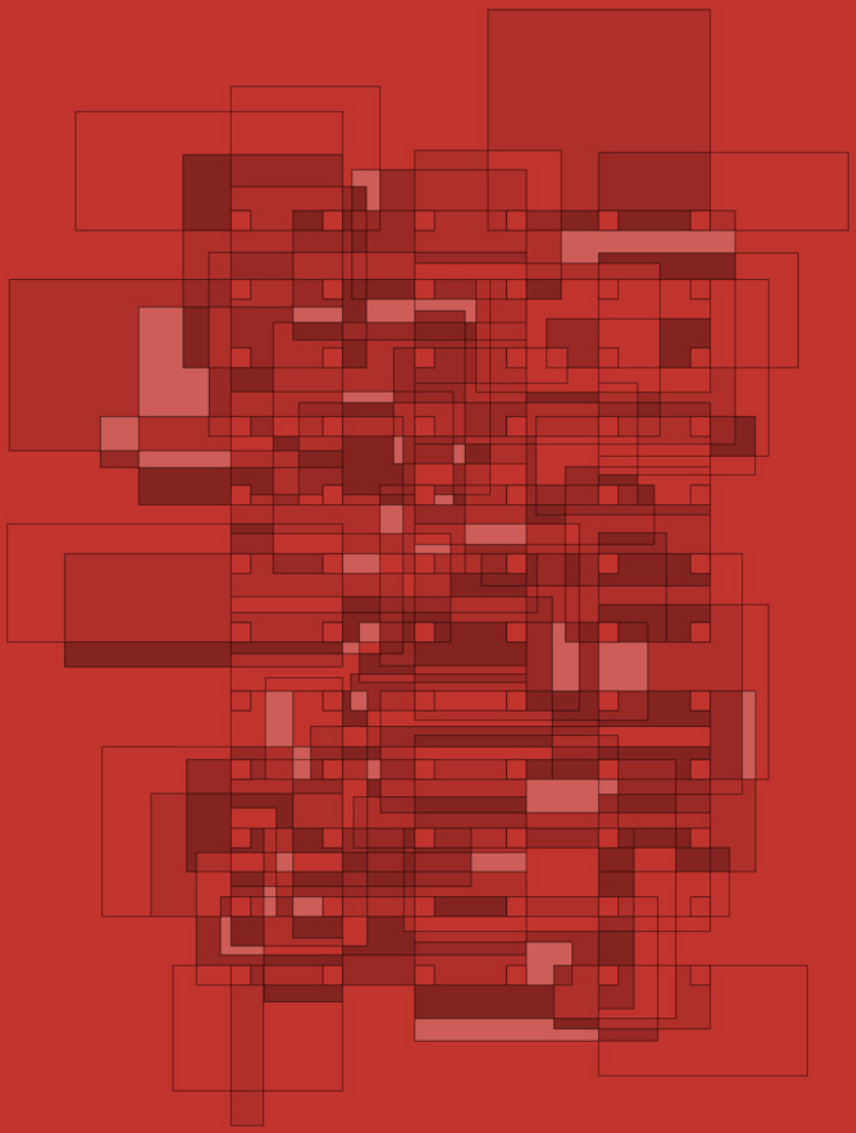


Revista DIREITO GV

13

v. 7 n. 1 JAN-JUN 2011
ISSN 1808-2432

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

DIREITO GV
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

Revista DIREITO GV

ISSN 1808-2432

EDITOR
JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ

CONSELHO EDITORIAL
ÁLVARO PIRES *(UNIVERSIDADE DE OTTAWA - CANADÁ)*; ALBERTO AMARAL JR. *(USP)*; CELSO CAMPILONGO *(USP)*; CHARLES SABEL *(YALE LAW SCHOOL – EUA)*; DAVID TRUBEK *(WISCONSIN LAW SCHOOL - EUA)*; DAMIAN CHALMERS *(LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND SOCIAL SCIENCE)*; DANIEL EDUARDO BONILLA MALDONADO *(UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, COLÔMBIA)*; DIEGO EDUARDO LÓPEZ-MEDINA *(UNIVERSIDADE DE LOS ANDES - COLÔMBIA)*; ESTÊVÃO MALLET *(USP)*; GREGORY SCHAFFER *(WISCONSIN LAW SCHOOL-EUA)*; HANS-JÖRG ALBRECHT *(MAX-PLANCK INSTITUTE)*; JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ DE ARAÚJO *(UNIVERSIDADE DE BARCELONA – ESPANHA)*; JOSÉ EDUARDO FARIA *(USP)*; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES *(UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PORTUGAL)*; JOSÉ MARIA AREILZA *(INSTITUTO DE EMPRESA – ESPANHA)*; JOSEP JOAN MORESO *(UNIVERSIDADE POMPEU FABRA – ESPANHA)*; JUDITH MARTINS-COSTA *(UFRS)*; KAZUO WATANABE *(USP-CEBEPEJ)*; KEITH S. ROSENN *(MIAMI LAW SCHOOL-EUA)*; NORBERT REICH *(UNIVERSIDADE DE BREMEN- ALEMANHA)*; MARCOS NOBRE *(UNICAMP-CEBRAP)*; MARIA TERESA SADEK *(USP-CEBEPEJ)*; MARTÍN FEDERICO BÖHMER *(UNIVERSIDAD DE SAN ANDRÉS, ARGENTINA)*; MIGUEL POIARES MADURO *(FACULDADE DE DIREITO DA NOVA UNIVERSIDADE DE LISBOA)*; MIGUEL REALE JR. *(USP)*; PÉRSIO ARIDA; RAFFAELE DI GIORGI *(UNIVERSIDADE DE LECCE-ITÁLIA)*; ROGÉRIO PEREZ-PERDOMO *(IESA, CARACAS - VENEZUELA)*; RICARDO RIBEIRO TERRA *(USP-CEBRAP)*; SOLEDAD VILLAGRA DE BIEDERMANN *(UNIVERSIDAD CATOLICA DE ASUNCION, PARAGUAI)*

EDITORES ASSOCIADOS
ARNO DAL RI *(FONDAZIONE CASSAMARCA)*; ANTONIO MAUÉS *(UFPA)*; CARLOS EDUARDO DE ABREU BOUCAULT *(UNESP)*; JULIANA NEUENSCHWANDER MAGALHÃES *(UFRJ)*; SOLANGE TELES DA SILVA *(UEA)*; TORQUATO DA SILVA CASTRO JUNIOR *(UFPE)*; VERA THORSTENSEN *(FGV)*; WILSON MADEIRA *(UFF)*

COMISSÃO EXECUTIVA
FLÁVIA PORTELLA PÜSCHEL; LUCIANA GROSS CUNHA; MAÍRA ROCHA MACHADO; MICHELLE RATTON SANCHEZ; SALEM HIKMAT NASSER; VIVIANE MULLER PRADO

PARECERISTAS
ATUARÃO COMO PARECERISTAS DA REVISTA DIREITO GV OS MEMBROS DO CONSELHO EDITORIAL; PROFESSORES, PESQUISADORES DA DIREITO GV, PROFESSORES DA DIREITO RIO, ALÉM DE EVENTUAIS PARECERISTAS NOMEADOS AD-HOC. ATUARÃO COMO PARECERISTAS PERMANENTES DA REVISTA OS SEGUINTES PROFESSORES:

ALAGOAS: ANDREAS JOACHIM KRELL *(UFAL)*; **BAHIA:** ALESSANDRA RAPASSI MASCARENHAS PRADO *(UFBA)*; DENISE CRISTINA VITALE RAMOS MENDES *(UCSAL)*; MARIA AUXILIADORA MINAHIM *(UFBA)*; **BRASÍLIA:** ANA FLÁVIA GRANJA E BARROS-PLATIAU *(UNB)*; ARGEMIRO CARDOSO MOREIRA MARTINS *(UNB)*; VALCIR GASSEN *(UNB)*; **CEARÁ:** PAULO ANTONIO DE MENEZES ALBUQUERQUE *(UNIFOR; UFC)*; UINIE CAMINHA *(UNIFOR)*; **PARANÁ:** ALEXANDRE DITZEL FARACO *(PUC/PR)*; JOÃO BOSCO LEE *(UNICURITIBA)*; MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO *(PUC/PR)*; RICARDO MARCELO FONSECA *(UFPR)*; **PERNAMBUCO:** GUSTAVO JUST DA COSTA E SILVA *(UFPE)*; **RIO DE JANEIRO:** GUILHERME LEITE GONÇALVES *(FGV/DIREITO RIO)*; JOSÉ RICARDO FERREIRA DA CUNHA *(FGV/DIREITO RIO; UERJ)*; RONALDO LEMOS *(FGV/DIREITO RIO)*; SÉRGIO BRANCO *(FGV/DIREITO RIO)*; **RIO GRANDE DO SUL:** CARLOS KLEIN ZANINI *(UFRGS)*; DEISY DE FREITAS LIMA VENTURA *(UNISINOS)*; MARCOS DE CAMPOS LUDWIG *(UFRGS)*; RICARDO ANTÔNIO SILVA SEITENFUS *(UFSM)*; SHEILA STOLZ *(UFRGS)*; **SÃO PAULO:** ANTONIO RODRIGUES DE FREITAS JR. *(USP)*; ARTHUR BARRIONUEVO FILHO *(EESP-EAESP)*; BARBARA ROSENBERG; CAIO MARIO PEREIRA DA SILVA NETO *(DIREITO GV)*; CARLOS EDUARDO BATALHA DA SILVA E COSTA *(CEBRAP)*; GILBERTO BERCOVICI *(USP)*; JAIRO SAMPAIO SADDI *(IBEMEC)*; JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA *(UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SANTOS)*; LAURINDO DIAS MINHOTO *(USP)*; LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO *(UNIVERSIDADE SÃO JUDAS TADEU)*; LUIS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA *(USP)*; OTÁVIO YASBEK *(BM&F/BOVESPA)*; ROGÉRIO BASTOS ARANTES *(USP)*; SAMUEL RODRIGUES BARBOSA *(USP)*; TIAGO MACHADO CORTEZ *(DIREITO GV)*; **SANTA CATARINA:** AIRTON LISLE CERQUEIRA LEITE SEELAENDER *(UFSC)*; CLAUDIA ROSANE ROESLER *(UNIVALI)*; **FRANÇA:** KATHIA MARTIN-CHENUT *(COLLÈGE DE FRANCE)*; **PORTUGAL:** TERESA NEGREIROS

REDAÇÃO
BRUNO BORTOLI BRIGATTO (ASSISTENTE EDITORIAL)
ELVIRA CESÁRIO CASTANON (REVISÃO)

missão

A Revista DIREITO GV publica artigos, resenhas, traduções e ensaios inéditos sobre temas jurídicos dogmáticos, teóricos, históricos, sociológicos ou de trabalhos de pesquisa aplicada. Em todos os casos, os textos devem analisar criticamente o objeto estudado e evitar posturas formalistas que não se preocupem com o funcionamento real das instituições.

Revista DIREITO GV

v. 7 n. 1 JAN-JUN 2011

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

DIREITO GV
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

ISSN 1808-2432

JUNHO 2011
SÃO PAULO - SP

PUBLICAÇÃO SEMESTRAL DA
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO
(DIREITO GV)

TIRAGEM 600 EXEMPLARES

© RDGV - REVISTA DIREITO GV, MAIO 2005 – RIO DE JANEIRO
ED. FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ISSN 1808-2432

REVISTA DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO
(DIREITO GV) DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

EDITORES
DESDE JAN 2005, JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ
INCLUI BIBLIOGRAFIA

1. DIREITO – PERIÓDICOS. I. SÃO PAULO (CIDADE). DIREITO GV

TODOS OS DIREITOS DESTA EDIÇÃO
SÃO RESERVADOS À FGV.

DISTRIBUIÇÃO
COMUNIDADE CIENTÍFICA: 350 EXEMPLARES
LIVRARIAS: 250 EXEMPLARES
ACEITAMOS PERMUTA / *EXCHANGE DESIRED*

PROJETO GRÁFICO
MARCELO GUERREIRO
ULTRAVIOLETA DESIGN

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA
ULTRAVIOLETA DESIGN

PRODUÇÃO INDUSTRIAL
IMPRESSÃO E ACABAMENTO: RR DONNELLEY
DATA DE IMPRESSÃO: JUNHO 2011
TIRAGEM: 600 EXEMPLARES

APOIO
CONSELHO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO
CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO (CNPQ)

PERIODICIDADE
SEMESTRAL

CORRESPONDÊNCIA
RUA ROCHA, 233, 11º ANDAR - BELA VISTA
CEP 01330-000 - SÃO PAULO - SP - BRASIL
TEL. (11) 3799-2172
EMAIL: REVISTADIREITOGV@FGV.BR

Revista DIREITO GV

Regulation and Brazilian Problems: Contemporary Themes

Regulação e Problemas Brasileiros: Temas Contemporâneos

WTO DISPUTE SETTLEMENT: A SOCIOLEGAL ANALYSIS FROM THE PIERRE BOURDIEU'S PERSPECTIVE

SOLUCIÓN DE DISPUTAS EN LA OMC: UN ANÁLISIS A PARTIR DE LA SOCIOLOGÍA DE PIERRE BOURDIEU
JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA: **039**

THE PROMISING OIL PROVINCE OF THE PRE-SALT

A PROMISSORA PROVÍNCIA PETROLÍFERA DO PRÉ-SAL
ALESSANDRA ALOISE DE SEABRA, GILBERTO PASSOS DE FREITAS, MARCUS POLETTE E T. ÁNGEL DEL VALLS CASILLAS: **057**

CORRUPTION AND JUDICIAL SYSTEM: THE (IN)EFFECTIVENESS OF THE JUDICIAL SYSTEM AGAINST CORRUPTION

CORRUPÇÃO E JUDICIÁRIO: A (IN)EFICÁCIA DO SISTEMA JUDICIAL NO COMBATE À CORRUPÇÃO
CARLOS HIGINO RIBEIRO DE ALENCAR E IVO GICO JR.: **075**

FINANCIAL ACTIVITY AND CURRENCY: ANALISYS OF THE EXPERIENCE OF "CONJUNTO PALMEIRAS" IN FORTALEZA-CE

ATIVIDADE FINANCEIRA E MOEDA: ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA DO CONJUNTO PALMEIRAS EM FORTALEZA-CE
UINIE CAMINHA E MONIQUE FIGUEIREDO: **099**

RULEMAKING FUNCTION OF REGULATORY AGENCIES: A NEW TYPE OF ADMINISTRATIVE LAW?

FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: UMA NOVA CATEGORIA DE DIREITO ADMINISTRATIVO?
SÉRGIO GUERRA: **131**

Contracts and Law

Os Contratos e o Direito

CONTRACTUAL BREACHES AND SENTENCES DISPERSION

QUEBRAS CONTRATUAIS E DISPERSÃO DE SENTENÇAS
CHRISTIANE LELES REZENDE E DECIO ZYLBERSZTAJN: **155**

CONTRACTUAL RECIPROCITY: AN EXPRESSIVIST ANALYSIS

A RECIPROCIDADE NOS CONTRATOS: UMA ANÁLISE EXPRESSIVISTA
LEANDRO MARTINS ZANITELLI: **177**

Criminal Law and others themes

Direito Penal e outros temas

CASE LAW REGARDING CAUSAL RELATIONSHIP BETWEEN CONDUCT AND RESULT TO ATTRIBUTE CRIMINAL LIABILITY IN BRAZILIAN STATE SUPREME COURTS

NEXO CAUSAL EM MATÉRIA PENAL: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA
LUISA MORAES ABREU FERREIRA: **199**

NINA RODRIGUES AND THE PATHOLOGIZATION OF CRIME IN BRAZIL

NINA RODRIGUES E A PATOLOGIZAÇÃO DO CRIME NO BRASIL
CRISTIANE BRANDÃO AUGUSTO E FRANCISCO ORTEGA: **221**

THE PRINCIPLE OF THE UNIVERSALIZATION IN RAWLS AND HABERMAS: A CRITICAL VIEW

O PRINCÍPIO DA UNIVERSALIZAÇÃO EM RAWLS E HABERMAS: UMA AVALIAÇÃO CRÍTICA
LUIZ ANTONIO DE OLIVEIRA LIMA: **237**

BRAZILIAN INSERTION IN THE INTERNATIONAL POLITICS OF AGEING PEOPLE HUMAN RIGHTS

A INSERÇÃO DO BRASIL NA POLÍTICA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DA PESSOA IDOSA
MARIA HELENA DE AGUIAR NOTARI E MARIA HELENA J. M. DE MACEDO FRAGOSO: **259**

ADOLESCENT INTERNMENT BY THE COURT'S POINT OF VIEW

A INTERNAÇÃO DE ADOLESCENTES PELA LENTE DOS TRIBUNAIS
MARIA AUXILIADORA MINAHIM E KARYNA BATISTA SPOSATO: **277**

AN ACCIDENTAL INNOVATION CASE ON PUNISHMENT: THE BRAZILIAN DRUG LAW

UM CASO DE INOVAÇÃO "ACIDENTAL" EM MATÉRIA DE PENAS: A LEI BRASILEIRA DE DROGAS
ALVARO P. PIRES E JEAN-FRANÇOIS CAUCHIE: **299**

BOOK REVIEWS

RESENHAS

BOBBIO, PEACE AND THE HUMAN RIGHTS

BOBBIO, A PAZ E OS DIREITOS DO HOMEM
RAFAEL SALATINI: **333**

DOING UP THE DEVELOPMENT SHOELACE: THE NEW GLOBAL ECONOMY AND THE RELEVANCE OF A JUDICIAL-INSTITUTIONAL SKETCH NATIONALLY SUITABLE

AMARRANDO AS PRÓPRIAS BOTAS DO DESENVOLVIMENTO: A NOVA ECONOMIA GLOBAL E A RELEVÂNCIA DE UM DESENHO JURÍDICO-INSTITUCIONAL NACIONALMENTE ADEQUADO
MARIO GOMES SCHAPIRO: **341**

SOBRE OS AUTORES

Alessandra Aloise de Seabra

Doutoranda do Programa Erasmus Mundus "PhD in Marine and Coastal Management" - Universidade de Cádiz – Espanha.

Pesquisadora associada ao Núcleo de pesquisa da Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Santos

Rua Isidoro José Ribeiro de Campos, 63/44
Ponta da Praia – 11030–490
Santos – SP – Brasil

alessandra.seabra@alum.uca.es

Alvaro P. Pires

Professor titular do Departamento de Criminologia, Université d´Ottawa

Diretor da Cátedra de Pesquisa do Canadá em Tradição Jurídica e Racionalidade Penal Moderna

25 University Street
Ottawa, Ontário, Canadá
K1N 6N5

alvaro.pires@uottawa.ca

Carlos Higino Ribeiro de Alencar

Auditor-Fiscal da Receita Federal

Secretário de Transparência e Controle do Distrito Federal

Palácio do Buriti – Anexo – 12º andar
Centro Cívico – 70075–900
Brasília – DF – Brasil

carlos.higino.alencar@hotmail.com

Christiane Leles Rezende

Pesquisadora-doutora do Centro de Conhecimentos em Agronegócios, Pensa

Rua Valson Lopes, 101, sala S02
Rio Pequeno – 05360–020
São Paulo – SP – Brasil

christiane@pensa.org.br

Cristiane Brandão Augusto

Doutora em Ciências Humanas e Saúde pelo Instituto de Medicina Social da UERJ

Mestra em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Graduada em Direito pela PUC/RJ

Professora de Direito Penal da UCAM, do IBMEC e da EMERJ

Av Presidente Wilson, 118
Centro – 20030–020
Rio de Janeiro – RJ – Brasil

pedipe@ig.com.br

Decio Zylbersztajn

Presidente do Conselho do Centro de Conhecimentos em Agronegócios, Pensa

Professor titular da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, USP

Av. Professor Luciano Gualberto, 908, sala 18C
Cidade universitária – 05508–900
São Paulo – SP – Brasil

dezylber@usp.br

Francisco Ortega

Doutor em Filosofia pela Universidade de Bielefeld

Graduado em Filosofia pela Universidade Complutense de Madrid

Rua São Francisco Xavier, 524 – 7º andar - Bloco D
Maracanã - 20559-900
Rio de Janeiro - RJ – Brasil

fjortega@uol.com.br

Gilberto Passos de Freitas

Professor Titular da Pós-Graduação (Mestrado) Universidade Católica de Santos (Unisantos)

Rua Carvalho de Mendonça, 44 – Sala 205
Encruzilhada – 11070–100
Santos – SP – Brasil

gpassosfreitas@uol.com.br

Ivo Gico Jr.

Professor de Análise Econômica do Direito na Universidade Católica de Brasília (UCB)

Pesquisador Associado ao Grupo de Pesquisa em Direito & Economia (GPDE/UCB)

SGAN 916 Norte, Av. W5 Asa Norte
Asa Norte – 70790–160
Brasília – DF – Brasil

gico@ucb.br

Jean-François Cauchie

Professor adjunto, Departamento de Criminologia, Université d'Ottawa, Canadá.

25 University Street
Ottawa, Ontário, Canadá
K1N 6N5

jean-francois.cauchie@uottawa.ca

José Augusto Fontoura Costa

Doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo

Professor Titular da Universidade de São Paulo (FDUSP), da Universidade Católica de Santos (UniSantos) e da Universidade do Estado do Amazonas (UEA)

Av. Brig. Luís Antônio, 3030 – Apto. 405
Jardim Paulista – 01402–000
São Paulo – SP – Brasil

jafontouracosta@gmail.com

José Roberto Xavier

Tradutor

Mestre e doutorando em criminologia pela University of Ottawa

Pesquisador da Canadian Research Chair in Legal Traditions and Penal Rationality

1 Stewart St., room 130
KIN 6N5
Ottawa, Ontário, Canadá

jrfxavier@gmail.com

Karyna Batista Sposato

Professora do Curso de Direito e Pesquisadora do Núcleo de Pós-Graduação em Direito (NPGD) da Universidade Tiradentes (UNIT)

Doutoranda pela Universidade Federal da Bahia e pela Universidade Pablo de Olavide / Sevilha / Espanha)

Coordenadora Estadual da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais (ABPCP) em Sergipe

Rua François Hoald, 495
Atalaia – 49.037–000
Aracaju – Sergipe – Brasil

karyna_sposato@unit.br

Leandro Martins Zanitelli

Doutor em Direito pela UFRGS

Professor Titular da UniRitter/RS

Rua Santos Dumont, 888
Niterói – 92120–110
Canoas – RS – Brasil

leandro_zanitelli@uniritter.edu.br

Luisa Moraes Abreu Ferreira

Advogada, formada pela Direito GV

Mestranda em Direito Penal pela Universidade de São Paulo – USP

Rua Rocha, 220 – cj. 21
Bela Vista – 01330–000
São Paulo – SP – Brasil

luisaferreira@gmail.com

Luiz Antonio de Oliveira Lima

Doutor em Ciências Econômicas pela Unicamp

Mestre em Economia pela Michigan State University

Professor Titular da Fundação Getulio Vargas (FGV)

Av. Nove de Julho, 2029 – 11º andar
Bela Vista – 01313–902
São Paulo – SP – Brasil

luiz.lima@fgv.br

Marcus Polette

Pesquisador e professor do Centro de Ciências Tecnológicas da Terra e do Mar, Oceanografia Universidade do Vale do Itajaí (Univali)

Rua Uruguai, 458
Fazenda – 88302-202
Itajaí – SC – Brasil

mpolette@univali.br

Maria Auxiliadora Minahim

Professora Associada da Universidade Federal da Bahia (UFBA), Faculdade de Direito, Departamento de Direito Público

Membro do Conselho de Direitos Humanos da Bahia

Presidente Nacional da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais (ABPCP)

Rua da Paz s/n
Graça – 40150–140
Salvador – BA – Brasil
minahim@ufba.br

Maria Helena de Aguiar Notari

Bacharel em Relações Internacionais pela UnB

Oficial de Chancelaria

Ex-assessora Internacional do Programa Nacional para os Direitos dos Idosos da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, 2009

Rua Rocha, 233, 11º andar
Bela Vista – 01330–000
São Paulo – SP – Brasil
revistadireitogv@fgv.br

Maria Helena J. M. de Macedo Fragoso

Advogada, Especialista em Relações Internacionais pelo Programa Santiago Dantas (Unesp, Unicamp, PUC-SP)

Oficial de Chancelaria

Assessora Internacional da Coordenação Geral dos Direitos do Idoso, Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República

Rua Rocha, 233, 11º andar
Bela Vista – 01330–000
São Paulo – SP – Brasil
revistadireitogv@fgv.br

Mario Gomes Schapiro

Mestre e Doutorando em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da USP e pesquisador da FGV-EDESP

Rua Rocha, 233
Bela Vista – 01330–000
São Paulo – SP – Brasil
mario.schapiro@fgv.br

Monique Figueiredo

Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza

Bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FUNCAP

Av. Washington Soares, 1321
Edson Queiroz – 60811–905
Fortaleza – CE – Brasil

monique_sha@hotmail.com

Rafael Salatini

Doutor em Direto em Ciência Política pela USP.

Professor Adjunto I de Teoria Política na FADIR-UFGD

Av. Hygino Muzzi Filho, 737
Campus Universitário – 17525-900
Marília – SP – Brasil

rafaelsalatini@marilia.unesp.br

Sérgio Guerra

Pós-Doutor em Administração Pública, FGV/EBAPE

Doutor e Mestre em Direito

Professor Titular de Direito Administrativo dos cursos de Graduação e de Mestrado em Poder Judiciário da Direito GV/ RJ

Praia de Botafogo, 190 – 13º andar
Botafogo – 22250–190
Rio de Janeiro – RJ – Brasil

sergio.guerra@fgv.br

T. Ángel Del Valls Casillas

Profesor Catedrático da Facultad de Ciencias del Mar y Ambientales

Unesco/Unitwin/WiCop

Universidad de Cádiz (UCA)

Polígono Río San Pedro, s/n
Puerto Real – 11510
Cádiz – España

angel.valls@uca.es

Uinie Caminha

Doutora em direito pela Universidade de São Paulo (USP)

Professora Adjunta da Universidade de Fortaleza (Unifor) e da Universidade Federal do Ceará (UFC)

Av. Washington Soares, 1321
Edson Queiroz – 60811–905
Fortaleza – CE – Brasil

ucaminha@unifor.br

PUBLICAÇÕES DIREITO GV

COLEÇÃO DIREITO, DESENVOLVIMENTO, JUSTIÇA

DIREITO E INTERPRETAÇÃO: RACIONALIDADE E INSTITUIÇÕES
Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (org.). São Paulo: Saraiva, 2011.

ESTADO DE DIREITO E O DESAFIO DO DESENVOLVIMENTO
Dimitri Dimoulis e Oscar Vilhena Vieira (org.). São Paulo: Saraiva, 2011.

A JUSTIFICAÇÃO DO FORMALISMO JURÍDICO: TEXTOS EM DEBATE
José Rodrigo Rodriguez (org.). São Paulo: Saraiva, 2011.

CARL SCHMITT E A FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO
Ronaldo Porto Macedo Jr. São Paulo: Saraiva, 2011.

COFINS: ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS
Vanessa Rahal Canado. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIREITOS FUNDAMENTAIS, SEPARAÇÃO DE PODERES E DELIBERAÇÃO
Conrado Hübner Mendes. São Paulo: Saraiva, 2011.

FRAGMENTOS PARA UM DICIONÁRIO CRÍTICO DE DIREITO E DESENVOLVIMENTO
José Rodrigo Rodriguez (org.). São Paulo: Saraiva, 2011.

DIREITO E CRÉDITO BANCÁRIO NO BRASIL
Emerson Ribeiro Fabiani. São Paulo: Saraiva, 2011.

O ESTADO E O DIREITO DEPOIS DA CRISE
José Eduardo Faria. São Paulo: Saraiva, 2011.

NOVOS PARÂMETROS PARA A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA: AS FERRAMENTAS JURÍDICAS E A RACIONALIDADE DA ATUAÇÃO DO BNDES EM UMA ECONOMIA BASEADA NO CONHECIMENTO.
Mario Gomes Schapiro. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIREITO E ECONOMIA: TEXTOS ESCOLHIDOS.
Bruno Meyerhof Salma (org.). São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL: DIREITO, RESPONSABILIZAÇÃO E VERDADE.
Dimitri Dimoulis, Antonio Martins, Lauro Joppert Swensson Junior (org.). São Paulo: Saraiva, 2010.

NAS FRONTEIRAS DO FORMALISMO: A FUNÇÃO SOCIAL DA DOGMÁTICA JURÍDICA HOJE.
José Rodrigo Rodriguez, Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa, Samuel Rodrigues Barbosa (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2010.

O SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (1828-1889): UMA HISTÓRIA.
José Reinaldo de Lima Lopes (org.). São Paulo: Saraiva, 2010.

O ORÁCULO DE DELFOS: CONSELHO DE ESTADO E DIREITO NO BRASIL OITOCENTISTA.
José Reinaldo de Lima Lopes. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEDIDO E CAUSA DE PEDIR.
Daniela Monteiro Gabbay. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIREITO E MOEDA.
Camila Villard Duran. São Paulo: Saraiva, 2010.

OS JURISTAS NA FORMAÇÃO DO ESTADO-NAÇÃO BRASILEIRO – VOLUME II – DE 1850 A 1930.
Carlos Guilherme Mota (coord.). São Paulo: Saraiva, 2010.

OS JURISTAS NA FORMAÇÃO DO ESTADO-NAÇÃO BRASILEIRO – VOLUME III – 1930 AOS DIAS ATUAIS.
Carlos Guilherme Mota e Natasha S. C. Salinas (coord.). São Paulo: Saraiva, 2010.

O NOVO DIREITO E DESENVOLVIMENTO:
PRESENTE, PASSADO E FUTURO. TEXTOS SELECIONADOS DE DAVID M. TRUBEK.
José Rodrigo Rodriguez (org.). São Paulo: Saraiva, 2009.

ENSINO JURÍDICO PARTICIPATIVO: CONSTRUÇÃO DE PROGRAMAS, EXPERIÊNCIAS DIDÁTICAS.
José Garcez Ghiradi; Rafael Domingos Faiardo Vanzella (org.). São Paulo: Saraiva, 2009.

MÉTODOS DE ENSINO EM DIREITO: CONCEITOS PARA UM DEBATE.
José Garcez Ghiradi (org.). São Paulo: Saraiva, 2009.

TEORIA DA RESPONSABILIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: TEXTOS DE KLAUS GÜNTHER.
Flavia Portella Püschel; Marta Rodrigues de Assis Machado (org.). Trad. Flavia Portella Püschel. São Paulo: Saraiva, 2009.

FUGA DO DIREITO: UM ESTUDO SOBRE O DIREITO CONTEMPORÂNEO A PARTIR DE FRANZ NEUMANN.
José Rodrigo Rodriguez. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOLIDARIEDADE E RESPONSABILIDADE:
O TRATAMENTO JURÍDICO DOS EFEITOS DA CRIMINALIDADE VIOLENTA NO TRANSPORTE PÚBLICO DE PESSOAS NO BRASIL.
André Rodrigues Corrêa. São Paulo: Saraiva, 2009.

CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANÇAS PÚBLICAS:
DO FATO À NORMA, DA REALIDADE AO CONCEITO JURÍDICO.
Eurico Marcos Diniz de Santi (coord.). São Paulo: Saraiva, 2008.

INSTITUIÇÕES DE DIREITO PENAL. VOL. 1, TOMOS 1 E 2.
Basileu Garcia. São Paulo: Saraiva, 2008.

PODER JUDICIÁRIO E DESENVOLVIMENTO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIO BRASILEIRO.
PRÊMIO BOVESPA – DIREITO GV 2007.
Andréa Di Sarno Neto; Felipe Daud; Rafael Andrade; Maria Fernanda Calado de Aguiar Ribeiro Cury; Mariana M. Alegre de Paiva. São Paulo: Saraiva, 2008.

AUTO-REGULAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS BRASILEIRO.
PRÊMIO BOVESPA – DIREITO GV 2008.
Flora Pinotti Sano; Maria Fernanda Calado de Aguiar Ribeiro Cury; Roberto Codorniz Leite Pereira; Dalton Tria Cusciano. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUIZADO ESPECIAL:
CRIAÇÃO, INSTALAÇÃO, FUNCIONAMENTO E A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA.
Luciana Gross Cunha. São Paulo: Saraiva, 2007.

OUTROS LIVROS

DIREITO GV: CONSTRUÇÃO DE UM SONHO – INOVAÇÃO, MÉTODOS, PESQUISA, DOCÊNCIA.
Antonio Angarita (coord.), Diego Rafael Ambrosini, Natasha Caccia Salinas. São Paulo: DIREITO GV, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PRIVADAS: UMA INTRODUÇÃO AO DIREITO PRIVADO COM MÉTODOS DE ENSINO PARTICIPATIVOS.
Flavia Portella Püschel (org.). São Paulo: Quartier Latin, 2007.

INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: A GESTÃO DE PROBLEMAS INTERNACIONAIS POR MEIO DO CRIME E DA PENA.
Maíra Rocha Machado. São Paulo: Editora 34, 2004.

A RESPONSABILIDADE POR FATO DO PRODUTO NO CDC: ACIDENTES DE CONSUMO.
Flavia Portella Püschel. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CONFLITO DE INTERESSES NOS GRUPOS SOCIETÁRIOS.
Viviane Muller Prado. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LAVAGEM DE DINHEIRO E RECUPERAÇÃO DE ATIVOS: BRASIL, NIGÉRIA, REINO UNIDO E SUÍÇA.
Maíra Rocha Machado; D. F. Refinetti (org.). São Paulo: Quartier Latin, 2006.

OS JURISTAS NA FORMAÇÃO DO ESTADO-NAÇÃO BRASILEIRO. DO SÉCULO XVI A 1850.
Carlos Guilherme Mota (org.). São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006.

DIREITOS HUMANOS, ESTADO DE DIREITO E A CONSTRUÇÃO DA PAZ.
Oscar Vilhena Vieira (org.). São Paulo: Quartin Latin, 2005.

FONTES E NORMAS DO DIREITO INTERNACIONAL: UM ESTUDO SOBRE A SOFT LAW.
Salem Hikmat Nasser. São Paulo: Atlas, 2005.

CURSO DE HISTÓRIA DO DIREITO.
José Reinaldo de Lima Lopes Lopes; Thiago dos Santos Acca; Rafael Mafei Rabelo Queiroz. São Paulo: Método, 2006.

CURSO DE FILOSOFIA POLÍTICA.
Ronaldo Porto Macedo Jr. (coord.). São Paulo: Atlas, 2008.

OFERTA PÚBLICA DE AÇÕES OBRIGATÓRIA NAS S.A. - TAG ALONG.
Roberta Nioac Prado. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

A MODERNIZAÇÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO: SURSIS, LIVRAMENTO CONDICIONAL E OUTRAS REFORMAS DO SISTEMA DE PENAS CLÁSSICO NO BRASIL, 1924-1940.
Rafael Mafei Rabelo Queiroz. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006.

: CADERNOS DIREITO GV

1 APONTAMENTOS SOBRE A PESQUISA EM DIREITO NO BRASIL.
Marcos Nobre. São Paulo: DIREITO GV, set. 2004.

2 IMPACT OF THE WTO AGREEMENT ON TEXTILES & CLOTHING ON BRAZILIAN EXPORTS OF TEXTILES AND CLOTHING TO THE UNITED STATES.
Guido Fernando S. Soares; Maria Lúcia Pádua Lima; Maria Carolina M. de Barros; Michelle Ratton Sanchez; Sérgio Goldbaum, Elaini C. Silva. São Paulo: DIREITO GV, abril 2005.

3 REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO, DESENVOLVIMENTO E DEMOCRACIA.
Direito GV. São Paulo: DIREITO GV, nov. 2004.

4 O SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO, A PRODUÇÃO DE INFORMAÇÕES E SUA UTILIZAÇÃO.
Luciana Gross Cunha.,Alexandre Cunha; Flávia Scabin;, Mariana Macário; Marcelo Issa. São Paulo: DIREITO GV, março 2005.

5 REFLEXÕES SOBRE O ENSINO DO DIREITO.
Flávia Portella Püschel e José Rodrigo Rodriguez. São Paulo: DIREITO GV, maio 2005.

6 I SIMPÓSIO OAB-SP E FGV-EDESP SOBRE DIREITO EMPRESARIAL E NOVO CÓDIGO CIVIL.
DIREITO GV e OAB-SP. jul. 2005.

7 PREMISSAS DO PROJETO DA DIREITO GV PARA DESENVOLVIMENTO DO MATERIAL DIDÁTICO PARA O CURSO DE DIREITO: ORGANIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PRIVADAS.
Maurício Portugal Ribeiro. São Paulo: DIREITO GV, set. 2005.

8 MODELOS DE ADJUDICAÇÃO/MODELS OF ADJUDICATION.
Owen Fiss. São Paulo: DIREITO GV, nov. 2005.

9 RELATÓRIO DA PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA SOBRE DIREITO SOCIETÁRIO E MERCADO DE CAPITAIS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.
Viviane Muller Prado e Vinícius Correa Bruanelli. São Paulo: DIREITO GV, jan. 2006.

