon and the common-law world*. Westport: Greenwood, 1956.
- LOCRÉ, J. *Esprit du code de commerce*. Paris: Garnery, 1829.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. 2. ed. São Paul: Max Limonad, 2002.
- LOSANO, Mario G. *I grandi sistemi giuridici: introduzione ai diritti europei e extraeuropei*. Torino: Einaudi, 1988.
- MATTEI, Ugo; MONATERI, Pier Giuseppe. *Introduzione breve al diritto comparato*. Padova: CEDAM, 1997.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Da modernização do direito civil: aspectos gerais*. Braga: Almedina, 2004.
- MENSKI, Werner. *Comparative law in a global context: the legal systems of Asia and Africa*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University, 2006.
- MONATERI, Pier Giuseppe. *Il modello di civil law*. Torino: Giappichelli, 1996.
- PADOA-SCHIOPPA, Antonio. *Storia del diritto in Europa: dal Medioevo all'età contemporanea*. Bologna: Il Mulino, 2007.
- _____. *Itália ed Europa nella storia del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2008.
- PARICIO, Javier; BARREIRO, A. Fernández. *Historia del derecho romano y su recepción europea*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1997.
- PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. *Discours préliminaire au premier projet de code civil*. Bordeaux: Confluences, 1999.
- SCHWARTZ, Bernard (Ed.). *The code Napoléon and the common-law world*. Westport: Greenwood, 1956.
- SMITS, Jan M. The Netherlands. In: _____. *Elgar encyclopedia of comparative law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2006.
- STEIN, Peter. *Il diritto romano nella storia europea*. Milano: Raffaello Cortina, 1996.
- TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976.
- _____. *Cultura giuridica e politica del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1988.
- TETLEY, William. Mixed jurisdictions: common law vs civil law (codified and uncodified). *Louisiana Law Review*, Louisiana, 2000.
- TUNC, André. The grand outlines of the code. In: SCHWARTZ, Bernard (Ed.). *The code Napoléon and the common-law world*. Westport: Greenwood, 1956.
- _____. La méthode du droit civil: analyse des conceptions françaises. *Revue Internationale De Droit Comparé*, Paris, n. 4, p. 817-830, 1975.
- VAN CAENEGEM, Raoul C. *Introduzione storica al diritto privato*. Bologna: Il Mulino, 1992.
- _____. *I sistemi giuridici europei*. Bologna: Il Mulino, 2003.
- VARANO, Vincenzo; BARSOTTI, Vittoria. *La tradizione giuridica occidentale*. Torino: Giappichelli, 2002.

VOLTAIRE. Oeuvres complètes de Voltaire. Paris: Garnier frères, 1877.

_____. Dictionnaire philosophique. Londres: [s.n.], 1764.

WATSON, Alan. *Il trapianto di norme giuridiche: un approccio al diritto comparato*. Napoli: Scientifiche Italiane, 1984.

WEST, Andrew et al. *The french legal system*. 2. ed. London: Butterworths, 1998.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*. Milano: Giuffrè, 1992.

A Constituição de *Cádiz* de 1812

HELGA MARIA SABOIA BEZERRA

Sumário

1. Introdução. 2. Acerca da excelência e da originalidade da Constituição de *Cádiz*. 3. Antecedentes históricos: uma Espanha em crise no início do século XIX. 4. A influência da Constituição de *Cádiz* no constitucionalismo universal. 5. A Constituição de 1812 e o constitucionalismo luso-brasileiro. 6. As Cortes de *Cádiz* e a vigência da Constituição. 7. O liberalismo inglês e asturiano das Cortes gaditanas. 8. A Nação espanhola: conceito-chave na Constituição de *Cádiz*. 9. Conclusão.

1. Introdução

O ano de 2013 é prenhe de sequelas da Constituição de *Cádiz* que justificam uma continuidade às comemorações iniciadas em 2012. Desde o 5 de janeiro, data em que as Cortes de *Cádiz* suprimiram o Tribunal da Inquisição, até 29 de dezembro, quando Napoleão Bonaparte obrigou seu irmão José a abdicar da Coroa da Espanha, 1813 foi um ano repleto de eventos históricos de suma importância¹.

Já 2012 havia sido transcendental para *Cádiz*. *La tacita de plata* do Mediterrâneo recebeu, no *Oratorio de San Felipe Neri* – sede das Cortes de *Cádiz* –, a visita dos chefes de Estado e de Governo dos países ibero-americanos para comemorar o bicentenário da famosa Constituição que leva seu nome². Aquele documento inaugurou o liberalismo político,

Helga Maria Saboia Bezerra é doutora em Direito pela Universidade de Oviedo (Espanha) e especialista em *Derecho Español para Juristas Extranjeros* pela Universidade de Alcalá (Espanha).

¹ Em 21 de fevereiro, as Cortes espanholas aboliam o Tribunal do Santo Ofício nas possessões espanholas na América; em 17 de maio, José Bonaparte abandonava definitivamente Madrid e, em outubro, finalizava a Guerra da Independência, com as tropas francesas rendendo-se em Pamplona.

² Vários foram os atos, ao longo do ano de 2012, por intermédio dos quais, em *Cádiz*, reverenciou-se a memória da Constituição de 1812. Além desta *XXII Cumbre Iberoameri-*

fundando o princípio de soberania nacional, e legitimou a transformação de súditos em cidadãos, ajudando a iluminar um mundo dominado pelas trevas do absolutismo.

Este artigo pretende prestar tributo à Constituição de *Cádiz* de 1812 por meio da análise de sua importância para o constitucionalismo universal e, especialmente, o brasileiro.

No país sul-americano, a Constituição gaditana é escassamente conhecida, provavelmente como resultado de uma propaganda antiespanhola fabricada pelos regimes republicanos que se instalaram na América a partir dos vários gritos de independência no primeiro quarto do século XIX. Somada à velha Lenda Negra espanhola, tal propaganda incumbiu-se de difundir a falsa imagem de uma Espanha cruel, astuta e espoliadora, perfil incompatível com um país capaz de elaborar um texto com a qualidade da Constituição de 1812³, marco histórico fundamental do acervo constitucional ibero-americano.

Não é a intenção aqui fazer uma análise exaustiva dos textos constitucionais mencionados, o que, em tão exíguo espaço, seria impossível. Trata-se unicamente de tecer alguns comentários acerca do contexto histórico em que se forjou a Constituição gaditana e acerca de alguns de seus articulados, que se destacam por sua peculiaridade.

Desde estas terras asturianas, nas antípodas espanholas de *Cádiz*, sinto-me animada a escrever sobre a revolução liberal espanhola e seu documento libertador.

2. Acerca da excelência e da originalidade da Constituição de *Cádiz*

Antes de entrar a analisar o texto constitucional espanhol de 1812, alguns apontamentos são necessários com o fim de chamar a atenção para o fato de que não se trata de uma Carta Magna qualquer.

Não é ela, como muito se tem dito, uma simples cópia da Constituição francesa de 1791. E não o é, primeiro, porque, se a Constituição gaulesa foi o fruto de uma revolução interna, que tinha por objetivo derrocar o siste-

cana de Jefes de Estado y de Gobierno (16 e 17 de novembro de 2012), à qual compareceu a Presidente Dilma Rousseff, pode-se fazer referência também ao *VIII Foro Parlamentario Iberoamericano* (25 e 26 de outubro de 2012), com a presença do então Presidente do Senado Federal brasileiro, José Sarney.

³ Para ter-se uma ideia do que era a Espanha então, basta recordar com brevidade dois contundentes dados históricos que dão a exata medida de até onde ia a abertura de horizontes dos espanhóis. Durante três séculos, a partir do descobrimento da América (1492), constituiu-se no maior império de todos os tempos: o primeiro império global, estendendo-se por ambos os hemisférios. Ademais, a Coroa espanhola fundou universidades em suas possessões na América desde o século XVI, enquanto Portugal proibiu, até a chegada de D. João VI ao Brasil, em 1808, a criação de qualquer instituição de ensino superior.

ma social e político e acabou instaurando uma república (1792), a Carta Magna espanhola foi o fruto de um processo completamente distinto.

A Espanha fora invadida por um exército estrangeiro e seu povo estava enredado em uma dupla resistência. Combatia, pelas armas, e por todo o território – e, em certa medida, com ajuda britânica –, os soldados inimigos.

O combate de ideias, que tinha lugar em uma cidade sitiada – *Cádiz* –, visava a elaborar um documento autóctone que fizesse frente à imposição napoleônica plasmada no Estatuto de Bayona, um arremedo de Constituição que pretendia subjugar o povo espanhol à autoridade do imperador francês.

A Constituição de *Cádiz* nasceu, assim, do desejo do povo espanhol de manter sua soberania. De não submeter-se, nunca mais, à direção de nenhuma outra autoridade, nem monárquica, nem republicana. Bem o prova o discurso do Conde de Toreno nas Cortes de *Cádiz*, em 28 de agosto de 1811:

“¿Qué es la Nación? La reunión de todos los españoles de ambos hemisferios: y éstos hombres llamados españoles, ¿para que están reunidos en sociedad? Están reunidos como todos los hombres en las demás sociedades (...) para su conservación y felicidades. ¿Y cómo vivirán seguros y felices? Siendo dueños de su voluntad, conservando siempre el derecho de establecer lo que juzguen útil y conveniente al procomunal. ¿Y pueden, por ventura, ceder o enajenar este derecho? No; porque entonces cederían su felicidad, enajenarían su existencia, mudarían su forma, lo que no es posible no está en su mano. [...] Así, me parece que queda bastantemente probado que la soberanía reside en la Nación, que no se puede partir, que es el super omnia (de cuya expresión se deriva aquella palabra) al cual no puede resistirse, y del que es tan imposible se desprendan los hombres y lo enajenen, como de cualquiera de las otras facultades física que necesitan para su existencia” (FERNÁNDEZ SARASOLA, 2012, p. 24).

E, se os constituintes tiveram a oportunidade de fazer a opção por esta forma de governo – a república –, preferiram dar continuidade à monarquia, mas reconhecendo, a partir de então, um papel muito limitado ao rei. No novo regime de separação de poderes – princípio reconhecido na Constituição –, as funções do ausente Fernando VII ficavam reduzidas praticamente a dar cumprimento às leis emanadas das Cortes, representantes da Nação⁴.

Por outro lado, a Espanha teve sua própria *crisis del Antiguo Régimen*, que muito pouco tinha que ver com a *crise de l’Ancien Régime* dos franceses.

⁴Era-lhe reconhecido, ainda, um poder de veto suspensivo, pelo período de dois anos, ao cabo do qual a decisão das Cortes – Poder Legislativo – se convertia em lei. O exercício do poder jurisdicional passava a ser atribuído a juízes e tribunais.

Fez sua própria e peculiar revolução (as revoluções não se podem exportar; produzem-se no instante em que há uma série de contradições insuperáveis dentro de um país).⁵ Tal revolução começou com o 2 de maio de 1808 e ficou conhecida como *La Guerra de la Independencia*.

Por fim, elaborou sua própria Constituição, a de 1812, que foi um legado daquela revolução e ficou conhecida como Constituição de *Cádiz*. Segundo ela, o povo era constituído por todos os espanhóis do império, tanto os peninsulares como os de ultramar, sendo, por isso, possível afirmar que a Constituição de *Cádiz* é ainda mais universal que a francesa (COHEN, 2008).

Embora a Revolução Francesa e o apogeu de Napoleão tenham tido uma grande influência na Espanha, a cadeia de atos insurgentes levada a cabo pelos espanhóis – a partir de 1808 e que culminou em 1812 – de maneira alguma modelou uma Constituição que se possa adjectivar de mera reprodução do espírito gaulês. E isso é reconhecido por um de seus maiores estudiosos, Karl Marx:

“La Constitución de 1812 ha sido tachada, por un lado (...) de ser una mera imitación de la francesa de 1791, trasladada a suelo español por visionarios, sin tener en cuenta las tradiciones históricas de España. (...) Lejos de ser una copia servil de la constitución francesa de 1791, fue un vástago genuino y original de la vida intelectual española, que regeneró las antiguas instituciones nacionales, que introdujo las medidas de reforma clamorosamente exigidas por los autores y estadistas más célebres del siglo XVIII, que hizo inevitables concesiones a los prejuicios populares” (MARX; ENGELS, 1998, p. 136-139).

Marx e Engels tiveram grande interesse pela Espanha, conheciam sua história⁶. Marx começou a estudar espanhol em 1850 ou 1852 e lia

⁵“Nosotros sostenemos, una y mil veces, que las revoluciones no se exportan. Las revoluciones nacen en el seno de los pueblos” (CHE GUEVARA, 1977, p. 287).

⁶ A MEGA (*Marx-Engels Gesamtausgabe*), nova edição crítica das obras completas de Karl Marx e Friedrich Engels – que começou a desenhar-se em 1960 e cujos trabalhos estima-se que estarão concluídos em meados deste século (nada menos que cerca de 164 volumes) –, promete trazer à luz trabalhos inéditos da dupla de pensadores. No que diz respeito à Espanha, vale a pena trazer à colação o testemunho de Carlos Abel Suárez, que, em 2010, escreveu um artigo no qual glosou os comentários de Michael R. Krätke, coeditor da nova MEGA, que visitou a Universidade de Barcelona naquele ano, dando uma conferência sobre os descobrimentos da espetacular iniciativa: *“Una sola cifra muestra la importancia de los trabajos de Marx y de Engels sobre España: del total de la nueva MEGA unos 12 volúmenes contienen sus ensayos, artículos y estudios vinculados al tema. (...) Varias veces en su trayectoria intelectual, Marx realizó estudios sistemáticos sobre la historia de España. Particularmente entre los años 1847 y 1848, luego durante los años 1850 y 1851, 1854 y 1855 y por último entre 1878 y 1882, casi al final de su vida. (...) Sobre los motivos que llevaron a Marx a estudiar la historia y la política española, se explayó Krätke al puntualizar que allí encontró no pocas claves de lo que sería su teoría política o, dicho de otra forma, la acumulación de conocimientos y papeles para elaborar una teoría política. (...) Marx estudió en profundidad, en el caso español, la relación entre la formación de las clases, de la sociedad burguesa y del Estado moderno. Según Krätke, el modelo de un primer Imperio colonial glo-*

diretamente autores espanhóis, como Jovellanos, Blanco White ou José Maria Toreno. Escreveu, como cronista político, uma série de artigos (*Spain Revolutionary*) no jornal americano *New York Daily Tribune*, que era o mais influente dos Estados Unidos⁷ então e superava, em tiragem, os mais prestigiosos do mundo, como o *Times*, de Londres.

De fato, “entre mayo y septiembre de 1854 la dedicación a España pasó, en palabras del propio Marx, de ser una ‘ocupación secundaria’ a ser ‘mi estudio principal’” (RIBAS, 1998, p. 18); daí que não se pode deixar de trazer aqui à baila a opinião de uma das mentes mais preclaras do pensamento revolucionário, que esteve firmemente decidida a deixar publicada uma crônica das lutas revolucionárias que tiveram lugar em solo espanhol.

Relevante é deixar dito também que importa, e muito, tomar a sério o interesse que teve o pensador alemão pelo estudo do processo revolucionário que desembocou na Constituição de Cádiz: “en el sexto artículo comienza a ocuparse de la Constitución de Cádiz, a la que dedica un análisis bastante minucioso” (RIBAS, 1998, p. 43). Debruçando-se ele sobre o tema, ficou tão entusiasmado que escreveu:

“No es exagerado decir que no hay cosa en Europa, ni siquiera en Turquía, ni la guerra en Rusia, que ofrezca al observador reflexivo un interés tan profundo como España en el presente momento [...] Acaso no haya otro país, salvo Turquía, tan poco conocido y erróneamente juzgado por Europa como España” (MARX, 1854 apud RIBAS, 1998, p. 18).

Se, na própria Espanha, a obra de Marx sobre “A Espanha revolucionária” tardou cerca de três quartos de século em dar-se a conhecer – desde a publicação daquela série, em 1854, até 1929, ano em que, pela

bal, la forma curiosa que tomó el absolutismo, el concepto de un liberalismo avanzado y el desarrollo revolucionario tan particular, es lo que hacía de España un campo de análisis muy valioso para Marx. Entre otras cosas, para entender la transición del feudalismo al capitalismo. Transición hacia la formación del Estado moderno. Un capítulo relevante en la sección de la nueva MEGA dedicada a España, tendrán los trabajos de Marx sobre la Constitución de Cádiz de 1812. Frecuentemente se olvida la sólida e inicial formación de Marx como jurista. A propósito de España vuelve a estos temas de su interés con la crítica a las interpretaciones contemporáneas de la constitución de 1812, a la que valoraba por su originalidad y por la situación política que le da origen. Trabajo, a su vez, que dispara la preocupación de Marx hacia una relectura de la Constitución francesa de 1791 y al análisis de la Constitución española de 1820. Marx reflexiona en estos ensayos sobre la naturaleza de las constituciones revolucionarias (...). Al retornar a sus investigaciones españolas, 20 años después, Marx revisa otra vez los vínculos entre España y la historia política mundial, la formación del estado moderno en Europa, después del año 1000, la Conquista y la Reconquista y el papel de España como poder militar e imperialista, reseñó el coordinador de la nueva MEGA” (ABEL SUÁREZ, 2010).

⁷ “La información que Marx ofrece sobre España interesaba mucho en Estados Unidos, país que seguía minuciosamente el desarrollo revolucionario de la Península ibérica con la intención de apoderarse de una parte de lo que constituía todavía el imperio colonial de la en otro tiempo gran potencia España. Debido a tales apetencias americanas, los análisis realizados por Marx acerca de la situación revolucionaria española despertaban especial curiosidad” (RIBAS, 1998, p. 27).

primeira vez, é traduzida ao castelhano por Andreu Nin, transcorrem nada menos que 75 anos (RIBAS, 1998, p. 17) –, pode-se imaginar o grau de ignorância acerca daqueles textos no Brasil, pois, salvo engano, não foram até hoje traduzidos para o português⁸.

Passa da hora, pois, de fazer uma análise da Constituição de *Cádiz*, levando-se em consideração, entre outros, o ponto de vista de Karl Marx, que a considerou “*una Constitución moderna, que pone a España a la cabeza de Europa en varios aspectos legislativos*” (MARX, 1854 apud RIBAS, 1998, p. 43).

3. Antecedentes históricos: uma Espanha em crise no início do século XIX

Não é possível compreender o significado da Constituição de *Cádiz* sem uma prévia contextualização que ajude a explicar as circunstâncias históricas em que foi elaborada. É o que se vai tentar aqui, não sem algum prejuízo ao rigor, devido à evidente escassez de espaço, o qual um trabalho dessas características supõe.

Durante a Revolução Francesa, a Espanha monárquica absolutista tentou ao máximo evitar o contágio das perigosas ideias revolucionárias do país vizinho.

Entretanto, com a chegada ao poder de Napoleão Bonaparte, que, com planos imperialistas, enfrentava a Inglaterra pelo domínio dos mares – o poder marítimo espanhol havia sido solapado na Batalha de Trafalgar (1805) –, o rei Carlos IV e seu ministro, o valido Godoy,

não tiveram mais saída que a de deixar de lado a neutralidade e tomar partido.

Como a Inglaterra era uma fonte inesgotável de problemas para as possessões espanholas na América, a Espanha acabou aderindo à França republicana e, em 1807, Godoy assinou com Bonaparte o Tratado de Fontainebleau⁹, pelo qual se permitia a entrada das tropas francesas em território espanhol (onde seriam alimentadas e mantidas), com a finalidade de invadir Portugal, aliado da Inglaterra.

A política de Godoy, que, com suas tentativas de reformas, já vinha ameaçando os privilégios da aristocracia, fez nascer um tal descontentamento no clero e na nobreza que não tardou o surgimento de uma oposição disposta a convencer o príncipe Fernando a conspirar contra o rei, seu pai.

Os mais de cem mil soldados franceses que haviam sido autorizados formalmente a instalar-se no país começaram a dar mostras de que não se retirariam. O povo em Madrid e em outras cidades, como Pamplona, Burgos, Valladolid, San Sebastián e Barcelona, desesperava-se com aquela presença indesejada e hostil, com o custo que ela acarretava. Logo ficou claro que a situação representava uma verdadeira ocupação militar.

Godoy, a essa altura, conspirou a fuga com a família real espanhola para a Andaluzia. Mas a nobreza insurgente desbaratou os planos do ministro, aplicando-lhe um verdadeiro golpe de estado, o Motim de Aranjuez (17 e 18 de março de 1808), que terminou com sua destituição e a abdicação forçada de Carlos IV em favor de seu filho Fernando VII, Príncipe de *Asturias*.

Menos de dois meses depois, em 2 de maio de 1808, o povo, vendo que toda a família real

⁸ A página *web* que reúne as obras de Marx e Engels em 51 idiomas não traz, entre suas obras em língua portuguesa, nenhuma referência a essa série sobre “A Espanha Revolucionária”. Para o leitor interessado, recomenda-se a edição organizada por Pedro Ribas e publicada pela Editora Trotta, em 1998, conforme listado nas referências bibliográficas ao final deste trabalho.

⁹ Não confundir com o Tratado de Fontainebleau de 1814 (pelo qual Napoleão abdica e parte para o exílio na Ilha de Elba), nem com outros tratados de mesmo nome firmados nos séculos XVII e XVIII naquela cidade francesa.

abandonava o palácio, começou, ao grito de “traição! traição!”, uma sublevação contra os franceses. Frustrou-a a atuação de Murat, lugar-tenente de Napoleão, o qual, entretanto, não foi capaz de impedir que, por todo o país, se levantasse uma escalada de violência popular contra as tropas francesas¹⁰, o que marcou o início da Guerra da Independência (1808-1814).

Napoleão Bonaparte, aproveitando o enfrentamento entre pai e filho, havia-os chamado (exigindo a presença da família real *au complet*¹¹) a Bayona, onde os forçou a abdicar em 5 de maio de 1808, em favor de seu irmão José Bonaparte. Com o vergonhoso episódio, que passou a ser conhecido como as “Abdições de Bayona”, os Bourbon, sem a mínima oposição, transferiram a Napoleão seus direitos dinásticos. Depois disso, instalaram-se os pais, na companhia de Godoy, em Compiègne. E os filhos, Fernando VII e seus irmãos, no Castelo de Valençay. A França passou a ser a morada da família real espanhola, refém de Napoleão.

Para dar um caráter de legitimidade a seus atos e contando com a simpatia e a colaboração de uma parte dos espanhóis, que ficaram conhecidos como os “afrancesados”, Napoleão Bonaparte outorgou uma carta constitucional, concedendo ao povo um regime político de princípios moderadamente liberais. Em 7 de julho de 1808, depois de jurar aquela Constituição, o “Estatuto de Bayona”¹², José I iniciou seu reinado espanhol.

Por outro lado, os oponentes à dinastia de Bonaparte já vinham reunindo-se desde maio de 1808 em Juntas soberanas por várias cidades espanholas¹³. Eram organismos compostos por aqueles que, não tendo

¹⁰ Diz, inclusive, não sem admiração, Marx: “*Es de subrayar que este primer levantamiento espontáneo se originó en el pueblo, mientras las clases ‘superiores’ se sometían calladamente al yugo extranjero*” (MARX; ENGELS, 1998, p. 110).

¹¹ Na ausência do novo rei, que, tomado pelo pânico, foi aceitando todas as imposições de Bonaparte, foi nomeada uma *Junta de Gobierno* em Madrid, presidida pelo infante Don Pascual, seu tio, a quem, de Bayona, o próprio Fernando VII enviava mensagens para que mantivesse boas relações com as tropas francesas (ESPADAS BURGOS, 2008, p. 81).

¹² O Estatuto de Bayona (1808), de vigência muito limitada, foi, de fato, o primeiro texto constitucional espanhol – e também a primeira Constituição dos territórios hispano-americanos antes de adquirirem estes sua independência. Não merece tal consideração por ter sido outorgado por Napoleão Bonaparte, na tentativa de institucionalizar na Espanha um regime que, embora contasse com traços liberais, era marcadamente autoritário (FERNÁNDEZ SARASOLA, 2006, p. 90-100). Entretanto, como dizem o próprio Fernández Sarasola (2006, p. 106) e outro autor ainda, tem uma importância fundamental, que deveria ser reconhecida: “*La Constitución de Cádiz es una respuesta a la bandera del reformismo izada por los franceses con la Constitución de Bayona. Cádiz es la respuesta a Bayona*” (SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, 2002, p. 109). No mesmo sentido, García Martínez (1964, p. 193). Marx, por sua vez, chamou-a uma das constituições pré-fabricadas de Napoleão (MARX; ENGELS, 1998, p. 110). De fato, foi elaborada por Napoleão sem a participação de José I, que não passava de um rei fantoche.

¹³ Isso dificultava a ação dos franceses, que, perplexos e desconcertados, não sabiam onde atacar: o poder estava em todas as partes, visto que se haviam criado Juntas de defesa em todas as províncias (MARX; ENGELS, 1998, p. 116).

aceitado a forçada abdicação dos Bourbon, consideravam que a existência de um vazio de poder – na ausência do legítimo Fernando VII – legitimava-os a autoproclamarem-se cidadãos soberanos.

A primeira Junta foi organizada em *Asturias* – e aqui temos um exemplo dessa tradição de luta pela qual se caracteriza, como mais adiante se verá, essa região espanhola: os “patriotas” destituíram do poder as autoridades legalmente constituídas, por meio de um confronto que durou mais de quinze dias.

Reunidos em 25 de maio de 1808 na sala capitular da Catedral de Oviedo, fizeram a leitura pública de um documento mediante o qual se estabelecia uma “*suprema Junta de gobierno con todas las atribuciones de la soberanía*”, que se comprometia a lutar pela liberdade e independência da Nação, contra a infame agressão do imperador dos franceses¹⁴. “*La soberanía reside siempre en el pueblo*”, dizia o documento, que assim deslegitimava a luta pelo poder entre famílias ou dinastias, entre os Bourbon e os Bonaparte (PÉREZ GARZÓN, 2012, p. 31-32).

Subvertendo a ordem política, as diversas Juntas Provinciais, quase todas denominadas “supremas”, organizaram-se, em setembro de 1808, para compor a *Junta Central Suprema*¹⁵,

¹⁴Esse fato marcou, assim, o nascimento da Nação espanhola, cujo registro se daria mais tarde, com a Constituição de *Cádiz*, que golpeava a concepção patrimonial do Estado inerente à monarquia absoluta, ao dispor em seus primeiros artigos: “*Art. 1º. La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios. Art. 2º. La Nación española es libre e independiente, y no es ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona*” (ESPAÑA, 2012, p. 113).

¹⁵Essa *Junta Central Suprema*, formada pelos “patriotas” para organizar o governo da Nação e a resistência contra os franceses, não deve ser confundida com a *Junta Suprema de Gobierno* (já citada na nota nº 11), que se constituía em um órgão provisório que deveria substituir o rei em sua ausência (FERNÁNDEZ SARASOLA, 2006, p. 94). “Em 31 de janeiro de 1810, uma vez convocadas as Cortes, a Junta Central decidiu dissolver-se, não sem antes criar um Conselho de Regência, para o qual, um decreto de 31 de janeiro transferia toda a ‘autoridade’ e ‘poder’ da Junta Central, ‘sem limitação alguma’” (SUÁNZES-CARPEGNA, 2010, p. 241).

acumulando os novos Poderes Executivo e Legislativo da Espanha, ocupada pelo inimigo francês na ausência do Desejado Fernando VII.

Entretanto, no forcejo entre as duas forças políticas, a dos Bonaparte e a das Juntas, houve total domínio dos franceses, o que foi fundamental para que os espanhóis, não suportando ser tratados como nação conquistada, decidissem reunir-se em Cortes a partir de setembro de 1810, a fim de forjar uma Constituição própria.

Assim, a *Junta Central* – que de modo algum era um grupo homogêneo, sendo composta por absolutistas, liberais e reformistas moderados¹⁶ – convocou reunião de Cortes Gerais e Extraordinárias em *Cádiz*, reduto a que as tropas de José I não tinham conseguido chegar. Essas não seriam Cortes estamentais, e sim nacionais¹⁷, uma vez que foi a Nação – assim, com N maiúsculo –, sem estamentos, que deu o grito de liberdade (PÉREZ GARZÓN, 2012, p. 51). Não haveria diferenças de classe ou território, e elas seriam compostas por representantes da

¹⁶Para a defesa do país, formou-se uma unidade entre todos os grupos de forças revolucionárias; mas, quando se reuniram em Cortes para elaborar uma nova Constituição, seu antagonismo começou a manifestar-se (MARX; ENGELS, 1998, p. 114).

¹⁷Ademais, eram Cortes organizadas segundo um sistema unicameral, com a presença indiferenciada de nobres, clérigos e povo, equação a que se chegou não sem discussões. O debate sobre a organização das Cortes foi um dos mais intensos das origens constitucionais espanholas. Enquanto os liberais queriam Cortes unicamerais, com o argumento de que a Nação era uma e seus representantes tinham de reunir-se em uma só câmara, constituída no núcleo político do Estado, que representasse uma sociedade igualitária (assim superando a clássica representação estamental das Cortes castelhanas, aragonesas e navarras), os realistas (absolutistas) queriam um modelo tricameral, em que a soberania estivesse compartilhada entre os três elementos sociais, de forma que, ademais da monarquia (o Rei), houvesse a representação da democracia (Câmara Baixa) e da aristocracia (Câmara Alta). Também havia quem defendesse o bicameralismo de modelo britânico (Jovellanos), com o povo de um lado e a aristocracia junto ao clero de outro, o que instigava o temor de que nobres e eclesiásticos, fortalecidos por sua reunião em uma câmara única, se opusessem às reformas que pudesse propor a câmara popular (FERNÁNDEZ SARASOLA, 2012, p. 58-59).

Espanha peninsular e insular (incluídas as Filipinas) e de seus domínios na América¹⁸.

4. A influência da Constituição de *Cádiz* no constitucionalismo universal

Feitas as considerações acerca dos antecedentes históricos da Constituição de *Cádiz*, é preciso situá-la no contexto do constitucionalismo da época em que nasceu para conhecer a irradiação de sua influência.

Não se restringiu à Espanha, às Filipinas e a toda a América Espanhola. Seu modelo foi adotado em Portugal, no Brasil, na Rússia¹⁹, na Noruega²⁰, no Reino das Duas Sicílias (Piemonte e Sardenha), para citar apenas alguns exemplos. Foi a quarta Constituição a surgir no mundo, depois da dos Estados Unidos (1787)²¹, da França (1791) e da Suécia (1809), mas a primeira em importância e a que mais países influenciou²².

Em um excelente trabalho comparativo entre a Carta gaditana e as Cartas Magnas norte-americana²³ e francesa²⁴, Quijada Mauriño (2008) parte do princípio de que a grande particularidade da Constituição de

¹⁸ Estes eram os termos em que eram tidas as possessões espanholas na América, conforme registrado pela Junta em decreto do dia 22 de janeiro de 1809: “*Considerando que los vastos y preciosos dominios que España posee en las Indias no son propiamente colonias o factorías como los de otras naciones, sino una parte esencial e integrante de la monarquía española (...) se ha servido S.M. declarar (...) que los reinos, provincias e islas que forman los referidos dominios deben tener representación nacional inmediata a su real persona y constituir parte de la Junta Central (...) por medio de sus correspondientes diputados. Para que tenga efecto esta real resolución han de nombrar los Virreynatos de Nueva España, Perú, Nuevo Reyno de Granada y Buenos Aires y las Capitanías Generales independientes de la isla de Cuba, Puerto Rico, Guatemala, Chile, Provincia de Venezuela y Filipinas un individuo cada cual que represente su respectivo distrito*” (HERRERA GUILLÉN, 2010, p. 77). É interessante notar como a Junta se referia a si mesma como *Su Majestad* (S.M.). Isso se deve a que, consciente de ser a máxima autoridade soberana e de que seus vocais eram representantes da Nação inteira, ela obrigou as autoridades constituídas a prestarem-lhe obediência e exigiu ser tratada de “*Majestad*”, seu presidente de “*Alteza*” e seus vocais de “*Excelencia*”.

¹⁹ A Rússia foi a primeira potência europeia a reconhecer a Constituição de *Cádiz*, pelo tratado hispano-russo de Velikie-Luki, em 20 de julho de 1812, só quatro meses depois de promulgada (BUTRÓN PRIDA, 2011, p. 112).

²⁰ Para conhecer a influência da Constituição de *Cádiz* sobre a Eidsvoll, Constituição da Noruega de 1814, *vide* o interessante artigo do jurista, historiador e professor da Universidade de Copenhagen, Ditlev Tamm (2006, p. 314-319).

²¹ A Constituição norte-americana foi elaborada em 1787, mas promulgada em 1789 (QUIJADA MAURIÑO, 2008, p. 17).

²² González Hernández (2012, p. 289-296) expõe a grandeza da Constituição de *Cádiz*, citando vários autores de renome para quem ela foi a mais importante Carta Magna, com vocação universal.

²³ A Constituição de 1787 foi incorporando emendas, sendo a mais importante a *Bill of Rights*, nome pelo qual ficaram conhecidas as Emendas 1 a 10, de 1791 (QUIJADA MAURIÑO, 2008, p. 17).

²⁴ Na verdade, seis foram as Constituições francesas anteriores à de *Cádiz*, cada uma delas com uma definição política própria: 1791 (Monarquia temperada), 1793 (Primeira República), 1795 (Diretório), 1799 (Consulado), 1802 (Consulado perpétuo) e 1804 (Im-

Cádiz foi que nenhuma outra Constituição surgida do impulso das revoluções atlânticas propôs uma estrutura política como a assumida por ela, em cuja construção participavam, em igualdade de condições, a metrópole e os territórios de ultramar (América e Filipinas), que foram convidados a enviar representantes às Cortes, ao mesmo tempo em que se negava sua condição de colônias e se afirmava serem “*parte esencial e integrante de la monarquía española*”.

Nem a Constituição de 1776 (um texto escrito pelos representantes das treze colônias que, confederadas, fundaram os Estados Unidos da América, em um claro ato de rebelião que as separava definitivamente da metrópole britânica), nem a Constituição francesa de 1791²⁵ fizeram qualquer esforço para abarcar, sob o mesmo conceito de nação e cidadania, os povos (incluídos os índios) de ambos os hemisférios, como o fez a Constituição gaditana. A França – que também tinha possessões fora da Europa – tampouco aproveitou as outras cinco oportunidades constituintes, na esteira do momento revolucionário, para retirar da condição de colônia aqueles territórios. Ao contrário, manteve seu *status* de dependência em relação à metrópole (QUIJADA MAURIÑO, 2008, p. 18).

Crítica, a autora hispano-argentina diz que as Cartas Constitucionais francesas posteriores excluíram os aspectos positivos da de 1795 e

que haveria “*que esperar a 1946 para que la Constitución francesa promulgada ese año hiciera desaparecer de sus contenidos el término ‘colonia’*” (QUIJADA MAURIÑO, 2008, p. 18).

Ademais, a de Cádiz foi uma constituição pouco monárquica e antiaristocrática, no que se afastou da Constituição britânica, apesar de seus muitos simpatizantes do liberalismo inglês entre os constituintes gaditanos. Foi considerada *non grata* pelos monárquicos europeus devido a seu caráter excessivamente democrático (QUIJADA MAURIÑO, 2008, p. 19).

As monarquias europeias, sentindo-se ameaçadas pelos princípios liberais que viveu o continente entre 1820 e 1825 – o germe, a semente, o modelo de todos os seus males²⁶ –, não pouparam esforços nos ataques virulentos à revolução espanhola e a seu texto constitucional²⁷.

“*Fue precisamente el temor de las monarquías a los principios liberales en su versión gaditana (...) lo que llevó a la Francia que había sido revolucionaria, pero que tras Napoleón se había asumido como gran campeona del monarquismo conservador, a poner fin al experimento liberal español mediante la nueva invasión representada por las fuerzas tradicionalistas de Los Cien Mil Hijos de San Luis. Acción apoyada por Austria y Rusia y que contó con el beneplácito de Inglaterra, en el mismo momento en que el término español ‘liberal’ iba adquiriendo en toda Europa el matiz más concreto de liberalismo*” (QUIJADA MAURIÑO, 2008, p. 19).

pério). Mas costuma-se fazer referência à inaugural, de 1791, pois foi a que fundou as bases das que viriam depois (QUIJADA MAURIÑO, 2008, p. 16).

²⁵ Os arts. 5^o e 8^o do Título VII da Constituição Francesa de 1791 (*De la révision des décrets constitutionnels*) rezavam: “*Le nombre des représentants au Corps législatif est de sept cent quarante-cinq à raison des quatre-vingt-trois départements dont le Royaume est composé et indépendamment de ceux qui pourraient être accordés aux Colonies*”; “*Les colonies et possessions françaises dans l’Asie, l’Afrique et l’Amérique, quoiqu’elles fassent partie de l’Empire français, ne sont pas comprises dans la présente Constitution*” (FRANCE, [1791?]).

²⁶ “*Punto de reunión y grito de guerra de una facción conjurada contra la seguridad de los tronos y el reposo de los pueblos*”, segundo uma nota do Gabinete da Rússia de 1823 (FERRANDO BADÍA, 1991, p. 221 apud QUIJADA MAURIÑO, 2008, p. 19).

²⁷ “*¿Cómo explicar el curioso fenómeno de que la Constitución de 1812, motejada después por las cabezas coronadas de Europa, reunidas en Verona, como la invención más incendiaria del jacobinismo, brotara de la cabeza de la vieja España monástica y absolutista justamente en la época en que parecía totalmente absorbida en una guerra santa contra la Revolución?*” (MARX; ENGELS, 1998, p. 44).

5. A Constituição de 1812 e o constitucionalismo luso-brasileiro

Talvez constitua uma surpresa para muitos saber que a Constituição de *Cádiz* vigorou no Brasil antes mesmo da Constituição de 1824; e que teve importante influência sobre o constitucionalismo dos países de língua portuguesa.

Em 21 de abril de 1821, no Rio de Janeiro, D. João VI jurou a Constituição de *Cádiz* e publicou-a por decreto. Revogou-a no dia seguinte, em circunstâncias muito bem documentadas por Barreto e Pereira (2011)²⁸.

O estudioso do Direito Constitucional luso-brasileiro depara com o fato de que a maioria das obras sobre o tema fazem *tabula rasa* desse dado²⁹, que longe está de ser banal. E, quando não, citam-no *en passant*³⁰, marginalizando a influência da Constituição de 1812 no processo constitucional português e brasileiro.

No pouco nutrido grupo daqueles que assinalam a Constituição espanhola de 1812 como principal fonte da portuguesa, encontra-se Jorge Miranda (2001). Contudo, quando, em sua festejada obra sobre o constitucionalismo liberal luso-brasileiro, Miranda (2001) se refere à igualdade de direitos que as Cortes Constituintes portuguesas adotaram ao elaborar a Constituição de 1822, olvida-se de comentar que esse *modus operandi* teve origem na Constituição de *Cádiz*, dez anos antes:

“A Constituição de 1822 foi obra das Cortes Constituintes eleitas em Portugal, no Brasil e nos territórios portugueses da África e da Ásia, de acordo com uma regra de proporcionalidade entre o número de eleitores e o número de Deputados a eleger – o que era bem significativo do princípio da igualdade de direitos e do conceito de Nação que os homens de 1820 adotavam” (MIRANDA, 2001, p. 13).

Embora diga, pouco depois, que “a Constituição de 1822 tem por fonte direta e principal a Constituição espanhola de 1812, a Constitui-

²⁸ Para uma análise detalhada do tema, veja-se o imprescindível artigo de Barreto e Pereira (2011), que preenche uma importante lacuna na história do constitucionalismo luso-brasileiro.

²⁹ Veja-se esta ausência, nos capítulos sobre a experiência constitucional do Brasil, nas obras de alguns dos mais prestigiosos constitucionalistas brasileiros atuais (COELHO, 2009, p. 183-213; FERREIRA FILHO, 2005, p. 3-9; MORAES, 2005; SILVA, 2005, p. 71-98).

³⁰ Um exemplo seria o de Paulo Bonavides, que refere-se a um ingresso efêmero, por três vezes, da Constituição de *Cádiz* – “monumento do liberalismo monárquico” – no constitucionalismo luso-brasileiro. Mas não chega a reconhecer na Revolução liberal espanhola, a *Guerra de la Independencia*, um influxo tão importante como aquele que afirma terem tido a Revolução francesa e a Revolução americana sobre o constitucionalismo brasileiro, através de seus princípios de emancipação dos povos e organização da liberdade. Só nestas duas contempla expressamente o papel de inspiradoras e transformadoras da ordem política e social pátrias (BONAVIDES, 2004).

ção de Cádiz”, parece equivocar-se ao comentar a seguir: “e, *através dela ou subsidiariamente*, as Constituições francesas de 1791 e 1795. Na sua origem acha-se, portanto, a difusão das ideias liberais vindas de França” (MIRANDA, 2001, p. 14, grifo nosso).

Sabido é, a esta altura, que a Constituição de *Cádiz* foi original em relação à francesa e a qualquer outra, ademais de ter sido a que inaugurou o chamamento de territórios situados fora da Europa para comporem Cortes Constituintes - elemento presente na Constituição portuguesa, que só pode ter tido origem na Constituição gaditana. Assim, não poderia ela ser considerada, como deixa transparecer o comentário do jurista português, um mero meio de transporte das ideias albergadas na Constituição francesa.

A afirmação feita mais acima, de que os autores marginalizam a influência da Constituição gaditana sobre o constitucionalismo luso-brasileiro, encontra respaldo ainda no fato de que o autor português cita, em um pé de página, o seguinte: “Por curiosidade, recorde-se que a Constituição de Cádiz chegou a ser posta em vigor no Brasil pelo Decreto de 21 de Abril de 1821 (revogado no dia seguinte...). E também em Nápoles e no Piemonte, por essa altura, se quis aplicá-la” (MIRANDA, 2001, p. 14).

Referência tão sucinta a uma Constituição que fez correrem rios de tinta entre os estudiosos do Direito Constitucional comparado tem o perigoso poder de deslustrar o texto no qual vem apontada como simples nota de rodapé, a que se dá o peso de mera curiosidade.

O autor insiste nas origens francesas da Constituição portuguesa, sem conferir qualquer importância à Constituição gaditana, e reitera: “Visa-se, no essencial, criar instituições políticas moldadas pelo constitucionalismo emergente da Revolução francesa” (MIRANDA, 2001, p. 15).

Instituições políticas, não se pode deixar de dizer, que nascem dos trabalhos de uma Corte Constituinte portuguesa cuja formação se assemelha em demasia àquela gaditana, para que se possa evitar buscar nesta a origem daquela³¹. À Constituição de *Cádiz* cabe, sem dúvida, a autoria do que acaba plasmado na Constituição portuguesa: “A Constituição de 1822 mantém esta união real luso-brasileira, estabelecendo que a Nação Portuguesa é ‘a união de todos os portugueses de ambos os hemisférios’ (art. 20º), e instituindo um sistema complexo de organização do poder” (MIRANDA, 2001, p. 18).

Foi a Constituição de *Cádiz* que primeiro utilizou essa fórmula, em 1812, dez anos antes, ao dizer, abrindo o articulado do primeiro título

³¹ Tampouco parece que seja um segredo tal origem: “Pelas determinações trazidas pelo Decreto de 7 de março de 1821, para a escolha dos deputados às Cortes portuguesas, copiadas da Constituição espanhola de *Cádiz* (...)” (PORTO, 2004, p. 396).

e do primeiro capítulo, as seguintes palavras: “*Artículo 1. La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios*”. Não resta dúvida de que a Constituição portuguesa de 1822 copiou a formulação da Constituição gaditana³².

Tudo parece indicar que o autor português reivindica para a Constituição portuguesa de 1822 essa primazia: “*Mas esta união real – talvez a primeira formalizada numa Constituição de tipo francês – deveria ter-se por imperfeita, por faltar, pelo menos, uma assembleia eletiva que funcionasse junto dos órgãos do poder executivo brasileiro*” (MIRANDA, 2001, p. 19, grifo nosso).

É verdade que, nos últimos anos, têm surgido vozes que começam a chamar a atenção para a influência da Constituição de *Cádiz* no constitucionalismo brasileiro. A comemoração do bicentenário, juntamente com o maior acesso à informação que a revolução tecnológica permitiu, provavelmente foram os responsáveis por tais aproximações, que ajudam a fazer justiça depois de tanto tempo³³.

De todo modo, essas vozes ainda são minoria, e a majoritária ausência a que acima se faz referência incita os espíritos atentos ao especial peso da Lenda Negra³⁴ espanhola sobre a historiografia dos países ibero-americanos a uma pergunta: a de se também sobre a historiografia

constitucional do Brasil e de Portugal não fez ela seus estragos, impedindo aí o amplo reconhecimento de um fato – a influência da Constituição de 1812 sobre o constitucionalismo universal – que juristas das mais diversas nacionalidades consideram indiscutível.

Chama atenção, no que se refere a aspectos das histórias luso-brasileira e espanhola importantes para o tema aqui estudado, o flagrante caráter timorato com que se manifestam os reis. E as diversas reações que apresentam o povo português, de um lado, e o espanhol, de outro.

O primeiro sucesso é aquele do traslado da Corte portuguesa para o Brasil. Quando o rei D. João VI, em 1808, foge da obrigação de defender seu povo contra as tropas de Napoleão e abandona o país à própria sorte, levando sua Corte para o Brasil, o povo português não mostra a coragem e o espírito de luta que o espanhol³⁵ demonstra, em similar abandono por Carlos IV e desejoso de Fernando VII.

Portugal protagonizou o episódio da “Súplica Constitucional de 1808” ao “grande Napoleão”, que considerava ser “mais pai do que soberano” seu, assim relatado pelo jurista brasileiro Paulo Bonavides (2004, p. 201-202):

“Em Portugal, reino invadido e ocupado, [ocorreu] a Súplica dos portugueses a Napoleão exorando-lhe a outorga de uma Constituição. (...) A Maçonaria e os áulicos afrancesados de Junot, o sargento de Napoleão que acalentava a ambição de cingir a coroa lusitana, se coligaram no propósito de encaminhar ao Imperador francês petição onde rogavam fosse deferida a Portugal uma Constituição, à semelhança daquela outorgada ao Grão-Ducado de Varsóvia.”

³² De fato, o excelente trabalho de Barreto e Pereira (2011) só confirma o fato de que a Constituição portuguesa de 1822 é uma honrosa imitação da Constituição de 1812.

³³ Sobre essa injustiça, *vide* comentários do argentino García Martínez (1964).

³⁴ É difícil reconhecer à Espanha, submetida à Lenda Negra, a autoria de algo original. Ainda mais a de uma Constituição. Mas não se há de olvidar que a Espanha havia sido um Império impressionante durante cerca de três séculos; e que teve tempo e condições históricas de amadurecer politicamente. Tinha todas as condições de elaborar, como de fato fez, uma Constituição própria. Mas o que é a Lenda Negra? É a opinião contra o espanhol difundida por todo o mundo a partir do século XVI, que segue vigente até os nossos dias. Veja-se a obra de Juderías (2003), historiador espanhol que introduziu e difundiu o termo. E também a do hispanista norte-americano Philip W. Powell (2008).

³⁵ Referindo-se ao levantamento de 2 de maio de 1808, que deu início à Guerra de Independência, escreveu Pérez Galdós: “*Aquella historia que podría y debería escribirse sin personajes, sin figuras célebres, con los solos elementos del protagonista elemental, pues es el macizo y santo pueblo, la raza, el Fulano colectivo*” (PÉREZ GALDÓS, 1827, p. 895 apud ESPADAS BURGOS, 2008, p. 84).

Como reconhece o jurista luso Gomes Canotilho (1993, p. 149 apud BONAVIDES, 2004, p. 202), a “Súplica” continha um pecado original, uma vez que era o pedido a um “rei invasor” de uma carta constitucional outorgada.

Por mais revolucionário que fosse o desejo português de reger-se por formas governativas liberais, de maneira alguma buscou forjar então por si mesmo um documento constitucional que refletisse sua ideia de liberdade. Daí não ser insensato encontrar na Constituição portuguesa de 1822 mais de um indício de que seu ideal foi copiado daqueles da Constituição gaditana, principalmente quando se leva em conta que a Europa vivia então um período liberal claramente semeado pelos ventos da revolução liberal espanhola e de sua Constituição de 1812, ressuscitada com o “*pronunciamento de Riego*”, em 1820, evento que teve importantes ecos em Portugal (GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, 2012, p. 299-301).

Quatro anos depois da chegada de D. João VI ao Brasil, quando, como resultado de sua firmeza de ânimo, a Espanha promulga a Constituição de 1812, novamente a postura da realeza portuguesa dá mostras de seu acovardamento e pusilanimidade. O então Príncipe Regente, D. João VI, pensando nas consequências que pudessem ter em Portugal as ideias liberais espanholas, resolveu encomendar ao Conselheiro Silvestre Pimheiro Ferreira um estudo, que ao fim veio a chamar-se *Memórias Sobre os Abusos Gerais e Modo de os Reformar e Prevenir a Revolução Popular, redigidas por Ordem do Príncipe Regente no Rio de Janeiro em 1814 e 1815*.

Aqueles conselhos, no entanto, não foram seguidos, visto que, com a volta de Fernando VII à Espanha, após a derrota de Napoleão, o absolutismo voltava a instalar-se na Península Ibérica. E ao futuro Rei, D. João VI, pareceu-lhe que o perigo de processos revolucionários havia passado e a reforma da monarquia não mais era necessária (DUZENTOS..., 2012).

Ledo engano, pois a Constituição de *Cádiz* acabou informando, cerca de um lustro mais tarde, uma importante conflagração no país vizinho. A Revolução do Porto, que teve início em outubro de 1820 e da qual resultou a independência do Brasil e sua separação de Portugal, foi fortemente influenciada pelo modelo liberal da Carta gaditana (BARRETO; PEREIRA, 2011).

6. As Cortes de *Cádiz* e a vigência da Constituição

No dia 24 de setembro de 1810, na *Isla de León*, reuniram-se os deputados espanhóis de ambos os hemisférios - Espanha, América e Ásia - em Cortes Gerais e Extraordinárias³⁶. A seu passo, em comitiva, para uma

³⁶ A partir de então, os Poderes Legislativo e Executivo, que estavam concentrados na Junta Central Suprema, passaram a residir, respectivamente, nas Cortes e na Regência (GARCÍA MARTÍNEZ, 1964, p. 193).

missa prévia na *Iglesia de San Pedro* e depois para o teatro do lugar, onde começaria sua reunião inaugural, uma grande multidão acolhia-os com aplausos, vivas, flores e panfletos com canções patrióticas.

Menos de seis meses depois de começados os trabalhos constituintes, em 20 de fevereiro de 1811, as Cortes mudaram-se para o *Oratorio de San Felipe Neri*, na cidade de *Cádiz*, que oferecia melhores condições de segurança ante o suposto perigo de iminente bombardeio da ilha pelo exército invasor napoleônico.

Finalmente, em um dia chuvoso de início de primavera, proclamava-se a nova, esperada e ansiada Constituição (SOLÍS, 1969, p. 220-259). Era 19 de março de 1812. Sendo o dia de São José, os espanhóis a receberam com festas e alegria, sob os gritos de “*Viva la Pepa*” - equivalente feminino de *Pepe*, alcunha daqueles que se chamam José.

De vida bastante breve (1812-1814), mas fecunda, a Constituição teve, em sua elaboração, a participação de dois grupos ideológicos: liberais e absolutistas³⁷.

Em 4 de maio de 1814, contudo, Fernando VII, de volta da França, dissolvia, por decreto, as Cortes e derogava a Constituição, enviando ao exílio os liberais e começando um reinado conhecido por Sexênio Absolutista (1814-1820).

Em 1º de janeiro de 1820, os militares perpetraram um golpe de Estado (o *Pronunciamiento de Riego*) em *Cabezas de San Juan*, durante o qual o comandante Rafael de Riego promulgou outra vez aquela Constituição.

Fernando VII teve de aceitá-la e jurá-la, dando início ao Triênio Liberal (1820-1823)³⁸. Durante esses três anos, esteve outra vez em vigor a Constituição de 1812.

Entretanto, o antes “*Deseado*” Fernando VII, cujos atos lhe granjearam a fama de “*Rey Felón*”, traidor e desleal ao povo, conspirava, rompendo suas promessas de fidelidade à Constituição. Recorreu à Santa Aliança (Rússia, Áustria, Prússia e França), que, com a ajuda ainda da Inglaterra, veio em seu auxílio para instalar outra vez um governo absolutista, a Dé-

³⁷ Importante é destacar que, ademais de estarem os liberais (entre os quais se encontram os espanhóis americanos) em maioria, havia entre os absolutistas, também chamados *servis*, *realistas*, *ultramontanos* ou *reacionários*, um grupo não tão radical, de seguidores de *Jovellanos*. Embora monárquicos, desejavam reformas baseadas no modelo inglês, que, diferentemente do francês, não apontava para a necessidade de agitações populares (PÉREZ GARZÓN, 2012, p. 58-59).

³⁸ “Na realidade, a promulgação desse texto constitucional em 1820 ofereceu uma luz de esperança para os liberais radicais e para os democratas de toda a Europa, relegados ou perseguidos devido à política reacionária que a Santa Aliança havia imposto ao velho continente. Assim, a Constituição de 1812 se converteu, durante o Triênio, em um ponto de referência para todo o movimento liberal e nacionalista da Europa e América, sendo um marco decisivo na história do liberalismo ocidental” (SUANZES-CARPEGNA, 2010, p. 246).

cada Ominosa (1823-1833), em que não cabia aquela Carta Constitucional e que durou até o fim de seus dias.

Morto Fernando VII, e enquanto se preparava a Constituição posterior, outra vez a “*Pepa*” tem um curto período de vigência (1836-1837).

7. O liberalismo inglês e asturiano das Cortes gaditanas

O que mais chama atenção na leitura atenta da Constituição de *Cádiz* é a mensagem de liberdade que ela traz. É um texto inovador, que rompe com a tradição e inaugura uma nova era na vida política do país. Segundo Sánchez Agesta (2011), o próprio deputado Agustín Argüelles, membro da Comissão Constituinte, referiu-se a essa ruptura:

“Una convulsión universal, simultanea y violenta cual jamás agitó a ningún país civilizado, desencadenando todas las pasiones, aniquiló a un mismo tiempo las autoridades, las leyes y cuantas barreras podían contener el ímpetu de un pueblo enfurecido” (ARGÜELLES, 1835 apud SÁNCHEZ AGESTA, 2011, p. 30).

Entretanto, é necessário assinalar, também, que não se partiu totalmente do zero para a elaboração da Constituição. As palavras iniciais do *Discurso Preliminar* corroboram essa afirmação: “*Nada ofrece la Comisión en su proyecto que no se halle consignado del modo más auténtico y solemne en los diferentes cuerpos de la legislación española*”. E as finais arrematam no mesmo sentido: “*Las bases de este proyecto han sido para nuestros mayores verdades prácticas, axiomas reconocidos y santificados por la costumbre de muchos siglos*”³⁹ (SÁNCHEZ AGESTA, 2011, p. 40).

É apaixonante constatar que aqueles homens reunidos em *Cádiz* tenham tido a coragem e a perseverança de criar uma nova ordem jurídica (fundada nos princípios de doutrina clássica espanhóis), assumindo formalmente, pela primeira vez, a autoria do próprio destino como Nação e dando o passo decisivo do Antigo Regime para o moderno liberalismo.

Ao comentar a reação do povo como espectador dos debates da assembleia constituinte reunida na sessão de 14 de outubro de 1811, o deputado Antonio de Campmany comentou:

³⁹ Em “*La Raíz Tradicional*”, dedica-se Sánchez Agesta a citar os testemunhos que respaldam essas célebres palavras do *Discurso Preliminar* que faziam referência à recuperação das tradições. A obra “*Ensayo histórico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de León y Castilla*”, escrita para servir de introdução a uma edição do *Código de las Siete Partidas*, da *Real Academia de la Historia*, entre outros escritos de Martínez Marina, chegou à *Junta Central*, às mãos de Jovellanos, que as passou para a *Junta de Legislación*. Esta, a partir daí, recuperou para a Constituição de *Cádiz* os diferentes e tradicionais corpos da legislação espanhola (SÁNCHEZ AGESTA, 2011, p. 37-41).

“En cuanto a la opinión que se debe tener del Congreso, contaré un hecho: A los quince días de haberse instalado las Cortes, un caballero inglés, literato, erudito y diplomático, y hombre que ha recorrido todo el mundo, asistió a tres o cuatro sesiones, y salió tan enamorado de la libertad, orden y espíritu verdaderamente nacional que reconoció en ella, que en buen francés dijo delante de los coroneles ingleses y de mí: ‘me da vergüenza de ser miembro del Parlamento de Inglaterra...’” (CAMPMANY apud SOLÍS, 1969, p. 242).

A origem de tal liberalismo, presente no espírito da maior parte daqueles deputados, vertido no texto constitucional em forma de liberalismo político, vai-se encontrar no fato de que não poucos deles haviam estado na Inglaterra, berço do liberalismo econômico de Adam Smith, David Ricardo e outros. A posição geográfica de *Asturias*, situada no norte do país, no Mar Cantábrico, facilitava o contato de seus intelectuais com a Grã-Bretanha⁴⁰.

Muitos daqueles constituintes eram asturianos. Na verdade, não se pode falar das Cortes de *Cádiz* sem referir-se a *Asturias*. Muitos autores fazem menção da preeminência dos asturianos nas Cortes de *Cádiz*.

Assim, Fernández Sarasola (2012, p. 13) apresenta os discursos de sete asturianos entre os Pais Fundadores do venerado Código de 1812, dizendo que eles exerceram um papel fundamental de protagonistas privilegiados nas Cortes de *Cádiz*, que teria sido outra sem sua presença. Prova da grandeza de um desses representantes de *Asturias* é a alcunha de “*el divino*” – por sua brilhante e sábia oratória – do liberal Agustín de Argüelles Álvarez, advogado

⁴⁰ Tanto tempo viveu Agustín Argüelles, por exemplo, em Londres que, referindo-se ao final de sua vida, algum biógrafo destaca em sua voz “*una ligera pronunciación extranjera*”. Somado a essa característica, mais de um observou, também, seu profundo conhecimento de Direito constitucional, graças a sua longa estância na Inglaterra (SÁNCHEZ AGESTA, 2011, p. 12).

e diplomata formado pela Universidade de Oviedo e representante desta cidade nas Cortes de *Cádiz*.

Como ele, outros deputados asturianos emprestaram seu nome e sua sabedoria ao projeto constitucional: “*Liberales unos, realistas otros, unos adeptos al modelo británico, otros al francés, unos más apegados a la tradición nacional, otros más atentos a las novedades europeas*” (SANJURJO GONZÁLEZ, 2012, p. 9).

Também Aréstegui (2010) realça a importância dos asturianos nas Cortes, citando em especial o imprescindível liberal Gaspar Melchor de Jovellanos – que participou nos trâmites prévios a sua convocação e constituição, como membro da Comissão de Cortes –, ademais de outros muitos, com estreitas relações com Oviedo e sua universidade.

O Principado de *Asturias*⁴¹ já tinha exercido outro grande papel na história espanhola, resumido pelo dito popular segundo o qual “*Asturias es España, y lo demás, tierra conquistada*”, que se explica por sua resistência às invasões mouriscas, a que se deu o nome de Reconquista. Como destaca ainda Aréstegui (2010), “*es curioso que Asturias, región pequeña, no rica y periférica haya jugado siempre un papel fundamental en todos los acontecimientos que forjaron o definieron este país, como sucedió en la Reconquista*”.

Na Batalha de Covadonga (722 d.C.), Don Pelayo havia derrotado os árabes, começando o processo de Reconquista. A Europa respirava; *Hispania* se transformava em *España*. Os reis asturianos empreenderam uma nova etapa, que culminou, no século XV, com os Reis Católicos.

Feitas tais considerações, é importante sublinhar que, se os constituintes de *Cádiz* se

⁴¹ O Principado de *Asturias* recebe o nome de Principado por razões históricas, que também motivam a tradição de ostentar o herdeiro da Coroa espanhola o título de “Príncipe de *Asturias*”.

empaparam do liberalismo da democracia parlamentar inglesa, esta, na verdade, bebeu, por sua vez, de fonte espanhola. O berço da democracia parlamentar não é a Inglaterra, como inadvertidamente ainda se crê, mas o Reino de *León*, na Espanha. Em 1188, o Rei Alfonso IX outorgou o que se pode chamar a primeira Carta Magna espanhola, bastante anterior à Magna Carta de João Sem Terra (Inglaterra, 1215):

“La Carta Magna hispana se dirigía a un pueblo que no conocía el régimen feudal, sino una organización beneficiaria y vasallática, a un pueblo cuya aristocracia laica y clerical sólo había logrado una fuerza limitada, a un pueblo articulado en grandes municipios libres, y fue por ello más liberal y democrática que la de Juan Sin Tierra. Los procuradores de las ciudades o villas de los reinos asistieron desde entonces a las Cortes. Y en la segunda mitad del siglo XII no sólo llegaron a dominar en ellas, sino que hicieron de la monarquía castellano-leonesa una monarquía parlamentaria limitada, como ninguna otra en Europa por entonces” (SÁNCHEZ ALBORNOZ, 1980, p. 73).

Tinha razão Sánchez Albornoz e confirma-o livro recentemente publicado em língua inglesa, *The Life and Death of Democracy*, de autoria do filósofo australiano, professor de Política da Universidade de Sydney, John Keane, que situa na Espanha, em *León*, a primeira democracia representativa universal (KEANE, 2009; RÁBAGO, 2009; ACECULTURA, 2010).

8. A Nação espanhola: conceito-chave na Constituição de Cádiz

Outra grande inovação da Constituição de *Cádiz*, em comparação com as Constituições a ela anteriores (a francesa, a norte-americana e, menos conhecida, a sueca), está no conceito de nação política que ela inaugura⁴²:

“Título I

De la Nación Española y de los Españoles

Capítulo I

De la Nación Española

ARTÍCULO 1. La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios.

ART. 2. La Nación española es libre e independiente, y no es ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona.

⁴²Nenhuma das Constituições anteriores à de *Cádiz*, composta por espanhóis de ambos os hemisférios, foi, como ela, “global” neste sentido: “... jamás antes un cuerpo legislativo había reunido a sus miembros de tan distintos lugares del globo o pretendido gobernar territorios tan inmensos en Europa, América y Asia, tal diversidad de razas y tal complejidad de intereses” (MARX; ENGELS, 1998, p. 130-131).

ART. 3. *La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales.*

ART. 4. *La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen*” (ESPAÑA, 2012, p. 113).

Todo este articulado foi inovador então. Embora o debate sobre a titularidade da soberania já fosse um acontecimento presente na realidade espanhola desde o final do século XVII, foi o vazio de poder o responsável por que ele saísse das sombras em que se travava para expor-se aberta e apaixonadamente nas Cortes de *Cádiz*. Finalmente, a soberania foi reconhecida como princípio na Constituição⁴³ (FERNÁNDEZ SARASOLA, 2012, p. 21).

Acabou plasmada no artigo terceiro, segundo o qual a autêntica soberania pertencia essencialmente (e não radicalmente, como queriam os realistas) à Nação, a quem correspondia com exclusividade o direito de estabelecer suas leis fundamentais⁴⁴. Afinal de contas, foi o povo espanhol, em sua luta encarniçada e sem trégua contra o invasor francês, quem ganhou, quem conquistou sua soberania com o próprio sangue.

Como preleciona Tobias Barreto (1926, p. 75), em uma obra escrita na segunda metade do século XIX,

“Soberania não é um direito, é um fato. Quem diz soberania, diz poder supremo, absoluto, independente; e dizer-se isto é o mesmo que dizer

⁴³ Muitos outros novos valores trazia em seu seio a Constituição de 1812, além do princípio da soberania nacional e do já citado princípio da separação de poderes. Assim, por exemplo, o direito de representação, garantias penais processuais, liberdade de expressão e liberdade de imprensa, direito à integridade física, liberdade pessoal e inviolabilidade de domicílio. Por outro lado, e como não podia deixar de ser, a Constituição gaditana não foi um documento perfeito. Deixou a desejar em vários pontos (muitos dos direitos não eram conferidos às mulheres, aos criados domésticos e àqueles componentes do sistema de “castas” das Américas) e caracterizou-se pela falta de liberdade religiosa. Há que lembrar, em defesa de muitos constituintes, que este grupo era imensamente plural, o que significa dizer que nem todos compartilhavam dessas omissões. E muito menos dessa intolerância religiosa refletida no texto por força de um clero nem sempre liberal. Um terço dos deputados era eclesiástico (ARTOLA, 1999, p. 362).

⁴⁴ Essa é uma tradição espanhola que se vê refletida na atual Constituição de 1978: o artigo 1.2 do Título preliminar reza que “*la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado*”. O artigo 2: “*La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas*”. O Título X, acerca da reforma constitucional, reza que qualquer reforma que diga respeito ao Título preliminar precisa ser aprovada por maioria de dois terços de cada Câmara, devendo ambas dissolver-se. As novas Câmaras eleitas deverão aprovar o novo texto por dois terços novamente e submeter sua ratificação a referendo popular. A Constituição espanhola de 1978 foi ratificada por referendo em 6 de dezembro de 1978. Os espanhóis foram às urnas responder à pergunta: “*¿Aprueba el proyecto de Constitución?*”. Outra vez foram os espanhóis às urnas no *Referéndum sobre el Tratado que establece una Constitución para Europa*, em 20 de fevereiro de 2005, ocasião em que os cidadãos foram consultados sobre se a Espanha deveria ratificar a Constituição da União Europeia: “*¿Aprueba usted el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa?*”.

força absoluta, irresistível. Soberania e força são termos correlatos. Onde há a força, está a soberania; onde falta a força, a soberania é frase, é nula.”

Durante a Idade Média e a Idade Moderna europeias, o termo “nação” tinha um sentido bastante diferente do sentido contemporâneo de que esta palavra se reveste, nascido com as revoluções que desembocaram nos movimentos constitucionalistas.

“Nação” era então uma acepção⁴⁵ étnica e histórica: denominava aquelas sociedades cujos indivíduos procediam de uma mesma origem e que se integravam, juntamente com outras nações, sob a autoridade de um príncipe capaz de consolidá-las todas em um processo de homogeneização cultural (língua, costumes, religião, etc.)⁴⁶. Não era, ainda, uma acepção política, pois, então, a soberania não residia nela, “nação”, mas sim no monarca, verdadeiro detentor do poder político.

A proclamação da Constituição de *Cádiz* representou a passagem de uma concepção “histórica” – espécie de nação étnica, o conjunto de relações sociopolíticas que se havia formado ao longo dos séculos de história espanhola (FERNÁNDEZ SARASOLA, 2006, p. 94) – para uma acepção “política” de nação.

De uma situação em que a soberania residia no monarca, autoridade que detinha o poder político, passou-se a outra, em que a soberania é um conceito novo, contemporâneo, nascido nos séculos XVIII e XIX, a partir dos processos revolucionários – de que a Constituição de *Cádiz* é um dos mais importantes exemplos – que derrotaram o absolutismo real do Antigo Regime.

A nação se reorganiza, de nação histórica em nação política; e passa a ser a Nação, e não mais o rei (que, no caso espanhol, havia sido despojado por Napoleão Bonaparte em Bayona), quem se constitui em depositária da soberania. No processo, restaura-se a monarquia espanhola que Napoleão tinha tentado usurpar, mas já em forma de monarquia constitucional.

A Nação aparece, assim, como sujeito titular da soberania, como sujeito direto da vida política. “*La nación, por tanto presupone el Estado (y no al revés), un Estado en cuyo seno se produce un proceso por el que sus partes son distinguidas individualmente (y ya no estamentalmente) e igualadas en derechos ante la ley*” (ABASCAL CONDE; BUENO SÁNCHEZ, 2008, p. 114). Assim, nasce o princípio de soberania nacional, “*que a partir de este*

⁴⁵Sobre as diversas acepções do conceito de nação (biológica, étnica e política), consultar Abascal e Bueno (2008, p. 109-133).