10 **PODER CONCEDENTE E MARCO REGULATÓRIO NO SANEAMENTO BÁSICO**.
Conrado Hübner Mendes e Diogo R. Coutinho (coord.). São Paulo: DIREITO GV, mar. 2006.

11 **CONTANDO A JUSTIÇA: A PRODUÇÃO DE INFORMAÇÃO NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO**.
Luciana Gross Cunha (org.). São Paulo: DIREITO GV, maio 2006.

12 **FOCOS - FÓRUM CONTEXTO INTERNACIONAL E SOCIEDADE CIVIL -** EDIÇÕES I, II E III.
Michelle Ratton Sanchez, Cassio Luiz de França, Elaini C. G. da Silva (coord.). São Paulo: DIREITO GV, jul. 2006.

13 **PROGRAMA DE CLÍNICAS NAS ESCOLAS DE DIREITO DE UNIVERSIDADES NORTE-AMERICANAS**.
Ana Mara França Machado e Rafael Francisco Alves. São Paulo: DIREITO GV, set. 2006.

14 **FOCOS - FÓRUM CONTEXTO INTERNACIONAL E SOCIEDADE CIVIL - EDIÇÃO IV - NEGOCIAÇÕES COMERCIAIS AGRÍCOLAS E DESENVOLVIMENTO NA OMC**.
Cássio Luiz de França e Michelle Ratton Sanchez. São Paulo: DIREITO GV, nov. 2006.

15 **A COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL NO BRASIL**.
Maíra Rocha Machado e Marco Aurélio Cezarino Braga. São Paulo: DIREITO GV, jan. 2007.

16 **O MÉTODO DE LEITURA ESTRUTURAL**.
Ronaldo Porto Macedo Jr. São Paulo: DIREITO GV, mar. 2007.

17 **PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL:** COMÉRCIO, SAÚDE E MEIO AMBIENTE NA OMC – COMUNIDADES EUROPÉIAS VS. BRASIL: O CASO DOS PNEUS.
Juana Kweitel e Michelle Ratton Sanchez (orgs.). São Paulo: DIREITO GV, maio 2007.

18 **EXPERIÊNCIAS E MATERIAIS SOBRE OS MÉTODOS DE ENSINO -** APRENDIZADO DA DIREITO GV.
Rafael Domingos Faiardo Vanzella. São Paulo: DIREITO GV, jul. 2007.

19 **O NOVO DIREITO E DESENVOLVIMENTO:** ENTREVISTA COM DAVID TRUBEK.
José Rodrigo Rodriguez (Coord.), Ana Mara Machado, Luisa Ferreira, Gisela Mation, Rafael Andrade, Bruno Pereira. São Paulo: DIREITO GV, set. 2007.

20 **A FORMAÇÃO DO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO –** CRIAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE COMÉRCIO NO IMPÉRIO.
José Reinaldo Lima Lopes. São Paulo: DIREITO GV, nov. 2007.

21 **TRIBUTAÇÃO, RESPONSABILIDADE FISCAL E DESENVOLVIMENTO:** DIREITO À TRANSPARÊNCIA – ESTUDO SOBRE A DESTINAÇÃO DA CPMF E DA CIDE-COMBUSTÍVEIS.
Eurico Diniz de Santi (coord.), Tathiane dos Santos Piscitelli e Andréa Mascitto. São Paulo: DIREITO GV, jan. 2008.

22 **O QUE É PESQUISA EM DIREITO E ECONOMIA?**.
Bruno Meyerhof Salama. São Paulo: DIREITO GV, mar. 2008.

23 **LIMITES DO DIREITO PENAL:**
PRÍNCIPIOS E DESAFIOS.
Ulrich Sieber. São Paulo: DIREITO GV, maio 2008.

24 **UMA ETNOGRAFIA DE CARTÓRIOS JUDICIAIS EFEITOS DA ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DE CARTÓRIOS JUDICIAIS SOBRE A MOROSIDADE PROCESSUAL:**
ESTUDO DE CASOS EM CARTÓRIOS JUDICIAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO
- LEVANTAMENTO ETNOGRÁFICO.
Paulo Eduardo Alves da Silva (coord.). São Paulo: DIREITO GV, jul. 2008.

25 **PESQUISA EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO**.
DIREITO GV. set. 2008.

26 **MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO**.
José Eduardo Campos de Oliveira Faria, Ronaldo Porto Macedo Jr., Flavia Portella Püschel e Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: DIREITO GV, nov. 2008.

27 **DRUG COUNTERFEIT AND PENAL LAW IN BRAZIL**.
Marta Rodriguez de Assis Machado (Coord.). São Paulo: DIREITO GV, jan. 2009.

28 **UMA CONVERSA SOBRE DIREITO SOCIETÁRIO COMPARADO COM O PROFESSOR KLAUS HOPT**.
Viviane Muller Prado (Coord.), Rafael de Almeida Rosa Andrade, Gisela Mation, Jessica Winge, Luiza Vasconcelos. São Paulo: DIREITO GV, mar. 2009.

29 **INTERPRETAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E INSTITUIÇÕES**.
Catarina Barbieri e Ronaldo Porto Macedo Jr. (coord.). Luciana Reis e Marcelo Shima Luize (colaboração especial). São Paulo: DIREITO GV, maio 2009.

30 **CRISE NO SISTEMA FINANCEIRO INTERNACIONAL.**
Ary Oswaldo Mattos Filho e Maria Lúcia Labate Mantovanini Pádua Lima (coord.). São Paulo: DIREITO GV, jul 2009.

31 **METODOLOGIA DE ENSINO JURÍDICO NO BRASIL: ESTADO DA ARTE E PERSPECTIVAS. EXPOSIÇÕES, DEBATES E RELATOS DO WORKSHOP NACIONAL DE METODOLOGIA DE ENSINO.**
José Garcez Ghirardi (coord.). Ieda Dias de Lima, Ligia Paula P. Pinto Sica, Luciana de Oliveira Ramos. São Paulo: DIREITO GV, set 2009.

32 **ARBITRAGEM E PODER JUDICIÁRIO: UMA RADIOGRAFIA DOS CASOS DE ARBITRAGEM QUE CHEGAM AO JUDICIÁRIO BRASILEIRO.**
Adriana Braghetta; Daniela Monteiro Gabbay; Eleonora Coelho Pitombo; Rafael Francisco Alves; Selma Ferreira Lemes (coord. geral). São Paulo: DIREITO GV, nov., 2009.

33 **PESQUISA EM DEBATE: A APLICAÇÃO DA LEI DE CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.**
Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena. DIREITO GV. Cadernos DIREITO GV. São Paulo: DIREITO GV, jan. 2010.

34 **PARA ONDE VAI A ARBITRAGEM NO BRASIL?**
Camila Villard Duran (coord.). Cadernos DIREITO GV. São Paulo: DIREITO GV, mar. 2010.

35 **FORMALISMO, DOGMÁTICA JURÍDICA E ESTADO DE DIREITO:** UM DEBATE SOBRE O DIREITO CONTEMPORÂNEO A PARTIR DA OBRA DE TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.
José Rodrigo Rodriguez, Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa, Samuel Rodrigues Barbosa (coord.). Cadernos DIREITO GV. São Paulo: DIREITO GV, maio 2010.

36 **CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO E A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO** (UMA ENTREVISTA)
Daniela Monteiro Gabbay, José Rodrigo Rodriguez, Luis Guilherme Aidar Bondioli, Paulo Eduardo Alves da Silva, Rafael Francisco Alves e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira. Cadernos DIREITO GV. São Paulo: DIREITO GV, jul. 2010.

37 **AVALIAÇÃO E MÉTODOS DE ENSINO EM DIREITO**
José Garcez Ghirardi (coord.), Ana Mara França Machado, Catarina Helena Cortada Barbieri, Ieda Miyuki Koshi Dias de Lima, Juliana Bonacorsi de Palma, Ligia Paula Pires Pinto Sica, Luciana de Oliveira Ramos e Vivian Cristina Schorscher. Cadernos DIREITO GV. São Paulo: DIREITO GV, set. 2010.

38 **INSIDER TRADING:** DADOS E REFLEXÕES
Viviane Muller Prado (coord.). Cadernos DIREITO GV. São Paulo: DIREITO GV, nov. 2010.

: REVISTA DIREITO GV

REVISTA DIREITO GV, ED. ESPECIAL
ECONOMIC AND SOCIAL REGULATION. Diversos. DIREITO GV, nov/2005

REVISTA DIREITO GV 01
REVISTA, VOL. 1, N.1. *Diversos.* DIREITO GV, jan-jun/2005

REVISTA DIREITO GV 02
REVISTA, VOL. 1, N.2. *Diversos.* DIREITO GV, jul-dez/2005

REVISTA DIREITO GV 03
REVISTA, VOL. 2, N.1. *Diversos.* DIREITO GV, jan-jun/2006

REVISTA DIREITO GV 04
REVISTA, VOL. 2, N.2. *Diversos.* DIREITO GV, jul-dez/2006

REVISTA DIREITO GV 05
REVISTA, VOL. 3, N.1. *Diversos.* DIREITO GV, jan-jun/2007

REVISTA DIREITO GV 06
REVISTA, VOL. 3, N.2. *Diversos.* DIREITO GV, jul-dez/2007

REVISTA DIREITO GV 07
REVISTA, VOL. 4, N.1. *Diversos*. DIREITO GV, JAN-JUN/2008

REVISTA DIREITO GV 08
REVISTA, VOL. 4, N.2. *Diversos*. DIREITO GV, JUL-DEZ/2008

REVISTA DIREITO GV 09
REVISTA, VOL. 5, N.1. *Diversos*. DIREITO GV, JAN-JUN/2009

REVISTA DIREITO GV 10
REVISTA, VOL. 5, N.2. *Diversos*. DIREITO GV, JUL-DEZ/2009

REVISTA DIREITO GV 11
REVISTA, VOL. 6, N.1. *Diversos*. DIREITO GV, JAN-JUN/2010

REVISTA DIREITO GV 12
REVISTA, VOL. 6, N.2. *Diversos*. DIREITO GV, JUL-DEZ/2010

: ARTIGOS (WORKING PAPERS) DIREITO GV

Disponíveis em: *www.fgv.br/direitogv/publicacoes*

WORKING PAPER 01 – NOV 2007
GRUPOS DE EMPRESAS NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ
VIVIANE MULLER PRADO, MARIA CLARA TRONCOSO

WORKING PAPER 02 – NOV 2007
UM TEMA SOB VÁRIAS PERSPECTIVAS: RELATO DE UMA EXPERIÊNCIA COM TÉCNICAS DE ENSINO VARIADAS
FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL

WORKING PAPER 03 – NOV 2007
O QUE É "DIREITO E ECONOMIA"? UMA INTRODUÇÃO À EPISTEMOLOGIA DA DISCIPLINA PARA O ESTUDANTE, O PROFISSIONAL E O PESQUISADOR EM DIREITO
BRUNO MEYERHOF SALAMA

WORKING PAPER 04 – NOV 2007
ANTI-MONEY LAUNDERING AND GOVERNANCE IN LATIN AMERICA
MAÍRA ROCHA MACHADO, GUILLERMO JORGE

WORKING PAPER 05 – NOV 2007
A JURIDIFICAÇÃO DO RACISMO: UMA ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DO TJ DE SÃO PAULO
FLÁVIA PORTELLA PÜSCHEL, JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ, MARTA RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO

WORKING PAPER 06 – NOV 2007
THE INSURANCE FUNCTION OF CONTRACTS
BRUNO MEYERHOF SALAMA

WORKING PAPER 07 – NOV 2007
FINANCIAL REGULATION AND INTERNATIONAL CRIMINAL POLICY: THE ANTI-MONEY LAUNDERING SYSTEM IN BRAZIL AND ARGENTINA
MAÍRA ROCHA MACHADO

WORKING PAPER 08 – NOV 2007
WHAT IS LAW CRITIQUE? IMMANENT CRITIQUE, INSTITUTIONAL NIHILISM AND PROJECTS OF JURIDIFICATION
JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ

WORKING PAPER 09 – NOV 2007
PUNITIVE DAMAGES IN BRAZILIAN LAW AND THE BOUNDARIES BETWEEN CRIMINAL AND CIVIL LIABILITIES
FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL

WORKING PAPER 10 – NOV 2007
A GESTÃO DA ONIPOTÊNCIA: ENSINAR DIREITO A INICIANTES
JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ

WORKING PAPER 11 – NOV 2007
O RACIOCÍNIO JURÍDICO-DOGMÁTICO E SUAS RELAÇÕES COM O FUNCIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO E A DEMOCRACIA
JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ, FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL, MARTA RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO

WORKING PAPER 12 – NOV 2007
INTERNATIONALISATION DU DROIT EN AMÉRIQUE LATINE
MIREILLE DELMAS-MARTY, KATHIA MARTIN-CHENUT, MAÍRA ROCHA MACHADO

WORKING PAPER 13 – DEZ 2007
CONTINGENT EDIS: A NEW CONTRACTUAL FRAMEWORK FOR MINIMIZING THE RISK OF INCENTIVE FAILURES
BRUNO MEYERHOF SALAMA

WORKING PAPER 14 – DEZ 2007
O ENSINO DA DEFESA E DA PROMOÇÃO DA CONCORRÊNCIA NOS CURSOS DE GRADUAÇÃO EM DIREITO NO BRASIL: O ESTADO DA ARTE
LEONARDO ARQUIMIMO DE CARVALHO

WORKING PAPER 15 – JAN 2008
JUDICIAL ADMINISTRATION IN BRAZIL: COURTS CASELOAD STATISTICS
LUCIANA GROSS CUNHA

WORKING PAPER 16 – FEV 2008
ANÁLISE DO FUNCIONAMENTO DAS VARAS DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA COMARCA DA CIDADE DE SÃO PAULO
LUCIANA GROSS CUNHA, PAULO EDUARDO ALVES DA SILVA, THOMAZ HENRIQUE JUNQUEIRA DE ANDRADE PEREIRA

WORKING PAPER 17 – MAR 2008
ANOTAÇÕES SOBRE O "NEOCONSTITUCIONALISMO" (E SUA CRÍTICA)
DIMITRI DIMOULIS

WORKING PAPER 18 – JUN 2008
A APLICAÇÃO DA LEI N. 7.492/86 NOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS E NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
MAÍRA ROCHA MACHADO, MARTA RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO E MARTA CRISTINA CURY SAAD GIMENES (COORD.)

WORKING PAPER 19 – MAIO 2008
PATENT BARGAINS IN NICS: THE CASE OF BRAZIL
BRUNO MEYERHOF SALAMA E DANIEL BENOLIEL

WORKING PAPER 20 – JUN 2008
THE COMMUNICATIVE FUNCTION OF CIVIL LIABILITY: EVIDENCE FROM A CASE OF IMPUNITY
FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL

WORKING PAPER 21 – JUN 2008
RULE OF LAW AND DEVELOPMENT: THE DISCOURSES ON INSTITUTIONAL REFORMS IN THE JUSTICE SYSTEM
LUCIANA GROSS SIQUEIRA CUNHA

WORKING PAPER 22 – JUN 2008
WINNING AT THE WTO: THE DEVELOPMENT OF A TRADE POLICY COMMUNITY WITHIN BRAZIL
BARBARA ROSENBERG, GREGORY SHAFFER, MICHELLE RATTON SANCHEZ

WORKING PAPER 23 – JUN 2008
A REGULAMENTAÇÃO DA PROPRIEDADE NO SETOR DE GÁS NATURAL NA BOLÍVIA: IMPACTOS PARA O DESENVOLVIMENTO?
ANDRÉ CORRÊA E MICHELLE RATTON SANCHEZ

WORKING PAPER 24 – JUL 2008
PRE-EMPTION AND PUNISHMENT IN THE RISK SOCIETY: A THEORETICAL DEBATE ABOUT INNOVATIONS IN THE THEORY OF PUNISHMENT
MARTA RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO

WORKING PAPER 25 – AGO 2008
EXCESSO E EFICIÊNCIA NA PENALIDADE CONTEMPORÂNEA E EXPERTISE NACIONAL
LAURINDO DIAS MINHOTO

WORKING PAPER 26 – SET 2008
DIREITO E DESENVOLVIMENTO COM DAVID TRUBEK
JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ

WORKING PAPER 27 – SET 2008
PARA ALÉM DA SEPARAÇÃO DE PODERES - FORMALISMO, DOGMÁTICA JURÍDICA E DEMOCRACIA
JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ

WORKING PAPER 28 – OUT 2008
A FUNÇÃO COMUNICATIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL: EVIDÊNCIAS A PARTIR DE UM CASO DE IMPUNIDADE
FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL

WORKING PAPER 29 – nov 2008
The WTO and THE OECD rules on export credits: a virtuous circle? The example of the Embraer case and the 2007 civil aircraft understanding
Michelle Ratton Sanchez

WORKING PAPER 30 – abr 2009
Notas sobre a disciplina infra-legal da reversibilidade dos bens afetados aos serviços públicos de telecomunicações: inovações e ilegalidades da resolução Anatel n. 447/2006
Caio Mário da Silva Pereira Neto, José Inacio Ferraz de Almeida Prado Filho, Mateus Piva Adami

WORKING PAPER 31 – maio 2009
Responsabilidade
Flavia Portella Püschel

WORKING PAPER 32 – maio 2009
Para uma pedagogia da incerteza: reflexões sobre o ensino da dogmática jurídica
José Rodrigo Rodriguez

WORKING PAPER 33 – maio 2009
Inverter o espelho: o direito ocidental em normatividades plurais
José Rodrigo Rodriguez

WORKING PAPER 34 – maio 2009
Repensando a relação entre estado, direito e desenvolvimento: os limites do paradigma Rule of Law no ambiente financeiro e a prevalência do BNDES no panorama brasileiro
Mario Gomes Schapiro

WORKING PAPER 35 – maio 2009
O judiciário e o império do Brasil: o Supremo Tribunal de Justiça (1828-1889)
Andréa Slemian, José Reinaldo de Lima Lopes, Paulo Macedo Garcia Neto

WORKING PAPER 36 – maio 2009
Dogmática jurídica (verbete)
José Rodrigo Rodriguez

WORKING PAPER 37 – maio 2009
Critical legal thought (1920-1940) (the case of Brazil)
José Reinaldo de Lima Lopes e Paulo Macedo Garcia Neto

WORKING PAPER 38 – jun 2009
The Global Administrative Law Project: a review from Brazil
Michelle Ratton Sanchez

WORKING PAPER 39 – jul 2009
Política fiscal e política criminal: o direito penal nas estratégias arrecadatórias do estado brasileiro (1990-2006)
Maíra Rocha Machado e Marta Rodriguez de Assis Machado (coord.)

WORKING PAPER 40 – JUL 2009
INVALIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL
ADRIANA BRAGHETTA, EDUARDO D. GONÇALVES, DANIELA M. GABBAY, ELEONORA PITOMBO, GUSTAVO S. KULESZA, PATRÍCIA S. KOBAYASHI, PAULO EDUARDO A. DA SILVA, RAFAEL F. ALVES, SELMA F. LEMES, VERA CECÍLIA M. DE BARROS

WORKING PAPER 41 – JUL 2009
COMO INTERPRETAR AS NORMAS EMITDAS PELO BACEN E CMN?
BRUNO MEYERHOF SALAMA

WORKING PAPER 42 – JUL 2009
ARBITRAGEM E PODER JUDICIÁRIO
DIREITO GV E COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM (CBAR)

WORKING PAPER 43 – JUL 2009
POLÍTICA INDUSTRIAL
MARIO GOMES SCHAPIRO

WORKING PAPER 44 – OUT 2009
EMPRESA E DESENVOLVIMENTO: IMPORTAM AS ESTRUTURAS JURÍDICO-ORGANIZATIVAS À DISPOSIÇÃO DOS AGENTES PARA O EXERCÍCIO DE ATIVIDADES EMPRESARIAIS
DANILO BORGES DOS SANTOS GOMES ARAUJO

WORKING PAPER 45 – OUT 2009
O JUIZ E SEUS FANTASMAS: RACIONALIDADE JURISDICIONAL, DOGMÁTICA JURÍDICA E DEMOCRACIA
JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ

WORKING PAPER 46 – MAR 2010
RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA: CORREÇÃO DE TROCAS INEFICIENTES OU REPRESSÃO AO ILÍCITO?
FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL

WORKING PAPER 47 – MAR 2010
AS GRAMÁTICAS DA PROTEÇÃO SOCIAL E SUAS IMPLICAÇÕES PARA O DESENHO DE POLÍTICAS PÚBLICAS
JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ

WORKING PAPER 48 – MAR 2010
SISTEMAS TRIBUTÁRIOS INTERNACIONAIS: UMA COMPARAÇÃO JURÍDICO-ECONÔMICA
DALTON YOSHIO HIRATA

WORKING PAPER 49 – MAR 2010
TOWARDS AN INTELLECTUAL PROPERTY BARGAINING THEORY: THE POST-WTO ERA
DANIEL BENOLIEL E BRUNO MEYERHOF SALAMA

WORKING PAPER 50 – MAR 2010
REGULAÇÃO CAMBIAL ENTRE A ILEGALIDADE E A ARBITRARIEDADE: O CASO DA COMPENSAÇÃO PRIVADA DE CRÉDITOS INTERNACIONAIS
BRUNO MEYERHOF SALAMA

WORKING PAPER 51 – mar 2010
Pharmaceutical patent bargains: the brazilian experience
Daniel Benoliel e Bruno Meyerhof Salama

WORKING PAPER 52 – mar 2010
Como interpretar as normas emitidas pelo Bacen e CMN? Uma resposta a partir da evolução do modelo de Estado brasileiro
Bruno Meyerhof Salama

WORKING PAPER 53 – abr 2010
Islamic law and international law: the terms of a relationship
Salem Hikmat Nasser

WORKING PAPER 54 – maio 2010
2nd Stage of the Research on "Arbitration and the Judiciary" Theme Report: Validity, Efficiency and Existence of the Arbitration Agreement
Daniela Monteiro Gabbay e Giovanni Ettore Nannin (coord.)

WORKING PAPER 55 – maio 2010
Governança Administrativa, Dinâmica Institucional e Financiamento Industrial no Brasil: novos parâmetros, velhos problemas
Mario Gomes Schapiro

WORKING PAPER 56 – jun 2010
Zonas de autarquia nas decisões jurisdicionais: Estado de Direito, indeterminação e democracia
José Rodrigo Rodriguez

WORKING PAPER 57 – ago 2010
Emancipação humana e direito: Franz Neumann
José Rodrigo Rodriguez

WORKING PAPER 58 – ago 2010
Rumo a uma teorização jurídica da inovação financeira: os negócios bancários indiretos
Bruno Meyerhof Salama

WORKING PAPER 59 – set 2010
Operações de crédito dentro de grupos financeiros: governança corporativa como complemento à regulação bancária
Bruno Meyerhof Salama e Viviane Muller Prado

WORKING PAPER 60 – set 2010
2ª Fase da pesquisa "Arbitragem e poder judiciário". Relatório do tema: Validade, eficácia e existência da convenção arbitral.
Daniela Monteiro Gabbay e Giovanni Ettore Nanni (coord.)

WORKING PAPER 61 – set 2010

2ª Fase da pesquisa "Arbitragem e poder judiciário". Relatório do tema: Homologação de sentença arbitral estrangeira. Artigos (working papers)

Flavia Foz Mange e Priscila Knoll Aymone (coord.)

WORKING PAPER 62 – dez 2010

O Deus-sociedade contra o Diabo-mercado?: pesquisa científica, conhecimentos tradicionais e interesses econômicos

José Rodrigo Rodriguez, Mariana Giorgetti Valente, Flávio Marques Prol e Bianca Tavolari

WORKING PAPER 63 – dez 2010

Proteção ao acionista minoritário no Brasil : breve histórico, estrutura legal e evidências empíricas

Bruno Meyerhof Salama e Viviane Muller Prado

WORKING PAPER 64 – mar 2011

Segurança jurídica e estratégias legislativas: restauração x reforma

José Rodrigo Rodriguez

CARTA DO EDITOR

Este número da Revista DIREITO GV traz um dossiê sobre temas jurídicos relacionados a problemas sociais e interesses estratégicos do Brasil. Os textos sobre as disputas na OMC, o Pré-Sal, o problema da corrupção, um projeto de moeda social e as agências reguladoras oferecem um painel amplo da importância crescente do Direito na reflexão sobre as questões nacionais.

O principal objetivo deste dossiê, portanto, é mostrar a importância do Direito para pensar o Brasil a partir de alguns temas centrais. Esta Revista está aberta a textos desta natureza, pois os considera importantes para ajudar a compreender nossos dilemas.

Além destes textos a Revista destaca dois artigos que abordam o fenômeno contratual: um deles sobre a questão da dispersão das sentenças e o outro sobre a análise expressivista dos contratos. O destaque se explica pois ambos fogem do padrão doutrinário que caracteriza nossa pesquisa nesta área.

Os estudos doutrinários são, sem dúvida, muito importantes para o conhecimento de nosso Direito. No entanto, há escassez de pesquisas sobre o fenômeno contratual de outros pontos de vista, o que empobrece o meio intelectual nacional. Esta Revista espera que novos textos sobre este tema sejam enviados para avaliação.

Este número da Revista conta também com quatro textos sobre Direito Penal e Criminologia, temas que tem aparecido pouco em suas páginas. Um deles é uma tradução de um texto de Álvaro Pires, o outro trata de Nina Rodrigues e os demais são pesquisas de jurisprudência; uma sobre nexo causal e outra sobre a internação de adolescentes.

Além desses textos, temos mais dois, um sobre a política internacional de proteção ao idoso e outro uma avaliação crítica do princípio de universalização segundo John Rawls e Jürgen Habermas.

Há também duas resenhas, uma sobre "O terceiro ausente " de Norberto Bobbio e outra sobre o livro "The New Global Economy and Developing Countries" de Dani Rodrik.

Esperamos que os leitores apreciem esta edição da Revista e que os autores sintam-se estimulados a enviarem novos textos para nossa avaliação.

Aproveitamos ainda para agradecer o apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), que nos concedeu recursos para editar os dois volumes deste ano da Revista DIREITO GV (número do processo: 403048/2010-9. Edital MCT/ CNPq/ MEC/ CAPES Nº 68/2010).

Boa leitura!

O Editor

EDITOR'S LETTER

This number of DIREITO GV LAW REVIEW publishes a collection of articles on some important Brazilian regulatory issues.

There are articles on the WTO, Brazilian Pre-Sal petroleum, corruption, social currency and regulatory agencies. Put together, they show the growing importance of Law for the reflection on national problems.

In fact, the main purpose of this collection is to point at the importance of Law in thinking about Brazil. This Law Review is open to other articles of this kind, preoccupied with national dilemmas from the point of view of Law.

This issue also features two articles on Contracts; one on the dispersion of jurisdictional decisions and the other on the expressive analysis of contracts. Both articles do not follow the doctrinal pattern typical of the Brazilian legal milieu.

Doctrine is surely important for Law, but is not the only point of view to be taken into account. There are few studies on Contracts in Brazil that take different perspectives and this impoverishes our legal culture. This Law Review expects more articles of this kind to be submitted to it.

This issue contains also with four articles on Criminal Law and Criminology. The first is a translation of an article by Alvaro Pires, the second is about Nina Rodrigues and the last two are empirical studies on causality and on the punishment of youngsters in Brazil.

There is also one article on the international protection of the elderly and another on the principle of universalization in John Rawls and Jürgen Habermas.

There are also two book reviews, one on Norberto Bobbio and "The New Global Economy and Developing Countries" by Dani Rodrik.

We hope our readers enjoy this issue and authors feel motivated to submit new articles to our Law Review.

We also like to thank the support of Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), which granted us funds to edit the two volumes of this year's Revista DIREITO GV (process number: 403048/2010-9. Announcement MCT/ CNPq/ MEC/ CAPES Nº 68/2010).

Enjoy your reading!

The Editor

NOTA DO EDITOR

Como nos informou a autora Ana Carolina Chasin, que procurou esta revista para este fim, o texto "Juizados Especiais: entre a legalidade e a legitimidade - análise prospectivas dos Juizados Especiais da Comarca de Niterói, 1997-2005", de autoria de Marcelo Pereira de Mello e Delton Soares Meirelles, publicado na Revista DIREITO GV, vol.6 n.º 2. São Paulo, dez. 2010, não registrou a referência bibliográfica consultada na redação dos seguintes trechos extraídos da seguinte referência: CHASIN, Ana Carolina. *Uma simples formalidade: estudo sobre a experiência dos Juizados Especiais Cíveis em São Paulo*. São Paulo. 182f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, 2007:

> (...) tensão conformadora da experiência dos Juizados Especiais a qual queremos analisar: a tensão entre aumentar e facilitar o acesso dos cidadãos à justiça por meios institucionais alternativos ao poder judiciário e simplesmente descongestionar a justiça estatal ao ampliar o espectro da sua atuação pela simplificação de procedimentos (p. 374 da Revista DIREITO GV vol. 6 nº 2).
>
> Essa mesma tensão de propósitos entre ampliar o acesso à justiça por intermédio de expedientes e procedimentos alternativos à justiça estatal ou simplesmente descongestionar a justiça comum estatal, operando um sistema de filtragem das ações abrigadas pelo judiciário, não é exclusiva do Brasil (p. 377 da Revista DIREITO GV vol. 6 nº 2).
>
> (...) a mudança nos métodos de resolução dos conflitos, com substituição do modelo adversarial pela mediação, a ser realizada por pessoa diferente do juiz, inspiraram a criação dos Juizados Especiais brasileiros. Em ambas as experiências, a conciliação oferecia às partes maiores oportunidades de se expressar, sem a necessária participação de advogados, e a possibilidade de encontrar uma resolução amigável para a disputa, através de um acordo (p. 377 da Revista DIREITO GV vol. 6 nº 2).
>
> Harrington também chama atenção para outro aspecto relacionado ao surgimento das S*mall Claim Courts*, inserindo-as no contexto de unificação do sistema judicial norte-americano. O final do século xIx e início do século xx, argumenta a autora, foi um período marcado por críticas dirigidas ao modelo de prestação de justiça da época, a Justiça de Paz. A ineficiência do sistema, dada, sobretudo, pela lentidão, era, segundo os reformadores, resultado da falta de administração. A solução seria a extinção das Justiças de Paz e a montagem de cortes municipais, organizadas de acordo com o modelo gerencial. Essas propostas, formuladas no mesmo período em que ocorria a institucionalização da profissão jurídica no país, foram defendidas pelo "movimento das cortes municipais", que pregava a reorganização e estratificação do trabalho judicial. (p. 378 da Revista DIREITO GV vol. 6 nº 2).

Na década de 1970, a discussão envolvendo as *Small Claim Courts* foi marcada por propostas de reformas, as quais redefiniram seus objetivos. Considerava-se que, embora o objetivo de criação de uma justiça eficiente (rápida e barata) já houvesse sido alcançado, esse sistema não era igualitário e acessível a todos. Os pobres participavam apenas na condição de réus e, normalmente, perdiam. Era esse o ponto que as reformas afirmavam querer atacar (HARRIGTON, 1985), (p. 378 da Revista DIREITO GV vol. 6 nº 2).

Nota n.º 3: Ressalta-se, ainda, que devido ao sistema federado dos EUA, as *small claims courts* de cada estado norte-americanos tem um funcionamento diverso, sendo que em cada localidade as reformas tiveram alcances diferentes. A experiência reformadora de Nova Iorque, no entanto, assumiu um papel de referência para todo o país. Provocada pela "manifesta insatisfação da sociedade" com relação ao fato de que atendiam mais às "empresas e grandes corporações do que às demandas dos pequenos negociantes e do cidadão comum", essa reforma determinou "a proibição da iniciativa de litígios por parte de pessoas jurídicas, a informalidade do processo, a ênfase na mediação e no arbitramento" (Vianna et al., 1999: 160), (p. 395 da Revista DIREITO GV vol. 6 nº 2).

Regulação e Problemas Brasileiros: Temas Contemporâneos

SOLUCIÓN DE DISPUTAS EN LA OMC: UN ANÁLISIS A PARTIR DE LA SOCIOLOGÍA DE PIERRE BOURDIEU

José Augusto Fontoura Costa

WTO DISPUTE SETTLEMENT: A SOCIOLEGAL ANALYSIS FROM THE PIERRE BOURDIEU'S PERSPECTIVE

RESUMO

El sistema de arreglo de disputas de la OME es muy estudiado y produce literatura muy divulgada. Sin embargo, hay pocos estudios empíricos sobre los perfiles de miembros de grupos especiales y del Órgano de Apelación y, asimismo, su influencia en la articulación de un campo jurídico internacional al derredor de los órganos de arreglo de disputas. Ese estudio tiene el objetivo hacer disponibles algunas informaciones y analizarlas bajo la luz de algunos conceptos de la sociología de Pierre Bourdieu, en particular da de campo jurídico y de *habitus*, para comprender como se produce la jurificación internacional. Los resultados indican similitudes entre el campo jurídico de la OMC y los campos jurídicos estatales.

PALAVRAS-CHAVE

OMC; sistema de arreglo de disputas; jurificación internacional; campo jurídico; Pierre Bourdieu; perfiles de tomadores de decisiones

ABSTRACT

The WTO's dispute settlement system is a much studied subject and the literature thereon is widespread. Nevertheless, there are few empirical studies on panelists' and Appellate Body members' profiles as well as their influence on the articulation of an international legal field around the dispute resolution organizations. This study aims to make available some information on these profiles and analyze them under the light of some concepts of Pierre Bourdieu's sociology, mainly the legal field and the development of social habitus, *in order to understand how international legalization of the trade law takes place. The results point out the similarities between the WTO's legal field and the state legal fields.*

KEYWORDS

WTO; dispute settlement system; international legalization; legal field; Pierre Bourdieu; decision-makers' profiles

INTRODUCCIÓN

Se hizo moneda corriente, en los estudios respeto al derecho de la Organización Mundial del Comercio (OMC), la dicotomía propuesta por John Jackson (1997), que habla del cambio histórico del sistema de solución de disputas (SSD) de un modelo de "diplomacia orientada por el poder" para una "diplomacia orientada por reglas". Aunque su utilización sea demasiado simplificadora, es traducida en el discurso sobre el SSD de la OMC como parte de un proceso natural de jurificación por el que pasan

las instituciones y organizaciones internacionales, entendida como el incremento de la clareza, atribución de obligaciones y delegación de la aplicación a órganos no estatales (ABBOTT *et al.*: 2000).

Sin embargo, no es razonable aceptar tales simplificaciones, las cuales apartan de la comprensión de los cambios institucionales los aspectos sociológicos de la construcción efectiva de campos de acción, lo que es resultado de estructuras de sentido históricamente establecidas a partir de los conflictos y conciertos en la búsqueda de valorización de capitales simbólicos internacionales. Desde luego, los conceptos de la sociología de Pierre Bourdieu se muestran extremadamente útiles para tratar el tema de la jurificación internacional, aunque algunas diferencias deban de ser trazadas en contraste con la formación del campo jurídico estatal o interno. Aunque no abarque todo el Derecho Internacional, el Derecho del Comercio Internacional y, en particular, de la OMC se presenta como un caso importante e interesante para el estudio de cómo se articula un SSD internacional.

En términos formales, el SSD de la OMC se estructuró en torno a dos instancias de ejercicio de la jurisdicción: (1) los grupos especiales (*panels*), que son tribunales *ad hoc* formados para solucionar disputas y (2) el Órgano de Apelación (OA), al que la parte sucumbiente puede recorrer para intentar reverter los informes de los grupos especiales y al cual se devuelve materia de derecho, pero no de hecho. Aunque los informes de grupos especiales o del OA a penas se conviertan en decisiones vinculantes si adoptados por el Órgano de Solución de Disputas (OSD), en el cual están representados todos los Estados Miembros de la OMC y sería el responsable por el control político de los fallos, no es probable que se pueda bloquear la adopción de una decisión, puesto que sería necesario el consenso de todos los Miembros, incluso el vencedor de la disputa.

Aunque no se vaya, en ese artículo, discutir los procedimientos de elección de los componentes de grupos especiales y del OA, es importante rememorar cuales son esos. Los grupos especiales pueden ser formados de dos maneras suplementarias: (1) el Secretariado de la OMC indica los componentes y las partes en la disputa los aprueban o, si estas no llegan a un acuerdo en 20 días, (2) por el Director-General, a pedido de la parte reclamante. El OA es formado por personas indicadas por los Miembros y aprobadas en el OSC, luego de entrevistas en los Consejos y, en la práctica, un periplo por las representaciones en Ginebra que ya se ha nombrado "una especie de canje político de caballos" (CARTLAND: 2003, 214).

La propuesta de ese artículo, por lo tanto, es que se puede concentrar el análisis de la construcción de un campo jurídico de la OMC en esos dos tipos de órganos – grupos especiales y OA, para evaluar los perfiles de los componentes de grupos especiales y del OA, con la finalidad de identificar si hay indicadores de una juridificación del SSD en el sentido, distinto del de Abbott *et al.* (2000), de la creación efectiva de un campo jurídico internacional. Se describen acá, por lo tanto, algunas características

de los juzgadores, sobre todo las relacionadas con la formación en Derecho y la carrera profesional.

1 Campo jurídico y campo jurídico internacional

La descripción de campo jurídico en la sociología de Pierre Bourdieu (2001b) emplea algunas categorías centrales de su análisis, como las de *habitus* y capital simbólico, del cual el capital cultural y social son especies, para describir la construcción de la práctica jurídica como resultado de la acción y de las tensiones en términos de posiciones relativas de los actores sociales. Como pantalla en la que se proyectan los juegos y peleas por capitales y activos se pone la cuestión de la dominación mediada por la violencia simbólica que hace posible utilizar la fuerza monopolizada por el Estado de una manera que se pone como técnicamente legítima. Por lo tanto, la crítica del legalismo como instrumento de ocultación de la arbitrariedad y domesticación de los conflictos sociales surge como coherente con la tradición marxista de la sociología como instrumento de revelación de las estructuras de dominación, aunque las dinámicas del campo se produzcan en un espacio de doble alienación: (1) en las luchas internas, el *habitus* de los participantes no permite la incorporación de la crítica de la dominación, sino mediante su desvirtuación como argumentos técnicos legitimados y (2) la posibilidad de manutención del campo jurídico como operacional para la dominación a través de los aparatos estatales se sostiene sobre la negación de la violencia ocultada y la afirmación de los valores de justicia y de la buena técnica, que neutraliza el carácter político de la jurisdicción.

En consecuencia, no es equivocado afirmar que la teoría del campo jurídico surge, en Bourdieu, como una explicación de la operación de los aparatos estatales por medio de la conversión de la fuerza en violencia simbólica bajo la opacidad del discurso técnico del derecho y, por lo tanto, de una tecnización de la política. Sin embargo, como no se atribuye la conciencia de esa operación a los sujetos sociales inmediatamente involucrados en la actividad cotidiana, los cuales juegan sus roles, naturalizados en *habitus* constitutivos de la personalidad, en mercados de activos simbólicos, esa tampoco se pone como condición previa necesaria del cambio, el cual resulta de los conflictos y luchas por centralidades y valorización de capitales. Así, la teoría de los campos sociales importa las dinámicas del mercado y, con ellas, la mano invisible qué comanda la producción y distribución de bienes.

En otras palabras, de la perspectiva del jugador no se puede mirar toda la cancha a la vez y tampoco se pueden calcular las posiciones y velocidades de todos los jugadores: como no se controlan (o conocen) todas las variables, la autocrítica es siempre incompleta, porque limitada a una perspectiva posicional de base – como resta claro de la sociología del hacer académico. Por consiguiente, la crítica no determina,

aunque influencia reflexivamente, los *habitus* y las composiciones de campo, lo qué implica una teleonomía de las composiciones sociales históricas; las teleologías son siempre limitadas, ya a las descripciones *ex post facto* qué identifican los fines con el estado actual, ya a las utopías, en que los fines están, de modo idealista, puestos en el futuro. La percepción de una Historia en que los actores eligen sus guiones en conformidad con estrategias limitadas por percepciones de la realidad enclavadas en los *habitus* reconocidos se acerca más de la biología evolutiva darviniana y, por lo tanto, a otra elaboración teórica en que, como en el mercado de los economistas, los resultados reflejan la interacción de los muchos elementos involucrados, pero cuyo resultado no es previamente determinado o, por lo menos, previsible desde la limitada perspectiva de los actores.

Es importante resaltar ese rasgo de la sociología de los campos porque, cuando se busca el análisis de la formación de ámbitos internacionales de actividad jurídica, la percepción de las dinámicas posicionales y los intercambios de capital se muestran instrumentos muy adecuados para la comprensión de la realidad, mientras que la conversión de la fuerza en violencia simbólica no se pone como problemática de fundo porque no existe, en el ámbito internacional o mundial, alguna entidad análoga al Estado y, por lo tanto, las cuestiones referentes a como se construyen nuevos campo jurídicos o asemejados, si no se les puede nombrar así, en ámbitos no estatales. Más que la cuestión de la dominación por el aparato estatal están puestas aquellas al derredor de la articulación internacional/global de espacios de regulación que (1) surgen en temas de los cuales desplazan y confrontan la regulación estatal o (2) se ocupan de temas nuevos, en ámbitos (espaciales y/o materiales) a los cuales la acción estatal no llegó. Como alerta Sol Picciotto (2002, 2003 y 2005), la regulación internacional de la OMC tiene importantes límites, sea porque la presuposición neoliberal de qué el libre comercio y las reglas que impiden los Estados de intervenir en los derechos individuales no es suficiente para cubrir temas necesarios, como medio ambiente y distribución internacional de la riqueza, sea porque el formalismo jurídico basado en el paradigma legalista no tiene los instrumentos suficientes para extender los ámbitos de legitimación para más allá de la atención a los intereses de los Miembros, o sea, los Estados, sin llegar a la sociedad civil o a los ciudadanos.

Esas tensiones están presentes en la formación de campos jurídicos internacionales, comprendidos, a diferencia de lo que Dezalay y Garth (1995 y 1996) describen como la creación del arbitraje internacional a partir de dobles imbricaciones con transferencias de capitales culturales y sociales de las esferas internas a la internacional y viceversa, como articulados en el entorno de esquemas burocráticos a los cuales los Estados atribuyeron competencias, o sea, en alguna medida y sentido son tomadas en préstamo del poder estatal. Sin embargo, la derivación descrita en la teoría jurídica no es suficiente para explicar el fenómeno de la jurificación internacional.

Conforme la formulación estándar de los teóricos del Derecho Internacional Público, los órganos y Organizaciones Internacionales tienen personalidad y competencias como resultado único y exclusivo de la atribución específica en documentos internacionales, en especial los tratados constitutivos y, por lo tanto, son secundarios en su existencia y funciones y, además, precarios, puesto que dependen de la continuidad de la voluntad de los Estados para que sigan existiendo. En la práctica instituciones internacionales, aunque originalmente derivadas, pueden lograr obtener alguna autonomía social y política en relación a sus creadores, como se puede observar en la el Derecho supranacional europeo o en la acción efectivamente autónoma de organismos de las Naciones Unidas. La explicación de cómo eso se pasa, particularmente mediante la autonomización de campos jurídicos, va más allá del Derecho Internacional clásico y depende, también, de la compresión de la dinámica de relaciones interindividuales.

En ese sentido, no se trata, primariamente, de las relaciones entre Estados. Aunque se pueda hablar de Estados como actores sociales colectivos capaces de producir culturas, identidades y sentidos para sus acciones en relación a otros Estados e instituciones o organizaciones (WENDT, 1999), es muy difícil – y posiblemente inadecuado – articular una sociología de campo que los tenga por sujetos, aunque el propio Bourdieu lo hace, respeto a la economía internacional, considerando las corporaciones actores colectivos capaces de acciones estratégicas de interacción (2001 [1983] y 2001a). A diferencia de las corporaciones privadas en ámbitos económicos oligopolísticos, los actores sociales que articulan el campo jurídico – sobre todo jueces y académicos – son individuales[1].

En ese artículo se propone que la OMC ha logrado un grado más amplio de autonomía en relación a sus Miembros a partir de las instancias de solución de disputas. La comprensión de la jurificación como la construcción de discursos y ambientes coherentes con el formalismo y el legalismo, aunque insuficiente para abarcar todos los ámbitos globales de legitimación, se ha mostrado eficiente para una bien sucedida autonomización del SSC de la OMC, ya sea como resultado inesperado de comprensiones sinceras de que los Miembros deseaban un órgano judicial de solución de disputas[2], ya de la elaboración de estrategias[3] de diferenciación e independencia de las estructuras formales.

Las transformaciones de la composición de los grupos especiales y la estructura de distribución geográfica y basada en las experiencias profesionales en el OA ayudan a aclarar de que manera la independencia del control político por el OSD, combinada con la estructuración hecha por los primeros componentes del OA, han sido responsables por una autonomización del SSC en relación a los Miembros, mediada por la creación de un campo jurídico internacional con capacidad para inmunizar técnicamente las decisiones y contribuir para la legitimación del SSC y, con ello, de la OMC.

2 Componentes de los órganos des SSD de la OMC

2.1 Grupos especiales

La población de juzgadores de grupos especiales es formada por los nombres de componentes indicados en los instrumentos de constitución de los grupos especiales por el OSC[4] desde el inicio de 1995 (vigor de la OMC) al final de 2008. Hay 136 accesibles, cada uno con tres nombres, totalizando 408 individuos, los cuales corresponden a 185 personas[5].

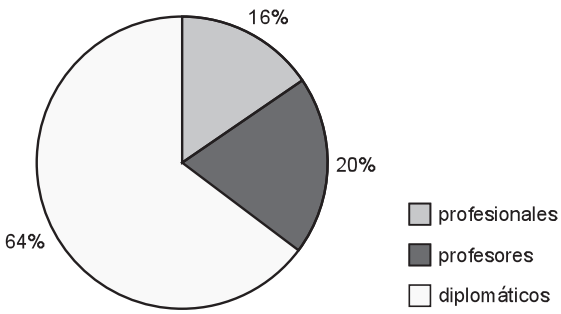
Se trazaron los perfiles según los datos de los instrumentos indicados *supra*, cuales sean (1) presidente o componente simple y (2) procedimiento de indicación por las partes o por el Director-General. Además se realizó una búsqueda detallada en Internet con Google Web, Google Books, Google Academic, búsquedas de personas y publicaciones en www.lexisnexis.com (servicio académico), www.westlaw.com[6] y búsquedas de libros en www.amazon.com y www.amazon.fr. Además de los nombres, se utilizaron como argumentos de búsqueda "biografía", "currículo", "derecho", "universidad", "oficina", "bufete", "ministerio", "gobierno", "embajador", "secretario", "consejero", "doctor", "profesor", "OMC" y "Organización Mundial del Comercio", con sus correspondientes en francés e inglés, los otros idiomas oficiales de la OMC. Se consideraron para el computo en los perfiles datos de los websites de la OMC, estatales, de Organizaciones Internacionales oficiales, oficinas de abogacía y personales. En esa investigación los datos han servido para identificar si el individuo tiene: (1) formación jurídica; (2) carrera diplomática; (3) carrera académica y (4) otras funciones públicas, además de la nacionalidad de cada uno.

Aunque existen resultados interesantes en términos de la distribución de género y de la indicación de los componentes por el Director-General, eses no serán presentados o discutidos en ese artículo, que se concentra en los perfiles de formación y carrera. En ese sentido, la hipótesis de base de la jurificación, el triunfo de los abogados sobre los diplomáticos de Michael K. Young (1995), se reflejaría en una distribución en que la mayor parte de los individuos tenga formación jurídica y que los diplomáticos sean menos presentes en los grupos especiales. Los resultados, sin embargo, no corroboran con tanta fuerza esa percepción y, consecuentemente, exigen una explicación más detallada y circunstanciada, como se presentará en el tópico siguiente.

Por ahora, es importante ojear los datos. La distribución por carrera en el agregado del 1995 al 2008, calculada con admisión de carreras dobles, como, por ejemplo, la de un profesor que es, a la vez, abogado, la cual cuenta puntos para las dos categorías es la siguiente (Gráfico 1):

Gráfico 1

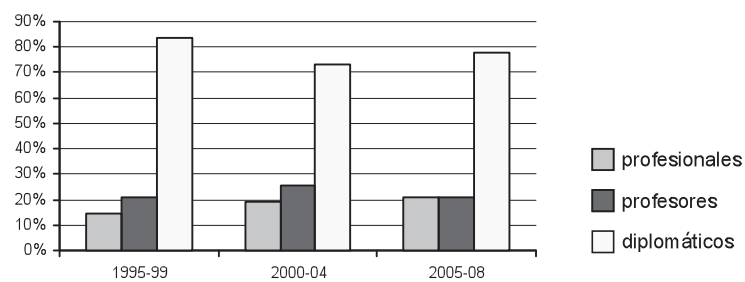
Distribución por carrera en GEs: Agregado 1995-2008



La presencia de diplomáticos es claramente predominante, lo que apunta para un triunfo legalista, por lo menos en principio, bastante dudoso. Es cierto que la distribución cronológica de estos mismos datos podría aportar un color distinto. Una vez más, la hipótesis sería la de que profesionales y profesores ganarían mayores participaciones en relación a los diplomáticos, lo que efectivamente ocurre, como se observa abajo (Gráfico 2). Hubo, sin duda, una tendencia inicial de incremento de profesionales y profesores, que se estabilizan al derredor de participaciones de 20%. Sin embargo, sería contrario a la razón decir que estos tienen, hoy por hoy, una participación que predomina sobre la de los diplomáticos, la cual se mantiene en un patatar entre 70% y 80%, cerca del promedio histórico de 78%. La proporción de diplomáticos, que ha sido la del 100% en 1995, a penas ha bajado del 70% en 2004, pero en los demás años se mantiene muy cerca de los 80%.

Gráfico 2

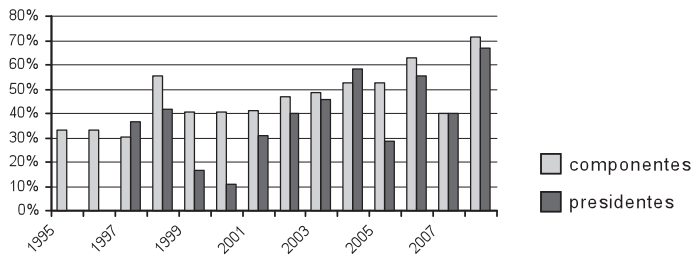
Distribución por carrera en GEs Variación por períodos



Además de la presentación de los resultados cuanto a la distribución en términos profesionales, es importante evaluar la participación de los juzgadores con formación jurídica. En ese sentido, hay un crecimiento muy claro de la participación de estos componentes, ya en la función de presidentes, ya como simples miembros, como se puede observar abajo (Gráfico 3):

Gráfico 3

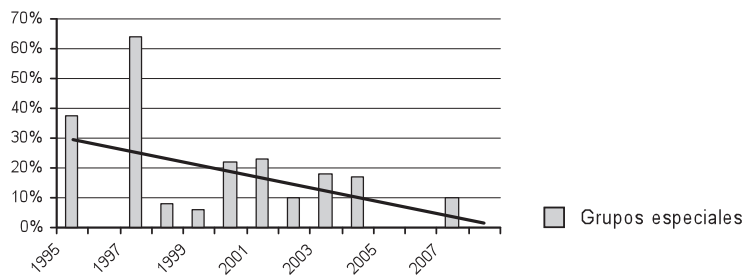
Formación jurídica en grupos especiales: Presidentes y componentes simples



Los promedios agregados de componentes con formación jurídica, 46%, y presidentes en la misma condición, 34%, ha sido superadas en 2003, con a penas una excepción para cada una: 2007 para componentes y 2005 para presidentes; desde el 2003 al 2008 los promedios suben para 55% y 49%, respectivamente. Además, otra interesante transformación cronológica se pasa con los perfiles de los grupos, los cuales han, casi sin excepción, dejado de funcionar sin algún componente con formación jurídica desde el 2005, como se puede ver en el Gráfico 4:

Gráfico 4

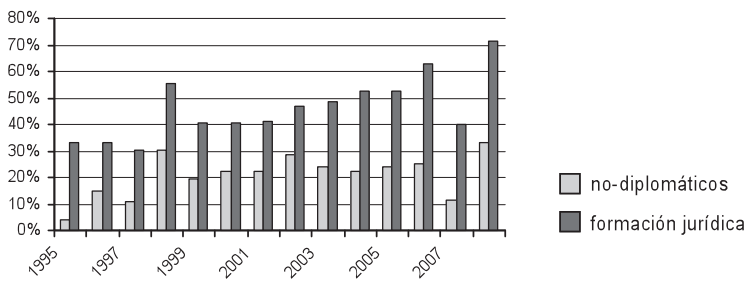
Grupos especiales sin componentes con formación jurídica



La evaluación de los cambios cronológicos indica una clara tendencia incremental de la participación de componentes con formación jurídica, sin que todavía sea clara la formación de una asíntota horizontal, lo que indica que tales participaciones, todavía al derredor del 50%, tienen espacio para crecer. Sin embargo, el crecimiento de la participación de individuos con formación jurídica es superior al de los abogados y profesores. Como se observa en el Gráfico 5, es difícil afirmar que el incremento de los juzgadores con formación jurídica sea una función directa de la variación de los no diplomáticos, lo que es particularmente claro a partir del 2003. En otras palabras, por lo menos desde esa fecha, el incremento de la proporción de componentes de grupos especiales con formación jurídica se debe a la elección de más diplomáticos que pertenezcan, también, a esa categoría.

Gráfico 5

Grupos especiales: no-diplomáticos y personal con formación jurídica



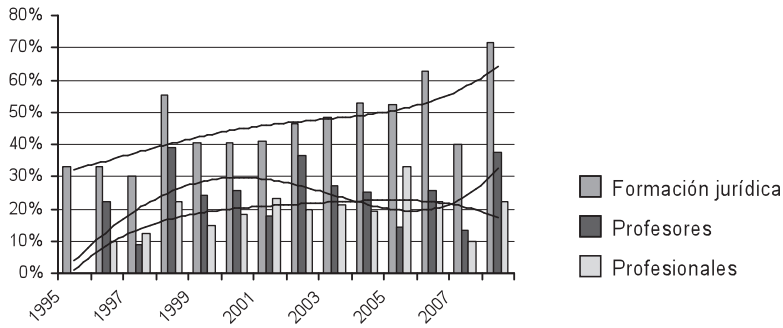
El Gráfico 6, con el agregado por carrera desde 2003 hasta 2008, es muy similar al agregado general: los diplomáticos pierden a penas un punto porcentual para los profesionales, mientras que el promedio de juzgadores con formación jurídica varía del 45% al 53%, con un delta de ocho puntos porcentuales.

Por los datos presentados, es posible afirmar que la predominancia de los diplomáticos en los grupos especiales sigue siendo un rasgo muy claro de eses órganos de arreglo de disputas. Aunque la participación de personal con formación jurídica se presente con una tendencia de crecimiento, las causas de esto varían cronológicamente: en un primer período (1995 a 2001) los profesores superan ampliamente los profesionales, a excepción de 1997, pero luego (2002 a 2008) hay un incremento más consistente de los profesionales, el que sirve como impulso a los profesores, que no experimentan una caída significativa, aunque, en 2008, vuelven a tener una participación de más de 30%. La tendencia de crecimiento del número de profesionales, que sugiere una estabilización al derredor del 20% de los miembros de grupos especiales,

es más clara que la de los profesores, qué,luego de un crecimiento hasta el 2003, sufren una caída consistente, con la excepción de 2006 y 2008, lo que apunta, por lo menos, para una variación más errática.

Gráfico 6

Destribución cronologia (1995-2007):
Formación jurídica, profesores y profesionales



Las dos tendencias más marcadas, por lo tanto, son las de (1) crecimiento del número de juzgadores con formación en Derecho y (2) de presencia predominante de personal vinculado a la diplomacia y funciones públicas. Las variaciones en términos de participación de profesores y profesionales tiene la apariencia de resultado de una búsqueda, por tentativa y error, de ajustar la actuación y los resultados de los grupos especiales. En ese sentido, las transformaciones de distribución de perfiles sugieren adaptaciones reactivas para incrementar niveles de éxito de los grupos especiales.

2.2 Órgano de Apelación

En el sitio de Internet del OA hay información detallada respeto a sus miembros, con breves biografías que abarcan no a penas su carrera anterior, pero las actividades que ejercen luego de su participación en el órgano. Se utilizaron eses datos para atribuir los calificativos de sus componentes, sin profundizar la búsqueda con otros criterios, porque (1) eses representan la imagen que se quiere proyectar en el ámbito del OA y (2) se supone que siguen todos los mismos criterios y procesos de composición. Sin embargo, alguna investigación adicional se hizo respeto a las oficinas de abogacía en las cuales algunos de los miembros ejercen su actividad, utilizándose los respectivos sitios de Internet.

El OA es permanente y, por lo tanto, no se necesita de la diferenciación entre individuos y personas que se hizo en el tópico anterior. La población es formada por componente/año, o sea, la persona cuenta como un integrante de esa para cada año

en que mantiene – por todo el periodo o parcialmente – vínculo formal con el OA. Los agregados y promedios no se calculan con basis en las personas, pero tienen en cuenta cada composición anual del órgano. El periodo cubierto va de 1995 hasta 2009. Para ese último año, se incluye la conformación que se supone que será la de fines de diciembre.

En lo que se refiere a las carreras, se hizo un esfuerzo para identificar la principal carrera del componente (profesional, profesor o diplomático) a partir de dos criterios: (1) el cronológico, según el cual la principal carrera es la última que antecede la jubilación y (2) sobre todo entre los que son, a la vez, profesores y abogados, una ponderación que consideró como predominantemente abogados los que trabajan en oficinas internacionales y, asimismo, no se consideró como profesores aquellos que no tienen una vinculación formal continua con una universidad. Ha sido posible, por lo tanto, conformar dos matrices: la A, que refleja los dobles y triples perfiles, y la B, para las carreras predominantes.

El agregado de la matriz A indica como perfil típico el de un hombre (89%) de 65 años, que estudió Derecho (88%) y tuvo alguna función diplomática o de carrera pública asociada al comercio exterior (69%), ejerció función de profesor universitario (75%) y estudió en el exterior (65%). Del agregado, a penas 40% actuaron como abogados y 6% como juez. La composición de fines de 2009 es, sin embargo, distinta: 57% de varones, promedio de edad de 60 años, 85% de diplomáticos, 85% de profesores, 57% de profesionales jurídicos. De todos, a penas Shotaro Oshima, diplomático japonés, todos los demás tienen dos o tres carreras en el perfil de la matriz A.

Al observarse la representación de las proporciones del agregado histórico, en el Gráfico 7, o la de julio de 2009, en el Gráfico 8, queda claro que la composición presente no es muy distinta a la del agregado, aunque en comparación con el Grafico 1 se presentan diferencias muy sensibles. Aunque la presencia de individuos con carreras diplomáticas sea todavía muy importante en el órgano de apelación, a la diferencia de los grupos especiales esta no es claramente predominante y la presencia de profesores entre los componentes del OA es, desde su primera formación, por lo menos tan importante cuanto la de diplomáticos. En ese sentido, el OA es más parecido a otras cortes internacionales, como la Corte Internacional de Justicia y las cortes de Derechos Humanos, en las cuales las credenciales académicas son, en general, evaluadas como activos importantes (TERRIS *et al.*: 2007).

GRÁFICO 7

Distribución por carrera en el OA: Agregado 1995-2009 (matriz A)

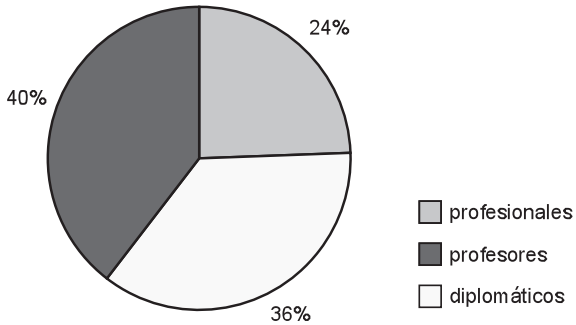
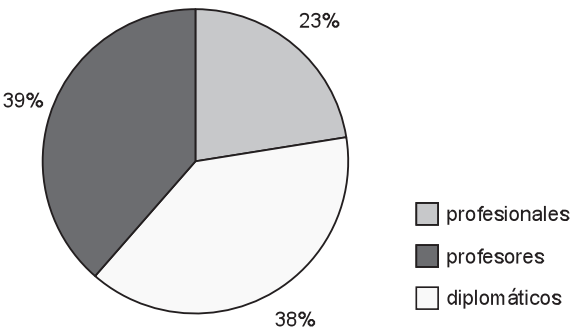


GRÁFICO 8

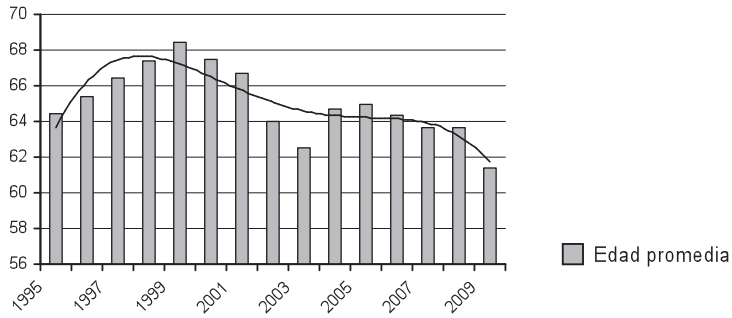
Distribución por carrera en el OA: Julio de 2009 (matriz A)



Las variaciones en términos de edad de los componentes, por su turno, presentan una tendencia de disminución, aunque los mandatos de cuatro años y las muy frecuentes recondiciones de sus componentes suelen producir períodos de crecimiento constante a la razón de un año agregado al promedio a cada año, como se observa en la primera parte (1995 hasta 1999) y en el periodo del 2003 al 2005 del Gráfico 10.

GRÁFICO 9

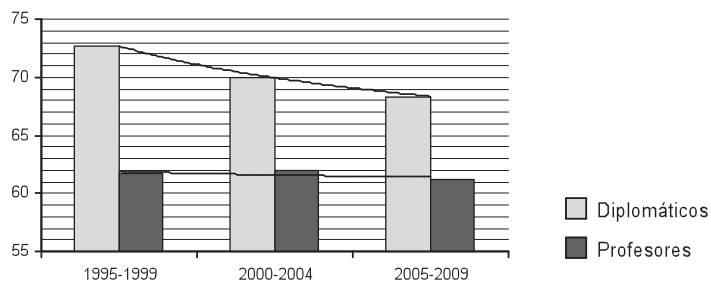
Promedio de la edad en el OA: 1995 hasta 2009



Teniendo en cuenta las distribuciones por edad cruzadas con las carreras de la matriz B (predominantes), se puede atribuir el cambio en los promedios de edad a la indicación de diplomáticos más jóvenes. En el Grafico 11 se puede observar que la variación por edad agregada de los profesores y profesionales[7] es pequeña, aunque suavemente descendente, pero la de los diplomáticos disminuye a una tasa promedia de 2 años por quinquenio.

GRAFICO 10

Variación de edad por quinquenio en el OA: diplomáticos y profesores + profesionales



La variación general por edad se explica, por lo tanto, con referencia al menor promedio en el ingreso de los diplomáticos. Eso sugiere algunas posibles explicaciones causales relacionadas con la percepción original del órgano y sus modificaciones, las cuales, sin embargo, serán presentadas más adelante.

Por el momento, es importante subrayar algunos aspectos importantes respeto a la composición del OA. En primer lugar, aunque la presencial de diplomáticos sea mucho más amplia en ese órgano que en las cortes y tribunales internacionales, es hecho que su proporción es muchísimo menor que en el promedio de los grupos especiales, incluso si teniéndose en cuenta su período más reciente. La proporción de profesores es bastante elevada, lo que es consistente con el interés en generar legitimidad a partir de *habitus* propios de la composición de los campos jurídicos (BOURDIEU: 2001b), presente en las cortes internacionales de Derecho Internacional Público (TERRIS *et al.*: 2007) y en los tribunales arbitrales comerciales y entre inversionistas y Estados (DEZALAY; GARTH: 1995; 1996; COSTA: 2009). La conformación del OA en términos de carreras anteriores es, por lo tanto, consistente con la inmunización académica para, asociada al legalismo y a la presunción de imparcialidad, construir espacios de imposición de soluciones basadas en el Derecho, las cuales son, aquí, estrictamente comprendidas como las que no revelan las relaciones de poder subyacentes, las cuales se inmunizan por la actuación de órganos que construyen su influencia a partir de la generalización de la aceptación social de su carácter justo y preferencial.

3. Conclusiones

El OA surgió como un substituto al control por las Partes Contratantes, reemplazada por el OSD en la OMC. Con la adopción de una sistemática de aprobación automática de los informes de grupos especiales si no se produce consenso en contra, los Miembros sintieron necesidad de crear un órgano de control cuya efectiva utilización, se esperaba, sería excepcional (HUDEC: 1999; HUGHES: 2009). En la elaboración normativa de los procedimientos hecha en el Entendimiento sobre Solución de Disputas (ESD), los grupos especiales siguieran las líneas generales ya establecidas en la historia del GATT, pero no había un precedente para el OA y los negociadores dejaron a sus componentes la competencia de regularlos, lo que se hizo en los Procedimientos de Trabajo del Órgano de Apelación (PTOA).

La posición de los primeros componentes del OA ha sido la de poner en funcionamiento un sistema para favorecer la juridicidad de las decisiones y, asimismo, la legitimidad en faz de los Miembros, sin olvidarse de posibles otros auditorios. La opción por una *collegiality* fuerte, con las divisiones, formadas por tres componentes, encargadas de decidir las cuestiones presentadas en apelación de los informes de grupos especiales y, además, someter a los otro cuatro componentes para una discusión con el objetivo de impedir que se tomen decisiones contradictorias en casos semejantes, lo que se ha mostrado un sistema muy eficiente (ÁLVAREZ-JIMÉNEZ: 2009). No se puede olvidar que el fuerte compromiso de no emitir opiniones divergentes ha sido ampliamente respetado y, hasta el presente, a penas se han presentado en dos ocasiones[8].

Además, la utilización del OA se hizo mucho mas significativa de lo que se imaginaba originalmente. En los dos primeros años de funcionamiento del órgano, todos los informes de grupos especiales han sido apelados y, en los 15 años de su actuación, el promedio agregado es del 68%. Es muy normal, por lo tanto, que los informes de grupos especiales sean apelados y esa situación presiona para que los grupos especiales – o las instancias burocráticas de su nombramiento (el Secretariado y el Director-General) – a la adecuación qué, como se observó muy claramente en los datos levantados, significó el incremento de la proporción de personal con formación jurídica.

Los datos referentes a las composiciones de los grupos especiales son claros en indicar una tendencia de crecimiento de la participación de personal con formación jurídica en los procesos de tomada de decisión. A la primera mirada eso apunta hacia un fortalecimiento del carácter específicamente jurídico del SSD de la OMC, aunque en los grupos especiales el promedio de diplomáticos en el agregado de los 15 años de funcionamiento considerados no es diferente del de los años mas recientes y parezca haberse estabilizado al derredor del 80%, aunque entre estos se haya hecho más frecuente el nombramiento de aquellos con formación jurídica.

La composición del OA, por su turno, se muestra bastante estable en términos de perfiles profesionales y no ha variado significativamente en los casi 16 años evaluados. La participación combinada de diplomáticos y profesionales de 75% (matriz A) o más (matriz B) es importante para la construcción de la legitimidad del órgano, que se apoya, a la vez, en la reputación técnica de los académicos y en la experiencia y percepción política de los diplomáticos. Aunque en minoría, los profesionales refuerzan la legitimidad técnica y aportan la vivencia específica en campos jurídicos internos. Ese equilibrio entre visiones políticas y técnicas podría, en tesis, llevar a una relativización del formalismo jurídico en relación a las percepciones políticas, pero no es eso lo que se verifica.

Por lo tanto, las estrategias de adaptación de los grupos especiales se producen en faz de las siguientes constataciones: (1) ha dejado de ser fundamental el convencimiento de las partes y, por consiguiente, el cumplimiento voluntario sin que se bloqueen los informes en las PARTES CONTRATANTES/OSD; (2) si no es posible convencer las partes, es importante convencer al OA, para que ese no reformule los informes y, sobre todo, sus resultados; (3) para convencer las partes es necesario negociar y buscar soluciones equilibradas, en las cuales no es necesario que haya la aplicación estricta de la ley, pero para convencer a los órganos de apelación el discurso legalista es más efectivo, lo que ha pasado, también, con los grupos especiales y (4) la incorporación de personal jurídico – hoy son muy raros los grupos especiales sin ellos – sirve para adecuar la técnica legalista a las decisiones. Tales constataciones llevan a estrategias específicas, las cuales se verifican en el análisis de la composición de grupos especiales, pero tienen como efecto colateral la generación

de un campo jurídico, el cual se caracteriza por la legitimación legalista y, en el caso, por la importación para el ámbito internacional de los *habitus* y capitales sociales propios de los campos nacionales.

Por su turno, el OA ha adoptado, desde el principio, una postura legalista y formalista. Sol Picciotto (2005) describe tal posición a partir de la adopción de una epistemología objectivista y un estilo formalista, los cuales derivan de la estructura institucional que limita procesos de legitimación a los auditorios estatales y, por lo tanto, a la opción por una acción formalista. Sin embargo, es importante resaltar que esa interpretación no permite atribuir al órgano una actitud pasiva o neutral: sobre todo la primera composición histórica del OA tuvo una postura muy activa para su afirmación como órgano (1) técnico y no político y (2) con una estructura interna fuerte, basada en una *collegiality* de dos niveles y en el compromiso consciente en no crear manifestaciones divergentes.

Si los grupos especiales tienen por auditorios relevantes (1) las partes en las controversias y (2) el OA, ese órgano, preocupado con su fortalecimiento y su autonomización respeto al OSD, identifica como principales plateas (1) los Miembros de la OMC y (2) instancias internacionales no estatales capaces de influenciar las políticas internas de los Estados y de actuar globalmente, ya de la sociedad civil organizada, ya del sector empresarial. La estrategia legalista, pero con aberturas para intereses distintos de los estatales, vienen marcando la actuación del OA en eses años de funcionamiento. La composición estable y el suceso en frente a los Miembros puede servir para estabilizar la sistemática vigente y, por consiguiente, favorecer el establecimiento de un campo jurídico de la OMC que será muy similar a los internos.

: ARTIGO APROVADO **(10/07/2010)** : *RECEBIDO EM 27/01/2010*

NOTAS

1 Es posible abarcar actores colectivos en algunas posiciones, como las grandes firmas internacionales o cortes internacionales con fuerte carácter colegiado, como el OA de la OMC.

2 Por ejemplo, Júlio Lacarte-Muró (2007, p. 40), diplomático uruguayo con larga experiencia en el GATT y componente del primer grupo de miembros del OA, afirma: "Y cuanto al OA? (…) A penas puede haber una conclusión. El OA existe para aplicar imparcialmente las normas de la OMC, como establecido por los Miembros. El OA es el guardián de la legalidad de la OMC u no hay espacio para tener en cuente las reacciones o voluntades políticas, sean cuales sean."

3 Por ejemplo, Georges Abi-Saab (2006, p. 4), componente del OA de 2000 a 2008, afirma qué "él OA, desde el principio, consciente y sistemáticamente ha afirmado y consolidado su carácter judicial, tanto en las formas de funcionamiento, cuanto en el proceso de razonamiento."

4 Disponible en www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/find_dispu_documents_e.htm, consultado entre 10 y 14 de abril del 2009.

5 Acá, individuo es una ocurrencia de indicación de nombre. Una persona es un agregado de individuos con nombres idénticos.

6 El acceso a la Westlaw ha sido proporcionado por la Universidad Torcuato di Tella (Buenos Aires), de 16 a 30 de junio de 2009, durante corta estada de investigación.

7 La población de profesionales predominantes (matriz B), de la cual representa 8% y su distribución demasiado errática. Como los profesionales en cuestión también se presentan como profesores, se eligió agregar las dos categorías, lo que, además, tuvo poco impacto en el agregado de los profesores, igualmente estable y en el mismo nivel.

8 *EC – Asbestos* y *US – Upland Cotton*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOTT, Kenneth W.; KEOHANE, Robert O.; MORAVCSIK, Andrew; SLAUGHTER, Anne Marie; SNIDAL, Duncan. "The concept of legalization". In: *International Organization*. v. 54. n. 3. Cambridge, MA: IO Foundation and the MIT, summer 2000.

ABI-SAAB, Georges. "The appellate body and treaty interpretation". In: BOHANES, Jan; SACERDOTU, Giorgio; YANOVICH, Alan. *The WTO at ten: the contribution of the dispute settlement system*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. Disponible en http://www.abanet.org/intlaw/spring06/materials/Abi-Saab.WTO.TreatyInterpret.pdf, consultado 12 de abril de 2009.

ÁLVAREZ-JIMÉNEZ, Alberto. "The WTO Appellate Body decision-making process: a perfect model for international adjudication?" In: *Journal of International Economic Law*. v. 12. n. 2. Oxford: Oxford University Press, 2009.

BOURDIEU, Pierre. *Las estructuras sociales de la economía*. Buenos Aires: Manantial, 2001a.

_____. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001b. 4ª Ed.

_____. The forms of capital. [1983] . *In* SWEDBERG and GRANOVETTER (Orgs.), *The Sociology of Economic Life*. Boulder: Westview, 2001. 2ª Ed.

CARTLAND, Michael. "Comment on a WTO permanent panel body". In: *Journal of International Economic Law*. v. 6. n. 1. Oxford: Oxford University Press, 2003.

COSTA. José A. F. "A imparcialidade na arbitragem entre investidores e Estados". In: *Revista de Mediação e Arbitragem*. n. 21. São Paulo: RT, 2009.

DEZALAY, Yves. "Les courtiers de l'international: héritiers cosmopolites, mercenaires de l'impérialisme et missionnaires de l'universel". In: *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*. n. 151-152. Paris: Seuil, 2004.

DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant. "Setting the legal scene for North-South disputes and te collective construction of the universality of law". In: *American Bar Foundation Working Paper Series*. n. 9.405. Chicago: American Bar Foundation, 1995.