⁴⁶“*Francia, España, Inglaterra, Alemania, Italia, al margen de su unidad e identidad políticas, eran consideradas como naciones, en sentido histórico, desde el siglo XV, lo que quiere decir que han tenido capacidad para envolver a otras naciones (integradas) y convertirlas en partes suyas*” (ABASCAL CONDE; BUENO SÁNCHEZ, 2008, p. 113).

momento se irá imponiendo (en Francia, en España, en Bélgica...) y al que se subordina ahora, si es que se conserva, la autoridad real” (ABASCAL CONDE; BUENO SÁNCHEZ, 2008, p. 109-121).

Esse processo, o do nascimento da Nação política espanhola, tem características próprias - uma das mais importantes sendo o envolvimento dos índios americanos no fenômeno -, muito bem explicadas por Abascal e Bueno (2008, p. 115-116), pelo que vale a pena a citação, apesar de sua extensão:

“España, pues, se transforma en Nación política a partir del rechazo producido contra la invasión napoleónica, siendo además una de las primeras naciones en constituirse en este sentido. Pero la formación de España como Nación política no surge de un vacío político previo, sino que es un proceso que surge en el seno del Antiguo Régimen, en particular, en el seno de una sociedad política imperial sobre la que se constituyó España como ‘nación histórica’ (es decir, España ya existía políticamente como sociedad política antes de constituirse en Nación política; existía como imperio). Un imperio, además, a través de cuyo desarrollo, enfrentado a otras potencias políticas, no sólo se configura España como nación histórica, sino que también se establecen las primeras redes efectivas de ‘globalización’, sobre todo a partir de la circunnavegación del globo, por la que sus partes, antes incomunicadas, comienzan a interrelacionarse a través del comercio, la evangelización, la explotación, la guerra, procurando involucrar, para bien o para mal, de un modo efectivo (y no de manera intencional) a todo el género humano en el proceso civilizatorio. El Imperio español, y la Nación española a él circunscrita (con la participación desde el principio de vascos, catalanes, castellanos, aragoneses, gallegos, andaluces, etc.), si bien no logra gobernar a la ‘Humanidad’ (según tal proyecto imperial), es capaz con todo de ‘envolver’ territorios y ‘gentes’, nos referimos sobre todo a los indios americanos, hasta ese momento completamente desconocidos. Un involucrimiento que en absoluto implicó la desaparición (por aniquilación) de los indios, sino, al contrario, su incorporación de pleno derecho (legislación de Indias) a la ‘Nación española’ en tanto que súbditos del Rey Católico, poniendo así las bases de lo que supondría su ulterior emancipación.”

9. Conclusão

A promulgação da Constituição de *Cádiz* marcou um importante ponto de inflexão na então ainda incipiente história do constitucionalismo universal, que teve início com as revoluções atlânticas.

Legado da *Guerra de la Independencia* que o povo espanhol travou contra o inimigo francês no campo de batalha e no campo das ideias, a Constituição de 1812 - tantas vezes estigmatizada como cópia da francesa - foi escrita com um espírito de originalidade e independência reconhecido por um de seus maiores estudiosos, Karl Marx.

Sua singularidade configurou-se desde o início de seu projeto, com a participação, no processo constituinte, de todos os espanhóis, de am-

bos os hemisférios, como representantes de uma Nação que começara a formar-se séculos antes (em um processo civilizatório que envolveu todo o gênero humano – brancos, índios e negros – a partir do descobrimento da América) e que foi lentamente se conscientizando de sua condição soberana nos séculos seguintes.

Seu caráter liberal e independente, também fruto de um processo que já vinha de longe, desde as Cortes de *León*, no século XII, foi recuperado mediante o compromisso que os constituintes tiveram com a secular tradição legislativa espanhola.

Embora não tivessem como programa escrever uma Constituição modelo, os constituintes de *Cádiz*, sem qualquer intencionalidade, acabaram elaborando um documento que passou a ser referência para diversas Constituições, ainda que o peso do passado imperial espanhol seja, até os dias atuais, uma fonte de preconceito para o reconhecimento de sua influência em muitos países da América.

Referências

ABASCAL CONDE, Santiago; BUENO SÁNCHEZ, Gustavo. *En defensa de España: razones para el patriotismo español*. Madrid: Encuentro, 2008.

ABEL SUÁREZ, Carlos. Marx regresó y amenaza con quedarse. *Sinpermiso*, Buenos Aires, agosto 2010. Disponível em: <<http://www.sinpermiso.info/textos/index.php?id=3524>>. Acesso em: 26 jan. 2013.

ACECULTURA. *León cuna del parlamentarismo*. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=54Q9-sERVX4>>. Acesso em: 12 jan. 2013.

ARÉSTEGUI, Joaquín. Asturianos en las Cortes de Cádiz. *El Comercio*, Asturias, sept. 2010. Disponível em: <<http://www.elcomercio.es/v/20100918/opinionarticulos/asturianos-cortes-cadiz-20100918.html>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

ARTOLA, Miguel. La obra de las Cortes de Cádiz. In: ARTOLA, Miguel. *La España de Fernando VII*. Barcelona: RBA, 1999.

BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Aracaju: Estado de Sergipe, 1926.

BARRETO, Vicente de Paulo; PEREIRA, Vítor Pimentel. ¡Viva la Pepa!: A história não contada da Constitución española de 1812 em terras brasileiras. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico do Brasil*, Rio de Janeiro, ano 172, n. 452, p. 201-223, jul./set. 2011.

BONAVIDES, Paulo. As nascentes do constitucionalismo luso-brasileiro: Uma análise comparativa. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Derecho constitucional: memoria del congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

BUTRÓN PRIDA, Gonzalo. Guerra, nación y constitución: la proyección europea de la guerra de independencia española. *Cuadernos Dieciochistas*, Madrid, n. 12, p. 101-122, 2011.

CHE GUEVARA, Ernesto. *Escritos y Discursos 9*. La Habana: Editorial Ciencias Sociales, 1977.

COELHO, Inocêncio Mártires. A experiência constitucional brasileira: da carta imperial de 1824 à constituição democrática de 1988. In: MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

COHEN, Fernando. Gustavo Bueno. *Muy Interesante*, Madrid, feb. 2008. Disponível em: <<http://www.muyinteresante.es/gustavo-bueno>>. Acesso em: 8 jan. 2013.

DUZENTOS Anos da Constituição de Cádiz. *Revista LIBERDADE e CIDADANIA*, ano IV, n. 16, abr./jun. 2012.

ESPADAS BURGOS, Manuel. El dos de mayo. *La aventura de la historia*, Madrid, n. 111, p. 78-85, 2008.

ESPAÑA. *La constitución española de 1812*: edición conmemorativa del segundo centenario. Introducción de Luis López Guerra. Madrid: Tecnos, 2012.

FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. La Primera Constitución Española: el Estatuto de Bayona. *Revista de Derecho*, Bogotá, n. 26, p. 89-109, 2006.

_____. *Los Constituyentes Asturianos en las Cortes de Cádiz*: antología de discursos. Gijón: Trea, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O constitucionalismo. In: _____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FRANCE. *Constitution française de 1791*. Paris: Conseil Constitutionnel, [1791?]. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1791.5082.html>>. Acesso em: 27 jan. 2013.

GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto. La Constitución española de 1812 como antecedente constitucional argentino. *Revista de estudios políticos*, Madrid, n. 138, p. 191-202, 1964.

GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Esther. Érase una vez... una constitución universal: especial referencia a la proyección en Europa de la Constitución de Cádiz. *Revista Historia Constitucional*, Madrid, n. 13, p. 283-314, 2012.

HERRERA GUILLÉN, Rafael. Jovellanos y América: el temor a un mundo escindido. *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Triana, año 12, n. 23, p. 76-93, ene./jun. 2010.

JUDERÍAS, Julián. *La leyenda negra*: estudios acerca del concepto de España en el extranjero. Valladolid: Junta de Castilla y León, 2003.

KEANE, John. *The life and death of democracy*. London: Simon & Schuster, 2009.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Escritos sobre España*: extractos de 1854. Madrid: Trotta, 1998.

MIRANDA, Jorge. *O constitucionalismo liberal luso-brasileiro*. Lisboa: Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimentos Portugueses, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005.

PÉREZ GARZÓN, Juan Sisinio. *Cortes y constitución en Cádiz*: la revolución española (1808-1814). Madrid: Anaya, 2012.

PORTO, Walter Costa. Católicos e acatólicos: o voto no Império. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 162, p. 393-398, abr./jun. 2004.

POWELL, Philip W. *La leyenda negra*: un invento contra España. Traducción de Carlos Sáinz de Tejada. Barcelona: Áltera, 2008.

QUIJADA MAURIÑO, Mónica. Una constitución singular: la carta gaditana en perspectiva comparada. *Revista de Índias*, Madrid, v. 68, n. 242, p. 15-38, 2008.

RÁBAGO, Joaquín. La cuna de la democracia está en León, no en Inglaterra. *El Mundo*, Madrid, junio 2009. Disponível em: <<http://www.elmundo.es/elmundo/2009/06/18/cas-tillayleon/1245319108.html>> Acesso em: 16 dez. 2012.

- RIBAS, Pedro. Estudio Preliminar. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Escritos sobre España: extractos de 1854*. Madrid: Trotta, 1998.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis. Introducción. In: ARGÜELLES, Agustín. *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- SÁNCHEZ-ALBORNOZ, Claudio. *Ensayos sobre historia de España*. Madrid: Siglo Veintiún, 1980.
- SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José. La experiencia constitucional gaditana y la constitución portuguesa de 1822. *Cuadernos de Historia Contemporánea*, Madrid, v. 24, p. 105-143, 2002.
- SANJURJO GONZÁLEZ, Pedro. Prefacio. In: FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. *Los constituyentes asturianos en las Cortes de Cádiz*: antología de discursos. Gijón: Trea, 2012, p. 9-10.
- SILVA, José Afonso da. Da evolução político constitucional do Brasil. In: _____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SOLÍS, Ramón. *El Cádiz de las Cortes: la vida en la ciudad en los años 1810 a 1813*. Madrid: Alianza, 1969.
- SUANZES-CARPEGNA, Joaquín Varela. O constitucionalismo espanhol e português durante a primeira metade do século XIX: um estudo comparado. *Revista Historia Constitucional*, Madrid, n. 11, p. 237-274, 2010.
- TAMM, Ditlev. Cádiz 1812 y Eidsvoll 1814. *Revista Historia Constitucional*, Madrid, n. 7, p. 314-319, 2006.

O capital na comunicação social

RICARDO ANTONIO LUCAS CAMARGO

Sumário

Introdução. 1. O problema do financiamento dos meios de comunicação. 2. O papel da publicidade no financiamento dos meios de comunicação social. 3. O capital das empresas de comunicação social e os tipos societários. 4. O custo dos insumos para o desenvolvimento da atividade de comunicação social. 5. Financiamento mediante a obtenção de recursos públicos. 6. Financiamento por assinatura. Conclusão.

Introdução

Constitui uma premissa consensual o dado de essencialidade de uma comunicação social livre para que o regime democrático tenha condições de pleno funcionamento. Também é um dado inconteste a franca ligação entre a liberdade de exploração econômica dos meios de comunicação e a liberdade de comunicação social.

Entretanto, quando se traz à baila a questão da possibilidade do abuso do poder econômico nesse setor – ou mesmo quando se procura identificar o destinatário do direito de liberdade de expressão e manifestação de pensamento –, imediatamente emergem as celeumas, não faltando nem mesmo aquelas que sustentam que o tema não merece discussão e que, ademais, quem quer que deseje fazer uso de tal liberdade pode perfeitamente constituir a sua própria empresa.

Está pressuposta, aqui, a própria compreensão do mercado como espaço público, da amplitude das possibilidades de cada qual nele se fazer ativo, para sagrar-se vencedor por méritos próprios.

Para o equacionamento do problema proposto, cabe proceder à investigação das possibilidades efetivas de se acessar esse mercado, ou seja, se estaríamos efetivamente diante de um mercado franqueado a quem

Ricardo Antonio Lucas Camargo é doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor-adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública.

quer que deseje nele ingressar ou se, pelo contrário, existiriam efetivas barreiras a serem superadas.

Examinar-se-á, primeiro, em caráter geral, o modo de viabilização econômica do empreendimento no setor de comunicação social. Em seguida, perquirir-se-á com maior especificidade o papel da publicidade como fonte principal dos recursos financeiros para essas empresas. Far-se-á, subsequentemente, a investigação da capitalização a partir das participações dos sócios no capital das empresas. Tratar-se-ão, depois, os temas concernentes ao custo dos insumos da atividade de comunicação social, deixando-se de parte os gastos com pessoal. Logo, enfrentar-se-ão os temas referentes ao financiamento público dos meios de comunicação. Ao final, serão examinadas as questões pertinentes ao financiamento por assinatura.

Não serão examinados em minúcia aspectos econômicos relativos a particularidades de casos concretos com estatísticas ou gráficos, embora o dado econômico venha a ser tomado aqui em consideração para procurar identificar o significado do tema sob o enfoque jurídico.

Por outras palavras: o fato econômico, no presente texto, somente assumirá interesse enquanto suscetível de ser qualificado também como fato jurídico.¹

1. O problema do financiamento dos meios de comunicação social

Quando se fala no acesso à atividade econômica, tomam-se em consideração os recursos materiais e humanos que deverão ser aptos a viabilizá-la.

Isso significa, por outras palavras, que não há atividade econômica que possa ser deflagrada sem a realização de um esforço para arregimentar os meios necessários a tanto, esforço que no atual estágio civilizatório impõe o dispêndio de recursos financeiros.

É na possibilidade de engajar-se na competição mercadológica que se vêem a identificar as armas e forças de cada agente.

Grau (2010, p. 210-211) afirma que: “A livre concorrência, no sentido que lhe é atribuído – ‘livre jogo das forças de mercado, na disputa de clientela’ –, supõe desigualdade ao final da competição, a partir, porém, de um quadro de igualdade jurídico-formal”.

Já se tornou corriqueira a afirmação de que, para o desempenho da atividade de comunicação social, é necessário o levantamento de grandes

¹O presente texto integra a pesquisa sobre o tema “Concentração de empresas no setor de comunicação social”, conduzida pelo autor junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

capitais, de tal sorte que o ingresso no mercado respectivo não estaria ao alcance de qualquer pessoa (CARVALHO, 1994, p. 56). Considerando que essa premissa fundamental traduz um enunciado descritivo de um fato, o exame de seu acerto ou erro dependerá do estudo do regime jurídico econômico dos bens afetados ao desenvolvimento dessa atividade, em todos os setores em que se manifesta.

Por outras palavras, trata-se do estudo do regime jurídico econômico do respectivo capital, do “conjunto de bens e direitos afetado à produção de riquezas”² – sempre recordando que esse fator de produção deve ser tomado em consideração sob as seguintes modalidades:

“a) ‘bens de produção’, ou seja, aqueles que em lugar de serem consumidos são utilizados para a geração de outros bens, como, por exemplo, as máquinas, instrumentos diversos, as sementes e a própria terra; b) dinheiro, títulos de dívidas e instrumentos jurídicos que os representem, relacionados com o crédito e o patrimônio das empresas; c) tecnologia” (SOUZA, 2005, p. 485).

No que diz respeito ao respectivo capital, os produtos e estabelecimentos das empresas de comunicação social, especialmente jornalísticas, tradicionalmente têm sido submetidos a um regime especial de registro³.

O diferencial que justifica esse regime coloca-se a partir do dado de que os meios de comunicação, ao mesmo tempo em que instrumentalizam o exercício de direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e manifestação de pensamento, bem como o direito à informação, também se mostram aptos a viabilizar a formação da “opinião pública”.

Claro que se torna necessário individualizar o que entender como “opinião pública” para se ter presente a própria razoabilidade do diferencial:

“O mundo que temos de considerar está politicamente fora de nosso alcance, fora de nossa visão e compreensão. Tem que ser explorado, relatado e imaginado. O homem não é um Deus aristotélico contemplando a existência numa olhadela. É uma criatura da evolução que pode abarcar somente uma porção suficiente da realidade que administra sua sobrevivência, e agarra o que na escala do tempo são alguns momentos de discernimento e felicidade. E ainda assim esta mesma criatura inventou formas de ver o que nenhum olho nu poderia ver, de ouvir o que ouvido algum poderia ouvir, de considerar massas imensas assim como infinitesimais, de contar e separar mais itens do que ele pode individualmente recordar. [...]

² Nesse sentido, Cf. CAMARGO, 2010, p. 89; THEODORO JÚNIOR; DERZI; COELHO, 1997, p. 107; SILVA, 1992, p. 238.

³ Cf. MIRANDA, 1954a, p. 357; FERREIRA, 1962, p. 160; CHAVES, 1982a, p. 966; BATALHA, 1984, p. 337; LOPES, 1962, p. 50.

Aqueles aspectos do mundo exterior que têm a ver com o comportamento que cruza com o nosso, que é dependente do nosso, ou que nos é interessante, podemos chamar rudemente opinião pública. As imagens na cabeça destes seres humanos, a imagem de si próprios, dos outros, de suas necessidades, propósitos e relacionamentos, são suas opiniões públicas. Aquelas imagens que são feitas por grupos de pessoas ou por indivíduos agindo em nome destes grupos, é [sic] Opinião Pública com letras maiúsculas. [...] Devemos inquirir de algumas das razões de por que as imagens internas tão frequentemente enganam os homens em suas negociações com o mundo externo. Sob este título, devemos considerar primeiro os principais fatores que limitam o acesso aos fatos. São eles as censuras artificiais, as limitações do contrato social, a relativa falta de tempo disponível diariamente para prestar atenção nos assuntos públicos, a distorção emergente devido aos eventos que precisam ser comprimidos em mensagens muito breves, a dificuldade em fazer um pequeno vocabulário expressar um mundo complicado e, finalmente, o temor de enfrentar aqueles fatos que parecem ameaçar a rotina estabelecida das vidas humanas” (LIPPMANN, 2008, p. 40-41).

O trecho transcrito aponta para a opinião pública como uma verdadeira projeção coletiva das interpretações das possibilidades, próximas ou remotas, de tais ou quais fatos virem a afetar o interesse de cada um dos integrantes da coletividade em questão.

Essa projeção, ao mesmo tempo em que pode constituir um dado importante para o fim de se aferir a legitimidade de qualquer posição de poder que seja, é algo que chama a atenção, também, para o próprio poder de a “doxa” determinar as ações tanto no nível individual como no nível coletivo, com que já se preocupavam os pensadores contemporâneos da Guerra do Peloponeso, justamente porque,

“como acontece com as demais normas que formam a sociedade, o que, a respeito dos princípios da opinião pública, aparece em primeiro plano da opinião pública, aparece em primeiro plano não é o seu valor de verdade, mas o seu valor de efetividade. [...] Aos olhos da opinião pública, o êxito legítimo, sobretudo se alcança permanência, qualquer ato, por pior que seja a intenção de onde surgiu e por condenáveis que sejam os meios de que se valeu para triunfar” (HELLER, 1968, p. 213-214).

Trata-se, pois, de uma concepção ampla, que abarca aquela que a caracteriza como resultado da “intercomunicação das opiniões individuais sobre questões de Estado” (DÓRIA, 1953, p. 215) e tem a virtude de apontar para os objetivos a que se propõe, como um todo, a atividade de comunicação social.

Uma vez identificados os objetivos a que se propõe a atividade de comunicação social, passa-se a investigar, como decorrência necessária da premissa estabelecida ao início do presente capítulo, os meios para que eles sejam atingidos.

As fontes de recursos para a constituição, manutenção e expansão das empresas de comunicação social, de outra parte, também foram objeto de consideração para o efeito de se identificar, no âmbito trabalhista, o que seriam as denominadas “atividades-fim”, que ensejariam o estabelecimento da relação de emprego:

“A entrega dos jornais, a efetivação de suas assinaturas e a cobrança pelas assinaturas e venda de anúncios não se subsumem na atividade-meio da tomadora, mas correspondem a trabalhos essenciais e permanentemente necessários à consecução das finalidades empresariais, dos quais não pode prescindir para operar e, sobretudo, lucrar. Ou seja, atividade-fim, na medida em que essenciais à recorrida ré. Não há que se cogitar que uma empresa jornalística possa competir no mercado, de resto concorrido, apenas voltada para as tarefas de redigir matérias, arranjando-as em composições gráficas, sem se preocupar, prevalentemente, pela venda e distribuição dos jornais aos clientes, assinantes, e aos jornaleiros e vendedores do veículo. Quanto à venda de anúncios, também não é crível que essa atividade seja considerada atividade-meio, na medida em que os anúncios são parte integrante do jornal e importam parcela substantiva do faturamento. Mesmo porque as verbas de sustentação de uma empresa jornalística advêm basicamente da publicidade.”⁴

A capacidade econômica de as empresas em questão desempenharem as respectivas atividades – bem como a possibilidade de terem acesso ao mercado, no qual atuam sob risco de falência, como ocorre com quaisquer outras empresas – é qualificada como “atividade de alto risco, uma vez que repousa sobre os gostos cambiantes de um público em mutação [...] e, mais frequentemente, sobre o complemento financeiro dos publicitários” (TOUSSAINT, 1979, p. 15), não vem a ser tema de secundária importância, mercê da função social que a grava, constantemente invocada pelas empresas para apontarem o porquê de a Constituição brasileira de 1988 haver albergado o repugno absoluto à censura⁵.

Quando se lança mão da tese da função social desempenhada por tais empresas, normalmente se procura explicitá-la a partir das necessidades a que elas atenderiam, o que, a rigor, vem a ser uma impropriedade, pois, a ideia de “função social da empresa”, “função social da propriedade”, “função social do contrato” considera a possibilidade de as posições de poder econômico inerentes a esses três institutos promoverem um desequilíbrio dos interesses em jogo, de tal sorte que a parte menos pujante

⁴ Recurso Ordinário nº 0044600-24.2000.5.04.0373. Relatora: Juíza Magda Barros Biavaschi. J. em 5 dez. 2001.

⁵ Cf. GRAU, 2010, p. 215-216; NASCIMENTO, 1997, p. 45-46; BORJA, 2001, p. 120; ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2009, p. 144-145.

se arrisque a ver nulificada a sua própria liberdade, de tal sorte que tal poder necessitaria mesmo ser limitado.

Muitas vezes se esquece o próprio pressuposto da atuação do poder econômico:

“O triunfo da técnica sobre a natureza repousa na íntima união entre a ciência e a forma técnico-maquinista da produção de bens. O pragmatismo se compreende como teorização do inegável fato histórico da íntima conexão entre conhecimento e trabalho. A ciência vem a ser, assim, uma formulação *a posteriori* de nossa técnica de trabalho. É um saber do trabalho. É um saber para modificação do mundo para satisfazer os fins de nossa vontade que expressa apenas nosso interesse de domínio e nossos sentimentos exclusivamente ou predominantemente polarizados pelos valores vitais. O egoísmo, certamente, marcará esta atitude. O saber de domínio motiva psicologicamente o egoísmo, o individualismo, o consumismo, mesmo dentro de uma estrutura política socialista ou comunista. Por sua vez, o exercício daquelas inclinações age reciprocamente no aumento do desejo de domínio. Não devemos ignorar que o que marca e define o critério de verdade para o pragmatismo é a utilidade, o êxito prático. Evidentemente que este êxito é visto em função do homem e nunca em função das coisas tais como são, mas tão-só em razão de interesses que servem aos indivíduos. O saber de domínio se estrutura tendo em vista as conexões causais que nossa conduta motora descreve em sua ação no mundo” (JOB, 1986, p. 463-464).

Recordemos que, embora apareça como um relativizador da propriedade privada dos bens de produção, a ideia de função social tem o condão de conferir legitimidade a seu tratamento como direito subjetivo individual, especialmente no que diz respeito à propriedade empresarial⁶.

Por outras palavras, ao mesmo tempo em que a propriedade privada e a liberdade de iniciativa são reconhecidas como direitos individuais, busca-se no condicionamento – tanto sob o ponto de vista positivo quanto negativo – ao bem-estar da coletividade, justamente a denominada “função social”, o título de legitimação ou justificação de tal reconhecimento.

Após o reexame do tema da função social – sempre necessário, tendo em vista a possibilidade de objeções mais voltadas ao rótulo do que propriamente à compreensão do efetivo diagnóstico dos problemas – a discussão dos modos de financiamento dessa atividade, em todos os aspectos em que se manifesta, impõe que se busque recordar a que, efetivamente, se propõem as empresas que a exploram, bem como o meio adequado para que cheguem a esse fim.

⁶ Cf. GRAU, 2010, p. 242; FORGIONI, 2010, p. 226-227; SALOMÃO FILHO, 2011, p. 57; BERCOVICI, 2010, p. 307; COMPARATO, 1986, p. 76.

2. O papel da publicidade no financiamento da comunicação social

Um tema que está a merecer um exame mais aprofundado é o do financiamento da atividade da empresa jornalística mediante anúncios.

Com efeito, dentre todas as modalidades, é a menos estudada, a despeito de ser a principal fonte de receita e, por outro lado, os contratos a ela relacionados têm uma disciplina extremamente lacônica, a despeito de sua vetustez.

A empresa jornalística, de certo modo, desempenha um papel significativo para o funcionamento da economia capitalista, pois, por meio dela, o anunciante “agirá sobre o total da oferta ou o total da procura, usando outros métodos, tais como aqueles que mais diretamente transformam as possibilidades de produção ou os que venham criar necessidades e facilidades de consumo. Os açambarcamentos, assim como a propaganda, são processos bastante conhecidos de se chegar a um ou outro resultado” (SOUZA, 2002, p. 53).⁷

Com efeito, não é de hoje que a publicidade e a propaganda, por conta justamente de sua finalidade de criar necessidades, estimulando a demanda, vem colocando em teste constante o denominado “princípio da soberania do consumidor”⁸, partindo, antes, do dado confirmado pela observação de que “do mesmo modo que uma bola sobre um bilhar não pode movimentar-se antes de ter recebido um impulso, assim também um homem não pode levantar-se de sua cadeira antes que um motivo o determine” (SCHOPENHAUER, [1975?], p. 73).

A atuação da empresa de publicidade, tributável pelo ISSQN, toca ao serviço prestado em

⁷ Cf. MORAES, 1975, p. 313; RIBEIRO FILHO; HENRIQUES, 1981, p. 224; COSTA, 1969, p. 73.

⁸ Cf. NUOVOLONE, 1977, p. 108-109; FERRAZ JÚNIOR, 1998, p. 26; MIRAGEM, 2010, p. 174; FERNANDES NETO, 2004, p. 117.

termos de elaboração da mensagem publicitária e à mediação entre o respectivo cliente e o comandante do veículo de comunicação⁹. Não se confunde, obviamente, com a venda de espaços, estabelecida entre a empresa de comunicação social e o anunciante, que é o cliente da empresa de publicidade (RAMOS, 1970, p. 24-25).

Esta última realiza típica prestação de serviços, obrigação de fazer¹⁰, ao passo que os espaços são objeto de operação de compra e venda, em que o vendedor é o titular do veículo de comunicação, quando ele é impresso – caso em que se aproveita parte do *corpus mechanicum*, cuja divisibilidade é afirmada por conta do acréscimo de valor¹¹ –, ou de locação, quando ocorre em veículo eletrônico, quando o espaço é de natureza imaterial e se acresce o tempo a ser aproveitado pelo anunciante, em meio à grade de programação (CHAVES, 1984, p. 1486).

No primeiro caso, o valor depende tanto do tamanho do espaço da superfície a ser impressionada quanto da dimensão do público a ser atingido (GALIZIA, 1913, p. 138-139). No segundo, a capacidade de geração de receitas para a empresa que explora o veículo eletrônico dependerá da quantidade de pessoas a acessarem, em caráter frequente, a programação em cujos intervalos será veiculada a publicidade.¹²

Claro que essa observação não se aplica ao espaço destinado “gratuitamente” aos partidos políticos no período eleitoral, nos termos do parágrafo 3º do artigo 17 da Constituição Federal,

⁹ Nesse aspecto, ver também Ataliba (1978, p. 87); Corazza (2009, p. 125); Moraes (1975, p. 320-322); Chaves (1984, p. 1488); Sobral (2012, p. 107-108).

¹⁰ Ver também, Miranda (1964, p. 3); Gonçalves (1958, p. 513); Mariani (2007, p. 283); Pereira (2001, p. 273); Bevilaqua (1979, p. 323); Gomes (1990, p. 325); Moraes (1975, p. 317-318); Dória (1968, p. 53); Timm (2000, p. 72).

¹¹ Cf. GOMES, 1985, p. 198; PEREIRA, 2001, p. 271; CHAVES, 1982b, p. 1040; MONTEIRO, 1972, p. 161; Miranda, 1954, p. 39-40; BEVILAQUA, 1976, p. 184-185.

¹² Cf. LINS; MUELLER, 2002; FARACO, 2009, p. 81-82.

justamente para assegurar a paridade de armas, nos meios eletrônicos – assegurada a estes uma contrapartida fiscal.¹³

Também já se procedeu à caracterização da disponibilização de um espaço cativo para as agências publicitárias: primeiro, nos meios impressos; depois, nos meios eletrônicos, como locação de bem incorpóreo, qual seja, o espaço para trazer a público as peças publicitárias por elas elaboradas, traduzindo um elemento de reforço a quem contestava a restrição da possibilidade de locação a bens corpóreos (GALIZIA, 1913, p. 143).

Muito do valor a ser cobrado dos anunciantes decorrerá do bom aviamento da empresa de comunicação social, do “crédito em relação aos seus fornecedores; reputação relativamente á clientela”¹⁴, recordando que esta é caracterizada principalmente pela sua constância, mais do que pelos acessos ocasionais¹⁵.

O interessante, aqui, é que a “clientela” não está sendo tomada sob o enfoque da análise jurídica usual, voltada a discutir se ela faz ou não parte do “fundo de comércio”, mas sim como um determinante da decisão do anunciante de demandar tal ou qual veículo de comunicação, com reflexos nos preços dos espaços.

Os polos de oferta e procura a atraírem conceitos clássicos como os de elasticidade – a variação da oferta e da procura em relação à variação do preço¹⁶ – e de equilíbrio de mercado – o ponto em que se encontram a máxima capacidade ofensiva do ofertante e a máxima capacidade defensiva do procurante¹⁷ – tornam-se presentes quando se tem em mente a relação entre anunciantes (“procurantes”) e empresas de comunicação social (“ofertantes”). Isso ocorre inclusive na determinação das relações de poder econômico que os envolvem, para que não se venha a mostrar de escassa importância a noção de “influência dominante” – “a ocorrência de controle em virtude de outros fatores que não a posição acionária majoritária”¹⁸ – no que tange ao grau de autonomia que cada qual tenha condições de manter em face do outro (BORJA, 2001, p. 121).

No que diz respeito ao público dos veículos de comunicação, tais conceitos se mostram de difícil adaptabilidade, seja pela pouca relevância

¹³ Nesse contexto, Cf. CÂNDIDO, 2004, p. 575; NASCIMENTO, 1997, p. 253.

¹⁴ Destarte, cf. FREITAS, 1953, p. 54; ANDRADE, 1940; LUCCA, 2005, p. 78; REQUIÃO, 1993, p. 294-295.

¹⁵ Cf. BUZAID, 1988, p. 315; CASANOVA, 1955, p. 285; OLIVEIRA, 1941, p. 151; FERREIRA, 1962, p. 232-233.

¹⁶ Cf. NUSDEO, 2003, p. 233-234; MEYERS, 1968, p. 50.

¹⁷ Cf. SOUZA, 1970, p. 280-282; NUSDEO, 2003, p. 265; WALRAS, 1996, p. 70; PARETO, 1945, p. 140.

¹⁸ Cf. BERCOVICI, 2010, p. 310; FERNANDES, 2009, p. 119.

do preço, no caso dos veículos impressos, seja pela sua efetiva ausência, em regra, relativa aos veículos eletrônicos.¹⁹

Tal é a razão por que já em 1922 foi dito que:

“esta relação casual e unidirecional entre leitores e a imprensa é uma anomalia da nossa civilização. Não há nada equivalente, e é, portanto, difícil comparar a imprensa com qualquer outro negócio ou instituição. Não é um negócio puro e simples, parcialmente porque o produto é vendido abaixo do custo, mas principalmente porque a comunidade utiliza uma medida ética para a imprensa e outra para o comércio e a manufatura” (LIPPMANN, 2008, p. 276).²⁰

Mesmo a doutrina tradicional que entende que a *azienda* jornalística não se distinguiria, essencialmente, de qualquer outra *azienda* comercial, aponta um diferencial determinado pelo próprio produto, dadas suas implicações transcendentais ao plano puramente privatístico²¹.

Tais conceitos – os de elasticidade da oferta e da procura e de equilíbrio de mercado – serão admissíveis no que tange à relação do público com os anunciantes, dependendo obviamente da natureza do produto ou serviço anunciado:

“Para aumentar suas vendas em mercados competitivos, cada agente econômico procura explorar veios peculiares das necessidades dos consumidores e, com isso, cativá-los. O êxito, nesse caso, implica menor grau de elasticidade da demanda, maior poder de mercado, mas não chega a levar à sua segmentação” (FORGIONI, 2007, p. 92).

¹⁹ Cf. SCORSIM, 2008, p. 121; CORAZZA, 2009, p. 128; BARRETO, 2009, p. 248; CARRAZZA, 2009, p. 257; FERNANDES, 2009, p. 163; FARACO, 2009, p. 74.

²⁰ Cf. LIPPMANN, 2008, p. 276; TOUSSAINT, 1979, p. 70-71.

²¹ Nesse sentido, cf. GALIZIA, 1913, p. 18; FERREIRA, 1962, p. 158-159; MENDONÇA, 1963, p. 486; VIVANTE, 1912, p. 158-159; BRASIL. Recurso Especial nº 284.571/SP. Relator: Min. Aldir Passarinho Júnior. DJU 12 fev. 2007.

Vale notar, em relação à radiodifusão comercial, em função da gratuidade de que se revestia o acesso para os “consumidores de mídia” e do caráter remunerado decorrente das relações com os anunciantes – inconfundíveis com a relação com as agências publicitárias –, que a controvérsia acerca de constituir a atividade por ela prestada serviço de comunicação para fins de incidência do ICMS veio a ser sepultada com a edição da Emenda Constitucional nº 42, de 2003, que a imunizou expressamente²², embora isto não signifique a imunização absoluta das empresas que a exploram a qualquer tributação, razão por que é perfeitamente legitimada a atuação da fiscalização tributária em relação a elas.²³

A distinção entre as relações jurídicas que se estabelecem entre os anunciantes e os consumidores e as que se estabelecem entre estes e as empresas que exploram os meios de comunicação – por conta disto mesmo caracterizadas em clássico sobre o tema como integrantes de um “mercado duplo” (TOUSSAINT, 1979, p. 14) – tem sido encampada pela jurisprudência, que não considera as empresas jornalísticas responsáveis pela enganiosidade ou abusividade da publicidade, mas tão somente os anunciantes e, quando muito, as empresas publicitárias.²⁴

O argumento para tal exclusão de responsabilidade estabelece-se a partir do dado de que, em regra, não caberia às empresas que exploram os meios de comunicação realizar controle de conteúdo em relação a empresas anunciantes, porquanto isso equivaleria a uma

²² Cf. BRASIL. Recurso Especial nº 1.200.010/MG. Relator: Min. Herman Benjamin. DJ-e 2 fev. 2011; BARRETO, 2009, p. 248; CARRAZZA, 2009, p. 260.

²³ BRASIL. Agravo regimental no agravo em Recurso Especial nº 75.648/SP. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. DJ-e 8 maio 2012.

²⁴ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 604.172/SP. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. DJU 21 maio 2007; BENJAMIN, 2005, p. 314; BITELLI, 2004, p. 258-259.

autocondenação à perda de receita, ao passo que à governabilidade de tal conteúdo, que estaria nas mãos dos anunciantes e das empresas publicitárias, poder-se-ia atribuir, com maior propriedade, a condição de “causa”, no sentido carneluttiano, do evento danoso.²⁵

Raras, realmente, são as hipóteses em que poderia a empresa titular do veículo recusar a publicidade, como quando esta se coloca em franco antagonismo com sua orientação intelectual, como se verificou em julgado proferido pela Corte de Apelação de Turim.²⁶

Pode, no entanto, eventualmente, emergir situação em que se exija das empresas jornalísticas o dever de vigilância em relação a determinados anúncios que tenham, eventualmente, um evidente caráter ofensivo a pessoas ou a certos valores essenciais (GALIZIA, 1913, p. 140).

Cabe registrar, aqui, as fontes de recursos das empresas de publicidade que, ao lado do que lhes pagam os anunciantes, têm, como fonte de capital de giro, as denominadas “comissões” que as empresas titulares dos veículos lhes destinam, e que não podem ser repassadas ao que será cobrado por estas dos clientes das empresas publicitárias (COSTA, 1969, p. 71). Importante salientar, também, o estabelecimento de honorários fixos para as agências de publicidade, independentemente da quantidade de serviços realizados (SOBRAL, 2012, p. 101).

Tais são as questões que, numa primeira aproximação, emergem em relação ao financiamento dos meios de comunicação social mediante anúncios que, pela constante presença na vida cotidiana, haverão de acicatar o ânimo dos mais doutos para que esse verdadeiro *arcanum imperii* seja desvelado.

3. O capital das empresas de comunicação social e os tipos societários

Conforme o tipo societário que adotem, a capitalização dar-se-á, ainda, na forma correspondente nos termos da lei, ou seja, mediante a oferta de títulos no mercado, quer se trate de sociedade por ações, subscrição de quotas, quer se trate de sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

A capitalização das empresas de comunicação social pela consideração do tipo societário em praticamente tudo tem atraída a si o regime aplicável a empresas que explorem outros ramos da atividade econômica, ressalvada a possibilidade maior, em relação a estas últimas, da participação do capital estrangeiro.²⁷

Isso porque não aparece, quanto ao aspecto da captação de recursos, salvo o referente à restrição nacionalista, nenhum outro dado que as diferencie das demais empresas – nada que justifique, pois, o afastamento do regime geral, justamente porque “uma regra não pode ser superada sem que as razões de sua superação sejam exteriorizadas e possam, com isso, ser controladas” (ÁVILA, 2011, p. 120).

Assim, não há óbice à adoção, em relação a elas, do condomínio de cotas a que se refere o artigo 1.056 do Código Civil de 2002 (ALMEIDA, 2003, p. 138-139) – preservada a indivisibilidade da cota, como salientado pelo Superior Tribunal de Justiça²⁸ –, embora algumas cautelas tenham de ser tomadas, para evitar que se rendam ensanchas à criação de situações com efeitos de monopólio – caso em que um ou mais de um condômino tenham participação em outra

²⁵ Cf. CAMPOS, 1975, p. 116; AGUIAR JÚNIOR, 1991, p. 112-113.

²⁶ Nesse aspecto, cf. BRUGI, 1908, p. 280; GALIZIA, 1913, p. 140.

²⁷ Cf. COSTÓDIO FILHO, 2007, p. 538-539; MAXIMILIANO, 1954, p. 209-210.

²⁸ Recurso Especial nº 61.890/SP. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJU 22 mar. 1999.

empresa ligada ao setor de comunicação social – ou que possam conduzir a uma quebra da reserva do capital a brasileiros – caso em que pelo menos um dos condôminos seja estrangeiro –, cautelas que se justificam ante o teor dos arts. 220, § 5º, e 222 da Constituição brasileira de 1988²⁹.

Por sinal, em relação a negócio jurídico que fora qualificado como “contrato misto”, por envolver a presença simultânea de vários institutos, como o condomínio, o fideicomisso, a sociedade, a propriedade resolúvel e a doação, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a respectiva viabilidade jurídica para o escopo desejado pelo instituidor, que era a preservação da existência e prosperidade de um vasto império jornalístico³⁰.

Admite-se que a contribuição para o capital social, tanto para o fim de o constituir quanto para o fim de o conservar, venha a dar-se em quaisquer bens suscetíveis de avaliação patrimonial, livres e desembaraçados, sejam eles corpóreos ou incorpóreos³¹, e que tal acervo há de ser suficiente para permitir não só a satisfação de obrigações em relação aos credores como para a aquisição dos insumos e a expansão do mercado consumidor – no caso, a expansão da área geográfica onde seja possível formar a opinião pública.

Por outro lado, é a elas perfeitamente aplicável o entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito das balizas legais:

a) para os aumentos de capital, quais sejam:

a.1) as possibilidades de haver diluição justificada do capital, quando necessária à sobrevivência da empresa;³²

a.2) a necessidade de observância do direito de preferência, tanto a acionistas quanto a cotistas;³³

a.3) a limitação do exercício do direito de preferência, por parte dos acionistas, na proporção de sua participação originária no capital e do prazo legal;³⁴

a.4) o estabelecimento do valor da ação, no caso de integralização financeira, no mês desta operação, com base no balancete correspondente; no caso de integralização parcelada, com base na data do primeiro pagamento;³⁵

²⁹ Nesse sentido, cf. FERNANDES, 2009, p. 162-163; SOUTO, 2004, p. 164; PEREIRA JÚNIOR, 2011, p. 45; CAMARGO, 2003, p. 70.

³⁰ Recurso Especial nº 15.339/RJ. Relator: Min. Barros Monteiro. DJU 18 abr. 1994.

³¹ Cf. CORDEIRO, 2004, p. 269-270; PEREIRA, 2001b, p. 288; LIMA, 2006, p. 45-46; LOBO, 2004, p. 117-118; ANDRADE JÚNIOR, 2002, p. 3-4; REQUIÃO, 1993, p. 290-291.

³² Recurso Especial nº 633.748/RS. Relator: Min. Castro Filho. DJU 24 abr. 2006.

³³ Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 696.726/SE. Relator: Min. Ari Pargendler. DJ-e 26 nov. 2008.

³⁴ Recurso Especial nº 1/SP. Relator: Min. Gueiros Leite. DJU 16 out. 1989.

³⁵ Agravo Regimental em Agravo nº 1.006.453/RS. Relator: Des. Fed. Carlos Fernando Mathias. DJ-e 1 set. 2008.

a.5) em assembleia convocada para tal fim, a impossibilidade de constituir-se mandatário para votar e que não seja nem sócio da empresa nem advogado;³⁶

a.6) a caracterização de incremento suscetível de sujeição ao imposto de renda nos lucros dos sócios quando um deles promova a integralização do capital mediante a utilização de bem imóvel;³⁷

b) para o tratamento das debêntures como forma de captação da poupança do público, reconhecendo a soberania da assembleia geral em que seja autorizada a respectiva emissão;³⁸

c) referentes à penhorabilidade, por dívida pessoal do sócio, do título de participação deste no capital da empresa;³⁹

d) concernentes à verificação da ocorrência de distribuição de lucros ilícitos ou fictícios;⁴⁰

e) referentes à apuração de haveres por ocasião da dissolução parcial ou total da sociedade.⁴¹

Trazidos para o campo da atividade de comunicação social, esses parâmetros deverão ser tomados em consideração, quer para se verificar em que intensidade um conflito de interesses dessa natureza poderia inviabilizar o desenvolvimento dessa atividade ou mudar-lhe a orientação, inclusive intelectual, considerando as modificações políticas na empresa, em termos de percentagem de participação no capital, decorrentes dos acordos de acionistas.

³⁶ Recurso Especial nº 649.711/BA. Relator: Min. Me-
nezes Direito. DJU 7 ago. 2006.

³⁷ Recurso Especial nº 260.499/RS, Relator: Min. Milton
Luiz Pereira, DJU de 13 dez. 2004.

³⁸ Recurso Especial nº 784.881/CE. Relator: Min. Me-
nezes Direito. DJU 18 dez. 2006.

³⁹ Recurso Especial nº 147.546/RS. Relator: Min. Sálvio
de Figueiredo Teixeira. DJU 7 ago. 2000.

⁴⁰ Recurso Especial nº 499.309/SE. Relator: Min. Luiz
Fux. DJU 23 ago. 2004.

⁴¹ Recurso Especial nº 1.239.754/RS. Relator: Min. Luiz
Felipe Salomão. DJ-e 22 maio 2012.

Vê-se, aqui, um dos mais sérios elementos de prova a serem tomados em consideração na mensuração do poder econômico das entidades voltadas a essa atividade, especialmente por conta de evidenciar como “o exame da ‘interface’ Direito Econômico-Direito Mercantil, neste particular, abre largos horizontes à identificação do abuso do poder econômico no mercado, a partir desse mesmo abuso na política econômica interna da empresa” (SOUZA, 2005, p. 273).

De modo geral, a importância da capacidade de autofinanciamento como mensurador do poder econômico foi reconhecida pela doutrina, e, no que tange às empresas de comunicação social, trata-se da afirmação da maior independência em relação aos anunciantes.⁴²

Quanto às agências de publicidade, não há, no tocante às formas de capitalização relativas aos tipos societários, peculiaridade alguma que justifique entender estarem subtraídas ao regime geral.

Assim se apresentam as questões relacionadas com o financiamento das empresas de comunicação social conforme o tipo societário escolhido para elas se movimentarem no mercado.

4. O custo dos insumos para o desenvolvimento da atividade de comunicação social

Há que se falar, também, nos insumos necessários ao desenvolvimento da atividade de comunicação social, justamente por conta do fim de lucro, que é o escopo imediato de qualquer um que se volte ao desenvolvimento de atividade econômica em sentido estrito.

Sempre cabe recordar que “o custo, seja ele de produção, seja decorrente de compra

⁴² Cf. COMPARATO, 1970, p. 22; BERCOVICI, 2010, p. 305; LIPPMANN, 2008, p. 280.

anterior, é uma barreira intransponível, sob pena de autodestruição do ofertante” (SOUZA, 2002b, p. 435). E, por outro lado, ninguém ousaria negar a importância de que, no meio empresarial, se disponha de um meio que permita a quem desenvolve a atividade organizar-se administrativamente, acessar o crédito, separando os bens aptos à produção e circulação de outros bens e serviços de sua responsabilidade pessoal (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 225).

Para o fim de se atingir o maior número possível de destinatários, e conforme as características dos meios a serem empregados, diferentes serão os enfoques que se darão ao respectivo tratamento pelo Direito. Todos eles têm a si ligadas as despesas com as agências de notícias, que colhem as informações, com os meios de que dispõem, e repassam-lhes os respectivos gastos, bem como os de documentação.⁴³

Se nenhum deles, salvo a Internet, que rendeu ensejo, por conta disso mesmo, à rediscussão do próprio conceito de estabelecimento comercial⁴⁴, dispensa uma sede imobiliária, seja o jornalismo impresso, seja a radiodifusão, sejam as agências de publicidade, as despesas seja com a aquisição, seja com o aluguel de imóvel, vêm a se tornar um dado comum em relação à composição do respectivo fundo de comércio.⁴⁵ E especialmente no que toca aos espaços para abrigar o parque gráfico das entidades vinculadas à imprensa *stricto sensu*, a questão torna-se mais significativa, uma vez que se coloca ao exame a área física necessária para o desenvolvimento, em escala industrial, da composição e impressão do maior número de exemplares de jornais no menor tempo possível (VIEIRA, 1969, p. 49).

O investimento em veículos de transporte coloca-se como uma necessidade do jornalismo impresso, por conta de ofertar suas mensagens em meio físico (TOUSSAINT, 1979, p. 95-96), diversamente do que ocorre com a radiodifusão, cujo investimento maior há de ser no desenvolvimento de um uso mais eficiente do espectro radioelétrico – que somente é possível em virtude de tal bem ser de titularidade pública, dado que é considerado justificativa suficiente para sua não privatização,⁴⁶ tanto pelos que consideram públicos os serviços de radiodifusão, a despeito de

⁴³ Cf. TOUSSAINT, 1979, p. 23-25; GALIZIA, 1913, p. 146; FARACO, 2009, p. 99.

⁴⁴ Cf. GRECO, M., 2005, p. 342; PORTELLA, 2007, p. 88.

⁴⁵ Nesse aspecto, cf. PACHECO, 1993, p. 180-181; BUZAID, 1988, p. 308; GOMES, 1985, p. 181; FREITAS, 1953, p. 56; SLAIBI FILHO, 2001, p. 319; OLIVEIRA, 1941, p. 158; ANDRADE, 1940, p. 30; OPITZ, 1966, p. 287; BARBOSA, 1955, p. 605; GHIRON, 1959, p. 273; LUCCA, 2005, p. 79; MAGALHÃES, 1951, p. 40.

⁴⁶ Cf. SANDULLI, 1987, p. 191; SCORSIM, 2009, p. 96-98; VIRGA, 1975, p. 521; GRAU, 2010, p. 138-139; ZAFFORE, 1990, p. 90; TORRES, 2007, p. 258; BORGNINI, 1957, p. 745; BITELLI, 2004, p. 143; PEREIRA JÚNIOR, 2011, p. 55; MARQUES NETO, 2009, p. 148; CORDOVIL, 2005, p. 117; TOUSSAINT, 1979, p. 44-45; FRANCO, 1957, p. 295; CHAVES, 1982, p. 1467; MOROSINI, 2004, p. 185; FERNANDES, 2009, p. 293.

as atividades por eles desenvolvidas serem de natureza privada, quanto pelos que rejeitam tal qualificação.

O fato de determinados insumos e produtos referentes ao jornalismo e ao editorialismo impressos serem imunes à tributação por impostos não significa que o sejam também, em si e por si mesmos, editoras, autores, empresas jornalísticas ou de publicidade.⁴⁷

Isso porque se entende que, em princípio, os ônus tributários, impostos que são mediante lei como forma de o Estado participar de quinhões do patrimônio dos cidadãos para financiar todo o aparato necessário ao funcionamento do serviço público, como decorrência do princípio da igualdade perante a lei, vêm a ser distribuídos entre todos, com o que as disposições que interditam (caso da imunidade) ou dispensam a respectiva incidência devem ser tratadas como exceções e, por isso mesmo, devem ser interpretadas restritivamente.

Mesmo a imunidade que existiu somente durante a vigência da Constituição de 1946, no que tange a direitos de autor e remuneração de professores e jornalistas, era considerada como dirigida à remuneração *propter officium* e não como um privilégio *propter personam*.⁴⁸

Assim, o simples fato de uma indústria gráfica trabalhar com a mesma matéria prima que a empresa jornalística – o papel – não a faz, só por isso, imune, pois ele se há de destinar à impressão de jornal, livro ou periódico, para que a operação não se submeta a tributação.⁴⁹

Isso porque há uma finalidade extraeconômica de que o custo tributário não venha a tornar proibitivo o acesso aos bens propiciados pelos jornais, livros e periódicos, que não se confundem com os propiciados, e. g., por panfletos propagandísticos ou papéis de embalagem.

Do mesmo modo que a prestação de serviço consistente na confecção de fotolitos e rotogramas, voltados a permitir a transposição da imagem constante de filme fotográfico para o veículo físico da impressão submeter-se-á à tributação se não se destinar à confecção de jornal, livro ou periódico.⁵⁰

Os equipamentos voltados a viabilizar a radiodifusão não são imunes a qualquer imposto⁵¹, embora possa, eventualmente, ser concedida isenção ou tratamento creditício privilegiado a quem pretenda fornecê-los às

⁴⁷ Cf. BRASIL. Recurso Extraordinário nº 206.774/RS. Relator: Min. Ilmar Galvão. DJU 29 out. 1999; BALEEIRO, 1985, p. 155-156; MELO, 2002, p. 322; RAMOS, 1970, p. 23; MORAES, 1975, p. 324.

⁴⁸ Nesse sentido, cf. BULHÕES, 1949, p. 19-21; RAMOS, 1970, p. 25.

⁴⁹ Cf. BALEEIRO, 1985, p. 154; RIBEIRO FILHO; HENRIQUES, 1981, p. 224; NEVES, 2006, p. 224-225.

⁵⁰ Cf. DÓRIA, 1968, p. 48; MORAES, 1975, p. 374-375.

⁵¹ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 106.957/SP. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. DJ-e 10 fev. 2012.

empresas que explorem tais atividades, que podem tanto adquirir-las mediante a realização de contratos de compra e venda – típica circulação de mercadorias –, como mediante a realização de contratos de arrendamento mercantil, sendo que qualquer das modalidades – mesmo esta última, que costuma ser mais vantajosa tanto sob o ponto de vista fiscal como em virtude do próprio custo de reposição de aparelhos que, em velocidade cada vez maior, vêm a obsolescer-se – só se mostra acessível a sujeitos dotados do cabedal técnico e financeiro suficiente para a exploração do espectro radioelétrico.⁵²

Cabe notar, no que tange à titularidade dos equipamentos, quando sejam arrendados, que não incidiria, em princípio, o veto constitucional ao controle estrangeiro que se dirige à empresa jornalística, visto que se trata de atividade diversa (CORDOVIL, 2005, p. 139-140).

Contudo, se o grau de dependência da empresa em relação ao fornecedor for de tal monta que este venha, ao cabo, a impor sua vontade aos órgãos de comando de sua cliente, sendo ele estrangeiro, o debate acerca da fraude à Constituição poderá ser trazido (BATALHA, 1984, p. 332-333), sem prejuízo de debates que se colocariam também em relação ao fornecedor nacional.

Caso seja nacional o fornecedor em questão, o tema ingressa no exame da presença do abuso do poder econômico (FORGIONI, 2008, p. 387), situação cuja possibilidade passa a ser admitida mesmo por quantos entendam que qualquer disposição que autorize a intervenção estatal no domínio econômico merece, por constituir excepcionalidade, interpretação restritiva.⁵³ Recorde-se, ainda, a advertência no sentido de que “o dado econômico entra em linha de conta como um fator metajurídico, às vezes de importantíssima função – especialmente como suporte para a reflexão sobre as consequências fáticas das decisões – mas não serve senão como mais um elemento interpretativo que deve ser considerado para a decisão, a qual há de se fundar, principalmente, em princípios éticos”.⁵⁴

Claro, a expressão “princípios” está tomada, no texto por último transcrito, no sentido de “ponto de partida”, de “referencial” e não no seu sentido estrito (SOUZA, 2002b, p. 116), sendo de notar que cada capítulo da ética oferta uma solução adequada a si para os fatos que tenham

⁵² Cf. NERVI, 1996, p. 780; SOARES, 1992, p. 116.

⁵³ Cf. POLANYI, 2009, p. 182; LEWIS, 2007, p. 315; BARLETTA, 2006, p. 503; DÓRIA, 1953, p. 337; FRANÇA, 2000, p. 36; FERREIRA FILHO, 1983, p. 666; REALE, 1977, p. 142; BASTOS, 1990, p. 94-95; VELLOSO, 1997, p. 511; COELHO; MENDES; BRANCO, 2009, p. 1411; HORTA, 1999, p. 260; JACQUES, 1983, p. 475-476; MAXIMILIANO, 1954, p. 183-184; AZEVEDO, 1975, p. 184; ANDRADE, 1987, p. 47-48; UBALDO, 1976, p. 419; BITTAR, 1990, p. 47.

⁵⁴ Ver também: Aguiar Júnior (1991, p. 236-237); Forgioni (2010, p. 229); Heller (1968, p. 256); Maurício Júnior (2009, p. 125); Job (1986, p. 457); Fernandes (2009, p. 160).

sido considerados relevantes para caírem sob a respectiva incidência e, no caso específico dos fatos jurídicos, “além de afastar a controvérsia e a incerteza, a opção pelas regras tem a finalidade de eliminar ou reduzir a arbitrariedade que pode principalmente surgir no caso de aplicação direta de princípios morais” (ÁVILA, 2011, p. 113).

Sempre é bom recordar que, apesar de não ser o fim de qualquer processo de solução dos problemas jurídicos que se apresentem, a interpretação literal do texto normativo necessariamente é o ponto de partida, pois “demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, i. e., funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis” (MÜLLER, 2010, p. 74).

A aquisição dos equipamentos, seja no que tange ao jornalismo impresso, seja no que tange às empresas voltadas à exploração dos meios eletrônicos, ainda, pode ser objeto de operação de crédito industrial, garantido por penhor especial, que pode recair sobre máquinas, instrumentos e aparelhos em funcionamento no estabelecimento, disciplinado tanto pelo Decreto-lei nº 413, de 1968, quanto pelo Código Civil de 2002, artigo 1.447, com a execução sujeita a rito especial.⁵⁵

É de se notar que, em relação a esses contratos, é admitida a capitalização de juros, de acordo com entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, como se lê em sua Súmula 93, o que traz à questão o universo de indivíduos potencialmente dotados de solvabilidade para fazer frente a tais operações.⁵⁶

O investimento na geração e na aquisição de tecnologia nesse setor tem acacia importância

(FERNANDES, 2009, p. 281), sendo de notar que a revogada Lei nº 5.250, de 1967, manifestara expressamente a preocupação com a possibilidade de os contratos concernentes à assistência técnica poderem estabelecer uma tal situação de dependência financeira das empresas de comunicação social que viesse a ser burlada a restrição nacionalista posta constitucionalmente em relação ao capital (BATALHA, 1984, p. 333).

É precisamente uma das hipóteses em que “as relações comerciais deixam a aparência de não oferecerem efeitos externos, nem incidências econômicas fora do interesse dos próprios contratos”.⁵⁷

A parêmia segundo a qual a obrigação estabelecida não prejudica nem beneficia a outros que não os celebrantes da avença, albergada inclusive no artigo 928 do Código Civil brasileiro de 1916, vem a ser mitigada, em um caso desses, embora, considerando o quão trabalhosa se tornaria a atividade de instrução para determinar a projeção de seus efeitos sobre tal comando constitucional – o que reserva o controle, direto ou indireto, da empresa jornalística, a brasileiros – as formalidades postas para os contratos com empresas estrangeiras viessem a ser o principal modo de tutelar a ordem pública.

Com o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a não recepção da integralidade da Lei de Imprensa pela Constituição de 1988, segue-se que os contratos concernentes à assistência técnica passam a ser sujeitos ao regime geral – ou seja: no que toca aos efeitos financeiros, ao controle do Banco Central; e, no que toca às questões que envolvam propriedade industrial, ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial.

E assim o é pela simples razão de que, quando se esta diante de uma relação em que comparecem interesses antagônicos, cujos titu-

⁵⁵ Nesse sentido, cf. DANTAS JÚNIOR, 2004, p. 313; GOMES, 1985, p. 353-354; MARTINS, 1990, p. 408-409; BATALHA, 1984, p. 483-484; VIANNA, 2004, p. 753-754.

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 750.414/RS. Relator: Min. Paulo Furtado. DJ-e 8 fev. 2010; idem. Agravo de Instrumento nº 249.604/SP. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJU 17 set. 1999.

⁵⁷ Cf. SOUZA, 2002, p. 121; FORGIONI, 2010, p. 223.

lares buscam, mutuamente, a subordinação do interesse alheio ao seu próprio (CAMPOS, 1975, p. 112), não se pode, em princípio, subtraí-la à disciplina geral sem comprometimento da paz indispensável ao desenvolvimento da vida em sociedade, à falta de disciplina especial.

A quem entenda que, na dúvida, deveria mesmo ser afastada a disciplina geral, porque a solução mais eficiente seria dada pelos pendoros dos agentes do mercado. É bom recordar que “o mercado é uma ordem porque embasado em comportamentos previsíveis e calculáveis. [...] Porque o mercado é uma ordem (jurídica), é possível prever o comportamento de seus agentes e, com isso, obter o incremento da segurança jurídica e a diminuição dos custos de transação” (FORGIONI, 2010, p. 230).

No que tange à publicidade, muitos de seus insumos podem ser considerados os mesmos da atividade cinematográfica ou de outras atividades ligadas à manifestação de pensamento, uma vez que tal atividade se realiza qualquer que seja o veículo considerado.⁵⁸

Os insumos a serem tomados em consideração ligam-se às fases da realização da campanha, principiando pelo *briefing* – resumo apresentado pelo anunciante acerca das características do produto ou do serviço a ser apresentado ao público –, passando pela reflexão estratégica – quando se irão coligir os dados a serem trabalhados para o convencimento do público e a definição do caminho a ser escolhido –, ingressando na criação – a elaboração da peça publicitária propriamente dita – para desaguar na produção (BENJAMIN, 2005, p. 272-274).

Há um debate que se trava à volta da tributabilidade da produção de películas cinematográficas para fins de diversão pública⁵⁹ que, no

entanto, não haverá de atingir a realização de filmagem de peça publicitária por terceiro que seja contratado pela agência.

Examinadas as questões concernentes aos custos dos insumos, vê-se que também aqui o debate acerca do acesso a esse mercado ser ou não restrito a quem detenha maior pujança econômica encontra a sua solução na verificação de quantos teriam, efetivamente, condições financeiras e técnicas de acessar tais bens.

5. Financiamento mediante a obtenção de receita pública

Uma das grandes preocupações quanto à atividade de comunicação social toca diretamente à independência que as empresas a ela dedicadas devam ter perante o Poder Público.⁶⁰

É de se notar, em relação aos jornais, que por vezes o Estado concede auxílios que se podem concretizar à base de subvenções materiais ou empréstimos privilegiados ou pelo alívio de certos ônus (TOUSSAINT, 1979, p. 67).

Claro, em relação a vários setores da atividade econômica, a função pública de fomento tem sido amplamente utilizada para o fim de proceder ao engajamento da iniciativa privada no desenvolvimento de projetos de interesse público. Essa função pública é uma das poucas manifestações intervencionistas que os juristas e economistas panegiristas do mercado não verberam, a despeito de ela constituir a própria negação do pressuposto central da concorrência enquanto combate a ser travado em igualdade de condições, em que cada qual conta com as suas próprias forças para vencer.

Assim se explica, por sinal, tal desfiguração, embora o texto que segue tivesse sob os olhos a revogada Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969,

⁵⁸ Cf. MARQUES, 2005, p. 801; SIDOU, 1977, p. 114.

⁵⁹ Cf. BARRETO, 2009, p. 205-206; MORAES, 1975, p. 393.

⁶⁰ Cf. BORJA, 2001, p. 119; FERNANDES, 2009, p. 376.

que no parágrafo 1º do artigo 170 falava em atuação preferencial das empresas privadas com “estímulo e apoio do Estado”:

“A introdução da garantia do ‘estímulo e apoio do Estado’ desfigurou toda aquela construção, passando-a a ‘paternalista’ e, como que aproximando a empresa privada das condições do empregado, tutelado por medidas igualmente incluídas no discurso, a partir das quais ele foi definido como parte mais fraca do que o empresário na contratação de sua força de trabalho. Não se pode negar, no entanto, a propriedade deste acréscimo, levando-se em conta a realidade empresarial brasileira, sempre apoiada por medidas de favorecimento que destoam do sentido de ‘risco’, apesar de ser este sua verdadeira característica” (SOUZA, 2002b, p. 51).

Ao longo do presente texto, contudo, a própria finalidade de influenciar a opinião pública como objetivo das empresas de comunicação social, vistas mais como o meio indispensável à fiscalização do Poder Público, impõe, quanto à função de fomento, alguns cuidados em relação aos instrumentos a serem empregados e aos próprios pressupostos para o respectivo manuseio, até para que se evite a degeneração em cooptação.

De certo modo, o Poder Público, mesmo que não lance mão de nenhum dos instrumentos usuais de fomento econômico – que poderiam, talvez, criar um “sentimento de gratidão” apto a comprometer o papel de fiscalização a ser desempenhado pela “imprensa livre” –, não deixa de a esta subsidiar quando nela veicula a publicidade institucional (RAMOS, 1970, p. 23), ainda que os condicionamentos desta, em face da Constituição brasileira de 1988, artigo 37, parágrafo 1º, sejam bem mais rígidos do que os postos para a publicidade comercial, e não é rara a hipótese de favorecimentos ilícitos, no particular.⁶¹

Cabe falar também na radiodifusão financiada por recursos públicos, situada no setor “estatal” – de acordo com o artigo 223 da Constituição – e sujeita às limitações inerentes aos balizamentos orçamentários (FA-RACO, 2009, p. 82).

Tal dispositivo distingue, em relação à radiodifusão, os setores privado, público e estatal, sendo de notar que no “estatal” normalmente se localizam as rádios e televisões educativas, que, por força do Decreto-lei nº 236, de 1967, não podem ser financiados por anúncios e, *ipso iure*, dependem de recursos orçamentários, quando geridas diretamente pelo Poder Público, ou de aportes das entidades da administração indireta – em regra, fundações públicas – que as mantêm.

⁶¹ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 12.692/SP. Relator: Min. Herman Benjamin. DJ-e 14 nov. 2011; BITELLI, 2004, p. 263-264.

Bem conhecido, na Grã-Bretanha, é o exemplo da British Broadcast Corporation (BBC), empresa governamental mantida por taxas (PEREIRA JÚNIOR, 2011, p. 40-41). Na Itália, os usuários do serviço de radiodifusão custeiam-no mediante o pagamento do *canone de abbonamento*, cuja natureza tributária de taxa – seu fato gerador estaria na efetiva ou potencial fruição, aferível a partir da detenção de um aparelho receptor – foi pronunciada tanto pela Corte de Cassação (GRECO, 1957, p. 733-734) como pela Corte Constitucional.⁶² Entre os franceses, chamam a atenção, entre outros aportes do Poder Público, o regime tarifário mais favorável às empresas jornalísticas em relação a despesas de correio, o fundo especial para reembolso das despesas de condução dos periódicos, a redução de tarifas ferroviárias e o auxílio especial à expansão da imprensa em direção ao estrangeiro (DEBBASCH, 2002, p. 466-474).

Fica, pois, demonstrado mais um dos pontos de tensão que se estabelecem entre o poder econômico privado e o Poder Público – nem sempre antagonistas, nem sempre “parceiros”.

6. Financiamento por assinatura

O atendimento personalizado, com clientela fixa, representado pelas assinaturas é outra fonte importante de receita para os jornais, os periódicos e a radiodifusão de sons e imagens, num estado de permanente oferta ao público, tal como o conceituam os civilistas.⁶³

Sob o ponto de vista econômico, o que se tem é o estabelecimento de uma típica situação de procura “viscosa”, mediante um instrumento de natureza contratual, isto é, uma determinada clientela é cativada, assegurando-se, destarte, o permanente aporte de recursos às empresas em questão.⁶⁴

Por outro lado, não deixa de ser um expediente voltado a reduzir o “risco” da não realização dos negócios e, portanto, do não ingresso de receitas, permitindo, pois, a redução de custos para aumentar a margem de lucros a partir da ampliação do universo de “consumidores de mídia”, de modo a corroborar a assertiva posta em texto publicado há mais de cinquenta anos:

“Aquele risco corrido pelo empreendedor poderia ser abolido por ação do próprio empreendedor e por uma ação diferente daquela de produzir.

⁶² Ver também: Borgnini (1957, p. 749); Toussaint (1979, p. 117).

⁶³ Cf. GALIZIA, 1913, p. 133; GONÇALVES, 1958, p. 394-395; SANTOS, 1978, p. 62-63; GOMES, 1990, p. 65; SANTOLIM, 1995, p. 11.

⁶⁴ Cf. BARRE, 1970, p. 175-176; CAMARGO, 2012, p. 125.

Recorreria a novos métodos de domínio do mercado, de inutilização do concorrente, de determinação das condições de compra e venda” (SOUZA, 2002a, p. 51).

Quanto aos veículos impressos, o que se tem é uma típica operação de compra e venda, em que o editor, sem necessidade de intermediários, se compromete a entregar ao assinante “um número determinado de exemplares de livros, folhetins, jornais ou revistas, por um preço que pode ser fixado antecipadamente ou por exemplar a ser entregue”.⁶⁵

Embora a grande vantagem econômica representada por esse modo de financiamento – por equivaler a adiantamento de dinheiro por parte do consumidor à empresa jornalística, especialmente no que tange aos produtos impressos, possibilitando a previsão de parte da divulgação –, nem sempre conta com a simpatia dos leitores, seja por eventualmente não lhes apetercer figurar em listas de assinantes, seja pelo valor da quantia a ser adiantada em bloco, (o que muitas vezes conduz ao parcelamento do valor oferecido aos potenciais assinantes), seja pelas dificuldades que podem ser geradas pela entrega a domicílio (TOUSSAINT, 1979, p. 36).

No que toca à televisão por assinatura – que, após a edição da Emenda Constitucional nº 42, vem a ser a única não imunizada à incidência do ICMS –, a lógica do financiamento tem sido a mesma dos jornais, sendo de notar que “os assinantes de serviços recebem decodificadores, geralmente em regime de comodato, para acessarem a programação de televisão, com o pagamento do preço da assinatura”.⁶⁶

Nesse campo, caberia falar num “contrato de fornecimento” em que a prestação, em vez de consistir numa transferência de propriedade, se volta a transferir, a título oneroso, o uso e gozo da programação.⁶⁷ O que se obtém pela assinatura é um conjunto ou “pacote” de canais, captados pelo assinante mediante uma antena própria para isso e decodificados pelo aparelho ofertado em caráter de comodato pela operadora deste serviço (BARRETO, 2009, p. 242).

Sem nenhum compromisso com a tese que os autores citados⁶⁸ defendem no âmbito tributário, não deixam de ter razão quando apontam para o dado de que o público da TV por assinatura não se restringe aos assinantes, especialmente por conta de, em espaços destinados a atendimento ao público, ser comum haver aparelhos sintonizados em programação por ela

⁶⁵ Cf. MARTINS, 1990, p. 188; MARIANI, 2007, p. 39.

⁶⁶ Nesse sentido, cf. SCORSIM, 2008, p. 100; CORDOVIL, 2005, p. 119; FERNANDES, 2009, p. 14.

⁶⁷ Cf. GOMES, 1990, p. 263; MIRANDA, 1962, p. 301.

⁶⁸ Cf. CORAZZA, 2009, p. 143; CARRAZZA, 2009, p. 255.

oferecida, de tal sorte que pode perfeitamente ser considerada um meio de comunicação de massa.

No que tange ao consumo de bens simbólicos, é um dos raros campos em que se pode, com maior propriedade, aplicar os conceitos de elasticidade da procura e de equilíbrio de mercado, uma vez que o fator preço influi na decisão do consumidor, que opta por esta ou aquela operadora de TV por assinatura.

De qualquer modo, seja no âmbito do jornalismo impresso, seja no âmbito televisivo, cada vez mais o financiamento por assinatura tem sido concomitante ao financiamento mediante publicidade comercial.

A aquisição por assinantes também pode ser um incentivo a que os anunciantes acorram ao veículo, porquanto a clientela cativa das empresas de comunicação social constituirá um público certo, no sentido de tomar conhecimento dos produtos e serviços lançados no mercado.

Conclusão

Como se pôde perceber, há um grande manancial de dados a serem considerados, a partir do estudo do capital das empresas de comunicação social, para o exame dos temas concernentes ao respectivo poder econômico.

A busca do financiamento mediante publicidade é um traço comum a todas as empresas jornalísticas, qualquer que seja a natureza do veículo, sendo de notar que se estabelecem pelo menos quatro tipos de relações – entre os anunciantes e as empresas de publicidade (que criam a mensagem publicitária e podem estabelecer a intermediação com as empresas jornalísticas); entre estas e os anunciantes; entre estes e o público; e entre este e as empresas jornalísticas –, cada qual com suas peculiaridades, a serem examinadas pelas suas efetivas consequências no que diz respeito tanto a seus aspectos concorrenciais quanto aos de defesa do consumidor.

As modalidades de captação de recursos inerentes à forma societária, em relação às empresas de comunicação social, não apresenta peculiaridades, salvo, no que tange às empresas jornalísticas, os condicionamentos concernentes à nacionalidade do respectivo controle e à interdição da oligopolização e da monopolização, bem como à identificação da capacidade de, mediante o autofinanciamento, virem a se tornar menos dependentes do comando dos respectivos anunciantes.

Quanto ao peso dos insumos para a entrada e permanência no mercado da comunicação social, devem-se tomar em consideração não só a natureza do veículo que se pretende explorar, como também o próprio universo de pessoas a serem atingidas, com as consequências conhecidas no que diz respeito ao regime tributário e às modalidades de acesso ao crédito.

A possibilidade de obtenção de recursos públicos para financiar a atividade de comunicação social tem sido vista com reservas, considerando que se tem como um verdadeiro axioma do constitucionalismo de inspiração liberal o papel dos meios de comunicação como meios de fiscalização do Poder Público.

Pode-se verificar, diante da exposição feita em relação a cada um dos aspectos concernentes ao capital necessário à exploração dos meios de comunicação social, que se trata de um mercado aberto a quem quer que possa arcar com os valores da aquisição da propriedade ou da posse dos insumos e tenha condições técnicas de explorar bens públicos raros, cuja utilização rival poderia comprometer, inclusive, a possibilidade de transmissão das informações pelo ar.

Assim, não se está diante de um mercado franqueado a quem quer que deseje dedicar-se a essa atividade, mas sim de um mercado acessível a poucos, o que em muito explica a preocupação com que – ao mesmo tempo em que o Poder Público não lance mão da censura mascarada

como repressão ao abuso do poder econômico –, a própria liberdade de expressão e manifestação do pensamento não fique como uma simples promessa a depender da boa vontade das empresas que se dedicam a ela.

Referências

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

ALMEIDA, Amador Paes de. *Manual das sociedades comerciais: (direito de empresa)*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANDRADE, Darci Bessone de Oliveira. *Do direito do comerciante à renovação do arrendamento*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1940.

_____. *Do contrato: teoria geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

ANDRADE JÚNIOR, Attila de Souza Leão. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 4.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ATALIBA, Geraldo. *Estudos e pareceres de Direito Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. v. 1.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contratos nominados ou atípicos*. São Paulo: José Bushatsky, 1975.

BALEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BARBOSA, Josias Correia. *Da continuidade da locação para fins comerciais*. Fortaleza: Tipografia Minerva, 1955.

BARLETTA, Antonino. La competenza sull'inibitoria del trust. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 41, n. 2, apr./giugno 2006.

BARRE, Raymond. *Manual de economia política*. Tradução de Pierre Santos. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1970. v. 2.

BARRETO, Aires Fernandino. *O ISS na Constituição e na lei*. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 7.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Comentários à lei dos registros públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos. Arts. 29 a 45. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. Natureza jurídica de sociedade anônima privada com participação acionária estatal. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 49, n. 153-154, p. 297-317, jan./jul. 2010.

BEVILAQUA, Clovis. *Teoria geral do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.

- _____. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Rio, 1979. v. 2.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. *O direito da comunicação e da comunicação social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- BORGNINI, Alfredo Valetti. Radiodiffusione. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto. *Novissimo Digesto italiano*. 3. ed. Torino: UTET, 1957. v. 14.
- BORJA, Sérgio. *O projeto democrático*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.
- BRUGI, Biagio. Limiti del contratto di cessione della quarta pagina d'un giornale a scopo di pubblicità e di reclame. *Rivista del Diritto Commerciale*, Milano, v. 6, n. 2, p. 280, 1908.
- BULHÕES, Augusto de. O imposto de renda e a isenção de classes. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 18, p. 8-23, out/dez 1949.
- BUZUID, Alfredo. *Da ação renovatória e das demais ações oriundas de contrato de locação de imóveis destinados a fins comerciais*. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.
- CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Os meios de comunicação no Direito Econômico*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003.
- _____. Capital. In: FUNDAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO ECONÔMICO. *Novo dicionário de Direito Econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.
- _____. *Economia política para o curso de Direito*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2012.
- CAMPOS, Ronaldo Cunha. Limites objetivos da coisa julgada no Código de Processo Civil de 1973. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Uberaba, v. 1, n. 2, p. 99-134, abr./jun. 1975.
- CÂNDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral brasileiro*. 11. ed. rev. atual. Bauru: Edipro, 2004.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 14. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- CASANOVA, Mario. *Le imprese commerciali*. Torino: UTET, 1955.
- CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982^a. v. 1. t. 1.
- _____. *Tratado de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982^b. v. 1. t. 2.
- _____. *Tratado de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 2. t. 2.
- COELHO, Inocêncio Mártires, MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.
- _____. A função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 25, n. 63, jul./set. 1986.
- CORAZZA, Edison Aurélio. *ICMS sobre prestações de serviços de comunicação*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. *A intervenção estatal nas telecomunicações: a visão do Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- CORDEIRO, Antonio Menezes. *Manual de Direito das Sociedades*. Coimbra: Almedina, 2004. v. 1.
- COSTA, Moacyr Lobo da. Remuneração das agências de propaganda. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 58, n. 400, fev. 1969.
- COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. A empresa e a Constituição. In: HILÚ NETO, Miguel (Org.). *Questões atuais de Direito Empresarial*. São Paulo: MP, 2007.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Arts. 1.419 a 1.510. In: _____; ROMITI, Mário Muller. *Comentários ao Código Civil brasileiro: arts. 1.390 a 1.510*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 13.

DEBBASCH, Charles (Org.). *Droit des médias*. Paris: Dalloz, 2002.

DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. *Direito Constitucional: curso e comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Nacional, 1953. v. 2.

_____. Execução de serviços para indústria gráfica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 57, n. 392, jun. 1968.

FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERNANDES, André de Godoy. *Meios de comunicação social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação*. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

FERNANDES NETO, Guilherme. *Direito da comunicação social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Liberdade de opinião, liberdade de informação: mídia e privacidade. *Cadernos de Ciência Política e Direito Constitucional*, São Paulo, v. 6, n. 23, abr./jun. 1998.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva. 1962. v. 7.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira: Emenda Constitucional n. 1, de 17-10-1969, com as alterações introduzidas pelas Emendas Constitucionais até a de n. 22, de 29-06-1982*. São Paulo: Saraiva 1983.

FORGIONI, Paula Andréa. *Direito Concorrencial e restrições verticais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Os fundamentos do antitruste*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *A evolução do Direito Comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRANÇA, Pedro Arruda. *Contratos atípicos: legislação, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

FREITAS, Paulo de. Noção jurídica de fundo de comércio. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 149, p. 46-59, set./out. 1953.

GALIZIA, Alberto. *Lazienda giornalistica: studio di diritto commerciale*. Roma: Athenaeum, 1913.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. *Direitos reais*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GONÇALVES, Luís da Cunha. *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil português*. São Paulo: Max Limonad, 1958. v. 4. t. 1.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 14. ed. rev. e atual São Paulo: Malheiros, 2010.

GRECO, Giuseppe. Radioaudizioni e televisione (Abbonamento alle). In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto. *Novissimo Digesto italiano*. Torino: UTET, 1957. v. 14.

GRECO, Marco Aurélio. Estabelecimento tributário e site da internet. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Org.). *Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

- GHIRON, Mario. *L'imprenditore, l'impresa e l'azienda*. Torino: UTET, 1959.
- HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.
- HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- JOB, João Alberto Leivas. *Da nulidade da partilha: uma aplicação dos métodos histórico e fenomenológico ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- LEWIS, Sandra Barbon. A íntima relação entre o Direito e a Economia. In: PORTELLA, André (Org.). *Direito Público contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Carlos Valder do Nascimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- LIMA, Osmar Brina Correa. *Sociedade limitada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- LINS, Bernardo F. E.; MUELLER, Bernardo. *Abertura do capital das empresas jornalísticas e de radiodifusão no Brasil: uma análise da Emenda Constitucional n. 36, de 2002*. [S.l.]: [s.n.], [200-]. Disponível em: <<http://www.belins.eng.br/ac03/wkpaps/compec07.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2012.
- LIPPMANN, Walter. *Opinião pública*. Tradução de Jacques A. Wainberg. Petrópolis: Vozes, 2008.
- LOBO, Jorge. *Sociedades limitadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Tratado dos registros públicos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. v. 2.
- LUCCA, Newton de. A atividade empresarial no âmbito do novo Código Civil. In: _____ et al. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 9.
- MAGALHÃES, Barbosa. *Do estabelecimento comercial: estudo de Direito Privado*. Lisboa: Ática, 1951.
- MARIANI, Irineu. *Contratos empresariais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MARQUES, Cláudia de Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações mercantis*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. v. 3.
- MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS: teoria e prática*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Dialética, 2002.
- MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 1. t. 1.
- MEYERS, Alfred L. *Elementos de economia moderna*. Tradução de Antonio Ferreira da Rocha. 3. ed. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1968.
- MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954^a. t. 1.
- _____. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954^b. t. 2.

- _____. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. t. 39.
- _____. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964. t. 47.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1972. v. 1.
- MORAES, Bernardo Pereira de. *Doutrina e prática do imposto sobre serviços*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- MOROSINI, Fábio. Visões acerca do novo direito da comunicação de massa. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 13, n. 50, p. 182-214, abr./jun. 2004.
- MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Comentários à Constituição Federal: direitos e garantias fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- NERVI, Andrea. La tutela dell'etere: riflessioni intorno ad un principio giurisprudenziale. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Padova, v. 104, n. 7/8, luglio/ag. 1996.
- NEVES, Fernando Crespo Queiroz. *Imposto sobre a prestação de serviços de comunicação e internet*. Curitiba: Juruá, 2006.
- NUOVOLONE, Pietro. Stampa. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto. *Novissimo Digesto italiano*. Torino: UTET, 1977. v.18.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia política: introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- OLIVEIRA, Goulart de. *Renovação de contrato: ensaio de direito comparado: doutrina, legislação e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.
- OPITZ, Oswaldo. *Lei de luvas: problemas de locação comercial e industrial*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.
- PACHECO, José da Silva. *Comentários à nova lei sobre as locações dos imóveis urbanos e seus procedimentos*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- PARETO, Vilfredo. *Manual de economia política*. Tradução de Guillermo Cabanellas. Buenos Aires: Atalaya, 1945.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001^a. v. 1.
- _____. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001b. v. 3.
- PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. *Direitos da criança e do adolescente em face da TV*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- POLANYI, Karl. *A grande transformação*. Tradução de Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- PORTELLA, André. *Controle tributário e comércio eletrônico*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- RAMOS, José Nabantino. Tributos sobre a imprensa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 59, n. 413, p. 22-26, mar. 1970.
- REALE, Miguel. Abuso do poder econômico e garantias individuais. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Org.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1.
- RIBEIRO FILHO, Alexandre da Cunha; HENRIQUES, Vera Lúcia Ferreira de Mello. *ISS: o imposto sobre serviços comentado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1981.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

SANDULLI, Maria Alessandra. Radioaudição e televisão. In: ENCICLOPEDIA del Diritto. Milano: Giuffrè, 1987. v. 38.

SANTOLIM, César Viterbo Matos. *Formação e eficácia dos contratos por computador*. São Paulo: Saraiva, 1995.

SANTOS, João Manoel Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. v. 15.

SCHOPENHAUER, Arthur. *O livre arbítrio*. São Paulo: Formar, [1975?].

SCORSIM, Ericson Meister. *TV digital e comunicação social: aspectos regulatórios*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. *TV digital e comunicação social: aspectos regulatórios*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SIDOU, J. M. Othon. *Proteção ao consumidor: quadro jurídico universal: responsabilidade do produtor no direito convencional: cláusulas contratuais abusivas: problemática brasileira: esboço de lei*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SILVA, Antonio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Comentários à nova lei do inquilinato*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. Direitos fundamentais do homem nos textos constitucionais brasileiro e alemão. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 29, n. 115, p. 85-138, jul./set. 1992.

SOBRAL, Ricardo. A nova lei das agências de publicidade e a incidência de ISS com a permissão da administração contratada. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, Porto Alegre, v. 8, n. 44, p. 96-113, abr./maio 2012.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das concessões: concessões, consórcios e acordos, outras formas de gestão associada*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico e economia política*. Belo Horizonte: Prisma, 1970. v. 1.

_____. *Lições de Direito Econômico*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002^a.

_____. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002b.

_____. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; DERZI, Misabel de Abreu Machado; COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Direito Tributário contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TIMM, Luciano Benetti. *A prestação de serviços: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário das telecomunicações e satélites*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

TOUSSAINT, Nadine. *A economia da informação*. Tradução de Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

UBALDO, Edson Nelson. A vontade do sócio na dissolução da sociedade limitada. In: PRADE, Péricles (Org.). *Estudos jurídicos em homenagem a Vicente Ráo*. São Paulo: Resenha Universitária, 1976.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VIANNA, Marco Aurélio Silva. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 16.

VIEIRA, Roberto Átila Amaral. Disponibilidade gráfico-editorial da imprensa especializada. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 6, n. 23, p. 31-54, jul./set. 1969.

VIRGA, Pietro. *Diritto Costituzionale*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 1975.

VIVANTE, Cesare. *Trattato di Diritto Commerciale*. Milano: Dott. Francesco Vallardi, 1912. v. 1.

WALRAS, Léon. *Compêndio dos elementos de economia política pura*. Tradução de João Guilherme de Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

ZAFFORE, Jorge. *La comunicación masiva: regulación, libertad y pluralismo*. Buenos Aires: Depalma, 1990.

A participação do Senado no controle difuso de constitucionalidade

NINA TRÍCIA DISCONZI RODRIGUES
ONDINA MARIA PAULINO PINÓS

Sumário

1. Introdução. 2. O controle difuso. 2.1. O papel do Supremo Tribunal Federal. 2.2. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade no controle difuso. 2.3. O papel do Senado Federal. 3. Mutação constitucional. 3.1. Origem da mutação constitucional. 3.2. Conceito e importância. 3.3. O desuso e a ocorrência de mutação constitucional. 4. A tese da mutação constitucional e o art. 52, X da CF. 4.1. Apresentação do caso: Reclamação nº 4.335-5/AC. 4.1.2. Os votos dos ministros. 4.1.2.1. Os votos favoráveis. 4.1.2.2. Os votos divergentes. 4.2. Olhar da doutrina. 5. O papel do Senado é anacrônico? Deve-se dizer sim à mutação constitucional? 6. Conclusão.

Nina Trícia Disconzi Rodrigues é doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Professora de Direito na Faculdade Genesista Nossa Senhora dos Anjos (Facensa) e pesquisadora da Unifra.

Ondina Maria Paulino Pinós é bacharel em Economia pela PUC/RS. Bacharel em Direito pela Ritter – Canoas/RS. Fiscal de Tributos Municipais. Escrivã da Polícia Civil do Rio Grande do Sul.

1. Introdução

Este trabalho destina-se a verificar a ocorrência de mutação constitucional do instituto previsto no artigo 52, X, da Constituição Federal (CF), tese defendida pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes na Reclamação (Rcl.) nº 4.335-5/AC, verificando-se os argumentos favoráveis e contrários à participação do Senado em sede de controle difuso.

A relevância do tema justifica-se não só pela tendência de se ampliar o modelo abstrato de controle de constitucionalidade, se vencedora a tese da mutação constitucional no âmbito da Corte, mas também, em se tratando da intervenção do Senado no controle difuso, porque se configura a transferência de competência do Poder Legislativo ao Poder Judiciário para decidir sobre esse tema.

2. O controle difuso

Previsto desde a Constituição de 1891, o controle difuso perpetuou-se nas demais Cartas Constitucionais, revelando-se, segundo Bonavides (2007, p. 325), o modelo pela via da exceção que melhor atende à defesa do cidadão, ao possibilitar que controvérsias constitucionais acerca de direitos individuais sejam sempre discutidas pelo ofendido.

Qualquer juiz ou Tribunal deve manifestar-se a respeito da constitucionalidade das leis e atos normativos, de ofício ou não. Dessa forma, a discussão acerca da constitucionalidade surge de forma incidental em uma demanda que não tem como objeto a declaração de inconstitucionalidade de uma norma. Em se tratando de controle pela via difusa, quando o Supremo Tribunal Federal declarar reiteradas vezes a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo de forma incidental oficiará ao Senado Federal para que esse órgão, por meio de Resolução, suspenda a execução – no todo ou em parte – da lei ou ato normativo. É importante ressaltar que a origem da participação senatorial encontra-se na teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*); ou seja, as funções típicas de Estado devem ser harmônicas e independentes, de modo que cada poder tenha a sua atuação resguardada e fiscalizada pelo outro poder.

A declaração de inconstitucionalidade, no controle difuso, não anula a lei nem a revoga (só o mesmo poder que cria pode revogar e só o judiciário pode anular). A lei continua em vigor até que o Senado Federal suspenda sua executoriedade nos termos do art. 52, X, da CF/88.

A respeito de controle difuso, Barroso (2006, p. 79) aponta:

“A questão constitucional pode ser levantada em processo de qualquer natureza, seja de conhecimento, de execução ou cautelar. O que se exige é que haja um conflito de interesses, uma pretensão resistida, um ato concreto de autoridade ou ameaça de que venha ser praticado. O controle incidental de constitucionalidade somente pode se dar na tutela de uma pretensão subjetiva. O objeto do pedido não é ataque à lei, mas a proteção de um direito que seria por ela afetado. Havendo a situação concreta, é indiferente a natureza da ação ou do procedimento. [...] a arguição incidental de inconstitucionalidade pode se dar em ação de rito ordinário, sumário, ação especial ou ação constitucional, inclusive, dentre estas, a ação popular e ação civil pública.”¹

¹ O autor pondera que, embora o controle difuso inicialmente tenha sido utilizado como instrumento de defesa do réu, razão pela qual é também chamado de via de defesa ou de exceção, atualmente se encontra ao alcance de qualquer das partes: do Ministério Público, na condição de parte ou como *custos legis*; de terceiros que integram legitimamente o processo; de juizes ou tribunais; e de qualquer cidadão na defesa de seus direitos subjetivos.

2.1. O papel do Supremo Tribunal Federal

Detentor da tarefa de guardião da Constituição, o STF tem a incumbência de pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade não apenas na ação direta, mas também nos casos concretos dentro dos parâmetros determinados na legislação. Barroso (2009, p. 101) aponta que é em sede de recurso extraordinário que encontramos o maior volume de controle de constitucionalidade exercido pelo STF. A repercussão geral tornou-se requisito essencial na propositura de qualquer recurso extraordinário; a ausência desse pressuposto de admissibilidade possibilita ao STF recusar-se à apreciação do recurso, devendo, nessa hipótese, atender ao quórum previsto em lei – dois terços de seus membros, o que corresponde a oito votos.

Embora no âmbito da Corte possam reconhecer a existência de repercussão geral, as Turmas não têm competência para recusar o recurso por ausência desse pressuposto de admissibilidade; essa tarefa é exclusiva do Plenário. A Lei nº 11.418/2006 regulamentou o requisito da repercussão geral. Negada a repercussão geral, a decisão atingirá todos os recursos que versem sobre a mesma matéria, portanto, essa mecânica é mais uma tentativa positiva de “otimizar” (BARROSO, 2009, p. 118) os trabalhos do STF.

2.2. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade no controle difuso

O controle incidental de constitucionalidade dissemina-se no âmbito do Poder Judiciário e as decisões de inconstitucionalidade no caso concreto, afastando a aplicação da lei, podem ser prolatadas do juiz singular ao STF. A decisão produz efeitos apenas *inter partes*. Paulo e Alexandrino (2009, p. 736) observam:

“Em qualquer caso, a norma declarada inconstitucional no controle concreto continua a vigor, com toda a sua força obrigatória, em relação a terceiros, que não tenham sido parte na ação. Todas as pessoas que desejarem ver a si estendidos os efeitos da inconstitucionalidade já declarada em caso idêntico deverão postular sua pretensão perante órgãos judiciais, em ações distintas.”

As decisões prolatadas pelo STF no controle concreto de inconstitucionalidade produzem efeito apenas entre as partes envolvidas na lide; portanto, os juízes singulares, os tribunais e a Administração Pública poderão, se assim o entenderem, continuar a aplicar a lei afastada.

Dentro dessa perspectiva, as partes envolvidas em conflito, ainda que este seja idêntico ao caso submetido ao STF, não poderão valer-se da decisão de inconstitucionalidade já prolatada.

2.3. O papel do Senado Federal

O propósito deste estudo, portanto, é examinar o fenômeno da mutação constitucional e apresentar a tese de ocorrência de mutação constitucional do art. 52, X, da CF, defendida pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes na relatoria da Rcl. nº 4.335-5/AC.

Inicialmente examinaremos o instituto da mutação constitucional, abordando sua origem, conceito e importância; entre as modalidades de mutação constitucional, limitamo-nos a apreciar a decorrente do desuso, por guardar relação com os objetivos deste trabalho.

A seguir, apresentamos a tese do ministro Gilmar Ferreira Mendes, justificando a ocorrência de mutação constitucional do art. 52, X, da CF, além dos votos já pronunciados no âmbito da Corte – haja vista não haver julgamento definitivo. Finalizaremos abordando o olhar da doutrina sobre a discussão em andamento no STF.

3. Mutação constitucional

É inegável a dinâmica evolutiva dos povos. A velocidade com que os fatos sociais ocorrem não encontra simetria na evolução de um texto constitucional. Por essa razão, como Horta (2002, p. 104) aponta, a mudança na Constituição é necessária como instrumento impeditivo da “caduquice”.

A forma organizada de mudança da Constituição encontra-se no próprio texto da Constituição; porém, essa não é a única possibilidade de alterações. Há meios não formais, também denominados por Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 12) de “mudança material, processo indireto ou processo informal”.

3.1. Origem da mutação constitucional

O fenômeno da mutação constitucional, segundo Uadi Lammêgo Bulos (1997), encontra sua origem na doutrina alemã. Ele aponta o importante papel desempenhado por Paul Laband, que “examinando o aludido Texto alemão de 1871, notou importantes modificações nesse Diploma Maior, para acompanhar a situação constitucional do império”, (BULOS, 1997, p. 54) o que o faz ser considerado o primeiro jurista a tratar do tema.

Renan Flumian de Carvalho destaca como inusitado o estudo desenvolvido, pois os doutrinadores eram ligados à escola alemã de Direito Público, a qual “propugnava a separação do direito e da política” (CARVALHO, 2009, p. 16), devendo os fenômenos jurídicos ser estudados sem considerar os aspectos sociais.

Em sua obra, Bulos (1997, p. 85-86) afirma que não apenas as constituições rígidas são alvo de mutação constitucional; também as ditas flexíveis podem sofrer mudanças informais:

“Tomemos como exemplo as mutações constitucionais operadas na histórica e flexível Lei Magna da Inglaterra. Para facilitar o estudo da Constituição inglesa, os professores de Direito costumam dividi-la, didaticamente, em duas partes: a escrita e a não escrita.

A parte escrita é composta dos atos ou tratados de união, das leis, expressas do Parlamento (*Statutes Law*) e das Cartas – acordos solenes ou pactos (*Bill of Rights*). A parte não escrita da Constituição inglesa forma-se pela jurisprudência (*Case Law*) e pelas convenções constitucionais (*Constitutions Conventions*). [...] A *Conventions* apresentam-se como preceitos de natureza costumeira, promanando daí a conclusão de que o Texto inglês é um diploma não totalmente escrito, no qual encontramos o fenômeno da mutação constitucional, adaptando ditas convenções à realidade circundante.”

O processo informal de mudança da Constituição, existente tanto nas constituições rígidas como nas flexíveis, é “uma constante na vida dos Estados” (BULOS, 1997, p. 57), adequando o texto à dinâmica evolutiva da vida social.

3.2. Conceito e importância

A adoção de Constituição rígida, como a brasileira, presume-se estável. Entretanto, essa característica em nada é empecilho aos processos de mudanças, sejam eles formais ou não formais. Segundo Ferraz (1986, p. 5), estabilidade e mudanças são elementos que devem caminhar juntos, efetivando a Constituição frente à constante evolução da sociedade em todos os seus aspectos. Mudanças e estabilidade agem como “sistema de pesos e contrapesos” (PINTO, 2007, p. 2), fundamental para a manutenção da segurança jurídica e do atendimento das necessidades frente à realidade dos fatos. Por essa razão, a mutação constitucional encontra seu fundamento na ausência de sintonia entre o texto constitucional e a realidade fática.

Ferraz (1986) argumenta que a mutação constitucional, processo não formal, consubstancia-se ao alterar o significado, o sentido e o alcance das disposições constitucionais sem modificar o texto positivado, não podendo ir de encontro à Constituição. A autora pondera:

“A experiência constitucional demonstra que a expressão mutação constitucional, ou seja, os processos não formais de mudança constitucional, não é empregada uniformemente pela doutrina, abrigando, a um só tempo, dois tipos ou espécies diferentes de mutações: as que não violentam a Constituição, isto é aquelas que se confrontadas por qualquer meio de controle, particularmente o jurisdicional, não sofrerão a pecha de inconstitucionalidade, e as mutações constitucionais que contrariam a Constituição e que, num confronto com a Lei Fundamental, não devem subsistir” (FERRAZ, 1986, p. 9).

Sob esse prisma, Pinto (2007, p. 2) assevera:

“As mutações constitucionais apresentam natureza informal, eis que são meios difusos que seguem formalidades expressas e ocorrem de maneira espontânea, sem qualquer previsibilidade.

A Constituição pode sofrer o influxo da interpretação dos tribunais, dos usos e costumes, da construção judicial, dos grupos de pressão e de outros agentes, a despeito do texto da Constituição não ser modificado. As modificações difusas não possuem sistematização doutrinária uniforme no que concerne a suas modalidades.”

A Constituição retrata a vontade de um povo em um dado momento, sendo, em razão da dinamicidade da vida, impossível regrar todas as si-

tuações futuras. Portanto, “A Constituição jamais é, em si, obra acabada” (FERRAZ, 1986, p. 23), implicando, para bem efetivar seus valores, o exercício constante da interpretação de suas normas.

Paulo e Alexandrino (2009, p. 545-546) conceituam mutação constitucional da seguinte forma:

“[...] podemos afirmar que as mutações constitucionais consubstanciam o caráter dinâmico, mutável da Constituição. São mudanças ‘silenciosas’, informais do conteúdo e sentido das normas constitucionais. Silenciosas porque as mudanças não atingem a literalidade do texto da Constituição, mas apenas o significado.”

Na sequência, com base nos ensinamentos J. J. Gomes Canotilho (2003), eminente constitucionalista português, os autores perfilham a posição de que as mutações, resultantes da interpretação concretizada, se revestem em ato legítimo, desde que não agridam os princípios estruturais da Constituição.

Por sua vez, Bulos (1997, p. 57) conceitua mutação constitucional:

“[...] processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à Letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais.”

Lenza destaca que as “mutações exteriorizam o caráter dinâmico e de prospecção das normas jurídicas” (LENZA, 2010, p. 130-131) e apresenta como exemplo o termo “mulher honesta”, elemento constante de norma penal, cujo sentido original não mais encontrava abrigo em razão da evolução dos valores sociais. O Judiciário, atento à mudança, passou a julgar os casos concretos observando a alteração ocorrida de forma espontânea no seio da sociedade. Todo esse processo influenciou o legislador, resultando na revogação dos dispositivos penais que traziam o termo.

O fenômeno da mutação constitucional não tem sua origem apenas quando da aplicação da interpretação constitucional; surge também pelos usos e costumes, pela construção judicial e por outros meios não convencionais. Logo, apartado do poder constituinte organizado, foi denominado por Georges Burdeau (1986, p. 10) de “poder constituinte difuso”.

Ressalta-se que a interpretação constitucional é método de interpretação jurídica com respeito às peculiaridades inerentes à matéria constitucional. Ferraz, em sua obra *Processos informais de mudança da Constituição*, aborda com propriedade vários métodos de interpretação constitucional, destacando que quaisquer dos critérios interpretativos podem conduzir a mutações constitucionais:

“Diante das considerações expostas é possível afirmar que todos os métodos interpretativos examinados, cada qual dentro dos seus contornos e considerados os limites em que atuam, podem ensejar mudanças constitucionais, em maior ou menor amplitude. Assim, por exemplo, o método gramatical permite mutação constitucional porque o sentido de determinado vocábulo se modifica; igualmente, o método evolutivo, porque acompanha a alteração de valores e fins inspiradores das disposições constitucionais; e os métodos modernos, vistos conferirem ao intérprete liberdade maior na aplicação da norma” (FERRAZ, 1986, p. 53).

Não cabe, para o fim a que se destina esse estudo, discorrer sobre todos os métodos interpretativos existentes, pois se trata de matéria extensa que comportaria outro trabalho. No momento, basta a compreensão de que esses, ao atribuírem sentido novo à norma constitucional em exame, desempenham o papel de instrumentos de mutação constitucional, adequando a Constituição positivada à dinamicidade da realidade social.

A relevância da interpretação constitucional encontra abrigo nas palavras do eminente constitucionalista Paulo Bonavides (2007, p. 459):

“Quanto mais rígida a Constituição, quanto mais dificultosos os obstáculos erguidos a sua reforma, mais avulta a importância da interpretação, mais flexíveis e maleáveis devem ser os seus métodos interpretativos, em ordem a fazer possível uma perfeita acomodação do estatuto básico às exigências do meio político e social. [...] Mediante o emprego dos instrumentos de interpretação, logram-se surpreendentes resultados de alteração de sentido das regras constitucionais sem que todavia se faça mister modificar-lhe o respectivo teor. De sorte que aí se combina a preservação da Constituição com deferimento das mais prementes e sentidas exigências da realidade social.”

A Constituição, como reflexo da realidade, deve apresentar em seu texto a vontade expressa. Contudo, como aponta Ferraz (1986, p. 59), alterações formais não ocorrem com a rapidez necessária, e “nem sempre as mudanças são substanciais, a ponto de exigirem novo texto constitucional”.

Nesse cenário, ganha relevo a interpretação constitucional:

“A mutação constitucional por via interpretativa é claramente perceptível numa das situações seguintes: a) quando há um alargamento do sentido do texto constitucional; b) quando se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional; c) quando se modifica interpretação anterior e se imprime novo sentido, atendendo à evolução da realidade constitucional; d) quando há adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição; e) quando há adaptação do texto constitucional para atender exigências do momento da aplicação constitucional; f) quando se preenche, por via interpretativa, lacunas do texto constitucional” (FERRAZ, 1986, p. 58-59).

Aponta a autora que o rol não é taxativo: poderão ocorrer outras situações em que a interpretação configure mutação constitucional.

A despeito da importância da interpretação constitucional para a produção de mutação constitucional, Ferraz (1986, p. 62-63) registra a possibilidade de “distorções dos princípios fundamentais que embasam o documento constitucional”, risco potencializado quando a interpretação busca atender unicamente à adequação social.

Em sua monografia, Carvalho (2009, p. 46-49) busca identificar qual é o conceito de mutação constitucional para o STF. Após abordar o tema nos seus aspectos doutrinários, lançou mão da análise das decisões em que consta expressamente a palavra mutação constitucional. A saber: Agr RE nº 450.504-5/MG, QO HC nº 86.009-5/DF, ED EDiv RE nº 174.161-9/DF, EDiv RE nº 166.791-8/DF, HC nº 90.450-5/MG, HC nº 94.695-0/RS, Rcl. nº 4.335-5/AC, HC nº 98.893/MC/SP, AI nº 611.481/MG, RE nº 488.165/PR, Rcl. nº 7.336/SP, RE nº 466.215/RS, HC nº 92.297/MG, Rcl. nº 3.801/GO, ADI nº 1.484/DF, ADI nº 3.929 MC/DF, ADI nº 3.838 MC/DF, MS nº 26.603/DF, MS nº 26.602/DF, MS nº 26.604/DF e ADPF nº 46. Carvalho constata, por fim, não ser possível assentar qual o conceito de mutação constitucional adotado pelo STF.

Observa o autor, nas decisões dos ministros Eros Grau, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Ayres Britto, a utilização do instituto, porém sem uniformidade; ou seja, para o mesmo fenômeno, há utilização distinta. Os ministros Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence, por sua vez, não expressaram, quando do afastamento da aplicação do instituto, qual o conceito por eles adotado.

Para Carvalho (2009, p. 47), o instituto da mutação constitucional no âmbito da Corte apresenta-se de tal forma:

“[...] um coringa argumentativo na mão dos ministros. Tal constatação é corroborada não só quando os ministros aplicam o instituto de forma distinta, mas, principalmente, quando o mesmo ministro aplica a mutação constitucional de maneira diversa. Ora, se o instituto possui conceito, não é algo vazio que deva ser conceitualmente preenchido no caso concreto.”

Carvalho (2009) destaca como positivo o voto do ministro Marco Aurélio na ADPF nº 46, exemplo de aplicação do instituto; porém, até a conclusão deste estudo, reafirmava a sua posição da impossibilidade de firmar-se um conceito de mutação constitucional pelo STF.

3.3. O desuso e a ocorrência de mutação constitucional

Para o enfoque do presente trabalho, cabe-nos assentar o olhar sob a mutação constitucional advinda do desuso, que permeia a tese do ministro

relator Gilmar Ferreira Mendes e é citada por alguns doutrinadores que examinaram a matéria.

Inicialmente, como aponta Ferraz (1986), há de se fazer uma distinção entre desuso e inércia: esta significa a paralisação temporária na aplicação de determinada norma e aquela traduz uma paralisação definitiva. Essa diferenciação é de difícil visualização na prática.

O desuso não é revogação da norma, ainda que se apresente com *animus* definitivo. Ferraz (1986) alerta:

“Como, porém, não há revogação expressa da norma, por reforma constitucional, único modo pelo qual a inaplicabilidade será realmente definitiva, é sempre possível admitir-se a reaplicação de norma em desuso.”

A possibilidade ou não de ocorrência da mutação constitucional por desuso é defendida por Bulos (2009, p. 128):

“Há caso em que o desuso modifica, informalmente, as normas constitucionais, sem, contudo, alterar uma vírgula sequer. A recíproca também é verdadeira, pois pode haver desuso sem mutação constitucional.”

Ferraz (1986, p. 237) defende a aplicação do desuso como processo de mutação constitucional por caracterizar a adaptação da Constituição à realidade, quando necessário.

4. A tese da mutação constitucional e o art. 52, X, da CF

Essa tese está sendo defendida para excluir a participação do Senado em sede de controle difuso, como em seguida se demonstrará.

4.1. Apresentação do caso: Reclamação nº 4.335-5/AC

Em razão da negativa de concessão do regime de progressão proferido pelo Juiz de Direito da Vara de Execuções da Comarca de Rio Branco, a Defensoria Pública ingressou com Reclamação junto ao STF (Rcl. nº 4.335-5/AC) alegando o descumprimento da decisão da Corte, a qual, no HC nº 82.959, em nova interpretação, reconheceu o afastamento da vedação da progressão de regime quando o agente praticou crimes hediondos, considerando inconstitucional o §2º do art. 1º da Lei nº 8.072/1990.

O ministro Gilmar Ferreira Mendes, designado como relator, ao examinar a Reclamação, defendeu a tese de que o inciso X do art. 52 da CF sofreu mutação constitucional no sentido de não mais ficar a cargo do Senado a tarefa de dar efeito *erga omnes* ao reconhecimento de inconstitucionalidade

pelo STF no controle difuso. Para o ministro, a edição senatorial ganha caráter de mera publicização. O ministro Eros Grau perfilhou a tese do relator, ou seja, reconheceu o instituto da mutação constitucional, alterando a função do Senado Federal quando do recebimento da comunicação do STF acerca de decisão de inconstitucionalidade em controle difuso. Na sequência, os ministros Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence afastaram o reconhecimento da mutação constitucional sobre o dispositivo.

A decisão definitiva não está assentada – o julgamento está suspenso –, mas o impacto do voto do relator ministro Gilmar Ferreira Mendes produziu forte ruído no meio jurídico e acadêmico, razão que justifica a análise dos votos proferidos até o momento e da voz dos doutrinadores sobre a matéria.

4.1.2. Os votos dos ministros

A Rcl. nº 4.335-5/AC, que deu origem à proposta do ministro relator Gilmar Ferreira Mendes acerca da mutação constitucional do instituto previsto no artigo 52, X, da CF, ainda não tem decisão definitiva.²

Atualmente apenas três ministros se pronunciaram sobre o tema. A seguir explanaremos os argumentos de cada um deles ao examinar a tese de mutação constitucional instigada pelo relator.

4.1.2.1. Os votos favoráveis

O ministro Gilmar Ferreira Mendes, então relator, apresentou a tese da ocorrência de mutação constitucional do inciso X do artigo 52 da CF, passando a atribuir ao Senado Federal, no âmbito do controle concreto, a mera tarefa de dar publicidade à decisão de inconstitucionalidade prolatada pelo STF. Isso significa que a resolução senatorial deixa de ser instrumento da consolidação do efeito *erga omnes* quando da suspensão da execução da norma afastada pela Corte no exame de casos concretos e nas decisões definitivas de inconstitucionalidade, assumindo o papel de mero publicista.

Em seu voto, o relator reconhece que a fórmula adotada na Carta de 1934, para dar efeito geral, foi o remédio adotado em razão da ausência, no direito brasileiro, do *stare decisis*, presente no sistema norte-americano.

² Na sessão do dia 16/5/2013, o ministro Ricardo Lewandowski apresentou o seu voto na direção do que foi defendido nos votos dos ministros Pertence e Barbosa. Sem prejuízo dos debates que tiveram lugar na referida sessão, o julgamento da reclamação foi novamente suspenso após pedido de vista, do ministro Teori Zavascki. Assim, ainda teremos que esperar o que o plenário STF decidirá acerca do papel do Senado no âmbito do controle de constitucionalidade.

O ministro, após discorrer sobre o surgimento do instituto e as discussões travadas ao longo do tempo, questiona a razão de tratamento diverso, para fins de efeitos, entre ação direta de inconstitucionalidade e o controle incidental no âmbito da Corte, concluindo: “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, 2006, p. 25). Em seus argumentos, traz o ministro o exame da separação dos Poderes, o modelo de sistema de controle de constitucionalidade pátrio, a ampliação adotada pelo legislador da utilização do efeito *erga omnes* em outros institutos sem manifestação do Senado, os efeitos na concessão de mandado de segurança coletivo e a súmula vinculante.

Para o ministro, a função deixada originalmente a cargo do Senado Federal, no controle concreto, atendia à concepção de separação de Poderes vigente quando da sua criação, na Constituição de 1934; porém, essa visão tradicional ficou superada.

No campo do sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, Mendes ressalta a ampliação dos legitimados, conforme dispõe o art. 103 da CF, abolindo o monopólio do Procurador-Geral no controle concentrado, invertendo a lógica até então dominante:

“A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, fazem com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado. Assim, se continuamos a ter um modelo misto de controle de constitucionalidade, a ênfase passou a residir não mais no sistema difuso, mas no de perfil concentrado” (BRASIL, 2006, p. 34).

O ministro destaca que a ampliação dos legitimados em sede de controle concentrado “acabou por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso” (BRASIL, 2006, p. 33). Sua tese apoia-se na doutrina de Gerhard Anschütz, para quem a opção de delegação de questões constitucionais a Tribunal especial implica a limitação na jurisdição ordinária.

O instituto da suspensão da execução da lei, em consonância com a doutrina majoritária e a jurisprudência, alcançou entre nós interpretação que vai de encontro à implementação da teoria da nulidade da lei, pois a resolução senatorial não produz efeitos *ex tunc*, típicos da declaração de nulidade de lei. Nas palavras do ministro:

“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” (BRASIL, 2006, p. 39).

Portanto, segundo Mendes, a lei declarada inconstitucional pela Corte no campo do controle difuso, em razão do ato do Senado, termina por não concretizar a teoria da nulidade; seus efeitos, embora ganhem relevo geral, são *ex nunc*. Mendes ainda registra ter ficado a cargo de um órgão político e não judiciário a não aplicação da lei com efeitos gerais.

Dentre as razões de seu voto, o ministro relator assevera o caráter restrito da suspensão ao não contemplar o efeito geral e vinculante às decisões da Corte, o qual foge às declarações de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. É o que ocorre, por exemplo, na interpretação conforme a Constituição ou na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

É inegável, segundo o ministro, a constatação da inconsistência do modelo adotado no Brasil. Ao apreciar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), cuja decisão no caso concreto tem efeito *erga omnes* e terá, quando do exame em controle incidental, eficácia *inter partes*, o ministro argumenta:

“Tal como estabelecido na referida lei (art. 10, §3º), a decisão proferida nesse processo há de ser dotada de eficácia *erga omnes* e de efeito vinculante. Ora, resta evidente que a ADPF estabeleceu uma ponte entre dois modelos de controle, atribuindo eficácia geral a decisões de perfil incidental” (BRASIL, 2006, p. 49).

Mendes traz como argumento a repercussão da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF sobre as decisões de outros Tribunais. O instituto da reserva de plenário, previsto no art. 97 da CF, fica afastado no caso de já haver pronunciamento de inconstitucionalidade no âmbito da Corte. Nas palavras do ministro:

“Esse entendimento marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferir *incidenter tantum*” (BRASIL, 2006, p. 50).

No bojo dos argumentos, Mendes aponta ainda a tendência do STF de conferir efeitos vinculantes inclusive aos fundamentos determinantes

da decisão. Nesse sentido, registra as decisões de vários ministros da Casa, o que só pode, segundo ele, ser aceito sob o prisma de eficácia transcendente dos efeitos, afastando a necessidade de resolução senatorial.

Também se apresentam como argumento os efeitos produzidos em sede de ação coletiva, mandado de segurança coletivo ou ação pública, onde a decisão *inter partes* ganha relevo distinto. Mendes cita como exemplo as decisões do RE nº 197.971 e HC nº 82.959, apontando como “casos notórios a demonstrar que a Corte, ao prolatar referidas decisões, já lhes estava atribuindo efeitos *erga omnes*” (BRASIL, 2006, p. 46).

A aplicação de limitação de efeitos em sede de controle concreto é pacífica para o ministro e não encontra abrigo em razões de conveniência, e sim em sede constitucional. Isso implica estar o Tribunal “desvinculado de qualquer ato do Senado Federal, cabendo tão somente a ele – Tribunal – definir os efeitos da decisão” (BRASIL, 2006, p. 56).

A própria criação da súmula vinculante, na visão do relator, vem ao encontro da defesa da mutação ora explicitada, uma vez que a produção de seus efeitos ocorre sem qualquer interferência do Senado Federal.

Segundo o ministro, todas essas mudanças consolidadas na legislação implicam não somente a retirada do significado substancial à suspensão da execução pelo Senado, como também registra a nova leitura levada a cabo, pelo STF, do instituto previsto no art. 52, X, da CF:

“Em verdade a aplicação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao disposto no art. 52, X, da CF indica que o referido instituto mereceu uma significativa reinterpretação a partir da Constituição de 1988. [...] A multiplicação de processos idênticos no sistema difuso – notório após 1988 – deve ter contribuído, igualmente, para que a Corte percebesse a necessidade de atualização do aludido instituto” (BRASIL, 2006, p. 53).

Sob esse prisma, o ministro destaca em seu voto:

“Assume relevo a decisão que afirmou a dispensabilidade de se submeter a questão constitucional ao Plenário de qualquer Tribunal se o Supremo Tribunal já se tiver manifestado pela inconstitucionalidade do diploma. Tal como observado, essa decisão acaba por conferir uma eficácia mais ampla – talvez até mesmo certo efeito vinculante – à decisão do Plenário do Supremo Tribunal no controle incidental. Essa orientação está devidamente incorporada ao direito positivo (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n. 9756, de 1998). No mesmo contexto situa-se a decisão que outorgou ao relator a possibilidade de decidir, monocraticamente, os recursos extraordinários vinculados às questões já resolvidas pelo Plenário do Tribunal (CPC, art. 557, § 1º A)” (BRASIL, 2006, p. 53).

Esse processo de análise e construção do pensamento levou o ministro Gilmar Ferreira Mendes, relator na Rcl. nº 4.335-5/AC, a defender a tese de mutação constitucional do art. 52, X, da CF, alterando dessa feita o papel do Senado Federal:

“[...] 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 [...] 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.” (BRASIL, 2006, p. 55).

A partir dessa mudança, defende o ministro, cai por terra a discussão acerca da faculdade ou não de o Senado editar a resolução. Trata-se, em verdade, de simples dever de publicação, cujo não cumprimento em nada impede “que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia jurídica” (BRASIL, 2006, p. 56).

O ministro Eros Grau perfilhou a tese defendida pelo relator, reconhecendo a mutação constitucional do art. 52, X, da CF. Ao apresentar seu conceito de mutação constitucional, num primeiro momento defende ser a “transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação” (BRASIL, 2006, p. 9). O ministro adverte que não se trata de mera interpretação, retirando do texto norma distinta do resultado alcançado na interpretação por outro intérprete. Contudo, seu conceito de mutação constitucional vai além e, num segundo momento, pondera:

“Quando ela se dá, o interprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação [...] Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro. [...] Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado” (BRASIL, 2006, p. 9).

Para o ministro, a mutação constitucional não se restringe apenas à norma nova, mas também à substituição de um texto por outro. Nesse novo enfoque, o papel que restou ao Senado foi o de mero dever de publicar. Eros Grau argumenta que o novo texto se amolda com exatidão à tradição do controle de constitucionalidade adotado e está perfeitamente adequado ao contexto constitucional, não ferindo quaisquer de seus princípios, embora reconheça ser estranho deixar à Casa Legislativa o simples dever de dar publicidade.

No que tange à possível fala da doutrina, o ministro frisa que “estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento” (BRASIL, 2006, p. 14), e lembra o compromisso constitucional do Tribunal de guardiões da Constituição.

O ministro ainda afirma, sem desprestígio ao Poder Legislativo, não ter este, no âmbito de sua atividade típica, capacidade para conferir interpretação constitucional diversa do STF, quando julgou inconstitucional o artigo 2º, §1º da Lei nº 8.072/90, no HC nº 82.959.

Valendo-se dos ensinamentos de Montesquieu, Grau reconhece a faculdade do Poder Judiciário de impedir a existência de leis inconstitucionais, o que ele compara a um “quase veto” do Poder Judiciário. O ministro é firme ao afirmar que, nesses casos,

“O Legislativo não poderá, nesta hipótese, retrucar, reintroduzindo no ordenamento o que dele fora extirpado, pois os braços do Judiciário nesta situação alcançam o céu. Pode fazê-lo quando lance mão da faculdade de estatuir, atuando qual intérprete da Constituição, por não estar de acordo com a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal a um texto normativo. Mas não, repito, quando aquele que estou referindo como poder de veto do Judiciário [= poder de afirmar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo] houver sido exercido” (BRASIL, 2006, p. 18).

Por fim, o ministro Eros Grau declara a nova leitura do artigo 52, X, da CF face à mutação constitucional: “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” (BRASIL, 2006, p. 19), concedendo à decisão do STF força normativa para suspender a norma.

4.1.2.2. Os votos divergentes

Os votos divergentes, até então, eram os dos ministros Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence.

Carvalho (2009) salienta que no voto do ministro Sepúlveda Pertence não se encontra de forma expressa o seu conceito de mutação constitucional. Analisando o voto do ministro, o autor considera que em certa medida há uma comparação da mutação proposta a um golpe de estado.

Nas palavras do ministro: “mutação constitucional por decreto do poder que com ela se ampliaria; o que, a visões mais radicais, poderia ter cheiro de golpe de Estado” (BRASIL, 2007, p. 1); isso evidencia o perigo, para a Constituição, do uso indevido da mutação constitucional.

Se por um lado, reconhece o ministro, que o instituto previsto no artigo 52, X, da CF vem perdendo força frente aos fatos, de outro posiciona-se contrariamente à mutação constitucional proposta pelo relator, arguindo dispor a Corte de outro mecanismo para fazer valer os efeitos *erga omnes*. Concebendo o sistema em sua dimensão, Sepúlveda Pertence assevera:

“Não há dúvida de que, no mundo dos fatos, se torna cada vez mais obsoleto – concordo – esse mecanismo; mas, hoje, combatê-lo, por isso que tenho chamado – com a permissão generosa dos dois Colegas – de projeto de decreto de mutação constitucional, já não é mais necessário. [...] A Emenda Constitucional 45 dotou o Supremo Tribunal de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de mera publicidade de nossas decisões, dispensa essa intervenção. Refiro-me, é claro, ao instituto da súmula vinculante [...]” (BRASIL, 2007, p. 4).

A mesma ausência de conceito de mutação constitucional observada no pronunciamento do ministro Sepúlveda Pertence é apontada, por

Carvalho (2009), quando da argumentação do ministro Joaquim Barbosa. Para o ministro, a tese de mutação constitucional não se sustenta. Barbosa alicerça sua posição nos ensinamentos de Canotilho:

“[...] o que vislumbro com a proposta é que ocorrerá pura e simplesmente, pela via interpretativa, a mudança no sentido da norma constitucional em questão, hipótese essa que Canotilho, por exemplo, não elenca como modalidade idônea de mutação” (BARBOSA, 2007 apud CARVALHO, 2009, p. 28).

Subsiste ainda, para o ministro, ausência de dois fatores que considera fundamentais: “o decurso de um espaço de tempo maior, para a constatação dessa mutação, e a conseqüente e definitiva ‘desuetude’ do dispositivo” (BARBOSA, 2007 apud CARVALHO, 2009, p. 28), afastando a possibilidade da ocorrência da mutação constitucional.

No que tange ao desuso do instituto, Joaquim Barbosa acrescenta em sua argumentação:

“[...] pesquisa rápida na base de dados do Senado Federal indica que desde 1988 aquela Alta Casa do Congresso suspendeu a execução de dispositivos de quase *100 normas declaradas inconstitucionais* (sendo sete em 2006, Resoluções do SF de nº 10, 11, 12, 13, 14, 15 e 16; e uma já, neste ano, em 2007, resolução nº 2)” (BARBOSA, 2007 apud CARVALHO, 2009, p. 28, grifo do autor).

Com base na pesquisa, o ministro declara que a Casa Legislativa vem procedendo à edição de resoluções senatoriais não se justificando, portanto, a mutação alegada pelo ministro relator.

Por conseguinte, o Joaquim Barbosa enfatiza sua posição contrária à tese da mutação constitucional apresentada pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes.

4.2. Olhar da doutrina

A pesquisa na doutrina apontou como majoritária a posição contrária à tese da mutação constitucional sustentada pelo ministro relator Gilmar Ferreira Mendes. A única voz divergente foi a de Carlos Alberto Lúcio Bittencourt (1997, p. 45), citado inclusive pelo ministro relator quando da sua argumentação.

Considerando não ser optativa a edição de resolução senatorial, Bittencourt (1997) advoga que o papel da Casa Legislativa, nesse contexto, é de mera publicidade da decisão definitiva do STF. Ademais, pondera:

“Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus efeitos regulares, que, de fato,

independem da colaboração de qualquer dos outros poderes. O objetivo do art. 45, nº IV da Constituição é apenas tornar pública a decisão do tribunal [...]” (BITTENCOURT, 1997).

Ocorre que essa análise de Bittencourt diz respeito à Constituição de 1967; naquele momento histórico, poder-se-ia refletir que, de fato, a participação senatorial servia apenas para dar publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal. Porém, a partir de 1988, com o resgate da democracia em nosso país, é ainda mais necessária a atribuição senatorial.

Os autores iniciam sua análise considerando positivo o aumento do número de legitimados no controle abstrato, o que culmina na entrega aos representantes da sociedade civil o direito de buscar a declaração de inconstitucionalidade, reforçando a democracia. A alusão ao caráter democrático contido na ampliação dos legitimados a propor ação direta também é percebida no controle difuso e concreto, segundo os autores, “de forma indireta, pela atribuição constitucional deixada ao Senado Federal” (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007), razão que os leva a criticar a retirada das atribuições do Senado no âmbito do controle difuso. Sobre esse aspecto, afirmam os autores:

“Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; *significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo*, o que não parece sequer sugerido pela Constituição da República de 1988” (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007).

Nesse sentido, Streck, Oliveira e Lima (2007) frisam que a democracia é compromisso da Constituição; portanto, o Estado Democrático de Direito exige a participação democrática da sociedade, e a participação da Casa Legislativa expressa de forma legítima esse exercício no processo de decisão acerca da inconstitucionalidade de uma lei que é, em última análise, a vontade geral do povo.

Os autores afirmam que o efeito, já pacificado, quando da resolução editada pelo Senado Federal, é *ex nunc*; a posição adotada pelo ministro relator Gilmar Ferreira Mendes, se vencedora a tese da mutação constitucional, produzirá efeitos *ex tunc*. Sob esse prisma, os autores apontam que os efeitos geral e vinculante decorrentes da mutação constitucional defendida afrontam os princípios do devido processo legal e da ampla defesa e do contraditório, todos com sede constitucional.

Streck, Oliveira e Lima (2007) são categóricos ao afirmar que o sistema brasileiro de controle é misto e que contemplar a mesma eficácia a ambos os modelos, abstrato e concreto, é minar a diferença existente entre eles: neste, o efeito é *ex tunc* e somente entre as partes; naquele, em regra, é *ex tunc* e de efeitos gerais.

Há, para os autores, uma distinção significativa no campo de atuação, a qual não pode ser desconsiderada quando das decisões proferidas pela Corte ao examinar a inconstitucionalidade em ambos os modelos: no controle concentrado, a declaração de inconstitucionalidade atua no campo da eficácia; no difuso, se editada a resolução pelo Senado Federal, a atuação é no campo da vigência.

Surpreende os autores a possibilidade de que em controle difuso qualquer decisão do STF, independentemente do quórum, lograria efeitos semelhantes aos de uma súmula, quando em verdade sequer tenha atingido votação para tanto:

“[...] se o Supremo Tribunal Federal pretende – agora ou em futuros julgamentos – dar efeito vinculante em controle difuso, deve editar uma súmula (ou seguir os passos do sistema, remetendo a decisão ao Senado). Ou isso, ou as súmulas perderam sua razão de ser, por que valerão tanto ou menos que uma decisão por seis votos a cinco [...]” (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 10).

No entendimento dos autores, se aceita a tese de efeitos *erga omnes* e vinculante com efeitos *ex tunc* no âmbito do controle difuso, ao reconhecer a inconstitucionalidade o mesmo deverá valer para as decisões que reconheçam a constitucionalidade da lei ou do ato.

A mutação constitucional não pode, conforme os autores, “subverter a Constituição sob o argumento de a estar garantindo ou guardando” (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 21). Sua atividade não é legislativa (embora reconheçam o caráter normativo das súmulas vinculantes), e nem pode o Tribunal, no exercício de sua atividade jurisdicional, agir como constituinte.

Streck, Oliveira e Lima (2007, p. 25) tecem forte crítica à passagem do voto do ministro Eros Grau em que afirma, num primeiro momento, ser a mutação constitucional uma transformação de sentido sem alteração do texto, e, num segundo momento, produz uma verdadeira defesa da passagem de um texto a outro, defendendo que deve ser mantida a tradição e a coerência com o todo. Feitas as considerações, perquirem os autores:

“[...] mas o que é tradição? De que tradição se está falando? O que diz a tradição que consubstancia o texto e a norma do art. 52, X? Em que sentido a ‘substituição’ do texto constitucional, efeito em nome de uma

mutação, deixa o novo ‘texto’ em harmonia com a tradição? Não é exatamente para mudar a tradição que se faz ‘mutação’? Mas, então, se se faz mutação para alterá-la, como lhe ser coerente e fiel? [...] se o texto ‘mutado’ é obsoleto – como textualmente diz o Min. Eros Grau – como admitir que o Supremo Tribunal Federal ‘faça’ outro, que o confirme a tradição? De que modo se chega a conclusão de que ‘um texto constitucional é obsoleto’? E de que modo é possível afirmar que, ‘por ser obsoleto’, o Supremo Tribunal Federal pode se substituir ao processo constituinte derivado, único que poderia substituir o texto ‘obsoleto’?” (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007).

No pronunciamento de sua posição, o ministro Eros Grau não responde a essas perguntas. Com efeito, discorrem os autores, se a tradição não encontraria respaldo na própria manutenção do sistema misto, ou seja, entregando ao Senado Federal a tarefa de editar a resolução suspensiva, inserindo a atuação da Casa representativa da vontade do povo na edição da lei, pois somente a ele cabe tratar do âmbito da vigência.

Mediante a pretendida mutação constitucional, sustentam os autores que não cabe ao STF proceder à correção da Constituição; “isso faria dele um poder constituinte permanente e ilegítimo” (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 27). O agir da Corte deve atender aos ditames do poder constituinte; sua existência é vinculada à Constituição.

Opondo-se à tese do ministro relator, Dalton Santos Morais (2009) afirma ter o ministro alicerçado seus argumentos na competência de guarda da Constituição e na alteração do enfoque dado ao princípio da separação dos Poderes, além de lançar mão da premissa “quem pode mais, pode menos”. Ao argumentar que o STF pode, em liminar, suspender a eficácia, não se justifica a limitação em controle concreto e difuso.

Em que pese os argumentos do relator, para Morais (2009) a tese não se sustenta:

“[...] a interpretação restritiva, para não dizer anulante, da competência constitucionalmente assegurada ao Senado Federal pelo art. 52, X, da CF/1988 é contrária à interpretação valorativa que se deve dar à Constituição. [...] a concentração de poder leva ao arbítrio e que nossa Constituição é exemplo cabal da adoção do sistema de ‘freios e contrapesos’, justamente como forma de evitar a indevida concentração do poder estatal em um único Poder da República.”

Na visão de Morais (2009, p. 72), a posição defendida pelos ministros favoráveis à mutação constitucional vai ao encontro do movimento denominado de abstrativização do controle difuso. Trata-se, em última análise, de “germanização” (MORAIS, 2009, p. 74) do controle, denominação adotada por alguns doutrinadores, e que não leva em consideração as especificidades da adoção no Brasil do sistema misto de controle.

Não encontra o autor dificuldades na convivência dos dois sistemas de controle (difuso e concentrado). Por outro lado, demonstra preocupação com o esvaziamento do controle concreto, caso seja vencedora a tese do ministro Gilmar Ferreira Mendes. Nesse contexto, Morais (2009) entende que a jurisdição seria afastada da sociedade, prejudicando sobremaneira o exercício participativo, pilar fundamental no regime democrático.

Morais (2009) defende que a Corte já detém instrumento adequado à produção de efeitos gerais e vinculantes quando, em sede de controle concreto, decidir de forma reiterada, pode lançar mão da súmula vinculante que encontra abrigo no texto constitucional:

“[...] pactuando com os princípios instrumentais de interpretação constitucional, já existe disposição constitucional que atende plenamente eventual necessidade de extensão dos efeitos *inter partes* das decisões definitivas de mérito do STF em controle concreto a todos que não participaram da relação processual em que se proferiu a referida decisão, pois a Corte, prescindindo da atuação senatorial, poderá exercer, na prática, o papel de intérprete judicial definitivo no controle concreto/difuso de constitucionalidade, pois, necessariamente, suas decisões definitivas de mérito em certos casos concretos, após insculpidas em súmula vinculante, deverão ser observadas pela jurisdição ordinária e pela Administração Pública” (MORAIS, 2009, p. 87).

Por conseguinte, Morais (2009) é contrário à tese de mutação constitucional defendida pelos ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Grau, não deixando de reconhecer a importância do STF no processo evolutivo de controle de constitucionalidade. O autor defende a convivência harmônica dos dois modelos de controle balizados no texto constitucional.

Fernando Dias Menezes de Almeida (2007) busca responder se a suspensão senatorial tem sentido de retirada de validade ou apenas retira a eficácia. Para tanto, analisa a decisão do STF no mandado de segurança nº 16.512. Ao final desse mesmo trabalho, o autor questiona se a utilização do instituto previsto no art. 52, X, da CF ainda se justifica nos dias de hoje. É nesse momento que tece, embora de forma breve, uma análise a respeito da tese defendida pelo ministro relator na Rcl. nº 4.335-5/AC.

Sobre o enfoque da perda de importância do instituto nos dias atuais, e com base nos argumentos usados pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes, Almeida (2007, p. 21), pondera:

“[...] sou levado a concordar, em grande parte, com a constatação de perda de importância do mecanismo analisado. [...] Com efeito, o instituto, que foi concebido em 1934, naturalmente tem reduzida sua relevância

ante a tendência contemporânea de ampliação do controle abstrato [...] Igualmente ao se mostra aplicável ante as citadas novas técnicas de interpretação e controle de constitucionalidade.”

Almeida salienta, inclusive, a “constatação prática da parcimônia com que o próprio Senado Federal exerceu essa função ao longo dessas décadas” (ALMEIDA, 2007, p. 21), fato que se soma aos argumentos do ministro relator. Porém, o autor sai em defesa da manutenção do instituto e destaca a importância da via de controle concreto, ressaltando o elevado número de casos apreciados e de leis julgadas integral ou parcialmente inconstitucionais por essa via, que pode ser iniciada por qualquer pessoa.

Nesse sistema, argumenta o autor, o papel do Senado Federal não se deve a questões de tradição ou de visão tradicional do princípio da separação dos Poderes. É, em verdade, uma “fórmula que dosa, com engenho e razoabilidade, a prudência judicial com a prudência política” (ALMEIDA, 2007, p. 21), atuando em conjunto no controle de constitucionalidade, culminando na revogação de leis contrárias à Constituição.

Posição contrária à tese também é adotada por Glauco Salomão Leite (2009). Ao examinar a hipótese de mutação constitucional defendida na Rcl. nº 4.335-5/AC, afasta a incidência de mutação abarcando, entre outras razões, a “opção política do constituinte em não atribuir força obrigatória geral às decisões do STF em controle difuso” (LEITE, 2009, p. 5).

Leite (2009, p. 10) lembra que a construção da norma pelo intérprete está correta, mas esse exercício não conta com liberdade plena; há limitações trazidas pelo próprio texto. Diz o autor:

“[...] tendo em vista que o próprio texto constitucional representa um limite à atividade hermenêutica, a mutação constitucional apenas pode ser realizada, de maneira legítima, no quadro das possibilidades semânticas que o texto constitucional permitir. [...] percebe-se que a mutação constitucional ocorre, com maior probabilidade, em relação aos preceitos constitucionais mais vagos e imprecisos cujos sentidos podem ser mais facilmente modificados em face de novas circunstâncias políticas, sociais ou econômicas.”

Sob essa perspectiva, Leite (2009) afirma que o instituto alvo da tese de mutação constitucional é preciso e objetivo ao estabelecer a competência da Casa Legislativa para a suspensão da norma declarada inconstitucional pela Corte. Inovar, como desejam os ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Grau, é praticar uma mutação inconstitucional.

Convencido da inconstitucionalidade da mutação defendida, Leite (2009, p. 17) adverte que ela representa uma “ab-rogação do preceito cons-

titucional”, pois o texto constitucional é atingido, pois retira competência do Senado e implica violação do princípio da separação dos Poderes.

Leite (2009) preconiza que a súmula vinculante realizou o “trânsito da jurisdição difuso-concreto para o concentrado-abstrato”, mas não revogou de forma expressa o disposto no artigo 52, X, da CF, embora aceite a revogação tácita quando da edição de súmula vinculante pelo STF. Assim, o autor firma posição de que a mutação constitucional defendida é inconstitucional, por apresentar “obstáculos intransponíveis” (LEITE, 2009, p. 218). A única possibilidade de proceder à alteração no sistema vigente é mediante emenda constitucional.

Bulos (2009, p. 128) entende que todas as constatações feitas pelo relator na argumentação em defesa da mutação constitucional são procedentes; contudo, “não nos permitem antever a existência de qualquer mudança informal”. O autor posiciona-se contra a ocorrência de mutação constitucional do instituto previsto no artigo 52, X, da CF, sendo categórico ao afirmar:

“O art. 52, X, do Texto de 1988 não sofreu qualquer mutação constitucional, embora esteja passando por um lento e gradual processo de *desuso*, haja vista a sua *inadequabilidade* social, algo que, a nosso sentir, não constitui uma autêntica reforma da Constituição sem expressa mudança do texto” (BULOS, 2009, p. 128).

O caráter de mutação constitucional, para Bulos (2009, p. 128), não se configura, embora o instituto esteja superado. As decisões do STF, como “oráculo do Texto Maior”, deveriam, ser capazes de gerar efeitos gerais e vinculantes, tanto em sede de ação direta como no caso concreto.

5. O papel do Senado é anacrônico? Deve-se dizer sim à mutação constitucional?

Após essas considerações, questiona-se se o Supremo Tribunal Federal pode ter as suas decisões submetidas à convalidação do Senado Federal, no atual estágio de desenvolvimento da teoria do controle de constitucionalidade no Brasil.

Questiona-se também qual seria o sentido do guardião da Constituição não poder atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às suas declarações de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle concreto, na medida em que a participação do Senado pode ter sido necessária até a Constituição de 1988. Mas num sistema em que se tem um controle concentrado, como tendência – e, como consequência, as decisões de inconstitucionalidade geram efeitos *erga omnes* e vinculantes –, pergunta-se se o papel do Senado não seria desnecessário e anacrônico.