_____. *Dealing in virtue: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order*. Chicago: Chicago University Press, 1996.

HUDEC, Robert E. "The new WTO dispute settlement procedure: an overview of the first three years". In: *Minnesota Journal of Global Trade*. n. 8. v. 1. 1999.

HUGHES, Valerie. "The institutional dimension". In: BETHELEHEM, Daniel; McRAE, Donald; NEUFELD, Rodney; VAN DAMME, Isabelle (Orgs.). *The Oxford handbook of International Trade Law. Oxford*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

JACKSON, John H. *The world trading system: law and policy of international economic relations*. Cambridge (MA): MIT Press, 1997.

LACARTE-MURÓ, Julio A. "Os primeiros anos do Órgão de Apelação e do sistema de solução de controvérsias na OMC: uma perspectiva histórica". In: BAPTISTA, Luiz O.; CELLI JÚNIOR, Umberto; YANOVICH, Alan. *10 anos de OMC: uma análise do sistema de solução de controvérsias e perspectivas*. São Paulo: Aduaneiras, 2007.
PICCIOTTO, Sol. Defending the public interest in Trips and the WTO. In: Peter DRAHOS, Peter; MAYNE, Ruth (Orgs.). *Global intellectual property rights: knowledge, access and development*. Londres: Palgrave e Oxfam, 2002.
_____. Private rights vs. public interest in WTO. In: *Review of International Political Economy*, v. 10, n. 3. 2003.
_____. The WTO's Appelate Body: legal formalism as a legitimation of global governance. In **School of Public Policy Working Paper Series**, n. 14. London: University Collegy, 2005.
TERRIS, Daniel; ROMANO, Cesare P. R.; SWIGART, Leigh. *The internacional judge: an introduction to the men and women who decide the world's cases*. Watham: Brandeis University Press, 2007.
WENDT, Alexander. *Social theory of international politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
YOUNG, Michael K. "Dispute resolution in the Uruguay Round: lawyers triumph over diplomats". In**:** *The international lawyer*. n. 29. 1995.

José Augusto Fontoura Costa

Doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo
Professor Titular da Universidade de São Paulo (FDUSP), da Universidade Católica de Santos (UniSantos) e da Universidade do Estado do Amazonas (UEA)

Av. Brig. Luís Antônio, 3030 – Apto. 405
Jardim Paulista – 01402–000
São Paulo – SP – Brasil
jafontouracosta@gmail.com

A PROMISSORA PROVÍNCIA PETROLÍFERA DO PRÉ-SAL

Alessandra Aloise de Seabra, Gilberto Passos de Freitas, Marcus Polette e T. Ángel Del Valls Casillas

THE PROMISING OIL PROVINCE OF THE PRE-SALT

RESUMO

O desafio nacional a partir da descoberta da promissora província petrolífera do pré-sal é estabelecer parâmetros que norteiem um desenvolvimento sustentável, com respeito ao meio ambiente e às populações locais. Em geral, os problemas dos países abundantes em petróleo decorrem da dificuldade no gerenciamento das rendas da produção. Nesse contexto, o presente artigo considera a aplicação dos *royalties* na zona costeira do país necessária e legítima. A partir de uma metodologia argumentativa, analisou-se a concentração da atividade petrolífera na costa, a natureza jurídica dos *royalties*, bem como a estrutura legislativa da divisão do recurso, a fim de contribuir com o debate sobre o rearranjo institucional dessa matéria. Conclui-se que a divisão igualitária dos recursos petrolíferos só é legítima após a retirada da parcela referente à mitigação dos impactos. Antes disso, tal divisão violaria os Princípios da Igualdade e do Poluidor-Pagador.

PALAVRAS-CHAVE

Royalties, Petróleo, Divisão equânime, Zona Costeira, pré-sal

ABSTRACT

The national challenge since the discovery of the promising oil province of the pre-salt is to establish parameters to guide sustainable development, with respect to the environment and local populations. In general, the problems of oil-abundant countries arise from the difficulty in managing incomes from the oil production. In this context, this study considers the application of royalties in the Brazilian Coastal Zone necessary and legitimate. Through an argumentative approach, the concentration of oil activity on the coast, the legal nature of royalties, and the legislative framework regarding the division of the resource were analyzed in order to contribute to the debate about the institutional rearrangement of the matter. It could be concluded that the equal division of oil resources is legitimate only after removal of the portion relating to mitigation of impacts. Otherwise, such partition would violate the Principles of Equality and Polluter Payer.

KEYWORDS

Royalties, Petroleum, Equitable Distribution, Coastal Zone, Pre-Salt

INTRODUÇÃO

A partir da descoberta da promissora província petrolífera do pré-sal, a discussão em torno dos critérios de distribuição dos *royalties* vem agregando vozes em todo o cenário político e entre integrantes da sociedade civil organizada. O tema definitivamente entrou de forma central na agenda política nacional. Inspirados pela

representatividade financeira dos *royalties*, parlamentares de todo o País lançam suas campanhas em defesa do suposto direito dos seus respectivos estados a essa renda, delineando um cenário que nos remete a uma releitura da campanha nacionalista de 1946, quando, infundidos pelo exemplo de Monteiro Lobato, partidos políticos de esquerda e movimentos sociais lançaram a campanha de rua em defesa do petróleo denominada "O Petróleo é nosso". Após setenta anos da descoberta da primeira jazida, por todo o país ecoam pronunciamentos e propostas legislativas que completam o *slogan* da campanha de 1946 afirmando: "Se o petróleo é nosso, os *royalties* também são".

O presente artigo pretende agregar ao debate sobre a divisão dos *royalties* – tema que é objeto do Projeto de lei n. 8.051/2010 – a discussão sobre a importância econômica e ecológica da zona costeira brasileira, bem como a responsabilidade de todos os estados e municípios do País pela conservação e uso dos recursos existentes nessa região, onde a atividade está instalada.

O presente artigo considera a aplicação dos *royalties* provenientes da exploração petrolífera *offshore* na zona costeira brasileira necessária e legítima. A necessidade se pretende demonstrar a partir da constatação da concentração da atividade nessa região, bem como da análise da importância ecológica e econômica desse bioma costeiro. A legitimidade da proposição será demonstrada através do entendimento da natureza jurídica do instituto *royalties*.

A estrutura legislativa dos atuais critérios de distribuição também será analisada. Em seguida, discorreremos sobre a proposta de divisão equânime dos *royalties* – já que as participações especiais foram extintas pela Lei n. 12.351/10[1] – propondo ao final que a alteração legislativa em análise no Congresso determine dispositivo discriminando o percentual dos *royalties* com vinculação às vertentes ambiental, social e econômica, a ser aplicado na zona costeira.

1 O PRÉ-SAL

A partir da Lei n. 9478/97 (Lei do Petróleo), a atividade passou a receber um novo impulso, aumentando de forma importante sua parcela no PIB nacional. Em 2007, com a descoberta dos reservatórios do pré-sal na bacia de Santos, no estado de São Paulo, tivemos deflagrada uma nova realidade das reservas petrolíferas brasileiras. Passados treze anos da promulgação da Lei do Petróleo, o PIB do setor cresceu de 5,5% para 12% da economia nacional, alcançou a autossuficiência no abastecimento interno e tem no pré-sal a possibilidade de tornar o País um dos maiores exportadores da *commodity* no mundo.

Com uma área total de 149.000 quilômetros quadrados, a província do pré-sal é considerada a maior descoberta de petróleo do hemisfério sul nos últimos trinta anos, e aponta o País para um salto da décima quinta posição para a quarta no seleto

ranking das dez maiores jazidas do mundo, colocando o Brasil no radar dos investidores internacionais (Petrobras, 2011a).

A formação geológica chamada de pré-sal é assim conhecida por estar coberta por uma camada de cerca de 2.000 metros de sal marinho depositado no leito oceânico. Está situada sob três bacias petrolíferas: Campos, Espírito Santo e Santos, onde foram realizadas as maiores descobertas na área até então.

As mais importantes reservas estão sob essa camada de sal, formada há 100 milhões de anos, no período de separação dos continentes americano e africano (Petrobras, 2011a).

A Província petrolífera do pré-sal representa um verdadeiro tesouro energético equivalente a cerca de 50 bilhões de barris de petróleo (Ajuris, 2009). A principal descoberta até o momento é protagonizada pelo gigantesco poço de Libra, situado a 183 quilômetros da costa do Rio de Janeiro, com um volume recuperável de óleo que pode variar entre 3,7 e 15 bilhões de barris, sendo a estimativa mais provável de 7,9 bilhões de barris.

É importante destacar que somente esse prospecto de Libra pode vir a ter um volume de óleo recuperável superior às atuais reservas provadas brasileiras, próximas de 14 bilhões de barris de petróleo, tornando-se dessa forma a maior descoberta de petróleo no mundo desde 2000, quando o Cazaquistão identificou 17,2 bilhões de barris na área de Kashagan (ANP, 2011).

Na bacia de Santos e na bacia do Espírito Santo também há importantes reservas como, Tupi, cuja estimativa é de 5 a 8 bilhões de barris; Iara, com estimativa de 3 a 4 bilhões de barris; e Parque das Baleias, com expectativa de 1,5 a 2 bilhões de barris de óleo equivalente. O óleo já identificado apresenta características de um petróleo de alta qualidade e maior valor de mercado (Petrobras, 2011a).

A mais recente descoberta foi anunciada em janeiro de 2011, no poço informalmente denominado Carioca Nordeste, onde também foi encontrado um óleo leve de boa qualidade (Petrobras, 2011b).

Os investimentos na província deverão ser altíssimos, em função da profundidade das reservas, o que exigirá a aplicação de tecnologia de alto custo. O caminho até o petróleo é longo, sendo preciso passar por 2 quilômetros de oceano e mais 1 quilômetro de rocha da camada pós-sal. Entretanto, o baixo risco exploratório, em um cenário internacional de relativa alta do preço do petróleo, parece viabilizar os custos de exploração e produção em águas ultraprofundas. O plano de negócios 2010-2014 da Petrobras prevê investimentos de US$ 224 bilhões (Gabrielli et al., 2010).

Em 2 de setembro de 2008, foi efetuada a extração do primeiro óleo da camada pré-sal, através do navio-plataforma P-34 no Campo de Jubarte, na bacia de Campos, no Rio de Janeiro. Em 1º de maio de 2009, deu-se início à produção de petróleo na descoberta de Tupi, por meio do Teste de Longa Duração (TLD) (Presidência da República, 2011).

A partir do pré-sal, a Petrobras decidiu investir ainda mais pesado no segmento com a construção de refinarias, plataformas e navios, com recursos próprios ou com financiamentos de parceiros estrangeiros em todo o País. Acredita-se que, somente por volta de 2016 essas reservas estejam sendo exploradas em larga escala (Presidência da República, 2011).

Nos próximos anos, o Brasil produzirá, somente no pré-Sal já concedido (que corresponde a 28% do total da área) quase o mesmo volume produzido atualmente. Em 2009, a produção total média do primeiro semestre foi de 1.936.000 barris/dia, enquanto a estimativa de produção no pré-sal concedido para o ano de 2020 é de 1.815.000 barris/dia (MME, 2010).

Com grandes reservas, alta tecnologia em petróleo, base industrial diversificada, grande mercado consumidor e estabilidade institucional e jurídica, o País goza de uma situação privilegiada frente aos países que protagonizam o conflito de interesses petrolíferos (MME, 2010). Entretanto, essa riqueza potencial, concentrada em uma área de 800 quilômetros de extensão por 200 quilômetros de largura, traz consigo promessas e riscos, por suas gigantescas implicações econômicos, sociais, políticas e geopolíticas (Ajuris, 2009).

1.1 OPORTUNIDADE E DESAFIO

A experiência internacional dos países exploradores de petróleo nos últimos quarenta anos mostra, em geral, um crescimento econômico inferior ao projetado, fraca diversificação econômica, altos níveis de pobreza e desigualdade, impactos ambientais devastadores no nível local, corrupção desenfreada, governança excepcionalmente insatisfatória, e grandes incidências de conflito e guerra (Tsalik et al., 2005).

A atividade petrolífera brasileira não pode se desenvolver alheia ao fato de estar instalada em uma área onde está concentrada cerca de 20% da biodiversidade mundial, com particular disputa de interesses em razão dos serviços prestados pelo ambiente costeiro, e com grande número de conflitos preexistentes, severamente potencializados pelo início da exploração.

A exploração do pré-sal não pode repetir os erros da bacia de Campos, onde o excesso de liberdade do administrador público na aplicação das verbas petrolíferas tem resultado em episódios de mal gasto de dinheiro público e suspeitas de corrupção (Aloise de Seabra, 2010).

O desafio agora é estabelecer um desenvolvimento que não seja predatório, especialmente para o ambiente costeiro e para as comunidades locais. A experiência nacional e internacional tem demonstrado que a propriedade de riqueza em recursos petrolíferos por si só não garante desenvolvimento socioeconômico, nem qualidade de vida para a população local.

A compensação dos impactos ambientais, sociais e econômicos gerados pela atividade deve ser priorizada na análise do gerenciamento das verbas, especialmente

quando desenvolvida na zona costeira em razão da importância e da capacidade de resiliência dessa região.

Na busca pela sustentabilidade, é imprescindível o conhecimento da região efetivamente impactada, bem como o tipo e a extensão do impacto a fim de orientar a compensação.

Um estudo do Banco Mundial (2003) sobre os impactos da indústria petrolífera concluiu que a disponibilidade de petróleo representa tanto uma oportunidade como um desafio, e que a diferença entre a capacidade de colher mais ou menos benefícios dessa verdadeira "corrida do ouro" que aporta à região está nas forças econômica e cultural preexistentes no local.

Buscando identificar as áreas potencialmente impactadas pelo início da atividade no pré-sal, a Comissão Especial de Petróleo e Gás do Estado de São Paulo (Cespeg) apresentou um prognóstico da atividade, indicando o perfil, a localização e o porte das novas atividades e dos investimentos da cadeia petrolífera na região. O relatório estima que a maior parte das exigências sobre as infraestruturas ocorrerão ao longo do litoral paulista, destacadamente entre os municípios de Itanhaém e Caraguatatuba. Investimentos como bases de apoio marítimo (*supply houses*), estaleiros para construção naval, canteiros de módulos e instalações empresariais de armazenagem e manutenção, dentre outros, estarão localizados nessa região (Cespeg, 2011).

O Estudo de Impacto Ambiental da atividade de perfuração marítima na bacia de Santos (EIA) definiu nos estados integrantes da bacia quais são os municípios nos quais a simples presença da atividade – devido ao aumento na arrecadação de impostos, fluxo migratório e/ou geração de empregos –, pode impactá-los econômica e socialmente. No estado do Rio de Janeiro temos os municípios de Niterói, Itaguaí e Rio de Janeiro; no estado de São Paulo, os municípios de Santos, Guarujá e Itanhaém; e no estado de Santa Catarina os municípios de Navegantes e Itajaí (Rima Bacia de Santos, 2010).

O desenvolvimento sustentável do setor é o grande desafio nacional. Entretanto, a enorme demanda por crescimento econômico e desenvolvimento social brasileiro, inerentes aos países em desenvolvimento, tornam a concretização dessa responsabilidade uma árdua tarefa.

A infraestrutura a ser instalada e a forma como a riqueza gerada será distribuída entre e nos municípios beneficiados nesse ciclo certamente serão um processo decisivo para o futuro ambiental, econômico e social do País, configurando inclusive uma nova dinâmica demográfica e geopolítica capaz de gerar um futuro incerto e paradoxal (Polette e Aloise de Seabra, 2011).

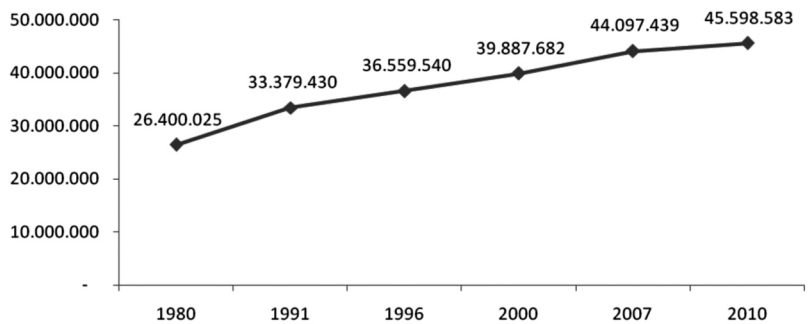
1.2 ZONA COSTEIRA

As zonas costeiras abrigam a maior parte da população mundial, cujas atividades estão direta ou indiretamente relacionadas aos serviços e bens ambientais proporcionados

pelos ecossistemas litorâneos. De acordo com o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro II (PNGC II), pode-se afirmar que a sustentabilidade das atividades humanas nas zonas costeiras depende de um meio marinho saudável e vice-versa. A partir de diversos estudos, o plano enfatiza que "a saúde, o bem-estar e, em alguns casos, a própria sobrevivência das populações costeiras dependem da saúde e das condições dos ecossistemas costeiros" (MMA, 2011a).

A zona costeira brasileira é formada por cerca de 400 municípios segundo o PNGC II (MMA, 1998a), que representam cerca de 4,3% (257.148 quilômetros quadrados) da área territorial do País onde vivem cerca de 45,5 milhões de habitantes, ou seja 23,9% da população brasileira (Fig. 1). Enquanto a média de densidade média demográfica no Brasil é de 22,3 habitantes por quilômetro quadrado, os municípios litorâneos brasileiros apresentam uma densidade de 123 habitantes por quilômetro quadrado.

Figura 1. Evolução do crescimento populacional da zona costeira brasileira



Fonte: IBGE (2010). Organização: Polette (2011).

Em todo o mundo, a crescente e acelerada ocupação dessa área têm gerado conflitos entre a necessidade de preservação e de desenvolvimento (Castello et al., 2006).

1.3 CONCENTRAÇÃO DA ATIVIDADE PETROLÍFERA

É em um ambiente com inúmeras pressões que atividade petrolífera se desenvolve. Noventa por cento das bacias petrolíferas estão localizadas na plataforma continental. Esse tipo de exploração (*offshore*) resulta na instalação de toda a cadeia petrolífera e parapetrolífera na região costeira adjacente aos campos de produção, e é essa indústria de apoio que provoca a maior parte dos impactos sociais, econômicos e ambientais nas regiões produtoras. São estruturas industriais, equipamentos de infraestrutura terrestre e portuária, escritórios de serviços, ou seja,

os mais diversos tipos de empresas para atender à demanda por serviços e equipamentos da atividade.

Atualmente, estão localizadas na ZONA Costeira 9 das 10 bacias em atividade; 34 dos 37 terminais petrolíferos; 15 dos 18 gasodutos; 9 das 13 indústrias petrolíferas; e 10 das 17 termelétricas, como se vê na figura 2 (Petrobras, 2011c).

Figura 2. Mapa da atividade petrolífera



Fonte: Petrobras (2011c).

Um dos aspectos marcantes da atividade petrolífera é a celeridade do processo de crescimento das regiões onde ela é aportada. Como resultado dessa forte e repentina mobilização de capitais, a região agrega às suas dificuldades preexistentes os efeitos de uma intensa migração populacional, que normalmente resultam em segregação socioespacial e consequente favelização da comunidade pesqueira e dos migrantes que não conseguem trabalho; em guerra de lugares entre as prefeituras vizinhas – que disputam através da concessão de benefícios políticos (incentivos fiscais, leis de isenção) e técnicos (obras de infraestrutura) a atenção das empresas para

os seus respectivos territórios; em especulação de vários mercados e na frequente alienação da população local frente aos benefícios da indústria petroleira.

O aporte quase instantâneo de pessoas físicas e jurídicas em grande número também desafia as administrações municipais da região a prover a necessária estrutura de bens e serviços públicos. A essa concentração, agregue-se o crescimento predatório gerado pelo acelerado processo de urbanização brasileiro. Em apenas meio século o Brasil – que era um país eminentemente rural – passou a ter 82% da sua população vivendo em cidades (Oliveira, 2001).

O desafio nacional a partir da descoberta desse importante tesouro energético que o pré-sal representa é estabelecer parâmetros que norteiem um desenvolvimento sustentável para o setor, com respeito ao meio ambiente e às populações locais. Nesse sentido, a importância da análise da região onde a atividade petrolífera está concentrada é um tema de grande importância.

1.4 IMPORTÂNCIA ECOLÓGICA E ECONÔMICA DA REGIÃO

A condição brasileira de abrigar entre 10 a 20 % das espécies conhecidas coloca o País entre os mais biodiversos do mundo (MMA, 1998b). Um exemplo dessa significativa biodiversidade pode ser observado na Mata Atlântica, bioma que se estende por quase toda zona costeira do Brasil; ela representa a floresta mais rica do mundo em diversidade de árvores e abriga mais de 20 mil espécies de plantas, das quais 8 mil são endêmicas, ou seja, espécies que não existem em nenhum outro lugar no planeta. Comparada à Floresta Amazônica, proporcionalmente, a primeira apresenta a maior diversidade biológica. Trata-se do segundo ecossistema mais ameaçado de extinção do mundo, ela perde apenas para as quase extintas florestas da ilha de Madagascar na costa da África, e está reduzida a apenas 7,84% da sua área (Campanili et al., 2006).

O impacto que a biodiversidade representa na economia brasileira é extremamente alto. Somente o setor da agroindústria responde por cerca de 40% do PIB brasileiro, (calculado em US$ 866 bilhões no ano de 1997); o setor florestal, 4;%; e o pesqueiro, 1%. Produtos da biodiversidade respondem por 31% das exportações brasileiras, destas se destacam o café, a soja e a laranja (MMA, 2011b).

Cabe ressaltar que a geração de empregos também apresenta números importantes. As atividades de extrativismo florestal-pesqueiro empregam mais de três milhões de pessoas (MMA, 2011b).

Cerca de 30% da matriz energética nacional utiliza a biomassa vegetal, contando o álcool da cana-de-açúcar, além da lenha e do carvão derivados de florestas nativas e plantadas. No nordeste, esse número chega a 50% (MMA, 2011b).

Em razão da rica biodiversidade, a zona costeira apresenta alto impacto na economia do brasileira. Os serviços prestados pelo ambiente costeiro – turismo, lazer, abrigo e proteção, navegação, exploração de recursos não vivos, aproveitamento de recursos energéticos –, representam cerca de 70% do Produto Interno Bruto (PIB) Nacional,

fundamentalmente pela existência de portos, que são os atores principais no desenvolvimento da atividade exportadora brasileira (Freitas, 2005).

A ordem constitucional inaugurada em 1988 não admite mais o desenvolvimento de nenhuma atividade econômica a qualquer preço. A fim de orientar as atividades econômicas desenvolvidas na zona costeira e na Mata Atlântica, a Carta Magna, no parágrafo 4º do art. 225, reconhece a importância ecológica e econômica desses biomas nacionais, outorgando-lhes a condição de Patrimônio Nacional e conferindo-lhes um regime jurídico particular. Essas regiões possuem regime diferenciado de autorização, de estudo de impacto e de conservação ambiental, exigindo que sua utilização esteja de acordo com a lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

A condição de Patrimônio Nacional conferida à zona costeira significa a ampliação dos limites de responsabilização pela conservação e uso sustentável dos recursos existentes nessa região. Originariamente adstrita aos territórios dos municípios costeiros, essa responsabilidade foi estendida a todos os municípios e estados do Brasil, através de comando constitucional, devendo a legislação infraconstitucional adequar-se a essa realidade. Machado (2009) leciona que:

> A regra geral constitucional tem sua importância não só por indicar ao administrador público, aos particulares e ao juiz que o desenvolvimento econômico não deve ser predatório, como torna claro que a gestão do litoral não interessa somente a seus ocupantes diretos, mas a todo brasileiro, esteja ele onde estiver, pois se trata de "patrimônio nacional".

Por todo o exposto, pode-se afirmar que a utilização dos *royalties* na respectiva região costeira impactada é necessária em razão da importância da área onde ela está instalada. Ademais, essa utilização não é feita em detrimento dos demais municípios brasileiros – como argumentam os que defendem a divisão igualitária do recurso –, pois a responsabilidade pela conservação dessa área, assim como os benefícios econômicos gerados a partir da utilização de sua rica biodiversidade, é de todos.

A legitimidade dessa proposição será a seguir desenvolvida a partir da análise da natureza jurídica dos *royalties*.

2 NATUREZA JURÍDICA DOS *ROYALTIES*

No direito brasileiro o termo *royalty* não tem origem constitucional. A positivação do termo veio através da legislação infraconstitucional sobre o tema. O que se convencionou denominar *royalty* é a "compensação financeira pela exploração de recursos naturais", instituto respaldado pelo art. 20, § 1º, da Constituição Federal.

Para a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), os *royalties* são uma compensação financeira atribuída aos concessionários de exploração e produção de petróleo e gás natural, a ser paga mensalmente pela empresa exploradora ao governo (art. 11, Decreto n. 2.705/98).

Manoel (2003) não reconhece a natureza compensatória do instituto. A natureza jurídica é definida pelo autor como "estipulação em favor de terceiros", um instituto do direito civil, onde dois entes contratam, e um terceiro, estranho ao contrato, é beneficiário daquele contrato, sendo possível a ambos exigirem a prestação devida pelo promitente.

O entendimento parte da premissa de que os bens do subsolo são de propriedade da União. Na condição de titular do bem explorado e, consequentemente, parte integrante do contrato de concessão realizado com a empresa exploradora de petróleo, o autor argumenta que a natureza jurídica compensatória somente existiria caso fosse a própria União a destinatária das verbas ora analisadas.

A premissa de que os bens do subsolo são de propriedade da União, contudo, é equivocada. A Constituição Federal de 1988 consagrou de forma nova e importante a existência de um bem que não possui características de bem público e, muito menos, privado. Nesse sentido, Costa (2008) ressalta o caráter inapropriável dos bens ambientais que em razão da sua natureza difusa possuem uma titularidade indeterminável, tendo em vista que pertence a todos.

Isso se deve ao art. 225 do texto constitucional: "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".

Os bens ambientais inauguram uma terceira espécie de bem, cuja titularidade não recai sobre qualquer dos entes federados. A partir da Constituição Federal de 1988, o art. 20, ao elencar os "os bens de propriedade da União", passa a receber interpretação diversa da literal. Em se tratando de bem ambiental, caberá à União a responsabilidade de gestão pelos bens ali elencados, uma vez que a propriedade passa a ser difusa.

Assim, a responsabilidade pela administração do petróleo, cuja natureza jurídica é a de bem ambiental, bem como o dever de prezar pela sua preservação, é da União, na qualidade de gestora e não de proprietária do bem.

A natureza compensatória dos *royalties* foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, através de manifestação nos autos do Recurso Extraordinário n. 228.800-5/DF de 2001. O voto do então relator, ministro Sepúlveda Pertence, foi além e delimitou o pressuposto e a medida da obrigação do explorador: "Essa compensação financeira há de ser entendida em seu sentido vulgar de mecanismo destinado a recompor uma perda, sendo, pois, essa perda, o pressuposto e a medida da obrigação do explorador"(STF, 2001).

O voto esclarece que a espécie de perda analisada no momento da destinação e cálculo dos *royalties* não se trata da perda do recurso mineral em si, pontuando: "A espécie de perda é aquela decorrente dos efeitos da exploração, dos problemas que acarreta a exploração dos recursos minerais sob tutela da lei". Conforme decidido pela corte, os efeitos são aqueles de natureza ambiental, social e econômica.

Tal posicionamento, soberano por natureza, oferece a direção necessária para que tracemos o caminho rumo ao modelo de divisão e aplicação dos *royalties*, de tal forma que o instituto venha a atender a razão precípua de sua criação (Aloise de Seabra et al., 2008).

A natureza jurídica compensatória dos *royalties* também é defendida por Barroso (2010):

> O conceito chave é o de compensação, seja pelo uso do território do Estado ou do Município, seja pelos danos ou ônus decorrentes da atividade. Pois bem: o que haveria para compensar em relação a uma região não envolvida nem afetada no processo de exploração? Caso todos os Estados e Municípios tivessem o mesmo direito, o local da atividade seria irrelevante e o emprego da palavra compensação não teria pertinência. O principal propósito do art. 20, § 1º da Constituição Federal é compensar os Estados e Municípios pelos impactos ambientais e socioeconômicos decorrentes de uma atividade de interesse nacional, proporcionando-lhes condições de prevenir riscos e de atender ao aumento da demanda por serviços públicos.

A natureza jurídica das participações governamentais também foi analisada por Leite (2009) que concluiu tratar-se de um instrumento de caráter compensatório cuja premissa não é baseada na utilização do bem, mas na compensação dos impactos ambientais, econômicos e sociais causados na respectiva região produtora.

3 CRITÉRIOS ATUAIS DE DISTRIBUIÇÃO DAS VERBAS PETROLÍFERAS

3.1 ESTRUTURA LEGISLATIVA

Na legislação brasileira coexistem duas estruturas de distribuição dos *royalties*: uma para a parcela de 5% e outra para a parcela excedente a 5%. A ordem jurídica estabelecida pela Lei do Petróleo (Lei n. 9478/97) trouxe uma forma diferenciada de distribuição para a parcela acima de 5% (inc. II, art. 49, da Lei n. 9478/97, regulamentada pelo Decreto n. 2.705/98).

Em relação à parcela de 5%, a Lei n. 9478/97 remeteu à Lei n. 7.990/89 a disciplina da matéria. Essa legislação, por sua vez, estabelece o pagamento dos *royalties* através de uma alteração pontual no art. 27 da antiga Lei n. 2004/53.

Ocorre que a Lei n. 2004/53 foi expressamente revogada pela própria Lei do Petróleo, conforme se depreende da análise literal do art. 83 da Lei n. 9478/97: "Art. 83. Revogam-se as disposições em contrário, inclusive a Lei n. 2.004, de 3 de outubro de 1953". Assim, constata-se que a parcela de 5% dos *royalties* petrolíferos tem seus critérios embasados em legislação revogada desde 1997.

Vale ressaltar que o Projeto de lei 8.051/2010 tem como objeto o regime jurídico de distribuição de *royalties* sob o regime de partilha de produção. Dessa forma, persiste a lacuna legislativa para a parcela de 5% dos *royalties* que seguirão sendo distribuídos sob o regime de concessão nas áreas já licitadas do pré-sal.

3.2 PROPOSTA DE DIVISÃO EQUÂNIME DOS *ROYALTIES*

> Dentre os mais de 85 projetos de alteração dos critérios de distribuição dos *royalties* que estiveram em trâmite no Congresso Nacional Brasileiro, a proposta com base na divisão igualitária do recurso foi aprovada pelas duas Casas e encaminhada ao então presidente da República em 2010. O modelo redistribuía os *royalties* entre todas as unidades da federação sem considerar o critério de produção. A par da impropriedade técnica, por desconsiderar a razão de ser dos *royalties*, a divisão ainda estava baseada em legislação cuja inconstitucionalidade foi recentemente declarada pelo Supremo Tribunal Federal.[2]

Mencionada legislação foi editada em 1989 em obediência ao art. 159 da Constituição Federal sobre a repartição das receitas tributárias, mas deveria ter vigorado apenas nos exercícios fiscais de 1990 e 1992. Após esse ano, a previsão era de que o censo do IBGE reorientaria a distribuição, mas isso nunca foi feito, resultando na inconstitucionalidade do dispositivo.

A proposta de divisão equânime dos *royalties* previa sua distribuição entre os Estados da Federação de acordo com o contexto socioeconômico do Brasil de 21 anos atrás, a partir de critérios ultrapassados.

Entretanto, a Lei n. 12.351/10 foi sancionada com veto ao art. 64 que disciplinava a matéria – a chamada Emenda Simon. A perspectiva para 2011 é a definição da alíquota dos *royalties* dos contratos de partilha e sua forma de distribuição, conforme Projeto de Lei n. 8.051/2010.

O Princípio da Igualdade, previsto no *caput* do art. 50 da Constituição Federal tem sido referenciado de forma corrente na defesa dessa repartição igualitária. Contudo, aludido princípio determina que seja dispensado um tratamento igual aos iguais, e desigual aos desiguais, na medida em que se desigualam.

Produções legislativas que dispensam um tratamento igual a todos, desconsiderando as diferenças, estarão viciadas, pois estão em desacordo com importante princípio

constitucional. É partindo de um tratamento desigual com os desiguais que o legislador estará aproximando a sociedade da igualdade de fato.

Nesse sentido, Morais (2001) adverte que estão proibidos os tratamentos arbitrariamente desiguais. A arbitrariedade existirá quando não for possível encontrar uma razão qualificada para a diferenciação. O autor ressalta ainda que os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal, quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.

É imperioso, portanto, que a um município costeiro onde se desenvolve a atividade petrolífera e a outro município sem nenhuma relação com a atividade sejam dispensados tratamentos desiguais, na medida da sua desigualdade, como medida de justiça.

Na discussão sobre a divisão igualitária dos *royalties*, outro importante princípio constitucional a ser analisado é o Princípio do Poluidor Pagador. O aludido princípio determina a internalização dos efeitos externos da atividade produtiva, os quais, passando a integrar os custos da produção, devem incidir diretamente sobre o lucro do produtor (Lima, 2003).

Como assinala Machado (2009), a atividade poluente acaba sendo uma apropriação pelo poluidor dos direitos de outrem, pois na realidade a emissão poluente representa um confisco do direito de alguém. O autor se refere ao confisco do direito constitucionalmente garantido à sociedade de usufruir de um meio ambiente saudável. A situação de iniquidade surge quando indivíduos assumem apenas os encargos da atividade poluidora, sendo excluídos de suas benesses.

Pode-se afirmar que uma vez descontada a parcela referente aos impactos, a divisão igualitária dos recursos petrolíferos passa a ser legítima. Antes disso, tal divisão implicaria em inobservância aos Princípios da Igualdade e do Poluidor Pagador.

A Lei n. 12.351/10 inaugura um novo modelo institucional da indústria petrolífera fundamentado no contrato de partilha de produção, onde a propriedade do petróleo extraído é exclusiva do Estado –em contraste com a propriedade exclusiva do concessionário, no caso da concessão. Nesse modelo, cabe ao contratado o exercício da atividade de exploração e produção à suas expensas, em troca de uma parte do petróleo extraído.

O contrato de partilha será aplicado nas áreas do pré-sal que ainda não foram licitadas e nas áreas consideradas de interesse estratégico, mantendo-se inalterado o regime da concessão nas demais áreas. As áreas ainda não licitadas correspondem a 72% do total da área do pré-sal, e as áreas consideradas de interesse estratégico correspondem às áreas em outras regiões do país nas quais, fora do pré-sal, eventualmente existam grandes reservas de petróleo (Confea, 2010).

Nesse ponto, convém salientar que a renda proveniente do pagamento dos *royalties* do petróleo representa apenas parte da renda total obtida com a exploração. No contrato de partilha, além das receitas governamentais (*royalties* e bônus de assinatura) e dos tributos incidentes, a União recebe ainda parcela do óleo produzido,

garantindo a concretização do principal objetivo do governo com a alteração do regime de produção que é ter maior participação nos resultados da riqueza petrolífera nacional.

Além da parcela do óleo produzido, vale destacar que no Brasil essa atividade está sujeita ao pagamento de todos os impostos incidentes sobre as demais atividades econômicas. Trata-se de uma pesada carga tributária que, no ano de 2008, representou mais que o triplo de todas as participações governamentais somadas. Em impostos o setor arrecadou R$ 77,87 bilhões, enquanto em *royalties* e participações especiais a cifra foi de R$ 22 bilhões (ANP, 2009).

Conforme salientado por Barroso (2010), o direito constitucional à compensação dos Estados e Municípios produtores (art. 20, § 1º da Constituição Federal), não impede que os demais Estados-membros e Municípios recebam suas parcelas. A União pode repartir como quiser o seu próprio quinhão, mas ao distribuir a outros estados e municípios aquilo que cabe apenas aos produtores, estaria distribuindo o que não lhe pertence.

Isso significa que o respeito ao direito dos municípios costeiros, de ter a compensação dos impactos provocados pela atividade nos seus respectivos territórios, não se choca com o interesse nacional de investir no desenvolvimento social e no combate à pobreza.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, conclui-se que a natureza compensatória dos *royalties* justifica sua utilização na respectiva região costeira adjacente aos campos de produção, desde que impactadas pela atividade. A finalidade dessa utilização está na recomposição dos impactos ambientais, sociais e econômicos ocasionados pela atividade exploradora. Ressaltamos a necessidade dessa compensação no caso brasileiro, em razão da importância ecológica e econômica da região costeira onde a atividade está instalada.

A vinculação dessa receita à compensação do respectivo impacto – ambiental, social e econômico – é um pressuposto essencial de sustentabilidade da atividade petrolífera, na medida em que direciona a correta aplicação da verba, diminuindo a liberdade do administrador público.

Num cenário promissor para a atividade petrolífera nacional, este artigo procura contribuir com o debate sobre o rearranjo institucional dessa matéria, destacando a importância da área na qual a atividade se desenvolve, bem como a responsabilidade nacional pela conservação dos recursos existentes nessa região.

: ARTIGO APROVADO **(30/06/2011)** : *RECEBIDO EM 05/05/2011*

NOTAS

1 Lei n. 12.351/10. Estabelece um novo marco regulatório para a E&P de petróleo, gás e outros hidrocarbonetos fluidos baseado na partilha de produção; além de criar um Fundo Social petrolífero vinculado à Presidência da República.

2 O modelo previa a utilização de percentuais do Fundo de Participação dos Estados e dos Municípios (FPE), art. 2º da Lei Complementar 62/89.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AJURIS. Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Cartilha E o pré-sal é nosso? Ano I, n. 1, 2009.
ALOISE DE SEABRA, A,; FREITAS, G. P.; CONCEIÇÃO JUNIOR, O. P. A Justa Distribuição dos *Royalties* de Petróleo e Gás como Instrumento de Política Ambiental. Revista Ceciliana. *Universidade Santa Cecília*, 19, n. 30, p. 103-113, ago./dez., 2008.
ALOISE DE SEABRA, A. Necesidad y Legitimidad de la Aplicación de los "*Royalties*" del Petróleo en la Zona Costera de Brasil. EUROPEAN JOINT MASTER IN WATER AND COASTAL MANAGEMENT. UCA. Universidad de Cádiz, 2010.
ANP. Agência Nacional Petróleo. Superintendência de Planejamento e Pesquisa. Estimativa da Contribuição Tributária do Setor de Petróleo e Gás: 2002-2008. Nota Técnica ANP n. 22, 2009.
_____. Notas à Imprensa. Disponível em: http://www.anp.gov.br/?pg=36488&m=libra&t1=&t2=libra&t3=&t4=&ar=0&ps=1&cachebust=1297187033916. Acesso em: 8 fev. 2011.
BANCO MUNDIAL. Mejores Prácticas para Hacer Frente a los Impactos Sociales de las Operaciones de Petróleo y Gas. Manejo de Las Rentas. 2003. Disponível em: http://www.worldbank.org/ogsimpact/mgroverviewsp.htm. Acesso em: 22 mar. 2008.
BARROSO, L. R. Federalismo, Isonomia e Segurança Jurídica Inconstitucionalidade das Alterações na Distribuição de *Royalties* do petróleo. Consulta formulada pelo Estado do Rio de Janeiro. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010
BRASIL. Lei n. 2.004, 3 out. 1953. Dispõe sobre a Política Nacional do Petróleo e define as Atribuições do Conselho Nacional do Petróleo, institui a Sociedade por Ações Petróleo Brasileiro Sociedade Anônima (Petrobras), e da outras providências. Disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/109500/lei-2004-53. Acesso em: 26 mai. 2011.
BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 out. 1988.
BRASIL. Lei Complementar n. 62, 28 dez. 1989. Estabelece normas sobre o cálculo, a entrega e o controle das liberações dos recursos dos Fundos de Participação e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 26 mai. 2011.
BRASIL. Lei n. 7.990, 28 dez. 1989. Institui, para os estados, Distrito Federal e municípios, compensação financeira pelo resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica, de recursos minerais em seus respectivos territórios, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva. Disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103418/lei-7990-89. Acesso em: 26 mai. 2011.
BRASIL. Lei n. 9.478, 6 ago. 1997. Dispõe sobre a Política Nacional, as Atividades Relativas ao Monopólio do Petróleo, Institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo (ANP) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9478.htm. Acesso em: 26 mai. 2011.
BRASIL. Decreto n. 2.705, 3 ago. 1998. Define critérios para cálculo e cobrança das participações governamentais de que trata a Lei n. 9.478, 6 ago. 1997, aplicáveis de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, e dá outras providências. Disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/111637/decreto-2705-98. Acesso em: 26 mai. 2011.
BRASIL. Lei n. 12.351, 22 dez. 2010. Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas; cria o Fundo Social (FS) e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos; altera dispositivos da Lei n. 9.478, 6 ago. 1997; e dá outras providências. Disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1026276/lei-12351-10. Acesso em: 26 mai. 2011.

BRASIL. Projeto de Lei n. 8.051/10. Dispõe sobre os *royalties* devidos em função da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas, instituído pela Lei n. 12.351, 22 dez. 2010, para os estados, Distrito Federal, municípios e órgãos da administração direta da União, e dá outras providências. Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/integras/832082.pdf. Acesso em: 26 mai. 2011.

CAMPANILI, M. PROCHNOW, M. (Orgs.) Mata Atlântica, uma rede pela floresta. Brasília: RMA. 2006.

CASTELLO, J. P. et al. (Orgs.) Avaliação ambiental de estuários brasileiros: diretrizes metodológicas. Instituto do Milênio (MCT/PADCT/CNPq). Rio de Janeiro: Museu Nacional, 2006.

CESPEG. Comissão Especial de Petróleo e Gás do Estado de São Paulo. Petróleo & Gás no Estado de São Paulo. Panoramas, Desafios e Políticas Públicas. Disponível em: http://www.desenvolvimento.sp.gov.br/infraestrutura/cespeg//files/relatorio_final_cespeg_7mb.pdf. Acesso em: 11 fev. 2011.

CONFEA. Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia. Propostas Para o Desenvolvimento Sustentável Brasileiro. 2010. Disponível em: http://www.confea.org.br/publique/media/cadernodepropostasdesenvolvimento.pdf. Acesso em: 27 mai. 2011.

COSTA, B. S. Tutela Jurídica do Minério de Ferro como Bem Ambiental. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais, 2008.

FREITAS, M. A. P. Zona Costeira e Meio Ambiente. Curitiba: Ed. Juruá, 2005.

GABRIELLI, J. S.; BARBASSA, A. Plano de Negócios 2010-2014 da empresa Petrobras, 2010.

LEITE, F. R. D. As participações governamentais na indústria do petróleo sob a perspectiva do Estado-Membro: Importância econômica, natureza jurídica e possibilidade de fiscalização direta. *Revista DireitoGV*. São Paulo, p. 527-548, jul./dez., 2009.

LIMA, G. M. Aplicação do princípio do poluidor-pagador aos danos ambientais provocados pela indústria petrolífera. II CONGRESSO BRASILEIRO DE P&D EM PETRÓLEO & GÁS, 2003.

MACHADO, P. A. L. Direito ambiental brasileiro. 17, ed. rer., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MANOEL, C. O. Natureza Jurídica dos Royalties do Petróleo no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Dissertação. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito, 2003.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Plano de ação federal para a zona costeira do Brasil. Brasília/DF, 1998. 34 p.

_____. Primeiro Relatório Nacional para a Convenção sobre Diversidade Biológica. Ministério do Meio Ambiente. Brasília/DF, 1998b.

_____. Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro II. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa_sigercom/_arquivos/pngc2_78.pdf. Acesso em: 27 mai. 2011a.

_____. Secretaria de Biodiversidade e Florestas. *Biodiversidade Brasileira*. Disponível em: http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=72&idMenu=2338. Acesso em: fev. 2011b.

MINISTÉRIO DAS MINAS E ENERGIA. Disponível em: http://www.mme.gov.br/mme. Acesso em: jan. 2010.

MORAES, A. Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2001.

OLIVEIRA, I. C. E. Estatuto da cidade: para compreender. Rio de Janeiro: Ibam/Duma, 2001.

PETROBRAS. Atuação no pré-sal. Disponível em: http://www.petrobras.com.br/pt/energia-e-tecnologia/fontes-de-energia/petroleo/presal/. Acesso em: 3 fev. 2011a.

_____. Disponível em: http://www.petrobras.com.br/ri/Show.aspx?id_materia=7LxZGzFkKlYOMbMSkpB3Wg=. Acesso em: 11 fev. 2011b.

_____. Disponível em: http://www.petrobras.com.br/pt/quem-somos/principais-operacoes/. Acesso em: 11 fev. 2011c.

POLETTE, M. Os desafios urbanos na zona costeira brasileira frente às mudanças climáticas. No prelo. 2011.

POLETTE, M.; ALOISE DE SEABRA, A. COASTAL GOVERNANCE IN BRAZIL: THE CHALLENGES OF PRE-SALT CYCLE. Polette, M. Aloise de Seabra, A. 2011. "Dimensión Ecológica para a el Desarrollo Social y Económico Sustentable". In press.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. O petróleo no Brasil. Disponível em: http://blog.planalto.gov.br/o-petroleo-no-brasil/. Acesso em: 8 fev. 2011.

RIMA. Relatório de Impacto Ambiental. Atividade de perfuração marítima na área geográfica da bacia de santos e termo de ajustamento de conduta da bacia de Santos. ICF Consultoria, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 228.800-5/DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJU 16 nov. 2001.

TSALIK, S.; SCHIFFRIN, A. (Orgs.) Reportando o petróleo. Um guia jornalístico sobre energia e desenvolvimento. *Revenue Watch*. Open Society Institute. New York. Initiative for Policy Dialogue, 2005.

Alessandra Aloise de Seabra

Doutoranda do Programa Erasmus Mundus "PhD in Marine and Coastal Management" - Universidade de Cádiz – Espanha.

Pesquisadora associada ao Núcleo de pesquisa da Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Santos

Rua Isidoro José Ribeiro de Campos, 63/44
Ponta da Praia – 11030–490
Santos – SP – Brasil
alessandra.seabra@alum.uca.es

Gilberto Passos de Freitas

Professor Titular da Pós-Graduação (Mestrado) Universidade Católica de Santos (Unisantos)

Rua Carvalho de Mendonça, 44 – Sala 205
Encruzilhada – 11070–100
Santos – SP – Brasil
gpassosfreitas@uol.com.br

Marcus Polette

Pesquisador e professor do Centro de Ciências Tecnológicas da Terra e do Mar, Oceanografia Universidade do Vale do Itajaí (Univali)

Rua Uruguai, 458
Fazenda – 88302-202
Itajaí – SC – Brasil
mpolette@univali.br

T. Ángel Del Valls Casillas

Profesor Catedrático da Facultad de Ciencias del Mar y Ambientales

Unesco/Unitwin/WiCop

Universidad de Cádiz (UCA)

Polígono Río San Pedro, s/n
Puerto Real – 11510
Cádiz – España
angel.valls@uca.es

CORRUPÇÃO E JUDICIÁRIO: A (IN)EFICÁCIA DO SISTEMA JUDICIAL NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Carlos Higino Ribeiro de Alencar e Ivo Gico Jr.

CORRUPTION AND JUDICIAL SYSTEM: THE (IN)EFFECTIVENESS OF THE JUDICIAL SYSTEM AGAINST CORRUPTION

RESUMO

Há uma percepção generalizada no Brasil de que funcionários públicos corruptos não são punidos. Não obstante, até o momento, não há evidências empíricas que apóiem essa afirmação e muitos argumentam que se trata de uma percepção equivocada decorrente do aumento de medidas anticorrupção. Uma das principais razões para essa notável ausência é a grande dificuldade de se identificar casos comprovados de corrupção para, então, se averiguar se eles foram ou não punidos pelo sistema judicial. Este artigo usa o sistema brasileiro de responsabilidade tríplice como um experimento natural para medir o desempenho do sistema judicial contra corrupção. Nossos resultados mostram que o sistema judicial brasileiro é altamente ineficaz no combate à corrupção, sendo a probabilidade de ser punido menor do que 5%.

PALAVRAS-CHAVE

Corrupção; Administração Pública; Processo Legal; Judiciário; Eficácia.

ABSTRACT

There is a widespread perception in Brazil that civil servants caught in corrupt practices are not punished. Yet, until now, there was no hard evidence that would support such claim and some argued that this was just a misleading perception due to the recent increase in anti-corruption measures.

One of the main reasons for this notable absence is the difficultyof identifying actual cases of corruption to evaluate whether the agents are actually being punished by the judicial system or not.

This article uses the Brazilian triple responsibility system as a natural experiment to assess judicial system performance against corruption.

Our results show that in fact the Brazilian judicial system is highly ineffective against corruption with a lower than 5% probability of conviction.

KEYWORDS

Corruption; Public Administration; Legal Procedure; Judiciary; Enforcement.

INTRODUÇÃO

A corrupção é um fenômeno ubíquo na história da humanidade. Sua presença tem sido relatada em tempos ancestrais e em todas as sociedades através dos tempos, mesmo hoje. Algumas sociedades foram capazes de restringir o nível de corrupção próximo ao nível eficiente, apesar de não eliminá-la, enquanto em outras ela permanece endêmica. Ainda não está claro como cada sociedade alcançou o seu atual equilíbrio e como se transmuta de um tipo de sociedade para outro. De qualquer

forma, há um relativo consenso entre pesquisadores de que a corrupção pode ser um obstáculo importante à cooperação social e, portanto, ao desenvolvimento. Nesse sentido, a corrupção é um fenômeno social que merece ser combatido.

Há uma percepção generalizada no Brasil de que os servidores públicos identificados em práticas corruptas não são punidos. Todavia, até agora, não havia evidência que desse suporte a essa afirmação e alguns argumentavam que tais afirmações eram o resultado de uma percepção equivocada decorrente do aumento recente de medidas anticorrupção. Uma das razões mais óbvias para a ausência de evidência da alegada impunibilidade decorre da dificuldade de identificarem-se casos reais de corrupção para, então, mensurar se tais casos são ou não punidos pelo Judiciário. Este artigo utiliza o sistema de responsabilidade tríplice (Administrativo, Penal e Cível) como um experimento natural para averiguar o desempenho do sistema judicial em casos de corrupção.

O sistema de combate à corrupção no Brasil permite que agentes corruptos sejam processados, tanto por comissões administrativas, quanto por Tribunais de Justiça. Tais processos são completamente independentes, mas grosso modo seguem a mesma infraestrutura jurídica e toda prova coletada em um procedimento pode ser emprestada noutro. Assim, é razoável supor que quando um desses sistemas identifica um agente corrupto, este deveria ser processado e punido pelos demais sistemas. Caso tal suposição se mostrasse real, então, o sistema de responsabilidade redundante realmente imporia uma punição maior aos servidores públicos corruptos.

Neste artigo, exploramos esse sistema de punição redundante para estimar o desempenho judicial no combate à corrupção. Supondo que os servidores públicos punidos administrativamente são realmente corruptos, utilizamos essa amostra como uma *proxy* para todos os casos de corrupção, e averiguamos se o sistema judicial é capaz ou não de identificar tais casos e efetivamente punir o agente corrupto. Aqui, sistema judicial é definido de forma ampla de modo a incluir não apenas os magistrados, mas também promotores públicos, os advogados, os policiais, etc. Nossos resultados mostram que, de fato, o sistema judicial brasileiro é altamente ineficaz no combate à corrupção.

1. A teoria econômica do crime

1.1 Aplicação da lei, penalidades e comportamento racional

Inicialmente empregada por economistas para explicar o consumo e a produção, a Teoria da Escolha Racional tornou-se um difundido arcabouço teórico para compreender o comportamento humano em várias ciências sociais nos últimos sessenta anos, incluindo a Sociologia, as Ciências Políticas e o Direito. A aplicação dessa abordagem a questões jurídicas relacionadas à criminalidade começou no século XX com

o artigo seminal de Gary Becker, "Crime and Punishment: an Economic Approach", escrito em 1968, e tornou-se conhecida como Teoria Econômica do Crime.

De acordo com essa teoria, a chave para a compreensão do comportamento criminoso está em assumir que a maioria das pessoas cometeria um ilícito apenas se a utilidade esperada percebida pelo agente excedesse a utilidade esperada do emprego de seu tempo e recursos em outras atividades, como um trabalho tradicional. Nessa linha, algumas pessoas tornam-se criminosas não porque suas motivações básicas diferem das motivações das demais pessoas, mas por seus benefícios e custos diferirem.

Essa abordagem faz ressurgir o debate entre os efeitos retributivos e dissuasivos das penalidades[1] e pode ser resumido da seguinte forma:

$$E[U] = (1 - p) \times U(R) - p \times U(R - c) \quad [1]$$

Nessa equação, "E[U]" é a utilidade esperada individual decorrente do cometimento do ilícito; "p" é a probabilidade de punição, logo, (1 - p) é a probabilidade esperada de não ser punido. "U" é a função utilidade individual do agente; "R" é o ganho ou renda obtida com a atividade ilícita; e "c" é o custo de ser punido. Por um lado, o primeiro termo da equação (1 - p) U(R) indica a possibilidade de não ser punido. Note que (1 - p) é a probabilidade que pondera a utilidade individual considerando apenas os ganhos potenciais da ofensa U(R). Por outro lado, o segundo termo p x U(R - c) pondera a probabilidade de ser punido "p" com a "desutilidade" decorrente acrescida dos custos incorridos.

De acordo com esse modelo, quando a expectativa "E[U]" é positiva, o agente tem incentivos para cometer o ilícito, do contrário, ele não tem incentivos. Aqui a probabilidade e a magnitude da punição são os elementos-chave para a análise juseconômica do comportamento criminoso. A essa altura deve estar bem claro que, de acordo com a teoria, a atividade criminosa é altamente dependente dos fatores que influenciam a alocação de tempo entre atividades legais e ilegais (custo de oportunidade).

Essa teoria foi testada em pesquisas empíricas, como a de Ehrlich, de 1974, que encontram evidências que a apóiam indicando que há uma relação estatisticamente relevante entre probabilidade de punição e ocorrência de todos os tipos de crime. O mais interessante é que o mesmo estudo encontrou uma relação semelhante entre a magnitude da punição e a taxa de criminalidade, mas com significância estatística apenas para metade dos casos. Essa evidência empírica pode indicar que a maior probabilidade de ser pego pode produzir um efeito dissuasivo maior que a magnitude da punição.

1.2 Teoria Econômica da Corrupção

Ao aplicarmos a Teoria Econômica do Crime a casos de corrupção, o leitor deve ter em mente que nossa pesquisa se limita a servidores públicos. Ergo, o custo de

oportunidade mais relevante envolvido em corromper-se não é representado pelas demais atividades permitidas que o servidor público poderia desenvolver, mas pela perda potencial de salário, de aposentadoria e outros benefícios que perderia caso fosse apanhado sendo corrupto. Assim, alguns ajustes ao modelo podem ser necessários e o fazemos *à la* Bowles.

Suponha que um indivíduo deseje obter uma renda ilegal "R", que pode resultar de sonegação fiscal, venda de bens superfaturados ao governo ou outros esquemas semelhantes. Para obter essa renda, normalmente, é necessário colusão, logo, uma propina será paga. Chamemos essa propina de "B". Há uma probabilidade "p" de essa colusão ser descoberta e denunciada por um terceiro, por exemplo, um auditor externo, o superior hierárquico do agente, um colega de trabalho ou um competidor prejudicado. Se o esquema é descoberto, o corruptor provavelmente será punido com a penalidade "J", aplicada pelo Judiciário. Essa penalidade pode envolver tanto sanções criminais (tempo de carceragem e multa) quanto cíveis (indenizações). Como resultado, a corrupção só valerá a pena para o agente corruptor se:

$$(1 - p)(R - B) - p(J + B) \geq 0$$

O primeiro termo da equação representa a situação na qual a corrupção não é detectada, isto é, a renda ilegal obtida pelo indivíduo (R) menos o custo da obtenção dessa renda (propina B) ponderada pela chance de não ser descoberto (1 - p). Se a ofensa é descoberta, o indivíduo será sujeito a uma penalidade "J", além de ter incorrido nos custos a propina "B" de qualquer forma. Como "p" é a probabilidade de ser punido, p (J + B) representa o ônus esperado de ser pego.

Se rearranjarmos os termos de forma a isolarmos B e denominarmos B^S o limite superior que o indivíduo está disposto a pagar (valor máximo da propina), o modelo nos informa que:

$$\begin{aligned} &R - B - pR + pB - pJ - pB \geq 0 \\ &R - B - pR - pJ \geq 0 \\ &R - pR - pJ \geq B \\ &B^S \leq (1 - p)R - pJ \end{aligned} \qquad [2]$$

Já o servidor público é vulnerável não apenas à penalidade "J", resultante das sanções penais e cíveis, mas também a uma penalidade adicional denominada "A", que representa seu custo de oportunidade enquanto servidor público. Nesse caso, o custo de oportunidade envolve a perda potencial de qualquer benefício resultante de sanção administrativa como a perda de salários futuros, benefícios previdenciários e planos de saúde, que são inaplicáveis ao agente corruptor. Portanto, para o servidor, a corrupção (propina) é interessante apenas se:

$$(1 - p)\, B - p\,(A + J) \geq 0$$

Aqui, (1 - p) representa a probabilidade de não ser punido, que ponderada pela propina "B" deve ser maior que a chance de ser punido "p", ponderada pelo ônus judicial e administrativo potencialmente suportado pelo servidor. Se rearranjarmos esses termos de forma a isolarmos o B e chamarmos B^I o limite inferior que um servidor público estaria disposto a receber (valor mínimo da propina), o modelo nos informa que:

$$B^I \geq p\,(A + J) / (1 - p) \qquad [3]$$

Das equações 2 e 3 podemos demonstrar que a corrupção é provável de ocorrer apenas quando o limite superior da disposição a pagar propina do corruptor for maior que o limite inferior da propina de reserva do servidor, ou seja, $B^S \geq B^I$, o que implica:

$$B^S \geq B^I$$
$$R\,(1 - p) - pJ \geq p\,(A + J) / (1 - p)$$
$$R\,(1 - p) \geq [p\,(A + J) + pJ\,(1 - p)] / (1 - p)$$
$$R\,(1 - p) \geq [pA + 2\,pJ - p^2J] / (1 - p)$$
$$R \geq [pA + 2\,pJ - p^2J] / (1 - p)^2 \qquad [4]$$

Esse modelo sugere algumas conclusões interessantes. Primeiro, o nível de corrupção é contínuo e não discreto. Em outras palavras, o grau de corrupção é ligado à estrutura de incentivos dos agentes envolvidos de forma a ser possível haver vários níveis diferentes de corrupção. Podemos, inclusive, falar em um nível eficiente de corrupção (Mookherjee e PNG, 1995),[2] da mesma forma que falamos em níveis eficientes de poluição ou de qualquer outra atividade humana.

Segundo, um incremento da sanção judicial ao indivíduo, "J", tende a reduzir a corrupção, uma vez que aumenta os custos do indivíduo caso seja pego (pJ na equação 2), o que – por sua vez – reduz B^S, já que pJ possui um sinal negativo, ainda que B^I permanecesse constante. De forma análoga, se a penalidade para o servidor fosse aumentada (A + J na equação 3), B^I aumentaria, ainda que B^S permanecesse constante, o que tende a reduzir o nível de corrupção. É possível argumentar, também, que um incremento na penalidade judicial de ambos os agentes (J) tende a reduzir a corrupção ainda mais, pois afeta negativamente a ambos.

Outra conclusão possível é que o incremento na probabilidade de punição (p) também tende a reduzir a corrupção, já que tende a simultaneamente aumentar B^I e reduzir B^S, aumentando o hiato $B^S - B^I$ do qual a racionalidade da corrupção depende em última instância.

Além disso, estamos dispostos a argumentar que um aumento na probabilidade de punição (p) é a variável mais importante no estabelecimento do nível de equilíbrio atual de corrupção, pois decresce exponencialmente o numerador e exponencialmente incrementa o denominador na equação 4. Em consequência, o efeito de um aumento na probabilidade de punição é um aumento maior da renda "R" necessária para que a corrupção seja realmente interessante para o agente corruptor. Essa conclusão é consistente com vários estudos em análise econômica do direito que indicam que os melhores resultados na luta contra o crime são alcançados por meio de um aumento na probabilidade de ser preso e condenado.

A importância da probabilidade de punição é objeto de inúmeros estudos que comparam a probabilidade de ser preso *vis-à-vis* à ocorrência de todos os tipos de delitos (p.ex., Ehrlich, 1972, 1973, 1974, 1975, 1976, 1982; Ehrlich e Posner, 1974; Ehrlich e Gibbons, 1977; Ehrlich e Mark, 1977; Ehrlich e Liu, 1999), ainda que exista algum debate sobre tais estudos (Brier e Fienberg, 1980). Sobre esse debate Eide, Rubin e Shepherd (2006) comentam que:

> A grande maioria dos estudos e análises de regressão *cross-section* mostra uma clara associação negativa entre variáveis de punição e a taxa de crimes. Quase sem exceção o coeficiente das variáveis de punição (que normalmente são as elasticidades das taxas de crime em relação às variáveis de punição) são negativas e, na maioria dos casos, de forma significante.[3]

Em linha com esses estudos, dado nosso modelo teórico e as evidências empíricas disponíveis, consideramos que a aplicação da lei (*law enforcement*) tem um efeito dissuasivo substancial. Em suma, parece razoável assumir da teoria que a variável mais importante para reduzir a corrupção é a probabilidade de punição (p), seguida da magnitude das sanções judiciais (J) para ambos os agentes, corruptor e servidor corrupto, e, por fim, a magnitude das sanções administrativas (A) aplicáveis apenas ao servidor corrupto.

Considerando-se que o custo associado ao aumento da probabilidade de punição (p.ex., melhores instrumentos de monitoração, promotores e juízes especializados) é normalmente muito superior ao custo associado apenas ao aumento da magnitude da punição (basicamente o processo legislativo), é de se esperar que essa última estratégia seja mais comumente empregada do que a primeira. De qualquer forma, a teoria nos informa que a probabilidade de punição é a variável chave na luta contra a corrupção. De uma perspectiva empírica, então, a questão é como alguém mede a probabilidade de punição em casos de corrupção para subsidiar futuras políticas públicas?

2 Medindo o desempenho judicial em casos de corrupção

2.1 Medindo a corrupção e a probabilidade de punição

Para medirmos a probabilidade de punição, seria necessário que fôssemos capazes de identificar todos os episódios de corrupção que ocorreram em um dado período de tempo, nosso espaço amostral. Lamentavelmente, episódios de corrupção são altamente caracterizados por problemas de risco moral (*moral hazard*) ou de ação oculta. Apesar de toda a forma de conduta delitiva ser caracterizada por algum grau de não denunciação, o problema é especialmente sério em contextos de corrupção. O principal em nosso caso (o Estado) não apenas é uma entidade jurídica, mas também é um ente cuja propriedade é altamente dispersa.

Em contextos de delitos tradicionais, como furto ou roubo, a vítima é individualizada e, muitas vezes, uma testemunha da ocorrência. Esse fato torna a mensuração da intensidade de ocorrência mais simples. Mesmo a falta de denúncia por falta de confiança no sistema, medo de retaliação ou trauma pode ser mitigada por algumas técnicas de taxa de vitimização (Pyle, 2000).

Todavia, quando se lida com casos de corrupção, na maioria das vezes, os agentes envolvidos no crime estão efetivamente cientes de sua ocorrência (assimetria de informação), o que nos leva ao segundo problema: colusão. Combater a corrupção é, em larga medida, similar ao combate aos cartéis (Gico, 2007), pois, em ambos os cenários, os agentes envolvidos conluiem para alcançar o resultado ilegal sem revelar a colusão para o mundo exterior. Assim, é possível se analisar a corrupção burocrática como sendo um problema de risco moral, isto é, um contrato entre um principal e um agente com informação privada.[4]

Dado o problema de assimetria de informação, a maioria das estimativas de corrupção é baseada em percepção, como em Lambsdorff (2006), Kaufmann, Kraay e Mastruzzi (2006), e Woodruf (2006), mas não em corrupção propriamente dita. Esse tipo de pesquisa é realizada com base na premissa de que estimativas de corrupção derivadas de percepções subjetivas e *expertise* são correlacionadas com os níveis reais de corrupção subjacentes.

Tal método tem recebido críticas de especialistas, não apenas porque a percepção é enganosa (pode, inclusive, ser histórica e culturalmente determinada), mas também por desencorajar a transparência, devido ao viés de disponibilidade gerado nas percepções quando há efetivo combate à corrupção (CGU, 2009).[5] De um jeito ou de outro, a percepção de corrupção não é útil se nosso objetivo for medir o desempenho judicial.

Nesse contexto, medir o desempenho judicial contra a corrupção apresenta o desafio de, primeiro, descobrir-se o número de casos de corrupção que ocorreram durante um dado período de tempo ou obter-se uma aproximação (*proxy*) disso. Apenas então é possível comparar esse resultado com o número de casos em que alguma punição é

efetivamente imposta pelos Tribunais (desempenho judicial). Como a observação direta dos casos de corrupção é difícil, buscamos um experimento natural que servisse de aproximação a esses dados. Na seção seguinte, explicaremos por que o sistema brasileiro de tripla punição da corrupção é um experimento natural adequado.

2.2 O sistema brasileiro anticorrupção: um experimento natural

Ao contrário de muitos países, os servidores públicos no Brasil gozam de várias prerrogativas – em tese – estabelecidas para garantir que sejam capazes de desempenhar suas funções de forma adequada e relativamente imunes às pressões dos eternamente cambiantes grupos políticos no poder. Mais importante, eles gozam de estabilidade (só podem ser demitidos por falta e depois do devido processo legal), recebem benefícios previdenciários superiores aos de seus pares na iniciativa privada, e estão entre os trabalhadores mais bem pagos em qualquer setor (apesar de isso poder variar com os anos).

No entanto, a teoria e a experiência nos informam que tais prerrogativas não são suficientes para combater a corrupção. A corrupção é um fenômeno comum a todas as sociedades, em todos os tempos. Cientes dessa possibilidade e das perdas sociais associadas à prática, os legisladores optaram por criar um sistema de tripla responsabilidade no qual o agente corrupto pode enfrentar cumulativa e independentemente sanções criminais, cíveis e administrativas por suas ações.

Sanções criminais, cíveis e administrativas por corrupção são completamente independentes umas das outras e são impostas por parcelas diversas da burocracia pública. Sanções penais são impostas por varas criminais, enquanto sanções cíveis são impostas por varas cíveis, e sanções administrativas, por comissões administrativas formadas por pares, não necessariamente com formação jurídica. Logo, a mesma conduta pode ser investigada, independente e simultaneamente, ou não, por três diferentes entes. Essa redundância pode ser utilizada como um experimento natural para mensurar-se quão eficaz é o sistema judicial brasileiro no combate à corrupção.

Se formos capazes de combinar todos os casos identificados por comissões administrativas em um dado período de tempo e comparar esses resultados com as punições impostas pelo sistema judicial, seja ele cível ou criminal, para as mesmas condutas, poderemos estimar razoavelmente o desempenho judicial no combate à corrupção para esse período.

Uma objeção que poderia ser levantada contra essa abordagem é que a discrepância entre as conclusões administrativas e judiciais resultariam não de uma ineficácia do sistema judicial, mas de restrições legais a que cada sistema está sujeito. Em outras palavras, poderia haver uma discrepância entre os servidores públicos considerados corruptos por comissões administrativas e aqueles não penalizados pelos Tribunais, pois cada corpo adjudicatório trabalharia dentro de leis ou regras e padrões de prova diversos.

Acreditamos que essa objeção não se aplica ao nosso caso por três razões. Primeiro, na prática, os sistemas judiciais e administrativos são largamente similares, sem diferenças materiais em padrões de prova ou legislação aplicável; apenas o procedimento é realmente diverso (apesar de o devido processo legal ser um requisito para ambos). Segundo, de acordo com a Constituição (5º, XXXV), todos os atos administrativos estão sujeitos à revisão judicial de forma tal que uma eventual discrepância de avaliação pode ser resolvida recorrendo-se ao Judiciário para reverter a decisão administrativa. Terceiro e último, apesar de os sistemas serem independentes, as provas coletadas em uma instância podem ser utilizadas pelas demais, o que tenderia a tornar os fatos apurados em cada uma muito semelhantes.

É importante notar que o compartilhamento de provas funciona em mão dupla. Provas judiciais, como grampos telefônicos e quebras de sigilo fiscal e bancário, estão disponíveis para comissões administrativas, bem como instrumentos administrativos, como relatórios de auditoria e investigações, podem servir de base para ações cíveis e criminais. Essas trocas comuns servem, em larga medida, para uma convergência entre critérios judiciais e administrativos e uma prova considerada imprestável em uma instância provavelmente seria considerada imprestável em outra.

Como resultado, a taxa real de reversões judiciais de decisões administrativas pode servir como um indicativo do grau de divergência entre padrões judiciais e administrativos. Se a taxa for muito alta, é possível inferir que as esferas administrativas e judiciais tratam os casos de forma diferente, mas se a taxa de reversão for muito baixa, é possível assumir que a esfera judicial considera adequadas as conclusões de fato da esfera administrativa, logo, seus padrões convergem. Essa questão será abordada na seção Análise das reintegrações.

Dessa forma, nossa abordagem para medir o desempenho do sistema judicial no combate à corrupção assume que, se um agente é considerado culpado na esfera administrativa, na qual ele é julgado de acordo com o devido processo legal, mas por pares, que são historicamente protetivos (quiçá, corporativistas), e os padrões de prova não são substancialmente diversos dos judiciais, então, o grupo de demitidos pode ser usado como uma aproximação do universo de agentes corruptos. Uma vez identificado esse subconjunto, podemos estimar o desempenho judicial comparando esse subconjunto com a taxa de punição judicial imposta aos mesmos casos.

O desempenho judicial, então, pode ser representado pela seguinte razão, na qual Q_P é a quantidade de casos efetivamente punidos pelo sistema judicial, enquanto Q_O é a quantidade estimada de casos de corrupção (punidos pelo sistema administrativo):

$$\frac{Q_P}{Q_O}$$

Também é importante notar que, tomando Q_O como uma *proxy* dos casos em que realmente houve corrupção, não significa assumir que o processo administrativo é infalível ou que não há caso no qual os agentes corruptos não são punidos. Tal pressuposto significa apenas que aqueles casos que foram efetivamente investigados são associados a uma alta probabilidade de ocorrência de corrupção, de acordo com os padrões legais vigentes.

Ao empregarmos essa simples abordagem, podemos averiguar o desempenho do sistema judicial como um todo e, também, dos sistemas cível e criminal separadamente. Tudo que temos de fazer é identificar o Q_P para cada área.

Por fim, antes de avançarmos para os dados coletados, é relevante destacar que todas as sanções administrativas são devidamente publicadas no *Diário Oficial* e os promotores públicos devem ser notificados, razão pela qual se pode argumentar que eventuais discrepâncias não são explicáveis por eventual problema de fluxo de informação.

2.3 Metodologia de Coleta de Dados

2.3.1 Identificando casos de corrupção – Restrição da amostra

Inicialmente, é importante chamar atenção para o fato de as informações mais relevantes para o presente artigo não estarem disponíveis em bancos de dados, pois o governo brasileiro não mantém registros unificados de casos de corrupção, demissões ou informações similares. Dessa forma, tivemos que manualmente coletar as informações pela leitura do *Diário Oficial* para cada dia do período analisado. Como esse esforço de levantamento de dados envolve uma quantidade considerável de trabalho, e nossos recursos eram limitados, decidimos por restringir nosso conjunto de dados no tempo e no espaço.

Nossa amostra de casos de corrupção é composta de todos os servidores públicos federais demitidos por corrupção (corrupção burocrática) dos principais Ministérios (Fazenda, Planejamento, Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, Relações Exteriores, Desenvolvimento Agrário) durante o período de 1993-2005. Esses Ministérios foram escolhidos por suas características gerais, quais sejam: (a) cobertura nacional; (b) presença de estrutura organizacional de combate à corrupção; (c) papel relevante no desenvolvimento de políticas públicas; (d) características diferenciadas do corpo permanente de funcionários; (e) cultura organizacional e níveis de profissionalismo diversos; (f) atividades potencialmente mais vulneráveis à corrupção (poder de polícia e compras públicas); e (g) papel relevante na alocação de recursos públicos.

A cobertura nacional foi privilegiada para prover um conjunto mais representativo do Brasil e para evitar potenciais disparidades regionais (p.ex., uma região ser mais corrupta que a outra) que poderiam distorcer nossos resultados. A presença de

estruturas organizacionais especializadas em combater a corrupção foi privilegiada para reforçar nossa assertiva de que os servidores demitidos são associados a uma alta probabilidade de realmente serem corruptos. O Governo Federal mantém uma estrutura administrativa profissional para combater a corrupção com um sistema integrado que inclui auditorias internas em vários órgãos estratégicos, como a Polícia Federal, a Receita Federal, o INSS e as agências reguladoras.

Também privilegiamos entes que possuem papel relevante no estabelecimento de políticas públicas importantes como a exterior, a monetária, a fiscal, a orçamentária e a de produção e desenvolvimento, pois, como informa a teoria, quanto maior o prêmio, maior o retorno esperado da corrupção.

Além disso, privilegiamos entes com perfis diferentes de servidores considerando-se os anos de escolaridade e salários. A diferença no perfil educacional dos servidores por Ministério pode ser verificada na Tabela 1, onde é possível perceber que entes com alto (p.ex., Ministério da Fazenda com 71,8% e Ministério das Relações Exteriores com 63,6%) e baixo (p.ex., Turismo com 16,5%) níveis educacionais foram incluídos. Há também uma desejável variabilidade salarial, como pode ser conferido na Tabela 2, confirmando a diversidade das carreiras que compõem a amostra.

Consideramos, ainda, que os entes escolhidos possuem culturas organizacionais diversas. Em alguns, como o Ministério da Fazenda e das Relações Exteriores, a maioria dos cargos de confiança é ocupada por servidores de carreira, um sinal de administração profissional, enquanto noutros essas posições são ocupadas preponderantemente por comissionados. Essas tendências podem ser averiguadas na Tabela 3.