A intervenção, nas palavras de Barros ([2010?]), é *sui generis* no que tange à eficácia da norma, pois traduz uma aproximação entre o sistema difuso e o concentrado. Reconhecendo no Senado a função moderadora, Barros ([2010?]) frisa ser o instituto previsto no inciso X do artigo 52 da CF um lance de criatividade, uma vez que a jurisprudência não se perfectibiliza em *stare decisis*, ausente no sistema brasileiro em razão das raízes romanísticas. Assim, segundo o autor, o STF é o “senhor da decisão acerca da constitucionalidade e a Casa Legislativa, o senhor da generalidade” (BARROSO, 2009, p. 2). Há na doutrina, entretanto, discussão se essa atribuição do Senado é ou não vinculada.

A respeito disso, Moraes (2007, p. 714) entende que:

“Há discussão sobre a natureza dessa atribuição do Senado Federal ser discricionária ou vinculada, ou seja, sobre a possibilidade de o Senado Federal não suspender a executoriedade da lei declarada inconstitucional, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, pela via de defesa. Ocorre que tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Senado Federal, entendem que esse não está obrigado a proceder à edição da resolução suspensiva [...] Assim, ao Senado Federal não só cumpre examinar o aspecto formal da decisão declaratória da inconstitucionalidade, verificando se ela foi tomada por *quorum* suficiente e é definitiva, mas também indagar da conveniência dessa suspensão.”

Para Moraes (2007), a atribuição de suspender a execução não se restringe à lei federal, pois alcança as leis estaduais, distritais e municipais; uma vez editada a resolução de suspensão, exaure-se a competência do Senado Federal, não havendo possibilidade de alterar ou modificar a sua posição.

Barroso (2009, p. 130) alinha-se a essa posição:

[...] a despeito da dicção restritiva do art. 52, X, que se refere apenas à lei declarada inconstitucional, a interpretação dada ao dispositivo tem sido extensiva, para incluir todos os atos normativos de quaisquer dos três níveis de poder, vale dizer, o Senado também suspende atos estaduais e municipais.

Almeida (2007, p. 61) leciona que a comunicação expedida pelo STF não obriga a Casa a editar resolução senatorial, entendimento consubstanciado em decisões proferidas na própria Corte. No que é pertinente à faculdade ou não de o Senado editar a resolução, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p. 43) é taxativo ao afirmar:

“Note-se que essa suspensão não posta ao critério do Senado, mas lhe é imposta como obrigatória. Quer dizer, à vista da decisão do Supremo Tribunal Federal, tem de efetuar a suspensão da execução do ato inconstitucional. Do contrário, o Senado teria o poder de convalidar ato inconstitucional, mantendo-o eficaz, o que repugna ao nosso sistema jurídico.”

O entendimento de Barros é de que o ato de editar resolução senatorial, com efeitos *erga omnes*, é exercício do poder discricionário que condiz com a própria essência do Senado, que deve prover em nome dos estados-membros o contrapeso. Afirma Barros ([2010?], p. 5):

“Com isso, o Senado não estará convalidando uma inconstitucionalidade. Estará apenas entendendo que ela deve ser ainda mantida no âmbito particular dos casos concretos. O Senado não entra no mérito da inconstitucionalidade. Não aprecia. Não invade competência alheia. Não desdiz a inconstitucionalidade dita apela corte constitucional. Não a rejeita. Não faz um novo juízo sobre a inconstitucionalidade. Apenas, entende não ser oportuno e conveniente estendê-la *erga omnes personas* alcançadas pela soberania.”

Ademais, Barroso (2006, p. 129) pondera que o Senado Federal já negou edição de resolução, com base em parecer da Comissão de Constituição e Justiça da Casa, da norma declarada inconstitucional no RE nº 150.764-PE. Ao decidir pela suspensão, deve ater-se aos termos e limites da decisão da Corte, “não possuindo competência para interpretá-la, ampliá-la ou restringi-la”.

A resolução senatorial visa a dar efeitos *erga omnes* à decisão judicial que na origem atinge somente as partes; nessa esteira, surge a discussão doutrinária acerca dos efeitos temporais *ex tunc* ou *ex nunc*.

Defende-se que os efeitos sejam *ex nunc* como meio de garantir que terceiros não sejam atingidos, cujos direitos e obrigações não foram questionados no caso concreto apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que a aplicação de efeitos *ex tunc* produziria, como leciona Barroso (2006, p. 6), uma “sublevação automática e imediata das relações jurídicas que estavam pacificadas”.

A mutação constitucional configura reforma da Constituição sem expressa modificação do texto, recorrendo-se apenas a meios interpretativos. De que forma se chega à conclusão de que um texto constitucional é anacrônico? E de que modo é possível afirmar que, “por ser obsoleto”, o Supremo Tribunal Federal pode substituir-se ao poder constituinte derivado? Hoje, pondera-se a iminente *falência* do Supremo Tribunal Federal, que já não responde em tempo razoável às demandas constitucionais que lhe são colocadas; assim, não seria agora a oportunidade de se repensar o papel do Senado Federal? Atribuir-lhe mais vigor e importância no controle difuso de constitucionalidade no Brasil, a fim de reequilibrar os poderes, em face do excesso de poder nas mãos do Supremo Tribunal Federal, que hoje pode até mesmo editar súmulas com caráter vinculante.

6. Conclusão

O controle de constitucionalidade implantado na França, na Inglaterra, nos Estados Unidos da América e na Áustria evidencia a ausência de homogeneidade, ressaltando que cada povo buscou o seu caminho respeitando suas peculiaridades. A escolha do modelo de controle de constitucionalidade adotado por um país é resultado do traço cultural de cada povo em determinado momento histórico. Porém, é inegável a importância desse instrumento como mecanismo de proteção da Constituição, haja vista a sua adoção em todos os ordenamentos. O órgão incumbido de efetivar o controle de constitucionalidade também se apresenta distinto nos países citados – ora ficou a cargo do Parlamento, ora a cargo do Judiciário –, o que denota o papel de destaque ocupado pelo Poder delegado.

No Brasil, o controle difuso de constitucionalidade foi introduzido na Constituição repu-

blicana de 1891, marcado pela influência norte-americana; já o controle concentrado surge com a EC nº 16/65, sob influência do modelo austríaco. Dessa forma, no nosso ordenamento jurídico adotamos o sistema híbrido, mesclando elementos do sistema austríaco e norte-americano, o que o torna bastante peculiar.

A história constitucional brasileira registra a evolução e a consolidação do modelo misto de controle de constitucionalidade, inicialmente com ênfase no controle concreto, migrando gradualmente à ampliação do controle abstrato.

Sob a égide do controle difuso, os efeitos da decisão restringem-se às partes, mesmo quando apreciada pelo STF; visando a dar a essas decisões proferidas pela Corte em caráter geral, o legislador, a partir da Constituição de 1934, apresentou como solução a delegação de competência ao Senado Federal para editar resolução suspendendo a norma declarada inconstitucional pelo STF.

A solução arquitetada na Constituição de 1934 foi mantida nas Cartas Constitucionais seguintes. Sendo assim, a produção de efeitos *erga omnes* originária de uma decisão advinda do controle concreto necessita do pronunciamento de dois Poderes: do Judiciário, julgando o mérito, e do Legislativo, representado pelo Senado Federal, editando resolução senatorial, com efeitos *ex nunc*. Desse modo, em nada foi afetada a autonomia do STF para apreciar a matéria e agir de forma técnica, e reservou-se à Casa Legislativa a incumbência de apreciar a conveniência de estender os efeitos.

Essa exigência tem sido cumprida; entretanto, o ministro Gilmar Ferreira Mendes, relator na Rcl. nº 4.335-5/AC, apresentou a tese da mutação constitucional do instituto, hoje previsto no art. 52, X, da CF, deixando ao Senado Federal a tarefa de mera publicidade das decisões da Corte, as quais já gozariam de efeitos *erga omnes*.

A tese da mutação constitucional sustentada não foi ainda objeto de decisão definitiva. O ministro Eros Grau acompanhou o relator e dois ministros posicionaram-se contrariamente a ela: o ministro Sepúlveda Pertence, sob o fundamento da existência de outro instrumento em poder da Corte – no caso, a súmula vinculante; e o ministro Joaquim Barbosa, que alegou a ausência efetiva do desuso como processo de mutação constitucional.

No meio acadêmico, a tese apresentada pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes repercutiu. As posições contrárias, em maioria até o momento, sustentam a inviabilidade da ocorrência de mutação constitucional. Dentre os argumentos, registra-se que a norma positivada no art. 52, X, da CF não é aberta e imprecisa, e que a mutação constitucional, por ir além dos limites consignados no Texto, é inconstitucional.

Levando em consideração o controle de constitucionalidade no Brasil e o instituto da mutação constitucional, a proposta de se aceitar a mutação em se tratando da interpretação do artigo 52, X, da CF/88 agride o sistema misto adotado pelo legislador, na medida em que iguala os efeitos, além de afastar o caráter democrático implementado pelo legislador.

Conclui-se, que o princípio da separação dos Poderes não possibilita a usurpação da competência expressa ao Senado Federal, deixando a cargo do Poder Judiciário, no caso ao STF, a tarefa de suspender a norma.

Tendo em vista as mudanças sociais, é necessário realizar ajustes na Constituição com o objetivo de mantê-la atual para impedir, assim, que as tensões sociais comprometam os desígnios da Constituição. Embora dentro do papel que lhe foi reservado no controle de constitucionalidade, o Senado Federal, ao editar resolução senatorial sempre que oficiado, com uma única exceção, aparentemente se revela mero publicista da decisão proferida pelo STF. Todavia, isso não autoriza a mutação constitucional; quando muito, indica a necessidade de a Casa Legislativa oxigenar a sua posição sobre esse instituto.

Por todos os motivos expostos neste artigo, entendemos que a mutação constitucional proposta pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes não se sustenta, em última análise, por agredir o arcabouço constitucional brasileiro.

Referências

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Considerações sobre a função do Senado Federal de suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 44, n. 174, p. 15-24, abr./jun. 2007. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/140960/1/R174-18.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2011.

BARROS, Sérgio Resende de. O Senado e o controle de constitucionalidade. *Sérgio Resende de Barros (site)*, [s.l.], [2010?]. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/o-senado-e-o-controle-de-constitucionalidade.cont>>. Acesso em: 19 abr. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Direito constitucional ao alcance de todos*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. 3. ed. Paris: Economica, 1986.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao>. Acesso em: 3 ago. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Recurso Extraordinário nº 444054 AgR-ED/SP, de 2 de fevereiro de 2010. Relator: Ministro Cezar Peluso. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 26 fev. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608563>>. Acesso em: 13 ago. 2010.

Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 197.917-8/SP, de 6 de junho de 2002. Relator: Ministro Maurício Corrêa. *Diário da Justiça*, Brasília, Seção 1, 7 maio 2004. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE\(197917%20NUME.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE(197917%20NUME.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 6 jun. 2011.

_____. Reclamação n. 4.335-5/Acre. Voto-Vista do Ministro Eros Graus. *Jurisciência*, Brasília, 2006. Disponível em: <www.jurisciencia.com/pecas/reclamacao-4335-5-acre-voto-vista-doministro-eros-graus/82/>. Acesso em: 23 maio 2011.

_____. Reclamação n. 4.335-5/Acre. Voto do Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes. *Sociedade Brasileira de Direito Público*, São Paulo, 2007. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/567_RCL_4335_-_Sepulveda_Pertence\[1\].pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/567_RCL_4335_-_Sepulveda_Pertence[1].pdf)>. Acesso em: 12 maio 2010.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Renan Flumian de. *Qual é o conceito de mutação constitucional para os Ministros do STF?* São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2009. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/138_Monografia%20Renan.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LEITE, Glauco Salomão. A extensão da eficácia erga omnes e do efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal: hipótese de mutação (in)constitucional. *Direito Público*, Brasília, v. 1, n. 29, 2009. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/751/653>>. Acesso em: 25 fev. 2009.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAIS, Dalton Santos. Crítica à caracterização da atuação senatorial no controle concreto de constitucionalidade brasileiro como função de publicidade: a importância da jurisdição constitucional ordinária e os limites da mutação constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 176, p. 50-92, out. 2009.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2009.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. O inquietante fenômeno da mutação constitucional. *Revista Jus Vigilantibus*, Espírito Santo, jul. 2007. Disponível em: <www.jusvi.com/artigos/26849/1>. Acesso em: 8 jun. 2011.

RODRIGUES, Nina T. Disconzi. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro e as Leis 9.868/99 e 9.882/99. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 38, n. 149, p. 111-124, jan./mar. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/657>>. Acesso em: 12 abr. 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; 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. *Revista Argumenta*, Jacarezinho, n. 7, p. 45-68, 2007. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

Zoneamento Ecológico-Econômico e Imposto Territorial Rural

Instrumentos para o desenvolvimento sustentável

LIZIANE ANGELOTTI MEIRA
RHAUÁ HULEK LINÁRIO LEAL
PÉRSIO HENRIQUE BARROSO

Sumário

Introdução. 1. Estado ambiental e o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. 2. Zoneamento Ecológico-Econômico: definição, características e importância. 3. O ZEE e as leis orçamentárias. 4. O ZEE no novo Código Florestal. 5. Imposto Territorial Rural (ITR) como instrumento do desenvolvimento sustentável. 6. A extrafiscalidade tributária e o ITR. Considerações finais.

Introdução

A economia verde no contexto do desenvolvimento sustentável e da erradicação da pobreza foi um dos grandes temas de discussão da Conferência da Organização das Nações Unidas (ONU) para o Meio Ambiente, a Rio+20, ocorrida na cidade do Rio de Janeiro, entre 13 e 22 de junho de 2012. Neste artigo, examina-se essa questão, com foco no estudo de instrumentos jurídico-políticos para garantir o desenvolvimento sustentável, incentivar a conservação ambiental e consolidar uma economia verde.

O objeto do artigo é especificamente a discussão sobre o Zoneamento Ecológico-Econômico (ZEE), entendido neste âmbito como instrumento da política nacional do meio-ambiente apto a mapear o território, a fim de induzir comportamentos privados e políticas públicas, como os incentivos fiscais, via Imposto Territorial Rural (ITR), para a conservação de áreas de preservação permanente e de reserva legal em propriedades rurais.

Liziane Angelotti Meira é auditora fiscal da Receita Federal, professora, mestre e doutora em Direito.

Rhauá Hulek é advogada e mestre em Direito.

Pérsio Henrique Barroso é analista legislativo do Senado Federal, professor, mestre em Direito.

Para tanto, são analisados o ZEE, seus reflexos nos programas e leis orçamentários, bem como os embates em torno do projeto do novo Código Florestal. Em seguida, investigamos de que forma as políticas tributárias, especificamente a tributação da propriedade imóvel rural por meio do Imposto Territorial Rural (ITR), podem servir de instrumentos indutores de comportamentos que promovam simultaneamente o desenvolvimento econômico na zona rural e a preservação do meio ambiente.

1. Estado ambiental e o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado

No Brasil, pode-se depreender da Constituição Federal a intenção de consolidar um “Estado Ambiental de Direito”. A existência de um capítulo próprio destinado ao meio ambiente no texto constitucional revela a dignidade conferida ao tema.¹

De acordo com as lições de Canotilho (1999), a caracterização de um Estado ambiental verifica-se pela existência de uma “justiça ambiental”. Essa situação pode ser vislumbrada no sistema jurídico-constitucional brasileiro mediante a leitura da Constituição Federal, artigos 5º, LXXIII (ação popular ambiental), 129, III (ação civil pública aplicável à questão ambiental) e

¹ Nesse contexto, é elucidativo transcrever o artigo 225 da Constituição Federal: Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. § 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. § 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. § 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais. § 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

225 (meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos e dever do Estado).

Além disso, o Estado Ambiental tem duas dimensões jurídico-políticas: a obrigação de o Estado promover políticas públicas pautadas pela exigência da sustentabilidade ecológica e a adoção de comportamentos públicos e privados considerados “amigos” do ambiente (com foco na responsabilidade perante as gerações futuras) (CANOTILHO, 1999).

Tendo em conta o objeto do presente artigo, interessa-nos mais diretamente a primeira dessas dimensões, que tem, ademais, caráter indutor da segunda. O § 1º do art. 225 da Constituição Federal esclarece como se deve dar a obrigação do Estado brasileiro de promover tais políticas públicas.

Na visão de Canotilho (1999), aliás, mencionar Estado de Direito no início do século XXI só tem sentido na medida em que o conceito agrega várias dimensões acumuladas ao longo das batalhas pela afirmação das necessidades humanas fundamentais. O Estado de Direito deve ser de Direito, Democrático, Social, de Justiça e Ambiental. Por isso, não há como separar uma dimensão da outra, e não há como se pensar em Estado Ambiental sem atenção aos direitos sociais e à participação popular.

Desse modo, a querela do movimento ambientalista do século XIX e primeira metade do século XX entre preservacionistas e conservacionistas não revela sentido frente à imposição de não apenas se compatibilizarem tais direitos, senão de garanti-los efetivamente. Em sentido conforme, e em análise mais detalhada, André Lima refere-se a um rol de direitos “socioambientais” a serem consolidados pelo Estado, “em torno de propostas de desenvolvimento, de direitos culturais, sociais e econômicos associados ao reconhecimento de territorialidades e de acesso aos recursos naturais em regiões em sua grande parte ainda não necessária e diretamente

afetadas pela industrialização e urbanização ‘modernas’” (LIMA, 2006, p. 27). Tais direitos socioambientais seriam, de forma sintetizada:

“- meio ambiente ecologicamente equilibrado como base material para a dignidade da pessoa humana (arts. 1º e 225);

- cidadania como caminho indispensável para uma sociedade mais justa e solidária (arts. 1º e 3º);

- combate ao racismo e a quaisquer formas de discriminação, com respeito à autodeterminação dos povos e à supremacia dos direitos humanos (arts. 3º e 4º);

- valorização das manifestações e bens culturais, proteção aos bens de natureza material e imaterial e dos modos de fazer e viver dos grupos sociais culturalmente diferenciados formadores da sociedade nacional (arts. 215 e 216);

- proteção ao território e à cultura dos povos indígenas e quilombolas (arts. 231, 232 e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias);

- acesso à terra, aos recursos naturais e aos serviços ambientais essenciais à dignidade humana e à justiça social, visando mitigar a pobreza, as desigualdades sociais e regionais (arts. 170, 184 e 225);

- função social da propriedade da terra e dos meios de produção (arts. 5º, XXIII, 170, III, 182 e 186); e

- manutenção dos processos ecológicos essenciais, conservação e uso sustentável da Floresta Amazônica, da Mata Atlântica, da biodiversidade, dos recursos hídricos (art. 225, §§ 1º e 4º)” (LIMA, 2006, p. 24-25).

Mesmo antes da Constituição atual, normas constitucionais esparsas esboçavam as preocupações ambientalistas, malgrado sua baixa efetividade. No âmbito infraconstitucional, cumpre anotar que o Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 1964) e, especialmente, o Código Florestal (Lei nº 4.771, de 1965), veicularam dispositivos

que determinaram o uso racional da terra e a proteção da fauna, da flora e de outros recursos naturais nas propriedades rurais.

No âmbito internacional, destaca-se a crescente preocupação com o tema, para o que contribuíram as ações do movimento ambientalista e as posições divergentes dos países industrializados e dos países em desenvolvimento (RIBEIRO, 2003, p. 402). Em 1972, realizou-se em Estocolmo, na Suécia, uma conferência da Organização das Nações Unidas sobre meio ambiente, tendo como uma das resoluções mais importantes a criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) (RIBEIRO, 2003, p. 412).

Segundo Ribeiro (2003, p. 412), na primeira reunião desse órgão, o termo ecodesenvolvimento foi utilizado pelo seu primeiro diretor, Maurice Strong. Posteriormente, em 1975, o relatório *Que Faire* utilizou o conceito de desenvolvimento sustentado, entendido, no relatório *Nosso Futuro Comum*, da Comissão Mundial para o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD), de 1988, como “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades”.

A despeito das críticas à incompatibilidade entre sustentabilidade e desenvolvimento,² o conceito ganhou popularidade, sendo apropriado tanto pelo mercado – pode-se chamar de “ecocapitalista” a parcela do empresariado engajada em ações de marketing de suas empresas e produtos, buscando atingir o nicho de consumidores preocupados em consumir com responsabilidade social e ambiental – quanto pelos governos, na defesa de opções de crescimento com respeito ao equilíbrio ecológico.³

² Em Ribeiro (2003, p. 413-414), encontra-se comentário interessante sobre essas críticas.

³ O que, muitas vezes, revela-se mero discurso ou propaganda ou, como é o nosso caso, propicia a criação

Em 1992 realizou-se no Rio de Janeiro a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, conhecida como Eco-92 ou Rio-92. Pode-se dizer que, com essa Conferência, consagrou-se o conceito de desenvolvimento sustentável. O ponto alto do encontro foi a produção da *Agenda 21*, documento que estabelece um programa de ação para viabilizar o novo padrão de desenvolvimento ambientalmente racional (ou, como a define o Ministério do Meio Ambiente, “um instrumento de planejamento para a construção de sociedades sustentáveis, em diferentes bases geográficas, que concilia métodos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica”) (AGENDA 21, [20--?]).

De volta ao cenário nacional, havia sido sancionada, em 1981, a Lei nº 6.938, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA). Ainda que anterior à Constituição de 1988, e, portanto, à Conferência de 1992, a Lei trouxe a preocupação presente nos fóruns internacionais da década de 1970, em consonância com o mencionado conceito de desenvolvimento sustentável. Neste ponto, é pertinente afirmar que, embora o art. 2º da Lei nº 6.938, de 1981, se refira à preservação da qualidade ambiental propícia à vida como objetivo da PNMA, não se trata de uma abordagem preservacionista do ambiente natural, no sentido de considerá-lo intocável. Tanto que, na sequência do dispositivo, explica-se que a preservação em pauta visa ao desenvolvimento socioeconômico do país. No inciso I do artigo 4º, esse objetivo é explicitado ao se afirmar que a PNMA visará à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico.

A Constituição Federal de 1988 confirmou a política nacional, recepcionada pelo ordena-

de instrumentos legais cuja efetividade ainda se encontra distante do ótimo.

mento jurídico em função de sua sintonia com a nova ordem, especialmente com o Estado Ambiental revelado enfaticamente naquele art. 225.

O zoneamento ambiental, inserido no artigo 9º, inciso II da Lei nº 6.938, é um aspecto importante da política nacional do meio ambiente e, conseqüentemente, primordial para o desenvolvimento desse estudo. Assim, nos próximos itens, passa-se a discorrer sobre as questões legais e pragmáticas, inclusive econômicas, inerentes ao zoneamento ambiental. Em seguida, tendo em conta o conceito de zoneamento ambiental, o Zoneamento Ecológico-Econômico, passa-se a analisar também o papel da política tributária, principalmente por meio do Imposto Territorial Rural, para estimular comportamentos no sentido da exploração econômica da terra combinada com a preservação do meio ambiente.

2. Zoneamento Ecológico-Econômico: definição, características e importância

É mister conceituar o zoneamento, distinguir o zoneamento ambiental do zoneamento urbano tradicional, bem como analisar a relação entre zoneamento ambiental e Zoneamento Ecológico-Econômico.

Paulo Affonso Leme Machado (2004, p. 177) afirma que “o zoneamento consiste em dividir o território em parcelas nas quais se autorizam determinadas atividades ou interdita-se, de modo absoluto ou relativo, o exercício de outras atividades”. O mesmo autor entende que o zoneamento é um dos aspectos do poder de polícia administrativa, que atua com a finalidade de garantir a salubridade, a paz, a saúde, o bem-estar do povo (MACHADO, P., 2004, p. 188).

Entretanto, o zoneamento ambiental difere do zoneamento urbano, tido como o instrumento de planejamento urbano por excelência. No

urbanismo moderno, o zoneamento é considerado instrumento para adaptar as cidades à era industrial e às necessidades do capitalismo, com a separação rígida entre os diferentes usos da terra e as diversas funções do viver em nome da ordem e da higiene.

Essa concepção gerou uma série de críticas, por privilegiar o disciplinamento da propriedade urbana por um viés eminentemente econômico, sem atenção aos problemas ambientais e sociais da cidade. A especulação imobiliária e o afastamento das populações mais pobres para áreas marginalizadas – muitas vezes morros, margens de córregos, dunas e manguezais – são aspectos negativos desse tipo de zoneamento (ATTANASIO JÚNIOR; ATTANASIO, 2006, p. 42-43).

O zoneamento ambiental, por outro lado, tido como instrumento de planejamento e gestão, deve ser utilizado pelo poder público para que a ocupação (e a utilização) do território seja feita de forma sustentável (ATTANASIO JÚNIOR; ATTANASIO, 2006, p. 43).

Outro ponto que merece atenção é a relação entre zoneamento ambiental e Zoneamento Ecológico-Econômico. A política nacional do meio ambiente estabelece, no art. 9º, inciso II, da Lei nº 6.938, de 1981, o zoneamento ambiental como um de seus instrumentos. A regulamentação deste instrumento se deu apenas em 2002, com o Decreto nº 4.297, de 10 de julho.⁴

⁴ Em 1990, o Decreto nº 99.193, de 27 de março, instituiu grupo de trabalho com o encargo de conhecer e analisar os trabalhos de zoneamento ecológico-econômico, objetivando a ordenação do território e propor, no prazo de 90 (noventa) dias, as medidas necessárias para agilizar sua execução, com prioridade para a Amazônia Legal. Na sequência, foi editado o Decreto nº 99.540, de 21 de setembro do mesmo ano, que, por sua vez, criou a Comissão Coordenadora do Zoneamento Ecológico-Econômico do Território Nacional. Onze anos mais tarde, em 2001, o Decreto nº 99.540/90 foi substituído por outro Decreto (sem número), de 28 de dezembro de 2001, que, além de tratar da Comissão, instituiu o Consórcio ZEE-Brasil (Grupo de Trabalho Permanente para a Execução do Zoneamento Ecológico-Econômico). Essas medidas levaram

Na Ementa desse Decreto, lê-se: “regulamenta o art. 9º, inciso II, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, estabelecendo critérios para o Zoneamento Ecológico-Econômico do Brasil (ZEE), e dá outras providências”. O artigo 1º não deixa dúvidas quanto ao objeto da regulamentação: “o Zoneamento Ecológico-Econômico do Brasil-ZEE, como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, obedecerá aos critérios mínimos estabelecidos neste Decreto”.

Todavia, em virtude da falta de equivalência dos adjetivos apostos ao substantivo zoneamento, tem-se questionado se os termos “ambiental” e “ecológico-econômico” teriam o mesmo alcance ou se o segundo encerra realidade mais ampla, da qual o primeiro seria apenas parte. A favor da segunda alternativa concorreria a definição restritiva de meio ambiente, constante do art. 3º, inciso I, da Lei nº 6.938, de 1981 (“o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”) e a previsão de outros tipos de zoneamentos pela legislação brasileira, como o agrícola, o minerário e o industrial (LIMA, 2006, p. 86).

Por outro lado, a mesma lei estabelece como objetivo da política nacional do meio ambiente (art. 4º, I) a “compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico”, que é um dos principais objetivos do ZEE (LIMA, 2006, p. 88). Mais do que isso, contudo, a PNMA deve ser lida à luz da Constituição Federal, cujo art. 225 amplia o conceito de meio ambiente constante na lei. Filiamo-nos à esteira de pensamento defendida por André Lima, no sentido de que o ZEE, como previsto no Decreto nº 4.297, de 2002, é o zoneamento ambiental, instrumento da PNMA.

Outro ponto é a natureza do zoneamento, se *ser* ou *dever-ser*. Em outras palavras: consiste num instrumento descritivo, apto a direcionar as políticas públicas, ou num instrumento normativo, que estabelece deveres e sanções? Para Lima (2006, p. 19):

“Juristas tradicionais tendem a ver o ZEE como norma, instrumento de comando e controle; útil como prova judicial, dispositivo restritivo de fazer ou não fazer. Planejadores são, em regra, flagrantemente avessos ao ZEE como instrumento do ‘dever ser’. Preferem-no como plano, necessariamente flexível, inexoravelmente adaptável às dinâmicas socioeconômicas, sem o que fadado está à obsolescência programada. Essa ambigüidade está no cerne do ZEE.”⁵

à regulamentação do zoneamento ambiental como ZEE em 2002, como mencionado. Mais recentemente, a Comissão Coordenadora do ZEE teve sua composição alterada pelo Decreto (sem número) de 19 de agosto de 2008.

⁵ Attanasio Jr. e Attanasio (2006, p. 209) relatam que a tendência em se converter o zoneamento em lei também é vista como um fator negativo, ao não considerar a dinâmica da natureza.

Neste sentido, o autor assevera que

“[O] ZEE possui duas faces essenciais: 1) Planejamento: formulação de estratégias baseadas em diagnósticos, análises, prognósticos, monitoramento, ações e políticas de intervenção na Ordem Econômica por participação, absorção ou indução que vinculam o comportamento do Estado (no exercício da fiscalização, indução e regulação); e 2) Diretrizes-normas e zoneamento ‘estrito senso’: identificação no espaço-território de características e funcionalidades que em seu conjunto conformam a função socioambiental da propriedade [da terra e dos meios de produção] e com base nelas são estabelecidas diretrizes que vinculam o poder público nas suas políticas de fomento e no ato do licenciamento ambiental e os particulares no exercício das atividades econômicas com impactos socioambientais” (LIMA, 2006, p. 242).

Na perspectiva do Estado Ambiental, ou da função socioambiental do Estado, podemos afirmar, com Lima, que o Zoneamento Ecológico-Econômico é um instrumento para o exercício da função socioambiental da gestão territorial, “como meio de definição, pelo Estado, em cooperação com a sociedade, de prioridades e de estratégias de atuação em busca da realização dos direitos socioambientais” (LIMA, 2006, p. 83).

Relevante mencionar que alguns dos estados (especialmente os da região amazônica) realizaram ZEEs e que o Poder Executivo federal aprovou, por meio do Decreto nº 7.378, de 1º de dezembro de 2010, o Macrozoneamento Ecológico-Econômico da Amazônia Legal – MacroZEE da Amazônia Legal, que tem por objetivo assegurar a sustentabilidade do desenvolvimento regional, indicando estratégias produtivas e de gestão ambiental e territorial em conformidade com a diversidade ecológica, econômica, cultural e social da Amazônia (art. 2º) e será articulado com os processos e instrumentos de planejamento estaduais, em especial com os Zoneamentos Ecológicos Econômicos (art. 3º).⁶ Mais concretamente, o Decreto menciona que as estratégias contidas no MacroZEE da Amazônia Legal deverão ser consideradas nos planos, programas e ações:

“I – dos órgãos e entidades responsáveis pela proposição, planejamento e implementação de políticas públicas federais; II – dos órgãos e entidades federais responsáveis pela destinação de incentivos fiscais, créditos governamentais e aplicação dos recursos de instituições financeiras oficiais; e III – dos fundos ou agências de financiamento que operem na região amazônica (art. 7º).”

⁶No anexo ao Decreto nº 7.378, de 2010, encontra-se histórico da regulamentação do ZEE e o estágio de elaboração e implementação dos ZEEs nos estados da região amazônica (BRASIL, 2010).

3. O ZEE e as leis orçamentárias

O plano plurianual (PPA) é um instrumento normativo de previsão orçamentária do governo, assim como as leis de diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais. A Constituição Federal, no seu artigo 165, ordena que a lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada. O PPA é um plano de quatro anos, que estabelece as metas e os programas de governo para o período. Para a efetividade do ZEE, seria necessário estabelecer um programa específico dentro das metas de governo, com dotação orçamentária própria nas leis orçamentárias anuais do quadriênio.

O ZEE passou a integrar o PPA 2000-2003, sob a denominação de Programa Zoneamento Ecológico-Econômico (Programa 0512), o que acabou levando à criação do Consórcio ZEE Brasil (consórcio de empresas públicas, regulamentado por meio do Decreto de 28 de dezembro de 2001) e a regulamentação do processo de implementação do ZEE em território nacional, como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, pelo já mencionado Decreto nº 4.297/2002 (BRASIL, 2010).

O PPA 2012-2015, aprovado pela Lei nº 12.593, de 18 de janeiro de 2012, define que “o planejamento governamental é a atividade que, a partir de diagnósticos e estudos prospectivos, orienta as escolhas de políticas públicas” (BRASIL, 2012b) (art. 2º) e tem, entre outros objetivos, o de auxiliar na promoção do desenvolvimento sustentável (art. 3º). A promoção da sustentabilidade ambiental é uma das diretrizes do PPA, informadas no art. 4º da lei.

No anexo da Lei nº 12.593, de 2012, o ZEE é abordado no Programa 2029 (Desenvolvimento

Regional, Territorial Sustentável e Economia), especialmente no Objetivo 0793:

“Elaborar e implementar o Zoneamento Ecológico-Econômico para a promoção do ordenamento e da gestão ambiental territorial, que tem como órgão responsável o Ministério do Meio Ambiente, como metas para 2012-2015 elaborar o Macrozoneamento Ecológico-Econômico do bioma Cerrado e elaborar o ZEE em pelo menos 10 municípios com maiores índices de desmatamento na Amazônia Legal, e como iniciativas a compatibilização dos projetos de ZEE em diferentes escalas e sua integração ao Zoneamento Agrícola; a disponibilização e a manutenção do banco de dados sobre zoneamento e gestão ambiental territorial e a promoção da elaboração de bases cartográficas; a elaboração e a implementação do ZEE do território nacional, em suas múltiplas escalas; e a integração do ZEE com os demais instrumentos de planejamento ambiental territorial, em especial as Agendas 21, os planos diretores e os planos de bacias hidrográficas” (BRASIL, 2012b).

4. O ZEE no novo Código Florestal

À parte a polêmica em torno da votação do projeto do novo Código Florestal no Congresso Nacional, em 2011 e 2012, a Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, com as alterações promovidas pela Lei nº 12.727, de 17 de outubro de 2012, refletem muito do projeto aprovado pelo Senado em dezembro de 2011⁷.

⁷ Como o projeto de Código Florestal enviado para sanção da Presidente da República pela Câmara dos Deputados não considerou vários dos pontos modificados pelo substitutivo do Senado, a Lei nº 12.651/2012 foi sancionada com vários vetos. Para cobrir as lacunas criadas por esses vetos, a Presidente Dilma Rousseff editou a Medida Provisória nº 571/2012. Na discussão da medida, o Congresso aprovou o Projeto de Lei de Conversão nº 21/2012, que foi sancionado como a Lei nº 12.727/2012, com vetos a nove dispositivos. Ao mesmo tempo, em 17 de outubro de 2012, a Presidente editou o Decreto nº 7.830, que regulamenta pontos do novo Código, aproveitando para incluir em seu texto alguns dos pontos objeto de discórdia. Nenhum desses pontos, contudo, diz respeito ao tratado neste artigo.

O novo Código mostra a importância do ZEE como instrumento de planejamento e gestão territorial, tanto para condicionar a realização de determinadas atividades econômicas à existência de zoneamento que indique sua viabilidade ambiental, como para subsidiar ações de governo que aumentem ou diminuam a proteção ambiental em determinada área em função das possibilidades e necessidades. Assim, no § 5º do artigo 11-A da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012 (incluído pela Medida Provisória nº 571, de 2012), condiciona-se a ampliação da ocupação de Apicuns e Salgados ao respeito ao Zoneamento Ecológico-Econômico da Zona Costeira (ZEEZOC), com a individualização das áreas ainda passíveis de uso, em escala mínima de 1:10.000, que deverá ser concluído por cada Estado no prazo máximo de 1 (um) ano.

O artigo 12 permite que, nas áreas de floresta da Amazônia Legal, o Poder Público estadual, ouvido o Conselho Estadual de Meio Ambiente, poderá reduzir a Reserva Legal de 80% (oitenta por cento) para até 50% (cinquenta por cento), quando o Estado tiver Zoneamento Ecológico-Econômico aprovado e mais de 65% (sessenta e cinco) por cento do seu território ocupado por unidades de conservação da natureza de domínio público, devidamente regularizadas e terras indígenas homologadas – reivindicação da bancada de Senadores de Roraima.

O artigo 13, por sua vez, também indica o ZEE estadual como subsídio para que o Poder Público federal reduza ou amplie as áreas de Reserva Legal, seja para permitir a regularização, seja para cumprir metas nacionais de proteção à biodiversidade ou de redução de emissão de gases de efeito estufa. A localização da área de Reserva Legal no imóvel levará em conta, entre outros critérios, o ZEE (art. 14) (BRASIL, 2012c)⁸.

⁸ É relevante mencionar que algumas dessas normas, especialmente as referentes ao ZEE como ferramenta para

Em atenção ao que será tratado nos próximos tópicos deste artigo, o novo Código Florestal autoriza o Poder Executivo federal a instituir, no prazo de 180 dias, programa de apoio e incentivo à conservação do meio ambiente, como forma de promoção do desenvolvimento ecologicamente sustentável, que prevê, entre outros instrumentos, o pagamento por serviços ambientais e incentivos tributários, como, em seu artigo 42, a dedução das áreas protegidas da base de cálculo do Imposto Territorial Rural (ITR).

5. Imposto Territorial Rural (ITR) como instrumento do desenvolvimento sustentável

“A economia verde no contexto do desenvolvimento sustentável e da erradicação da pobreza”, tema da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável – Rio+20 (COMITÊ..., 2011), traz à tona não só o já apresentado Zoneamento Ecológico-Econômico, mas também outro importante instrumento eleito para a consecução da política brasileira de desenvolvimento sustentável: a concessão de benefícios fiscais condicionados a questões ambientais. Passa-se, assim, à análise do ITR como instrumento útil ao desenvolvimento econômico sustentável e, pois, ao próprio implemento do referido Zoneamento.

O incentivo às condutas favoráveis à preservação do meio ambiente e o desincentivo daquelas condutas consideradas danosas podem ocorrer por meio de desoneração ou oneração mediante a instituição e a cobrança de diversos tributos, como taxas, impostos sobre a circulação e consumo. Contudo, o

decisões sobre a redução ou ampliação da Reserva Legal, já se encontravam em vigor desde 2001, com a reforma promovida no Código Florestal de 1964 (Lei nº 4.771) pela Medida Provisória nº 2.166-67

imposto que tem uma relação histórica e estreita com a questão ambiental no Brasil é o Imposto Territorial Rural (ITR).

Dessarte, o próximo item do presente estudo é dedicado à análise do ITR, tributo de características essencialmente extrafiscais (OLIVEIRA, J. M., 2007), no que concerne à sua finalidade de incentivar a preservação ambiental por meio da concessão de benefícios fiscais e, portanto, apresentando-se como relevante instituto do Direito Tributário Ambiental.

6. A extrafiscalidade tributária e o ITR

O Direito Tributário, como é notório, ocupa-se de uma das espécies de receitas estatais, os tributos, que compreendem os impostos, as taxas, as contribuições, as contribuições de melhoria e os empréstimos compulsórios. Os tributos, portanto, são formas de arrecadação de renda para que o Estado arque com seus custos e responsabilidades intrínsecas (OLIVEIRA, J. M., 1999). Há casos, porém, em que o objetivo da tributação não é aumentar o numerário dos cofres públicos, mas primordialmente influenciar as atitudes dos cidadãos, provocando-os a agirem ou a se omitirem de acordo com o interesse público. Nesse caso, menciona-se a extrafiscalidade, isto é, quando se perseguem fins que vão além do cunho fiscal da tributação:

“A extrafiscalidade pode ser implementada mediante a instituição e o agravamento de tributos, concessão de isenções e outros benefícios fiscais. Tem como objetivo principal a interferência no domínio econômico, buscando um efeito diverso da simples arrecadação de recursos financeiros. Esse efeito diverso consiste na indução da sociedade e iniciativa privada a práticas ambientalmente desejáveis, a fim de que a preservação ambiental esteja implementada nos sistemas de produção e consumo” (CIRINO; BASSOLI, 2008, p. 187).

É o que se deu recentemente, *verbi gratia*, com a alteração da alíquota do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) incidente sobre os eletrodomésticos da denominada linha branca.⁹ A redução das alíquotas, algumas chegando a zero, destina-se a aquecer a indústria e a economia, incitando os fabricantes à produção e os consumidores à aquisição de tais bens. Ainda nesse sentido, vale mencionar os Impostos sobre Importação e sobre Exportação. Ambos visam, primeiro, a resguardar a economia interna, permanecendo o aspecto arrecadatório em segundo plano.

De igual modo ocorre em relação aos temas ambientais: a tributação é útil e recomendada (OLIVEIRA, J. A., 2005, p. 159) para estimular comportamentos que muito interessam à preservação do meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável. Nessa seara, o ITR mostra-se relevante ferramenta em virtude de seus atributos essencialmente extrafiscais:

“Historicamente, o ITR iniciou sua trajetória com o propósito de ser utilizado como instrumento de fins extrafiscais, tanto que sua receita era, na vigência da Constituição anterior (art. 21, § 1º da CF/1969), destinada inteiramente aos Municípios em cujos territórios os móveis eram situados” (PELEGRINI, 2009, p. 190).

Note-se que vários fatores destacam o ITR e indicam sua importância ambiental para o Brasil. O primeiro deles é a questão da distribuição de terra: problema atinente a facetas que vão desde a política, passando pela jurídica, econômica e ambiental. Apesar da continental imensidão do Brasil, esse assunto ainda levanta antigas polêmicas em diversos âmbitos:

⁹ A redução do IPI para os eletrodomésticos de linha branca foi prorrogada até 30 de junho de 2012 pelo Decreto nº 7.705, de 25 de março de 2012 (BRASIL, 2012A).

“A distribuição da terra no Brasil está assente em um processo marcado pela exclusão, sendo distribuída a poucos e, inicialmente, sem qualquer limite territorial, o que gerou o início da formação dos latifúndios. Com o fim do tráfico negreiro, em 1850, e com a promulgação da Lei de Terras, neste mesmo ano, os ex-escravos e os imigrantes carentes, sem recursos financeiros, ficaram sem terra para trabalhar e viver, formando o embrião do que hoje se denomina ‘família sem-terra.’ Assim, pode-se afirmar que chegamos ao século XXI sem resolver um problema iniciado no século XIX, pois até hoje observamos a má distribuição da terra e o grande problema social que isto acarreta” (REIS, 2008).

A propósito, cumpre mencionar as recentes disputas em torno do novo Código Florestal e as ocupações realizadas pelo Movimento Sem Terra (MST), como conhecidos demonstradores da comoção social em torno deste assunto. O tema faz parte do cotidiano político brasileiro desde o ano de proclamação da Independência:

“A primeira idéia da criação de um imposto territorial rural no Brasil começou em 1822, quando tramitou no Congresso um projeto de lei que, no entanto, não teve sucesso. Segundo Vilarinho (1989, p.68), em outras duas ocasiões, em 1843 e 1877, foram discutidos novamente outros projetos de lei que continuaram sem apoio. Em 1879, foi instituído em todo o Império um imposto de 5% sobre as propriedades urbanas e rurais, tendo sido revogado mais tarde. Somente 12 anos mais tarde, com a Constituição de 1891, foi facultada aos estados – antigas províncias – a cobrança de um imposto territorial, não especificando se constituiria um imposto restrito à área urbana ou rural. As estatísticas históricas, a propósito, mostram que o Imposto Territorial participava, nos anos de 1914, 1930 e 1939, com, respectivamente, 2,2%; 3,2% e 4,2% na receita total (IBGE, 1986, p. 127). Essa participação representa um valor extraordinariamente superior ao atual, certamente devido ao fato de o antigo imposto aglutinar dois campos de incidência

(rural e urbano)” (MENEGETTI NETO, 1992, p. 186).

Assim como o ITR, e conforme já exposto, o Zoneamento não é tema inédito aos brasileiros, tanto que o art. 43 do Estatuto da Terra (BRASIL, 1964) a ele já fazia referência em 1964. Dessa forma, é cristalina a imbricação do ITR com o Zoneamento Ecológico-Econômico, o que dá relevo ao aspecto extrafiscal desse imposto.

Além dos aspectos históricos, as regras determinantes da incidência do Imposto Territorial Rural igualmente revelam sua extrafiscalidade. Os benefícios fiscais para os que proprietários ou possuidores de imóveis rurais remetem ao art. 17-O da Política Nacional de Meio Ambiente, instituída pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 (BRASIL, 1981, grifo nosso):

“Art. 17-O. Os proprietários rurais que se beneficiarem com redução do valor do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR, com base em Ato Declaratório Ambiental – ADA, deverão recolher ao IBAMA a importância prevista no item 3.11 do Anexo VII da Lei nº 9.960, de 29 de janeiro de 2000, a título de Taxa de Vistoria. (Redação dada pela Lei nº 10.165, de 2000) [grifos nossos]

§ 1º-A. A Taxa de Vistoria a que se refere o *caput* deste artigo não poderá exceder a dez por cento do valor da redução do imposto proporcionada pelo ADA. (Incluído pela Lei nº 10.165, de 2000)

§ 1º A utilização do ADA para efeito de redução do valor a pagar do ITR é obrigatória. (Redação dada pela Lei nº 10.165, de 2000)

§ 2º O pagamento de que trata o *caput* deste artigo poderá ser efetivado em cota única ou em parcelas, nos mesmos moldes escolhidos pelo contribuinte para o pagamento do ITR, em documento próprio de arrecadação do IBAMA. (Redação dada pela Lei nº 10.165, de 2000)

§ 3º Para efeito de pagamento parcelado, nenhuma parcela poderá ser inferior a R\$ 50,00 (cinquenta reais). (Redação dada pela Lei nº 10.165, de 2000)

§ 4º O inadimplemento de qualquer parcela ensejará a cobrança de juros e multa nos termos dos incisos I e II do *caput* e §§ 1º-A e 1º, todos do art. 17-H desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 10.165, de 2000)

§ 5º Após a vistoria, realizada por amostragem, caso os dados constantes do ADA não coincidam com os efetivamente levantados pelos técnicos do IBAMA, estes lavrarão, de ofício, novo ADA, contendo os dados reais, o qual será encaminhado à Secretaria da Receita Federal, para as providências cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 10.165, de 2000)”.

A Constituição Federal conferiu à União a competência para instituir o ITR (art. 153, VI), o que foi feito por meio da Lei nº 9.393, de 19 de novembro de 1996, e definiu as peculiaridades desse imposto.

A materialidade do ITR reside na propriedade, domínio útil ou posse de imóvel localizado fora da zona urbana, segundo o plano diretor do município. Nesse ponto, vale assinalar o julgamento, em 2009, de Recurso Especial pelo Superior Tribunal de Justiça, em que se analisou justamente o aspecto material do ITR. No caso, a propriedade rural havia sido invadida por famílias sem-terra e os herdeiros do antigo proprietário foram impedidos de exercer de fato quaisquer dos elementos intrínsecos à propriedade, razão pela qual foi afastada a incidência do ITR. Confira-se:

“6. Com a invasão, sobre cuja legitimidade não se faz qualquer juízo de valor, o direito de propriedade ficou desprovido de praticamente todos os elementos a ele inerentes: não há mais posse, nem possibilidade de uso ou fruição do bem.

7. Direito de propriedade sem posse, uso, fruição e incapaz de gerar qualquer tipo de renda ao seu titular deixa de ser, na essência,

direito de propriedade, pois não passa de uma casca vazia à procura de seu conteúdo e sentido, uma formalidade legal negada pela realidade dos fatos.

[...]

11. Na peculiar situação dos autos, considerando a privação antecipada da posse e o esvaziamento dos elementos da propriedade sem o devido processo de Desapropriação, é inexigível o ITR ante o desaparecimento da base material do fato gerador e a violação dos Princípios da Razoabilidade e da Boa-Fé Objetiva.” (BRASIL, 2009b)

Portanto, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça informa que o aspecto material de incidência do ITR abrange não só sua realidade jurídica, sendo imprescindível o exercício fático da posse ou propriedade do imóvel.

Considerando que a relação jurídica tributária apresenta natureza obrigacional (MACHADO, H., 2011), necessariamente estarão presentes dois sujeitos nesse vínculo: um no polo ativo e outro no polo passivo. No aspecto pessoal do ITR, portanto, tem-se por sujeito ativo a União, detentora da competência tributária para instituí-lo: Constituição Federal, art. 153, VI. De outro lado, o polo passivo é ocupado pelo titular do domínio útil ou possuidor da propriedade rural.

O espaço em que o ITR incide, por sua vez, abrange o território rural de todo o País, dado que, conforme já dito, a competência para a sua instituição foi conferida à União. Vale anotar que a Constituição Federal em vigor prevê, em seu artigo 153, §4º, III, a possibilidade de que o ITR seja cobrado e fiscalizado pelos municípios que assim optarem. Diga-se, ainda, que tal dispositivo de forma alguma implica delegação da competência tributária, mas tão somente a transferência da capacidade tributária ativa; isto é, trata-se, apenas, de conferir aos municípios o lugar de sujeito ativo na relação jurídica tributária. Importa assinalar que a referida opção de fiscalização e cobrança ocorre por meio de convênios:

“A par da necessidade de produção legislativa municipal apta a disciplinar com exatidão a forma como deveria ocorrer tal fiscalização, a Lei nº 11.250 de 27 de dezembro de 2005 acabou permitindo que a União, através da Secretaria de Receita Federal, celebrasse convênios com o Distrito Federal e com os Municípios que houvessem feito referida escolha, em consonância com o permissivo constitucional, pela fiscalização e cobrança do tributo, visando exatamente a delegação das atribuições de fiscalização, lançamento do próprio crédito tributário e cobrança do imposto” (FERREIRA, 2009, p. 134-135).

O critério temporal de incidência do Imposto sobre Propriedade Territorial Rural ocorre em todo dia 1º de janeiro, conforme determinam a Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996 (BRASIL, 1996), e o Decreto nº 4.382, de 19 de setembro de 2002 (BRASIL, 2002).

O critério quantitativo, ou seja, a forma pela qual se alcança o valor monetário a ser pago em razão do ITR, sofre influência direta da questão ambiental envolvida. A própria Constituição Federal estabelece, em seu art. 153:

“§ 4º O imposto previsto no inciso VI do *caput*: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

I – será progressivo e terá suas alíquotas fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

II – não incidirá sobre pequenas glebas rurais, definidas em lei, quando as explore o proprietário que não possua outro imóvel; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

III – será fiscalizado e cobrado pelos Municípios que assim optarem, na forma da lei, desde que não implique redução do imposto ou qualquer outra forma de renúncia fiscal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)” (BRASIL, 2003).

No mesmo sentido dispõe a Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996 (BRASIL, 1996):

“Art. 2º Nos termos do art. 153, § 4º, *in fine*, da Constituição, o imposto não incide sobre pequenas glebas rurais, quando as explore, só ou com sua família, o proprietário que não possua outro imóvel.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, pequenas glebas rurais são os imóveis com área igual ou inferior a:

I – 100 ha, se localizado em município compreendido na Amazônia Ocidental ou no Pantanal mato-grossense e sul-mato-grossense;

II – 50 ha, se localizado em município compreendido no Polígono das Secas ou na Amazônia Oriental;

III – 30 ha, se localizado em qualquer outro município.

Seção II

Da Isenção

Art. 3º São isentos do imposto:

I – o imóvel rural compreendido em programa oficial de reforma agrária, caracterizado pelas autoridades competentes como assentamento, que, cumulativamente, atenda aos seguintes requisitos:

a) seja explorado por associação ou cooperativa de produção;

b) a fração ideal por família assentada não ultrapasse os limites estabelecidos no artigo anterior;

c) o assentado não possua outro imóvel.

II – o conjunto de imóveis rurais de um mesmo proprietário, cuja área total observe os limites fixados no parágrafo único do artigo anterior, desde que, cumulativamente, o proprietário:

a) o explore só ou com sua família, admitida ajuda eventual de terceiros;

b) não possua imóvel urbano.”

A imediata observação que se extrai desses dispositivos é exatamente o condicionamento

do aspecto quantitativo do ITR a fatores como a produtividade e o incentivo à agricultura familiar, os quais remetem à função social da propriedade. Significa dizer que a limitação da propriedade ao cumprimento de sua função social repercute na seara tributária por meio de incentivos fiscais ou maior onerosidade, conforme a atitude do contribuinte.

“O direito de propriedade está condicionado pela Constituição ao cumprimento da função social, qual seja o grau de produtividade, o respeito ao meio ambiente ecologicamente sustentável e inclusive o pagamento de impostos devidos, entretanto, para que haja o cumprimento da função social, é preciso o efetivo exercício do domínio. Portanto não há sequer razoabilidade em exigir o pagamento de impostos reais ou cumprimento da função social de um proprietário que teve o seu domínio sobre o bem usurpado” (BRANCO; MEIRA; CORREIA NETO, 2012).

Observe-se que haverá alíquotas progressivas para os contribuintes que mantiverem propriedades improdutivas, além da possibilidade de pagarem a alíquota de 20% pelo baixo uso e, em contraponto, aqueles que apresentarem alto grau de utilização do imóvel (maior que oitenta por cento em até cinquenta hectares) pagarão alíquota de 0,03% do valor da terra nua. Registre-se, ainda, que não só a alíquota varia de 0,03% a 20%, mas também a base de cálculo, que igualmente visa a estimular a preservação do meio ambiente e a realização da função social. Confira-se o art. 10 da Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996 (BRASIL, 1996):

“§ 1º Para os efeitos de apuração do ITR, considerar-se-á:

I – VTN, o valor do imóvel, excluídos os valores relativos a:

- a) construções, instalações e benfeitorias;
- b) culturas permanentes e temporárias;
- c) pastagens cultivadas e melhoradas;
- d) florestas plantadas;

II – área tributável, a área total do imóvel, menos as áreas:

- a) de preservação permanente e de reserva legal, previstas na Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, com a redação dada pela Lei nº 7.803, de 18 de julho de 1989;
- b) de interesse ecológico para a proteção dos ecossistemas, assim declaradas mediante ato do órgão competente, federal ou estadual, e que ampliem as restrições de uso previstas na alínea anterior;
- c) comprovadamente imprestáveis para qualquer exploração agrícola, pecuária, granjeira, aquícola ou florestal, declaradas de interesse ecológico mediante ato do órgão competente, federal ou estadual;

d) sob regime de servidão florestal ou ambiental; (Redação dada pela Lei nº 11.428, de 2006)

e) cobertas por florestas nativas, primárias ou secundárias em estágio médio ou avançado de regeneração; (Incluído pela Lei nº 11.428, de 2006)

f) alagadas para fins de constituição de reservatório de usinas hidrelétricas autorizada pelo poder público. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008)”.

Considerações finais

Verificou-se, no desenvolvimento deste estudo, que o ITR é uma importante ferramenta vinculadora dos valores ambientais com a tributação e, pois, referente ao Zoneamento Ecológico-Econômico.

O Zoneamento, conforme se anotou, constitui, ao mesmo tempo, princípio e instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente.¹⁰ Por meio do ZEE conhecem-se as peculiaridades de cada bioma, permitindo a ocupação e exploração racionalmente direcionadas ao atendimento dos princípios constitucionais envolvidos. Além disso, confere rapidez ao Estudo de Impacto Ambiental, porquanto as informações essenciais já estarão disponíveis:

“Se o zoneamento ecológico-econômico fosse implementado pelo poder público, o diagnóstico ambiental decorrente de seu exercício traria subsídios importantes para tornar o estudo prévio de impacto ambiental mais dinâmico e eficiente, pois a etapa de diagnóstico nele prevista, na maioria das vezes muito demorada, como já dito, seria agilizada, através das informações produzidas pelo zoneamento ecológico-econômico” (ATTANASIO JÚNIOR; ATTANASIO, 2006, p. 204).

Priorizada a temática do desenvolvimento sustentável, surgiu o Zoneamento Ecológico-Econômico, que pode ser entendido como o mapeamento ambiental atento ao próprio desenvolvimento sustentável, conforme aduzido anteriormente. Realizar efetivamente tal Zoneamento permitirá conciliar o aumento de índices econômicos e a preservação ambiental.

A ligação entre o Zoneamento e o Imposto Territorial Rural pode ser encontrada justamente ao se observar que a classificação do imóvel rural em função da possibilidade de uso e de seu aproveitamento é diretamente refletida no montante devido. Logo, o benefício fiscal é visto prontamente: desvelada minuciosamente a propriedade rural, o valor da terra nua tributável virá à tona automaticamente.

¹⁰ Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996, art. 2º, V, e art. 9º, II, respectivamente.

Assim é que áreas de preservação permanente e de reserva legal, de interesse ecológico para a proteção dos ecossistemas, comprovadamente impréstáveis para qualquer exploração, declaradas de interesse ecológico, sob regime de servidão florestal ou ambiental, cobertas por florestas nativas, primárias ou secundárias em estágio médio ou avançado de regeneração não são consideradas na área tributável do imóvel rural.

Conhecer profundamente as terras brasileiras, mediante o zoneamento que ainda se tenta implementar, trará apenas benefícios, sejam econômicos, sejam ecológicos. Mesmo porque catalogar e cadastrar os imóveis rurais do Brasil é um árduo trabalho em andamento, conforme assinala Alfredo Meneghetti Neto (1992, p. 186). Eis a importância dessa relevante, mas não inédita, política pública brasileira presente no Plano Mais Brasil e que se mostra fundamental aparelho hábil à consecução do desenvolvimento sustentável: o Zoneamento Ecológico-Econômico.

Desse modo, examinamos as políticas tributárias que, mediante a gradação da oneração do ITR de acordo com duas variáveis: o grau de aproveitamento das terras para produção econômica – tendo em conta inclusive as dimensões da propriedade para desestimular os latifúndios improdutivos – e a preservação do meio ambiente, com base no zoneamento ecológico, incentivam a conservação ambiental e a consolidação de uma economia verde.

Naturalmente, essa postura de incentivo tributário deve ser adotada em combinação com outras políticas de preservação ambiental – como investimento público direto, ou proibições, sanções econômicas, normas de Direito Penal, intervenções na propriedade e até mesmo confisco. O Estado deve cumprir sua função estimuladora das ações positivas e repressora das condutas lesivas ao meio ambiente com respaldo na Constituição, nas leis, nos anseios da população e sempre considerando que é necessário simultaneamente adotar políticas para preservar o meio ambiente e promover o contínuo desenvolvimento social, cultural e econômico do ser humano, especialmente daqueles que residem nas áreas menos urbanizadas do Brasil.

Referências

AGENDA 21. *Site do Ministério do Meio Ambiente*, Brasília, [20--?]. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/component/k2/item/569?Itemid=670>>. Acesso em: 28 abr. 2012.

ATTANASIO JÚNIOR, Mario Roberto; ATTANASIO, Gabriela Muller Carioba. O dever de elaboração e implementação do zoneamento ecológico-econômico e a efetividade do

licenciamento ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 11, n. 43, p. 203-221, jul./set. 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MEIRA, Liziane Angelotti; CORREIA NETO, Celso de Barros. *Tributação e direitos fundamentais: conforme jurisprudência do STF e do STJ*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2003.

_____. Decreto nº 4.382, de 19 de setembro de 2002. Regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 set. 2002, Seção 1, p. 5. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4382.htm>. Acesso em: 8 abr. 2012.

_____. Decreto nº 6.961, de 17 de setembro de 2009. Aprova o zoneamento agroecológico da cana-de-açúcar e determina ao Conselho Monetário Nacional o estabelecimento de normas para as operações de financiamento ao setor sucroalcooleiro, nos termos do zoneamento. *Diário Oficial da União*, Brasília, 18 set. 2009A, Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6961.htm>. Acesso em: 25 abr. 2012.

_____. Decreto nº 7.378, de 1º de dezembro de 2010. Aprova o Macrozoneamento Ecológico-Econômico da Amazônia Legal - MacroZEE da Amazônia Legal, altera o Decreto nº 4.297, de 10 de julho de 2002, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2 dez. 2010, Seção 1, p. 7. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=263052&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 28 abr. 2012.

_____. Decreto nº 7.705, de 25 de março de 2012. Altera a Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI, aprovada pelo Decreto nº 7.660, de 23 de dezembro de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 mar. 2012A, Seção 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7705.htm>. Acesso em: 7 abr. 2012.

_____. Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 nov. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4504.htm>. Acesso em: 27 abr. 2012.

_____. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 jun. 1981, p. 1120. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 10 abr. 2012.

_____. Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996. Dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR, sobre pagamento da dívida representada por Títulos da Dívida Agrária e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 dez. 1996, Seção 1, p. 27744. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9393.htm>. Acesso em: 8 abr. 2012.

_____. Lei nº 12.593, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Plano Plurianual da União para o período de 2012 a 2015. *Diário Oficial da União*, Brasília, 19 jan. 2012b, Seção 1, p. 1. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2012/lei-12593-18-janeiro-2012-612302-norma-pl.html>>. Acesso em: 25 abr. 2012.

_____. Lei nº 21.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 maio 2012c, Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm>. Acesso em: 31 ago. 2012.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei da Câmara nº 30, de 2011. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa, altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de

1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º jun. 2011a. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=100772&tp=1>>. Acesso em: 29 abr. 2012.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 626, de 2011. Dispõe sobre o cultivo sustentável da cana-de-açúcar em áreas alteradas e nos biomas Cerrado e Campos Gerais situados na Amazônia Legal e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 2011b. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=102721>. Acesso em: 25 abr. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 863.499. Processual civil e tributário. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. ITR. Imóvel invadido por integrantes de movimento de famílias sem-terra. Ação declaratória. Prescrição quinquenal. Fato gerador do itr. Propriedade. Medida liminar de reintegração de posse não cumprida pelo estado do paraná. Intervenção federal acolhida pelo órgão especial do TJPR. Inexistência de hipótese de incidência tributária. Perda antecipada da posse sem o devido processo de desapropriação. Esvaziamento dos elementos da propriedade. Desaparecimento da base material do fato gerador. Princípios da razoabilidade e da boa-fé objetiva. Relator: Ministro Herman Benjamin. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 19 mar. 2009b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200701462250&dt_publicacao=14/12/2009>. Acesso em: 8 abr. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Coimbra: Almedina, 1999.

CIRINO, Samia Moda; BASSOLI, Marlene Kempfer. Direito tributário ambiental: benefícios fiscais às empresas para proteção do direito fundamental ao meio ambiente. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 12, p. 177-198, 2008.

COMITÊ NACIONAL DE ORGANIZAÇÃO RIO+20. *Sobre a Rio+20*. Rio de Janeiro: Comitê Nacional de Organização Rio+20, 2011. Disponível em: <http://www.rio20.gov.br/sobre_a_rio_mais_20.html>. Acesso em: 7 abr. 2012.

FERREIRA, Renata Marques. O ITR: imposto territorial rural como instrumento de implementação dos valores e princípios do direito ambiental tributário. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 5, v. 20, p. 133-146, out./dez. 2009.

LIMA, André. *Zoneamento ecológico-econômico à luz dos direitos socioambientais*. Curitiba: Juruá, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENEGHETTI NETO, Alfredo. Imposto Territorial Rural (ITR): algumas considerações. *Revistas Eletrônicas FEE*, Porto Alegre, v. 20, n. 3, 1992. Disponível em: <<http://revistas.fee.tche.br/index.php/indicadores/article/viewFile/721/969>>. Acesso em: 27 abr. 2012.

OLIVEIRA, José Antonio Puppim de. Meio ambiente e desenvolvimento sustentável. In: CAVALCANTI, Bianor Scelza; RUEDIGER, Marco Aurélio; SOBREIRA, Rogério (Org.). *Desenvolvimento e construção nacional: políticas públicas*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues. *Direito tributário e meio ambiente*. 3 ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Direito tributário e meio ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita*. 2 ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PELEGRINI, Luciana Tomiko Fujimoto. Aplicabilidade da extrafiscalidade no Imposto Territorial Rural (ITR). *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, ano 17, n. 87, p. 188-200, jul./ago. 2009.

RIBEIRO, Wagner Costa. Em busca da qualidade de vida. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). *História da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003.

REIS, Cristiane de Souza. A função social da propriedade rural e o acesso à terra como respeito à dignidade da pessoa humana. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 53, maio 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2912>. Acesso em: 27 abr. 2012.

Islas Malvinas versus Falkland Islands

O arquipélago da discórdia

MARCO AURÉLIO GUMIERI VALÉRIO

LUIZ ANTONIO SOARES HENTZ

Sumário

Introdução. 1. Contexto histórico. 2. Guerra das Malvinas. 3. Retomada da diplomacia entre Argentina e Reino Unido. 4. Aquisição de territórios. 4.1. Modos originários. 4.2. Modos derivados. 5. Princípio da autodeterminação dos povos. Conclusão.

Introdução

No dia 3 de janeiro de 2013, os jornais britânicos publicaram, em anúncio de meia página, uma carta escrita pela Presidente Cristina Fernandez de Kirchner, endereçada ao primeiro-ministro David William Donald Cameron com cópia para o secretário-geral da Organização das Nações Unidas Ban Ki-moon.¹ Na correspondência, pede-se a abertura de diálogo entre a Argentina e o Reino Unido para debater um assunto que, em suas palavras, representa “um caso colonial anacrônico”: a soberania sobre as Ilhas Malvinas ou Falklands. A data não foi escolhida por acaso

Marco Aurélio Gumieri Valério é advogado e professor doutor da Universidade de São Paulo, campus de Ribeirão Preto-SP.

Luiz Antonio Soares Hentz é advogado e professor livre-docente da Universidade Estadual Paulista, campus de Franca-SP.

¹“Há 180 anos nesta mesma data, 3 de janeiro, num descarado exercício de colonialismo do século XIX, a Argentina foi violentamente despojada das Ilhas Malvinas, que estão situadas a 14.000 km (8.700 milhas) de distância de Londres. Os argentinos que estavam nas ilhas foram expulsos pela Marinha Real e o Reino Unido subsequentemente iniciou um processo de ocupação similar ao que foi aplicado em outros territórios sob seu domínio colonial. Desde então, tem-se recusado a devolver os territórios à República Argentina, impedindo assim que o país restaure sua integridade territorial. A questão das Ilhas Malvinas é também uma causa abraçada pela América Latina e pela grande maioria de povos e governos ao redor do mundo que rejeitam o colonialismo. Em 1960, a ONU proclamou a necessidade de “pôr um fim ao colonialismo em todas as suas formas e manifestações”. Em 1965, a Assembleia Geral adotou, sem votos contrários (nem mesmo do Reino Unido), uma resolução considerando as Ilhas Malvinas como um caso colonial e convidando os dois países a negociarem uma solução para a disputa de soberania entre eles. Isso foi seguido por várias outras resoluções com o mesmo efeito. Em nome do povo argentino, eu reitero nosso convite a obedecer às resoluções da ONU” (HARDING; GONI, 2013, tradução nossa).

já que 180 anos antes, no dia 3 de janeiro de 1833, os argentinos foram expulsos do arquipélago pelos britânicos. Desde então, a Argentina segue reivindicando a soberania sobre o território ocupado pelo Reino Unido.

A recusa dos britânicos em negociar uma solução pacífica para pôr fim a essa disputa levou os argentinos a cometerem o extremo ato de invadir as Ilhas Falklands. A decisão de travar uma guerra com o Reino Unido foi uma tentativa fracassada dos militares que governavam a Argentina de continuar no poder e ganhar a simpatia popular. A chamada Guerra das Malvinas, iniciada no dia 2 de abril e encerrada no dia 14 de junho de 1982 custou a vida de 255 militares britânicos e de 650 argentinos.

A reativação desse debate deu-se não apenas devido ao aniversário do conflito. A soberania sobre as Ilhas Falklands representa uma questão de orgulho e de credibilidade nacional para ambos os lados. Além disso, o controle do arquipélago encerra uma posição estratégica sobre o cruzamento austral e o tráfego marítimo. Por fim, a descoberta de reservas petrolíferas acrescenta mais um elemento sensível na disputa pelas Ilhas Malvinas.

O objetivo deste artigo é o de repensar o arcabouço teórico e histórico sobre as Ilhas Falklands de modo a tornar menos fugidias as impressões sobre como a soberania do arquipélago está condicionada pelo direito e pela política internacional. Para isso, será investigado como se desenvolveu a colonização do território e de que forma as ilhas terminaram sob o domínio britânico e sob o eterno protesto dos argentinos. Também se pretende esclarecer os motivos que levaram a Argentina a invadir as Ilhas Malvinas, declarando guerra ao Reino Unido, uma potência militar. Aborda-se ainda como o desrespeito às resoluções da ONU levou os países a décadas de estranhamento mútuo, com o rompimento e posterior retomada das relações diplomáticas.