O tipo de atividade desenvolvida pelo ente e sua relação com terceiros também foi considerada. Não é desejável que se levantem os dados com base apenas em servidores com os mesmos níveis educacionais e salariais; é importante checar a atividade desenvolvida e sua potencialidade para gerar rendas ilícitas. Dois fatores foram considerados para determinar a potencialidade de geração de renda ilícita: (1) atividades envolvendo compras públicas; e (2) poder de polícia (o poder de impor restrições de direitos). Muitos estudos consideram essas carreiras quando lidam com corrupção, como Roemer (2007), que faz referência aos policiais, e Klitgaard (1994), que menciona os funcionários da Receita.

A capacidade de gerar benefícios ou de impor restrições a terceiros é uma variável relevante ao lidar com corrupção e pode explicar por que, por exemplo, é possível encontrar níveis de corrupção diversos em burocracias com níveis educacionais e salariais semelhantes. Nesse sentido, nossa amostra também se revela adequada, pois contém várias carreiras com poder de polícia, como auditores (Receita Federal), servidores do sistema financeiro (Banco Central), do mercado de capitais (CVM), de seguros (Susep) e do controle de pragas (Ministério da Agricultura).

Ao mesmo tempo, deve-se enfatizar que alguns desses entes desempenham importante papel no controle e liberação de alocações orçamentárias, especialmente os Ministérios do Planejamento e da Fazenda. Por todas essas razões, acreditamos que nossa amostra de servidores públicos demitidos por corrupção é representativa do total de agentes corruptos.

Uma vez estabelecidas as restrições qualitativas de nossa amostra, nosso próximo passo foi determinar as restrições temporais. Decidimos limitar nossa pesquisa ao período de 1993 a 2005 considerando:

(i) a publicação e a aplicação do então novo Estatuto do Servidor Público, a Lei n. 8.112 de 1990, que governa sanções disciplinares desde dezembro de 1990, assumindo que seus efeitos podem ser mais bem sentidos após um período de adaptação de 2 anos; e
(ii) um período de 4 anos como um prazo razoável para que varas sentenciem alguém já demitido administrativamente por corrupção. Esse hiato permitiu-nos avaliar razoavelmente a progressão dos procedimentos. A inclusão das últimas demissões poderia artificialmente afetar o desempenho judicial ao não dar tempo suficiente para a revisão judicial.

2.3.2 Levantamento dos dados

Uma vez selecionada nossa amostra, revisamos cada *Diário Oficial* do período em busca de servidores públicos demitidos nesse intervalo. Nossa busca preliminar incluiu todos os servidores sancionados com punições associadas a práticas de corrupção, como demissão, perda de aposentadoria e remoção de cargos de confiança. Depois do levantamento dessa primeira amostra mais ampla, processamos os casos de acordo com o fundamento jurídico para a sanção e excluímos da amostra os casos não relacionados com corrupção.[6]

Listados todos os casos de corrupção, vasculhamos as bases de dados judiciais para cada um dos servidores em busca de processos cíveis ou penais, independentemente de terem sido concluídos ou não. Essa busca levou em consideração, também, os casos em que foi pedida a anulação da decisão administrativa e a reintegração. Nossa busca incluiu todas as varas federais, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF).

Os resultados de nossa pesquisa são apresentados na seção seguinte.

3 Resultados

3.1 Análise das reintegrações

Como mencionado anteriormente, no Brasil, nenhum ato administrativo é imune à

revisão judicial. Assim, para fortalecer nossa posição, podemos utilizar a taxa de reversão das demissões administrativas como um teste da solidez jurídica dessas decisões. Se encontrarmos uma alta taxa de reversão, é possível se arguir que eventual discrepância entre condenações judiciais e administrativas decorre, não de um desempenho ruim do sistema judicial, mas ao contrário, de um sistema administrativo que pode ser arbitrário.

A presença de uma taxa significante de reintegrações também poderia ser interpretada como uma evidência de que há uma divergência substancial de critérios de prova utilizados pelo sistema judicial e administrativo, o que resultaria em uma indeterminação. De qualquer forma, a comparação empregada em nosso trabalho seria muito menos sólida. No entanto, nossos dados não apóiam essa posição.

Em nosso trabalho, as reintegrações foram definidas como os casos em que o servidor demitido conseguiu uma ordem judicial para que retornasse ao seu órgão de origem. Essa possibilidade é expressamente prevista no art. 28 da Lei n. 8.112/90, o Estatuto dos Servidores Públicos. Quando analisamos os dados de reintegração apresentados na Tabela 4, a primeira conclusão importante a que chegamos é que ações de reintegração são relativamente comuns. Mais da metade dos servidores demitidos entra com uma ou mais ações para ser reintegrado (224 servidores).

Dos servidores que ajuizaram ações visando a reintegração, apenas 29 conseguiram a ordem, apesar de um terço dessas decisões (9) ainda estarem pendentes de revisão em sede de apelação. Como resultado, apenas 4,5% dos servidores demitidos foram judicialmente reintegrados, de um total de 441, e, mesmo se reduzirmos nossa análise aos casos em que realmente houve contestação judicial da demissão (224), as reintegrações resultantes são de apenas 8,93% dos casos.

É relevante ressaltar que 104 das ações de reintegração já foram rejeitadas definitivamente e 77 foram rejeitadas em primeira instância, pendentes de apelação. Em outras palavras, 46,04% das ações já foram rejeitadas definitivamente (trânsito em julgado). Esses dados indicam que é um mito a afirmativa de que a maioria dos servidores públicos demitida retorna à Administração Pública. Ergo, é razoável usar os casos de demissões administrativas como aproximações para os casos reais de corrupção a fim de estimar-se a efetividade judicial dos sistemas cível e criminal.

3.2 Medindo o desempenho – Resultados

De 1993 a 2005 conseguimos identificar 687 servidores públicos demitidos (ver Tabela 5), dos quais 246 (35,81%) foram demitidos por razões não relacionadas com corrupção e 441 (64,19%) estavam realmente envolvidos em práticas corruptas.

Esses resultados são compatíveis com um estudo recente (Rocha e Alencar, 2009) que investigou as causas, sejam elas ligadas ou não à corrupção, da demissão dos servidores públicos federais em outro período (julho de 2001 a junho de 2009). Esse estudo envolve todos os servidores públicos federais (ver Tabela 6). Ambos os estudos

indicam que aproximadamente dois terços das demissões de servidores públicos federais estão relacionadas a práticas de corrupção. A causa mais comum para a demissão de servidores, depois de corrupção, é a ausência injustificada ao trabalho, seja por abandono de cargo (ausência por mais de 30 dias consecutivos), ou por inassiduidade habitual (60 dias de ausência ou mais interpolados em um período de 12 meses).

Uma exposição mais detalhada com os resultados gerais e do sistema criminal é apresentada na Tabela 7. Uma primeira conclusão interessante que podemos extrair dos dados é que apenas um terço dos servidores públicos demitidos administrativamente (34,01%) são processados criminalmente. Como esses números referem-se a casos já amplamente documentados e, mesmo assim, o número de ações é muito baixo, é razoável supor que a probabilidade de se enfrentar ações judiciais na esfera penal pela prática de corrupção é bem abaixo de 30%.

É importante notar que esses dados se referem apenas a ações penais e não implicam necessariamente no fato da lei ser aplicada, isto é, ser imposta sanção. Realmente, o cenário fica ainda mais desalentador quando analisamos o número efetivo de condenações, pois apenas 14 servidores foram definitivamente condenados. Com base em nosso pressuposto de que as condenações administrativas são um forte indicativo de corrupção real, podemos estimar a eficácia do sistema criminal em cerca de 3%:

$$\frac{Q_{CR}}{Q_O} = \frac{14}{441} = 3{,}17\%$$

Convém lembrar que mesmo esse baixíssimo desempenho na aplicação da lei não representa necessariamente tempo de carceragem, pois o regime prisional pode ser convertido em outros tipos de punição dependendo do tempo de prisão imposto. Em resumo, o resultado que encontramos é que a chance de alguém ser efetivamente preso, no Brasil, por corrupção, é próxima de zero. E as coisas não diferem muito quando analisamos as sanções cíveis.

De início, seria razoável se esperar um desempenho melhor do sistema judicial cível, uma vez que a legislação aplicável emprega padrões de sanção mais maleáveis que os penais. Na prática, todos os fundamentos jurídicos para a demissão de um servidor público também constituem fundamento jurídico para a responsabilização cível, logo esperávamos um grau de convergência muito maior entre os sistemas administrativos e cíveis, mas os dados não corroboram essa expectativa.

Analisando os dados coletados (ver Tabela 8), encontramos apenas 107 servidores demitidos administrativamente que foram judicialmente acionados. Desses, alguns foram acionados mais de uma vez (encontramos 122 ações cíveis). Esse resultado significa que menos de um quarto dos servidores demitidos administrativamente (24,26%) realmente enfrenta processos judiciais cíveis.

Além disso, do grupo geral de ações cíveis, até 2009, só foram encontradas 13 condenações. Apesar de haver um número absoluto maior de ações cíveis contra servidores corruptos, os resultados efetivos são ainda mais desapontadores do que os do sistema penal: apenas 7 condenações definitivas foram encontradas, isto é, casos não mais pendentes de qualquer tipo de recurso (trânsito em julgado).

Com esses resultados e aplicando-se a mesma metodologia, podemos estimar o desempenho judicial do sistema cível em menos de 2%:

$$\frac{Q_{CI}}{Q_O} = \frac{7}{441} = 1{,}59\%$$

Mesmo se combinássemos os resultados penais e cíveis, desprezando-se a possibilidade de haver contagem em dobro, o desempenho do sistema judicial não melhoraria muito, pois sua taxa de sucesso ainda seria inferior a 5%:

$$\frac{Q_C}{Q_O} = \frac{21}{441} = 4{,}76\%$$

Como podemos ver dos dados levantados, a percepção generalizada de que pessoas corruptas nunca respondem à Justiça no Brasil não é exagerada. Basta mudarmos o "nunca" para quase nunca que a afirmação se torna precisa. Do ponto de vista da teoria, é razoável inferir que o desempenho judicial no combate à corrupção é tão baixo que atividades ligadas à corrupção devem ser altamente lucrativas e, portanto, ubíquas em nossa sociedade.

4 Conclusão

Este artigo propôs-se a averiguar se o sistema judicial brasileiro, incluindo os subsistemas cível e penal, é efetivo na luta contra a corrupção. De um lado, os dados revelam que, dos servidores demitidos administrativamente por corrupção que questionaram judicialmente tal decisão, apenas 29 conseguiram uma ordem de reintegração. Um pouco menos de um terço dessas ordens (9), até 2009, ainda eram passíveis de reversão em sede de apelação, isto é, não eram definitivas. Assim, apenas 4,5% dos servidores demitidos (441) foram judicialmente reintegrados, de onde se pode concluir que é um mito a impressão de que os processos administrativos de demissão são majoritariamente anulados pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, nossos resultados demonstram que a chance de um servidor público corrupto ser criminalmente processado é muito menor que 34,01%, e as chances de ser civilmente processado são ainda menores, apenas 24,26%. Além disso, a chance de ser efetivamente condenado criminalmente é de meros 3,17%,

enquanto a chance de ser responsabilizado civilmente é – novamente – ainda menor, apenas 1,59%.

Diante desses resultados, é possível afirmar-se que a eficácia do sistema judicial no combate à corrupção no Brasil é desprezível, o que apenas torna o controle administrativo ainda mais relevante.

Como um agente racional está normalmente preocupado com "p", isto é, a probabilidade de ser punido, e não com a probabilidade de ser meramente processado, decorre diretamente da teoria e dos dados levantados que, atualmente, há no Brasil enormes incentivos à realização de práticas de corrupção, pois o servidor provavelmente sairá impune. Nesse caso, a percepção popular está amparada por evidências empíricas.

Há décadas tem sido anunciada a passagem do Brasil de uma sociedade fechada para uma sociedade aberta. Nossos resultados demonstram que essa passagem pode estar comprometida ou, ao menos, seriamente adiada pelos níveis atuais de corrupção burocrática, sem mencionarmos a corrupção política, que não foi objeto de nosso trabalho.

Como a probabilidade de punição é uma das variáveis mais relevantes na determinação do nível de atividade criminosa, é de se esperar que o nível de corrupção no Brasil ainda seja muito elevado. Um alto nível de corrupção certamente diminui a cooperação social e enfraquece a capacidade de o Estado implementar boas políticas públicas (se tentar). Além disso, a presença de altos níveis de corrupção representa um alto nível de comportamentos "rentistas" (*rent seeking*), cujo efeito é simplesmente destruir riqueza na busca por redistribuição de recursos, o que empobrece a sociedade.

É importante ressaltar que não foi feito um esforço, nem para se explicar esses resultados pífios, nem para se identificar as prováveis causas associadas. Essas são questões importantes deixadas como uma agenda de pesquisa. Esperamos que outros pesquisadores se interessem pelo trabalho e se esforcem para estendê-lo, explicá-lo ou contestá-lo. De um jeito ou de outro, por mais desagradável que seja, demonstramos que, ao menos por enquanto, no Brasil, o crime compensa.

: ARTIGO APROVADO (30/06/2011) : *RECEBIDO EM 02/01/2011*

NOTAS

1 Ao final do século 18 e primeira metade do século 19 era possível se identificar duas grandes abordagens filosóficas à punição criminal: uma seguida por Kant e Hegel e outra defendida por Beccaria e Bentham. A primeira propunha, essencialmente, que a punição deveria ter um caráter retributivo, isto é, uma espécie de Lei do Talião aplicada por um Judiciário profissional que imporia ao prisioneiro a penalidade que lhe causasse uma perda similar àquela resultante de sua conduta delituosa. A segunda abordagem arguia que a penalidade deveria ser calculada de forma a ser suficiente para prevenir a ocorrência do crime. Gary Becker retoma a linha de argumentação dessa última linha de pensamento.

2 Essa opinião não deve ser interpretada como sugestão de que nem toda corrupção deva ser combatida, mas apenas que, de uma perspectiva da eficiência (análise custo-benefício), alcançar um nível zero de corrupção pode ter um custo social tão alto (incluindo custos de burocratização) que seria socialmente indesejável.

3 *The great majority of correlation studies and cross-section regression analyses show a clear negative association between punishment variables and the crime rate. Almost without exception the coefficients of the punishment variables (which usually are the elasticities of the crime rates with respect to the punishment variables) are negative, and in most of the cases significantly so.*

4 Há vários modelos que consideram corrupção como um problema de seleção adversa, como Tirole (1986), Laffont e Tirole (1993) e Kofman e Lawaree (1993), enquanto outros abordam o problema de uma perspectiva de risco moral, como Mookherjee e PNG (1995).

5 Quanto mais se combate a corrupção, mais corrupção é descoberta e exposta. No entanto, quanto mais disponíveis os casos de corrupção (ainda que seu número absoluto caia), maior a percepção de corrupção no governo, o que gera desincentivos à investigação de casos de corrupção para que o governo não pareça corrupto.

6 Um servidor público pode ser punido com qualquer uma dessas penalidades em outros casos, como desídia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECKER, Gary S. Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy*, Columbia, v. 76, p. 169-217, 1968.

BOWLES, Roger. Corruption. In: BOUCKAERT, Boudewijn; GEEST, Gerrit de. *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2001, p. 460-491.

BRIER, S. S.; FIENBERG, S. E. Recent econometric modeling of crime and punishment: support for the deterrence hypothesis. *Evaluation Review*, v. 4, p.147-191, 1980.

CGU. Controladoria-Geral da União (2009). Especialistas discutem novas formas de medir a corrupção. Brasília, 17.03.2009. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/ Imprensa/Noticias/2009/noticia03709.asp>. Acesso em: 11 abr. 2009.

EHRLICH, Isaac. The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 1, p. 259-276, 1972.

_____. The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death. *University of Chicago and National Bureau of Economic Research*, p. 1-78, Nov. 1973.

_____. Participation in Illegitimate Activities: An Economic Analysis. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. NovaYork: Columbia University Press, 1974, p. 68-134.

_____. Deterrence: Evidence and Inference. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 85, p. 209-227, 1975-1976.

_____. Rejoinder. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 85, n. 3, p. 368-370, Jan. 1976.

_____. On Positive Methodology, Ethics, and Polemics in Deterrence Research. *The British Journal of Criminolgy*, v. 22, p. 124-139, 1982.

EHRLICH, Isaac; GIBBONS, Joel. On the Measurement of the Deterrent Effect of Capital Punishment and the Theory of Deterrence. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 6, p. 35-50, 1977.

EHRLICH, Isaac; LIU, Zhiqiang. Sensitivity Analyses of the Deterrence Hypothesis: Let's Keep the Econ in Econometrics. *The Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 42, p. 455-488, 1999.

EHRLICH, Isaac; MARK, Randall. Fear of Deterrence – A Critical Evaluation of the "Report of the Panel on Research on Deterrent and Incapacitative Effects". *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 6, p. 293-316, 1977.
EHRLICH, Isaac; POSNER, Richard. An Economic Analysis of Legal Rulemaking. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 3, p. 257-286, 1974.
EIDE, Erling; RUBIN, Paul H.; SHEPHERD, Joanna M. *Economics of Crime. Foundations and Trends in Microeconomics*. V. 2, n. 6. Hanover: Now Publishers, 2006.
FILGUEIRAS, Fernando de Barros. Notas críticas sobre o conceito de corrupção: um debate com juristas, sociólogos e economistas. *Revista de Informação Legislativa* n. 164, out-dez, 2004.
GAROUPA, Nuno; GOMEZ-POMAR, Fernando. Punish Once or Punish Twice: A Theory of the Use of Criminal Sanctions in Addition to Regulatory Penalties. *American Law and Economics Review*, v. 6 n. 2, p. 410-433, 2004.
GICO Jr., Ivo T. *Cartel – Teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex, 2007.
HART, Oliver; GROSSMAN, Sanford. An Analysis of the Principal-Agent Problem. *Econometrica*, p. 7-46, Jan. 1983.
KAUFMANN, Daniel; KRAAY, Aart; MASTRUZZI, Massimo. Measuring governance using cross-country perceptions data. In: ROSE-ACKERMAN, Susan. *International Handbook on the Economics of Corruption*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2006, p. 52-104.
KLITGAARD, Robert. *A corrupção sob controle*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1994.
KOFFMAN, F.; LAWAREE, J. Collusion in hierachical agency. *Econometrica*. n. 61, p. 629-656, 1993.
LAFFONT, J-J.; TIROLE, J. *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. Cambridge: MIT Press, 1993.
LAMBSDORFF, Johann Graf. Causes and consequences of corruption: What do we know from a cross-section of countries? In: ROSE-ACKERMAN, Susan. *International Handbook on the Economics of Corruption*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2006, p. 3-51.
MOOKHERJEE, D.; PNG, I.P.L. Corruptible law enforcers: How should they be compensated? *Economic Journal*. 105, p. 145-159, 1995.
PYLE, D. J. *Cortando os Custos do Crime: a Economia do Crime e da Justiça Criminal*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2000.
ROCHA, Marcelo Nunes Neves da; ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de. (2009). Análise das penalidades graves aplicadas a servidores federais no Brasil: principais causas, modalidades punitivas, avaliação quantitativa e qualitativa. ANAIS DO XIV CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Salvador, 27 a 30 de out. 2009. Salvador: CLAD.
ROEMER, Andrés. *Economía del Crímen*. Cidade do México: Noriega Editores, 2007.
ROSS, Stephen. The Economic theory of Agency: the Principal's Problem. American Economic Review. n. 3, p. 134-139, 1973.
TIROLE, J. Hierachies and bureaucracies: On the role of collusion in organizations. Journal of Law, Economics and Organization. 2, p.181-214, 1986.
VIEIRA, James Batista. (2008). Os Microfundamentos da Transação Corrupta: o Referencial Analítico da Corrupção reconsiderado. Tese de Mestrado em Ciência Política. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).
WOODRUF, Christopher. Measuring institutions. In: ROSE-ACKERMAN, Susan. *International Handbook on the Economics of Corruption*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2006, p. 105-124.

Tabela 1. Anos de escolaridade dos servidores públicos

	GRADUADO		ENSINO MÉDIO		PRIMÁRIO		INDISPONÍVEL		TOTAL
ÓRGÃOS	QT.	%	QT.	%	QT.	%	QT.	%	QT.
PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA	2.050	27,4	1.708	22,8	29	0,4	3.697	49,4	7.484
ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO	6.419	71,6	1.194	13,3	31	0,3	1.318	14,7	8.962
AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO	4.070	33,8	6.146	51,1	1.293	10,7	522	4,3	12.031
CIDADES	201	42,1	73	15,3	-	-	204	42,7	478
CIÊNCIA E TECNOLOGIA	3.415	50,3	3.007	44,2	39	0,6	335	4,9	6.796
COMUNICAÇÕES	778	39,1	771	38,7	1	0,1	442	22,2	1.992
CULTURA	1.418	47,9	977	33,0	69	2,3	498	16,8	2.962
DEFENSA	5.245	19,4	16.455	60,8	3.037	11,2	2.320	8,6	27.057
DESENVOLVIMENTO AGRÁRIO	2.370	35,7	3.792	57,2	4	0,1	464	7,0	6.630
DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME	108	15,7	100	14,5	-	-	480	69,8	688
DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR	1.305	46,9	1.267	45,5	25	0,9	188	6,8	2.785
EDUCAÇÃO	109.717	56,8	65.179	33,7	11.486	5,9	6.863	3,6	193.245
ESPORTES	12	5,2	44	18,9	1	0,4	176	75,5	233
FAZENDA	23.564	71,8	8.322	25,3	458	1,4	496	1,5	32.840
GOVERNO DOS ANTIGOS TERRITÓRIOS	5.197	31,5	9.454	57,3	1.855	11,2	3	0,0	16.509
INTERGRAÇÃO NACIONAL	563	20,3	1.848	66,5	1	0,0	366	13,2	2.778
JUSTIÇA	3.563	12,5	23.239	81,7	375	1,3	1.254	4,4	28.431
MEIO AMBIENTE	3.515	41,0	2.995	34,9	149	1,7	1.924	22,4	8.583
MINAS E ENERGIA	1.427	44,5	1.249	39,0	22	0,7	506	15,8	3.204
PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO	3.385	19,1	9.946	56,0	42	0,2	4.395	24,7	17.768
PREVIDÊNCIA SOCIAL	9.609	24,2	29.303	73,7	77	0,2	786	2,0	39.775

RELAÇÕES EXTERIORES	2.215	63,6	1.195	34,3	4	0,1	69	2,0	3.483
SAÚDE	27.002	25,6	63.488	60,1	6.190	5,9	8.928	8,5	105.608
TRABALHO E EMPREGO	3.471	49,4	3.300	47,0	33	0,5	216	3,1	7.020
TRANSPORTE	1.467	26,6	3.282	59,4	35	0,6	739	13,4	5.523
TURISMO	71	16,5	112	26,0	1	0,2	247	57,3	431
TOTAL	222.157	40,9	258.446	47,6	25.257	4,6	37.436	6,9	543.296

Fonte: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG).

Tabela 2. Estrutura de salários dos servidores públicos

POSIÇÃO	INICIAL	FINAL
PROCURADOR DO MINSTÉRIO DA FAZENDA	14.549,53	18.260,00
AUDITOR DA RECEITA FEDERAL	13.067,00	18.260,00
DIPLOMATA, ANALISTA DO BANCO CENTRAL, ANALISTA DE PLANEJAMENTO E ORÇAMENTO, ANALISTA DE FINANÇAS E CONTROLE, ESPECIALISTA EM POLÍTICAS PÚBLICAS	12.413,65	17.347,00
INSPETOR DO MINISTÉRIO DA AGRICULTURA	9.552,00	13.400,00
ENGENHEIRO AGRÔNOMO DO INCRA	4.349,37	6.580,51
POSIÇÕES ADMINISTRATRIVAS (GRADUADO) – MINISTÉRIO DA FAZENDA	3.534,22	5.650,00
ANALISTA ADMINISTRATIVO DO INCRA (GRADUADO)	3.348,41	5.067,08
POSIÇÕES ADMINISTRATIVAS (GRADUADO) – GERAL	2.870,19	3.405,04
POSIÇÕES ADMINISTRATIVAS (INTERMEDIÁRIO) – MINISTÉRIO DA FAZENDA	2.590,42	3.147,11
POSIÇÕES ADMINISTRATIVAS (INTEMEDIÁRIO) - GERAL	2.148,47	2.448,44
POSIÇÕES ADMINISTRATIVAS (AUXILIAR) – MINISTÉRIO DA FAZENDA	2.124,46	2.160,78

Fonte: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG).

Tabela 3. Distribuição dos cargos de confiança

	POSIÇÕES TEMPORÁRIAS	SERVIDORES DE CARREIRA		SERVIDORES EXTERNOS		TERCEIROS	
		QT.	%	QT.	%	QT.	%
SUPERINTENDÊNCIA REGIONAL DA RECEITA FEDERAL	10	10	100,00%	0	0 %	0	0 %

DELEGADO REGIONAL DA RECEITA FEDERAL	120	120	100,00%	0	0 %	0	0 %
SUPERINTENDENTE FEDERAL DA AGRICULTURA	27	14	51,85%	6	22,22%	7	25,92%
DELEGADO DO PATRIMÔNIO DA UNIÃO	29	8	27,58%	5	17,24%	16	55,17%
SUPERINTENDENTE DO INCRA	30	9	30%	4	13,33%	17	56,67%
AGENTES COMISSIONADOS DO MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO AGRÁRIO	26	0	0%	7	26,93%	19	73,07%

Fontes: Receita Federal, Ministério da Agricultura, Secretaria do Patrimônio da União, MPOG, Incra, Ministério do Planejamento.

Tabela 4. Resumo das ações de reintegração (1993-2005)

	MAP	MDA	MDIC	MTUR	MF	MPOG	MRE	ANTIGOS TERRITÓRIOS	TOTAL
SERVIDORES DEMITIDOS	45	57	19	1	255	44	14	6	441
AÇÕES DE REINTEGRAÇÃO	30	58	17	3	180	32	8	5	333
SERVIDORES QUE ACIONARAM	23	33	9	1	124	24	7	3	224
LIMINARES CONCEDIDAS	0	0	0	0	5	1	0	0	6
SENTEÇAS DE REINTEGRAÇÃO	0	4	0	1	21	3	0	0	29
SENTEÇAS DEFINITIVAS DE REINTEGRAÇÃO	0	6	6	0	6	1	1	0	20
SENTENÇAS PELA IMPROCEDÊNCIA	5	18	0	1	39	8	2	4	77
SENTENÇAS DEFINITIVAS PELA IMPROCEDÊNCIA	9	18	8	0	56	10	3	0	104

Fonte: Diário Oficial *e Poder Judiciário*.

Tabela 5. Total de servidores demitidos (1993-2005)

1993 - 2005	MAP	MDA	MDIC	MTUR	MF	MPOG	MRE	ANTIGOS TERRITÓRIOS	TOTAL
RELACIONADO À CORRUPÇÃO	45	57	19	1	255	44	14	6	441
OUTRAS RAZÕES	41	12	4	1	78	30	15	65	246
TOTAL	86	69	23	2	333	74	29	71	687

Fonte: Diário Oficial.

Tabela 6. Fundamento jurídico para a demissão de servidores (jul. 2001 a jun. 2009)

FUNDAMENTO (LEI N. 8.112/90)	RELAÇÃO COM CORRUPÇÃO	RAZÃO	ANTES DO SISTEMA DISCIPLINAR* (%)	APÓS O SISTEMA DISCIPLINAR* (%)
117 - IX	FORTE	ABUSO DA POSIÇÃO	30,5	37,0
132 - IV	FORTE	IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	25,5	18,8
132 - X	FORTE	PREJUÍZO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO	9,8	3,9
117 - XI	FORTE	RECEBIMENTO DE VANTAGENS	3,2	7,1
132 - XI	FORTE	CORRUPÇÃO	0,2	2,8
117 - XI	FORTE	ADVOCACIA ADMINISTRATIVA	0,8	2,1
TOTAL DE PENALIDADE COM FORTE LIGAÇÃO COM CORRUPÇÃO			70,0	71,7
132 - II	FRACO	ABANDONO DE CARGO	11,3	9,8
132 - III	FRACO	AUSÊNCIA HABITUAL	3,2	2,1
117 - XV	FRACO	DESÍDIA	8,7	6,1
117 - X	FRACO	ADMINISTRAÇÃO DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA	1,3	1,5
TOTAL DE PENALIDADE COM FRACA LIGAÇÃO COM CORRUPÇÃO			24,5	19,5
OUTROS			5,5	8,8

**Nota: médias antes e depois da criação do Sistema Disciplinar Federal do Poder Executivo.*

Fonte: Rocha e Alencar (2009).

Tabela 7. Demissão de servidores e ações penais (1993-2005)

1993 - 2005	MAP	MDA	MDIC	MTUR	MF	MPOG	MRE	ANTIGOS TERRITÓRIOS	TOTAL
SERVIDORES DEMITIDOS	45	57	19	1	255	44	14	6	441
AÇÕES PENAIS INICIADAS	13	28	3	1	165	9	4	1	224

SERVIDORES PROCESSADOS CRIMINALMENTE	12	26	2	1	97	8	3	1	150
CONDENAÇÕES PENDENTES DE APELAÇÃO	0	4	0	1	39	1	0	0	45
CONDENAÇÕES TRANSITADAS	2	2	0	0	8	0	2	0	14
SENTENÇAS PELA IMPROCEDÊNCIA, PENDENTE APELAÇÃO	0	0	0	0	8	2	1	0	11
SENTENÇAS DEFINITIVAS PELA IMPROCEDÊNCIA	2	3	0	0	17	2	0	0	24

Fonte: Diário Oficial e *Banco de Dados do Judiciário.*

Tabela 8. Demissão de servidores e ações de improbidade (1993-2005)

1993 - 2005	MAP	MDA	MDIC	MTUR	MF	MPOG	MRE	ANTIGOS TERRITÓRIOS	TOTAL
SERVIDORES DEMITIDOS	45	57	19	1	255	44	14	6	441
AÇÕES DE IMPROBIDADE	11	22	3	2	72	10	2	0	122
SERVIDORES PROCESSADOS	10	19	3	1	64	8	2	0	107
CONDENAÇÕES PENDENTES E APELAÇÕES	0	5	0	0	6	1	1	0	13
CONDENAÇÕES DEFINITIVAS	0	0	0	0	7	0	0	0	7
DESPROVIMENTOS PENDENTE E APELAÇÕES	0	1	0	0	4	1	0	0	6
DESPROVIMENTOS DEFINITIVOS	0	2	0	0	3	2	0	0	7

Fonte: Diário Oficial *e Poder Judiciário.*

Carlos Higino Ribeiro de Alencar

Palácio do Buriti – Anexo – 12º andar
Centro Cívico – 70075-900
Brasília – DF – Brasil
carlos.higino.alencar@hotmail.com

Auditor-Fiscal da Receita Federal
Secretário de Transparência e Controle do Distrito Federal

Ivo Gico Jr.

Professor de Análise Econômica do Direito na Universidade Católica de Brasília (UCB)
Pesquisador Associado ao Grupo de Pesquisa em Direito & Economia (GPDE/UCB)

SGAN 916 Norte, Av. W5 Asa Norte
Asa Norte – 70790–160
Brasília – DF – Brasil
gico@ucb.br

ATIVIDADE FINANCEIRA E MOEDA: ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA DO CONJUNTO PALMEIRAS EM FORTALEZA-CE *

Uinie Caminha e Monique Figueiredo

FINANCIAL ACTIVITY AND CURRENCY: ANALISYS OF THE EXPERIENCE OF "CONJUNTO PALMEIRAS" IN FORTALEZA-CE

RESUMO

O Conselho Monetário Nacional (CMN) regula o acesso e fiscaliza as atividades das instituições financeiras que participam do Sistema Financeiro Nacional (SFN). Esse controle do SFN é essencial, pois o sistema financeiro é suscetível a crises de confiança e saques em massa, e ainda instrumentaliza políticas monetárias com o intuito de controlar índices inflacionários. Um dos mecanismos de controle inflacionário é a emissão de papel moeda, sendo que, de acordo com a Constituição Federal de 1988, a incumbência de emitir, controlar e regulamentar a moeda oficial é exclusiva da União. No entanto, vêm crescendo experiências de economia solidária, na qual se encontram redes de produção e consumo, além de meios alternativos de pagamento. O objetivo deste artigo é analisar a experiência no bairro Conjunto Palmeiras, na cidade de Fortaleza, Ceará, sua estrutura, seus projetos, e especialmente a emissão da moeda social do bairro (palma, P$), bem como um projeto de microcrédito e financiamento para os moradores locais, verificando se há possibilidades de integrar tais práticas ao SFN, uma vez que, até então, são atividades que deveriam ser exercidas privativamente por instituições financeiras.

PALAVRAS-CHAVE

Sistema Financeiro Nacional, Economia Solidária, Moeda, Meios de pagamento, Conjunto Palmeiras

ABSTRACT

The National Monetary Council (CMN) regulates and controls the activities of financial institutions which participate in National Financial System (SFN). Such control is critical since the financial system if suceptible to confindence crisis and massive withdrawls, and yet engages monetary policies aiming at controling inflation rates. One of the instruments to control inflation is the issuance of currency since, according to Federal Contituition of 1988, the incumbecy of issuing, controlling and regulation the offical currency if exclusive of the Union. However, several experiences of "solidary economy" in which production and consumption networks are found, in addition to alternative means of payment. The scope of this article is to analyse the experience of "Conjunto Palmeiras" in Fortaleza, Ceará, its structure, its projects and specially the issuance of the social currency of the neighborhood (palma, P$), as well as a microcredit and funding project for local residents, verifying if such experience complies with the SFN rules since such activities are only allowed to financial institutions.

KEYWORDS

National Financial System, "Solidary Economy", Currency, Means of payment, "Conjunto Palmeiras"

INTRODUÇÃO

O Conselho Monetário Nacional (CMN) regula o acesso de instituições, de natureza pública ou privada, ao Sistema Financeiro Nacional (SFN), bem como fiscaliza e

legisla sobre suas atividades, submetendo-as às finalidades previstas pelo art. 192 da Constituição Federal, qual seja: "promover o desenvolvimento equilibrado do país e servir aos interesses da coletividade, garantindo o funcionamento do sistema e principalmente a implementação das políticas econômica e monetária do país".

Com a fundação do Banco do Brasil, em 1808, iniciou-se a história da disciplina monetária no país. A motivação preponderante para a criação do Banco do Brasil foi o Estado necessitar de um ente que financiasse, através da emissão de moeda, a máquina pública. O início do sistema bancário no Brasil foi marcado pela ausência de delimitações entre as atribuições e funções do Banco do Brasil, emissor da moeda de curso forçado, e o Tesouro. Consequentemente, as políticas monetárias aplicadas não preveniram os consideráveis índices de inflação, desvalorização da moeda e desorganizaram o sistema monetário.

Esse quadro de economia instável fora, todavia, encontrado não só no Império, mas também na República. A desordem orçamentária e a desregrada emissão de moeda desequilibraram a economia, a ponto de ser imprescritível a urgente instituição de uma autoridade monetária, com poderes exclusivos para orientar, controlar e regularizar a circulação da moeda. Diversas iniciativas precederam a criação do Banco Central, em 1964. Porém, a falta de autonomia e independência dos órgãos aos quais se atribuía a função de guardião da moeda fez com que o objetivo de estabilizar o sistema financeiro fosse adiado.

Daí surgiu o Banco Central do Brasil, em 1964, pela Lei 4.595 de 31 de dezembro, a qual reformulou o Sistema Financeiro Nacional. Atualmente, contempla a Constituição Federal, em seu artigo 164, *caput*, que a prerrogativa de emissão de moeda, pertencente à União, é exercida pelo Banco Central do Brasil em caráter de exclusividade.

Todavia, no Brasil (também em outros países) tem-se fortalecido a chamada economia solidária ou socioeconomia solidária, que é uma forma paralela de produzir, comercializar e ofertar crédito em desenvolvimento. Não pretende o presente artigo debruçar sobre essa economia dita solidária, em si, mas a possível presença, nesse tipo de economia, da emissão e circulação de uma moeda local, chamada de social.

Como objeto de estudo foi escolhido o Conjunto Palmeiras, bairro periférico situado na cidade de Fortaleza, Ceará, onde há a emissão e circulação de uma moeda social denominada de palma (P$).

Sabe-se que o Sistema Financeiro Nacional, atualmente, cumpre funções que vão além do tradicional binômio captação de recursos – oferta de crédito. Com efeito, as instituições que o compõe prestam serviços, podendo ser considerados indispensáveis ao exercício de uma série de atividades ligadas a direitos básicos de cidadania. A exclusão do sistema bancário pode comprometer o bem-estar e integração desses indivíduos com a sociedade.

Alguns mecanismos vêm sendo criados com o objetivo de oferecer a uma parcela da população serviços financeiros, sejam por meios oficiais – como a criação do Banco Popular e dos Correspondentes Bancários –, ou não oficiais – iniciativas das próprias comunidades que possuem dificuldades em obter acesso ao Sistema Financeiro oficial. Destaca-se, dentre elas, a experiência do Conjunto Palmeiras. Lá, por iniciativa da Associação de Moradores do Conjunto Palmeiras (Amoconp), foi fundado, em 1998, o chamado Banco Palmas. Não se trata de uma instituição financeira no estrito sentido da palavra, mas de uma entidade constituída com a finalidade de impulsionar a economia local através do método de fomento (Movimento Monetário Mosaico, MoMoMo), promover a inclusão social, o bem-estar e oferecer alternativas para os problemas socioeconômicos.

Para viabilizar essa iniciativa foram criadas linhas de financiamento e concessão de crédito para os moradores do bairro, como, por exemplo, o "Palmacard", um cartão de crédito local. Além disso, outra medida adotada foi a criação da moeda social palma (P$), com uso local, indexada e lastreada pelo real (R$).

Diante dessas considerações, buscou-se desenvolver uma pesquisa para responder aos seguintes questionamentos: há guarida no nosso ordenamento jurídico, notadamente no texto constitucional e na legislação infraconstitucional, que torne legal a prática de emissão de moeda solidária? Estaria de acordo com o conceito de moeda solidária a experiência vivenciada no Conjunto Palmeiras? A experiência de emissão da moeda palma fere o Sistema Financeiro Nacional?

Neste artigo, tem-se como objetivo geral analisar o fato concreto sob o aspecto da legislação vigente, questionando a compatibilidade da experiência e o Sistema Financeiro Nacional e, como objetivos específicos: analisar o surgimento da moeda; analisar o Sistema Financeiro Nacional, sua história, composição e estrutura; observar a compatibilidade da moeda social com os preceitos constitucionais relativos ao Sistema Financeiro Nacional.

Quanto aos aspectos metodológicos usados foi realizado através de um estudo descritivo-analítico, desenvolvido através de análise bibliográfica aprofundada, baseada em trabalhos publicados sob a forma de livros, revistas, artigos, dissertações, teses, publicações especializadas, imprensa escrita e dados oficiais publicados na internet que abordassem direta ou indiretamente o tema em análise, e de forma específica em relação ao Sistema Financeiro Nacional, bem como sobre economia solidária. Além disso, fizemos uma pesquisa de campo através de coleta de dados, observação direta no banco local, entrevista estruturada com os funcionários e, por fim, aplicação de questionários de forma presencial a moradores do bairro.

No que tange à tipologia da pesquisa, esta é, segundo a utilização dos resultados, pura, visto ter sido realizada apenas com o intuito de ampliar os conhecimentos. Segundo a abordagem, é qualitativa, com a apreciação da realidade no que concerne ao tema no ordenamento jurídico pátrio. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva, já

que busca descrever, explicar, classificar e esclarecer o problema apresentado; e exploratória, uma vez que procura aprimorar ideias, buscando maiores informações sobre a temática em foco.

Para fins didáticos, o presente artigo divide-se em quatro seções, distribuídas na da seguinte forma:

A primeira seção aborda o surgimento da moeda como meio de trocas, sua evolução, características e importância. Na segunda seção, apresentamos uma análise do Sistema Financeiro Nacional (SFN) – este como fruto de uma evolução histórica, na qual tem, como principal ator, a eleição de um único instrumento efetivo para as trocas, a moeda – e demonstramos a composição do SFN, seus benefícios e possíveis ações contra a ordem econômica.

A terceira seção é dedicada exclusivamente à economia solidária, suas características e práticas no Brasil e no mundo, bem como a exploração do conceito de moeda social, suas limitações e práticas.

Na última seção, trataremos do caso concreto (objeto de análise), sua adequação ao que se denomina de economia solidária e moeda social, e, consequentemente, a compatibilidade ao Sistema Financeiro Nacional.

Ao final, expomos as derradeiras considerações de nosso estudo, refletindo sobre a importância de uma regulação sobre o tema em análise e a fiscalização pelo Banco Central.

1 MOEDA

Diversas correntes teóricas se propõem a justificar se o surgimento da moeda[1] resultou de um processo espontâneo ou por criação do Estado.

Esse debate teórico demonstra a importância do papel da moeda na evoluída sociedade, pois sendo ela o instrumento basilar do mercado, da globalização e do avanço tecnológico, não seria possível imaginar a vida econômica da sociedade sem a sua existência.

Por isso, constantemente deverá ser explorado (e reafirmado) o seu conceito e importância, uma vez que novos comportamentos econômicos surgem e nem sempre estão em conformidade com a realidade jurídica existente.

1.1 ORIGEM E CONCEITO

Em um retrospecto histórico, observa-se que o homem primitivo buscava saciar suas necessidades imediatamente, inexistindo a preocupação de acumular os bens ou mesmo atribuir a eles valores determinados.

Com o agrupamento de indivíduos, ou seja, com o início da vida em sociedade, surge a necessidade de alocar bens. Com efeito, nos primórdios da sociedade, a alocação de bens ocorria naturalmente, seja porque já era percebida a escassez dos bens

naturais, ou porque trocar os excedentes era mais prático do que partir para a busca do que estava faltando.

Essa simples permuta satisfazia, de forma direta, uma necessidade imediata. Nesse fato social, contudo, existia um obstáculo: a dificuldade de coincidir o bem abundante de um com a escassez do outro.

Em uma pequena sociedade, essa dificuldade era provavelmente superada, mas com o crescimento e natural evolução das relações através do contato com outras sociedades, a solução para viabilizar o câmbio seria a aceitação de determinado bem, o qual, no momento, não necessitava, mas o qual, posteriormente, poderia ser trocado facilmente por ser objeto de comum apreciação.

Com isso, um bem estimado/ útil por determinada sociedade era eleito como dinamizador das permutas, mas ele variava no tempo e entre os grandes grupos sociais, dependendo do que cada cultura apreciava como bem útil.

Outro ponto há de ser observado nessa dinâmica social. Para atingir a efetivação das trocas, os membros não desejavam apenas a autossatisfação (o exclusivo interesse pessoal), eles buscavam, também, satisfazer a necessidade do outro a fim de possibilitar a permuta.

Como medir o valor dos bens? Não existia a padronização dos valores, mas como o bem Sal era facilmente negociado, a relação se perfazia. Diante desse contexto socioeconômico, surge, então, a moeda, que poderia ser qualquer objeto estimado por determinado grupo social, e por isso era escolhido para integrar nas/ as relações,[2] nas quais se encontra presente a urgência de satisfação própria e alheia, como unidade monetária.

A moeda é um ativo padronizado como meio liberatório, é um "mecanismo 'ideal' que preconiza a padronização dos pagamentos em termos de uma dada unidade" (Castro, 2005). "Ideal" porque lhe é abstraída qualquer relação com o material físico que a compõe, podendo ser expressa por qualquer meio/ bem, o qual será padronizador de pagamentos e não de trocas.

Há duas teorias distintas sobre o que vem a ser moeda e suas características: a metalista e a nominalista. O conceito metalista,[3] conhecido também como bulionismo, atribui que o índice de riqueza ou poder de uma nação baseia-se na quantidade de metais preciosos possuidos.[4]

Com a evolução do sistema financeiro, a equivalência entre a moeda circulante com o metal ouro desfez-se aparentemente por completo, sem o sistema monetário deixar de funcionar. Atualmente, o sistema monetário não está intrinsecamente ligado com a sua reserva de ouro, portanto, percebe-se que a teoria metalista teve seu sentido e respaldo apenas no passado.

Em contraposição, encontra-se a teoria nominalista[5] que dissemina a ideia que a moeda não é mercadoria nem mesmo tem em si um valor material. Seria, então, a moeda aceita pelo seu valor nominal (simbólico) nas relações de troca; nesse contexto,

o material da moeda não constitui valor econômico, na verdade, é uma criação do Estado (instrumento financeiro) dotada de poder liberatório.

Diversos ramos do direito tratam do valor nominal da moeda. Para o Direito Civil, Empresarial e para a Economia, o valor nominal "é o valor que o poder estatal competente atribui à moeda nacional e que é inscrito em cada peça monetária" (Camargo, 2002). Já Latécio Jansen (2000) entende, com base no Direito Monetário, que essa expressão refere-se "ao princípio segundo o qual a moeda nacional (isto é, o valor nominal) é o fundamento de validade de todas as normas monetárias no ordenamento jurídico considerado".

Discussões à parte, o importante é enfatizar que para a teoria nominalista, o valor da moeda não está correlacionado ao valor do material que a constitui. Logo, segundo essa teoria o metal ouro, engrandecido pelos metalistas, não possui o condão de embasar todo o sistema monetário; os nominalistas admitem o abandono do ouro como parâmetro na fixação do valor do dinheiro.

Para um dado objeto ser denominado de moeda, torna-se irrefutável observar se tal elemento é aceito por determinada coletividade e se desempenha as funções de instrumento de troca, meio de pagamento, reserva de valor e denominação comum de valores; não sendo cogente que tal elemento seja um metal precioso.

1.2 MOEDA X DINHEIRO

Em qualquer relação existe a necessidade de salvaguardas, as garantias entre as partes. Se hoje, em uma sociedade mais evoluída e institucionalizada, ainda existe essa preocupação com as garantias nas relações, bem mais forte era no início das relações econômicas.

Com efeito, a escolha de uma unidade monetária trouxe a devida dinâmica para as relações econômicas na sociedade. Todavia, para uma interação comercial maior, a moeda deveria ser aceita não apenas por um determinado grupo, mas por toda a sociedade de forma *erga omnes*. Para isso, deveria ser a moeda instituída por normas, pois, assim, seria a única na sociedade e apreciada de forma absoluta.

A dinâmica econômica da sociedade evoluiu a ponto de a unidade monetária precisar ser algo imposto pelo poder normativo. Surge então o dinheiro, como fruto de uma necessidade social, com reconhecimento político e juridicamente instituído (normas).

Pode-se deduzir a diferença entre a moeda (gênero) e o dinheiro (espécie): a primeira como qualquer bem eleito para viabilizar as permutas, e esse último como o bem eleito e instituído com força normativa por aquele que tem o poder vinculante de eleger a moeda oficial.

Sendo o dinheiro a moeda oficial por ação do Estado Soberano, ele desmonta na obrigatoriedade da aceitação por todos. Essa característica de meio de pagamento compulsório é denominada de curso legal da moeda.

A moeda oficial tem outra característica, o chamado curso forçado, que é o regime monetário da inconversibilidade do papel-moeda; o curso forçado faz prevalecer a expressão nominal do instrumento monetário, impedindo, assim, a conversão em seu lastro.

Vale explanar os questionamentos sobre a origem do dinheiro: se foi natural/espontâneo ou instituído por criação estatal.

Sobre a primeira hipótese, Menger afirma que o surgimento do dinheiro resultou de um processo natural e despretensioso na sociedade. O Estado entrou em cena após o surgimento das moedas cunhadas, como garantidor da pureza e do peso das pedras utilizadas para o cunho das moedas, bem como para coibir as possíveis falsificações:

> A origem do dinheiro (que deve distinguir-se das moedas cunhadas) é, como temos visto, de todo natural e, por conseguinte, só em raros casos pode-se atribuir a influências legislativas. O dinheiro não é uma invenção estatal nem produto de um ato legislador. (…) O fato de que umas determinadas mercadorias alcancem a categoria de dinheiro surge espontaneamente das relações econômicas existentes, sem que sejam precisas medidas estatais. (…) De onde se depreende que os bens que alcançaram essa especial categoria de dinheiro tenham variado nos mesmos povos durante épocas distintas e também tenham sido diferentes, dentro de uma mesma época, entre diferentes povos.[6]

Knapp, por sua vez, defendia de forma contrária essa corrente teórica. Demonstra em sua obra ter o Estado aptidão para determinar o que é dinheiro, entretanto, não é considerado dinheiro a moeda por ele emitida, mas as que por ele são aceitas:

> O que faz parte do sistema monetário do Estado e o que não faz? Não devemos tomar nossa definição muito estreita. O critério não poderia ser que a moeda é emitida pelo Estado, porque isso excluiria modalidades de moeda que são da mais alta importância: eu me refiro às notas bancárias: elas não são emitidas pelo Estado, mas fazem parte do sistema monetário. Nem pode a moeda de curso legal ser tomada como critério, porque em sistemas monetários há frequentes modalidades de dinheiro que não são de curso legal. (…) Ficamos mais perto dos fatos se tomamos como nosso critério que o dinheiro seja aceito nos pagamentos feitos aos guichês do Estado. Então todos os meios pelos quais um pagamento pode ser feito ao Estado fazem parte do sistema monetário. Nessa base não é a emissão, mas a aceitação, como a chamamos, que é decisiva. A aceitação estatal delimita o sistema monetário. Pela expressão "aceitação estatal" entenda-se somente a aceitação nos guichês de pagamento do Estado onde o Estado é o recebedor.[7]

Knapp entende que a moeda do Estado (dinheiro) é almejada por todos, e lembra que, em uma disputa judicial, o credor será ressarcido com a moeda aceita pelo Estado.[8]

Independente de o surgimento do dinheiro ter sido natural ou espontâneo, outra dificuldade precisaria ser superada na sociedade em desenvolvimento mesmo com a instituição da moeda oficial: as consequências maléficas geradas pela permissão de livre cunhagem da moeda.

Havia, até então, uma disponibilidade da moeda oficial no mercado, uma vez que, ao necessitá-la, o indivíduo poderia levar o metal para "bater moeda", de igual modo sucedia com os bancos, depositários de riquezas e livres autônomos emissores da moeda.

Essa prática culminou em uma economia insegura, cuja abundância ou escassez da moeda era impossível de mensurar por existir uma produção incalculável. Logo transpareceram divergências entre a liberdade "privada" da criação monetária e a urgência pelo monopólio estatal na emissão do dinheiro.

As experiências com a emissão privada da moeda mostram a ausência de garantias e a extrema insegurança nos sistemas, devido ao fato de o Estado não possuir o controle absoluto da emissão e da circulação da moeda. A proibição da emissão privada é o resultado da evolução satisfatória do dinheiro (moeda oficial) e da organização política, econômica e social.

2 SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

A abordagem teórico-conceitual da seção anterior sobre as peças fundamentais desse trabalho (dinheiro e moeda) se formou com o propósito de adentrar na definição, história e estrutura do Sistema Financeiro Nacional.

2.1 DA MOEDA AO SISTEMA FINANCEIRO

A estrutura facilmente percebida e a razão de ser do que se denomina "sistema financeiro" desenvolveu-se (definindo competências, ramificações e normas) no transcorrer do tempo. Contudo, o apelo ao seu surgimento possui uma ligação intrínseca à anterior criação do seu substrato (moeda) e o papel que esse último assumiu na sociedade.

Como bem afirma Raphael Castro (2005), em tempos remotos (anteriores à instituição monetária), a figura dos bancos já era percebida, logicamente, despossuída da estrutura e infinitos serviços observados na atualidade.

Inexistindo a diversidade de formas de atuação dos bancos, restava-lhes, portanto, exercer o papel de guardião (local seguro) dos objetos considerados valiosos por aqueles que optavam por sua preservação. Com a instituição normativa do instrumento oficial liberatório (o dinheiro) houve um engrandecimento do papel dos bancos.

Cabe elucidar que a simples existência da presença estrutural dos bancos ou sua pluralidade não caracterizaria o sistema financeiro. O predicativo "financeiro" não

cogita a ideia da diversidade de bancos, mas a interligação com o instituto do dinheiro: meio legal e oficial para a liberação de obrigações pecuniárias (Castro, 2005).

A intervenção do Estado foi pertinente para o direcionamento e limitação da moeda em circulação. Nesse momento, verifica-se o início do que hoje chamamos de Sistema Financeiro, não sendo este apenas um conjunto de instituições, mas "a gradual intromissão normativa na instrumentação prática dos processos circulatórios da produção do dinheiro" (Castro, 2005).

É exatamente a organização estrutural adicionada à legislação (regras do jogo) o que resulta no sistema financeiro. Pode-se afirmar que a moeda e sua circulação tornaram-se assuntos próprios do Estado, geridos por meio de normas, as quais determinam a forma como os agentes devem se comportar em cada segmento econômico. O Estado assumiu, indiscutivelmente, a posição de condutor das regras do jogo econômico, apresentando como aliados o tempo e a legislação para o fortalecimento das instituições.

A interferência regulatória do ente estatal no setor monetário pôde ser aprimorada no decorrer do tempo, sendo eficaz para a ordem econômica buscada pelas sociedades modernas.

2.2 COMPOSIÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E ORDEM ECONÔMICA

A atuação do Estado no âmbito econômico-privado prevista pela Constituição de 1988 é resultado da evolução do ordenamento jurídico pátrio. É possível classificar o atual Estado de neoliberal, uma vez que, ao preocupar-se com fatores sociais, ele afasta-se do modelo constitucional clássico liberal, tornando-se um modelo híbrido ao unir valores públicos e privados.

A nova Constituição mescla premissas de Estado Liberal e do Intervencionismo Estatal, pois, ao passo que assegura a livre iniciativa e a concorrência, regula as ações do mercado, e cria a possibilidade de o Estado ingressar na economia e definir quem poderá, também, atuar nos segmentos econômicos.

Eros Grau (1998) acentua que o princípio da livre iniciativa seria um desdobramento da liberdade, que por sua vez é descrita como "a sensibilidade e a acessibilidade às alternativas de conduta e de resultado".

Luiz Alberto Araújo e Nunes Júnior, referindo-se à livre iniciativa, acrescentam que:

> … aplicada à realidade social que pretende ordenar, a regra indica a liberdade de iniciativa econômica em sentido amplo. Em outras palavras, não se limita à iniciativa privada, mas abrange também a iniciativa cooperativa ou associativa (artigos 5º, XVII e XVIII, e 174, parágrafos 3º e 4º), a iniciativa autogestionária e a iniciativa pública (artigos. 173, 177 e 192, II).[9]

O princípio da livre iniciativa, contudo, não é absoluto, pois há previsões de limitações dos critérios e situações nas quais nem todos poderão adentrar nas infinitas organizações econômicas. Previsões negativas na legislação priorizam, mesmo não parecendo à primeira vista, o bem-estar social, ao permitir apenas aos considerados responsáveis e qualificados a exploração de alguns segmentos econômicos.

Têm-se, por conseguinte, as limitações postas à atuação do próprio Estado na economia (artigos 173 e 175 da CF); a existência do monopólio legal (artigos 176 e 177 da CF) e do monopólio natural; além dos casos que necessitam da autorização estatal prévia, dentre eles, destaquem-se as instituições financeiras e assemelhadas.[10]

Com efeito, o parágrafo único do art. 170 da CF prevê a relativização do princípio da livre iniciativa: "é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei". Da mesma forma, apresentam-se as considerações do autor Eros Grau: "... o que mais importa considerar, de toda sorte, é o fato de que, em sua concreção em regras atinentes à liberdade de iniciativa econômica, o princípio, historicamente, desde o Decreto d'Allarde, jamais foi consignado em termos absolutos".[11]

A Carta Maior de 1988 separou a Ordem Social da Ordem Econômica e a esta agregou o Sistema Financeiro Nacional (SFN) (Título VII), estruturando-o a fim de promover o desenvolvimento e o equilíbrio do País, prevendo sua regulação por meio de leis complementares.

Há no ordenamento jurídico diversas leis dispondo de forma específica sobre as instituições que estruturam o SFN, sendo a Lei 4.595/64 a que dispõem sobre a constituição do Sistema Financeiro:

> Art. 1º O Sistema Financeiro Nacional, estruturado e regulado pela presente Lei, será constituído:
> I - do Conselho Monetário Nacional;
> II - do Banco Central do Brasil;
> III - do Banco do Brasil S.A;
> IV - do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico;
> V - das demais instituições financeiras públicas e privadas.

Pertinente se faz, portanto, tecer algumas considerações sobre cada inciso do artigo supracitado.

O Conselho Monetário Nacional (CMN), órgão colegiado no âmbito do Ministério da Fazenda, é composto, atualmente, do Ministro da Fazenda, do Ministro do Planejamento e Gestão e do Presidente do Banco Central do Brasil.

Como funções precípuas encontram-se a orientação da aplicação dos recursos das instituições financeiras (públicas ou privadas), propiciando condições favoráveis ao

desenvolvimento harmônico da economia nacional, bem como a coordenação das políticas monetária, orçamentária, creditícia, fiscal e da dívida pública (interna e externa).

O Banco Central do Brasil (Bacen), autarquia federal vinculada ao Ministério da Fazenda, é responsável por conceder[12] autorizações às instituições financeiras a fim de que possam funcionar no País, instalar ou transferir suas sedes ou dependências, inclusive para o exterior, serem transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas, praticarem operações e terem prorrogados os prazos concedidos para funcionamento, alterarem seus estatutos e alienarem ou, por qualquer outra forma, transferirem o seu controle acionário.

Dentre as alterações trazidas pela Constituição de 1988, pode-se destacar o caráter inegociável, intransferível e sem ônus das autorizações para o funcionamento de novas instituições, e a obrigação de elas preencherem os critérios para ser possível a permissão de funcionar no país na forma da lei do sistema financeiro nacional, quais sejam, os diretores da pessoa jurídica devem ter capacidade técnica, reputação ilibada e comprovar capacidade econômica compatível com o empreendimento.

Por sua vez, o Banco do Brasil (BB) é constituído como sociedade de economia mista vinculada ao Ministério da Fazenda; atualmente, o BB funciona como agente financeiro do Tesouro Nacional, recebendo tributos federais, pagamentos e suprimentos do orçamento da União, de acordo com orientação recebida do Ministério da Fazenda. Além dessas atribuições ele executa a política de preços mínimos de produtos agropecuários e financia atividades predeterminadas como prioritárias pelo governo.

O Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico Social (BNDES), uma empresa pública federal vinculada ao Ministério da Fazenda, tem como principal objetivo financiar, em longo prazo, os empreendimentos que contribuam para o desenvolvimento do País.

Quanto às demais instituições financeiras cabe transcrever os artigos 17 e 18 da Lei de Reforma Bancária de 1964:

> Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.
> Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.
> Art. 18. As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras.

O controle e a emissão da moeda oficial no país, como já dito, são ofícios exclusivos do Estado/ União, como ditado pela CF/88 em seu art. 164 e pelos artigos 8º, 9º e 10º da lei 4.595 de 31/12/1964.

A Lei 4.595/64 atribui ao Banco Central a emissão de moedas oficiais; o Bacen, contudo, é subordinado ao comando do Conselho Monetário Nacional que permite e dita a quantidade do numerário posto em circulação.

No Brasil, a cunhagem ou impressão da moeda oficial é realizada, exclusivamente, pela Casa da Moeda, não sendo, ainda, o momento da emissão e circulação, posto que somente quando o Banco Central do Brasil entrega as cédulas ou moedas metálicas ao banco, perfaz-se a emissão/ circulação.

A exclusividade para a emissão de papel-moeda bem como a legitimidade para a imposição de curso forçado em determinado território são aspectos do poder político. A razão da atenção legislativa e política dada ao meio circulante deve-se ao fato de que ele seja expressão de riqueza e, em consequência, de poder.

Como o dinheiro representa poder, será poderoso, também, quem possa produzi-lo e impor sua utilização dentro de um dado espaço. Por isso, há a preocupação de controlá-lo e distribuí-lo ao público, a fim de evitar a concentração de riqueza para pequena parcela da sociedade e até mesmo um desequilíbrio econômico.

Que o sistema financeiro seja uma forma de intervenção estatal, por meio de normas permite que as relações financeiras, que envolvem circulação de dinheiro, tenham segurança jurídica.

Comprova-se tal afirmação, bem como a amplitude do sistema financeiro, o fato de o dinheiro estar entrelaçado à vida das pessoas, sendo apenas os interessados pela ciência econômica a questionar e entender como se dá a sua existência, emissão e distribuição. A atenção mundial se volta a essas questões, quando surge um fato econômico que impossibilite a devida circulação da moeda a ponto de interferir nas transações econômicas básicas e essenciais da sociedade.

2.3 FUNÇÕES DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

Instituições e instrumentos financeiros (meio de transferência de recursos dos ofertadores aos tomadores) compõem um conjunto sistemático que, por meio das regras (normas), tornam um sistema financeiro eficiente ao permitir a liquidez dos ativos no mercado.

O Sistema Financeiro Nacional pode ser dividido em subsistemas: o normativo e o operativo.[13] O primeiro exerce a função de regular e fiscalizar todo o sistema mediante o poder normativo das autoridades monetárias; o segundo é constituído de atores do mercado financeiro,[14] as instituições.

A principal consequência, da intermediação realizada pelos agentes do sistema financeiro é o compartilhamento dos riscos, da liquidez e da informação entre os investidores e poupadores (Hillbrecht 1999) e, além disso, entre os tomadores de

fundo, ou seja, aqueles que não detêm de recursos suficientes para alcançar o consumo desejado.

Logo, a possibilidade de expandir os portfólios através do Sistema Financeiro diversifica os investimentos dos poupadores, diluindo os riscos do negócio. Em vez de investir toda sua reserva econômica em apenas em um determinado mercado, o poupador poderá escolher, dentre variadas opções, os mercados melhores para investir.

Em decorrência da ampliação do leque dos investimentos, há uma redução do risco, pois, caso não haja retorno em investimentos, os bons resultados nos outros poderão compensar as possíveis perdas.

A maior liquidez do sistema resulta na maior facilidade de que um ativo financeiro seja trocado (negociado) por outros ativos, bens ou serviços.

Seguindo a mesma linha, o compartilhamento de informação persegue um problema enfrentado nos mercados, denominado assimetria da informação ou informação assimétrica.

No financiamento direto (quando o poupador e o tomador negociam entre si) concretiza-se um investimento eficiente somente se o investidor souber como sua renda será empregada pelo tomador, para avaliar a possibilidade de retorno do empréstimo. Ao lhe ser negada a informação correta pelo tomador, o investidor poderá decidir de forma ineficiente, realizando um negócio prejudicial para si e para o mercado, existindo, então, a assimetria da informação.

No caso de haver o envolvimento de intermediários financeiros (financiamento indireto), como nas transferências de fundos, o banco cuida de internalizar e compartilhar os riscos de um possível não retorno do capital, por meio de, por exemplo, contratos, critérios exigidos aos possíveis tomadores, juros, e outros.

Portanto, é possível afirmar que a regulamentação do sistema financeiro visa disponibilizar informações essenciais aos investidores, controlar a oferta da moeda, e permitir o melhor funcionamento do próprio sistema financeiro.

A regulação do sistema financeiro tem, no aspecto geral, como fim último, o equilíbrio econômico, cujo objetivo é impedir a probabilidade de crises financeiras. Desta forma, este sistema poder realizas sua principal função, proteger a economia e sociedade.

2.4 CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA

O Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição Federal de 1988, resguarda algumas garantias, como a ordem econômica. Isso porque, no mundo capitalista que busca incessantemente o acúmulo de riquezas, constatam-se ações no sentido de alcançar mais facilmente o que de fato importa na atualidade: o dinheiro.

Agir contrário ao previsto no ordenamento normativo, ludibriando as exigências (precauções) estabelecidas pelas autoridades monetárias a fim de facilmente exercer

ou obter o pretendido, é voltar-se contra o Sistema Financeiro Nacional, o que caracteriza crime por afetar a sociedade com um possível desequilíbrio econômico.

2.5 BEM JURÍDICO

O direito penal, por si, protege os bens jurídicos (corpóreos ou incorpóreos) das relações sociais. É, de fato dificultoso, o controle formal como resposta imediata nas ações criminosas no âmbito econômico, pois elas estão inseridas em um universo de possibilidades, sofisticação e inteligência.

Um ramo específico, denominado Direito Penal Econômico, trata das condutas lesivas à ordem econômica e, em consequência, ao Sistema Financeiro Nacional.

Indaga-se: qual seria o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Econômico? Se o Direito Penal Clássico indica as condutas (fatos) proibidas e suas referidas sanções, não existindo crime sem lei anterior que o defina, seguiria a mesma linha a tutela do Direito Penal Econômico?

Segundo Knut Amelung, a sociedade é como um sistema global e o direito um subsistema que interage com os demais sistemas para garantir a sua existência. O direito penal é central para garantir tal sobrevivência porque mantém seu equilíbrio por meio das sanções. Desta forma, prossegue o autor, considera-se "delito" tudo aquilo que impeça o eficiente funcionamento do sistema, e "bem" jurídico, por sua vez, as "funções necessárias para a conservação do sistema social".[15]

Para Winfred Hassemer, o que importa na individualização do bem jurídico é o seu valor subjetivo e seu papel "com as variantes dos contextos sociais nos quais ele aparece".[16]

Para o Direito Penal Econômico a tutela não recai sobre um fato previamente descrito ou previsto, mas na própria ordem econômica e seu equilíbrio. Assim tudo aquilo que tentar produzir lesões na ordem deverá ser (repelido) alvo de sanções.

Acerca dos delitos econômicos, o Código Penal Brasileiro limita-se a prever alguns artigos,[17] (ao invés de o Direito Penal Econômico ter sido plenamente exposto no atual código ele foi fragmentado em leis especiais).[18]

Pimentel (1973) define o Direito Penal Econômico como "o conjunto de normas que tem por objeto sancionar, com as penas que lhe são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes".

A Lei 7.492/86 tem como o bem jurídico tutelado, a proteção do Sistema Financeiro Nacional contra lesivas condutas, exemplificando 22 tipos penais, dentre eles, divulgação de informação falsa; gestão fraudulenta e temerária; apropriação ou desvio de bens móveis; remuneração sobre operação de crédito ou de seguro; instituição financeira não autorizada que efetuar operação de câmbio não autorizada com o fim de promover evasão de divisas do País.

Se a Ordem Econômica e Financeira abrigam-se na Constituição e dela são

indissociáveis, indubitavelmente, suas regras constitucionais e esparsas buscam uma sociedade livre, justa e solidária.

3 ECONOMIA SOLIDÁRIA

Um dos focos da ciência econômica é responder a questionamentos advindos da dificuldade de alocar bens e distribuí-los entre os grupos sociais de maneira eficiente. Isso porque um dos desafios na vida em sociedade é determinar a melhor utilização dos recursos para a produção de bens e serviços essenciais à vida do indivíduo, que, por sua vez, possui desejos e necessidades ilimitadas.

No liberalismo, o próprio mercado regula as questões econômicas, decidindo assuntos sobre o quê, como e para quem deverá ser destinada a produção dos bens. Contrária a essa realidade de economia de mercado, há a chamada economia centralizada, na qual é o Estado que comanda e decide as principais questões econômicas.

Com efeito, as sociedades, em sua maioria, não seguem rigidamente nenhum dos dois tipos de organização econômica (de mercado ou centralizada); o Brasil, por exemplo, segue a economia de mercado, entretanto, a sua autodeterminação é limitada e, nesse limite, encontra-se o Estado, executando o papel de regulador normativo supervisor e protetor da ordem econômica.

3.1 Conceito de Economia Solidária

A economia solidária, a despeito de ter nascido no interior do capitalismo, contrapõe-se aos valores da economia de mercado e da economia centralizada.

Existe, na literatura, certa dificuldade em conceituar a economia solidária; alguns autores mesclam seu conceito com o da autogestão, do cooperativismo, da economia informal ou economia popular, que são possíveis modos de organizar a economia solidária. É possível citar a definição de economia solidária trazida por Luis Razeto na seguinte perspectiva:

> Uma formulação teórica de nível científico elaborada a partir e para dar conta de conjuntos significativos de experiências econômicas (...) que compartilham alguns traços constitutivos e essenciais de solidariedade, mutualismo, cooperação e autogestão comunitária, que definem uma racionalidade especial, diferente de outras racionalidades econômicas.[19]

Em sua maioria, os movimentos instituidores de economia solidária nasceram sob o impulso de uma dinâmica socioeconômica, fruto de crise econômica,[20] ou seja, as experiências solidárias são perseguidas por quem não encontra no mercado tradicional meios de suprir suas necessidades, e tais experiências têm como protagonistas os excluídos.

Alguns defendem a hipótese de não haver uma exclusão proposital por parte do mercado e nem mesmo do Estado (ante à falência de suas políticas públicas). A exclusão neste caso seria uma espécie de autoexclusão. Os "excluídos" teriam, portanto, uma visão negativa das instituições financeiras, por acreditarem que os serviços por elas prestados não condizem com sua posição econômico-social.

> *But passive discrimination may be one explanation: when a financial institution caters to the middle class, it may exclude the poor. Some slum dwellers in Chennai told me they felt uncomfortable entering a bank; they were awed by the better educated and better-dressed bank clerk.*[21]

Da passagem transcrita depreende-se um sentimento de que o sistema bancário, com seus custos, não estaria ao alcance daqueles limitados financeiramente. Considere o fato de os indivíduos de classe baixa preferirem tomar empréstimos de pessoas físicas, até mesmo de agiotas, sem mensurar que, nesses casos, os custos tornam-se mais elevados do que se o empréstimo fosse contraído em uma instituição financeira.

Diversas são as formas utilizadas com o fim de praticar a economia solidária. Dentre elas, podemos citar: as empresas autogestionárias, que são geridas pelos próprios trabalhadores no mesmo patamar de igualdade; as finanças solidárias, como um novo mecanismo de aquisição de créditos (tais como cooperativismo de crédito, organizações de microcrédito e microfinanças, fundos solidários, moedas sociais, bancos alternativos, sociedades de garantia); os clubes de trocas, onde as pessoas fazem escambos e utilizam uma moeda social válida apenas naquele local; as redes de colaboração solidária, das quais participam produtores e consumidores dispostos a fomentar a sua comunidade através do consumo local e produção responsável.

3.2 Economia Solidária no Brasil e no Mundo

Dificilmente se poderá identificar o surgimento da economia solidária no Brasil, uma vez que sua prática, em diversas ocasiões, é equiparada a terminologias, tais como, terceiro setor, economia social, economia informal, economia popular ou cooperativismo.

Oportuno é tentar, brevemente, relacionar tais termos a uma característica própria possível de diferenciação. O mais comum é confundir economia solidária com economia social; essa última seria a designação dada juridicamente a algumas organizações, tais como, cooperativas, mutualistas, fundações e associações. Quando essas expressões de economia social ganham força política de transformação com visível desenvolvimento econômico, surge a noção de economia solidária. Percebe-se que a economia solidária é uma forma de solidariedade mais atualizada e, porque não dizer, uma economia social regulada.

Identifica-se a economia popular, por sua vez, em um processo social, como, por exemplo, as organizações econômicas populares (OEP). Simplificando, em um dado

local, espontaneamente, unem-se a necessidade e as habilidades existentes, criando um ambiente econômico com as experiências populares em que, muitas vezes, há o apoio do Poder Público.

Em um plano mais restrito, encontra-se a economia informal, a qual é desenvolvida em uma base individual, não articulada com a sociedade local. São atividades econômicas pessoais informais visando o sustento familiar.

Por fim, o terceiro setor, herdeiro de uma tradição anglo-saxônica, mantém relação estrita com a prática filantrópica, sem fins lucrativos (*non-profit organizations*).

O certo é que na prática todas essas figuras apresentam características semelhantes, além de estar à margem do Estado e do mercado ou, em alguns casos, relacionarem-se a estes. Dessas práticas não se retira o mérito de serem, também, uma forma de alocação de recurso e distribuição de riqueza.

Tem-se, no governo brasileiro, todavia, vinculada ao Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), a Secretaria Nacional de Economia Solidária (Senaes), instituída em junho de 2003, com suas competências estabelecidas pelo Decreto n. 5063, de 8 de maio de 2004; diante disso, o movimento denominado economia solidária é considerado, ainda, uma nova faceta econômica.

Encontra-se, em processo de aprovação, o Projeto de Lei n. 93/2007, o qual visa a criação de um Conselho Nacional de Finanças Populares e Solidárias (Conafis), que será, caso seja aprovado, uma espécie de Conselho Monetário Nacional (CMN) dos Bancos Populares de Desenvolvimento Solidário (BPDS), controlando e regulando as redes de economia solidária e suas ações.

Seria, então, um sistema financeiro transversal direcionado ao segmento de finanças populares e solidárias, em outras palavras, o projeto de lei complementar tem como propósito a não submissão e controle ao e pelo Sistema Financeiro Nacional.

Movimentos tendentes a divulgar, regular, apoiar e instituir formas de economia solidária no Brasil e no mundo são facilmente encontrados, pode-se citar o Instituto Políticas Alternativas para o Cone Sul (Pacs),[22] a Rede Intercontinental de Promoção da Economia Social e Solidária (Ripess), e a Rede Brasileira de Socioeconomia Solidária (RBSES). No âmbito municipal criou-se na estrutura da Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SDE) uma célula de Economia Solidária (Fortaleza, 2009).

Em todo território nacional, cerca de 1.250.000 de pessoas são beneficiadas por iniciativas solidárias, e o Ceará é o segundo Estado com maior número de empreendimentos solidários no Brasil. A quantidade de envolvidos chega a 82.101 pessoas, segundo mapeamento realizado pela Superintendência Regional do Trabalho (Bonfim e Caminha, 2007).

De acordo com o pensamento de Paul Singer (2002), Secretário Nacional de Economia Solidária, esse modelo econômico é uma criação das contradições do capitalismo, "cuja lógica é oposta à do modo de produção dominante".