O trabalho tem como escopo, por fim, analisar as implicações políticas da militarização do Atlântico Sul bem como apresentar uma saída dentro das premissas estabelecidas pela ONU para a resolução desse imbróglio.

1. Contexto histórico

O arquipélago das Malvinas (ou das Falklands) é formado por duas ilhas principais, as Malvinas (ou Falklands) Ocidental e Oriental, além de outras 778 ilhotas que compõem um território de 12.173 km² localizado no Atlântico Sul, a 480 km e a 12.000 km de distância da Argentina e do Reino Unido, respectivamente.

Registros históricos deitam pouca luz sobre o momento exato de sua descoberta; é certo, apenas, que as Malvinas ou as Falklands foram avistadas no século XVI. Uma primeira versão, favorável aos argentinos,

considera que as ilhas teriam sido descobertas em 1520, pela expedição do português Fernão de Magalhães feita em nome da Espanha. E uma segunda, favorável aos britânicos, sustenta que elas teriam sido descobertas em 1592, pela expedição do capitão John Davis, feita em nome do Reino Unido.

O primeiro desembarque no arquipélago pode ter ocorrido em 1690, durante a expedição do capitão inglês John Strong, que chamou o canal marítimo – formado entre as duas ilhas principais – de Falkland, em homenagem ao escocês Visconde Falkland, então tesoureiro da Marinha Real e patrocinador da expedição; por isso, o arquipélago é chamado de Falklands pelos britânicos. Os franceses, que visitaram a região por diversas vezes, rebatizaram as ilhas, que receberam o nome de Îles Malouines em homenagem ao Porto de Saint Malo, na França; em virtude disso, o arquipélago é chamado de Malvinas pelos argentinos.

No ano de 1764, começa a colonização das ilhas quando o explorador francês Louis Antoine de Bougainville fundou uma base em Port Louis, localizado nas Malvinas Oriental. Em 1765, o Comodoro britânico John Byron, avô do poeta George Gordon Byron, o Lord Byron, construiu uma base em Port Egmont, nas Falklands Ocidental.

A Espanha protestou contra a ocupação do arquipélago pela França sob a alegação de que as ilhas eram uma extensão da plataforma continental americana. As bulas *Inter coetera*, de 4 de maio, e *Dudum Siquidem*, de 26 de setembro, ambas outorgadas pelo Papa Alexandre VI em 1493, atribuíam-lhe o domínio de polo a polo das terras americanas, árticas e antárticas, localizadas a 100 léguas a oeste de Cabo Verde, na África. No Tratado de Tordesilhas, assinado em 7 de junho de 1494 e confirmado pelo Papa Júlio II em 1506, a Espanha cedeu às pressões de Portugal e aceitou levar a demarcação an-

terior para 370 léguas (1.770 Km) a oeste de Cabo Verde.

No contexto das relações internacionais, a divisão e a doação do Novo Mundo aos reis da Espanha e de Portugal ocorreram num momento de transição entre a hegemonia do Papado, poder universalista, e a afirmação do poder secular dos monarcas nacionais, uma das facetas da transição da Idade Média para a Moderna.²

Outras potências marítimas europeias questionaram a exclusividade da partilha do mundo entre as nações ibéricas. Tornou-se célebre a frase de Francisco I da França, que ironicamente pediu para ver a cláusula no testamento de Adão que legitimava a divisão entre Espanha e Portugal.

No ano seguinte, em 1766, a França vendeu sua parte do arquipélago para a Espanha. O controle de Port Louis, agora chamado de Puerto de La Soledad, foi entregue ao Capitão Geral de Buenos Aires. Além do aspecto financeiro, as coroas francesa e espanhola estavam entrelaçadas pela Dinastia Bourbon, o que teria facilitado a negociação.

Logo em seguida, a Espanha declarou guerra ao Reino Unido visando a reunificar as partes Leste e Oeste das ilhas; contudo, em 1767, os espanhóis diminuíram sua belicosidade, deixando os britânicos em paz depois da Troca de Declarações resultante de negociações diplomáticas entre Espanha, França e Reino Unido.

Em 1774, o Reino Unido retirou-se da sua parte do arquipélago em meio ao remanejamento de suas tropas diante da insurgência dos

² Ainda vigorava a tradição medieval da supremacia política da Santa Sé, que “reconhecia a Roma o direito de dispor das terras e dos povos: o Papa Adriano IV (1154-59), inglês, havia dado a Irlanda ao rei da Inglaterra e o Papa Sisto IV (1471-84), as Ilhas Canárias ao rei de Castela. Baseava-se nisso, em parte, sobre o fato de um Édito de Constantino ter conferido ao Papa Silvestre a soberania sobre todas as ilhas do globo; ora, isso porque as terras a descobrir eram todas supostamente ilhas” (LIMA, 1902, p. 42-45).

colonos na América do Norte. Os britânicos alegam nunca ter aberto mão de sua soberania, deixando uma placa indicativa no local. Por sua vez, em 1811, após utilizar as ilhas como colônia penal, é a vez da Espanha também se retirar de sua parte das ilhas devido aos levantes ocorridos em suas colônias nas Américas Central e do Sul, também deixando uma placa indicativa da sua soberania sobre o território.

A Argentina conquistou sua liberdade em 1816 e as Ilhas Malvinas continuaram sob a soberania espanhola, alegam os argentinos. Em 1825, o Reino Unido reconheceu a independência da Argentina, mas não reclamou a posse do arquipélago. Em 1820, considerando-se sucessor da soberania da Espanha, o governo argentino enviou soldados e, em 1829, designou o francês Luis María Vernet, que recebeu anteriormente uma concessão para explorar o território e para fundar uma colônia, como administrador das Ilhas Malvinas.

Don Juan Esteban Mestivier foi enviado como novo governador, sendo assassinado logo em seguida, o que levou à nomeação de Don José María Piñedo.

Conforme Grimmett (2010, p. 3), em 1831, três navios pesqueiros dos Estados Unidos da América foram apreendidos no mar territorial do arquipélago, atitude que levou os estadunidenses a retaliarem – com a destruição de Puerto de la Soledad –, liderados pelo capitão Duncan do navio USS Lexington, além de garantirem seu apoio aos britânicos pela soberania das Ilhas Falklands.

Em 1833, a fragata HMS Clio, comandada pelo capitão inglês John James Onslow aportou no arquipélago e expulsou os argentinos que voltaram sem resistência para o continente. Foi a partir de 1839 que o Reino Unido enviou grupos de escoceses, galeses e irlandeses para povoar o arquipélago. Em 1845, foram concluídas as obras da capital Stanley, nome dado em homenagem ao então Secretário de Estado para

Colônias, Lord Stanley. Desde então, a Argentina mantém sua reivindicação de soberania sobre as Ilhas Malvinas.

A Assembleia Geral da ONU aprovou a Resolução nº 1.514, de 14 de dezembro de 1960, que trouxe em seu bojo a Declaração de Independência aos Países e Povos Coloniais, determinando o fim rápido e incondicional do colonialismo. Estabeleceu, em seu art. 2º, que todos os povos têm direito à autodeterminação, podendo livremente definir sua condição política. Ainda determinou, em seu art. 5º, que medidas imediatas fossem tomadas para os territórios que ainda não tivessem alcançado a independência receberem poderes para tanto, sem condições ou reservas, de acordo com sua vontade livremente expressa e sem qualquer distinção de raça, credo e cor.

Embora não visasse especificamente à disputa pelas Ilhas Falklands, essa norma deu novo fôlego à pretensão da Argentina que reivindicou sua soberania sobre o arquipélago ao Comitê para a Descolonização da ONU. O Reino Unido argumentou que o caso não era de competência daquele órgão, por se tratar de um conflito territorial e não colonial.

O Comitê Especial encarregado de examinar a aplicação da Declaração de Independência aos Países e Povos Coloniais para as Ilhas Malvinas reconheceu sua competência para analisar a contenda.³

A partir do resultado dos trabalhos desse colegiado, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Resolução nº 2.065, de 16 de dezembro de 1965, convidando a Argentina e o Reino Unido a darem início às negociações quanto à soberania das Ilhas Falklands a fim de encontrar

³ Existem ainda dezesseis territórios não autônomos dependentes de descolonização: Sahara Ocidental, Montserrat, Gibraltar, Pitcairn, Bermudas, Ilhas Turks e Caicos, Anguilla, Samoa Americana, Ilhas Virgens Americanas e Britânicas, Ilhas Cayman, Ilhas Falklands, Guam, Santa Helena, Tokelau e Nova Caledônia.

uma solução pacífica para a disputa tendo em conta as disposições da Carta da ONU e da Resolução nº 1.514/1960 da Assembleia Geral, e os interesses da população do arquipélago.

No dia 28 de setembro de 1966, um grupo armado de dezoito pessoas formado por integrantes da juventude peronista, de setores nacionalistas e de organizações estudantis, sequestrou o voo nº 648 das Aerolíneas Argentinas que partiu de Buenos Aires com destino a Río Gallegos. Após convencerem o piloto a desviar a rota do DC-4 para 1-0-5 que, segundo as cartas aeronáuticas, os conduziria às Ilhas Malvinas, deu-se início à chamada Operação Condor. “El objetivo de mínima era simbólico y el de máxima, recuperar el territorio”, declarou Ricardo Ahe, um dos integrantes do movimento. O grupo conseguiu pousar, hastear a bandeira, cantar o hino e ainda colocaram a disputa da Argentina com o Reino Unido pelo arquipélago na ordem do dia. Segundo Jastreblansky (2012), após entregarem suas armas nas mãos argentinas do piloto, pois, segundo Aguirre, outro integrante do movimento, “no queríamos reafirmar la soberanía de los británicos”, o grupo ficou preso por nove meses no continente.

A Assembleia Geral da ONU, preocupada pelo fato de ter transcorrido oito anos sem progressos substanciais, aprovou a Resolução nº 3.160, de 14 de dezembro de 1973, chamando novamente a Argentina e o Reino Unido a negociarem a soberania das Ilhas Falklands. Pressentindo o recrudescimento das relações entre os dois países devido à inércia na retomada dos debates, o órgão, por meio da Resolução nº 31/49, de 1º de dezembro de 1976, além das recomendações de praxe, pediu aos argentinos e aos britânicos que não tomassem qualquer atitude unilateral que prejudicasse as conversas. A entidade parecia prever as movimentações dramáticas que estavam por vir.

2. Guerra das Malvinas

O General Leopoldo Fortunato Galtieri Castelli assumiu a presidência da Argentina no dia 22 de dezembro de 1981 num momento bem conturbado para o país: a economia estava em ruínas com uma inflação beirando os 150% ao ano, os sindicatos agitavam-se pelo aumento do desemprego, a população reclamava da precarização da qualidade de vida e, por fim, a forte repressão aos opositores da ditadura militar incomodava a comunidade internacional. Segundo Kersaudy (2007), fazer com que tudo isso fosse esquecido tornou-se essencial para assegurar a permanência de Galtieri no poder e, para isso acontecer, seria preciso uma cartada de mestre: a reconquista das Ilhas Malvinas.

Buenos Aires nunca deixou de reivindicar o arquipélago e sua recuperação sempre foi tratada como uma causa nacional. No dia 3 de janeiro

de 1983 a soberania de Londres completaria 150 anos e sua conquista antes dessa data garantiria ao ditador um lugar entre os heróis do povo argentino.

Mesmo o Reino Unido sendo uma das maiores potências militares do planeta, a empreitada não parecia assim tão absurda. Durante quase 15 anos os argentinos negociaram a devolução das Ilhas Falklands e tinham a impressão de que seus interlocutores britânicos não estavam interessados em conservar um arquipélago cuja manutenção custava mais do que lhes rendia. A Argentina acreditava que o diálogo havia fracassado apenas porque os quase dois mil habitantes das Ilhas Malvinas exigiram permanecer sob a administração do Reino Unido.

A impressão que ficou para a Argentina era a de que os britânicos não criariam dificuldades para reconhecer a ocupação como fato consumado. Além disso, acreditavam que contariam com a benevolência dos Estados Unidos da América, interessados em sustentar sua campanha anticomunista na América Latina. Por fim, como destaca Kersaudy (2007), a primeira-ministra do Reino Unido à época era Margaret Hilda Thatcher e os argentinos, guiados por sua cultura machista, não esperavam que o chamado sexo frágil demonstrasse um espírito belicoso.

No dia 2 de abril de 1982, três mil soldados argentinos desembarcaram nas Ilhas Malvinas. Depois de uma resistência os 67 *royal marines* britânicos que guarneciam as Ilhas Falklands foram dominados e os principais portos do arquipélago foram ocupados por outros nove mil soldados.

Em Stanley, capital das Ilhas Falklands, os *royal marines* capturados foram fotografados deitados com os rostos voltados para o chão, subjugados por seus vencedores. Mesmo numa época anterior à da Internet, essas imagens deram a volta ao mundo. A humilhação despertou a ira do Reino Unido que, até então, assistia a tudo do outro lado do Oceano Atlântico. Não satisfeita, a Argentina aportou suas tropas nas Ilhas Geórgia do Sul, também reclamadas constitucionalmente junto com as Ilhas Sandwich do Sul, mas que nunca foram suas possessões, nem mesmo da Espanha, país a quem alega ter sucedido nos direitos territoriais após sua independência.⁴

Embora a invasão ordenada por Galtieri tenha tomado Londres de surpresa, nada aconteceu como Buenos Aires previu. No dia seguinte, 3 de abril de 1982, Thatcher fez um discurso firme e obteve apoio unâni-

⁴“La Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional. La recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía, respetando el modo de vida de sus habitantes, y conforme a los principios del derecho internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino” (ARGENTINA, 1994).

me na Câmara dos Comuns para retomar suas possessões no Atlântico Sul.

A partida da frota, composta por três mil homens da 3ª brigada de *royal marines*, aconteceu no dia 5 de abril de 1982. O objetivo da força britânica estava a 13.000 km e as provisões seriam alongadas ao máximo. Além disso, devido às condições meteorológicas do inverno austral, o desembarque seria bem difícil até o final de maio e operar em terra seria quase impossível no final de junho. Para Kersaudy (2007), a perda de um só porta-aviões comprometeria toda operação.

O Conselho de Segurança da ONU aprovou a Resolução nº 502, de 3 de abril de 1982 exigindo a retirada da força argentina do arquipélago. O Panamá foi o único dos dezesseis membros que votou contra sua aprovação. China, Espanha, Polônia e a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas abstiveram-se. Lembra Arend (1985, p. 524-5) que, durante a Guerra Fria, foram três as situações apontadas pela entidade como de violação da paz: a Guerra da Coreia, a Guerra Irã-Iraque e a Guerra das Malvinas.

O então Secretário de Estado norte-americano Alexander Haig serviu de intermediário “de fachada” entre Londres e Buenos Aires. Destaca Prentice (2012) e Pisani (2013) que documentos recentemente revelados comprovam o que já se suspeitava: Washington jamais fora imparcial na disputa. Thatcher exigia a retirada do arquipélago como prerrogativa a qualquer acordo, ato que Galtieri não poderia realizar sem perder a popularidade adquirida na Argentina. Os EUA assumem sua preferência, condena a invasão e disponibiliza para o Reino Unido sua base na Ilha Ascensão localizada a meio caminho das Ilhas Falklands.

Rompido o diálogo, uma unidade de *royal marines* desembarcou no dia 25 de abril de 1982 perto da base de Grytviken, na Geórgia do Sul, retomando o território. No dia 30 de abril, Re-

agan, influenciado por Thatcher, declarou que a invasão de Galtieri era inadmissível e que os EUA, além de aplicar em sanções econômicas internacionais contra a Argentina, responderiam a qualquer demanda de material militar feita pelo Reino Unido.

No dia 2 de maio de 1982, o cruzador argentino *General Belgrano* foi torpedeado pelo submarino nuclear *Conqueror* e afundado com 320 membros da tripulação. Nas Ilhas Malvinas a pista de voo de Stanley foi destruída pelo bombardeiro *Vulcain*. No dia 4 de maio de 1982, os argentinos esboçaram uma reação ao acabar com o destróier *Sheffield*, afundado por um míssil *Exocet* lançado de um *Super Etendard*.

Destaca Kersaudy (2007) que, em Londres, a opinião pública e a imprensa sustentavam a posição da primeira-ministra, que aparecia a muitos como “o único homem do governo”, e aqueles que tentaram frear seu ardor patriótico compreenderiam por que ela seria chamada de “a Dama de Ferro”.

No dia 12 de maio de 1982, o Reino Unido decidiu que a reconquista das Ilhas Malvinas começaria por San Carlos. Os britânicos desembarcaram secretamente nas Ilhas Falklands para recolher informações. Concluíram que a baía de San Carlos era grande o suficiente para permitir um desembarque anfíbio. Além disso, não era bem defendida e seus acessos não estavam minados.

Lançada à 1h30min da manhã de 21 de maio de 1982, a operação “Corporate” enfrentou pouca resistência e a invasão ampliou-se. Desde os primeiros bombardeios, os heróis eram raros e as rendições multiplicavam-se. O general Menéndez, comandante das forças argentinas, não ordenou uma resposta terrestre sobre San Carlos por dois motivos: tinha pouca confiança na capacidade de manobra de suas unidades e pensou que San Carlos fosse uma distração. Para ele, o verdadeiro desembarque

seria em Stanley, onde suas melhores tropas permaneceram concentradas.

Os britânicos tiveram todo cuidado em consolidar suas posições a oeste antes de iniciar a marcha de 100 km em direção a Stanley. Os aviões argentinos conservavam o domínio dos ares. No dia 25 de maio de 1982, os *Mirage* afundaram o destróier *Coventry* e o porta-aviões *Atlantic Conveyor*, enquanto os *Puccara* atacaram os helicópteros de transporte britânicos, sem os quais o corpo expedicionário não podia deslocar sua artilharia e seu equipamento. Mas os pilotos argentinos não conseguiram desviar o curso da guerra, pois, à medida que o conflito se prolongava, os melhores dentre eles eram abatidos e seus substitutos mostraram-se menos eficientes.

A Resolução nº 505, de 26 de maio de 1982, do Conselho de Segurança da ONU, obrigava as partes no conflito a cooperar plenamente com o então secretário-geral, Javier Pérez De Cuellar, em seus esforços para pôr fim às hostilidades.

No dia 28 de maio de 1982, reuniram-se na sede da Organização dos Estados Americanos, em Washington, os chanceleres dos 21 países membros do Tratado Interamericano de Assistência Recíproca. Foi aprovada uma resolução com 17 votos a favor e 4 abstenções – representadas pelos votos dos EUA, Colômbia, Chile e Trinidad-Tobago – condenando o ataque do Reino Unido à Argentina e solicitando aos estadunidenses que cessassem sua assistência militar aos britânicos. Para completar, autorizou os países latino-americanos a ajudar os argentinos; ou seja, a decisão deixou uma porta aberta para uma ação coletiva contra o Reino Unido. Isso não chegou a concretizar-se e o apoio ficou em generalizadas expressões de solidariedade diplomática.

Documentos confidenciais recentemente liberados pelos arquivos do Conselho de Segu-

rança Nacional e do Itamaraty sugerem que o Brasil sabia do pouso em território nacional de aviões carregados de armamentos, oriundos da Líbia e de Israel com destino à Argentina. Embora João Batista Figueiredo tenha feito esforço para transparecer neutralidade no conflito, em alguns momentos, a preferência do governo brasileiro ficava evidente.⁵

No dia 8 de junho de 1982, a aviação argentina provocou enorme baixa ao bombardear em Bluff Cove os navios de desembarque *Sir Galahad* e *Sir Tristan*. A partir de 12 de junho de 1982, as tropas britânicas, saindo dos pontos de apoio conquistados nos montes Kent, Longdon, Harriet e Two Sisters, reduziram as posições inimigas em torno de Stanley.

As regras da arte militar exigem que se tome a ofensiva quando são três contra um, mas o Reino Unido decidiu deflagrar o combate final contra a Argentina com a proporção inversa. No dia 14 de junho de 1982, o general Menéndez hasteou a bandeira branca com a rendição de 12 mil argentinos a 4.500 britânicos, que começariam a repatriados cinco dias mais tarde, com atenções e cuidados que deixariam os vencidos sem palavras.

Como resultado da derrota, Galtieri foi destituído, abrindo caminho para a democracia na Argentina, e Thatcher, que detinha o poder na corda bamba, se consolidou com a vitória e governou o Reino Unido por mais oito anos.

⁵ O Relatório nº 011.650 do SNI mostra a correspondência secreta entre o Ministério das Relações Exteriores e o Presidente Figueiredo confirmando a preferência pela Argentina no conflito. Reflete, ainda, a ameaça de deterioração das relações com o Reino Unido, como demonstra esse trecho de um comunicado enviado ao governo brasileiro pela administração britânica: “à luz das antigas e amistosas relações entre o Reino Unido e o Brasil, o governo de Sua Majestade Britânica acredita ter o direito de esperar tratamento equilibrado na atual situação de crise. Nesse contexto, tem conhecimento de que aviões militares argentinos e outras aeronaves utilizaram e continuam utilizando aeroportos brasileiros ao transportarem equipamento militar para uso pela Argentina” (BELISÁRIO, 2010).

3. Retomada das relações entre a Argentina e o Reino Unido

Finalizada a guerra, a Assembleia Geral da ONU editou a Resolução nº 37/9 de 4 de novembro de 1982, reconhecendo o fim das agressões entre a Argentina e o Reino Unido no Atlântico Sul e conclamando as partes a retomarem as discussões a fim de buscar uma saída pacífica na disputa pela soberania das Ilhas Malvinas, necessidade reafirmada nos dois anos seguintes pelas Resoluções nº 38/12, de 16 de novembro de 1983 e nº 39/6, de 1º de novembro de 1984.

Percebendo que o problema entre a Argentina e o Reino Unido não se limita à questão da soberania sobre as Ilhas Falklands, as Resoluções nºs 40/21 de 27 de novembro de 1985, 41/40, de 25 de novembro de 1986, 42/19, de 17 de novembro de 1987 e 43/25, de 17 de novembro de 1988 conclama as partes a reatarem seus laços, reconstruindo bases sólidas para a confiança mútua.

Finalmente, no dia 19 de outubro de 1989, as delegações da Argentina e do Reino Unido apresentaram à Assembleia Geral da ONU uma Declaração Conjunta por meio da qual restabeleceram relações diplomáticas após dois dias de conversações mediadas pela Espanha em Madri. Mesmo com as ressalvas de praxe, a exemplo de nenhuma das partes, incluindo o mediador, reconhecer a soberania de um ou de outro sobre os territórios em disputa ou de abrir mão em favor de um ou de outro, a retomada das conversas trouxeram a certeza de que as desconfianças mútuas estavam afastadas.

O segundo encontro produziu outra Declaração Conjunta, assinada em 15 de fevereiro de 1990. Além da reabertura de embaixadas e consulados nos territórios de ambos, foi estabelecido um plano de comunicações entre o arquipélago e o continente. A zona de proteção ao redor das Ilhas foi declarada sem efeito por parte do Reino Unido. Qualquer movimentação militar na região deve ser avisada com antecedência de pelo menos 25 dias por meios diplomáticos. Qualquer movimentação que passe por mar a 50 milhas ou por ar a 70 milhas deve ser informada em pelo menos 48 horas pelas partes.

No dia 28 de novembro de 1990, foi assinada a Declaração Conjunta sobre Conservação dos Recursos Pesqueiros, que criou a Comissão de Pesca do Atlântico Sul, no intuito de avaliar os recursos marítimos, além de regulamentar a pesca comercial por embarcações, não apenas de suas bandeiras, mas também de outras.

No dia 25 de outubro de 1995, na cidade de Nova Iorque, foi redigida a Declaração Conjunta para a Cooperação em Atividades de Alto Mar no Atlântico Sul. Em seu bojo, Argentina e Reino Unido comprometiam-se

a organizar a Comissão de Hidrocarbonetos do Atlântico Sul composta por membros dos dois países. Dentre suas principais funções, está a de determinar regras para a exploração e a exportação de derivados do petróleo e de gás natural. Na oitava reunião desse grupo, surgiu uma questão de ordem em relação ao mar territorial das Ilhas Malvinas. Para os representantes do Reino Unido, o tratado não envolve a totalidade da área em torno do arquipélago, interpretação diferente da apresentada pelos emissários da Argentina, para os quais o acordo trata sim de toda a região em torno das ilhas.

O Reino Unido, aproveitando-se do imbróglio, adotou atitudes unilaterais desrespeitando o acordo com a Argentina. A posição britânica também desrespeita a Resolução nº 31/49, de 1º de dezembro de 1976, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, que proíbe as partes de tomar atitudes unilaterais enquanto não há uma solução definitiva para a situação das Ilhas Falklands.

As evidências da mineração em alto mar intensificaram-se comprovadas pelo aumento do tráfego de barcos fornecendo diversos materiais para a atividade. Geograficamente, o arquipélago é bem parecido com a região em que o Brasil descobriu petróleo na região do Pré-Sal.

Por meio de uma carta escrita no dia 27 de março de 2007, endereçada à Secretária de Relações Exteriores do Reino Unido, Margaret Beckett, o Ministro de Relações Exteriores da Argentina, Jorge Taiana, denunciou a Declaração Conjunta de 27 de setembro de 1995, abalando as relações entre os dois países.

As primeiras perfurações nas Ilhas Falklands foram realizadas em meados de 1998 pela Shell revelando a presença de hidrocarbonetos nas proximidades do arquipélago. Como na época o barril de petróleo valia menos de US\$ 10,00, os projetos de exploração foram abandonados por falta de perspectiva de rentabilidade. A posterior alta nos preços do óleo cru, cujo barril chegou a US\$ 125,00, mudou o panorama.

Segundo Couzens (2013), no início de 2010, apesar dos protestos da Argentina dirigidos ao Reino Unido e à ONU, cinco empresas encabeçadas por *Rockhopper* e *Desire Petroleum* iniciaram as perfurações. A primeira identificou uma reserva de hidrocarboneto estimada em 450 milhões de barris, no campo de Sea Lion, na bacia norte do arquipélago. A segunda relatou uma descoberta no campo de Rachel North, ainda em avaliação quanto à sua viabilidade. Em meados de 2013, a *Borders and Southern Petroleum* anunciou ainda o início da exploração de gás natural descoberto em Darwin.

As reservas britânicas são de 3 bilhões de barris e estima-se que, com a produção nas Ilhas Malvinas, elas sejam aumentadas em mais 8, podendo gerar US\$ 180.000.000.000,00 (cento e oitenta bilhões de dólares) em tri-

butos e *royalties* ao arquipélago. Levantamentos como esse explicam o ímpeto dos argentinos em reivindicar o direito de seu país sobre os recursos naturais das Ilhas Malvinas. Cristina Fernández de Kirchner expressou sua inconformidade e acusou David Cameron de descumprir as resoluções da ONU. A presidente firmou ainda o Decreto nº 256/2010, com o fim de bloquear o trânsito marítimo entre o arquipélago e o continente. O documento exige que toda embarcação que queira atravessar as águas nacionais em direção às Ilhas Falklands solicite autorização.

A tensão aumentou quando os membros titulares do Mercado Comum do Sul (Mercosul) – formado por Brasil, Argentina, Paraguai, Uruguai e Venezuela e os associados Chile, Colômbia, Equador e Peru – acordaram em não receber em seus portos navios com a bandeira das Ilhas Falklands. A União Nacional do Sul (Unasul) – composta por doze países titulares, Argentina, Brasil, Uruguai, Paraguai, Bolívia, Colômbia, Equador, Peru, Chile, Guiana, Suriname e Venezuela, além de dois observadores, Panamá e México – também demonstrou apoio aos argentinos na última reunião realizada em Assunção, no Paraguai. Numa declaração conjunta, a entidade exortou o Reino Unido a reiniciar as negociações o mais rapidamente possível com vista a pôr termo à disputa. Além disso, o documento criticou a presença militar britânica nas Ilhas Falklands, contrária à política regional que apoia a procura de uma solução pacífica na disputa sobre a soberania.

Os britânicos, que contavam com 1.640 soldados, uma fragata, dois helicópteros, dois aviões de carga, um navio de patrulha e quatro caças nas Ilhas Falklands, mandaram ainda para as Ilhas Malvinas seu principal navio de guerra, o destróier *HMS Dauntless*, um submarino nuclear, além da realização de exercícios militares com a participação do Príncipe William, segundo na sucessão ao trono.

No dia 12 de fevereiro de 2012, a Argentina, por meio de uma carta, denunciou o Reino Unido na ONU pela militarização do Atlântico Sul. O documento destaca que esse movimento é contrário à busca de uma solução pacífica pela disputa da soberania, constituindo uma afronta para a região toda, criando uma tensão desnecessária.

O Reino Unido insiste na sua posição, rechaçando as reiteradas ofertas de negociação por parte da Argentina.

4. Aquisição de território

Os modos de aquisição de territórios são divididos em originários e derivados, conforme tenham ou não ficado anteriormente sob o domínio de outro Estado. Originárias são aquelas formas que permitem a um Estado adquirir territórios que antes não pertenciam a nenhum outro e, por sua vez, derivadas são as maneiras que permitem a um Estado adquirir territórios que antes pertenciam a outro, ocorrendo transferência de soberania. Na hipótese de contestação sobre a aquisição de território, admite-se que os outros sujeitos internacionais considerem como soberano aquele que tem a sua posse, muito embora essa não seja uma obrigação.

4.1. Modos originários

a) Ocupação

A ocupação é por excelência o modo originário de aquisição de território. Consiste na tomada permanente por um Estado de um território que antes não pertencia a ninguém. Isso inclui as terras habitadas por tribos indígenas, mas que não façam parte de um Estado dito civilizado.

A chamada *res nullius* foi desenvolvida na Conferência de Berlim, realizada entre 19 de

novembro de 1884 e 26 de fevereiro de 1885, servindo para justificar a divisão da África e negar direitos a seus habitantes sob a alegação de que suas organizações sociais e políticas primitivas não se tratavam propriamente de Estados. Essa ideia também se aplica ao território ocupado e posteriormente abandonado por seu antigo detentor. Para Mazzuoli (2007, p. 406), a denominada *res derelicta* só não se configura quando há uma abstenção momentânea do território.

A ocupação deve partir sempre de um Estado, pois, sob a ótica jurídica, apenas esses sujeitos internacionais têm capacidade para adquirir territórios. A efetividade da posse dá-se com a união do *corpus* e do *animus occupandi*, mas não se exige a ocupação total do território. Alguns doutrinadores advogam a necessidade da notificação para se estabelecer oficialmente o primeiro ocupante e se evitarem conflitos posteriores; contudo, esse ato perdeu importância diante do esgotamento de territórios a serem ocupados. A ocupação de territórios tem importância fundamental para a sociedade internacional, pois não é de seu interesse que algum espaço fique sem o devido aproveitamento.

O histórico da ocupação de territórios é dividido em quatro períodos: (1) o das bulas papais ou pontifícias, correspondente ao período em que os papas, ungidos pela jurisdição universal, doavam as terras aos príncipes cristãos dispensando-se sua efetiva ocupação pelo agraciado; (2) o das descobertas, correspondente ao período das grandes navegações, também não importando sua efetiva ocupação, bastando que o representante do Estado que a descobriu colocasse um estandarte ou elaborasse uma ata que a aquisição já estava formalizada; (3) o da efetividade, consagrado na Conferência de Berlim, quando foi assinado o Ato Geral por quatorze países que objetivavam regulamentar a liberdade de comércio nas bacias dos rios Con-

go e Níger e a ocupação de territórios na costa ocidental da África. O descobrimento é um título embrionário de propriedade exigindo-se, para a efetiva ocupação, a intenção de adquirir (*animus*), elemento subjetivo, e a realização da vontade (*corpus*), elemento objetivo. A efetividade da posse foi aplicada a outras regiões do globo pela jurisprudência e pela prática internacionais; e, por fim, (4) o da contiguidade, da continuidade e dos limites naturais, segundo o qual o Estado que ocupasse um litoral ou uma ilha teria direito ao território adjacente; o Estado que ocupasse o litoral teria direito ao território que se encontrasse no interior; e o Estado teria direito ao território que constituísse um todo homogêneo com o litoral ocupado.

A ocupação gera efeitos para o direito internacional, pois o território passa a não mais poder ser de outro Estado e passa a fazer parte do ocupante. Quando há controvérsias sobre a ocupação, o princípio intertemporal determina que se devam aplicar as regras vigentes na época da ocupação.

A posse efetiva foi substituída pelo exercício de funções de governo no território, somente se exigindo a ocupação em casos específicos. O direito internacional exige do ocupante que ele proteja os nacionais e assumam a autoridade e a responsabilidade perante os demais Estados. Um Estado que adquiriu um território por ocupação deve manter seu título mediante o exercício efetivo e permanente da soberania sob pena de perdê-lo por inatividade.

b) Acessão

A acessão originou-se no direito romano e segue o princípio latino *accessorium sequitur principali*, isto é, a coisa acessória segue a sorte da principal. Ela consiste no acréscimo de nova porção de território ao Estado em virtude de fatos da natureza, a chamada acessão natural, ou por meio da ação humana, a denominada acessão artificial. A aluvião, provocada gradu-

almente pelo depósito de aterros naturais nas margens dos rios ou ao longo dos litorais em virtude de correntes fluviais ou marítimas, pode ocorrer nas fronteiras de água e gera um aumento do território. A avulsão, por sua vez, é o aumento territorial causado por um fenômeno natural rápido e violento em que pedaços de terra se desprendem de um Estado e se deslocam para outro.

Alguns doutrinadores argumentam que a acessão não é um modo originário de aquisição de territórios; afinal, este antes pertencia a alguém. Outros autores alegam que o beneficiário deveria pagar uma indenização ao prejudicado. Vigé, no entanto, o princípio segundo o qual não se deve pagar ressarcimento pelos fatos causados pela natureza.

Forma também de acessão, mais comum no Oceano Pacífico, é o surgimento de novas ilhas. Na hipótese de aparecer uma no limite do mar territorial do Estado, ela pertence a ele. Além do aumento de seu território, o Estado também terá direito à extensão de seu mar territorial. A acessão também pode dar-se por desvio do leito do rio. Admite-se que o limite dos dois Estados envolvidos acompanham o leito do rio sempre que este for navegável.

Há ainda a hipótese de acessão artificial, que consiste num aumento de território provocado pela intervenção humana como a construção de aterros e de diques ao longo da orla marítima. Nesses casos, além do aumento do território do Estado, seu mar territorial será medido a partir dessas construções. Todavia, se tais obras forem realizadas em rios, não haverá aumento de território, mas apenas a transformação de um território fluvial em terrestre.

4.2. Modos derivados

a) Cessão

A cessão de territórios resulta de um acordo entre dois Estados por meio do qual um deles, chamado de cedente, entrega voluntariamente parcela de seu território a outro, denominado de cessionário. Deve ser formalizada por um tratado entre as partes em que devem constar as cláusulas de execução do acordo bem como suas condições e seus efeitos.

A cessão de territórios pode ocorrer de forma: (1) onerosa, como foi a venda do Alasca pela Rússia aos EUA por sete milhões e duzentos mil dólares, mediante um tratado firmado no dia 30 de março de 1867; (2) gratuita, como ocorreu na entrega de parte da Lagoa Mirim e do Rio Jaguarão do Sul pelo Brasil ao Uruguai, por meio de um tratado assinado no dia 30 de outubro de 1909; e (3) involuntária, que se confunde com a conquista e pode ser declarada nula por ter sido obtida mediante ameaça ou pelo uso da força.

A permuta, caracterizada pela troca de territórios, também é forma de cessão de territórios e pode ser usada na delimitação de fronteiras, como na demarcação das divisas entre o Brasil e a Bolívia. Por meio do Tratado de Petrópolis, firmado no dia 17 de novembro de 1903, o Brasil e a Bolívia fizeram uma troca, recebendo o primeiro o Estado do Acre e o segundo, terras situadas no Alto Madeira, a construção de uma ferrovia, o direito de passagem para o Oceano Atlântico, além de dois milhões de libras esterlinas.

Há controvérsias sobre a necessidade da entrega do território para a efetivação da cessão. Prevalece a posição de que basta o tratado ter seus instrumentos de ratificação trocados e que a entrega do território corresponde apenas ao aperfeiçoamento da cessão. A cessão deve ocorrer entre Estados soberanos e não precisa ser reconhecida por terceiros a não ser que tenham interesses envolvidos na disputa. Aspecto importante na cessão de territórios é a manifestação da população local sobre o assunto. A opinião dos moradores é normalmente coletada por meio de um plebiscito.

b) Adjudicação

A adjudicação é o modo pelo qual um Estado adquire determinado território com base na decisão de um tribunal ou de um órgão internacional. A sentença, nesse caso, é o título mediante o qual se arroga o território que o Estado antes não tinha sob sua soberania. Para a parte derrotada na lide, a adjudicação funciona como uma perda de território.

O Plano de Partilha da Palestina entre árabes e judeus – ou, mais precisamente, daquilo que restou da região, pois uma parte já havia sido separada para constituição da Jordânia pela Liga das Nações no dia 12 de agosto de 1922 – foi aprovado pela Assembleia Geral da ONU por meio da Resolução nº 181, de 29 de novembro de 1947.

Quando uma sentença internacional se limita a reconhecer o título preexistente de um Estado sobre certo território, ela é meramente declaratória e confere um documento adicional em eventual disputa.

c) Prescrição aquisitiva

A prescrição aquisitiva é um modo de aquisição de territórios caracterizada pelo exercício contínuo e não perturbado da soberania durante um lapso temporal necessário para criar a convicção geral de que tal poder está de acordo com a ordem institucional.

O instituto da prescrição aquisitiva corresponde no plano do direito internacional à usucapião do direito interno. Os protestos internacionais tornam-se importantes, pois são atos formais e públicos que visam a impedir a permanência pacífica de um Estado sobre determinado território, gerando a prescrição aquisitiva.

Embora haja controvérsias até mesmo sobre sua existência, a prática internacional a tem consagrado: foi utilizada em litígios dos EUA com

o Canadá ou, mais precisamente, com o Reino Unido, colônia e metrópole, respectivamente, à época. O Tratado Webster-Ashburton, assinado no dia 9 de agosto de 1842, resolveu: (1) o problema do limite entre o estado do Maine e a região de Nova Brunswick; (2) a questão da fronteira entre o Lago Superior e o Lago dos Bosques, anteriormente definidas pelo Tratado de Versalhes assinado em 3 de setembro de 1783; e (3) a localização da divisa pelo paralelo 49° N no contorno Oeste até às Montanhas Rochosas, definida pelo Tratado Anglo-Americano, assinado em 20 de outubro de 1818.

Sua diferença em relação à ocupação é que não se exige, na prescrição aquisitiva, que seja terra *nullius*: basta a permanência duradoura e efetiva, com *animus domini*, sobre um determinado território.

A prescrição aquisitiva é um modo de aquisição de território porque um Estado que permite que um pedaço seu seja submetido à soberania de outro por longo tempo leva à presunção de que renunciou seu direito de propriedade. Para alguns críticos, no entanto, a prescrição aquisitiva não deveria ser aceita, pois, se um Estado abandona um território, este seria *res derelicta* e, conseqüentemente, haveria uma ocupação e não uma prescrição aquisitiva. Ademais, se o Estado concorda em abandonar seus direitos sobre uma propriedade, haveria uma cessão e não uma prescrição aquisitiva.

Como apontam Accioly e Silva (1996, p. 300-301), o direito internacional, a exemplo do direito interno, também necessita de segurança jurídica para terminar com situações duvidosas que gerem instabilidade social e a prescrição aquisitiva se encaixa nessa função.

No direito interno, para que se configure a usucapião exige-se posse contínua e incontestada por um prazo legal com justo título, ou seja, todo ato ou circunstância que leva uma pessoa

de boa-fé à crença de que a coisa que possui a houve por ato legítimo de outrem. No direito internacional, contudo, não há prazo predeterminado, devendo ser analisado caso a caso e não se exige nenhum título jurídico que comprove o domínio. A prescrição aquisitiva produz efeitos mesmo quando no seu início exista algum ato considerado imoral, desde que o lesado silencie.

d) Conquista

Há ainda a conquista ou *debellatio* como forma de aquisição de território, atualmente condenada pela sociedade internacional. No entanto, ela tem importância por ter sido o principal modo de aquisição de território ao longo da história. Após as guerras, a conquista dava-se de duas formas: (1) o Estado vencido desaparecia e o vencedor estabelecia sua soberania sobre o território do derrotado; (2) o vencido, sem desaparecer, num tratado imposto pelo vencedor, cedia a este parte de seu território, caso em que há uma cessão parcial de território pelo uso da força. Enquanto foi aceita pelo direito internacional, exigia-se que a conquista ocorresse no momento oportuno. Ela seria realizada depois de cessadas as hostilidades e, se o Estado vencido continuasse a existir, a conquista deveria ser consagrada num tratado.

A conquista, embora aceita, encontrava alguns limites impostos pelo direito internacional, a exemplo do princípio *ex injuria jus non oritur*, ou seja, atos ilegais não podem criar leis – se bem que essa regra não conseguiu impedir o erguimento de impérios coloniais. A anexação de territórios habitados foi justificada pela alegação de que seus povos eram atrasados, sendo a conquista importante para o processo da civilização.

A conquista só deixou de ser um modo de aquisição de território diante da condenação à guerra. O direito internacional positivo já não mais a admite, principalmente pelo fato de ela se dar por meio do emprego da força. Na prática,

contudo, há situações em que se reconhece a conquista em nome do princípio da efetividade.

e) Proximidade geográfica

De acordo a proximidade geográfica, a soberania estabelecida sobre um território estende-se a áreas que estão próximas a ele. Embora esteja prevista no art. 6º da Convenção de Genebra sobre Plataforma Continental, assinada em 28 de outubro de 1958, sob o nome de princípio da equidistância, sua aplicação é sistematicamente vetada em decisões proferidas por cortes e por órgãos internacionais.

A Corte Internacional de Justiça decidiu acerca das regras de direito internacional que seriam aplicadas na delimitação das zonas da plataforma continental do Mar do Norte, parcialmente fixadas por meio de dois acordos: o primeiro assinado em 1º de dezembro de 1964, entre a Alemanha e a Holanda; e o segundo firmado em 9 de junho de 1965, entre a Alemanha e a Dinamarca.

O Mar do Norte é constituído, à exceção da fossa norueguesa, por uma plataforma continental situada a uma profundidade inferior a 200 metros. Lembra Rezek (2008, p. 313) que sua importância para o Estado costeiro deriva do fato de ele exercer direitos soberanos de exploração de seus recursos naturais. A maior parte dela já estava demarcada; todavia, a Alemanha e a Dinamarca, por um lado, e a Alemanha e a Holanda, por outro, não chegaram a um acordo sobre as suas zonas, isso porque a Dinamarca e a Holanda desejavam que o prolongamento se efetuassem a partir do princípio da equidistância e a Alemanha queria que fosse proporcional ao cumprimento do litoral.

A CIJ afastou a tese da Dinamarca e da Holanda, por entender que não se aplicaria o art. 6º da Convenção de Genebra sobre Plataforma Continental, firmada em 28 de outubro de 1958. O princípio da equidistância não se impõe como uma consequência necessária da

concepção geral do regime jurídico da plataforma continental e não é reconhecido como regra de direito costumeiro. Tampouco a teoria da Alemanha foi aceita em virtude de a lide não tratar da partilha dessas zonas, mas sim de sua delimitação.

A Corte Internacional de Justiça, em decisão proferida no dia 20 de fevereiro de 1969 decidiu, por 11 votos a 6, que cada parte tinha, a princípio, direito às zonas da plataforma continental que constituíssem o prolongamento natural de seu território sob o mar.

Embora a simples proximidade geográfica não outorgue um título ao território terrestre, é certo que ela pode constituir-se num indício de presunção de tal título e, se aliada a outros fatores, pode contribuir para provar a soberania de um Estado sobre um território vizinho. A teoria dos setores, que é uma variante dessa doutrina, foi utilizada para delimitar territórios polares.

5. Princípio da autodeterminação dos povos

Segundo Tosati (2012), o princípio da autodeterminação dos povos tem trajetória recente no direito internacional, ensejando um novo campo de estudos relativos à sua eficácia e à sua aplicação. Antes do término da Segunda Guerra Mundial, ele era pouco mencionado em tratados e raramente aplicado em decisões de cortes internacionais.

A livre disposição de territórios era conferida exclusivamente ao Estado que detinha sua soberania, de tal forma que era desconsiderado o desejo de autogoverno de um povo. Não era reconhecida a possibilidade de grupos declararem sua separação do Estado do qual eram parte visando a sua independência ou a sua anexação a outro.

É ilustrativa a decisão exarada no caso das Ilhas Alandas, envolvidas numa disputa entre

a Finlândia e a Suécia. O arquipélago fez parte da Suécia até a guerra de 1808, quando perdeu para a Rússia parte de seu território, hoje equivalente à Finlândia e as Ilhas Alandas. No dia 6 de dezembro de 1917, a Finlândia proclamou sua independência da Rússia sem abrir mão de sua soberania sobre as Ilhas Alandas, apresentando uma proposta de autonomia para o arquipélago que, naquele momento, já negociava sua reanexação à Suécia. O caso foi um dos primeiros submetidos ao Comitê Internacional de Juristas da Liga das Nações, apresentado no dia 15 de novembro de 1920. Foi dado ganho de causa à Finlândia no conflito com a Suécia, reconhecendo sua soberania sobre o arquipélago; porém, a decisão garantiu aos cidadãos das Ilhas Alandas o direito de manter a língua sueca, sua cultura, sua tradição, além do gozo de relativa autonomia.

Com a evolução do direito internacional, o princípio da autodeterminação dos povos foi admitido no Estatuto da ONU, ratificado no dia 24 de outubro de 1945 e consagrado na Declaração sobre Princípios de Direito Internacional Relativos às Relações Amigáveis e Cooperação entre Estados, aprovado no dia 24 de outubro de 1970.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ambos de 16 de dezembro 1966, estabeleceram a todos o direito de autodeterminação dos povos, o que envolve a escolha de seus estatutos políticos e asseguram o desenvolvimento econômico, social e cultural. Traduz o direito que um povo tem de se autogovernar, por meio da independência ou autonomia dentro do território. Fundamenta outra regra importante para o direito internacional: o princípio da não intervenção, sendo concedido, a cada Estado, o direito de autogoverno sem interferência externa.

A autodeterminação interna pode manifestar-se sob três aspectos diferentes: (1) a de toda a população do Estado; (2) a de um povo etnicamente distinto, para o caso de Estados multinacionais; e também (3) a das minorias, desde que o termo seja entendido como sinônimo de povo.

A população de um Estado já constitui um povo, cujo direito de se autodeterminar está ligado à sua razão de ser, podendo decidir pelo desejo do conjunto de habitantes e não pela vontade de poucos governantes, não importando se o Estado é etnicamente homogêneo ou heterogêneo.

O povo etnicamente distinto dos demais existentes dentro de um Estado depende de um conjunto de caracteres objetivos e subjetivos, capazes de distinguir populações. São eles: os objetivos (1) um grupo de seres humanos que compartilham de algumas ou de todas essas características: (a) uma conexão territorial ou histórica, em cujo território o grupo forma a maioria; (b) uma história comum; (c) uma identidade ou origem étnica comum; (d) um idioma comum; (e) uma cultura comum; e (f) uma religião ou ideologia comum. E os subjetivos (2) a crença de

ser um povo distinto, distinguível de qualquer outro que habite o planeta e o desejo de ser reconhecido como tal, assim como o desejo de manter, de fortalecer e de desenvolver a identidade do grupo.

Essa última forma de implantação do princípio da autodeterminação dos povos esteve em cenário no final de 2010, quando o Partido Unido do Estado de Wa apresentou a Mianmar uma proposta de autodeterminação do povo *wa*, na busca pelo reconhecimento de um Estado próprio, embora sem a possibilidade de secessão ou de independência.

Em síntese: qualquer povo tem direito à autodeterminação interna, seja quando se trate de toda a população do Estado objetivando um fim comum, seja quando uma parcela distinguível dessa população queira assegurar ou garantir seus direitos enquanto individualidade coletiva ou minoritária.

Desse modo, é importante a opinião da Corte Internacional de Justiça sobre a situação que envolve a Autoridade Nacional Palestina e o Estado de Israel, visto que este ocupa de fato parte do território palestino. É reconhecido pela Corte que esta anexação interfere na soberania palestina e impede o gozo do direito à autodeterminação.

Tanto para a CIJ quanto para Israel, a população palestina enquadra-se nas premissas de um povo à parte e, portanto, é-lhe reconhecido o direito de determinar seu próprio estatuto político. Ademais, a Declaração sobre a Concessão da Independência aos Países e aos Povos Coloniais, de 1960, traz a hipótese em que seria admitido o direito à autodeterminação externa, que consiste no direito de secessão e de independência da Colônia em relação à Metrópole, para os povos submetidos à subjugação, dominação e exploração externa. Mesmo que a separação geográfica, étnica ou cultural sejam indícios dessa situação, somente a existência de um regime político-jurídico discriminatório constituiria um critério líquido e certo de dominação, sendo esse povo vocacionado à independência.

Segundo Tosati (2012), quando o acesso a direitos sociais é negado ou negligenciado aos povos, cabe compará-los aos casos de descolonização de um território. Por conseguinte, se se tratar de um caso de descolonização, a independência da Colônia não ofenderá a integridade territorial da Metrópole.

Em 2010, dois membros da Assembleia Legislativa das Ilhas Falklands enviaram um discurso ao Comitê de Descolonização da ONU defendendo o direito de autodeterminação da população do arquipélago. Nesse documento afirmam não ter deslocado indígenas, pois o território estava desocupado e que atualmente as Ilhas Malvinas não podem ser consideradas uma colônia do Reino Unido, mas sim um território além-mar por livre escolha da população. Nesse sentido, a Argentina estaria tentando colonizar o arquipélago e que sua exigência de soberania é infundada.

O Reino Unido alega que o princípio da autodeterminação dos povos é universal e não pode ser negociado. Ele não implica necessariamente, na visão britânica, a independência que seria dada às Ilhas Falklands caso seus habitantes assim desejassem. A Argentina argumenta que o princípio da autodeterminação dos povos não se aplica à disputa pelas Ilhas Malvinas porque a discussão original existe antes dos *kelpers*, como são denominados os habitantes do arquipélago, um grupo originalmente enviado a um território além-mar, onde anteriormente não tinham raízes históricas ou culturais. Além disso, sob a ótica dos argentinos, a definição de povo de fato é universal, mas exige elementos que os diferenciem de outros.

Conclusão

Os dois lados têm alguns argumentos de peso a seu favor, tanto que, se a Argentina e o Reino Unido se submetessem a uma arbitragem internacional que decidisse pela soberania das Ilhas Malvinas, seria muito difícil apontar um favorito nessa disputa.

A Argentina alega que tem direito às Ilhas Falklands porque as teria herdado da Espanha. Com base na teoria da sucessão dos títulos territoriais, a posse dos espanhóis teria sido transmitida para os argentinos a partir de sua independência. A Argentina também diz que o Reino Unido deixou o arquipélago em 1774 e que os britânicos ficaram em silêncio por mais de 50 anos, apenas se manifestando quando os argentinos tomaram uma série de medidas para consolidar sua soberania sobre as ilhas.

O Reino Unido, por sua vez, afirma que a soberania da Espanha, da qual a Argentina seria sucessora, teria terminado quando ela abandonou seus assentamentos nas Ilhas Malvinas. Além disso, com base na teoria da autodeterminação dos povos, os britânicos afirmam que

administram e habitam o arquipélago de forma contínua e pacífica desde 1833.

Como visto no decorrer deste trabalho, o direito internacional reconhece muitas formas de soberania sobre um território. A descoberta, a promoção da primeira ocupação efetiva, a prescrição de direitos e ainda a aquisição de um título depois de um período de tempo são algumas dessas maneiras; mas, no caso das Ilhas Falklands, qualquer um desses embasamentos, se utilizados num virtual julgamento, seriam contestados.

Outra maneira de se reconhecer a soberania sobre um território é o princípio da autodeterminação dos povos, no caso das Ilhas Malvinas, tem sua aplicação contestada já que apenas um povo, e não uma minoria transportada para o território teria esse direito. A Argentina alega que o princípio da autodeterminação dos povos não se aplica ao arquipélago, devendo existir uma relação legítima entre a população e o território, e essa legitimidade não existe devido ao fato de os colonos britânicos terem ocupado as ilhas após o Reino Unido ter expulsado pela força as pessoas que ali moravam, não permitindo sua volta e violando assim a integridade territorial dos argentinos.

O Reino Unido, por sua vez, alega que não existe uma definição aceita universalmente para “povo”. Os moradores das Ilhas Falklands já afirmaram várias vezes o desejo de continuarem sob sua soberania. No dia 11 de março de 2013, foi realizado um plebiscito no arquipélago. Dos 1.700 ilhéus que votaram, apenas 3 foram contrários à manutenção das Ilhas Malvinas como território britânico votando a favor da soberania argentina. Ironicamente, os 99,8% de apoio ao Reino Unido corrobora a alegação da Argentina de que os *kelpers* não compõem um povo à parte. Para os britânicos, os moradores das ilhas têm todo direito à autodeterminação e ele não pode ser aplicado de forma seletiva ou

estar aberto a negociações com os argentinos, pois está reconhecido pelo Estatuto da Organização das Nações Unidas e pelo Acordo Internacional sobre Direitos Políticos e Cíveis.

Quatro premissas embasam as discussões em torno da soberania das Ilhas Malvinas: (i) a ONU reconhece que há uma disputa entre a Argentina e o Reino Unido pelo arquipélago; (ii) a ONU exige o fim do colonialismo nas ilhas; (iii) a ONU determina a resolução pacífica das controvérsias em torno do arquipélago; e (iv) a ONU impõe que seja ouvida a população das ilhas.

A única forma de harmonizar esses quatro preceitos estabelecidos pela ONU é a declaração de independência das Ilhas Falklands. A disputa entre a Argentina e o Reino Unido perderia sua razão de ser, pois a soberania seria reconhecida para o próprio arquipélago. Esse seria um passo na direção do fim do colonialismo. Afinal, mais um país seria criado a partir dessa opção. A resolução pacífica da controvérsia seria observada pelos opositores. Por fim, embora haja dúvidas em relação à aplicação do princípio da autodeterminação dos povos aos ilhéus, algumas famílias já estão na oitava geração e respeitar-se-ia a vontade deles, que não desejam a soberania da Argentina, mas aceitam a do Reino Unido – o qual, por sua vez, demonstra desapego em relação ao arquipélago, declarando querer o melhor para os habitantes.

Esse seria o melhor caminho para se pôr fim ao conflito entre argentinos e britânicos, respeitando as resoluções da ONU sobre o assunto. A sociedade internacional espera que as determinações dessa entidade sejam respeitadas em prol da segurança jurídica. Em seu primeiro encontro com o Papa Francisco, a Presidente Cristina Kirchner pediu a intermediação do sumo pontífice na questão das Ilhas Malvinas. Ela citou a grande importância da participação do Papa João Paulo II na disputa pelo Canal Beagle, resolvendo a pendência no dia 28 de dezembro de 1978, evitando uma guerra entre o Chile e a Argentina. É esperar para ver se, finalmente, o Reino Unido aceitará conversar com a Argentina.

Referências

ACCIOLO, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulalio N. e. *Manual de direito internacional público*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ARGENTINA. *Constitución Nacional de 22 de agosto de 1994*. Buenos Aires: Editorial universidad, 1994. Disponível em: <<http://senado.gov.ar>>. Acesso em: 22 fev. 2013.

BELISÁRIO, Adriano. Uma disputa reacesa: Leonel Brizola por um tris na guerra das Malvinas. *Revista de História*, Rio de Janeiro, fev. 2010. Disponível em: <<http://www.revistadehistoria.com.br/secao/reportagem/disputa-reacesa>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

COLL, Alberto; AREND Anthony. *The Falklands war: lessons for strategy, diplomacy and international law*. Boston: George Allen and Unwin, 1985.

COUZENS, G. Falkland Islands liquid gas find commercially viable say explorers. *The Guardian*, London, Jan. 2013.

GRIMMETT, Richard F. Instances of use of United States armed forces abroad, 1798-2009. *Congressional Research Service*, Washington, Jan. 2010. Disponível em: <<http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/crs/rl32170.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

HARDING, Luke; GONI, Uki. Argentina urges UK to hand back Falklands and 'end colonialism'. *The Guardian*, London, Jan. 2013. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/uk/2013/jan/02/argentina-britain-hand-back-falklands>>. Acesso em: 27 fev. 2013.

HOPE, Christopher. David Cameron must return Falklands to Argentina, Cristina Kirchner demands in open letter. *The Telegraphy*, London, Jan. 2013. Disponível em: <<http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/southamerica/falklandislands/9776580/David-Cameron-must-return-Falklands-to-Argentina-Cristina-Kirchner-demands-in-open-letter.html>>. Acesso em: 27 fev. 2013.

IGLESIAS, Graciela. Malvinas: las revelaciones del archivo inglés. *La Nación*, Buenos Aires, dic. 2012. Disponível em: <<http://www.lanacion.com.ar/1541058-malvinas-las-revelaciones-del-archivo-ingles>>. Acesso em: 3 mar. 2013.

JASTREBLANSKY, Maia. La historia de 18 jóvenes que secuestraron un avión para pisar Malvinas. *La Nación*, Buenos Aires, dic. 2012. Disponível em: <<http://www.lanacion.com.ar/1457899-la-historia-de-18-jovenes-que-secuestraron-un-avion-para-pisar-malvinas>>. Acesso em: 12 jan. 2013.

JENKINS, Simon. Falklands war 30 years on and how it turned Thatcher into a world celebrity. *The Guardian*, London, Apr. 2012. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/uk/2012/apr/01/falklands-war-thatcher-30-years>>. Acesso em: 22 fev. 2013.

KERSAUDY, François. Século XX: quando as Malvinas foram argentinas. *História Viva*, São Paulo, n. 47, nov. 2007. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/historiaviva/reportagens/seculo_xx_quando_as_malvinas_foram_argentinas.html>. Acesso em: 20 jan. 2013.

LIMA, M. de Oliveira. Memórias anexas premiadas: o descobrimento do Brasil. In: ASSOCIAÇÃO DO QUARTO CENTENÁRIO DO DESCOBRIMENTO DO BRASIL. *Livro do Centenário (1500-1900)*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902.

MARTINS, A. M. *Aquisição internacional de territórios: caso Malvinas*. 2012. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Unesp, Universidade Estadual Paulista, São Paulo, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PISANI, Silvia. Confirman que EE.UU. no fue neutral en la guerra de Malvinas. *La Nación*, Buenos Aires, abr. 2012. Disponível em: <<http://www.lanacion.com.ar/1461419-confirman-que-eeuu-no-fue-neutral-en-la-guerra-de-malvinas>>. Acesso em: 12 jan. 2013.

_____. Cristina le pidió al Papa su “intermediación” para que el Reino Unido dialogue por Malvinas. *La Nación*, Buenos Aires, mar. 2013. Disponível em: <<http://www.lanacion.com.ar/1564381-el-papa-francisco-recibe-a-cristina-kirchner>>. Acesso em: 18 mar. 2013.

PRENTICE, Alessandra. Secret files lift lid on Thatcher-Reagan Falklands contacts. *Reuters*, London, Dec. 2012.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2008.

TOSATI, Marcelo Augusto. *O princípio da autodeterminação dos povos em relação à integridade territorial do estado: secessões*. 2012. 53 f. Monografia (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) – Curso de Direito, Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, RS, 2012.

Análise dos direitos sociais constitucionais à luz da Retórica

LUIZ HENRIQUE DINIZ ARAUJO

Sumário

1. Introdução. O caráter autoaplicável, exigível e gerador de direitos subjetivos dos direitos sociais constitucionais. 2. A retórica estratégica sobre a eficácia dos direitos sociais constitucionais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 3. Conclusão. O relato vencedor no Supremo Tribunal Federal.

“Whosoever hath an absolute authority to interpret any writtten or spoken laws, it is he who is truly the lawgiver, to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them” (HOADLEY, 1717 apud QUEIROZ, 2000, p. 27).

1. Introdução. O caráter autoaplicável, exigível e gerador de direitos subjetivos dos direitos sociais constitucionais

Este trabalho trilhará um caminho em meio à análise da linguagem, que tem por objetivo fundamental proporcionar a comunicação. A base da linguagem, dessa forma, é o acordo, embora, ao se comunicarem, os homens possam só concordar naquilo em que não estão de acordo (RUSSEL, 2003, p. 27).

Segundo destaca Ueding (2001, p. 80), a argumentação retórica não procura apenas o convencimento ou a correção do argumento, mas também a verdade e a probabilidade, suas hipóteses e condições, bem como os motivos.

Essa afirmação parece contrariar Ballweg (1990), quando este afirma que a linguagem é retórica por traduzir uma *dóxa* e não uma *episteme*, ou

Luiz Henrique Diniz Araujo é Procurador Federal desde 2002. Mestre e Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.

Aristóteles (Aristotle, 2010, p. 5), ao sustentar que o estudo da retórica, em sentido estrito, concerne aos modos de persuasão.

Mas, aqui, tenta-se assumir uma concepção de que a retórica está na relação entre língua e verdade. Essa relação, que evidentemente pode ser interpretada em diferentes graus, pode-se dizer que encontra dois extremos (GUERRERO, 2009, p. 43): a) um extremo seria a concepção apresentada por Platão, que propõe um realinhamento do discurso retórico para aproximá-lo da verdade, mas desconsiderando o grave problema que traria essa reconstrução artificial; b) o outro extremo está representado pelo sofismo e pelo desconstrutivismo, que parte da concepção de que a relação entre língua e verdade é arbitrária, tendo a retórica licença para construir as suas verdades. Essa é a concepção que se adota neste trabalho.

Na linha de Russell (2003, p. 15) e Leite (2011, p. 67), no sentido de que toda a filosofia ocidental é filosofia grega, que convergiu para Roma e, posteriormente, para civilização ocidental, faz-se uma menção à contribuição dos sofistas para a retórica.

Os sofistas cultivaram uma filosofia destinada a formar cidadãos aptos aos debates nas assembleias. Segundo o seu entendimento, a argumentação e a persuasão eram mais importantes do que a busca da verdade. Para esses pensadores, o justo e o injusto não se fundamentam na natureza das coisas, mas nas opiniões e convenções humanas. A lei, *nomos*, é resultado da *doxa* (opinião), o acordo contingente dos homens (LEITE, 2011, p. 21).

Entende-se neste estudo a retórica como tripartida em retóricas material (método), estratégica (metodologia) e analítica (metódica) (ADEODATO, 2009, p. 249 et seq.).

A retórica material consiste em entender que a realidade (aí também o Direito) é um fenômeno linguístico e que não há sentido em se falar

em realidade ôntica. Dessa forma, para os fins de nosso estudo, o Supremo Tribunal Federal não *descobre* os caracteres dos direitos sociais constitucionais; antes, os estabelece.

A retórica prática ou estratégica, por sua vez, tem a retórica material como alvo e visa a influir sobre a retórica material, de forma pragmática e teleológica.

A retórica analítica, por fim, procura abstrair as valorações para descrever as retóricas material e estratégica. Ao contrário das anteriores, não é normativa.

Nossa análise está no campo da retórica analítica, que é o estudo em si da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Além disso, aborda a retórica estratégica, ou seja, as diversas correntes que procuram constituir o relato vencedor no Supremo Tribunal. E, por fim, a retórica material, ou seja, o relato vencedor adotado pelo Supremo Tribunal Federal em relação a tais direitos, atribuindo-lhes caráter fundamental, autoaplicável e gerador de direito subjetivo.

Para a concepção adotada, é importante ter-se em conta que a vinculatividade ao texto escrito exige preparação cultural, constituindo-se também em fenômeno histórico. Mas, nesse aspecto, cabe também a pergunta: vinculatividade a que texto escrito? Sim, porque se de um lado a lei escrita trouxe a sensação de segurança jurídica, por outro gerou a demanda de interpretação e concretização. Dessa forma, a transição da norma abstrata à sua aplicação ao caso concreto envolve limites semânticos mais ou menos elásticos, sem contrariedade explícita ao texto. Esse entendimento contradiz um outro, segundo o qual existe um sentido que já está no texto normativo e que é unívoco (CASTRO JÚNIOR, 2009, p. 149), defendido também por Dworkin (1977, p. 279-280).

Como destaca Adeodato (2009), Kant dá grande contribuição à Filosofia do Direito ao concluir que não é possível retirar racional-

mente do que é um dever ser incontestável. Essa relação entre o ser e o dever ser, para Kant, é sempre mediada pela vontade; sem ela, um salto gnoseologicamente impossível interpõe-se.

Nossa análise está mais próxima, como diz Adeodato (2009), da “apologia do casual”, significando, à maneira dos cétricos, que um acontecimento se poderia ter dado de outra forma. Assim, os argumentos distinguem-se por sua plausibilidade, mas não há critério definitivo, pois o plausível pode ser verdadeiro ou falso.

O fundador do antigo ceticismo é Pirro (365-270 a.C.), para quem é impossível ao homem conhecer a natureza das coisas, seja pelos sentidos, seja pela inteligência. Por essa razão, propõe a suspensão do juízo (*epokhé*), que consiste em não afirmar nem negar. A suspensão do juízo acarreta a *aphasia*, a imperturbabilidade (*ataraxia*) ou indiferença (*adiaphoria*) e a autossuficiência (*autarkéia*). Aí está, para Pirro, a sabedoria (LEITE, 2011, p. 58).

Nesse contexto, deve-se, outrossim, trazer o conceito de labilidade, significando a possibilidade de a razão humana falhar, seja na busca da verdade, seja no acerto da escolha do bem que melhor corresponde a suas aspirações no momento (COSTA, 2010, p. 17).

Podem-se defender duas teses: 1) gnoseologicamente, uma relação inteiramente adequada entre a mente de cada ser humano e os objetos em torno não é possível; 2) axiologicamente, o ceticismo não consiste no desprezo pela justiça nem no abandono de quaisquer parâmetros éticos, sendo um instrumento contra a intolerância e o dogmatismo (ADEODATO, 2009, p. 382).

Dessa forma, podem-se didaticamente contrapor dois extremos: de um lado, a filosofia ontológica de Nicolai Hartmann, para quem os valores existem em si mesmos e são apenas “descobertos”; de outro, a paradigmática a figura de Górgias, para quem tudo é incognoscível, intransmissível e incompreensível, concepção de

caráter marcadamente retórico (ADEODATO, 2009, p. 383).

Pode-se classificar como retórica a concepção de Kant, no sentido de que a apreensão da realidade pelo sujeito cognoscente é condicionada pelas determinações genéticas da sua espécie. Daí a impossibilidade ontológica de aproximação e conhecimento da coisa em si (ou *Ding an sich*), independente do sujeito (ADEODATO, 2009).

Kant, nesse sentido, procura conciliar duas escolas filosóficas: (a) o racionalismo, de Leibniz, que deriva as pretensões do conhecimento ao exercício da razão, propondo-se a fornecer uma descrição absoluta do mundo; e (b) o empirismo, de HUME, segundo o qual o conhecimento provém da experiência (SCRUTON, 2011, p. 34-35).

Dessa forma, Kant formulou a sua concepção de que nem a experiência, nem a razão, sozinhas, podem fornecer mais conhecimento; na verdade, este deriva da síntese entre a experiência e a razão, ou seja, é transcendental (SCRUTON, 2011, p. 40)

Ou, dito de outra forma, considerar que as atribuições universais e as regras instrumentais, cujo culto decorre do iluminismo e do positivismo, vistas como principal estrutura do discurso jurídico do direito moderno, são rejeitadas pelos retóricos. Estes trazem para o núcleo da análise o conceito de regularidades, que são padrões construídos por um observador dentro do próprio sistema. Essas regularidades são estruturas flexíveis que não dirigem a conduta humana, mas, sim, organizam essas condutas e são por elas produzidas. (SOBOTA, 1991).

Trazendo a analogia apontada por Queiroz (2000, p. 9), inteiramente adequada ao tema, dizia Shakespeare, pela boca de Shylock, no “Mercador de Veneza”, que mais valia conhecer o que pensava o juiz do que o texto legal. Assim é o tema da interpretação do texto constitucional,

que só passa a ser direito judicial concretizado pela interpretação que lhe dá o Poder Judiciário.

Assim, a interpretação judicial da Constituição recria o texto constitucional. Não decorre de um tradicional modelo subsuntivo, silogístico, em que a norma constitucional funcionaria como a premissa maior e o fato concreto como a premissa menor. Diversamente, entende-se a interpretação constitucional não como um texto que se aplica, mas um texto pelo qual se julga.

Essa leitura da Constituição exige uma teoria jurídica própria que não corresponde ao modelo tradicional da decisão silogística. Corresponde, sim, a um modelo de *coerência narrativa*, um modelo alternativo de *argumentação jurídica*, no sentido de Perelman, Alexy, Kriele, Dworkin ou Perry (QUEIROZ, 2000, p. 2).

Essa proposta de teoria é construir uma forma de interpretação, ao mesmo tempo, normativa e política. É normativa porque:

a) Não há, como dito, um problema estritamente hermenêutico de subsunção de uma regra. Parte-se do pressuposto de que o Poder Judiciário, quando interpreta um dispositivo da Constituição, deve encontrar a mais adequada à solução do caso concreto. Dessa forma, não há *a solução correta*, mas diversas soluções possíveis e possivelmente defensáveis com argumentos igualmente fortes;

b) O poder do juiz, na aplicação da Constituição, é “poder judicial autónomo de decisão jurídica” (QUEIROZ, 2000, p. 2), um terceiro imparcial, que não se limita a uma exegese puramente formal de textos jurídicos. Muito mais importante do que isso, é obrigado a decidir em *todas* as circunstâncias, devendo construir uma “decisão judicial responsável”. Assim, a hermenêutica constitucional tem um caráter “construtivista”, que passa pela “escolha do método” e pela “fundamentação rigorosa” das decisões;

A hermenêutica constitucional aqui proposta é também política, porque pressupõe uma releitura do dogma montesquiano da separação dos poderes. Desso modo, segundo a concepção adotada neste trabalho, as decisões das maiorias conjunturais do poder legislativo devem ceder ante a interpretação do texto constitucional, estabelecendo o juiz constitucional os limites entre o princípio majoritário (democracia) e os direitos fundamentais (constitucionalismo).

No são trata, aqui, de revitalizar o decantado “direito dos juízes” (*Richterrecht*), mas de reinterpretar o poder judiciário, abandonando a visão de que é um mero defensor objetivo e independente da ordem constitucional. Na verdade, assume-se aqui o juiz constitucional como uma “contraestrutura instituída”, um “contrapoder”, contra as maiorias episódicas (QUEIROZ, 2000, p. 14).

A desempenhar o papel anteriormente desempenhado pela lei, a Constituição fixa agora a fronteira entre o lícito e o ilícito, entre o constitucional e o inconstitucional. A Constituição atribui a si mesma a supremacia no sistema jurídico, subvertendo a regra *lex posterior derogat priori* e demarcando o limite entre a validade e a invalidade das normas infraconstitucionais.

Nesse contexto, a hermenêutica constitucional vale-se de novos signos expressões, verdadeiras aporias a serem clarificadas pelo juiz constitucional, tais como “limitação” e “restrição” de direitos, “conteúdo essencial” e a “ponderação de bens”, entre outros.

Até ao fim da Primeira Grande Guerra, o modelo positivista liberal exprimia um consenso de fundo não problematizado. O direito era interpretado e aplicado num círculo de “autorreferencialidade” sem recurso a “princípios” ou “normas constitucionais de fundo”, sem “narradores” ou “intérpretes” privilegiados (QUEIROZ, 2000, p. 15).

O juiz constitucional, neste novo momento, leva à relativização desse “mito”. Assim, o direito deixa de ser um mero conjunto de normas jurídicas, mas um fenômeno complexo, em que o comportamento dos juizes passa a ter papel determinante. “Da transcendência do código transita-se para a imanência dos interesses concretos em competição” (QUEIROZ, 2000, p. 38).

Assim, pode-se ver o direito segundo modelos mencionados por QUEIROZ (2000, p. 38), sendo o primeiro o paradigma do “direito jupiteriano”, que reflete a visão predominante no Estado liberal do século XIX, com os códigos, constituições e conceitos que ainda hoje estruturam os ordenamentos. O segundo modelo, chamado de “modelo de Hércules” (QUEIROZ, 2000, p. 38), corresponde às “performances” do Estado social do século XX. O terceiro modelo, de “Hermes”, corresponde a uma concepção mais recente de juiz, um modelo que combina as características dos dois precedentes. “Hermes não interpreta a lei no sentido correspondente à vontade do legislador”, “não privilegia a vontade legislativa” (QUEIROZ, 2000, p. 38-39). Tenta, em sua atividade de criador do direito, incorporar à sua atividade os elementos advindos de outras fontes (não só do texto), como os precedentes, a tradição, os princípios gerais de direito, a filosofia moral e política, as estruturas de poder, dentre outros. Percebe-se que seu discurso não é apenas habitado por considerações meramente jurídicas, mas também metajurídicas.

Segundo o entendimento aqui adotado, a *interpretação constitucional é concretização*, ou seja, tem caráter *criativo*: o conteúdo completo da norma interpretada apenas se torna completo com sua interpretação. A concretização pressupõe a compreensão do conteúdo da norma a concretizar, a qual não está desvinculada nem da *pré-compreensão do intérprete* nem do *problema concreto a resolver*.

O intérprete deve relacionar o problema concreto a resolver à norma que pretende entender, se quiser determinar seu conteúdo correto aqui e agora. Essa determinação, assim como a aplicação da norma, constituem um *processo único*, e não a aplicação sucessiva de algo preexistente. Conforme bem demonstra Hesse (1991), *não existe interpretação constitucional desvinculada dos problemas concretos*.

Para o Direito Constitucional, a importância da interpretação é fundamental em razão do *caráter aberto e amplo da Constituição*: os problemas de interpretação surgem com maior frequência que em outros setores nos quais as normas são dotadas de menor grau de generalidade (HESSE, 1991).

A importância da interpretação aumenta se existe uma *jurisdição constitucional* de amplas proporções e se essa jurisdição se exercita com *eficácia vinculante*: nessa situação, as decisões do Tribunal Constitucional expressam o “conteúdo” da Constituição.

O trabalho de interpretação deve ser feito por meio de um *procedimento racional e controlável* (resultado fundamentado), de forma a criar certeza e previsibilidade jurídicas. Para ele, o recurso acrítico a valores na jurisprudência e na doutrina tem conduzido a crescente insegurança (HESSE, 1991).

A teoria tradicional de interpretação busca revelar a vontade objetiva da norma ou a vontade subjetiva do legislador mediante análise do texto, de seu processo de criação, de suas conexões sistemáticas, de seus antecedentes e da finalidade da norma. Segundo essa teoria, existiria interpretação na simples execução de uma *vontade preexistente* que poderia ser alcançada com certeza objetiva por meio desses métodos e com *independência do problema a resolver*.

Para Hesse (1991), o objetivo da interpretação apenas relativamente pode consistir na tentativa de revelar a vontade preexistente na Constituição. É que não se pode presumir que a Constituição ou o constituinte tenham tomado uma *decisão prévia para todas as questões controversas* que pudessem surgir no futuro. Mas se pode supor ao menos que se tenham limitado a imaginar alguns *pontos de apoio* para a tomada futura dessas decisões. Dessa forma, onde não se definiu nada de modo inequívoco não é possível revelar uma *vontade autêntica*.

Se a Constituição não contém um sistema fechado e unitário e se a interpretação de suas normas não pode ser simples execução de algo pré-existente, será necessário um procedimento de concretização que responda a esta situação: mediante de uma atuação tópica orientada e limitada pela norma, deverão ser encontrados e provados pontos de vista que sejam submetidos ao jogo das opiniões a favor e contra, e fundamentar a decisão da maneira mais clarificadora e convincente possível. Sempre

que contenham premissas objetivamente adequadas e fecundas, esses pontos de vista apontarão conseqüências que levam à solução do problema. Nesse sentido, não se inserem na descrição do intérprete os *topoi* que deva utilizar: de um lado, o intérprete apenas pode utilizar os *topoi* relacionados com o problema; de outro lado, será obrigatória a inclusão dos elementos de concretização que a própria norma constitucional lhe proporciona, assim como das *diretrizes* que a Constituição contém.

No esquema proposto por Hesse (1991), são estas regras a serem levadas em conta no ato de interpretar a Constituição:

“a. programa normativo: está contido basicamente no texto da norma a aplicar e deverá ser apreendido mediante a utilização dos meios de interpretação tradicionais: literal, histórica, original e sistemática. b. âmbito normativo: possui um caráter sistemático que vai além do ponto de vista correspondente à interpretação do texto da norma, se bem que em estreita relação com o mesmo. c. princípios de interpretação constitucional: c.1. unidade da Constituição: todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de modo que sejam evitadas contradições com outras normas constitucionais; c.2. princípio da concordância prática: os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser coordenados de tal modo que todos eles conservem sua entidade, ou seja, um não se deve realizar a custa de outro, devendo-se buscar a limitação *proporcional* de ambos de modo a obter uma efetividade ótima; c.3. critério da correção funcional: inviabilidade de se restringir ou ampliar funções estatais; c.4. critério de eficácia integradora; c.5. força normativa da Constituição: máxima eficácia aos dispositivos da Constituição.”

Verifica-se, do exposto neste tópico, que a interpretação constitucional mais adequada, mais bem denominada de concretização constitucional, leva à conclusão, no sistema brasileiro, da autoaplicabilidade dos direitos sociais prestacionais.

2. A retórica estratégica sobre a eficácia dos direitos sociais constitucionais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Ao analisar a retórica constitucional, em seu aspecto de direito positivo e no que concerne aos debates doutrinários, ou seja, retórica material e retórica prática, observa-se que o campo semântico da expressão “direito fundamental” se ampliou bastante, abrangendo, os direitos sociais (direitos a prestações positivas por parte do Estado) entre outros (ADEODATO, 2009, p. 87,88).

Todavia, a ampliação metodológica mencionada da retórica estratégica não é facilmente implantada na retórica material, assumindo relevo importante a questão da busca da efetividade, ou seja, a inconsistência

de tais direitos no plano fático (ADEODATO, 2009, p. 88), problema que em nossa realidade é agravado por razões sociojurídicas, destacadas por Oliveira (2009, p. 121-122).

Constata-se a inconsistência do pensamento corrente, que se revela, apenas para citar um exemplo, na contradição do entendimento de que não há hierarquia interna entre as normas constitucionais, ao mesmo tempo em que se aceita a existência de direitos fundamentais (ADEODATO, 2009, p. 95). Outra contradição é admitir a plena eficácia dos direitos sociais fundamentais, mas aceitar que não há obrigatoriedade para que o Estado providencie os meios necessários à sua satisfação.

O texto constitucional e o mundo dos fatos se inter-relacionam de forma permanente no processo de concretização. Marcelo Neves (2007) destaca, nesse processo, na teoria constitucional alemã, os modelos criados por Friedrich Müller e Peter Häberle. Segundo o modelo de Müller (NEVES, 2007, p. 84), o conceito de norma jurídica abrange os dados linguísticos, que é o programa normativo, bem como os dados reais, que é o âmbito normativo. Dessa forma, a norma é uma resultante desses dois elementos. Por essa razão, a aplicação ou concretização da norma (no caso, a norma constitucional) não corresponde a uma interpretação aplicadora do texto constitucional. Na verdade, o texto é passível de muitas interpretações. A concretização normativa, ao final, decorrerá do texto, mas também do “conjunto de dados reais normativamente relevantes para a concretização individual”.

A compreensão de Häberle corresponde à de Müller. Segundo o entendimento daquele autor, exposto no ensaio “A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” (NEVES, 2007, p. 85), todos os órgãos estatais estão potencialmente envolvidos na interpretação constitucional, assim como todos os cidadãos e grupos. Dessa forma, o direito constitucional material decorre de diversos interesses e funções, sendo o texto constitucional em si apenas uma parte dessa engrenagem. Pode-se dizer então que, para Häberle, a normatividade do texto constitucional advém da “inclusão do público pluralisticamente organizado no processo interpretativo”.

Dessa exposição, enuncia Neves (2007, p. 91), uma de suas teses, segundo a qual a constitucionalização simbólica se caracteriza, dentre outros, pelo fato de que o texto constitucional em abstrato não detém suficiente concretização normativo-jurídica. Citando Müller, esclarece que “do texto normativo mesmo – ao contrário da opinião dominante – não resulta nenhuma normatividade”.

Segundo expõe, o problema não está restrito à desconexão entre o texto constitucional e o comportamento dos agentes públicos e privados. Não é, assim, um problema simplesmente de eficácia, mas “uma ausência generalizada de orientação das expectativas normativas conforme as de-

terminações dos dispositivos da Constituição”, faltando ao texto constitucional normatividade, ou seja, insuficiente integração entre o programa normativo (dados linguísticos) e o domínio normativo (dados reais) (NEVES, 2007, p. 95).

Ocorre, dessa forma, uma supervalorização da dimensão simbólica em relação à realização jurídico-instrumental do texto constitucional. Assim, o texto constitucional não implica uma normatividade jurídica generalizada, uma abrangente concretização do texto. Da tese de Marcelo Neves (2007, p. 98) decorre que a expectativa normativa com base no texto constitucional só poderia se tornar realidade a partir de profundas transformações no mundo fático.

A constitucionalização simbólica é de profunda gravidade para os sistemas social, temporal e material, uma vez que toda a estrutura operacional do sistema jurídico é afetada. Assim é que as regras constitucionais referentes aos direitos sociais, no Brasil, são profundamente desconectadas da fruição desses direitos na vida real. Vê-se que a Constituição do Brasil não só é muito abrangente quanto ao reconhecimento de tais direitos prestacionais, como também é garantidora do devido processo necessário ao seu provimento por decisão judicial, caso não atendidos espontaneamente pelo Estado.

No entanto, um grave problema ocorre no plano da concretização constitucional, ou seja, na correspondência entre o que a Constituição prevê em relação ao atendimento à saúde, à moradia, à educação etc. e o que é oferecido (ou, mais adequadamente, negado) aos cidadãos na prática.

Como ressalta Neves (2007, p. 115), “para a massa dos subintegrados trata-se principalmente da falta de identificação de sentido das determinações constitucionais”. Assim, esses direitos, muitas vezes, têm a força de meros enunciados linguísticos, contexto em que se estabelecem relações de “subcidadania” e “sobrecidadania”

em face do texto constitucional. Dessa forma, “o problema não se restringe à constitucionalidade do direito, mas reside antes na juridicidade da Constituição, ou seja, na (escassa) normatividade jurídica do texto” (Neves, 2007, p. 184-185).

Dessa forma, surge o conceito de Constituição-álibi, ou seja, a Constituição, com seus enunciados “sedutores”, é invocada como artifício retórico para o Estado, que, em última análise, se faz parecer identificado com os ideais constitucionais. Assim, o problema do não cumprimento (ou da não concretização) é atribuível a outros fatores, que não a própria inércia ou incompetência dos poderes estatais em concretizar o ideal constitucional.

Como chama a atenção Neves (2007, p. 115), um fenômeno um tanto diverso ocorreu na Europa dos dois pós-guerras, momento em que os sistemas constitucionais daqueles Estados “respondiam, com ou sem êxito, a tendências estruturais em direção ao *welfare state*. Pressupunha-se a realizabilidade das normas programáticas no próprio contexto das relações de poder que davam sustentação ao sistema constitucional”.

Como arremata Neves (2007, p. 187):

“No âmbito da retórica do reformismo constitucional, os programas de governo ficam reduzidos a programas de reforma da Constituição; estes são frequentemente executados (quer dizer, as emendas constitucionais são aprovadas e promulgadas), contudo as respectivas estruturas sociais e relações de poder permanecem intocáveis.”

Apenas para ilustrar, essa discussão tem sido travada na França em relação ao direito à habitação, uma questão antiga, mas que ganhou atualidade naquele ordenamento com a Lei nº 2007-590, de 5 de março de 2007. Essa lei consagra de forma inédita um “direito à habitação oponível” (*droit au logement opposa-*

ble). Essa consagração convida a comunidade jurídica daquele país a discutir sobre as fontes, os fundamentos constitucionais desse direito. Coloca-se, por exemplo, a questão de saber se esse direito prestacional decorre do Preâmbulo da Constituição de 27 de outubro de 1946 e em particular de sua alínea primeira.

O Preâmbulo de 1946 garante princípios particularmente necessários em nosso tempo, direitos sociais que se inscrevem na mesma temática que o direito à habitação: o direito ao emprego, ao lazer, à educação, à saúde, ao descanso. Esses direitos conferem a seus detentores a faculdade de exigir ou de reclamar do Estado o fornecimento de uma prestação. Dentro dessa lógica consagrou-se o direito à habitação: um direito prestacional que necessita que o Estado cumpra uma prestação (DENIZEAU, 2008, p. 126-127).

Assim também é no Brasil, onde há relevante divergência sobre a “oportunidade” dos direitos sociais constitucionais. Essa discussão ressoa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Para efeitos deste trabalho, foram pesquisados acórdãos e decisões monocráticas proferidos pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos cinco anos, na página www.stf.jus.br, representativos das correntes jurisprudenciais da Corte, com as expressões de busca “direito à saúde”, “direito à educação”, “dignidade da pessoa humana”, “direitos sociais”, “judicialização da política”, “reserva do possível” e “mínimo existencial”.

Em virtude disso, o Supremo Tribunal Federal condenou o Poder Público a efetuar o transporte da rede pública de ensino, consignando que a educação é dever do Estado e que cabe ao Poder Judiciário impor a efetivação de políticas públicas, mormente aquelas fixadas pela Constituição Federal (BRASIL, 2010^A). Ressaltou naquele julgamento que a educação infantil, qualificando-se como direito fundamental de toda criança, não está na esfera de discriciona-

riedade da Administração, tampouco se subordina a razões de pragmatismo governamental. Explicitou, outrossim, que embora não caiba ao Poder Judiciário definir políticas públicas, cabe-lhe impor aos Poderes inadimplentes o cumprimento de encargos político-jurídico com caráter mandatório.

Em outro acórdão (BRASIL, 2010b), foi mantida pelo Supremo Tribunal Federal a imposição para que o Estado de Pernambuco participasse, juntamente com o Município de Petrolina, da restauração de hospital localizado naquele município, como forma de garantir aos cidadãos o acesso à saúde. Trata-se de caso em que o Estado de Pernambuco tentava suspender liminar concedida por juiz federal para que desse apoio ao Município de Petrolina na reestruturação de hospital localizado naquele Município.

Por outro lado, em acórdão de 2007, o Supremo Tribunal decidiu que a determinação de custeio de medicamento a uma só pessoa poderia prejudicar a prestação dos serviços de saúde a diversas outras (BRASIL, 2007).

Noutro acórdão (BRASIL, 2011), o Tribunal manteve condenação para que o Município de São Paulo matriculasse crianças em unidades de ensino infantil, próximas a suas residências ou ao endereço de trabalho de seus responsáveis legais. Como fundamentação, o Supremo Tribunal apoiou-se na “compreensão global do direito constitucional à educação”, “legitimidade constitucional da intervenção do poder judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na constituição”, na “proteção judicial de direitos sociais”, “reserva do possível”, “mínimo existencial”, “dignidade da pessoa humana”, “vedação do retrocesso social” e a questão das “escolhas trágicas”.

Ficou consignado ainda, no aresto, que apesar de caber primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo a formulação e execução

de políticas públicas, deve o Judiciário, ainda que em bases excepcionais e especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela Constituição Federal, determinar sejam aquelas implementadas. A Corte entendeu que o Poder Público, ante a escassez de recursos, de um lado, e a implementação de direitos constitucionais que demandam custos econômicos, de outro, deve superar esse antagonismo, realizando o que se chama de “escolhas trágicas”, que consistem na opção por determinados valores em detrimento de outros. Segundo o acórdão, o prestígio de certos valores deve ser pautado pela intangibilidade do mínimo existencial e pela dignidade da pessoa humana.

Esclareceu, outrossim, que não é facultado ao Poder Público invocar a cláusula da reserva do possível para frustrar a implementação de políticas públicas previstas na Constituição Federal, uma vez que encontra limitação na garantia constitucional do mínimo existencial. O acórdão entendeu, ademais, que o mínimo existencial, emanação direta do postulado da dignidade da pessoa humana, decorre de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III). Traduz-se como um complexo de prerrogativas cuja concretização se revela capaz de garantir condições adequadas de existência digna, assegurando acesso efetivo ao direito geral de liberdade, bem como a prestações positivas originárias do Estado no sentido da plena fruição de direitos sociais básicos (direito à educação, à proteção integral da criança e do adolescente, à saúde, à assistência social, à moradia, à alimentação e à segurança). Por fim, o aresto utilizou-se do conceito de “proibição do retrocesso social como obstáculo constitucional à frustração e ao inadimplemento, pelo poder público, de direitos prestacionais”. Segundo esse preceito, não cabe, em matéria de direitos fundamentais de caráter social, o retorno a estágio anterior ao das conquistas já alcançadas. Dessa forma, estando os direitos sociais prestacionais já reconhecidos, cabe agora avançar, no sentido de sua efetivação, bem como não suprimir total ou parcialmente o seu reconhecimento.

Vê-se, pelo exposto neste item, que há diversas retóricas estratégicas sobre o tema da judicialização da efetivação dos direitos sociais, as quais encontram reflexo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

3. Conclusão. O relato vencedor no Supremo Tribunal Federal

Como se pôde verificar, apesar das divergências no campo da retórica estratégica, a jurisprudência dominante no Supremo Tribunal tem imposto obrigações aos entes públicos com fundamento direto nos direitos constitucionais à saúde, à educação, à habitação, entre outros.

Dessa forma, pode-se afirmar que, segundo a retórica material (relato vencedor) adotada pelo Supremo Tribunal, os direitos sociais constitucionais são auto-aplicáveis, imediatamente exigíveis e geradores de direitos subjetivos.

A interpretação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo aos dispositivos constitucionais que tratam dos direitos sociais prestacionais visa a lhes conferir máxima eficácia. Assim, verifica-se que o Tribunal, embora o declare explicitamente ou não em suas decisões, em sua atividade contramajoritária, tem combatido o caráter demasiadamente simbólico da Constituição da República Federativa do Brasil.

Referências

ADEODATO, João Maurício. Teoria dos direitos subjetivos e o problema da posituação dos direitos humanos como fundamentos da legalidade constitucional. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Org.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. As retóricas na história das ideias jurídicas no Brasil: originalidade e continuidade como questões de um pensamento periférico. *Revista da ESMape*, Recife, v. 14, n. 29, p. 243-278, jan./jun. 2009.

_____. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Tradução de Luiz Henrique Diniz Araujo. [S.l.]: [s.n.], 1994.

ARISTOTLE. *Rhetoric*. Tradução de Luiz Henrique Diniz Araujo. USA: ReadaClassic, 2010.

BALLWEG, Ottmar. Rhetorik und Vertrauen. In: HINZ, Manfred O.; MAYER-TASCH, Peter Cornelius; DENNINGER, Gerald Roellecke Erhard. *Kritik und Vertrauen: Festschrift für Peter Schneider zum 70. Geburtstag*. Frankfurt: Anton Hain Verlag, 1990.

BOBBIO, Norberto. *Letá dei diritti*. Tradução de Luiz Henrique Diniz Araujo. Torino: G.Einaudi, 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Presidência. SS 3.073/RN. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Decisão monocrática. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 14 fev. 2007.

_____. _____. Segunda turma. RE-AgR 603575/SC. Relator: Ministro Eros Grau. Decisão unânime. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, n. 86, 14 maio 2010^a.

_____. _____. PLENO. SL-AgR 47. Decisão unânime. Relator: Ministro Gilmar Mendes *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, n. 76, 29 abr. 2010b.

_____. _____. SEGUNDA TURMA. ARE 639337. Relator: Ministro Celso de Mello. Decisão unânime. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, n. 177, 14 set. 2011.

CASTRO JÚNIOR, Torquato. Metáforas de letras em culturas jurídicas da escrita. Como se é fiel à vontade da lei? In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO,

João Maurício (Org.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COSTA, Elcias Ferreira da. *Filosofia jurídica: fundamentação metafísica do Direito*. São Paulo: Sita Brasil, 2010.

DENIZEAU, Charlotte. Le droit au logement découle-t-il de l'alinéa 1er du Préambule de 1946? In: GAUDEMET, Yves. *Le Préambule de la Constitution de 1946*. Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Tradução de Luiz Henrique Diniz Araujo. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

GUERRERO, Lázaro Carrillo. Retórica: La efectividad comunicativa. *Revista Rhetorikê*, Covilhã, n. 2, p. 39-66, abr. 2009.

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

_____. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Tradução de Luiz Henrique Diniz Araujo. 20. Aufl. [S.l.]: [s.n.], 1999.

LEITE, Flamarion Tavares. *Manual de filosofia geral e jurídica: das origens a Kant*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

OLIVEIRA, Luciano. A lei é o que o senhor major quiser!: algumas achegas sociológicas ao princípio da legalidade no Brasil. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Org.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

RUSSELL, Bertrand. *História do pensamento ocidental: a aventura das ideias dos pré-socráticos a Wittgenstein*. São Paulo: Ediouro, 2003.

SCRUTON, Roger. *Kant*. Porto Alegre: L&PM, 2011.

SOBOTA, Katharina. Don't mention the norm! *International Journal for the Semiotics of Law IV*, n. 10, 1991.

SPIEKER, Manfred. Notwendigkeit um Grenze des Sozialstaats. In: KERSTING, Wolfgang. *Politische Philosophie des Sozialstaats*. Tradução de Luiz Henrique Diniz Araujo. Weilerwist: Velbruck Wissenschaft, 2000.

UEDING, Gert. *Klassische Rhetorik*. 5. Aufl. Tradução de Luiz Henrique Diniz Araujo. Verlag: C.H. Beck, 2001.

O Ministério Público brasileiro e a implementação de políticas públicas

LUCIANO MOREIRA DE OLIVEIRA

Sumário

1. Introdução. 2. A proposta de ciclo de políticas públicas e os estágios das políticas. 3. Análise das políticas públicas: abordagem *top-down* versus perspectiva *bottom-up*. 4. Outras peculiaridades do processo de implementação. 5. Possibilidades de atuação do Ministério Público brasileiro para a implementação de políticas públicas. 6. Considerações finais.

1. Introdução

O interesse pelo estudo de políticas públicas no âmbito da Ciência política, sobretudo desde a década de 1960, cresceu de forma continuada e intensificou-se, especialmente, na década de 1980. Com efeito, o modelo de Estado de bem-estar social (*welfare state*), que foi assumido por grande parte dos países ocidentais após a Segunda Guerra Mundial, acarretou uma sensível mudança de postura dos governos, os quais deixaram o absentismo proposto pelo liberalismo político e econômico (Estado polícia) e tornaram-se provedores de direitos econômicos e sociais por meio de políticas públicas¹.

O crescimento do aparato estatal para a promoção de direitos econômicos e sociais levou ainda a um incremento normativo, com produção de legislação necessária para a regulação das políticas públicas. Com tal legislação, expandiu-se a intervenção do Estado na vida social e econômi-

Luciano Moreira de Oliveira é Mestrando em Saúde Pública pela UFMG. Especialista em Direito Sanitário pela Escola de Saúde Pública de Minas Gerais. Promotor de Justiça, com atuação no Grupo Especial de Promotores de Justiça de Defesa do Patrimônio Público (GEPP) do Ministério Público de Minas Gerais.

¹ Embora os fundamentos do Estado de bem-estar social fossem objeto de crítica na década de 1980, permanecia o interesse pela análise de políticas públicas.

ca, reduzindo o âmbito das liberdades clássicas na perspectiva do interesse coletivo.

Nesse contexto, desde os primeiros textos de Lasswell, a Ciência política passou a ocupar-se de forma mais sistematizada do estudo das políticas públicas, procurando entender o que os governos fazem, por que fazem, e que diferenças fazem essas atividades (DYE, 1972).

Já de início, confrontamo-nos com as primeiras polêmicas que envolvem a análise de políticas públicas: a própria definição destas últimas e a caracterização do campo de estudo. Quanto à primeira questão, Michael Hill e Christopher Ham, entre outras definições, lembram que David Easton afirma que “uma política (...) consiste de uma teia de decisões e ações que alocam valores” (EASTON, 1953 apud HAM; HILL, 1993, p. 26). Prosseguindo, adicionam que Jenkins vê política como “um conjunto de decisões inter-relacionadas... concernindo a seleção de metas e os meios de alcançá-las dentro de uma situação especificada (...)” (HAM; HILL, 1993, p. 26).

Apresentando seu ponto de vista, Michael Hill e Christopher Ham afirmam que “[...] a política pode por vezes ser identificável em termos de uma decisão, mas muito frequentemente ela envolve ou grupos de decisões ou o que pode ser visto como pouco mais que uma orientação” (HAM; HILL, 1993, p. 27).

Enveredando na discussão sobre decisões e ações que conformam as políticas públicas, os autores citados destacam que “tanto as ações quanto as decisões constituem o enfoque apropriado da análise de políticas” (HAM; HILL, 1993, p. 28). Thomas R. Dye, de seu turno, problematizando definições sobre políticas públicas que enfatizam o planejamento, estabelecimento de metas e objetivos explícitos, com regulação normativa específica, chama atenção para a necessidade de se ampliar o entendimento sobre as políticas públicas, abrangendo todas as ações de governo (DYE, 1972), o que abre

possibilidades para o estudo das não decisões e dos fenômenos que envolvem a formação das agendas dos governos.

Tendo a política pública como objeto de estudo, o campo da análise de políticas públicas ocupa-se da descrição e compreensão da ação do Estado. Trata-se de área voltada para o entendimento da atividade dos governos, mas com potencial de contribuição para a solução de demandas sociais e para orientação dos decisores e implementadores de políticas públicas.

Como será exposto a seguir, classicamente as políticas públicas foram compreendidas como um ciclo composto de estágios característicos. Levando-se em conta essa perspectiva, é possível afirmar a existência de uma concentração de estudos sobre os processos que envolvem a elaboração das políticas, chegando-se a afirmar, em função disso, que a implementação de políticas públicas é o elo perdido no presente campo de estudo.

Neste trabalho, pretende-se examinar as possibilidades de atuação do Ministério Público para a implementação de políticas levando em conta as características deste momento segundo a literatura especializada.

Cumprе ressaltar que a Constituição de 1988 definiu um elenco extenso de direitos fundamentais, incluindo direitos econômicos e sociais, os quais, normativamente, têm o mesmo *status* e garantias dos demais. De outro lado, o constituinte procedeu a uma completa reformulação do Ministério Público, que passou de uma instituição responsável pela repressão penal e proteção de incapazes para responsabilizar-se pela concretização de direitos fundamentais (arts. 127 e 129). Trata-se de um órgão do Estado, autônomo e independente, com agentes que dispõem de destacadas garantias e cujo mister é fiscalizar a conduta do próprio Estado e de atividades de interesse público, a fim de promover a observância das normas constitucionais.

Assim, a partir da literatura da Ciência Política, pretende-se compreender as características da implementação de políticas públicas para o fim de verificar as possibilidades de participação do Ministério Público brasileiro nesse processo.

2. A proposta de ciclo de políticas públicas e os estágios das políticas

O início dos estudos sobre análise de políticas públicas pela Ciência Política deve ser creditado, em grande parte, aos trabalhos de Lasswell, que, de forma pioneira, procedeu a um acurado exame do fenômeno, descrevendo suas principais características.

Os estudos de Lasswell levaram à proposição das políticas públicas como um ciclo, composto de fases ou estágios. Segundo Peter deLeon (1999), seriam eles: inteligência, promoção, prescrição, invocação, aplicação, término e avaliação.

Ainda conforme Peter deLeon (1999), os estágios propostos por Lasswell não advêm de abstrações acadêmicas, mas têm importante utilidade para se pensar as políticas públicas conceitualmente e também na prática.

Peter deLeon, destarte, reconhece os méritos do modelo de ciclo. Ratificando o que já se expôs, o autor ressalta a contribuição da proposta para a Ciência Política na medida em que fomentou o desenvolvimento de outros estudos baseados no *policy process*. Além disso, os estudos de estágios de políticas públicas levaram à adoção de uma perspectiva multidisciplinar na Ciência Política. Finalmente, o *policy process framework* permitiu explicitar a inclusão de normas sociais e de valores, aspectos negligenciados até então nos estudos políticos e econômicos (DELEON, 1999).

Tratando do tema, Peter John (2006) destaca que, genericamente, as políticas públicas

são descritas pelos modelos de estágios como um processo sequencial o qual se inicia com a formulação, é modificado pela negociação e processo legislativo, sendo, então, implementado. Trata-se de uma tentativa de simplificação dos procedimentos que envolvem desde a formulação até a implementação de políticas públicas com propósitos pedagógicos. A aparente clareza do modelo em questão, segundo o autor, popularizou sua abordagem e uso por jornalistas, agentes públicos e políticos.

Neste ponto, pode-se concluir que o modelo de ciclos é, na verdade, uma tentativa de estabelecer certa ordem para o estudo do complexo fenômeno das políticas públicas. Desse modo, a proposta de descrição das políticas públicas em estágios surge como um porto seguro para estudantes e pesquisadores na medida em que identifica características peculiares e processos que ocorrem no ciclo das políticas públicas. Deve-se admitir, sobretudo, seu valor pedagógico.

Ainda que se reconheça a importância do modelo em exame, é forçoso admitir suas limitações. Nesse sentido, Peter John (2006) destaca que o processo que envolve as políticas públicas é caótico e muito mais complexo que o modelo de estágios permite transparecer. Trata-se, ainda, de uma visão linear, que estabelece uma cisão entre formulação e implementação de políticas, que, raramente, poderá corresponder à realidade, pois a tomada de decisões é contínua e há um constante efeito de *feedback* da implementação, o que leva à correção de rumos e à constante reformulação da própria política. Assim, em vez de um processo com início e fim, com estabelecimento de causalidade entre *inputs* e *outputs*, o que se verá, na maioria das vezes, é apenas o meio da política pública, o que decorre das muitas idas e vindas entre os processos de decisão e os de implementação.

Para Peter deLeon (1999), o modelo de estágios fomenta o estudo compartimentado

das fases, levando o pesquisador a esquecer-se do processo como um todo. Além disso, a visão dos estágios da política pública leva a um entendimento desta como composta de fases autônomas, quando se trata, em verdade, de um processo contínuo e interconectado. Além disso, corroborando parte das críticas de Peter John (2006), o autor afirma que o termo “modelo” transmite uma ideia de linearidade, em oposição a uma visão – mais próxima da realidade – relacionada a um processo composto de *feedbacks* e *loops*, em constante transformação.

Peter deLeon (1999) dialoga, ainda, com Paul Sabatier (1993) e discute as principais críticas que este faz ao modelo de estágios. Segundo deLeon (1999), são estas as principais objeções de Sabatier (1993 apud DELEON, 1999):

1. O modelo de estágios não é um modelo causal;
2. O modelo de estágios não fornece uma base para o teste de hipóteses empíricas;
3. O modelo de estágios não é apurado sequer sob o aspecto descritivo;
4. Trata-se de um enfoque *top-down*;
5. O modelo de estágios enfatiza o ciclo de políticas públicas como uma unidade temporal de análise, ou seja, ignora-se a concepção de sistemas;
6. Trata-se de modelo falho para integrar a análise de políticas públicas e uma perspectiva orientada por uma visão global do *policy process*.”

Diante de tais objeções, Peter deLeon (1999) destaca que a proposta de estágios não tem a pretensão de ser preditiva, destinando-se a descrever as relações que ocorrem no curso do ciclo das políticas públicas. Ressalta, ainda, que o modelo em questão não tem a pretensão de ser uma teoria, destacando que o próprio Sabatier, ao examinar as mudanças de políticas públicas, acaba por adotar a ideia de estágios.

Em face disso, pode-se afirmar que a descrição das políticas públicas como um ciclo composto de estágios teve papel importante no desenvolvimento de estudos nesse campo. Deve-se, pois, reconhecer o mérito da proposta ao descrever e conferir uma organização, ainda que apenas ideal, ao fenômeno das políticas públicas. Entretanto, de fato são pertinentes as advertências de que se trata de uma ferramenta com emprego especialmente heurístico, visto que a complexidade das políticas públicas não pode ser refletida em um modelo racional e linear como o proposto. Assim, embora seja possível reconhecer a existência de momentos com características próprias, é preciso enfatizar que as políticas públicas são um processo contínuo, interconectado, com muitas “idas e vindas”, merecendo exame unitário – o que impede uma visão compartimentada dos estágios, especialmente com uma separação dicotômica entre formulação e implementação.

3. Análise das políticas públicas: abordagem *top-down* versus perspectiva *bottom-up*

O crescente interesse da ciência política pela análise de políticas públicas não veio acompanhado do desenvolvimento de estudos sobre implementação. Com efeito, de início, concentraram-se os estudiosos e pesquisadores nas análises sobre formulação. Diante de tal constatação, segundo Michael Hill (2006), Hargrove chegou a afirmar que havia um *elo perdido* entre os estudos de formulação de políticas públicas e as avaliações de resultado (HARGROVE, 1975 apud HILL, 2006). Os estudos de Pressman e Wildavsky na década de 1970 tiveram o mérito de promover uma análise aprofundada da implementação de políticas, fomentando o debate e o desenvolvimento de outras abordagens.

Os estudos sobre implementação de políticas públicas foram fortemente influenciados pelo modelo de estágios descrito em tópico anterior. Parte-se da premissa de uma diferenciação clara entre formulação e implementação, que tem subjacente, ainda, uma visão *top-down* (de cima para baixo) desse processo. Assim, pretende-se examinar os processos materiais que envolvem a efetivação de metas e objetivos estabelecidos pelos governos centrais no nível local.

Pressman e Wildavsky esclarecem o ideário que permeia seu modelo de análise:

“A implementação, para nós, significa exatamente (o que o dicionário estabelece) executar, efetuar, completar, levar a cabo. Mas, o que é que está sendo implementado? Uma política, naturalmente. Deve haver algo anterior à implementação; caso contrário, não haveria um objetivo a ser alcançado pelo processo da implementação. Para um verbo como ‘implementar’, há de haver um objeto como políticas. Porém, as políticas normalmente contêm metas e também os meios para alcançá-las. Como, então, distinguir entre uma política e sua implementação?” (PRESSMAN; WILDAVSKY, 1984, p. 63).

É importante destacar que as análises de Pressman e Wildavsky estão fortemente influenciadas pela frustração que se abateu na sociedade norte-americana decorrente do fracasso ou do limitado êxito da guerra contra a pobreza e de programas sociais do final dos anos de 1960 (HILL, 2006). Busca-se, nesse sentido, compreender as falhas que ocorrem entre o momento de formulação e o de avaliação de resultados, como deixa claro o subtítulo da obra dos citados autores:

“Como grandes expectativas em Washington são adulteradas em Oakland; ou porque é surpreendente que programas federais funcionem, sendo esta a saga da administração do desenvolvimento econômico, como dito por dois simpatizantes que buscam construir a moral sobre os alicerces de esperanças desmoronadas” (HAM; HILL, 1993, p. 136).

Os estudos *top-down* concentram-se, portanto, no entendimento dos problemas que levam à falta de efetividade dos programas gestados no nível central de governo. Trata-se de compreender as razões do déficit de implementação e propor medidas para se atingirem as metas previamente estabelecidas. A par do interesse acadêmico, é possível constatar o enfoque prescritivo do modelo em questão.

O modelo *top-down* está permeado pela ideia de controle das ações pós-formulação de políticas, com o propósito de orientá-las para os fins previamente estabelecidos. Além das diversas propostas endereçadas aos formuladores de políticas públicas, como tornar claros seus objetivos, garantir recursos e tempo suficientes à disposição dos programas e embasar

a política em uma teoria de causa e efeito válida, destaca-se a sugestão de que a implementação esteja a cargo de uma agência ou de um número pequeno de agências responsáveis, devendo, nesse caso, haver uma relação de cooperação adequada e que as relações de dependência sejam pequenas em número e em importância, sob pena de se incrementar o déficit de implementação. Chama atenção, ainda, a indicação de que uma implementação perfeita depende de que aqueles com autoridade possam exigir e obter perfeita obediência (HAM; HILL, 1993, p. 138).

Percebe-se que o enfoque *top-down* de implementação de políticas públicas deixa transparecer um caráter autoritário e, de certa forma, incompatível com as peculiaridades de países que têm uma estrutura descentralizada de governo, sobretudo os estados federais, que são compostos por entes com autonomia administrativa, financeira e legislativa. No caso brasileiro, ressalte-se o caráter *sui generis* da federação, que contempla três níveis de governo.

Em que pese a importância das análises *top-down* para o desenvolvimento dos estudos de implementação, é necessário reconhecer que elas contêm limitações. De início, destaca-se que Pressman e Wildavsky (1984), ao afirmarem que “implementar” é verbo que tem por objeto a política, acabaram por criar para si uma *armadilha linguística*, como afirmam Ham e Hill (1993). Isso porque, como destacamos acima, política pública não é um conceito unívoco, mas, ao contrário, bastante indeterminado. Ademais, a assertiva de Pressman e Wildavsky (1984) aponta para uma dicotomia entre formulação e implementação já bastante criticada relativamente ao modelo de estágios. Como se afirmou, embora seja possível identificar peculiaridades e momentos que integram a política pública, esta deve ser entendida como um processo contínuo, com muitas idas e vindas e em constante reformulação.

Nesse passo, revendo posições anteriores, Majone e Wildavsky (1984) afirmam que, na realidade, a implementação de uma política é um procedimento unitário e continuamente influenciada e redefinida pelas ações que a põem em prática – muito embora, por óbvio, esse processo esteja condicionado e pautado previamente pela formulação.

Percebe-se, portanto, que as políticas são fenômenos de grande complexidade para serem reduzidos ao modelo de racionalidade proposto pela perspectiva *top-down*, que, dificilmente, corresponderá ao que ocorre na prática. Não se pode esquecer que as políticas abrangem todas as ações do governo e, muitas vezes, também suas não-decisões, as quais interferem, diretamente, na efetividade de pautas da sociedade. Por vezes, muitas ações do governo não incluem a divulgação de programas explícitos, que exigem novas atividades, mas relacionam-se apenas a ajustes em atividade já existentes, fomentando-as ou contingenciando recursos disponíveis (HILL, 2006).

Na análise de políticas públicas, a adoção estrita do enfoque *top-down* pode levar, ainda, a se negligenciar e até legitimar o fenômeno das políticas simbólicas, pois é sabido que, a despeito da existência de um discurso oficial e mesmo de medidas formais dos governos em prol de determinadas políticas, por vezes estas sofrem mecanismos indiretos de boicote, como a supressão de recursos necessários para serem postas em prática.² Ao se adotar uma

² Ao abordar a implementação da política de saúde no Brasil, Telma Menicucci problematiza a afirmação constante de que o subfinanciamento seria um obstáculo para a efetivação do SUS. Para a autora, isso pressupõe que o tema fosse prioridade e desejo dos governos posteriores à Constituição de 1988. Na verdade, para ela, o subfinanciamento é uma forma de inviabilização sistêmica. No seu modo de ver: “Reconhecendo-se esses constrangimentos [financeiros], cabe indagar em que medida havia de fato a intenção governamental de implantar os dispositivos formais da política de saúde, mas que seria inviabilizada pelas limitações financeiras. O argumento desenvolvido

rígida separação entre formulação e implementação, acaba-se por dar legitimidade a esse tipo de postura ou, ao menos, esquecê-la, já que, na medida em que tenham promovido a gestão dos programas e patrocinado a elaboração legislativa correlata, os formuladores (executivo dos níveis centrais de governo e legislativo) terão se desincumbido de sua responsabilidade, podendo o insucesso ser atribuído à incompetência dos níveis locais.

Finalmente, deve-se reconhecer que muitas decisões que são centrais para o sucesso ou insucesso de uma política são, por diferentes razões, tomadas no nível local e não no momento de sua formulação, gerando a reformulação da própria política, como anotado por Majone e Wildavsky (1984), o que nos leva a concluir, portanto, que não é possível estabelecer uma oposição rígida entre formulação e implementação.

Uma abordagem alternativa da implementação de políticas públicas reconhece o caráter conflituoso desse processo que, longe de se tratar apenas de condutas materiais de colocação em prática de programas a fim de se atingirem objetivos e metas previamente traçados, envolve negociação e barganhas com diferentes agentes e constante tomada de decisões³. Trata-se dos chamados estudos *bottom-up* (de baixo para cima), nos quais se enfatiza o papel dos implementadores.

Após analisar as críticas ao modelo *top-down* e os motivos pelos quais um conjunto de decisões é deixado para a fase de implementação, Michael Hill (2006, p. 72) afirma que tais considerações:

“[...] levam à percepção de que o processo de elaboração de políticas, frequentemente, continua durante a fase de implementação. Pode envolver flexibilidade contínua, a concretização de políticas em curso, ou, ainda, um processo de vai-e-vem entre políticas e ações. Barrett e Fudge (181, p. 25) enfatizaram a necessidade de se ‘considerar implementação com um *continuum* de política/ação em que, com o tempo, ocorre um processo interativo e de negociações entre aqueles que buscam pôr em prática e aqueles de quem as ações dependem.”

neste artigo é que mesmo não negada no discurso, nem mesmo tendo sido objeto de uma redução programática, a atenção à saúde universal e igualitária foi objeto de veto implícito e de inviabilização sistêmica, por analogia com a noção de redução sistêmica das políticas do estado de bem-estar, utilizada por Pierson (1994). Com essa expressão, Pierson refere-se às estratégias indiretas para a redução de políticas cujas consequências são sentidas apenas em longo prazo e que parecem ter sido muito mais importantes nas tentativas de desmantelamento do Estado de bem-estar do que nos esforços de redução programática explícita dos programas sociais” (MENICUCCI, 2006, p. 77).

³ Ao tratar desses estudos, Pedro Luiz Barros Silva e Marcus André Barreto de Melo destacam que “o que é comum a essas contribuições é a recusa à noção de implementação como uma etapa subsequente à formulação – esta última como uma instância racional e compreensiva. A implementação é entendida como processo autônomo em que decisões cruciais são tomadas e não só ‘implementadas’” (MELO; SILVA, 2000, p. 10).

Após destacar autores que tratam da implementação como um processo cooperativo, Michael Hill (2006, p. 72) afirma que “essas ideias implicam um sistema em que um relacionamento próximo, cooperativo, caracteriza as relações dentro do sistema político, permitindo que a política entre em ação”.

Com efeito, o que se pretende é ressaltar que as disputas durante a formulação das políticas públicas prosseguem no momento de implementação. Além disso, as interações, os indivíduos e grupos que buscam implementar as políticas, aqueles de quem as políticas dependem e os que têm seus interesses afetados por ela constituem uma realidade que não pode ser ocultada (HILL, 2006).

Nesse passo, é esclarecedora a conclusão de Michael Hill (2006, p. 74):

“A realidade, portanto, não se refere a um controle imperfeito, mas às ações como processo contínuo da interação, com políticas mutantes e passíveis de mudanças, uma estrutura complexa de interações e um mundo externo que condiciona a implementação, porque as ações governamentais recaem – e para isso são elaboradas – sobre a implementação e seus atores que são, por natureza, difíceis de controlar: a análise concentra-se melhor sobre os níveis em que isso ocorre, já que não se trata de mostrar deficiências de implementação, e sim de recriar as políticas.”

Assim, embora não se possam negar os méritos dos primeiros estudos de implementação, os quais adotaram a perspectiva *top-down*, é necessário reconhecer a impossibilidade de uma oposição clara entre formulação e implementação de políticas, reconhecendo-se um processo contínuo que envolve muitos conflitos e a necessidade de barganhas e acordos, com tomada de várias decisões importantes, que redefinem a própria política⁴. Com isso, abre-se caminho para uma abordagem complementar entre as perspectivas *top-down* e *bottom-up*.

4. Outras peculiaridades do processo de implementação

Ao contrário do que pode imaginar o senso comum, acreditando que a implementação de políticas públicas está a depender apenas de um conjunto de técnicas que devem colocar em prática os programas previamente elaborados pelos seus formuladores, consagrando uma visão hierarquizada da administração pública e atribuindo reduzido prestígio aos agentes dos escalões mais baixos, deve-se reconhecer a importância e o papel decisivo destes últimos para o êxito das políticas.

⁴ Trata-se de reconhecer a dimensão política do processo de implementação, como ressaltam Pedro Luiz Barros Silva e Marcus André Barreto de Melo (2000).

Tradicionalmente, a Ciência Política deu prioridade aos estudos do processo de formulação de políticas públicas, o que realça, sobremaneira, a importância dos chamados formuladores ou decisores. Desse modo, se a política está previamente definida, aos demais membros da burocracia estatal deve-se reservar unicamente o papel de cumpri-la, devendo ser controlados em prol da eficiência.

No entanto, a complexidade dos tempos atuais impede que, inclusive do ponto de vista normativo, seja possível estabelecer de forma prévia e definitiva as possibilidades de sua aplicação diante da multiplicidade de situações fáticas quotidianas. Nesse sentido, inclusive para possibilitar a adaptação das políticas às diferentes hipóteses em concreto, é necessário que haja um espaço de abertura a ser preenchido caso a caso.

Reconhecidas, desde já, essas limitações e necessidades, verifica-se que os agentes públicos de escalões inferiores⁵, no momento da aplicação das políticas públicas, acabam por gozar de uma esfera de autonomia necessária para sopesar as diferentes situações que lhes são apresentadas. Além dessa necessidade, que decorre das peculiaridades fáticas, trata-se ainda de circunstância socialmente valorada de forma positiva, porquanto a sociedade busca não apenas a imparcialidade dos órgãos públicos, mas também a compreensão de circunstâncias sociais e flexibilidade para tratá-las (LIPSKY, 1996). Essa perspectiva revela, novamente, o conteúdo decisório do processo de implementação de políticas públicas, que não se trata, ao contrário, de pura técnica para se porem em prática programas pré-definidos.

Aqui, já se pode inferir que a perspectiva de controle para se atingir a implementação ótima,

⁵ *Empleados de base* ou *Street-level bureaucrats* conforme Lipsky (1996).

como enfatizam os estudos *top-down*, mostra-se inapropriada sobretudo se encarada de forma unidirecional e definitiva. Assim, é necessário o diálogo e a negociação, mesmo no âmbito interno da administração pública, no qual vige o princípio da hierarquia. Isso porque, dada a esfera de autonomia dos agentes de escalões inferiores, é necessário que comunguem ou ao menos compreendam e atendam aos objetivos implícita ou explicitamente manifestados pelos decisores. Do contrário, caso os “burocratas ao nível da rua” entendam que falta legitimidade à política ou defendam interesses diversos, acabarão certamente por redefinir a própria política, na medida em que seu trabalho e suas decisões não estarão em compasso com ela.

Além do mais, uma visão hierárquica e impositiva da administração encontra obstáculo nas garantias de que gozam alguns agentes públicos para o exercício de sua função⁶, o que impõe a busca de alternativas para o êxito das políticas públicas. Calha transcrever as palavras de Michael Lipsky (1996, p. 294):

“Las burocracias de base tienen un elevado grado de conocimiento especializado sobre algunas políticas e incluso preferencias y, según dispongan su personal, reforzarán más o menos su influencia. El rol discrecional de los trabajadores de base y su posición como elaboradores de facto de políticas es lo que supone decisivamente la dependencia de los gerentes de sus subordinados. Esta discrecionalidad que ejercen los empleados de base significa que los gerentes, para poder demostrar sus propias habilidades y capacidades, dependen críticamente de sus subordinados, sin la posibilidad de intervenir en cómo sus subordinados trabajan.”

⁶ É o caso, por exemplo, de membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, já que os primeiros julgam segundo o princípio do livre convencimento motivado e os segundos dispõem de independência funcional no exercício de suas funções.

Tais características do papel exercido pelos agentes públicos de mais baixo nível hierárquico ou “burocratas ao nível da rua” realça novamente o conteúdo conflituoso do processo de implementação, no qual muitas decisões vitais para a política são tomadas após processos de negociação e barganha (LIPSKY, 1996).

5. Possibilidades de atuação do Ministério Público brasileiro para a implementação de políticas públicas

O Ministério Público brasileiro, tradicionalmente, ocupava-se da promoção das ações penais e tutela de interesses de incapazes nos processos cíveis; neste caso, agia como *custos legis* (fiscal da lei). Nas ordens jurídicas que precederam a Constituição de 1988, o Ministério Público esteve por vezes ligado aos demais poderes do Estado – desprovido, assim, de prerrogativas necessárias para exercer sua fiscalização e velar pelos direitos da sociedade.

No ordenamento jurídico erigido após a Constituição de 1988, o Ministério Público teve seu perfil modificado – processo esse que se iniciou com a promulgação da lei de ação civil pública –, e suas atribuições e prerrogativas foram ampliadas, o que levou a uma grande transformação da instituição. Assim, esta passou de repressiva – tanto na atuação penal, buscando a condenação de autores de crime, como na área cível, por agir apenas como interveniente em processos de terceiros – para ser proativa e responsável pela tutela de interesses da sociedade. Prova disso é o art. 127 da Constituição de 1988, que estabelece que o Ministério Público é “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Percebe-se, assim, a amplitude das atribuições cometidas ao órgão pelo constituinte.

Como desdobramento de tal dispositivo, o art. 129 da Constituição dispõe sobre as funções institucionais do Ministério Público e relaciona o seguinte:

“I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”

As ferramentas necessárias para que os membros do Ministério Público desempenhem suas funções encontram-se previstas na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93), Lei Orgânica do Ministério Público da União (LC nº 75/93), nas leis orgâ-

nicas estaduais e em diversas legislações específicas, como a lei de ação civil pública (Lei nº 7.347/85), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03). Além da ação penal e da ação civil pública para a tutela de interesses coletivos e individuais indisponíveis, o Ministério Público também está legitimado de forma geral para promoção das ações necessárias para tutela dos interesses que lhe foram confiados, inclusive para o controle de constitucionalidade em abstrato das leis e atos normativos por seus órgãos de cúpula.⁷ De outro lado, no plano extrajudicial, desde a Constituição até as leis orgânicas, o Ministério Público foi dotado de instrumentos para o exercício de suas atribuições. Destaca-se, entre eles, o atendimento ao público⁸, o inquérito civil público e o procedimento investigatório criminal⁹, a audiência pública¹⁰, a recomendação¹¹ e o compromisso de ajustamento de conduta¹².

Além da ampliação das atribuições, houve o correspondente incremento das garantias institucionais e dos membros do Ministério Público. Assim, a instituição foi concebida como una e indivisível e goza de autonomia administrativa e financeira, bem como de iniciativa legal privativa nas matérias referentes à sua organização (art. 127, §§ 1º e 2º, da CR/88). Ao mesmo tempo, os membros do Ministério Público, entre outras prerrogativas, gozam de vitaliciedade, independência funcional, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios (arts. 127, § 1º, e 128, §5º,

⁷ O Procurador-Geral da República, para o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos perante a Constituição da República; e Procuradores-Gerais de Justiça, para controle de leis e atos normativos em face das constituições estaduais.

⁸ O membro do Ministério Público tem o dever de atender a qualquer do povo (art. 32, II, da Lei nº 8.625/93), o que é decorrência do direito de petição (art. 5º, XXXIV, *a*, da CR/88).

⁹ Trata-se de procedimentos inquisitórios para investigação de fatos e a colheita de provas para a promoção das ações civis e criminais de sua atribuição. O inquérito civil tem previsão na Lei nº 7.347/85, entre outras leis que repetiram sua previsão, e está disciplinado pela Resolução nº 23 do Conselho Nacional do Ministério Público. O procedimento investigatório criminal decorre do sistema constitucional e legal e está regulamentado pela Resolução nº 13 do Conselho Nacional do Ministério Público.

¹⁰ A audiência pública pode ser utilizada para a colheita de esclarecimentos e discussão de temas com a população, bem como para a própria definição das prioridades e estratégias de atuação do Ministério Público. Encontra previsão, entre outros dispositivos, no art. 27, IV, da Lei nº 8.625/93.

¹¹ Faculta-se ao Ministério Público, na defesa dos direitos assegurados na Constituição, expedir recomendações, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito (art. 27, IV, da Lei nº 8.625/93). Trata-se de importante instrumento para expor a posição do Ministério Público sobre determinado tema, a fim de buscar a adequação de determinada situação às disposições legais/constitucionais.

¹² O Ministério Público e outros órgãos legitimados para a promoção da ação civil pública na defesa dos interesses coletivos “poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial” (art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85).

I, da CR/88). Todas essas prerrogativas permitem que a instituição atue de forma independente na fiscalização dos poderes do Estado e na defesa dos direitos sociais. Diante disso, correlacionando as novas atribuições do Ministério Público com as prerrogativas institucionais e de seus membros, é possível concluir que o órgão, após a Constituição de 1988, está vocacionado para a defesa dos direitos fundamentais e detém grande potencial para fomentar e fiscalizar a implementação de políticas públicas voltadas para a concretização de tais direitos.

Observa-se que o novo Ministério Público, forjado a partir do texto constitucional de 1988, goza de vasto instrumental para promover a efetividade de direitos fundamentais e, correlatamente, contribuir para a implementação das políticas públicas. Aqui, contudo, fica a indagação: qual forma de agir é mais adequada? De que maneira o Ministério Público será mais eficiente na missão de assegurar a máxima eficácia das normas constitucionais diante das circunstâncias fáticas e jurídicas? (HESSE, 1991).

Para início da discussão, é necessário retomar a compreensão a que se chegou nos itens anteriores acerca da política pública. Com efeito, pode-se concluir que se trata de fenômeno complexo todavia, é útil, a fim de evitar uma visão míope do tema, compartilhar do entendimento de Thomas R. Dye (1972) de que se trata de todas as atividades desempenhadas pelo Estado.

Deve-se lembrar, ainda, que a implementação de políticas públicas também é complexa e envolve um processo de negociação e barganha, entre outros, com grupos afetados, exigindo a tomada de muitas decisões não contempladas em sua formulação. Há que se reconhecer também a impossibilidade de um controle completo ou perfeito das atividades e dos agentes envolvidos na tarefa de pôr a política em prática, uma vez que a atividade desenvolvida por eles, dadas

suas características, envolve grande discricionariedade. Por tudo isso, a implementação acaba tornando-se um refazer da própria política, redefinindo-a, permitindo-nos concluir pela existência de um *continuum* entre formulação e implementação.

Voltando os olhos para o Ministério Público, têm-se identificado, com base nos instrumentos disponíveis para a atuação de seus membros, dois modelos ou possibilidades distintas de trabalho, chamados modelo demandista e modelo resolutivo (ALMEIDA, 2012; GOULART, 1998; RODRIGUES, 2012). No primeiro gênero, classifica-se a proposta de atuação repressiva, valendo-se dos instrumentos processuais disponíveis para submeter as demandas ao Poder Judiciário. A postura do órgão do Ministério Público é de oposição e de conflito, sendo reservado ao Poder Judiciário o papel de acerto do direito e a composição do conflito de interesses através do processo. Por outro lado, tem crescido a proposta de atuação resolutive. Com essa designação, pretende-se classificar a forma de trabalho que se vale prioritariamente de ferramentas extrajudiciais, buscando a abordagem do caso de forma dialogada, inclusive, na hipótese de tutela de direitos coletivos, envolvendo os possíveis interessados¹³. Atua o Ministério Público de forma proativa e preventiva, buscando evitar a ocorrência de dano aos interesses sociais ou, quando impossível, sua reparação ou recomposição *in natura*. Nesse caso, o membro do Ministério Público reafirma-se como agente político, conciliador e protetor dos interesses sociais.

Analisando as possibilidades de atuação do Ministério Público e aproximando-se dessa classificação, Cátia Aida Silva (2001), em

¹³ Exemplos: realização de audiência pública com consumidores afetados pela má prestação de um serviço, com população que sofre o impacto ambiental de um empreendimento poluidor ou potencialmente poluidor, etc.

estudo sobre o Ministério Público do Estado de São Paulo, logrou êxito em identificar dois tipos ideais de Promotores de Justiça na defesa de direitos e interesses coletivos e sociais: promotores de fatos e promotores de gabinete. Segundo a autora:

“As novas atribuições constitucionais do Ministério Público na defesa de interesses metaindividuais resultam, conforme o grupo estudado, em distintas formas de atuação, devido à abrangência da legislação recente e à independência funcional – que garante, como vimos no cotidiano dos promotores, uma considerável autonomia dos membros do Ministério Público. O tipo promotor de fatos indica a tendência do alargamento das funções dos promotores para muito além da esfera jurídica, tornando-os verdadeiros articuladores políticos nas comunidades em que trabalham. O tipo promotor de gabinete indica a leitura das novas atribuições do promotor dentro das fronteiras da esfera jurídica, definindo-o como agente judiciário cuja prioridade é o trabalho ‘processual’ – propor e acompanhar medidas judiciais – e cuja ação na defesa dos interesses metaindividuais se dá, sobretudo, pela via judicial” (SILVA, 2001, p. 140).

Em estudo sobre as estratégias das instituições jurídicas na área da saúde, Felipe Dutra Asensi (2010) identificou possibilidades para além do fenômeno da judicialização da saúde, atualmente na pauta dos gestores e sanitaristas. Ressalta o pesquisador a utilização pelo Ministério Público de mecanismos que, a par de contribuírem para a efetividade do direito à saúde, criam espaços para uma construção dialogada, com participação social:

“No contexto brasileiro, o Ministério Público recebeu destaque enquanto instituição jurídica envolvida no processo de efetivação da saúde enquanto direito. De uma maneira geral, o MP desenvolve a capacidade institucional de criar um espaço de diálogos ao possibilitar a comunicação entre os principais atores que compõem o processo de formulação, gestão e fiscalização das políticas públicas em saúde. A atitude ativa e dialógica que alguns membros do MP adotam permitiu resultados positivos na horizontalização da relação entre Estado e sociedade, sobretudo porque permite pensar em novos arranjos institucionais que não necessariamente conduzem à judicialização das demandas em saúde. Isso tem permitido ao MP superar uma lógica de efetivação centrada no juiz e propor outras alternativas de atuação calcadas na ideia de juridicização das relações sociais” (ASENSI, 2010, p. 50).

A conclusão de Felipe Asensi (2010) evidencia o conteúdo político da atuação do membro do Ministério Público na busca pela efetivação de direitos fundamentais, identificado por Cátia Aida Silva relativamente ao promotor de fatos. Para além de um burocrata de gabinete, a Constituição de 1988 criou para o membro do Ministério Público a possibilidade

de atuar como mediador de conflitos sociais, valendo-se das prerrogativas e do instrumental disponível para efetivar direitos sem a necessidade de provocar o Poder Judiciário, cuja forma de atuação, além de lenta e formalizada, resulta em decisão imposta às partes.

Em face disso, deve-se reconhecer o grande potencial do Ministério Público para contribuir para a implementação de políticas públicas, em conformidade com os parâmetros constitucionais, ao valer-se tanto das ferramentas judiciais, quanto das extrajudiciais. Não obstante, a nosso aviso, as características do processo como forma de composição de interesses, leva à reprodução da abordagem *top-down* na implementação de políticas públicas. Embora, obviamente, por vezes o instrumento deva ser utilizado pelo Ministério Público, sobretudo quando esgotados outros recursos, a implementação de políticas públicas por via judicial não contempla a possibilidade de discussão e diálogo de que dispõe a instituição, quando invoca as ferramentas extrajudiciais, como a realização de reuniões no curso do inquérito civil, audiências públicas, expedição de recomendações e celebração de compromissos de ajuste de conduta. Nessas hipóteses, reconhecida a conflituosidade e a complexidade do momento de implementação das políticas, verifica-se que a atuação resolutiva do membro do Ministério Público, abandonando o gabinete e aproximando-se dos interessados, abre possibilidades para o processo de barganha e construção de alternativas, com perspectivas mais otimistas de efetividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

6. Considerações finais

O presente trabalho teve por objetivo expor os principais conceitos e controvérsias que estão presentes no campo da análise de políticas

públicas, envolvendo, sobretudo, o modelo de estágios e as possíveis abordagens sobre sua implementação. Posteriormente, buscou-se examinar as possibilidades de contribuição do Ministério Público nessa seara.

Verificou-se o pioneirismo do modelo de estágios como forma de estudo das políticas. Embora tenha limitações e imponha uma simplificação do objeto, é forçoso reconhecer que o mesmo fomentou o desenvolvimento dos estudos sobre o tema. Entretanto, examinando o assunto de forma crítica, foi possível demonstrar a complexidade das políticas públicas e a impossibilidade de se ter tanto uma visão linear do fenômeno quanto compartimentada dos estágios em que usualmente ela é subdividida.

Observando de perto a implementação de políticas públicas, foi possível concluir que se trata de atividade que envolve conflitos, necessidade de barganhas e composições, assim como a tomada de decisões centrais para o êxito das políticas. Tais características e os constrangimentos impostos pelas circunstâncias em que aquelas são implementadas impedem que se estabeleça uma dicotomia entre formulação e implementação, uma vez que a política caracteriza-se, na verdade, por um *continuum* entre esses momentos. Com efeito, se as atividades de implementação têm seus limites condicionados, ao se pôr a política em prática, acaba-se por reformulá-la, sendo inquestionáveis os efeitos retroalimentadores.

Com seu redesenho após o advento da Constituição da República de 1988, o Ministério Público e seus membros passaram a dispor de um leque de atribuições e garantias que lhes permitem contribuir para a implementação de políticas públicas voltadas para a efetividade dos direitos fundamentais. Seja no plano judicial, seja no extrajudicial, a Constituição e as leis conferiram ao Ministério Público instrumentos

eficazes para a fiscalização dos poderes públicos e concretização dos interesses sociais.

Em virtude da complexidade das políticas públicas e de sua implementação, visto que, nesse caso, se envolve na mediação de conflitos e tomada de decisões não adotadas no momento de formulação, percebe-se que o modelo resolutivo de atuação do Ministério Público, com a priorização dos instrumentos extrajudiciais, abre mais possibilidades de contribuição para a implementação das políticas públicas que concretizem direitos fundamentais.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra. O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: FARIAS, Cristiano Chaves; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Org.). *Temas atuais do Ministério Público*. 3. ed. Salvador: Juspodium, 2012.

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização?: as instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. *Physis – Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 33-55, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312010000100004&script=sci_arttext>. Acesso em: 21 jul. 12.

DELEON, Peter. The stages approach to the policy process. In: SABATIER, Paul A. *Theories of the policy process*. Boulder: Westview, 1999.

DYE, Thomas R. *Understanding public policy*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1972.

EASTON, David. *The political system*. New York: Knopf, 1953.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia: teoria e práxis*. São Paulo: LED, 1998.

HAM, Christopher; HILL, Michael. *O processo de elaboração de políticas no estado capitalista moderno*. Tradução de Renato Amorim e Renato Dagnino. São Paulo: [s.n.], 1993.

HARGROVE, Erwin. *The missing link: the study of the implementation of social policy*. Washington: Urban Institute, 1975.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

HILL, Michael. Implementação: uma visão geral. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Org.). *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006.

JOHN, Peter. *Analysing public policy*. London: Continuum, 2006.

LIPSKY, Michael. Los empleados de base em la elaboración de políticas públicas. In: BRUGUÉ, Quim; SUBIRATS, Joan. *Lecturas de gestión pública*. Madrid: MAP, 1996.

MELO, Marcus André Barreto de; SILVA, Pedro Luiz Barros. *O processo de implementação de políticas públicas no Brasil: características e determinantes da avaliação de programas e projetos*. São Paulo: NEPP, 2000. Disponível em: <http://governancaegestao.files.wordpress.com/2008/05/teresa-aula_22.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2012.

MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. Implementação da reforma sanitária: a formação de uma política. *Saúde e sociedade*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 72-87, maio/ago. 2006.

PRESSMAN, Jeffrey Leonard; WILDAVSKY, Aaron. *Implementation*. Berkley: University of California, 1984.

RODRIGUES, João Gaspar. *Ministério Público resolutivo: um novo perfil institucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2012.

SABATIER, Paul. Policy change over a decade or more. In: _____; JENKINS-SMITH, Hank. *Policy change and learning: an advocacy coalition approach*. Boulder: Westview, 1993.

SILVA, Cátia Aida. Promotores de justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 16, n. 45, p. 127-144, fev. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69092001000100007&script=sci_arttext>. Acesso em: 21 jul. 2012.

WILDAVSKY, Aaron; MAJONE, Giandomenico. Implementation as evolution. In: _____. PRESSMAN, Jeffrey Leonard. *Implementation*. Berkley: University of California, 1984.

Heurística do poder e perspectivas críticas ao Estado de Direito

Uma leitura a partir de Walter Benjamin

CAIO HENRIQUE LOPES RAMIRO

Sumário

1. Introdução. 2. Poder, violência e direito: uma questão preliminar. 3. Notas sobre um confronto de perspectivas críticas ao Estado de Direito. 4. O monopólio jurídico do poder: balanço de uma desconfiança. 5. Considerações finais.

1. Introdução

Neste artigo nos ocuparemos basicamente de uma abordagem do texto “Crítica da violência: crítica do poder” (“*Zur Kritik der Gewalt*” – 1921), de Walter Benjamin (1892-1940), com o objetivo precípua de considerar os argumentos de Benjamin a respeito da relação entre poder (violência) e direito (regulamentação jurídica dos movimentos da ação política).

Para tanto, procedeu-se a uma revisão bibliográfica de textos, bem como levou-se em consideração, em primeiro lugar, os escritos de maturidade de Benjamin, principalmente os textos da oitava e da décima quarta tese sobre o conceito de história, a fim de delimitar a abordagem perspectivista e crítica ao Estado de Direito liberal proposta por Benjamin no texto de 1921.

Posteriormente, observou-se o confronto de perspectivas críticas ao Estado de Direito liberal, pois, embora o texto sobre a crítica do poder possa sugerir que o diálogo de Benjamin é feito com Sorel, parece verossímil identificar a objeção do pensador frankfurtiano às teses de Carl Schmitt, tanto no que se refere ao clássico debate entre direito natural e direito positivo, quanto, principalmente, no tocante a uma oposição entre a tradição dos vencidos (Benjamin) e a perspectiva dos vencedores

Caio Henrique Lopes Ramiro é mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM (Marília/SP); bolsista CAPES/PROSUP, modalidade 1; possui especialização em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR; advogado.

(Schmitt), especialmente no que diz respeito à possibilidade de existência de uma esfera de poder não controlada pelo direito.

Assim, na última parte, analisou-se a questão dos poderes instituinte e mantenedor do direito. Constatou-se uma desconfiança deste último em relação ao poder político, o que leva o jurídico a reivindicar para si o monopólio do poder (violência) como forma de manutenção do controle da ação política.

2. Poder, violência e direito: uma questão preliminar

Antes de ingressar na discussão de fundo, que se refere à questão da relação entre poder e direito na perspectiva do pensamento de Walter Benjamin, parecem necessárias algumas reflexões de cunho preliminar.

Em primeiro lugar, o presente artigo não tem a pretensão de esgotar a temática que se apresenta como objeto de análise. Ainda, levando-se em conta a perspectiva do referencial benjaminiano, a questão metodológica está ligada a uma revisão bibliográfica de forma dialética. Não obstante, o objetivo é uma leitura de um texto da juventude de Benjamin, considerando-se o olhar crítico com que o filósofo alemão observa o jurídico.

Aqui não se tem a pretensão de ingressar na polêmica acerca da “correta” definição ou classificação do pensamento de Benjamin, pois o parágrafo anterior sugere qual é a nossa impressão sobre o autor. Ainda, parece acertada a interpretação de que ele pode ser encarado como um autêntico pensador político, antideterminista e antitotalitarista (GAGNEBIN, 1999, p. 192).

No entanto, não é exagerado reconhecer a peculiaridade do pensamento de Benjamin, mesmo que se considere sua inserção na tradição de pensamento da primeira geração da Escola de Frankfurt. É preciso reconhecer o amplo alcance da reflexão benjaminiana no que diz respeito aos variados temas com os quais ele se preocupou.

Segundo Michel Löwy (2005, p. 14):

“Estamos habituados a classificar as diferentes filosofias da história conforme seu caráter progressista ou conservador, revolucionário ou nostálgico do passado. Walter Benjamin escapa a essas classificações. Ele é um crítico revolucionário da filosofia do progresso, um adversário marxista do ‘progressismo’, um nostálgico do passado que sonha com o futuro, um romântico partidário do materialismo”.

Löwy (2005, p. 14) considera ainda que não adianta tentar recrutá-lo para um dos dois grandes campos que disputam, atualmente, a hegemonia no palco (ou seria conveniente dizer no mercado?) das ideias: o modernismo e o pós-modernismo. Diz ele:

“A concepção da história de Benjamin não é pós-moderna, antes de tudo porque, longe de estar ‘muito além de todos os relatos’ – supondo-se que isto seja possível – ela constitui uma forma heterodoxa do relato da emancipação: inspirando-se em fontes messiânicas e marxistas, ela utiliza a nostalgia do passado como método revolucionário de crítica do presente. Seu pensamento não é, então, nem ‘moderno’ (no sentido habermasiano) nem ‘pós-moderno’ (no sentido de Lyotard), mas consiste sobretudo em uma *crítica moderna à modernidade* (capitalista/industrial), inspirada em referências culturais e históricas pré-capitalistas)” (LÖWY, 2005, p. 15).

Nesse sentido, classificar o pensamento de Benjamin apresenta-se como uma tarefa difícil. No entanto, parece possível identificar algumas chaves conceituais que perpassam sua reflexão, tais como:

“a desconfiança para com a tradição afirmativa burguesa, a preocupação com o singular, o detalhe, os fenômenos estranhos e extremos contra a média niveladora (7), enfim, reunindo essas duas primeiras características, uma concepção da interpretação e da história acompanhada por uma vontade soteriológica, em desejo de memória e preservação dos elementos preteridos e *esquecidos* pela historiografia burguesa, sempre apologética: os excluídos e vencidos, mas também o não-clássico, o não-representativo, o estranho, o barroco etc.” (GAGNEBIN, 1999, p. 193).

É na questão ligada aos elementos preteridos e esquecidos pela historiografia vencedora que se centrará a observação, pois parece que é a eles que estão associadas tanto a concepção de poder quanto a de direito. Assim, a partir desses elementos conceituais, será proposta uma leitura do texto de 1921, cujo título, na tradução brasileira, é “Crítica da violência: crítica do poder”.

Neste momento, apresenta-se oportuna uma advertência preliminar. No original em língua alemã, o texto tem o título “*Zur Kritik der Gewalt*”. A palavra *Gewalt* pode significar, ao mesmo tempo, “violência e poder” (BENJAMIN, 1986, p. 160), ou também simplesmente “poder” (AGAMBEN, 2004, p. 84).

A leitura do texto parece sugerir que a preocupação central de Benjamin é demonstrar a relação entre poder-violência e direito, bem como uma possível origem violenta do jurídico. Dessa forma, Willi Bolle (BENJAMIN, 1986, p. 161) esclarece que a semântica de *Gewalt* oscila dentro do texto, ora se apresentando ligada ao conceito de violência, ora vinculada a uma ideia de poder.

Outra questão preliminar diz respeito à estratégia de leitura do texto de 1921. Tanto Jeanne Marie Gagnebin (1982) quanto Giorgio Agamben (2004, 2007) propõem que, antes da abordagem do texto de juventude, deve-se levar em consideração as conhecidas teses “Sobre o conceito de história”, escrito de maturidade de Benjamin.

Para Jeanne Marie Gagnebin (1982, p. 16):

“Seu último texto, as teses Sobre o Conceito de História, é ao mesmo tempo uma síntese de todo o seu pensamento e o testemunho ansioso de um exilado no limiar da Segunda Guerra. Em uma de suas últimas cartas, ele menciona a importância epistemológica e crítica desse texto, que representa, na verdade, a tentativa de elaborar uma concepção de história, afastada tanto da historiografia tradicional da classe dominante, como da historiografia materialista triunfalista”.

Na introdução ao primeiro volume do projeto crítico *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*, Giorgio Agamben (2007, p. 19) argumenta que:

“Hoje, em um momento em que as grandes estruturas estatais entram em processo de dissolução, e a emergência, como Benjamin havia pressagiado, tornou-se a regra, o tempo é maduro para propor, desde o princípio em uma nova perspectiva, o problema dos limites e da estrutura originária da estabilidade”.

Por óbvio, não serão analisadas todas as teses sobre o conceito de história, mas sim aquelas que parecem representar uma chave para a leitura do ensaio de 1921 e que estão representadas nas inscrições de números 8 e 14.

Segundo Michel Löwy (2005, p. 15):

“A concepção da história de Benjamin não é pós-moderna, antes de tudo porque, longe de estar ‘muito além de todos os relatos’ – supondo-se que isto seja possível – ela constitui uma forma heterodoxa do relato da emancipação: inspirando-se em fontes messiânicas e marxistas, ela utiliza a nostalgia do passado como método revolucionário de crítica do presente. Seu pensamento não é, então, nem ‘moderno’ (no sentido habermasiano) nem ‘pós-moderno’ (no sentido de Lyotard), mas consiste sobretudo em uma crítica moderna à modernidade (capitalista/industrial), inspirada em referências culturais e históricas pré-capitalistas”.

Analisando especificamente o panorama das teses “Sobre o conceito de história”, Löwy (2005, p. 17) entende que este texto de Benjamin constitui um dos textos filosóficos e políticos mais importantes do século XX.

Dirá então:

“A filosofia da história de Benjamin se apóia em três fontes muito diferentes: o romantismo alemão, o messianismo judaico, o marxismo. Não se trata de uma combinação ou ‘síntese’ eclética dessas três perspectivas (aparentemente incompatíveis), mas da invenção, a partir destas, de uma nova concepção profundamente original” (LÖWY, 2005, p. 17).

Para Habermas (1990, p. 22), em seu discurso filosófico da modernidade:

“O que Benjamin contesta não é apenas a emprestada normatividade de uma compreensão da história gerada pela imitação de modelos antigos, ele luta igualmente contra as duas concepções que, já no terreno da compreensão moderna da história, interceptam e neutralizam a provocação do que é novo e do que é em absoluto inesperado. Opõe-se por um lado à concepção de um tempo homogêneo e vazio que é preenchido pela ‘crença obstinada no progresso’, concepção do evolucionismo e da filosofia da história, e opõe-se por outro lado também à neutralização de todos os critérios levada a cabo pelo historicismo quando tranca a história nos museus.”

Desse modo, não se pretende classificar o pensamento de benjaminiano, mas, como estratégia preliminar à leitura do texto de 1921, tentar-se-á uma compreensão das teses números oito e quatorze, para talvez uma melhor abordagem da relação entre poder e direito.

A inscrição da oitava tese sobre o conceito de história é a seguinte:

“A tradição dos oprimidos nos ensina que o ‘estado de exceção’ no qual vivemos é a regra. Precisamos chegar a um conceito de história que dê conta disso. Então surgirá diante de nós nossa tarefa, a de instaurar o real estado de exceção; e graças a isso, nossa posição na luta contra o fascismo tornar-se-á melhor. A chance deste consiste, não por último, em que seus adversários o afrontem em nome do progresso como se este fosse uma norma histórica. O espanto em constatar que os acontecimentos que vivemos ‘ainda’ sejam possíveis no século XX não é nenhum espanto filosófico. Ele não está no início de um conhecimento, a menos que seja o de mostrar que a representação da história de onde provém aquele espanto é insustentável” (LÖWY, 2005, p. 83).

De saída, é possível identificar uma postura perspectivista de Benjamin. Isso significa dizer que ele se coloca nas fileiras da tradição dos oprimidos e que, do seu ponto de vista, o olhar dos vencidos tem algo a nos ensinar. Segundo Benjamin (1986), a tradição dos oprimidos nos ensina que o estado de exceção se tornou a regra.

É ainda, importante notar a crítica à ideia de progresso (*continuismo histórico*) da visão tradicional dos vencedores, pois, segundo o pensamento benjaminiano, essa ideia é encarada como uma norma histórica pelo fascismo.

Michel Löwy (2005, p. 83) observa:

“Benjamin confronta, aqui, duas concepções de história – com implicações políticas evidentes para o presente: a confortável doutrina ‘progressista’, para a qual o progresso histórico, a evolução das sociedades no sentido de mais democracia, liberdade e paz, é a norma, e aquela que ele afirma ser seu desejo, situada do ponto de vista da tradição dos oprimidos, para a qual a norma, a regra da história é, ao contrário, a opressão, a barbárie, a violência dos vencedores.”

Aqui parece possível reconhecer o elo com o texto sobre a crítica do poder e da violência de 1921, uma vez que a imagem do Estado e, em especial, do estado de exceção está atrelada à concepção liberal do Estado de Direito (forma jurídica), ou seja, de uma ordenação legal.

Neste momento, não é irrazoável reconhecer um diálogo entre Benjamin e Carl Schmitt. Como já mencionado, o primeiro coloca-se nas fileiras da tradição dos oprimidos, enquanto o segundo, no período, talvez seja o representante máximo do arcabouço teórico jurídico-político, vindo a tornar-se o grande jurista do *Reich*, portanto, colocando-se a serviço da tradição dos vencedores. O conceito pelo qual Schmitt (1996) pensa a soberania é justamente a ideia do estado de exceção, tendo este último, por elemento jurídico de essência, a decisão.¹

Segundo Michel Löwy (2005, p. 83), as concepções de Carl Schmitt (tradição dos vencedores) e Benjamin (tradição dos vencidos)

“reagem de maneira diametralmente oposta ao fascismo. Para a primeira, trata-se de uma exceção à regra do progresso, uma ‘regressão’ inexplicável, um parêntese na marcha da humanidade. Para a segunda, a expressão mais recente e mais brutal do ‘estado de exceção permanente’ que é a história da opressão de classe. Sem dúvida, Benjamin foi influenciado pelas ideias de Carl Schmitt em *Politische Theologie* [Teologia Política] (1921) (sic) – uma obra pela qual ele tinha muito interesse – principalmente por sua identificação entre soberania – seja monárquica, ditatorial ou republicana – e estado de exceção: soberano é aquele que tem o poder de decisão no estado de exceção”.

Realmente há uma aproximação respeitosa de Benjamin a Carl Schmitt (DERRIDA, 2007, p. 71); no entanto, parece-nos que ela não passa pelo sentido de reverência ou admiração, mas, sobretudo, pelo fato de Benjamin demarcar uma postura claramente crítica ao pensamento schmittiano quando marca sua posição junto à tradição dos oprimidos. Da leitura da oitava tese sobre o conceito de história, verifica-se a imposição de uma tarefa no sentido da construção do estado de exceção efetivo, ou seja, dentro da perspectiva dos vencidos, o que exige o esforço de obtenção ou mesmo manutenção de uma memória não adquirida por meio da literatura e da historiografia oficial (GAGNEBIN, 1982, p. 67).

Assim, as considerações acerca do debate travado entre Benjamin e Schmitt serão objeto de investigação em momento futuro. As reflexões

¹ Aqui parece digna de nota a perspectiva inteiramente outra em relação à obra de Hans Kelsen. O jurista austríaco inúmeras vezes é identificado por certa concepção da teoria do direito como um dos pensadores que legitimou o estado nazista. Parece equivocada tal concepção, uma vez que Carl Schmitt e Kelsen tiveram um grande enfrentamento teórico em linhas argumentativas opostas, pois o primeiro, como dito, tinha por elemento jurídico a decisão, enquanto o pensador de Viena colocava a norma no centro de sua reflexão.

realizadas nas linhas anteriores apresentam-se como ideias ligadas à concepção perspectivista proposta por Benjamin em sua reflexão sobre o poder e sua relação com o direito.

Sob outro aspecto, Benjamin parece ter compreendido claramente a relação interna existente entre o fascismo e a sociedade capitalista/industrial e seu Estado de Direito; daí sua crítica àqueles que se espantam com o fato de o fascismo ser possível no século XX, alienados que estão pela crença de que o progresso ininterrupto (científico, industrial e técnico) seja incompatível com a barbárie social e política (LÖWY, 2005, p. 85)

Desse modo, apenas mediante uma concepção sem ilusões progressistas é que se pode melhorar a posição dos oprimidos na luta contra o fascismo. A ideia de estado de exceção efetivo é prefigurada por todas as revoltas e sublevações que possam interromper, mesmo que por um breve momento, o cortejo triunfante da tradição dos vencedores (LÖWY, 2005, p. 85).

Segundo Löwy (2005, p. 119), na tese de número quatorze, Benjamin escreve:

“A história é objeto de uma construção, cujo lugar não é formado pelo tempo homogêneo e vazio, mas por aquele saturado pelo tempo-de-agora (jetztzeit). Assim, a antiga Roma era, para Robespierre, um passado carregado de tempo-de-agora, passado que ele fazia explodir do contínuo da história. A Revolução Francesa compreende-se como uma Roma retornada. Ela citava a antiga Roma exatamente como a moda cita um traje do passado. A moda tem faro para o atual, onde quer que este se mova no emaranhado de outrora. Ela é o salto de tigre em direção ao passado. Só que ele ocorre numa arena em que a classe dominante comanda. O mesmo salto sob o céu livre da história é o salto dialético, que Marx compreendeu como sendo a revolução.”

A conexão com a tese de número oito parece estar na apropriação, feita pela tradição dos vencedores, da história como progresso, que fica bem representada no exemplo da Revolução Francesa como contendo ou reavivando no tempo-de-agora a antiga Roma. Aqui há uma tentativa de elaboração de um conceito de história para o estado de exceção efetivo (vencidos), demonstrando-se a tarefa de manutenção de uma memória.

O tempo-de-agora deve estar preenchido pelo antes e o salto de tigre em direção ao passado consiste em salvar a herança dos oprimidos e nela se inspirar para interromper a catástrofe presente (LÖWY, 2005, p. 120).

Segundo Habermas (1990, p. 25), Benjamin:

“Atribui a todas as épocas passadas um horizonte de expectativas insatisfeitas, e ao presente que se orienta para o futuro atribui a tarefa de experimentar em rememoração um passado correspondente de tal modo que possamos satisfazer as expectativas desse passado com a nossa débil

força messiânica. De acordo com essa inversão torna-se possível combinar duas idéias: a convicção de que a continuidade da relação de transmissão cultural pode ser instituída tanto pela barbárie como pela civilização, e a idéia de que cada geração atual é responsável não só pelo destino das gerações futuras como também pelo destino sofrido em inocência pelas gerações passadas.”

Diz ainda o autor da teoria do agir comunicativo:

“O que Benjamin tem em mente é a noção sumamente profana de que o universalismo ético tem também de levar a sério toda a injustiça já cometida e, como é evidente, irreversível; é a noção de que existe uma solidariedade dos que nasceram mais tarde com aqueles que os precederam, com todos aqueles que alguma vez tenham sido por ventura lesados na sua integridade física ou pessoal por ação do Homem, e de que essa solidariedade só pode ser testemunhada e posta em prática através da rememoração. A força libertadora da memória não deve servir aqui, como se verificou desde Hegel até Freud, para resgatar o poder do passado exercido sobre o presente, mas sim para resgatar uma dívida do presente para com o passado” (HABERMAS, 1990, p. 25).

Assim, Benjamin propõe uma filosofia da história que possa dar sentido ao tempo-de-agora. Desse modo, o passado conteria o presente, impedindo o contínuo da história com a ajuda de uma concepção do tempo histórico que o percebe em plenitude, carregado de momentos atuais, inclusive com a tradição dos oprimidos (LÖWY, 2005, p. 120).

Feitas essas considerações a que chamamos preliminares, o esforço agora será no sentido de uma tentativa de compreensão da relação entre poder e direito no texto crítico de 1921.

3. Notas sobre um confronto de perspectivas críticas ao Estado de Direito

Sob o título de heurística do poder, aqui no sentido de uma ideia diretriz, passa-se neste ponto a uma maior aproximação ao texto “*Zur Kritik der Gewalt*” (“Crítica da violência: crítica do poder”), o que se tentará fazer, na medida do possível, considerando-se a outra perspectiva crítica apresentada no item anterior deste artigo, ou seja, o ponto de vista schmittiano. Já se destacou, em outro momento, a dificuldade do texto de Benjamin e, quanto a isso, ressalte-se, mais uma vez, que aqui se tem apenas uma pretensão de leitura do ensaio de 1921, pois, na acepção de Derrida (2007, p. 61), esse texto é inquieto, enigmático e terrivelmente equívoco.

De saída, constata-se a dificuldade do período em que o ensaio foi escrito. Trata-se de um tempo conturbado e de uma Alemanha pós-Primeira Guerra Mundial. Pode-se imaginar a influência que o mal

e a cruza presentes nos atos de uma guerra podem ter sobre os seres humanos, criando efeitos emocionais, bem como obscurecendo entendimentos e discernimentos.

Nesse sentido, a partir da realidade em que está inserido, Benjamin redige o texto que serve de base para a presente análise. Aqui parece oportuno rememorar o debate rapidamente apresentado na primeira parte deste texto, ou seja, a aproximação do pensamento benjaminiano a algumas reflexões de Carl Schmitt, pois alguns autores chegam a falar em certa admiração do filósofo frankfurtiano pelo *Kronjurist* (DERRIDA, 2007, p. 63). Parece possível falar em uma aproximação entre os pensamentos de Benjamin e Schmitt; contudo, tomando-se por base as inscrições da oitava e da décima quarta tese sobre o conceito de história, não é possível falar em tom de admiração, mas sim em um confronto, dado o caráter perspectivista em que o pensamento benjaminiano se coloca. Em outras palavras, o frankfurtiano está claramente criticando a teoria schmittiana dentro da perspectiva da tradição dos oprimidos, representando o jurista conservador a tradição dos vencedores.

Já no início do texto, Benjamin afirma que a tarefa de uma crítica do poder (violência) pode ser definida por meio de suas relações com o direito e com a justiça. Justifica-se tal entendimento, nas palavras de Benjamin (1986, p. 160), da seguinte forma:

“Pois, qualquer que seja o efeito de uma determinada causa, ela só se transforma em violência, no sentido forte da palavra, quando interfere em relações éticas. A esfera de tais relações é designada pelos conceitos de direito e de justiça. Quanto ao primeiro, é evidente que a relação elementar de toda ordem jurídica é a de meios e fins. Posto isso, temos mais dados para a crítica da violência do que talvez pareça. Pois se a violência é um meio, pode parecer que já existe um critério para sua crítica. Tal critério se impõe com a pergunta, se a violência é, em determinados casos, um meio para fins justos e injustos.”

A partir de tal afirmação, Benjamin (1986, p. 160-161) retoma o debate, central na filosofia do direito, entre direito natural e direito positivo; contudo, acrescenta uma visão política à discussão, tendo em vista sua leitura de uma necessária revisitação à teoria do contrato social. Segundo Benjamin (1986, p. 161):

“À tese defendida pelo direito natural, do poder como dado da natureza, se opõe diametralmente a concepção do direito positivo, que considera o poder como algo que se criou historicamente. Se o direito natural pode avaliar qualquer direito existente apenas pela crítica de seus fins, o direito positivo pode avaliar qualquer direito que surja pela crítica de seus meios. Se a justiça é o critério dos fins, a legitimidade é o critério dos meios.”

Assim, o direito natural, na perspectiva benjaminiana, caracteriza o poder como legítimo levando em consideração a esfera dos fins justos, enquanto o direito positivo sustenta a existência de um poder histórico com fundamento ou na busca de critérios para sua legitimação. Benjamin exclui temporariamente o critério dos fins e, portanto, pode-se dizer, a questão da justiça e parece aproximar-se mais da perspectiva do direito positivo quando da análise da relação entre direito e violência, pois a questão central passa a ser a da legitimidade de determinados meios que constituem o poder (BENJAMIN, 1986, p. 161).

No contexto perspectivista da crítica do poder, o critério do direito positivo é apenas avaliado e, nas palavras de Benjamin (1986, p. 161):

“A teoria do direito positivo é aceitável como base hipotética no ponto de partida da investigação, uma vez que estabelece uma distinção básica quanto aos tipos de poder, independentemente dos casos de seu uso. Distingue entre o poder historicamente reconhecido, o chamado poder sancionado, e o não sancionado.”

Nesse momento parece haver uma aproximação da reflexão benjaminiana a um tema que deveria ser muito caro ao constitucionalismo: a teoria do poder constituinte. No entanto, aqui importa lembrar que a perspectiva de Benjamin é a de compreender a relação entre poder/violência e direito sob um viés crítico à ideia liberal de Estado de Direito.

Tal assertiva fica bem demonstrada ao se notar o diálogo de Benjamin com Sorel sobre a questão da greve geral, debate que é perceptível no texto de 1921. Entretanto, ao enfatizar a questão da possibilidade de um poder histórico localizado nas mãos de uma classe de pessoas (oprimidos/trabalhadores), parece que Benjamin está a direcionar seu argumento crítico para

o fascismo e, portanto, para um enfrentamento com Carl Schmitt.

Sob essa óptica, há um confronto crítico perspectivista entre Benjamin e Schmitt acerca do liberalismo e do Estado de Direito. Carl Schmitt concentra sua crítica ao liberalismo e sua forma de Estado de Direito por meio do político, sendo este último o espaço da decisão (SCHMITT, 1996, p. 87). Para o *Kronjurist*, é um grave equívoco pensar o direito apenas como forma normativa, pois a essência do jurídico se concentra na decisão, ou seja, o objeto do direito ou o elemento jurídico central está localizado no processo decisório.

No texto *Teologia Política* (1922), Schmitt (1996) refere-se a uma categoria de decisão política, qual seja a decisão soberana sobre o estado de exceção, pois isto é o que difere a soberania. Parece ser aqui que se apresenta toda a relação entre poder, política e direito na perspectiva schmittiana.

A teoria de Carl Schmitt apresenta-se como uma forte concepção de resistência a toda construção normativista ou ao racionalismo contemporâneo, que pretende compreender o direito dentro de um contexto consensual, podendo tal concepção ser bem representada pelos pensamentos de Rawls, Habermas e Dworkin, por exemplo.

Chantal Mouffe (1992, p. 11) argumenta que:

“Uma tal visão da democracia será capaz de reconhecer que nos domínios da política e do direito, encontramos-nos sempre no campo das relações de poder e que nenhum consenso pode ser estabelecido como resultado de um exercício da razão. Ali onde se encontra o poder, não podemos eliminar a força e a violência. Ainda que se trate da ‘força da persuasão’ ou da ‘violência simbólica.’”

Levando-se em consideração tal diagnóstico e somando-se a isso o processo de desmorona-

mento da vida democrática com a descrença na ação política (MOUFFE, 1992, p. 4), segundo Marilena Chauí (2004b, p. 12):

“Não devemos, portanto, nos admirar com a atual fascinação, à esquerda e à direita, pelas idéias políticas de Carl Schmitt, particularmente o ‘decisionismo’ ou sua concepção de soberania como poder de decisão *ex nihilo* em situações de exceção (isto é, de guerra e de crise).”

O confronto das perspectivas críticas ao Estado de Direito liberal (Benjamin e Schmitt) parece estar centrado na relação entre poder (político) e direito; portanto, na ideia de estado de exceção.

Assim, a análise crítica volta-se agora para a questão da crise do modelo de direito do liberalismo no que se refere ao exercício de direitos com certo potencial reivindicatório, ou seja, da possibilidade de existência de poder fora da esfera de controle do jurídico, como o direito de greve. Desse modo, a análise de Benjamin debruça-se sobre a questão de um poder instituinte do direito e de um poder/violência que o conserva.

Por fim, a concepção do direito de Benjamin parece estar ligada a uma ideia de estruturação jurídica das relações políticas. Portanto, não há que se falar em direito positivo, na concepção kelseniana de uma pureza normativa, e, talvez, seja este o motivo de sua preocupação acerca da relação entre poder/violência e direito.

4. O monopólio jurídico do poder: balanço de uma desconfiança

O ponto nevrálgico do texto de Benjamin talvez seja sua caracterização do poder (violência) em duas frentes conceituais: uma violência fundante e uma violência conservadora do direito. Nas palavras de Benjamin (1986, p. 167):

“Todo poder enquanto meio é ou instituinte ou mantenedor do direito. Não reivindicando nenhum desses dois atributos, renuncia a qualquer validade. Portanto, qualquer poder enquanto meio, mesmo no caso mais favorável, tem a ver com a problemática geral do direito.”

O dualismo apresentado por Benjamin no tocante à essência da relação entre poder e direito mostra-se como uma forte crítica ao Estado de Direito liberal, pois a fundamentação do jurídico estaria vinculada a essa dialética perversa da relação entre o poder (violência) que institui o direito e o poder (violência) que o conserva.

O mal, em sua crueza, está caracterizado no processo dialético da instituição do direito mediante a violência, que, ao que parece, pode ser fundado por meio de movimentos revolucionários, com o estabelecimento

de um novo direito, ou seja, de uma nova ordem jurídica. Contudo, este poder instituinte e sua força vão se apagando, inclusive pelo continuísmo da perspectiva dos vencedores, na medida em que há o reconhecimento de uma espécie de normalidade, garantida por um poder/violência conservador do direito, a fim de que se possa assegurar o monopólio do poder (violência – uso legítimo da força?) pelo jurídico. O exemplo citado por Benjamin, em tom crítico, é o parlamento (BENJAMIN, 1986, p. 167).

Ainda a respeito dos poderes instituinte e mantenedor do direito, Benjamin (1986, p. 172) dirá que:

“A função do poder-violência, na institucionalização do direito, é dupla no sentido de que, por um lado, a institucionalização almeja aquilo que é instituído como direito, como o seu fim, usando a violência como meio; e, por outro lado, no momento da instituição do fim como um direito, não dispensa a violência, mas só agora a transforma, no sentido rigoroso e imediato, num poder instituinte do direito, estabelecendo como direito não um fim livre e independente de violência (*gewalt*), mas um fim necessário e intimamente vinculado a ela, sob o nome de poder (*macht*). A institucionalização do direito é institucionalização do poder e, nesse sentido, um ato de manifestação imediata da violência.”

Partindo do diagnóstico desse dualismo dialético perverso, Benjamin parece propor a existência de um poder (violência) fora do direito, o que ele chama de violência divina e, na perspectiva do mundo, da via poder revolucionário (AGAMBEN, 2004, p. 84), o que romperia com a dialética de dominação do poder instituinte e mantenedor do direito. Para algumas leituras do texto, abertamente interpretações conservadoras, como é o caso de Derrida (2007, p. 89), não é possível a existência de um poder fora do jurídico que venha a romper com o movimento dialético do poder instituinte-conservador, porque a própria violência da instauração do direito deve necessariamente envolver a violência de sua conservação, uma vez que aquilo que é instituído deve ser conservado, pois uma fundação é um promessa e, aqui, talvez estejamos diante da promessa do liberalismo (DERRIDA, 2007, p. 89).

No entanto, segundo Agamben (2004, p. 84), o objetivo do ensaio é garantir a possibilidade de uma violência absolutamente “fora” (*aussehalb*) e “além” (*jenseits*) do direito e que, como tal, poderia quebrar a dialética que funda o direito e a violência que o conserva.

Aqui parece clara a objeção à teoria schmittiana, pois, para o jurista alemão, não é admissível a ideia de um poder fora da esfera da ordem legal vigente. Mesmo a decisão soberana sobre a situação limite está capturada pelo ordenamento jurídico (SCHMITT, 1996, p. 88).

Dessa forma, o monopólio jurídico do poder (violência) está fundamentado em uma desconfiança do direito (ou seja, regulamentação

jurídica das relações políticas) em relação ao poder. Nas palavras de Benjamin (1986, p. 172):

“Este princípio tem uma aplicação de conseqüências muito sérias no direito constitucional. Pois na sua área, o estabelecimento de limites, antecipado pela ‘paz’ de todas as guerras na era mítica, é o arquifenômeno do poder instituinte do direito. Ali fica patente que a função primordial de todo poder instituinte do direito é a garantia do poder em si, muito mais do que a obtenção dos maiores lucros. Onde se estabelecem limites, o adversário não é simplesmente aniquilado, mas concedem-se direitos a ele, mesmo quando o vencedor dispõe do mais amplo poder. De uma maneira demoníaca e ambígua, trata-se de direitos ‘iguais’ para ambas as partes contratantes, é a mesma linha que não pode ser transgredida.”

Há nessa passagem mais uma dura crítica ao Estado de Direito liberal e à sua imagem de decorrência histórica de avanço do processo civilizatório, com sua ideia constitucional de instituição de direitos por dimensões (muitos conquistados a duras penas), bem como pelo reconhecimento primevo de liberdades públicas.

Desse modo, o Estado de Direito consiste na apresentação e conservação de uma dada ordem político-jurídica, sendo o poder (violência) mantenedor do direito um poder (violência) ameaçador (BENJAMIN, 1986, p. 165).

Assim, a desconfiança liberal do direito em relação ao poder (violência) no tocante à dimensão da esfera da regulação da política faz com que se apresente a forma do Estado de Direito para que o jurídico mantenha o poder (violência) sob seu monopólio, pois o que, em suas mãos, garante a ordem, a paz e a segurança, fora da esfera do jurídico, ou seja, nas mãos do indivíduo ou de classes sociais, torna-se uma ameaça à própria ordem jurídica. Sua característica não seria mais de instituição ou conservação do direito, mas de deposição do jurídico, inaugurando, destarte, uma nova época histórica (AGAMEBN, 2004, p. 85).

5. Considerações finais

Diante do que foi dito, constata-se que Benjamin se preocupou com o direito e sua relação com o poder (violência) segundo uma perspectiva de análise crítica da política.

Nesse sentido, Benjamin analisa o debate característico da filosofia do direito entre direito natural e direito positivo a partir do problema do poder e da política.

Dado o contexto histórico em que está inserido, o pensador frankfurtiano adota uma estratégia perspectivista de análise do Estado de Direito liberal a fim de confrontar as teses de Carl Schmitt, também crítico do liberalismo e de sua forma jurídica.

Desse modo, a preocupação de Benjamin e as teses apresentadas em “Crítica da violência: crítica do poder” colocam em choque a perspectiva dos oprimidos e a leitura dos vencedores, inclusive antecipando a ambiguidade da ordem jurídica democrática, tida como uma evolução histórica do processo civilizador. Por fim, oferecem um olhar denunciante da estratégia de manutenção do poder pelo enfraquecimento da ação política individual ou de classes por meio da opressão violenta de perspectivas reivindicatórias e, portanto, emancipatórias, pugnando o pensador alemão para que se atente a uma deposição da cruel dialética do direito por meio de outro uso do jurídico.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

ALVES, Alaôr Caffé. As raízes sociais da filosofia do Direito: uma visão crítica. In: _____ et al. *O que é a filosofia do direito?* São Paulo: Manole, 2004.

ARGÜELLO, Katie. Decisionismo: um confronto entre Max Weber e Carl Schmitt. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 33, p. 65-81, 2000.

BENJAMIN, Walter. Crítica da violência: crítica do poder. In: _____. *Documentos de cultura, documentos de barbárie*. São Paulo: Cultrix, 1986.

_____. Sobre o conceito de história. _____. *Obras escolhidas: magia e técnica, arte e política*. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 2008a.

_____. Teorias do fascismo alemão: sobre a coletânea guerra e guerreiros, editada por Ernst Jünger. In: _____. *Obras escolhidas: magia e técnica, arte e política*. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 2008b.

_____. Experiência e pobreza. In: _____. *Obras escolhidas: magia e técnica, arte e política*. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 2008c.

_____. Franz Kafka: a propósito do décimo aniversário de sua morte. In: _____. *Obras escolhidas: magia e técnica, arte e política*. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 2008d.

_____. *Destino e caráter*. Tradução de João Barrento. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2011.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CHAUÍ, Marilena. Fundamentalismo religioso: a questão do poder teológico político. In: NOVAES, Adauto (Org.). *Civilização e barbárie*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004a.

_____. O retorno do teológico político. In: CARDOSO, Sérgio (Org.). *Retorno ao republicanismo*. Belo Horizonte: UFMG, 2004b.

CHUEIRI, Vera Karam de. Agamben e o estado de exceção como zona de indeterminação entre o político e o jurídico. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Crítica da modernidade: diálogos com o direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DYMETMAN, Annie. Benjamin e Schmitt: uma arqueologia da exceção. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 53, p. 115-134, 2001.

FERRARI, Sônia Campaner Miguel. Walter Benjamin e Carl Schmitt: estado de exceção, soberania e teologia política. *Fragments de cultura*, Goiânia, v. 13, n. Especial, p. 129-141, out. 2003.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Walter Benjamin, a temporalidade e o direito. In: BECKER, Laércio Alexandre; STAUT JÚNIOR, Sérgio Said (Org.). *A escola de Frankfurt no Direito*. Curitiba: EDIBEJ, 1999.

GAGNEBIN, Jean Marie. *Walter Benjamin: os cacós da história*. São Paulo: Brasiliense, 1982.

_____. Teologia e messianismo no pensamento de W. Benjamin. *Estudos avançados*, São Paulo, v. 13, n. 37, p. 191-206, 1999.

GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo. Pequeno dicionário de filosofia contemporânea. São Paulo: Publifolha. 2006.

_____. Notas sobre direito, violência e sacrifício. *Dois pontos*, Curitiba, São Carlos, v. 5, n. 2, p. 33-47, out. 2008a.

_____. Sobre direitos humanos na era da bio-política. *Kriterion*, Belo Horizonte, v. 49, n. 118, p. 267-308, dez. 2008b.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria burguesa*. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

_____. *O discurso filosófico da modernidade*. Tradução de Ana Maria Bernardo e outros. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1990.

_____. A história é parte de nós: por que se concedeu o prêmio da democracia a Daniel J. Goldhagen?. *Textos de História – Revista do Programa de Pós-graduação em História da UnB*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 127-133, 1997.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

HORKHEIMER, Max. *Teoria tradicional e teoria crítica*. Tradução de Afonso Malagodi e Ronaldo Pereira Cunha. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KOZICKI, Katya. A interpretação do Direito e a possibilidade da justiça em Jacques Derrida. FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Crítica da modernidade: diálogos com o Direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

LÖWY, Michael. *Walter Benjamin: aviso de incêndio: um leitura das teses “sobre o conceito de história”*. Tradução de Wanda Nogueira Caldeira Brant, Jeanne Marie Gagnebin, Marcos Lutz Müller. São Paulo: Boitempo, 2005.

MATOS, Olgária Chain Feres. *Benjaminianas: cultura capitalista e fetichismo contemporâneo*. São Paulo: UNESP, 2010.

_____. *A escola de Frankfurt: luzes e sombras do iluminismo*. São Paulo: Moderna, 1993.

MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt. *Revue Française de Science Politique*, Paris, v. 42, n. 1, p. 1-14, 1992. Tradução de Menelick de Carvalho Neto. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/periodicas/cadernos/arquivos/pdfs/02/teoria.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2012.

NEUMANN, Franz. *Estado democrático e estado autoritário*. Tradução de Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

NOBRE, Marcos. *A teoria crítica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

SCHLESENER, Anita Helena. Introdução a Walter Benjamin: o moderno e a história. In: BECKER, Laércio Alexandre; STAUT JÚNIOR, Sérgio Said (Org.). *A escola de Frankfurt no Direito*. Curitiba: EDIBEJ, 1999.

SCHMITT, Carl. Teologia política. Tradução de Inês Lohbauer. In: SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução de Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

WIGGERHAUS, Rolf. *A escola de Frankfurt: história, desenvolvimento teórico e significação política*. Tradução de Lilyane Deroche-Gurgel. 2. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2006.

O problema de uma definição substantiva e transcultural do Direito

Algumas notas sobre a Teoria Sociológica Geral do Direito, de Cláudio Souto

EMMANUEL PEDRO RIBEIRO

MARIANA VIEIRA RIBEIRO

Sumário

1. Introdução. 2. A definição substantiva e transcultural do Direito, de Cláudio Souto. 3. Considerações finais: o problema de uma definição substantiva e transcultural do Direito.

1. Introdução

O presente artigo¹ trata de uma das questões fundamentais de toda a Sociologia do Direito: definir o que vem a ser o Direito. Uma vez definido o Direito segundo uma abordagem sociológica, as demais tarefas da disciplina serão muito mais facilmente trabalhadas, pois o objeto foi precisamente demarcado. Essa definição apresentou-se como a questão fundamental à qual o professor Cláudio Souto se dedicou durante toda a sua vida acadêmica, construindo um caminho próprio, procurando definir o Direito a partir do seu conteúdo, deslocando, portanto, o critério de sua validade, de um procedimentalismo formal, próprio de um Positivismo Jurídico em sua ver-

Emmanuel Pedro Ribeiro é mestre em Sociologia pela UFPB, Campus II. Professor de Sociologia Geral e Jurídica do Departamento de Direito Privado da Universidade Estadual da Paraíba.

Mariana Vieira Ribeiro é acadêmica do terceiro ano do curso de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba.

¹ Este texto foi produzido em março de 2000. Portanto, trata-se de um artigo dotado das possibilidades e limites da época em que foi escrito, sendo mantida sua primeira versão. Assim, é suscetível às críticas advindas de todas as mudanças ocorridas ao longo desse período; ainda, de críticas internas quanto à coerência e daquelas outras produzidas a partir de referenciais teóricos contrastantes, quando se trata de lutas políticas no campo da teoria. Apesar do tempo, o texto toca em questões delicadas e não resolvidas no mundo contemporâneo, situando-se aí sua importância. Devemos ressaltar que o presente artigo só está podendo vir a público e sair da poeira da estante, porque foi retomado pela acadêmica do terceiro ano do curso de Direito, interessada nas pesquisas realizadas na área da Sociologia do Direito.

tente Normativista, para uma tentativa de validar o Direito a partir do seu conteúdo. Certamente, na contramão de todo o pensamento dominante no campo jurídico, pois desde o início do século XIX, passou a predominar o Positivismo Jurídico em sua vertente Legalista, sobretudo, em se tratando de Europa continental. Esse modelo entra em crise no final do século XIX e início do século XX, com as grandes transformações ocorridas na sociedade capitalista e com as conseqüentes críticas produzidas pela nascente Sociologia do Direito. Por outro lado, a perspectiva do Positivismo Jurídico ergue-se, no início dos anos 30 do século XX, com a construção original do grande jurista austríaco, Hans Kelsen (1881-1973), em sua versão Normativista, sendo considerada sua obra um verdadeiro marco na Teoria do Direito, em razão da “genialidade do seu pensamento” (FERRAZ JÚNIOR, 1981, p. 12). Apesar de não se poder mais estudar Teoria do Direito no mundo contemporâneo sem passar pela obra de Kelsen (1984, passim), esta perspectiva também entra em crise a partir de meados do século XX, após a Segunda Grande Guerra Mundial, com o genocídio perpetrado pela Alemanha nazista e as bombas atômicas lançadas em Hiroshima e Nagasaki. Depois de tais acontecimentos, há uma verdadeira reviravolta na Teoria do Direito, com a institucionalização dos Estados democráticos de direito na Europa. Por não se apresentar como objeto da discussão do texto, não cabem maiores prolongamentos sobre o assunto. Todavia, o texto aqui desenvolvido não se limita a assinalar que Cláudio Souto foi o primeiro professor de Sociologia do Direito no Brasil, ao começar a lecioná-la em 1964, no Recife, estado de Pernambuco (SOUTO; SOUTO, 1997b), a indicar a originalidade do seu pensamento; procuraremos sobretudo discutir as premissas epistemológicas da sua Teoria Sociológica Geral do Direito, tentando contribuir com a indicação de algumas críticas.

2. A definição substantiva e transcultural do Direito, de Cláudio Souto

Cláudio Souto tem a preocupação de demarcar da maneira mais precisa possível o campo da investigação do Direito. Podemos situar o seu pensamento a partir dos pressupostos de alguns autores que compõem a Sociologia Clássica do Direito, ou seja, suas construções têm por base três eixos: o pensamento de Émile Durkheim (1858-1917), de Eugen Ehrlich (1862-1922) e de Max Weber (1864-1920). Assinalamos, portanto, que a questão fundamental sobre a qual Cláudio Souto (1997b) se debruçou consistiu em definir “substantivamente” o Direito como fenômeno social. O que significa dizer que todo o seu esforço teórico foi o de construir o objeto da Sociologia do Direito.

A tarefa inicial foi determinar o conteúdo do Direito – segundo Souto (1971), dificultada secular com que se têm deparado juristas, sociólogos e filósofos do Direito. E a pesquisa “Sentimento e Ideia de Justiça” realizada na Universidade de Colônia, na Alemanha, em 1965, teve como objetivo principal “determinar qualitativamente ou substantivamente o conteúdo de algo que possa ser chamado ‘direito vivo’, ou apenas ‘direito’” (SOUTO, 1971, p. 102).

Busca Souto (1971) determinar os elementos constitutivos do Direito como fato social, isto é, especificar a composição social do Direito de maneira a poder distingui-lo como tal de qualquer outro fenômeno social. Tal empreendimento tornou-se possível quando realizado a partir do conteúdo. Foi por meio da pesquisa empírica realizada na Alemanha em 1965, já referida, que o autor, partindo da abstração científica entre o Sentimento e a Ideia de Justiça, chegou à composição do Direito como fato social. Seu ponto de partida foi a criação de um critério geral e atual para o Direito.

Desse modo, diz-nos Souto (1974, p. 120) que, se se busca sem cessar o critério geral e atual da Ciência, para que se possa discernir se uma teoria é ou não é científica, segundo a Ciência atual, também se torna legítimo buscar a construção de um critério geral e atual para o Direito. Essa busca baseia-se na necessidade de saber, de maneira mais rigorosa, se um fenômeno social é ou não é Direito.

Depreende-se que para esse autor, a definição do critério geral e atual para o Direito tem uma importância fundamental na caracterização do fenômeno social chamado Direito. Com efeito, a partir daquela pesquisa, constatou o pesquisador a existência de uma ligação, na realidade social normativa, entre o Sentimento Humano de Justiça e uma Ideia de acordo com os dados da Ciência Atual. E definiu: “o fenômeno jurídico, em suas linhas mais gerais, ainda não específicas, é um fenômeno que associa um imperativo (dever ser) e um conhecimento (ser) – um fenômeno de normação social [...]” (SOUTO, 1978, p. 68).

Então, qual seria afinal a composição do Direito como fato social? Diz-nos Souto (1992, p. 102) em outro lugar que “Direito é o que está de acordo com o Sentimento do Dever Ser e com a Ciência Atual”. Poderíamos então dizer que o fenômeno social do Direito pode ser expresso pela seguinte fórmula: Direito = Sentimento Humano de Justiça + Dados da Ciência Empírica Atual. Para Souto (1992), o Direito caracteriza-se como um fenômeno de valor, um fenômeno normativo, resultado da união entre o imperativo (dever ser = Sentimento de Justiça) com o indicativo (ser = Ideia de Justiça).

Nesse sentido, aponta que o Direito é um dever ser que é porque está na realidade social, no mundo do ser, pois se não fosse não existiria. Para esse autor, o Direito como um fenômeno de valor é apreendido na realidade social como um conhecimento, como um indicativo que é, embora seja um dever ser. Ou seja, a Teoria Científica do Direito extrai, retira da realidade social, do ser social, o conhecimento sobre o Direito (SOUTO, 1978, p. 69).

Apresenta ainda o autor, outro elemento componente do Direito como fato social, o Impulso de Ser. Para Souto (1981), o Impulso de Ser é o elemento infraestrutural do Sentimento de Justiça, e constitui um postulado ético fundamental. Esse Impulso de Ser representa algo muito básico, vinculando-se mesmo à animalidade, inclusive à animalidade humana, significando nada mais nada menos que o Impulso de Conservação do Indivíduo e da Espécie (SOUTO; SOUTO, 1981, p. 106).

Portanto, para Souto é Direito toda apreensão da realidade social móvel e complexa que contenha a seguinte composição: “Impulso de Conservação Individual e da Espécie e Sentimento de Agradabilidade informado por Idéia de acordo com a Ciência Empírica” (SOUTO, 1997b, p. 45).

Constrói um critério geral e atual para o Direito fazendo-o independêr do Estado, tornando possível apreender o Direito em qualquer grupo social. Tomando-se como referência esse critério, segundo ele, pode-se avaliar a juridicidade da normatividade positiva produzida pelo Estado mediante seu órgão competente, segundo os critérios instituídos pela sociedade global, bem como a normatividade instituída por grupos comunitários, assim como em espaços sociais de marginalidade urbana como as favelas, fenômeno surgido no que se denominou países do Terceiro Mundo. Mas o que distingue a favela de muitas outras comunidades pobres que lhe são semelhantes é a ocupação ilegal da terra (PERLMAN, 1977, p. 39-44). De qualquer modo, em qualquer lugar que o Direito possa brotar pode-se aplicar o critério estabelecido por Souto (1978, passim).

Assim, acredita ter descoberto a verdade do Direito ao produzir aquele critério geral. De fato, o que ocorre é a fabricação de uma fórmula. O que isso quer dizer? Significa que o Direito em sua composição social, tomado como “o Impulso de Conservação Individual e da Espécie e de Sentimento de Agradabilidade informado por Ideia de acordo com a Ciência Atual” (SOUTO, 1997a) nada mais é do que uma construção particular, uma fabricação e não algo natural, existente na realidade social e de lá extraído.

A atividade do Souto consiste na elaboração de uma essência para o Direito. Mas ele procura nos convencer de que o conteúdo do Direito, o qual nós já apontamos acima, existe na realidade de forma objetiva, bastando apenas ir lá e aprendê-lo cientificamente a partir dos elementos que uma Teoria Sociológica Geral do Direito apresenta. Tal elaboração teórica sinaliza para a construção de um Direito, “em si”, existente na realidade social. Fica evidenciado que o autor estabelece uma separação entre o sujeito e o objeto, este sendo a realidade social, existente fora, como algo dado e, aquele, como o que o apreende por meio de uma Teoria Científica do Direito.

A preocupação constante diz respeito à produção de um critério que, de uma vez por todas, aponta um conteúdo para o Direito rigorosamente definido, ou, como diria outro autor, “definido para todo o sempre” (ADEODATO, 1996, p. 208). Esse conteúdo constituir-se-ia na verdade desvelada do Direito, pois o Direito não tem nada que ver com poder, com dominação, com força; pelo contrário, sustenta-se na racionalidade de seu conteúdo, na certeza que o conhecimento científico representa.

Assim, com a fórmula elaborada, pode-se, de fato, julgar qualquer padrão normativo, no Ocidente ou no Oriente, independentemente da variação dos valores e da cultura. Onde essa fórmula se encaixar, pode-se dizer que a normatividade é jurídica. Portanto, “o Direito” aí está presente. Baseia-se sua construção numa Ideia de Justiça particular que tem a pretensão de se universalizar. Toda normatividade só é Direito se

for *justa*. Mas o que é *justo* nesta perspectiva? Procurou-se por meio de uma redução teórica tornar “uma a Ideia de Justiça”. Aqui o autor procura livrar-se das Ideias de Justiça baseadas nos jusnaturalismos metafísicos como: 1) a Ideia de Justiça baseada na natureza das coisas; 2) a Ideia de Justiça baseada nos mandamentos divinos; 3) a Ideia de Justiça baseada na natureza humana e nas mais variadas maneiras de defini-la; 4) bem como procurou desvencilhar-se das Ideias de Justiça Social, porque em seu entendimento “n” seriam as suas variações, como também implicaria uma necessária tomada de posição política.

É interessante notar que o autor percebe que cada Ideia de Justiça se constitui em uma “ideia particular”; por conseguinte, cada Direito construído sobre a base de “uma Ideia de Justiça”, será também “particular”. Mesmo assim, opta por tornar uma como sendo “a Ideia de Justiça”. E qual seria? Aquela que se baseia nos Dados da Ciência. Souto percebeu que todas aquelas Ideias de Justiça por nós elencadas acima são ideológicas, apresentam-se como particulares e suscetíveis de confronto, além da contestação pela carência de cientificidade.

Para Souto, se se firmasse o critério do Direito em lastro científico, em conhecimento racional, empiricamente comprovado, assumido como o lugar da verdade, mais difícil seria a contestação, porque se trata da ideia segundo a qual o conhecimento científico é o mais seguro de que se dispõe no momento atual. Nesse sentido, mais fácil seria a universalização da Ideia de Justiça quando baseada em conhecimento científico.

Nessa mesma direção, encontramos o pensamento de José Cláudio Baptista (1993), importante sociólogo do Direito da nossa região, formado na pós-graduação do Recife sob a orientação de Cláudio Souto. Vejamos então o que nos diz aquele autor:

“A nossa hipótese de trabalho é, pois, que o direito consiste substancialmente em um fenômeno social, tudo o mais girando em torno deste núcleo, assim como é nuclear que a água se componha de oxigênio e hidrogênio – até hoje nenhuma experiência provou o contrário [...]” (BAPTISTA, 1993, p. 8).

Em outra passagem, mostra-se bastante enfático: “[...] o direito substancialmente é o mesmo, como realidade transcultural [...]” (BAPTISTA, 1993, p. 12).

O que isso significa? Pretende Baptista (1993) dizer que do ponto de vista do conteúdo do Direito, a fórmula elaborada por Souto é “a fórmula”. Tal como a fórmula da água, acredita verdadeiramente que o Direito se constitui em um fenômeno social substantivo até prova em contrário. Os pressupostos teóricos com os quais trabalha Baptista (1993), o induz a acreditar na existência de uma realidade social situada em oposição ao sujeito, fora deste. Além disso, sua construção aponta para a existência de uma essência dada na realidade social e que um compartimento dessa mesma realidade, corresponde ao Direito. Acredita que a realidade tem uma existência própria, uma ordem interna própria, uma racionalidade que lhe é intrínseca, bastando ao sujeito captá-la. E como fica essa posição cartesiana, própria da modernidade clássica, quando relacionada à guinada introduzida pela Teoria do Conhecimento kantiana?

Ou seja, o Direito seria o Sentimento Humano de Justiça unido a Dados da Ciência Atual e que o Sentimento teria como elemento infraestrutural o Impulso de Ser. Esta seria a essência do Direito, o seu núcleo fundamental e tudo giraria em torno dele. E como diz Baptista (1993, p. 12): “a dificuldade é que poucos chegaram a compreender a fundo o que o Direito substancialmente é”. Poucos descobriram a verdade do Direito, poucos desvelaram a realidade verdadeira do Direito – essa é sua constatação.

Mas, como outros poderiam tê-la atingido, se a fórmula do Direito, acima exposta, foi uma invenção particular, uma construção produzida por Cláudio Souto?

Para essa perspectiva, histórica e transculturalmente, o Direito substancialmente é o mesmo. O que ocorre é a atualização dos dados científicos. Acreditam muito no conhecimento científico como o mais seguro, o mais desideologizado, o menos preconceituoso, o mais objetivo, como se o pesquisador não se equivocasse, nem fizesse seleções do material que vai utilizar. E os modelos teóricos que forçam a seleção do material e desprezam o que neles não se encaixam? Seria a ciência o estudo do que é ou do que deve ser segundo o modelo teórico utilizado?

3. Considerações finais: o problema de uma definição substantiva e transcultural do Direito

Na perspectiva de Souto, pode ser considerado Direito o ordenamento normativo de um país como o Irã e como o de todos os outros onde predomina a religião islâmica, cujo regime aplica a Lei do Corão a todos os aspectos da vida do povo? Teria conteúdo de Direito a norma segundo a qual a mulher que saia de casa sem véu apanha de chicote, como acontece na Arábia Saudita? Ou ainda, que as mulheres adúlteras são executadas mediante apedrejamento, como no Afeganistão? A proibição do corte da barba, de música e de as mulheres trabalharem fora de casa pode ser chamada de Direito? (KLINTOWITZ, 2000, p. 44-51).

Certamente, a partir dos elementos constitutivos do Direito como fato social, já apresentados acima, os comandos normativos de países cujo fundamento, do Estado e do Direito, é teocrático não teria juridicidade alguma, porque não teriam a informação científica para

lastrear a normatividade e sim conhecimento metacientífico, conhecimento religioso.

Ou seja, prevaleceria a racionalidade da ciência sobre a cultura e os valores aceitos pelos povos daqueles países? Porque, de fato, no Irã, único país absolutamente teocrático, e nos demais países já citados, aquelas normas são válidas e aplicadas como Direito. Trata-se aqui de culturas diferenciadas e de valores heterogêneos que embasam o Direito em países ocidentais e orientais, apesar das influências recíprocas num mundo globalizado. O que, então, pode ou deve ser considerado como legítimo, como válido do ponto de vista do Direito? Como fica o confronto entre os dados da Ciência ocidental e a heterogeneidade dos valores de culturas bem diferenciadas? Já temos uma resposta consensual para questões como essas no mundo contemporâneo? Já temos uma resposta exata para os problemas acima colocados?

Sobre o conhecimento produzido pela Ciência, vejamos o que nos diz Baptista: “[...] cremos, para clareza de compreensão que podemos chamar de certos os conhecimentos de acordo com a ciência empírica; errados os que são a esta contrários ou contraditórios [...]” (BAPTISTA, 1993, p. 12). O autor, nessa passagem, assume uma postura teórica que atribui superioridade ao saber científico, quando relacionado com os saberes sujeitados, assim denominados por serem tidos como não conceituais, como não produzidos por meio de um método racional; por isso mesmo, são desqualificados como ingênuos, inferiores, considerados abaixo do nível do conhecimento, saberes que no confronto histórico não foram vencedores e, assim, tornaram-se dominados e nomeados por aqueles; são denominados inferiores por aqueles que detêm o monopólio da produção do conhecimento científico tido como o lugar da razão e da verdade – por isso mesmo, recebe o título de conhecimento (FOUCAULT, 1999, p. 3-26).

De um conhecimento que se valida a si mesmo, porque não há um critério externo a ele para atribuir-lhe legitimidade, não existe uma instância externa à própria comunidade daqueles que fazem Ciência para criar as regras de como produzi-la. O valor que a própria Ciência tem em nossas sociedades ocidentais por si só justifica sua existência, situando-se, em seu interior, o órgão encarregado de estabelecer sua regulação.

De modo que os saberes vencedores inscrevem nos vencidos o título de inferiores. E assim passam a ser vistos socialmente, como saberes descredenciados, como saberes sem força explicativa alguma. Exemplificando: que valor teria o saber de um morador de uma favela brasileira sobre um tipo de Direito que no interior dela funciona como tal? Nenhum. Porém, se tal saber destituído de valor, visto como desqualificado, caracterizado como insuficiente, for apropriado por uma teoria científica segundo suas regras de produção, a situação é outra (FOUCAULT, 1999, p. 3-26).

Há uma postura que acredita na existência de uma verdade em germe que se tem construído historicamente. Um conhecimento científico novo, cada vez mais ampliado, em que o anterior vai sendo continuamente subsumido no posterior. Nessa linha de pensamento, não se enxergam rupturas, descontinuidades; pelo contrário, tão somente uma linha reta rumo a um esclarecimento cada vez maior, em direção a um crescente desvelamento do mundo e da vida social.

A proposta que analisamos universaliza o Direito tomando-se como ponto de partida o Conhecimento científico que passa a fazer parte do conteúdo das normas jurídicas. Tal fato sustenta a validade universal e transcultural desse Direito, podendo-se fazer valer sua superioridade sobre os valores e culturas diferenciadas, que, por isso mesmo, produzem Direitos distintos.

Diante da pretensão de Souto de criar um critério que aponte para uma outra forma de ler o fenômeno jurídico, ele o separa de qualquer vinculação com o poder, com a força, com a dominação. As construções de Cláudio Souto, seguidas por Baptista (1993), substituem o Estado e a sua legalidade como critério do que seja Direito pela Informação Científica unida ao Sentimento Humano de Justiça.

Assim, a sociedade moderna ocidental tomou como critério de legitimidade do Direito, em um primeiro momento, a vontade da maioria, elaboração própria do século XIX, de um Positivismo Jurídico Legalista, bem representado na Europa continental pela Escola da Exegese (BOBBIO, 1995, p. 78-89). Até meados do século XX, o critério de legitimidade do Direito é deslocado, segundo o Positivismo Jurídico Normativista instituído pelo jurista Kelsen (1984, 1998), da base política da vontade da maioria, para um critério estritamente jurídico, tão-só formal. O que significa que norma jurídica válida é aquela produzida e aplicada segundo as regras

estabelecidas pelo próprio sistema jurídico que, por sua vez, retira seu fundamento de validade, segundo Kelsen, de uma norma fundamental (ADEODATO, 1989, p. 61-64).

Por outro lado, o Positivismo Jurídico Realista, fazendo sua crítica ao Normativismo, desloca o critério de legitimidade do Direito para aquele que se baseia na efetividade das regras do sistema jurídico. De um lado, é Direito o que o juiz diz que é na decisão do caso concreto; por outro lado, é legítimo o Direito a que se obedece, não interessando as razões de sua observância, bastando sua obediência (ADEODATO, 1989, p. 64-76).

Ainda é preciso levar em consideração todas as transformações no critério de legitimidade do Direito depois dos anos 50 do século XX, tendo como base todos os acontecimentos históricos que se situam na base dessa mudança, relatados sucintamente na introdução do presente trabalho, que desembocaram na reconstrução do valor dos Direitos Humanos (LAFER, 1988, *passim*), tomando como fundamento a ideia, positivada, da dignidade da pessoa humana, como se mostra na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e com a institucionalização dos Estados Democráticos de Direito na Europa. Sem a necessidade de nos demorarmos nesses pontos porque fogem, como já dito, aos propósitos do artigo.

Cláudio Souto (1971, *passim*) foi o primeiro autor com o qual nos deparamos no campo da Sociologia do Direito; não resta dúvida de que ele inaugura uma perspectiva nova na disciplina; não se limita a resenhar teorias; não elabora manuais da disciplina reproduzindo os mesmos temas a partir de um diálogo entre autores, limitando-se a simples exposições dos mesmos.

Desse modo, sua Teoria Sociológica Geral do Direito tem os méritos daqueles que trilham caminhos próprios; trabalha os vários temas da Sociologia do Direito confrontando sempre os

autores com os quais sua Teoria dialoga; elabora uma crítica responsável e rigorosa, a partir do seu incansável trabalho de demarcar da forma mais precisa possível o objeto da Sociologia do Direito; toma sua definição do Direito como o ponto de partida para a exposição de todos os temas relevantes da disciplina; tal como Émile Durkheim (1858-1917) foi o primeiro professor de Sociologia como disciplina acadêmica, Cláudio Souto (1931-) o foi como professor de Sociologia do Direito na Universidade brasileira, mais especificamente, no Recife, conforme já citado acima; fato que não é de surpreender, pois os primeiros cursos de Direito, no Brasil, foram implantados em 1827, um em São Paulo e outro em Recife (transferido de Olinda, em 1854); formando aquela que ficou conhecida como Escola do Recife, a partir de 1870, constituída por um grupo de intelectuais eruditos, ilustrados, que introduziram na cultura brasileira o que de mais novo se produzia na Europa, sobretudo na Alemanha, tornando-se num verdadeiro centro produtor de ideias que ultrapassaria os limites regionais (WOLKMER, 1998, p. 80-82). Portanto, Cláudio Souto, como herdeiro dessa tradição, a ela fez jus em sua trajetória acadêmica, sobretudo pelo conjunto de sua obra.

Todavia, a despeito de todos os méritos elencados, como demonstramos, sua teoria é passível de críticas como as feitas neste trabalho, sempre no sentido de tornar relevante o debate acadêmico, o debate sério no campo das ideias. Analisado por esse prisma, este trabalho cumpriu a sua finalidade.

Referências

ADEODATO, João Maurício. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

_____. *Filosofia do Direito*: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 1996.

BAPTISTA, José Cláudio. *Dogmatismo jurídico em análise crítica*. João Pessoa: Empório dos Livros, 1993.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Por quê ler Kelsen, hoje. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 73, ano II, p.12-13, 01 nov. 1981.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*: curso no Collège de France (1975-1976). Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLINTOWITZ, Jaime. Sob o manto do fanatismo. *VEJA*, São Paulo, p. 44-51, 01 mar. 2000.

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

PERLMAN, Janice. *O mito da marginalidade*: favelas e política no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

SOUTO, Cláudio. *Da inexistência científico-conceitual do Direito Comparado*: conceituação do indagar comparativo mais específico da Ciência do Direito. Recife: [S.n.], 1956.

_____. *Da irrealidade jurídico-definitiva do Direito Natural*: nova visualização do fenômeno jusnaturalista. Recife: Imprensa Universitária, 1958-1960.

_____. *As imunidades parlamentares*. Recife: Imprensa Universitária, 1962.

_____. *Introdução crítica ao Direito Internacional Privado*. Recife: Imprensa Universitária, 1964.

_____. *Fundamentos da sociologia jurídica*. Recife: Imprensa Universitária, 1968.

_____. *Introdução ao Direito como ciência social*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1971.

_____. *Teoria sociológica geral*. Porto Alegre: Globo, 1974.

_____. *Teoria sociológica do Direito e prática forense*. Porto Alegre: SAFE, 1978.

_____. *Allgemeinste wissenschaftliche Grundlagen des Sozialen*. Wiesbaden: Franz F. Steiner, 1984.

_____. *O que é pensar sociologicamente*. São Paulo: EPU, 1987.

_____. *Ciência e ética no Direito*: uma alternativa de modernidade. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1992.

_____. *Tempo do Direito alternativo*: uma fundamentação substantiva. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1997.

_____; SOUTO. *Tempo do Direito alternativo*: uma fundamentação substantiva. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1997a.

_____; _____. *Sociologia do Direito*: uma visão substantiva. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1997b.

_____; _____. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1981.

_____; _____. *A explicação sociológica*: uma introdução a sociologia. São Paulo: EPU, 1985.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

Contratos de cooperação tecnológica e inovação

Uma análise a partir do Direito como integridade e identidade

MARCOS VINICIO CHEIN FERES
JULIANA MARTINS DE SÁ MÜLLER
LUDMILA ESTEVES OLIVEIRA

Sumário

1. Introdução. 2. O Direito como identidade. 3. Do sistema de inovação aos contratos de cooperação tecnológica. 4. Contratos de cooperação tecnológica e os desígnios da comunidade personificada. 5. A necessidade de reconstrução dos CCT: breve estudo de caso. 6. Conclusão.

Marcos Vinicio Chein Feres é doutor e mestre em Direito Econômico pela UFMG. Professor associado e diretor da Faculdade de Direito da UFJF. Bolsista de Produtividade PQ 2 do CNPq.

Juliana Martins de Sá Müller é graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora e bolsista de Apoio Técnico II da Fapemig.

Ludmila Esteves Oliveira é bolsista de iniciação científica – Probioc/Fapemig.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 determina que os inventos industriais tenham em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. Dessa forma, um elemento essencial para que se atinjam esses objetivos é a inovação, vista como um exercício de acréscimo de conhecimento novo a dado produto, tornando-o mais competitivo no mercado, e tida também como um fenômeno, sendo este sistêmico e interativo (CASSIOLATO; LASTRES, 2005, p. 37).

Partindo de tais premissas, este trabalho¹ propõe-se a responder à questão de como os contratos de cooperação tecnológica (CCT) podem aperfeiçoar o sistema da inovação, conciliando o interesse de exploração econômica do agente privado, os direitos do inventor e o papel das Instituições Científicas e Tecnológicas (ICT) com o desenvolvimento nacional,

¹ Este trabalho tem apoio financeiro da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (Fapemig) e do CNPq.

estipulado pela lei. Objetiva-se entender o contrato de cooperação tecnológica como um instrumento jurídico apto a aperfeiçoar a relação entre os três agentes dentro do sistema de inovação e a promover uma reconstrução crítica de tal instituto com base nos ideais de integridade e identidade.

O marco teórico utilizado para discutir tal questão é a teoria do direito como integridade, de Ronald Dworkin (2007), aliada à teoria da identidade do *self*, de Charles Taylor (2011). Em sua obra, Dworkin (2007) define o Direito como uma prática, uma atitude argumentativa, devendo ele ser íntegro tanto na criação como na aplicação das leis. A integridade é tida como fonte de Direito, envolvendo três requisitos: a equidade, a justiça e o devido processo legal adjetivo – e esses os princípios que devem pautar uma comunidade fraterna. Cabe ressaltar que, para a concretização desses princípios, exige-se um elevado nível de comprometimento moral, demandando, portanto, para sua consubstanciação, um referencial moral institucional. Assim, para conceber o referencial teórico, a integridade dworkiniana deve ser complementada por conceitos taylorianos. Taylor (2011) lança mão de uma forte crítica aos naturalistas e utilitaristas e busca traçar a construção moral da identidade no Ocidente para definir a identidade moderna. Destaca-se ainda que a identidade tayloriana somente se faz entender por meio dos *selves*, seu agir voltado para o bem e sua interação dentro das redes de interlocução, pautados, principalmente, nas noções de respeito atitudinal e avaliações fortes.

A utilização do direito como integridade e identidade é necessária, pois, somente com base nessa definição, é possível a constituição do sistema analítico de conceitos a partir do qual se discutirá a relação entre o agente privado e seu interesse de exploração econômica, os direitos do inventor e o papel das ICT com o desenvolvimento nacional. Além disso, é sob tal ótica que será reconstruído criticamente o instituto do contrato de cooperação tecnológica em que tais agentes se inserem.

Adota-se como estratégia metodológica uma pesquisa qualitativa fundada em traços de significação (*unobtrusive research*), segundo Babbie (2000). Para tanto, é utilizado o método de análise de conteúdo e, a partir dos objetivos inicialmente traçados, procura-se constituir um sistema analítico de conceitos os quais servem de base para analisar, com precisão, textos teóricos, o ordenamento jurídico brasileiro, o instituto dos contratos de cooperação tecnológica e o contrato fático que será analisado. É nesse sentido que se procura discutir a tensão entre os interesses dos agentes inseridos no CCT.

A tensão entre o interesse de exploração econômica do agente privado, o direito fundamental do inventor de ser reconhecido como titular da patente e o papel das Instituições Científicas e Tecnológicas, muitas vezes, impede que o CCT alcance os objetivos cunhados pela Constitui-

ção Federal, notadamente o interesse social e o desenvolvimento econômico e tecnológico. Dessa forma, para a melhor articulação do sistema de inovação em que esses agentes estão inseridos e a concretização dos propósitos citados, é necessário reconstruir criticamente os contratos de cooperação tecnológica com vistas ao direito como integridade voltado para uma moral substantiva. Somente por esse prisma poder-se-á atenuar a tensão nessa relação, a qual impede um desempenho de inovação ótimo, visto que a inovação é um fenômeno sistêmico e interativo, dependente direto da cooperação entre os agentes envolvidos.

Este trabalho é relevante dada a importância do assunto para o desenvolvimento de inovação no Brasil e também por se utilizar de uma ótica que agrega elementos zetéticos a uma questão dogmática, tendo em vista o emprego de uma teoria moral como base para a análise dos CCT. Destaca-se também que uma das unidades de investigação é um caso concreto, evidenciando que teoria e prática jurídicas não estão dissociadas.

A fim de abordar com clareza todo o exposto, o presente trabalho será dividido em quatro partes. Num primeiro momento, será traçado o referencial teórico e a metodologia utilizada, que servirão de norte a todas as análises feitas. Posteriormente, serão empreendidos esforços em torno da conceituação do sistema de inovação e da compreensão do instituto do contrato de cooperação tecnológica, observando suas finalidades e os agentes inovadores nele inseridos e seus interesses. Em seguida, enfatizar-se-á a importância da cooperação tecnológica e da relação entre seus agentes para aproximar o mundo acadêmico, o laboratório de pesquisa e o mercado, otimizando o sistema de inovação e promovendo os valores da comunidade personificada. Enfim, a análise de conteúdo continua com a abordagem de um caso utilizado como estratégia argumentativa, seguido pela conclusão do trabalho.

2. O Direito como identidade

O Direito como integridade, ideal desenvolvido por Ronald Dworkin (2007), complementado pela noção de identidade tayloriana resulta no marco teórico desse trabalho: o direito como identidade. A fim de que se compreenda esse referencial teórico que forma o sistema analítico de conceitos que respaldará todo o estudo, devem-se destacar alguns pontos de ambas as teorias.

Dworkin (2007), em sua obra “O império do direito”, constrói a teoria do direito como integridade. Ao criticar o convencionalismo e o pragmatismo, o autor expõe a concepção do Direito como integridade, fundada na ideia de construção do Direito. É crucial no desenvolvimento dessa ideia o conceito de interpretação, sendo esta, por natureza, o relato de um propósito, ou seja, a proposta de uma forma de ver aquilo que é interpretado (DWORKIN, 2007, p. 71); isso porque o Direito como integridade busca, argumentativamente, baseando-se numa interpretação construtiva, aplicar as normas do direito positivo às situações fáticas, norteando-se não só por regras mas também por princípios, almejando dar a melhor solução aos problemas.

O autor vale-se de uma análise interna, abordando a perspectiva do aplicador do Direito. Assim, acaba por definir o Direito como uma prática, uma atitude interpretativo-argumentativa, a qual se deve pautar pelos princípios definidos pela comunidade personificada. Essa comunidade, ente moralmente autônomo, tem identidade própria diferente dos sujeitos que a compõem, consagrando-se antes do próprio indivíduo. É, portanto, um ente formador de princípios e valores. Nesse sentido deve o Estado² refletir e respeitar tais princípios.

² Para uma noção mais profunda do Estado sob esse prisma, ver Feres e Mendes (2011). Por ora, tem-se o Estado

Dessa forma, em seu objetivo de coerência de princípios, a integridade é necessária na criação e na aplicação das leis. Faz-se imprescindível na criação, pois, tendo a integridade como fonte de Direito, criar um Direito íntegro é criar um Direito de acordo com os princípios que emanam da comunidade personificada. A lógica da integridade como método de aplicação das leis segue na mesma direção, uma vez que uma decisão íntegra é aquela pautada pelos princípios que emanam da comunidade personificada.

Nesse cenário, para a concretização dos valores e princípios emanados da comunidade personificada inseridos na Constituição Federal, é necessário distinguir questões de política e questões de princípio. As questões de política, mesmo devendo guardar consonância com os princípios jurídicos que lhe conferem fundamento, são questões que se caracterizam por um padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado em algum aspecto da sociedade, enquanto as questões de princípio são aquelas que seguem um padrão que deve ser observado por exigência de alguma dimensão moral (DWORKIN, 2002). Desse modo, os princípios demandam decisões a serem tomadas de acordo com a comunidade personificada, que é o ente moral ao qual se deve relacionar, pois é a partir da assunção de seus valores que as decisões tomadas se tornam mais justas e equânimes.

Ainda no que concerne à integridade, ela é uma fonte de Direito que demanda três requisitos a sua constituição: a equidade, a justiça e o devido processo legal adjetivo³. A equidade envolve as escolhas políticas, ao passo que a

justiça trata das consequências dessas escolhas e o devido processo legal adjetivo apresenta o viés procedimental por trás delas. Para a concretização desses princípios atinentes ao ideal de integridade, principalmente a equidade e a justiça, é necessário um elevado nível de comprometimento moral, visto que todos eles decorrem de um processo valorativo de escolhas realizadas dentro de um contexto comunitário passível de ser universalizado. Demandam, portanto, uma baliza moral institucional, razão por que é essencial a utilização da teoria da identidade do *self* de Charles Taylor (2011) a fim de que se atribua coerência às diversas escolhas realizadas pelos agentes públicos no exercício das atividades administrativa, legislativa e jurisdicional.

Dessa forma, é necessário que a teoria do direito como integridade de Dworkin (2002, 2007) seja complementada pelos conceitos taylorianos, que trarão essa referência moral requerida. Em sua obra “As fontes do *self*”, Taylor (2011) busca traçar a construção moral da identidade moderna no Ocidente. Para tal, perfaz a trajetória dessa construção, descrevendo a verdadeira gênese da identidade moderna. Na busca de afirmar sua teoria, Taylor (2011) critica a racionalidade instrumental e a moral convencional, fazendo também forte crítica aos naturalistas e utilitaristas. Quanto àqueles, o que motiva a crítica aos naturalistas é o fato de negarem as configurações, ou seja, as distinções qualitativas que visam ao sentido da vida; já quanto aos utilitaristas ela se deve ao fato de que, apesar de admitirem as configurações, eles vivem em um horizonte moral que não conseguem explicar ou definir.

As configurações influem diretamente na ideia de identidade tayloriana, pois esta se define como horizonte dentro do qual os *selves* são capazes de tomar decisões, fazer distinções qualitativas de valor, e se desenvolve de acordo com natureza do bem que deve orientar o agir do *self*. Assim, a identidade tayloriana somente entende

“como resultado da própria comunidade personificada que lhe confia a responsabilidade de gerir a construção valorativa do justo de forma íntegra” (FERES; MENDES, 2011).

³ Dworkin (2007, p. 200) define-os, respectivamente, como “os ideais de uma estrutura política imparcial, uma justa distribuição de recursos e oportunidades e um processo equitativo de fazer vigorar as regras e os regulamentos que os estabelecem”.

por meio dos *selves*, seu agir voltado para o bem e sua interação articulada dentro das redes de interlocução em que se inserem, uma vez que, nas palavras de Taylor (2011), “descobrimos o sentido da vida articulando-o”.

A formação da identidade do sujeito ocorre ao longo de um processo que demanda do *self* distinções qualitativas de valor ao realizar, diariamente, suas escolhas morais por meio de avaliações fortes⁴. Outro elemento essencial nesse processo é o respeito atitudinal, que Taylor (2011) também denomina de respeito ativo, que consiste no ato de pensar o melhor de alguém ou, até mesmo, admirá-lo de modo a tornar efetiva a construção do bem na vida cotidiana dos indivíduos.

A identidade é o que permite ao *self* realizar avaliações fortes, sempre num horizonte voltado para o bem. Há ainda a ideia de que a individualidade está voltada para a identidade, assim como a moralidade está voltada para o bem. Infere-se, por conseguinte, que o *self* parte do bem e para o bem. Há que se observar, então, que nesse cenário a vida é uma narrativa que se volta para o bem.

A ideia de vida em narrativa desenvolvida por Taylor (2011) é análoga à ideia do Direito sendo construído como num romance em cadeia, como define Dworkin (2007). Essa noção deve-se ao fato de que o Direito está sempre sendo construído: cada intérprete, sem deixar de lado a coerência, analisa o direito preexistente, acrescenta algo derivado de sua interpretação e permite que ele siga adiante. Assim, o Direito é uma narrativa voltada para a integridade da mesma forma que a vida é uma narrativa voltada para o bem.

Há outro importante ponto de intersecção entre as duas teorias, o qual passa pelo conceito de redes de interlocução. A rede de interlocução é o *locus* em que os *selves* se inserem e onde há a interação entre eles. É o espaço moral que permite que se desenvolva a articulação e ao qual os *selves* devem se referenciar. Assim, tem-se a comunidade personificada dworkiniana como rede de interlocução por excelência.

Destaca-se ainda a complementaridade das duas teorias, no sentido de que Taylor (2011) indica a moralidade para a qual esse aplicador se deve voltar, ao passo que Dworkin (2002, 2007) se centra no aplicador do Direito. A interpretação do direito, nesse sentido, deve estar voltada para o bem, obedecendo aos desígnios da comunidade personificada, podendo-se dizer que tais desígnios são frutos de avaliações fortes e que essa comunidade é a rede de interlocução em que o intérprete está inserido. Na verdade, a partir das distinções qualitativas dos *selves* determinam-se os princípios da comunidade personificada, os quais serão fontes de direito.

⁴ Taylor (2011, p. 10), a respeito das avaliações fortes, afirma: “envolvem discriminações acerca do certo ou errado, melhor ou pior, mais elevado ou menos elevado, que são validadas por nossos desejos, inclinações ou escolhas, mas existem independentemente destes e oferecem padrões pelos quais podem ser julgados”.

O pressuposto metodológico deste trabalho consiste na análise de conteúdo, adotando como procedimento a pesquisa qualitativa fundada em traços de significação (*unobtrusive research*), conforme Babbie (2000). Tais traços são extraídos dessa ideia de Direito como identidade, resultado da teoria do Direito como integridade de Dworkin (2002, 2007) aliada à teoria tayloriana da formação da identidade do *self*. Realiza-se, portanto, uma pesquisa de análise de conteúdo, a qual se baseia na técnica de documentação indireta, ou seja, utiliza-se da revisão de literatura empregada, por meio de pesquisa bibliográfica e documental.

A necessária interação teórica entre integridade e identidade valida um diferencial teórico que serve de fundamento à prática construtiva e interpretativa do direito, assim como, mais especificamente, a uma interpretação construtiva e reconstrução crítica do instituto do contrato de cooperação tecnológica. A partir dos objetivos inicialmente traçados, constitui-se um sistema analítico de conceitos basilar para a análise do ordenamento jurídico brasileiro e de textos teóricos relacionados à propriedade intelectual, obtendo-se, assim, conceitos passíveis de serem aplicados a uma interpretação construtiva e reflexiva do instituto do contrato de cooperação tecnológica.

Além disso, faz-se uso de um caso concreto de contrato de cooperação tecnológica como estratégia argumentativa para fundamentar a hipótese levantada. Para isso, estudou-se o contrato de cooperação tecnológico celebrado entre pesquisadores da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), a própria Universidade, na figura da ICT, e uma empresa privada. Além disso, utiliza-se de uma entrevista realizada com um dos pesquisadores, a fim de analisar as facilidades e os entraves nessa interação.

A teoria de Dworkin (2002, 2007) devidamente complementada pelos conceitos taylorianos de respeito atitudinal, avaliações fortes e construção moral da identidade, possibilita o desenvolvimento de um sistema analítico de conceitos, a partir do qual será possível discutir e reconstruir a interação dos três entes no CCT, em busca de um desempenho de inovação ótimo. Dessa forma, a ICT, o pesquisador e a empresa, ao elaborarem os contratos de cooperação tecnológica no contexto do sistema de inovação, devem se pautar nos ideais do direito como identidade, de modo a se respeitarem mutuamente e a observarem os postulados da comunidade personificada expressos na Constituição da República.

3. Do sistema de inovação aos contratos de cooperação tecnológica

Quando se trata de inovação, deve-se observar o alerta de Freeman (1982 apud PLONSKI, 2005, p. 27), que diz que um dos principais en-

traves à gestão da inovação é a variedade de entendimentos acerca desse termo; assim, é importante defini-lo. A partir daí, o autor define inovação como “processo de tornar oportunidades em novas idéias e colocar estas em prática de uso extensivo”. Nesse sentido, segue Plonski (2005, p. 27):

“inovação é um fenômeno marcadamente socioeconômico, que envolve mudanças e empreendedorismo. E não, como muitos supõem, uma ocorrência de caráter predominantemente técnico e necessariamente decorrente de avanços singulares das ciências experimentais.”

Ao final da década de 80 e início da década de 90, ganha relevância o entendimento da inovação como sistema, tendo em vista o destaque dado à inovação para o desenvolvimento nacional, tanto pelo meio acadêmico como por instituições como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). A inovação é entendida, então, como um “fenômeno sistêmico e interativo” (CASSIOLATO; LASTRES, 2005, p. 37), que se caracteriza por diferentes tipos de cooperação. A partir daí, tem-se o sistema de inovação como: “os ambientes nacionais ou locais onde os desenvolvimentos organizacionais e institucionais produzem condições que permitem o crescimento de mecanismos interativos nos quais a inovação e a difusão de tecnologia se baseiam” (OCDE, 1992, p. 238 apud CASSIOLATO; LASTRES, 2005, p. 37).

Passa a se considerar, portanto, não apenas a inovação, mas mais ainda o sistema inovador, o qual une um conjunto de instituições distintas com vistas ao conhecimento, ao aprendizado e à interatividade, que afetam diretamente a capacidade inovadora de um determinado país, região ou setor. Dessa forma, o desempenho de inovação não depende mais de empresas e instituições de ensino isoladamente, mas sim, e principalmente, de como elas interagem não apenas entre si, como também com outros atores inseridos nesse sistema. Entende-se, por conseguinte, que o desenvolvimento de um país ou região está ligado à sua capacidade inovadora, que passa a ser vista como o resultado dessas relações entre atores econômicos, políticos e sociais, refletindo condições culturais e institucionais próprias.

Para a efetividade dessa interação, base geradora de inovação, foram desenvolvidas várias ferramentas visando a uma maior aproximação entre os atores inovadores, especificamente as empresas e as ICT. A partir daí, tem-se a cooperação tecnológica como uma ferramenta de integração dos agentes no sistema de inovação. Essa cooperação tecnológica e os modelos pelos quais se executa são espécies da denominada transferência de tecnologia, compreendida como interação que, segundo o Ato Normativo do INPI nº 135, de 1997, se processa a partir de licenciamento de direitos (exploração de patentes ou uso de marcas) ou de aquisição de conhecimentos tecno-

lógicos (fornecimento de tecnologia e prestação de serviços de assistência técnica e científica).

O contrato de cooperação tecnológica em si é um modelo jurídico contratual marcado pela contribuição conjunta dos contratantes, de forma que, apesar de a atuação de cada um destes apresentar naturezas completamente distintas, a empresa voltada aos seus interesses privados e a ICT vinculada ao domínio público deverão empreender esforços para a obtenção de um fim comum – a inovação. Assim, em meio à parceria para a realização de atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica, unem-se os parceiros em torno de um interesse comum, a produção de ambiente propício à criação de produtos e processos inovadores.

Conforme prescrito naquele Ato Normativo do INPI⁵, é importante que o instrumento contratual contenha, especificamente, as estratégias de ação esperadas de cada contratante, na medida em que aquele deve funcionar como um elemento que organize a complementaridade estrutural e funcional dos parceiros, permitindo-lhes obter, como contrapartida à sua adequada contribuição, os frutos decorrentes da inovação produzida, quais sejam, os rendimentos do produto patenteadado, por exemplo. O CCT, assim, é o elemento normativo que guia a relação entre ICT e empresa.

Nesse cenário, cabe ressaltar que dentro desses contratos estão inseridos, em sua maioria, três agentes – a ICT, o inventor com sua equipe e a empresa –, sendo todos eles importantes figuras do sistema de inovação. Cada um deles tem um papel diferente dentro do CCT, advindo da sua natureza específica, o que leva a distintas motivações para ingressar na parceria em questão.

⁵ Ato Normativo INPI nº 135/1997: “3. Os contratos deverão indicar claramente seu objeto, a remuneração ou os ‘royalties’, os prazos de vigência e de execução do contrato, quando for o caso, e as demais cláusulas e condições da contratação”.

Dessa forma, o conhecimento dessas motivações e expectativas existentes em uma relação de pesquisa cooperativa, por parte tanto das empresas quanto das universidades, permite maior clareza em relação ao próprio processo e a suas especificidades (SEGATTO-MENDES; ROCHA, 2005).

Segundo Bonnacorsi e Piccaluga (1994 apud SEGATTO-MENDES; ROCHA, 2005, p. 175), alguns dos fatores motivadores para as empresas são: a carência de recursos (humanos e financeiros) para desenvolver as próprias pesquisas; a licença para explorar tecnologia estrangeira pode ser uma despesa muito maior que a contratação de pesquisa universitária; a existência de pesquisas anteriores por meio da cooperação universidade-empresa que obtiveram resultados satisfatórios; a permissão ao acesso às fronteiras científicas do conhecimento; o contato com o meio universitário permite estimular a criatividade científica dos funcionários de P&D; a divisão do risco; o acesso aos recursos universitários (laboratórios, bibliotecas, instrumentos etc.); a melhoria da imagem pública da empresa por meio de relações com universidades e a redução do prazo necessário para o desenvolvimento de tecnologia. Já os motivos para as universidades se interessarem pela parceria são, conforme os autores: a falta de fontes financiadoras de pesquisa; a carência de equipamento e/ou materiais para laboratórios; o meio de realização da função social da universidade, fornecendo tecnologia para gerar o bem-estar da sociedade; a possibilidade de geração de renda adicional para o pesquisador universitário e para o centro de pesquisa; o aumento do prestígio institucional; a difusão do conhecimento; o meio para manter grupos de pesquisa. Quanto às razões para os pesquisadores, apontam-se: a possibilidade de geração de renda adicional para o pesquisador universitário e para o centro de pesquisa; o meio para manter grupos de pesquisa; a permissão para que pesquisadores universitários tenham

contato com o ambiente industrial; o aumento do prestígio do pesquisador individual; e a expansão de suas perspectivas profissionais.

Vê-se que os CCT são verdadeiros instrumentos de renovação da propriedade intelectual, meios de evolução desse sistema, uma vez que se caracterizam como fontes de produção e circulação de inovação, de modo a lidar com os limites dos mecanismos de proteção aos bens imateriais e com a estagnação dos processos de novas pesquisas.

4. Contratos de cooperação tecnológica e os desígnios da comunidade personificada

Tem-se como finalidade do CCT atender aos interesses de cada um dos agentes em questão, mas, ao mesmo tempo – como se trata de inovação e produção de propriedade industrial –, deve-se atentar nas outras finalidades a serem atendidas. Sendo a transferência de tecnologia gênero ao qual pertencem os CCT – uma ferramenta para a promoção da inovação –, há que se observar que esta tem como um dos seus principais objetivos o desenvolvimento da nação em que é promovida.

Nesse sentido, devem-se também analisar as previsões constitucionais e legais a esse respeito. Na Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXVI⁶, há disposição sobre o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, que devem ser observados relativamente

⁶ CF/1988 – Dispositivo constitucional *ipsis litteris*: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.”

aos inventos industriais. Por sua vez, na Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96), em seu artigo 2º,⁷ a proteção dos direitos relativos à propriedade industrial é concedida na medida em que se considera o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Vê-se que os inventos industriais – criações as quais são, muitas vezes, objetos centrais dos CCT –, devem constitucional e legalmente observar o interesse social e buscar o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. Dessa forma, os contratos de cooperação tecnológica, que dão origem a uma inovação, devem ser celebrados com esse fim.

Assim, em meio aos interesses conflitantes dos agentes envolvidos no CCT – a ICT vinculada aos anseios públicos; a empresa voltada para as questões mercadológicas; e o pesquisador visando ao seu reconhecimento como inventor – busca-se superar essas diferenças, conciliando as preocupações de tais entes com o desenvolvimento nacional que deve ser perseguido, mas que a princípio não compõe o interesse estrito de nenhum dos envolvidos. Frente a tal desafio, deve-se observar o ideal do direito como integridade à luz de uma teoria moral substantiva, pois esse direito como identidade dá ao CCT uma normatividade perante seus atores, voltada para a obrigação moral de valorizar e atender aos anseios da comunidade personificada, expressos constitucional e legalmente.

Destaca-se que os interesses e valores da comunidade personificada se revelam por meio do aparato legal organizado pelo Estado. Desta forma, o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país são valores de tal comunidade, são desígnios da mesma

⁷ Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96) – Dispositivo legal *ipsis litteris*: “Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País (...)” (BRASIL, 1996).

que devem ser respeitados dentro dessa rede de interlocução que se perfaz pelos agentes inseridos no CCT. Assim, o CCT nada mais é que uma ferramenta estatal para promover os desígnios da comunidade personificada dentro da qual se inserem esse contrato e todos os seus agentes.

Por conseguinte, a solução viável para conciliar os interesses imediatos dos agentes com os da comunidade personificada em que eles estão inseridos, é a necessária interpretação construtiva do CCT sob a ótica do Direito como integridade e identidade. Esse arcabouço moral institucional permite que o CCT seja visto não como mero instrumento regulatório para seus atores, mas como verdadeiro marco normativo, uma vez que ele reflete o Direito na sua melhor luz para esses entes que têm o dever moral de observá-lo. Apenas dessa forma o CCT será capaz de atender aos interesses dos seus agentes e melhorar a relação entre eles dentro do sistema de inovação, permitindo que se alcance um desempenho inovador ótimo a partir um contrato íntegro articulado para o bem.

Encarando cada ente envolvido no CCT como um *self* autônomo inserto no sistema inovativo, necessita-se reforçar essa rede de interlocução articulada entre eles, sendo o próprio contrato de cooperação tecnológica o instituto capaz de promover esse reforço. Como o bem está para o *self*, a integridade está para cada um desses entes, sendo, pois, o CCT uma forma de promover e de formalizar a busca do bem como inovação, por meio da integridade e identidade, o que acaba necessariamente por concretizar os objetivos constitucionais da propriedade industrial a ser desenvolvida. Apenas mediante essa interpretação contratual que concilia de forma íntegra os interesses de cada um dos agentes aos desígnios da comunidade personificada, o CCT é capaz de fortalecer a interação dos agentes

dentro do sistema de inovação e promover o bem e a integridade.

5. A necessidade de reconstrução dos CCT: breve estudo de caso

Analisa-se, neste ponto, um contrato de cooperação tecnológica específico, a partir do estudo das normas advindas desse contrato e, principalmente, de entrevista feita com um de seus pesquisadores, a fim de demonstrar concretamente as benesses e os limites do instituto dos CCT. Trata-se de contrato executado na UFJF, celebrado entre uma empresa de soluções eletrônicas da região, a ICT em questão e dois de seus professores doutores/pesquisadores, com a finalidade de desenvolver pesquisas específicas na área da tecnologia do leite. A partir dessa cooperação, foram desenvolvidos novos protótipos que deram origem a uma patente de modelo de utilidade – “Equipamento e método para identificar adulteração no leite e similares” –, registrada junto ao INPI. Também foi registrada uma marca de produto para a sua exploração comercial.⁸

O contrato em questão, intitulado “Convênio de Cooperação Técnica”, teve por objeto o estabelecimento de uma cooperação tecnológica entre os pesquisadores e a empresa por meio do oferecimento de pesquisa e desenvolvimento de processos e equipamentos para análise de leite e derivados e/ou outras aplicações para o setor. É explicitado que a cooperação objetiva essa parceria nos moldes legais e regulamentares relativos a intercâmbios tecnológicos entre ICT, pesquisadores e empresas privadas, conforme estabelece a Lei de Inovação (Lei nº 10.973/2004).

⁸ Por se tratar de contrato referente a transferência de tecnologia e matéria de propriedade intelectual, optou-se por manter em sigilo o nome dos pesquisadores e da empresa, e os números de registro referentes ao modelo de utilidade e à marca patenteados.

Quanto aos deveres das partes, destaca-se, inicialmente, a cláusula de sigilo. No que tange aos pesquisadores, eles se comprometeram a oferecer orientações, desenvolver pesquisas, processos e equipamentos para atender aos fins estabelecidos, além de, ao final, apresentar Plano de Trabalho referente aos novos protótipos criados e elaborar Plano de Negócios a cada produto produzido oriundo da parceria, e confeccionado por profissional a ser definido pelas partes. Optou-se por inserir no contrato que cabe à ICT, por meio dos pesquisadores, a responsabilidade sobre os equipamentos fornecidos pela empresa para serem utilizados na parceria. Os deveres da empresa expressos no contrato dizem respeito ao fornecimento de assistência técnica, tendo em conta a finalidade citada do contrato.

Em relação aos direitos das partes, é destacado no contrato que durante a sua vigência, os frutos do investimento e produção auferidos pela tecnologia serão exclusivos da empresa conveniente e dos pesquisadores. Assegura-se à conveniente o direito de preferência à obtenção de licenciamento da propriedade industrial, quando finalizado o contrato. Além disso, ressalta-se que a cada produto patenteado originário da cooperação a empresa terá direito de participar como um dos inventores, junto com a ICT e os pesquisadores.

O referido contrato tinha vigência prevista de 60 meses; entretanto, a empresa o rescindiu previamente, depois de decorridos 15 meses, em consonância com as disposições relativas à rescisão presentes no mesmo por problemas internos estruturais não correlatos à cooperação. Esse término antecipado do contrato pode ser um relevante indicativo de que é necessário um estudo mais minucioso de quais cláusulas devem figurar no instrumento contratual e que efeitos contratuais devem ser revistos, tendo em conta esse caso paradigmático. Infere-se que ainda há imaturidade institucional generalizada no sentido de implantar um sistema de cooperação mais complexo e articulado. O processo de articulação entre empresa e pesquisador ainda é incipiente, ao passo que a ICT não apresenta corpo jurídico qualificado para prestar assessoria de qualidade aos agentes envolvidos nessa cooperação.

Em entrevista feita com um dos pesquisadores participantes desse contrato, utilizada como substrato para a realização desta análise, ficou clara a importância dada à interação entre ICT, empresa e pesquisador. Afirmou-se que, apenas a partir dessa interação, a pesquisa e os protótipos desenvolvidos podem realmente ser úteis ao mercado, visto que o pesquisador está focado no mundo acadêmico, no mundo da pesquisa, dentro dos laboratórios, enquanto a empresa está inserida no mercado, conhecendo este e suas necessidades. Dessa forma, fica claro que essa interação é importante para aproximar e diminuir as barreiras entre o

mundo acadêmico e o mercado, de forma a se produzir, de fato, o que a comunidade almeja. No entanto, a distância entre o mercado e a universidade precisa ser revista no sentido de se estabelecerem suas exatas dimensões. Não é possível esse processo de cooperação sem um diagnóstico jurídico, político e econômico mais acurado em relação ao mercado específico. De fato, a ICT deve contar, para tais objetivos de cooperação, com uma equipe multi e interdisciplinar devidamente qualificada não só para prestar informações válidas sobre o mercado e os efeitos dessa interação, mas também para criar um quadro de estabilidade institucional para os agentes envolvidos na cooperação. O Direito como identidade requer uma dinâmica de articulação institucional entre todos os agentes envolvidos para que a construção do instrumento contratual se realize dialogicamente entre todos os partícipes da cooperação tecnológica sem se perder de vista a legislação pertinente. Decerto, o respeito às diferentes identidades envolvidas nesse processo exige uma articulação entre o que o mercado necessita em termos de ganhos econômicos e financeiros e o que os pesquisadores almejam como concretização de suas pesquisas acadêmicas. O processo de elaboração das cláusulas contratuais deve consolidar-se a partir da legislação em vigor, mas fundamentalmente a partir de uma consciente e madura negociação entre os agentes para que compreendam a dimensão normativa do contrato em relação à dinâmica de relacionamento técnico-científico entre eles.

Essa interação deve nortear o instituto do CCT. Percebe-se que, ao se interpretar o contrato em questão tendo em vista a teoria do Direito como integridade à luz de uma teoria moral institucional, reforça-se a relação de seus atores dentro do sistema inovativo, pois acentua-se a ideia de cooperação entre esses entes. O CCT celebrado com vistas ao ideal do Direito como identidade vincula seus participantes à busca do bem que é a inovação, tornando-o um dos principais objetivos do contrato e consequentemente dos seus agentes, o que acaba por atender aos anseios da comunidade personificada.

A observância desse referido Convênio de Cooperação Técnica é relevante por demonstrar como a reconstrução crítica dos CCT causa impacto na promoção de inovação, visto que esses contratos voltados para a exibição de um direito articulado na sua melhor luz aproximam o mercado do mundo acadêmico e conseguem conciliar o interesse de todos os envolvidos, gerando um verdadeiro desenvolvimento tanto tecnológico como social.

Percebe-se, então, que o fortalecimento dos CCT por meio do Direito como identidade promove esse intercâmbio entre seus atores de forma a buscar tanto os interesses do pesquisador, da ICT e da empresa, como os interesses da comunidade personificada – o desenvolvimento científico e tecnológico e o interesse social –, concretizando a integridade e a identida-

de dos direitos de cada um dos agentes. Assim, é possível conciliar os interesses aparentemente conflitantes, de modo a alcançar os desígnios de cada um e melhorar a relação entre eles para uma interação ótima no sistema de inovação.

6. Conclusão

Tendo como ponto de partida o Direito como identidade e o ideal da integridade como parâmetro valorativo, conforme interface resultante das teorias de Taylor (2011) e Dworkin (2007), buscou-se responder como os contratos de cooperação tecnológica (CCT) poderiam aperfeiçoar o sistema da inovação, conciliando o interesse de exploração econômica do agente privado, os direitos do inventor e o papel das Instituições Científicas e Tecnológicas com o desenvolvimento nacional, conforme estipula a lei. Dessa forma, objetivou-se reconstruir criticamente o instituto do CCT com base nos ideais referidos e entendê-lo como um instrumento jurídico apto a aperfeiçoar a relação entre empresa, ICT e inventor dentro do sistema de inovação.

Com esse objetivo, vislumbrou-se no contrato de cooperação tecnológica um instrumento jurídico complexo em que figuram interesses de agentes diversos, devendo os mesmos ainda ser conciliados com os desígnios da comunidade personificada, nitidamente o desenvolvimento científico e tecnológico e o interesse nacional. Assim, buscou-se, de forma não exaustiva, tratar de conceitos importantes para a solução do problema em questão, como sistema de inovação, transferência de tecnologia, e ainda compreender melhor o CCT em si e também em conjunto com seus agentes e os interesses respectivos de cada um. A partir desse ponto, destrincharam-se os interesses da comunidade personificada no referido instituto e a importância de, para promover um contrato íntegro e coerente com o ideal de identidade, também se perseguirem

os desígnios da referida comunidade. Ainda, como estratégia argumentativa, expôs-se um caso concreto, em que, a partir do método de entrevista e de materiais documentais coletados, reforçou-se a hipótese levantada.

No contexto fático, percebeu-se que a execução do CCT pode não ser suscetível de ocorrer de forma íntegra e coerente, deixando de atender aos interesses de todos os agentes e ainda da comunidade personificada. Entendeu-se que, para o alcance de tais interesses, *prima facie* conflitantes, e para melhor configuração e interação dentro do sistema inovativo, é essencial a reconstrução e a interpretação crítica do CCT, à luz do ideal do direito como identidade.

Enfim, ainda há muito a se analisar em relação ao sistema de inovação, ao CCT e aos interesses conflitantes de seus agentes. Portanto, percebeu-se que, apenas a partir dessa reconstrução crítica e dessa identidade no direito, o CCT realmente cumprirá seus objetivos. Ao se reconstruir e interpretar criticamente o CCT e os interesses que o cercam, é fundamental que tais interesses, tanto os de seus agentes quanto os da comunidade personificada, sejam integralmente preservados e atingidos, buscando-se uma concepção que possibilite a persecução do desenvolvimento nacional e interesse social a qual leve os direitos a sério.

Referências

BABBIE, Earl. *The practice of social research*. 9. ed. Belmont: Wadsworth, 2000.

BARBOSA, Denis Borges. *Tipos de contratos de propriedade industrial e transferência de tecnologia*. [S.l.]: [s.n.], 2002. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/apostilas/ufrrj/contratos_propriedade_intelectual.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2013.

BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 fev. 2013.

_____. Lei de Propriedade Industrial. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 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: 15 fev. 2013.

CASSIOLATO, José Eduardo; LASTRES, Helena Maria Martins. Sistemas de inovação e desenvolvimento: as implicações de política. São Paulo em Perspectiva, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 34-45, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/spp/v19n1/v19n1a03.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2013.

CHAMAS, Cláudia Inês. Cooperação tecnológica e propriedade industrial. *História, Ciência, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 333-348, jul./out. 1996. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v3n2/v3n2a08.pdf>>. Acesso em: 8 fev. 2013.

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

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

FERES, Marcos Vinício Chein; MENDES, Brahwlio Soares de Moura Ribeiro. Direito como identidade: estado, direito e política. In: FELLET, André Luiz; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.

_____; NUNES, Victor Freitas Lopes. Direito como integridade e inovação: o caso dos fármacos de segundo uso. In: XXI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 2012, Uberlândia. *Anais...* Uberlândia: CONPEDI, 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=74071a673307ca74>>. Acesso em: 25 jan. 2013.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Ato normativo nº 135*. Brasília: Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo, 1997. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/images/stories/Ato135.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

MATIAS-PEREIRA, José et. al. Gestão de Inovação: a lei de inovação tecnológica como ferramenta de apoio às políticas industrial e tecnológica no Brasil. *RAE Eletrônica*, São Paulo, v. 4, n. 2, jul./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/raeel/v4n2/v4n2a03.pdf>>. Acesso em: 7 fev. 2013.

PLONSKY, Guilherme Ary. Bases para um movimento pela inovação tecnológica no Brasil. São Paulo em Perspectiva, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 25-33, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/spp/v19n1/v19n1a02.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2013.

ROGERS, Everett M.; TAKEGAMI, Shiro; YIN, Jing. Lessons learned about technology transfer. *Technovation*, Amsterdam, v. 21, n. 4, p. 253-261, 2001. Disponível em: <<http://itec.vru.ac.th/industry001/%E0%B8%99%E0%B8%A7%E0%B8%B1%E0%B8%95%E0%B8%81%E0%B8%A3%E0%B8%A3%E0%B8%A1/lessons.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2013.

SANTANA, Êlcio Eduardo de Paulo et al. E agora, o que fazer com essa tecnologia? Um estudo multicaso sobre as possibilidades de transferência de tecnologia na USP-RP. *Revista de Administração Contemporânea*, Curitiba, v. 13, n. 3, p. 410-429, jul./ago. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rac/v13n3/v13n3a05.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2013.

SEGATTO-MENDES, Andrea Paula. *Análise do processo de cooperação tecnológica universidade-empresa: um estudo exploratório*. 1996. Dissertação (Mestrado em Administração Geral) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12131/tde-04052006-215518/>>. Acesso em: 13 fev. 2013.

_____; ROCHA, Keyler Carvalho. Contribuições da teoria de agência ao estudo dos processos de cooperação tecnológica universidade-empresa. *R. Adm*, São Paulo, v. 40, n.

2, p. 172-183, abr./maio/jun. 2005. Disponível em: <http://www.rausp.usp.br/busca/artigo.asp?num_artigo=1156>. Acesso em: 10 fev. 2013.

TAYLOR, Charles. *As fontes do self: a construção da identidade moderna*. Tradução de Adail Ubirajara Sobra e Dinah de Abreu Azevedo. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2011.

**Resenha Legislativa da
Consultoria Legislativa do
Senado Federal**

Algumas notas históricas sobre o processo penal canônico

CLAUDIO DEMCZUK DE ALENCAR

Sumário

1. Delito vs. Pecado. 2. Outros conceitos indispensáveis. 3. Recorte temporal. 4. O período do *Corpus iuris canonici* (séc. XVI a XX). 5. O Código de Direito Canônico de 1917. 6. O Código de Direito Canônico de 1983. 7. Conclusão.

1. Delito vs. Pecado

Para juristas e canonistas, há certo estranhamento inicial com o tema do direito penal canônico. Se para uns gera “perplexidade” (ORSI, 2009, p. 13) e para outros parece “estapafúrdio” (SAMPEL, 2001, p. 29) que a Igreja Católica se ocupe da punição de criminosos, certo é que persiste até hoje alguma confusão entre os termos “crime” e “pecado”. Nesse contexto, não é de se admirar que a Igreja, mesmo mantendo a pregação da caridade e do amor ao próximo, se valha do direito penal para proteger “seus” bens jurídicos mais relevantes.

A discussão sobre a validade do poder de coação da Igreja e, conseqüentemente, sobre a própria existência do direito penal canônico, foi considerada quando da reformulação do Código de direito canônico pio-benedictino; mas, ao fim e ao cabo, reconheceu-se como princípio orientador que “o poder coativo e o seu exercício são necessários na Igreja, no *serviço de caridade*, e para a *salvação das almas*”, bem como que “o poder coativo seja usado somente em últimos caso” (VELÁSIO DE PAOLIS, 2000, p. 640-642 apud ORSI, 2009, p. 13).

Com efeito, a preocupação com o *salus animarum* é a nota distintiva de todo o direito canônico e não poderia ser diferente com o direito penal. Ademais, também é possível vislumbrar nas penas canônicas a relevância

Claudio Demczuk de Alencar é advogado e Consultor Legislativo do Senado Federal. Foi Chefe de Gabinete do Ministro de Estado da Justiça (2003-2006).

que tem o valor da caridade, notadamente o papel das penas chamadas medicinais.

Voltando, contudo, ao que já se classificou de “promiscuidade conceitual” entre delito e pecado (BATISTA, 2002, p. 163), é de se pôr em relevo o esforço dos canonistas na distinção desses conceitos:

“O delito é um conceito jurídico e exige, portanto, a exterioridade. Daí surge a distinção entre pecado e delito. O pecado é violação de ordem moral, e o delito é violação de ordem jurídica, medida pelo dano ou perigo de dano que essa violação produz na sociedade e, no nosso caso, na Igreja. Esse dano danifica também o próprio indivíduo que produz um mal para si mesmo.

Do pecado, o seu autor responde diante de Deus e diante do seu ministro e, portanto, refere-se ao foro interno. Do delito, o autor responde perante a sociedade a que pertence e, portanto, refere-se ao foro externo. Daí se conclui que todo delito é pecado, mas nem todo pecado é delito” (ORSI, 2009, p. 34).

É fato, entretanto, que a distância entre os conceitos de delito e pecado muito variou no curso da história: remonta à Querela das Investiduras, passa pela concepção do *utrumque ius* ou direito comum, chega ao Estado laico de hoje. Ainda assim, não podemos perder de vista que durante muitos séculos a Igreja Católica desempenhou forte papel político, muitas vezes até com prevalência sobre o poder secular.

Para corroborar tal assertiva, basta constatar que, durante o período em que o catolicismo foi a religião oficial de Portugal e suas colônias, houve verdadeira criminalização estatal do pecado – como no Livro V das Ordenações Filipinas, que principia exatamente tratando dos hereges e apóstatas. Os crimes contra a religião católica vinham em primeiro lugar, antes mesmo dos crimes de lesa-majestade.

Diante disso podemos concluir com Nilo Batista (2002, p. 163) ao ver no direito penal

canônico “a mais silenciosa porém ao mesmo tempo a mais profunda influência sobre os sistemas penais contemporâneos de nossa ‘família’ jurídica”.

2. Outros conceitos indispensáveis

A mais corrente das classificações dos crimes canônicos repousa sobre critério puramente processual (BATISTA, 2002, p. 205). Assim, os *delicta mere ecclesiastica* são os julgados pelo tribunal canônico e tratam dos crimes contra a fé e a religião. Já os *delicta saecularia* ou delitos civis são todos os julgados pelo tribunal comum e que constituem o direito penal estatal, muito embora se tenha reconhecido em outras épocas um monopólio da Igreja para julgar os membros do clero. Por fim, os *delicta mixta* ou *mixta fori* são aqueles em que concorrem as competências secular e canônica.

Quanto às penas canônicas, existe a peculiaridade da pena automática ou *latae sententiae*, na qual se incorre tão logo cometido o delito, sem a intervenção de outra autoridade; é o próprio legislador quem aplica essa pena. Em contraposição à pena automática existe a pena *ferendae sententiae*, que nada mais é do que a pena aplicada ao cabo de um processo judicial ou administrativo.

Com isso, existem ao menos três caminhos para a aplicação da pena canônica: 1) o automático, que decorre da própria lei; 2) o processo judicial regular, a ser preferido na maioria dos casos; e 3) o decreto extrajudicial, decorrente de procedimento administrativo instaurado quando presentes causas justas a impedirem a tramitação judicial da demanda. Ainda uma quarta via pode ser aventada e decorreria da repreensão do delinquentes feita logo no início do processo com a aplicação de remédios penais e penitências; no entanto, a doutrina canonista não considera esses institutos propriamente

penas porque não privam diretamente o réu de bem algum.

Outra classificação útil diz respeito à finalidade das penas canônicas. Nesse passo, as penas podem ser medicinais ou expiatórias¹. As penas medicinais visam à conversão ou correção do delinquente e privam os fiéis dos meios da salvação, em especial dos sacramentos. As penas expiatórias visam à expiação do delito e tratam da privação de algum direito ou ofício; sua gravidade é menor, pois os fiéis podem continuar a receber os sacramentos.

3. Recorte temporal

Feitas essas considerações iniciais, é necessário indicar precisamente como escopo do presente trabalho a apresentação dos temas do *processo penal canônico* e da aplicação das penas canônicas a partir da consolidação do direito canônico com o *Corpus iuris canonici* no século XVI, passando pelo primeiro *Codex iuris canonici* promulgado pelo Papa Pio X em 1917, para ao fim examinar o direito vigente, constante do Código de Direito Canônico de 1983, editado pelo Papa João Paulo II.

Não se repetirão desnecessariamente os institutos comuns ao processo civil e penal canônicos. É que, a exemplo do que ocorre com a legislação estatal, o processo civil tem aplicação subsidiária ao processo penal também na esfera eclesiástica (cf. c. 1.959 do CDC-1917, e, c. 1.728, § 1º, do CDC-1983).

Entre os canonistas, o direito processual não goza da mesma estatura que adquiriu no direito secular: é recorrente referir-se a esse ramo do direito canônico como “uma plêiade de normas ancilares ou secundárias” (SAMPEL, 2001,

¹ O Código de 1917 falava em penas vindicativas como sinônimo das atuais expiatórias. A expressa remissão à vingança foi abandonada pelo Código de 1983.

p. 30) ou como verdadeiro direito adjetivo, o que pode explicar a exiguidade da bibliografia nacional sobre o tema.

Por se tratar de direito penal e processual penal e em razão do critério temporal adotado, acabou ficando de fora do trabalho o período da Inquisição que, sem sombra de dúvidas, marcou com significativas repercussões todos os sistemas penais que se seguiram.

Pelo mesmo motivo, não serão abordados os séculos XII e XIII, marcados por Gilissen (1995, p. 136) como os do apogeu do direito canônico sobre direito laico.

4. O período do *Corpus iuris canonici* (séc. XVI a XX)

O *Corpus iuris canonici* era formado pela consolidação das seguintes coleções canônicas: o “Decreto”, de Graciano (1140); as “Decretais”, de Gregório IX (1234); o “Sexto”, de Bonifácio VIII (1298); as “Clementinas”, de Clemente V (1314); e as “Extravagantes”, de João XXII (1319)². As primeiras edições privadas do *Corpus* são do início do século XVI, mas a versão oficial é de 1582 e vigorou até 1917 com complementos do *ius novissimum*.

As disposições penais estão esparsas pelo *Decretum Gratiani* e parecem concentradas no livro V do *Decretalium Gregorii Papae IX* (ou simplesmente *Liber extra*) que formam o eixo do direito canônico da época. Neles estavam previstos delitos contra a religião, crimes comuns contra a pessoa e contra a propriedade, além de crimes próprios dos clérigos.

Nas demais coleções (*Liber sextus*, *Constitutiones clementinae* e *Extravagantes*) também se

² Existe alguma controvérsia sobre as datas exatas, em especial quanto às Extravagantes que alguns autores subdividem em *Extravagantes de João XXI (1324 ou 1325)* e *Extravagantes Comuns (1484)* (GILISSEN, 1995, p. 147; BATISTA, 2002, p. 193).

ocupavam penalmente da tutela da religião, da disciplina eclesiástica e de alguns delitos comuns. Ainda assim, aponta Gilissen (1995, p. 148) que as coleções por último citadas “são quantitativa e mesmo qualitativamente muito mais importantes que as duas precedentes”.

Para o direito processual canônico, entretanto, é indispensável anotar o grande desenvolvimento havido com as decretais dos papas-juristas que uniformizaram o procedimento, ainda que gradualmente, em todo o mundo católico e constaram já do *Liber extra* (BATISTA, 2002, p. 192).

Com a laicização do Estado havida a partir do século XVI, a competência penal dos tribunais canônicos retorna ao espectro anterior à Idade Média recaindo sobre as infrações puramente religiosas ou espirituais, os *delicta ecclesiastica*, que compreendiam os crimes contra a fé católica, contra o Estado Pontifício e a administração da Igreja, ainda que a concepção da época fosse muito mais larga que a moderna com relação à matéria chamada *a clavibus* (de chaves da Igreja), chegando a recair sobre certos crimes sexuais, por exemplo.

Com relação ao julgamento dos clérigos, em razão do *privilegium fori* ou privilégio de clerezia, a competência antes exclusiva transformou-se em concorrente e depois desapareceu notadamente a partir dos séculos XIX e XX, ressalvadas apenas as matérias disciplinares internas da igreja. De maneira semelhante e na mesma época também, os *delicta mixta fori* passaram à competência estatal, embora o crime laico pudesse redundar em consequências penais canônicas para os fiéis da igreja católica.

Quanto ao sistema processual penal, Gilissen (1995, p. 141) anota com concisão que

“o processo permaneceu durante muito tempo dependente de queixa (isto é, acusatório) que se desenrolava mais ou menos como o processo cível. Nos finais do século XII, apareceu o processo oficioso, por inquirição (*inquisitio*) ordenada pelo juiz desde que tivesse conhecimento de uma infração (procedimento inquisitorial). Esse processo foi largamente aplicado pelo Santo Ofício na luta contra as heresias; levou à permissão de ordenar a tortura (*quaestio*), instituição recebida do direito romano e aplicada contra os heréticos por uma bula de Inocêncio IV de 1252.”

Nilo Batista (2002, p. 232-235) detalha, contudo, que ao menos no campo normativo, desde o IV Concílio de Latrão em 1215, três eram os modelos do processo penal canônico: 1) por acusação, 2) por denúncia e 3) por inquirição (*tribus modis possit procedi, per accusationem, denunciationem et inquisitionem*).

O procedimento acusatório era iniciado com a redução a termo da acusação formulada pelo ofendido, que teria o ônus de provar a imputação sob o risco de responder ele próprio às mesmas penas que pretendia ver

irrogadas ao réu em caso de acusação frustrada. A citação do acusado era indispensável para a tramitação do processo e, quando não lograsse êxito, deveria ser repetida pelo menos duas vezes. O ofendido-acusador podia desistir da ação.

Já o dito procedimento denunciatório era mais propriamente uma forma específica de se iniciar o procedimento inquisitório sem o perigo de ver o “tiro sair pela culatra”. Nele o fato delituoso era levado ao conhecimento do juiz sem o risco da acusação frustrada nem a obrigação de comprovar o alegado para o ofendido. A conversão de acusadores em meros denunciantes era até incentivada pelos inquisidores. Antes de prosseguir com a instrução do processo o juiz deveria tentar uma espécie de advertência correccional chamada *caritativa admonitio* que se bem sucedida dava fim à investigação.

O procedimento inquisitório antes reservado aos casos mais graves acabou consagrado como procedimento-padrão. Poderia ser *inquisitio generalis*, quando calcada em rumores de um crime indeterminado, ou *inquisitio specialis*, quando perquirisse um determinado delito ou determinado suspeito. Sempre que o juiz tivesse notícia de crime deveria iniciar sua apuração, ainda que apenas com base no clamor público ou fama (*per clamorem et famam ad aures superiores pervenerit*). A característica mais marcante do procedimento inquisitivo é a concentração dos poderes de juiz e de acusador nas mãos de uma mesma pessoa, sendo que daí nasceram todos os seus conhecidos e contestados arbítrios na busca da inatingível “verdade real” e levados ao paroxismo durante o período da Inquisição.

O direito canônico nessa época estava de tal modo permeado pelo princípio inquisitivo, que surgiu até um instituto como o da liberação *rebus sic stantibus*, aplicada aos casos em que não se atingisse certeza nem para condenar, tampouco para absolver o acusado, ficando o processo suspenso até que surgissem novos dados (ou boatos) e o acusado ficasse sujeito a indeterminado período de prova.

Também decorre da adoção do sistema inquisitório o prestígio emprestado ao regime das provas legais e que no sistema do *Corpus iuris canonici* recebeu peculiar inovação: o *notorium*. A conhecida construção romana das provas plenas (*probationes plenae*), provas semiplenas (*probationes semiplenae*) e indícios (*indicia*) e seus critérios de valoração recebeu do direito canônico, a partir do século XIII, nova formulação para ocupar o topo da hierarquia das provas, pois aquilo que é notório sequer precisa ser provado.

No regime em que a admissibilidade e o valor de cada prova eram por menorizadamente regulamentados, sem que o juiz tivesse oportunidade para uma apreciação pessoal do conjunto probatório, três eram as espécies

do *notorium*: 1) os *notorium facti* eram fatos os percebidos diretamente pelo juiz ou cujo acontecimento tivesse sido claramente percebido e relatado ao juiz de modo a impregnar seus próprios sentidos, como o flagrante delito; 2) os *notorium ius*, que remetiam à autoridade da coisa julgada e ao valor da confissão judicial, o que dispensava outras provas; e 3) os *notorium praesumptionis*, que se confundiam com as presunções *iuris et de iure*, que não admitem prova em contrário.

Aqui, mais uma vez, embora não seja escopo do trabalho, esbarramos no tema da tortura. É que, na disciplina acima citada, a tortura era apenas o meio por que se buscava a confissão judicial, já que esta constituía um *notorium iuris* e, portanto, dispensava a prova propriamente dita. Além disso, John Gilissen registra que a *confessio pro iudicatu* tinha a repercussão processual de tornar o recurso contra a condenação impossível.

5. O Código de Direito Canônico de 1917

As disposições processuais penais do Código pio-benedictino encontram-se no Título XIX, da Seção II, do Livro IV e contam com 27 cânones.

O cânone 1.933 prevê que os delitos públicos devam ser processados pelo juízo criminal. Delitos públicos, em oposição aos *notórios* ou *ocultos*, são aqueles já divulgados ou cometidos de tal modo que acabarão divulgados (c. 2.197, §1º), isto é, os delitos que tenham atingido o foro externo.

As penitências, os remédios penais, a excomunhão, a suspensão, a interdição e o interdito podem ser aplicados administrativamente quando o delito for *certo*, muito embora não exista um detalhamento do desse procedimento fora do juízo formal.

Diferentemente do período anterior, não há mais a possibilidade de a acusação ser exercida pelo próprio ofendido. Surge a figura do promotor de justiça para exercer o monopólio da *ação acusatória*, representando a sociedade no juízo criminal (c. 1.934). Miguélez Domínguez, Alonso Morán e Cabreros de Anta (1954, p. 720) sustentam que ação acusatória não seria sinônimo da ação penal mencionada pelo cânone 2.210 em oposição à ação civil. Para esses autores, a ação criminal compreende os direitos assegurados ao demandante no juízo contencioso civil, a saber: a) apresentar ao tribunal a acusação por escrito, b) oferecer e propor provas, c) opor exceções, d) apresentar alegações e e) impugnar a sentença.

Persiste, entretanto, um procedimento denunciatório segundo o qual “qualquer fiel pode sempre denunciar o delito de outrem” enquanto ofendido com o intuito de ser ressarcido em seus danos ou pelo simples sentimento de “amor à justiça” (c. 1.936), devendo facilitar ao promotor os meios para provar o crime (c. 1.937).

A mais interessante previsão do Código de Direito Canônico de 1917 em matéria de processo penal vem a seguir: o instituto da *inquisição*, espécie de antecedente do brasileiroíssimo inquérito policial. O cânone 1.939 estabelece que “se o delito não é nem *notório* nem *completamente certo*”, mas há notícia de sua ocorrência por rumores e voz pública, denúncia ou qualquer outro meio, antes da citação de alguém para responder pelo delito, deve haver previamente uma “inquisição especial³ para verificar se a imputação se apoia em algum fundamento e qual seja este”.

Para os canonistas Miguélez Domínguez, Alonso Morán e Cabrerós de Anta (1954, p. 722): “Inquisição é sinônimo de ‘indagação’ ou ‘investigação’ e tem por objeto, em matéria criminal, conhecer o delito e averiguar quem o tenha cometido”. Suas características são as seguintes: a) objetiva preparar o juízo criminal contra o delincente; b) tem por finalidade adquirir um conhecimento *completo* do ato delitivo e recolher provas sobre o autor do mesmo; c) as provas devem ser colhidas com atenção às normas judiciais (por notário, por escrito etc.); d) as provas devem levar a Cúria ao convencimento de que o suposto delincente é realmente o autor do delito.

O inquisidor tem as mesmas obrigações dos juízes, mas não as mesmas prerrogativas, podendo se aconselhar com o promotor (c. 1.945). A inquisição é sempre secreta e conduzida com cautela para não difundir o clamor do delito nem pôr em perigo o bom nome de alguém (c. 1.943).

Ao fim dos trabalhos, o inquisidor passa ao ordinário um relatório com seu voto (c. 1.946). O ordinário, então, tem três alternativas: a) se a denúncia parece desprovida de *fundamento sólido*, os autos são remetidos ao arquivo secreto da Cúria; b) se há alguns indícios, porém *insuficientes* para iniciar a ação, os autos são remetidos ao mesmo arquivo, mas deve-se vigiar a conduta do suspeito que pode ser admoestado, a exemplo da já citada *caritativa admonitio*; c) se há *provas certas* ou pelo menos *prováveis e suficientes* para iniciar a ação, o réu deve ser citado para o processo.

Antes de passar ao processo propriamente dito, devem ser destacadas duas peculiaridades adotadas pelo Código para minorar as consequências da adoção do sistema inquisitório. A principal delas findava a confusão entre juiz e inquisidor, já que se estabeleceu que o inquisidor não podia atuar como juiz na mesma causa (c. 1.941, § 3º). Essa causa de impedimento é muito similar à que se pretende instituir, pelo projeto do novo Código de Processo Penal, com a figura do “juiz das garantias”.

A outra também revela atualidade diante da recente reformulação do art. 155 do CPP vigente e vem a ser a proibição da valoração da prova

³ O termo *inquisição especial* tem aqui o sentido antes registrado em contraposição a *inquisição geral*.

colhida na inquisição pela sentença do juízo criminal. Mais uma vez recorreremos aos ensinamentos dos professores da Pontifícia Universidade Eclesiástica de Salamanca em 1954:

“... estas pruebas [da la inquisición] deben ser tales que lleven al ánimo de la Curia el convencimiento de que el presunto delincuente es realmente autor del delito. Esto, sin embargo, no quiere decir que hayan de ser suficientes para condenar, sin más, al reo, ni qui éste no pueda después impugnarlas y hasta destvirtuarlas, una vez que se le dé conocimiento de ellas en el juicio. En una palabra: las pruebas recogidas en la inquisición tienen valor solamente para información de la Curia; pueden y, de ordinario, deben llevarse al juicio formal; pero no tienen fuerza para decidir la causa, en tanto no se aporten al juicio y sean en él legitimadas mediante la repetición y confrontación de testigos, si hay lugar a ella; exhibición nueva de documentos, etc.

...

Las pruebas en las que haya de fundamentarse la sentencia deben ser aportadas a los autos dentro del juicio criminal; por consiguiente, no puede fundamentarse la sentencia en las actuaciones practicadas en la inquisición especial o sumario, si no se aportan a los autos del juicio y se le concede al reo facultad amplia para que pueda impugnarlas” (MIGUÉLEZ DOMINGUÉZ; ALONSO MORÁN; CABREROS DE ANTA, 1954, p. 722, 727).

Antes de se passarem os autos ao promotor de justiça para a redação do “escrito de acusação” (c. 1.955), e tendo em mente a especial importância da confissão para a religião católica⁴, se o réu ao ser interrogado confessa o delito, deve ter lugar a repreensão do delinquente (c. 1.947) acompanhada de “saudáveis advertências, alguns remédios oportunos ou a imposição de penitências ou obras piedosas” (c. 1.952). Com esse benefício, o confesso assente em cumprir penas mais leves e benignas do que as que possam ser irrogadas por sentença condenatória sem que o processo precise desenrolar-se. Não se concede a repreensão a um mesmo réu pela terceira vez (c. 1.949) e se há uma querela de danos em razão do delito esta deve ser resolvida com base na equidade (c. 1.951).

Em contrapartida, quanto ao regime de valoração das provas, embora os comentadores do Código canônico de 1917 já se refiram ao critério da certeza moral, observa-se nele ainda grande carga de sistema das provas

⁴ Para Nilo Batista (2002, p. 204): “A confissão foi o grande veículo cultural que difundiu por todo o ocidente cristão a equação penal, tal como formulada pelo pensamento jurídico canônico, impregnada até os ossos pela idéia da intervenção moral. De ouvido em ouvido, a *sottovoce*, a alma ocidental aprendia uma correlação mística: a penitência (pena) é consequência inexorável do pecado (delito) que cumprida pelo confitente (réu) conrito o redime perante Deus (a ordem jurídica). A própria confissão viria a reinar como prova central e decisiva de uma nova dramatização reconstrutiva do crime, conduzida precisamente por quem dispunha do poder de absolver – ou de condenar –, e cuja curiosidade investigatória apenas se saciava com a voz do suspeito. Podemos falar perfeitamente de uma matriz do *reinado da confissão*.”

tarifadas com a previsão minudente de critérios para a sua consideração contida em termos como *notório, certa, completamente certa, provável, suficiente, indícios* etc.

Por fim, o cânone 1.959 determina que se sigam as demais disposições constantes da Seção Primeira do mesmo Livro IV, referentes ao juízo contencioso (c. 1.552-1.924), com as seguintes especificidades: a) o réu deve ter advogado (c. 1.655, §1); b) durante o interrogatório o réu não está obrigado a dizer a verdade (c. 1.743, § 1), nem pode ser submetido a juramento para tal (c. 1.744); c) como se trata de bens públicos, o juiz pode suprir de ofício as provas não propostas pelas partes; d) as provas em que se fundamenta a sentença devem ser produzidas em juízo; e) a confissão judicial não dispensa o promotor de apresentar provas (c. 1.752); f) a confissão feita durante a inquisição pode ser retratada em juízo (c. 1.753); e g) quando das alegações orais considera-se conveniente que o réu seja o último a falar, mesmo não existindo expressamente essa previsão no Código.

6. O Código de Direito Canônico de 1983

O novo direito penal está no Código de 1983, no Livro VI, dos cânones 1.311 a 1.399, sob um novo título: *De Sanctionibus in Ecclesia* (Das Sanções na Igreja). De maneira coerente, o direito penal não está mais no último livro do Código que passou a ser ocupado pelo livro *De Processibus* (Dos Processos), pois o direito processual pressupõe o direito substantivo que deve aplicar.

As disposições processuais penais do Código promulgado por João Paulo II encontram-se na Parte IV do Livro IV que conta apenas 15 cânones.

A inquisição passou a se chamar *investigação prévia* e está regulada em termos muito mais moderados. Terá lugar quando houver notícia pelo menos verossímil de um delito, devendo o ordinário indagar cautelosamente sobre os fatos e circunstâncias, sem pôr em perigo o bom nome de alguém, a não ser que a investigação lhe pareça inteiramente supérflua. Manteve-se o impedimento do responsável pela investigação prévia para funcionar como juiz no mesmo caso (c. 1.717).

As garantias do acusado foram mantidas, como a indispensabilidade do advogado (c. 1.723), e até ampliadas, pois se lhe assegurou expressamente a prerrogativa de escrever ou falar em último lugar (c. 1.725) e, principalmente, alterou-se a disciplina da confissão, consignando não só que “o acusado não é obrigado a confessar o delito nem se pode impor a ele um juramento” (c. 1.728, § 2), mas também que a confissão judicial pode ter força de prova, a ser ponderada pelo juiz juntamente com as

demais circunstâncias da causa; mas não se pode atribuir a ela força probatória plena, a não ser que haja outros elementos que a corroborem plenamente (c. 1.536, § 2).

Outra inovação relevante foi estabelecer um procedimento administrativo, a resguardar o direito do contraditório e da ampla defesa do acusado, mesmo para as condenações por decreto extrajudicial (c. 1.720). Ainda assim, conforme anota Tlaga (2003, p. 17), o processo judicial é preferível ao administrativo, tendo em vista a sua transparência e as franquias concedidas à defesa.

Passado o prestígio das provas legais⁵, os fatos da causa deduzidos pelas partes devem ser provados por meios próprios e racionais, disciplinados no Título IV, da II Parte, do Livro VII do Código vigente, que possibilitem ao juiz o livre conhecimento da verdade e, consequentemente, da certeza moral. O ônus da prova incumbe a quem afirma – e no processo penal, portanto, ao promotor de justiça (c. 1.526).

A maior inovação do direito penal e processual penal canônico de 1983 reside, a nosso sentir, no que Jesús Hortal (2011, p. 595) nominou ser um dos princípios fundamentais do novo direito penal canônico: o de esgotar todos os outros meios antes de recorrer à imposição de penas.

Com efeito, dispõe o cânone 1.341 do Código de Direito Canônico:

“Título V

Da Aplicação das penas

Cân. 1341 – O ordinário só se decide a promover a procedimento judicial ou administrativo para infligir ou declarar penas, quando vir que nem a correção fraterna, nem com a repreensão, nem por outras vias de solicitude pastoral, se pode reparar suficientemente o escândalo, restabelecer a justiça e corrigir o réu.”

Assim, para Orsi (2009, p. 67), o ordinário, isto é, o superior com poder de regime, no foro externo, competente para impor e declarar penas, antes de instaurar o processo, judicial ou administrativo, deve certificar-se da estrita necessidade de instauração de um procedimento judicial. O processo não será necessário se os fins das penas já foram suficientemente atingidos.

Acrescenta ainda o citado canonista que as penas medicinais visam à correção do réu, enquanto as penas expiatórias almejam a reparação do escândalo e o restabelecimento da justiça. Desse modo, em se tratando das medicinais, “estas atingirão os seus fins quando o réu tenha abandonado a contumácia, isto é, quando houve a suficiente reparação ou, pelo

⁵ Tucci e Azevedo (2001, p. 121) apontam na regra do *testis unius, testis nullius* constante do cânone 1.573 um resquício do sistema da prova tarifada.

menos, a promessa de reparar o escândalo e de recompor a justiça”, ao passo que nas expiatórias “não é suficiente a correção com a promessa, mas exigem-se uma verdadeira e objetiva reparação do escândalo e o restabelecimento da justiça” (ORSI, 2009, p. 67).

Destaque-se, por oportuno, que o cânone 1.341 pode ser aplicado ao final da *praevia investigatio*, em expresse juízo de conveniência (c. 1.718, § 1, 2^o).

Por derradeiro, vale mencionar a regra geral contida no cânone 1.728 que manda aplicar ao juízo penal as disposições sobre os juízos em geral e sobre o juízo contencioso ordinário (c. 1.400-1.655).

7. Conclusão

Como assevera Lopes (2000, p. 83) é fortíssima a influência do direito canônico sobre o direito processual porque o processo do direito comum é essencialmente elaboração dos canonistas.

Na área do processo penal chamam à atenção as similitudes encontradas entre o inquérito e a *inquisitio*. De fato, não só não há espaço para o exercício do contraditório durante o inquérito, como na figura do delegado se pode constatar a confusão entre acusador e juiz.

Como principais contribuições do processo canônico para o direito processual em geral podemos anotar: a) trata-se de um processo conduzido por profissionais do direito; b) reconhece um sistema de recursos; c) adquiriu uma natureza inquisitorial mais do que adversarial; d) impôs a escrita sobre a oralidade; e e) contribuiu para o fim das provas irracionais, como as ordálias (SAMPEL, 2001, p. 64).

Referências

BARROS, José Francisco Falcão de. *Delitos e crimes na Igreja Católica*. Aparecida: Santuário, 2006.

BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*: I. Rio de Janeiro: Revan, 2002. (Coleção pensamento criminológico, 5).

MIGÉLEZ DOMÍNGUEZ, Lorenzo; ALONSO MORÁN, Sabino; CABREROS DE ANTA, Marcelino. *Código de derecho canónico y legislacion complementaria*. 5.

ed. Madrid: Ed. Católica, 1954.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *História do direito penal: crime natural e crime de plástico*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GILLISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

- HORTAL, Jesús. *Código de direito canônico*. 20. ed. São Paulo: Loyola, 2011.
- LIMA, Maurílio Cesar de. *Introdução à história do direito canônico*. São Paulo: Loyola, 1999.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- ORSI, João Carlos. *Direito penal canônico*. São Paulo: LTr, 2009.
- PIRANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983.
- SAMPEL, Edson Luiz. *Introdução ao direito canônico*. São Paulo: LTr, 2001.
- TLAGA, Mieczyslaw. *Aplicação de penas canônicas: justiça com caridade*. São Paulo: LTr, 2003.
- TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de processo civil canônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- UCLA library: digital collections. *Corpus Juris Canonici*: 1582. [S.l.]: UCLA, [20--?]. Disponível em: <<http://digital.library.ucla.edu/canonlaw/index.html>>. Acesso em: 22 nov. 2012.