3.3 Moeda Solidária

Sobre a política adotada pelo sistema monetário, Strohalm (apud Burigo 2001) afirma que ela é baseada no artifício da carência crônica e epidêmica de dinheiro, visando proteger o seu valor dos riscos. Com efeito, a concentração de renda e a restrição do crédito proporcionam a expansão de formas alternativas de organização financeira, de modo que, em algumas práticas de economia solidária, foram criadas moedas sociais.

Antes de adentrar na difícil conceituação e citar as características da moeda social (ou solidária), é oportuno esclarecer que ela se encontra inserida em uma modalidade, e por que não dizer grupo, denominada de moeda paralela, mais especificamente no conceito de paramoeda que pode ser identificada como uma espécie transversal de moeda paralela.

As moedas consideradas paralelas são aquelas que substituem a moeda nacional em algum momento ou situação (até mesmo de forma generalizada, como, por exemplo, as moedas estrangeiras), uma vez que são unidades de cobrança e meios de pagamento diferentes das unidades de cobrança e dos meios de pagamento nacionais (Blanc, 1998). Ainda de acordo com Blanc, a categoria das paramoedas[23] é utilizada à margem da moeda nacional, portanto, ao invés de concorrer, complementa essa última, pois seu uso é limitado de alguma forma, como nos casos dos clubes de troca onde a utilização é restrita aos associados.

O maior questionamento sobre as referidas moedas paralelas é em quais condições serão emitidas, circularão e serão utilizadas, além da competência daquele (ente, pessoa jurídica) que exercerá tal controle. Independentemente de qual seja a moeda paralela, esta dependerá, de alguma forma ou sob algum aspecto, da moeda nacional e do Estado, no que tange ao estabelecido pela legislação, como trata a afirmação de Carvalho (1992), o que expressa o aspecto de subordinação da moeda paralela à moeda nacional: "Os agentes podem criar substitutos perfeitos para a moeda apenas na extensão em que a autoridade monetária estiver de acordo em garantir a sua retaguarda".

Ao se criar uma moeda local busca-se adaptá-la às circunstâncias e necessidades de um lugar específico, a ponto de ela ter finalidade diversa do pretendido pelo modelo capitalista, ou seja, essa moeda terá uma função social.

Por diversos motivos, grupos sociais optam pela criação de uma moeda local, buscando a sua adaptação às circunstâncias e necessidades do lugar. Com efeito, as políticas neoliberais, a sociedade de mercado e o aumento do desemprego são alguns dos motivos que impulsionam os movimentos para criação de moedas sociais. Em última instância, os grupos decidem criar uma "mola de escape" ao modelo capitalista, instituindo uma economia diversa para aumentar o volume e a circulação da moeda, elevando, assim, o poder de compra em lugares, que, via de regra, estão à margem da economia, e nos quais o dinheiro é uma instituição escassa e com pouca circulação.

Algumas experiências com moeda alternativa tiveram a inteligência de aplicara teoria da oxidação da moeda, por meio da qual as moedas eram estimuladas a circular sob pena de perder o seu valor com o passar do tempo, uma vez que a redução do seu valor era programada e isso desestimulava seu acúmulo.

A teoria da oxidação foi defendida fortemente pelo economista Silvio Gesell (apud Burigo, 2001); esse autor considerava a poupança um mal para a economia por desestimular a circulação monetária e gerar problemas como a recessão e a concentração de renda.

Adotaremos a definição de Soares a qual afirma que a inclusão social dos economicamente despossuídos não é o único objetivo da moeda social. Ela também visa a estimular valores sociais, evitando o acúmulo de capitais.

> A moeda social é uma forma de moeda paralela criada e administrada pelos seus próprios usuários, logo, tem sua emissão na esfera privada da economia. Ela não tem qualquer vínculo obrigatório com a moeda nacional e sua circulação é baseada na confiança mútua dos usuários, participantes de um grupo circunscrito por adesão voluntária.[24]

Qualquer definição sobre a moeda social não se distancia do aspecto contratual (convenção) encontrado nessa prática, entre os atores envolvidos, com o intuito de utilizar a moeda para atingir o consumo de bens e serviços, impenetráveis naquele determinado local.

Com efeito, a moeda social deverá circular dentro de certos limites, ou seja, entre um grupo limitado de usuários, como meio de circulação de bens e serviços, para o crescimento local, pois essa é uma atividade econômica provedora de bem-estar, e seu valor (lastro) será estipulado pela força do trabalho dos indivíduos que compõem o grupo.

Segundo Marusa Freire (2007),[25] a moeda social cumprirá sua função de complementar a moeda nacional ao "circular em círculos", ou seja, circular em contornos territoriais limitados e em grupos determinados (*closed loops*). Ela afirma, também, que muitos sistemas de moedas sociais falham nesse sentido, levando essa prática ao insucesso, a ponto de provocar efeitos monetários, necessitando da intervenção do banco central.

A incidência de juros ou intenção de lucros fere a essência da solidariedade proposta pela moeda, uma vez que isso impediria o desenvolvimento de uma economia solidária com lógica capitalista. Espínola Soriano[26] (2001) ratifica a impossibilidade de juros: "ao afirmarmos que a imposição de juros sobre o circulante é uma posição eminentemente política, com as moedas sociais e as trocas ela é descartada".

Esse tipo de moeda está à margem da emissão nacional, em outras palavras, é uma emissão privada (descentralizada), não havendo qualquer retaguarda, incluindo

a estatal, pois a confiança entre os participantes é o que move a economia. É diferente do que ocorre com a emissão de moedas paralelas emitidas pelas instituições financeiras, pertencentes ao Sistema Financeiro e amparadas pelo Estado.

Em todas as análises sobre a emissão e circulação de moedas sociais depara-se com o aspecto legal da prática, que desagua em um impasse, pois a maioria dos países, inclusive o Brasil, não possui qualquer disposição legal proibindo essa prática comunitária com meio de troca próprio.

No Brasil, há leis, inclusive a Constituição Federal de 1988, que determinam o monopólio estatal da moeda corrente, a obrigatoriedade de aceitação da moeda nacional para o pagamento de dívidas, taxas e impostos. Além disso, há leis que prevêem crimes por falsificação da moeda nacional, os quais já foram analisados neste artigo. Outro ponto a ser mencionado é a ausência de tributação sobre essas práticas econômicas.

Algumas declarações de Marusa Freire (2007) sobre moedas sociais merecem crítica, por deixarem transparecer uma fragilidade inaceitável do Banco Central do Brasil em face da existência de moedas sociais no País.

Afirma a Procuradora que "o Banco Central do Brasil está desenvolvendo um projeto para estudar e avaliar os principais aspectos teóricos e práticos relacionados com as experiências de moeda social no mundo", mais adiante declara que "o uso de moedas sociais não é fenômeno novo nos países da Europa e tem sido tolerado pelos bancos centrais sob o argumento de que promove o desenvolvimento das economias locais; apesar de implicar maiores custos e maiores riscos para os detentores da moeda social".

A função do Banco Central do Brasil é ser o guardião da moeda nacional, impedindo que outras surjam. É certo que, como os bancos centrais da Europa, o Bacen também tolera o surgimento de moedas paralelas não reguladas. Essa postura inerte vai de encontro ao que um Banco Central eficiente deveria proporcionar: o fortalecimento da moeda nacional.

4 O CASO DO CONJUNTO PALMEIRAS

O Conjunto Palmeiras, um bairro periférico da cidade de Fortaleza, Ceará, foi o primeiro a implementar um novo conceito de economia de maneira organizada. Com o início nos anos 1970, quando moradores de várias regiões da localidade foram desalojados em virtude de um plano de reordenamento urbano, buscou-se, para moradia, uma região afastada, ao sul de Fortaleza. Atualmente a população está estimada em cerca de 30 mil habitantes.

Com o objetivo de articular os moradores e buscar melhorias para o bairro, em 1981 foi criada a Associação dos Moradores do Conjunto Palmeiras (Asmoconp). Inicialmente, a prioridade nas reivindicações da comunidade baseava-se na infraestrutura, visando melhorar nas condições de habitação. Porém, mesmo com os avanços

obtidos, uma pesquisa realizada pela Asmoconp, em 1997, constatou que noventa por cento das famílias tinham renda familiar abaixo de dois salários mínimos, e que cerca de oitenta por cento da população economicamente ativa (PEA) encontrava-se desempregada (Silva Júnior, 2004).

4.1 Constituição do Banco Palmas

Diante de tal situação, era necessário buscar alternativas para geração de renda no Conjunto Palmeiras. Assim, a Asmoconp iniciou com um projeto em 1998 ao qual deu o nome de Banco Palmas. Para isso, foi de suma importância o investimento de 2 mil reais os quais foram provenientes, segundo os funcionários do banco, da cooperação técnica alemã GTZ,[27] que, dentre suas atribuições, contribui financeiramente a fundo perdido para a criação de novos instrumentos financeiros.

Inicialmente, a criação desse projeto comunitário tinha como objetivo fomentar a economia local através de microcrédito para produção e para o consumo local, sem consultas cadastrais, comprovação de renda ou outras restrições impostas pelas instituições convencionais; uma economia baseada somente na confiança e no conceito do cliente perante os demais moradores, uma medida da própria rede de trocas da economia solidária. Para tanto, criaram-se as linhas de microcrédito para incentivar a produção e, com a finalidade de elevar o consumo local, aventava-se a possibilidade de utilização de um cartão de crédito (Palmacard).

Percebe-se que, nesse início, ainda não tinha sido inserida a figura da moeda social; dessa forma os empréstimos e todos os serviços do Banco Palmas realizavam-se com a moeda nacional (real). Diante desse projeto de cunho econômico, a Asmoconp assumiu uma postura híbrida: ao mesmo tempo em que almejava ideais sociais e comunitários, ela procedia por meio de uma lógica essencialmente mercantil.

Silva Junior (2004) salienta que o Banco Palmas passou a não permitir certas liberdades aos moradores, limitando o acesso à moeda apenas àqueles que cumprissem os critérios formulados pela Asmoconp: ficar sócio da entidade eparticipar das últimas reuniões: "No Banco, os desejos a serem atendidos são individuais. O acesso à sala do Banco Palmas é permitido se for para tratar da solicitação de crédito – não na condição de sócio-morador-cidadão, mas como cliente que poderá não ter sua demanda atendida".

Como dissemos, na economia solidária pode haver uma moeda chamada de social. No Banco Palmas, ela recebeu a denominação palma, isso em 2002.

Entretanto, a introdução da moeda palma no bairro deu-se através da aplicação do Método Fomento, um dos métodos de promoção de desenvolvimento local integrado e sustentável do Movimento Monetário Mosaico (MoMoMo), que realiza uma espécie de "clonagem" de um valor monetário em moeda distinta.

Segundo Silva Junior (2004), na implementação desse método no Conjunto Palmeiras, que é pioneiro no mundo, foi utilizado o valor de R$ 51.302 mil, um

recurso financeiro doado pela Organização Intereclesiástica para a Cooperação ao Desenvolvimento (ICCO), visando a construção de um prédio para a Asmoconp. Essa quantia, conversão em moeda social, resultou em 102.604 unidades monetárias. Os valores em Reais foram destinados à concessão de crédito local e os valores em moeda social destinavam-se à realização de um projeto comunitário, ou seja, para o pagamento da mão de obra[28] e compra de materiais nos estabelecimentos locais.

A dinâmica seria a seguinte: os empréstimos concedidos em reais aos empreendedores locais deveriam ser devolvidos em moeda local palma, recebida dos trabalhadores do projeto ao qual se destinou o capital inicial. Na realidade, essa medida era para impulsionar a circulação da moeda social, uma vez que "obrigava" os trabalhadores e empreendedores a receberem essa moeda. Em função da "adesão forçada" (cerca de quarenta empreendimentos locais inicialmente), foi possível a aceitação das linhas de créditos em moeda palma e custear parte do pagamento da equipe de gestão da Asmoconp com a moeda do bairro.

Com efeito, para ser possível o crescimento da economia local, com circulação monetária e maior acesso a linhas de crédito, foi necessária a aquisição de mais recursos. Segundo Otaciana Barros, supervisora dos caixas do Banco Palmas, para conseguir recursos públicos, a saída foi criar uma Organização de Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), denominada Instituto Palmas, uma vez que o Banco Palmas como projeto da Asmoconp encontraria barreiras para a aquisição de recursos junto ao Poder Público. Conclui-se que o Instituto Palmas captaria recursos e o Banco Palmas realizaria os empréstimos.

Nesse sentido, há dois tipos de empréstimos do Banco Palmas, concedidos da seguinte forma: o empréstimo para consumo é destinado a moradores de Palmas, e têm um limite de P$ 100,00 (cem palmas), sem cobrança de juros; o empréstimo para produção é destinado aos empreendedores cadastrados, com um limite de R$ 5.000,00.[29] Para ter acesso ao crédito, é necessário ser associado ou ter participado das duas últimas reuniões; exige-se o preenchimento de um formulário no qual constam os dados do requerente, o valor e a que se destina o crédito. Com esses dados, um funcionário da Asmoconp verifica a possibilidade da concessão (Saddi, 2004).

Essas práticas comerciais implantadas no bairro, contudo, não foram suficientes para atender todos moradores e, para quebrar o que restava de desconfiança na comunidade, foi criado um cartão de crédito, o Palmacard, com limite de 200,00 palmas, que tem seguinte dinâmica: o consumidor utiliza o cartão em suas compras em locais previamente cadastrados e o pagamento das faturas do Palmacard é feito no Banco Palmas.

Há uma taxa de três por cento cobrada nessas relações de compra e venda através do Palmacard. Otaciana lembra que essa cobrança é para o caso de não pagamento das faturas. Mariana Amori, assessora administrativa do Banco Palmas, revelou que a taxa de três por cento é descontada do valor mensal das faturas dos comerciantes.

Silva Junior também assegura que essa taxa é cedida pelos comerciantes ao banco em relação às compras realizadas por meio do Palmacard, como taxa de administração.

Jaqueline Dutra, gerente financeira do Banco Palmas, afirmou que a área de abrangência da moeda palma já ultrapassa os limites territoriais do bairro, sendo amplamente aceita, inclusive, em bairros vizinhos. Isso é possível porque os comerciantes oferecem descontos quando o pagamento é realizado em palmas. No transporte alternativo, por exemplo, a passagem custa R$ 1,60 ou P$ 1,50 (uma palma e cinquenta centavos). É importante lembrar que o valor da palma é indexado ao real, ou seja, P$ 1 (uma palma) é igual a R$ 1 (um real). Os descontos são possíveis pelo fato de não haver nenhuma tributação sobre as operações realizadas com palma[30] e devido à cooperação dos comerciantes.

4.2 O Banco Central e a Asmoconp

Em duas oportunidades, o Banco Central requereu da Asmoconp esclarecimentos sobre as práticas financeiras lá evidenciadas pelo Banco Palmas. A primeira foi em 1998, quando o Banco Central entendeu que o fato do Banco Palmas captar, na época da fiscalização, recursos dos clientes como fundo remuneratório, era um tipo de poupança, uma vez que o banco não tem autorização para desenvolver essa atividade por não ser uma instituição financeira. (Silva Junior, 2004).

Outra intervenção ocorreu em 2003, quando o Bacen acionou o Ministério Público Federal para que o Banco Palmas prestasse esclarecimentos a respeito da emissão da moeda social (a emissão de moeda sem autorização é uma crime contra a União, pois cabe exclusivamente à União a prerrogativa de emitir moeda de curso forçado no país, salvo prévia autorização).[31]

A fiscalização restringiu-se ao depoimento dos diretores do banco na delegacia civil, pois, de posse do parecer da autoridade policial ressaltando o cunho social, o Ministério Público entendeu não ser crime a utilização do Método Fomento.

Na época dessa investigação, em 2003, o Método Fomento ainda estava em curso. Portanto, difícil era a caracterização de crime contra o Sistema Financeiro, já que, segundo parecer do Banco Central, a moeda nacional permanecia em circulação com o mesmo poder.

4.3 Análise Jurídica

Do ponto de vista jurídico, pode-se vislumbrar uma incompatibilidade entre a iniciativa da Associação, ao fomentar a economia local através da criação do Banco Palmas, do Palmacard, e da moeda social, e o ordenamento jurídico brasileiro. O chamado Banco Palma, na realidade, não é uma instituição financeira, não integra o Sistema Financeiro Nacional, e não possui nenhuma autorização jurídica para funcionar como banco. Aliás, por ser um projeto da associação dos moradores (Asmoconp), não há qualquer formalidade no que versa um possível registro em cartório ou junta comercial, bem como na

Receita Federal, na Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará (Sefaz) e na Secretaria de Finanças do Município (Sefin).

Seria inocência ou inteligência criar um empreendimento, funcionando como banco, sem qualquer registro ou fiscalização, em nome do crescimento social?

Independentemente da resposta, o fato é que tal prática não encontra abrigo na legislação; em contrapartida, a emissão de uma moeda solidária por um determinado grupo de indivíduos não está tipificada na Lei 7.492 de 1986 como conduta criminosa.

O direito penal dispõe sobre condutas socialmente relevantes. Isso que dizer que a ciência não antecede os acontecimentos sociais, eles precisam existir e macular de alguma forma a vida em sociedade para serem eleitos como comportamento socialmente relevante. Como dissemos, o direito penal econômico protege a ordem econômica e seu equilíbrio. Apesar de não existir tipificação penal sobre a emissão de moeda solidária, qualquer conduta social que tenha o potencial de exercer o papel exclusivo do Estado de emissão de moedas, gerando males à ordem econômica, deverá sofrer sanções.

A autoridade monetária, além de controlar a emissão da moeda oficial, fiscaliza a possível criação de moedas pelos bancos, como, por exemplo, as moedas escriturais. O cuidado com a quantidade de moeda no mercado busca evitar o seu excesso ou a sua carência. Caso haja um quadro de excesso de moeda (inflação), haverá uma elevação no poder aquisitivo e, em consequência, como os produtos serão insuficientes para a quantidade de moeda em circulação, eles terão seus preços aumentados; caso haja carência da moeda, os preços tendem a diminuir de preço, pois a quantidade de produtos será superior ao volume de moedas em circulação.

O controle do Estado sobre a moeda e demais meios de pagamento é realizada através de política monetária. Se bem gerenciada, a política monetária poderá alcançar os seus objetivos: controle da inflação, equilíbrio da balança de pagamentos, expansão econômica e pleno emprego.

A política monetária tem como desígnio promover a estabilidade do País, para isso é essencial que haja o controle monetário por meio dos instrumentos de redesconto (empréstimo do Banco Central aos bancos comerciais, quando estes apresentam problemas de liquidez); operação de mercado aberto (*open market*, visando a liquidez monetária, o Governo compra ou vende títulos públicos); e reservas compulsórias (parte dos recursos das instituições financeiras é repassada ao Banco Central).

A Lei 4.595/64, respaldada no art. 164 da Constituição Federal de 1988, atribui ao Banco Central a emissão de moedas oficiais. O Bacen é subordinado ao comando do Conselho Monetário Nacional que irá permitir e ditar a quantidade de numerário em circulação.

O descumprimento, pela iniciativa privada, da previsão de exclusividade do Bacen na emissão de moeda põe em risco a eficácia dos instrumentos de controle da economia empregados pelo Estado.

Qualquer iniciativa do Estado para tentar diminuir o meio circulante, e assim forçar uma retração do consumo, será ineficiente diante das inúmeras experiências privadas de emissão das moedas sociais, as quais poderão inflar o mercado.

As moedas sociais deverão ser produzidas, distribuídas e controladas pelos próprios usuários, pois elas não têm valor intrínseco, mas, sim, no trabalho dos usuários como lastro.

Ao analisar o caso de Palmas, vê-se uma descaracterização, visto que a palma tem lastro em real, sendo ela dotada de valor intrínseco, desclassificando como moeda social, e atuando em concorrência com o real, pois para cada palma em circulação é necessário que haja um real correspondente sob a custódia do emissor.

Outro fator que comprova a concorrência da palma com a moeda oficial é o exemplo do transporte alternativo se tornar mais barato, uma vez que não há tributação, como dissemos anteriormente. Na lógica econômica, os moradores do bairro são tendenciosos a se tornarem usuários pela conveniência econômica e não pela lógica solidária. Como não há controle, não há tributação e, por isso, a moeda palma concorre com a moeda nacional.

A estrutura criada pela Asmoconp excede o conceito de simples rede de trocas da economia solidária. A moeda palma cumpre a função de unidade de medida, reserva de valor e meio liberatório. Dessa forma, o Banco Palmas, ao emitir essa moeda, está contrariando a política monetária, o poder exclusivo da União de emitir moeda, além de inflar o mercado, uma vez que cabe à autoridade monetária contrair ou expandir o volume da moeda na economia.

No art. 17 da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, a definição e competências das instituições financeiras é:

> Consideram-se instituições financeiras, para efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

O Banco Palmas, na verdade, não é uma instituição financeira, pois não pertence ao Sistema Financeiro Nacional, nasceu de um projeto da Asmoconp, contudo, ele funciona como tal, mesmo sem possuir autorização para funcionar como banco. A intenção de funcionar como uma instituição financeira, sem submeter-se ao controle estatal e legislativo, comprova-se nas seguintes afirmações do Sr. Joaquim Melo, coordenador do Banco Palmas:

> Você imagina o que é um banco aberto com a mídia fantástica em cima e a gente completamente liso! Sem nenhum centavo! Era uma coisa, era uma

> barra pesada muito grande: a incerteza se o negócio vai dar certo e se o pessoal vai pagar.
> (...)
> Então, nós estávamos acostumados com o social, com as lutas sociais. Pra passar disso prum [sic] banco é uma coisa totalmente diferente, porque você muda do social para o econômico.[32]

Nem mesmo as instituições financeiras podem criar e emitir moedas sem autorização, como ocorre no Banco Palmas. Este, além de funcionar como instituição financeira, interfere na política monetária, assumindo o papel do próprio Banco Central.

5 CONCLUSÃO

Os problemas encontrados na prática com moedas sociais poderiam ser superados caso houvesse regulação e fiscalização. Com a propagação dessas experiências monetárias – como ocorreu no Conjunto Palmeiras, onde a moeda social circula e se reproduz sem qualquer controle ou limite – teríamos inúmeros pequenos centros autônomos emissores de moedas distintas em seus valores, formas e regras.

O poder público mantém uma postura omissa em relação a esse tipo de atividade econômica, talvez porque, mesmo caracterizando um ilícito civil, a emissão de moedas sociais eleva o poder de compra dos usuários.

Não se tem qualquer garantia no que tange à eficácia dessa experiência com moeda social. E mais, já se passaram mais de cinco anos após a fiscalização do Banco Central: tal prática, originalmente de cunho social, pode estar, atualmente, funcionando apenas em função de objetivos econômicos e sem autorização.

Não se pode negar que as experiências de economia solidária, inclusive a gerida pela Asmoconp, estão inseridas no sistema capitalista neoliberal, e, portanto, dificilmente elas estariam protegidas dos valores capitalistas. Não são uma forma econômica alternativa que fique a salvo deste sistema econômico.

Como afirmou Marusa Freire (2007), o sistema de moeda social deverá obedecer um curso normal, qual seja: formar um círculo fechado. Dessa forma, caso ultrapasse os limites daquele grupo, a moeda social provocará efeitos monetários. O que dizer em relação a alguns transportes públicos que aceitam a moeda palma? Como o trajeto do transporte público não se limita ao bairro, a moeda social está chegando a lugares e a pessoas não mensuradas.

Pode-se entender que há um desacordo entre a iniciativa da Asmoconp e a legislação constitucional vigente, podendo-se, inclusive, vislumbrar crime contra o Sistema Financeiro Nacional, já que a prerrogativa de emitir moeda é de exclusividade total do Banco Central do Brasil.

Em outras palavras, o que está ocorrendo no Conjunto Palmeiras usurpa uma das prerrogativas atribuídas, por lei, do Banco Central do Brasil, qual seja a emissão de moedas privadas, ditas solidárias.

Como prova disso, algumas afirmações do Sr. Joaquim Melo, indicadas no capítulo anterior, deixam transparecer que o projeto pretende que o Banco Palmas funcione como um banco comercial com foco meramente mercantil.

Não se pode olvidar a taxa de administração de três por cento, descontada pelo Banco Palmas do valor das compras realizadas pelos consumidores por meio do Palmacard. Sem dúvida, isso não poderia ocorrer em uma economia solidária, de cunho social, onde todos são voluntários.

É necessário que o Poder Público tenha uma posição frente à emissão de moedas sociais, seja para regular ou para proibir, antes mesmo de se tornar uma situação incontrolável, que porá em risco a ordem econômica.

: ARTIGO APROVADO (20/12/2010) : *RECEBIDO EM 04/05/2010*

NOTAS

***** *Este artigo é resultado de uma pesquisa que teve apoio da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (Funcap).*

1 O termo moeda deriva do latim *moneta* (lugar onde se cunhavam moedas em Roma, no Templo Juno Moneta).

2 O conceito de moeda que norteou nossa pesquisa é o que nos trás Ronald Hillbrecht: "Moeda é tudo aquilo que as pessoas aceitam como pagamento por bens e serviços e como pagamento de dívidas" (1999, p.17).

3 Teoria econômica da Idade Moderna.

4 A Espanha foi um dos países fortemente influenciados pelo metalismo.

5 A expressão "nominalismo" tornou-se conhecida pelo autor Georg Friedrich Knapp (1842–1926) em sua obra *Staatliche Theorie des Geldes* [Teoria estatal da moeda] publicada em 1905, na Alemanha.

6 Menger apud Soares, 2006, p. 52, 54.

7 Knapp apud Wray, 2003, p. 45.

8 Ao analisar essas teorias verifica-se uma imprecisão sobre o que vem a ser dinheiro e moeda, de modo que os autores utilizaram, em alguns momentos, as nomenclaturas como se fosse a mesma coisa. O importante é esclarecer que moeda é qualquer bem utilizado para viabilizar as trocas (comércio), ao passo que dinheiro é a moeda instituída pelo Estado por força de lei.

9 Luiz Alberto Araújo e Nunes Júnior, 1999, p. 348.

10 Consideradas as caixas econômicas; bancos comerciais; bancos múltiplos; bancos de desenvolvimento; bancos de investimento; sociedades de crédito, financiamento e investimento; sociedades corretoras de câmbio e de títulos e valores mobiliários; sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários; sociedade de crédito imobiliário; sociedades de arrendamento mercantil; e cooperativas de crédito, todas dependerão de autorização prévia do Banco Central do Brasil (Instrução Normativa n. 32/91 do DNRC e Leis 4.595/64, 4.728/65 e 5.764/71).

11 Eros Grau, 2005, p. 205.

12 Encontra-se disposto no art. 10 da Lei 4.595/64, a qual instituiu o Conselho Monetário Nacional (CMN), ser competência do Banco Central autorizar o funcionamento das instituições financeiras. "Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil: X – Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam: a) Funcionar no País".

13 Segundo a classificação os atuantes do subsistema normativos são: Conselho Monetário Nacional, Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Monetários, Banco do Brasil, Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico. No caso do subsistema operativo, este é composto de bancos múltiplos; bancos comerciais; caixas econômicas; bancos de investimento; bancos e companhias de desenvolvimento; financeiras; sociedades de créditos imobiliários; bolsas de valores; sociedades corretoras; agentes autônomos de investimentos; companhias de seguros; *leasing*; *factoring* e consórcios.

14 O mercado financeiro pode ser dividido em quatro grupos: Mercado Monetário, Mercado de Crédito, Mercado de Capitais e Mercado Cambial (Hillbrecht,1999, p. 22).

15 Knut Amelung apud Luisi, 1998, p. 104.

16 Winfred Hassemer apud Luisi, 1998, p. 105.

17 São os artigos 172; 175; 177, bem como os artigos 272, 273, 274 e 279.

18 Lei 11.101/2005; Lei 4.728/1965; Decreto-Lei n. 73; Lei 4.595/1964; Lei 1.521/1951; Lei 4.729/1965, revogada tacitamente pela lei 8.137/1990; Lei 4.591/1964; Lei 7.492/1986; Lei 8.078/1990; Lei 9.279/1996; Lei 8.176/1991; Lei 9.609/1998; Lei 9.613/1998; Lei 10.028/2000.

19 Luis Razeto, 1993, p. 40.

20 Lévesque, Malo e Girard apud Lechat, 2005.

21 Rajan, 2006, v. 43, n. 1.

22 Organização sem fins lucrativos dedicada ao desenvolvimento solidário, com sede no Rio de Janeiro e fundada em 1986.

23 Apenas para melhor compreensão, vales transporte, *tickets* refeição, milhagens de companhias aéreas, dentre outros, são exemplos de paramoedas.

24 Soares, 2006, p. 135.

25 Coordenadora-geral do Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral do Banco Central.

26 Ruth Espínola Soriano é economista do Pacs, diretora do Instituto de Economistas do Rio de Janeiro e integra a atual coordenação da Rede de Trocas do Rio de Janeiro.

27 Jeová Torres (2004) afirma que o capital inicial para a constituição do Banco foi doação da ONG Cearah Periferia.

28 Apenas vinte por cento do pagamento dos trabalhadores eram feitos em real, o restante era feito em moeda social. Segundo a legislação trabalhista, pelo menos trinta por cento do salário deve ser pago em dinheiro (art. 82 da CLT).

29 Esse empréstimo é realizado com uma parceria com o Banco Popular e os juros variam de dois a quatro por cento (essa informação foi obtida em entrevista com Mariana Amori, realizada no dia 17/09/2007, na sede da Asmoconp).

30 Não faremos uma análise de natureza tributária das operações efetuadas em Palmas, pois isso foge do escopo deste artigo.

31 Não foi possível ter acesso aos documentos da fiscalização.

32 XXXX apud Silva Junior, 2004, p. 50, 71.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORI, Mariana. Entrevista realizada em set. 2007, por M. Figueiredo, na Asmoconp, Fortaleza, para a pesquisa Atividade Financeira e Moeda: Análise da experiência do Conjunto Palmeiras.

ANDREZO, Andrea Fernandes; SIQUEIRA LIMA, Iran. *Mercado financeiro – Aspectos históricos e conceituais*. São Paulo: Fipecapi/USP, 1999.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

AVELAS NUNES, Antonio. A filosofia social de Adam Smith. *Prim@ facie: Revista da Pós-Graduação em Ciências Jurídicas*, Universidad de La Rioja, v. 4, n. 6, p. 5-41, 2005. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/>. Acesso em: 2 jan. 2009.

BARROS, Otaciana. Entrevista realizada em set. 2007, por M. Figueiredo, na Asmoconp, Fortaleza, para a pesquisa: Atividade Financeira e Moeda: Análise da experiência do Conjunto Palmeiras.

BLANC, Jérôme. Las monedas paralelas: evaluación y teorias del fenômeno, 1998. Disponível em: <http://money.socioeco.org>. Acesso em: 23 ago. 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONFIM, Cristiane; CAMINHA, Suelem. Ceará é o segundo em economia solidária. *Diário do Nordeste Online*, Fortaleza, 3 mai. 2007. Disponível em: <http://diariodonordeste.globo.com/materia.asp?codigo=429568>. Acesso em: 9 nov. 2008.

BURIGO, Fábio Luiz. Moeda social e a circulação das riquezas na economia solidária. Florianópolis, SC, fev. 2001. Disponível em: <http://www.ifil.org/rcs/biblioteca/burigo.htm>. Acesso em: 21 nov. 2008.

CAMARGO, Sabino Lamego de. Fundamentalidade. Disponível em: http://www.scamargo.adv.br/scripts/forum/frMensagemAntigo.asp?Tema=Moeda+-+Valor+Nominal+e+M%EDnimo+Existencial&IDTOPICO=40&msg=Fundamentalidade&ID=71.

CAMINHA, Uinie, Correspondentes bancários no direito brasileiro: Conceito e Disciplina. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, SP, n. 137, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO, Fernando. J. C. Moeda, produção e acumulação. In: SILVA, M. Luiza F. (Org.) *Moeda e produção: teorias comparadas*. Brasília: Edunb, 1992.

CASTRO, Raphael Vally de. A dimensão jurídica dos instrumentos monetários e seus reflexos no sistema financeiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

DE CHIARA, José Tadeu. Moeda e ordem jurídica. Tese de Doutoramento. Faculdade de Direito na Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986.

DI RUFFIA, Paulo Biscaretti. *Direito constitucional: instituições de direito público*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984.

DUTRA, Jaqueline: Depoimento feito em jul. 2006, obtido por F. Matos, na Asmoconp, Fortaleza, para a pesquisa: Atividade Financeira e Moeda: observações iniciais sobre a experiência do Conjunto Palmeiras.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.

FORTALEZA discutirá criação de lei específica para Economia Popular e Solidária. Adital, Fortaleza, 9 mai. 2009. Disponível em: <http://www.adital.com.br/site/noticia.asp?lang=PT&cod=38602>. Acesso em: 13 mai. 2009.

FREIRE, Marusa. MOEDAS SOCIAIS: O que são, como funcionam e por que podem ser consideradas instrumentos de desenvolvimento local. VI SEMINÁRIO NACIONAL DE MICROFINANÇAS. Porto Alegre, 15 jun. 2007. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/microFinancas/arquivos/horario_arquivos/apres_62.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2008.
_____. Moeda Social: Potencialidades. Caderno Opinião. *Correio Braziliense*, 26 fev. 2007
GERMER, Claus M. O conceito de "padrão-ouro" e os equívocos da economia política. III ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA POLÍTICA, NITERÓI-RJ, 1998. Disponível em: <http://www.iwgvt.org/files/9-germer.rtf>. Acesso em: 30 abr. 2009.
GARCIA JUNIOR, Armando Alvares. *Contratos indexados no direito brasileiro e variação cambial*. São Paulo: Aduaneiras, 2000.
GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
_____. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
HILLBRECHT, Ronald. *Economia monetária*. São Paulo: Ed. Atlas, 1999.
JANSEN, Letácio. Texto do Sabino sobre valor nominal. Disponível em: <http://www.scamargo.adv.br/scripts/forum/frMensagemAntigo.asp?Tema=Moeda+%2D+Valor+Nominal+e+M%EDnimo+Existencial&msg=Fundamentalidade&IdTopico= 40&id=70>. Acesso em: 15 mar. 2008.
LECHAT, Noëlle Marie Paule. As raízes históricas da economia solidária e seu aparecimento no Brasil. Leituras cotidianas n. 152, 16 mar. 2005. Disponível em: <http://br.geocities.com/mcrost07/20050316a_as_raizes_historicas_da_economia_solidaria_e_seu_aparecimento_no_brasil.htm>. Acesso em: 3 jul. 2008.
LUISI Luiz. Bens constitucionais e criminalização. Revista CEJ, v. 2, n. 4, jan./abr. 1998.
MARINHO, Henrique. *Economia monetária: Teorias e a experiência brasileira*. Rio de Janeiro: Ciência Moderna, 2007.
PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: RT, 1973.
RAJAN, Raghuram. Separate and Unequal**.** Disponível em: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2006/03/straight.htm>. Acesso em: 13 mar. 2009.
RATTI, Bruno. *Comércio internacional e câmbio*. 11. ed. São Paulo: Lex Editora, 2006.
RAZETO, L. Economia de Solidariedade e organização popular. In: GADOTTI, M. e GUTIERREZ F. (Orgs.) *Educação comunitária e economia popular*. São Paulo: Cortez, 1993, p. 34-58.
SADDI, Jairo S. *O poder e o cofre: repensando o Banco Central*. São Paulo: Textonovo, 1997.
SILVA JÚNIOR, Jeová Torres. Gestão, fato associativo & economia solidária: a experiência da Asmoconp/Banco Palmas. 2004. Dissertação (Mestrado em Administração). Escola de Administração, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2004.
SINGER, Paul. *Introdução à economia solidária*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.
SOARES, Cláudia Lúcia Bisaggio. Moeda social: uma análise interdisciplinar de suas potencialidades no Brasil contemporâneo. 2006. Tese (Doutorado em Ciências Humanas). Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Santa Cataria, Florianópolis, 2006.
SORIANO, Ruth Espíndola. Rede de trocas solidárias e a socioeconomia solidária. Disponível em: <http://www.pacs.org.br/artigospublicacao/rededetrocas%20port.rtf>. Acesso em: 17 nov. 2007.
STANFORD, Jon D. *Moeda, bancos e atividade econômica*. São Paulo: Atlas, 1976.
WRAY, L. Randall. *Trabalho e moeda hoje*. Rio de Janeiro: EDUFRJ/Contraponto, 2003.
VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Bancos centrais no direito comparado: o Sistema Financeiro Nacional e o Banco Central do Brasil (O regime vigente e as propostas de reformulação)*. São Paulo: Malheiros, 2004.

Uinie Caminha

Av. Washington Soares, 1321
Edson Queiroz – 60811-905
Fortaleza – CE – Brasil
ucaminha@unifor.br

Doutora em direito pela Universidade de São Paulo (USP)
Professora Adjunta da Universidade de Fortaleza (Unifor) e da Universidade Federal do Ceará (UFC)

Monique Figueiredo

Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza
Bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FUNCAP

Av. Washington Soares, 1321
Edson Queiroz – 60811–905
Fortaleza – CE – Brasil
monique_shal@hotmail.com

FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: UMA NOVA CATEGORIA DE DIREITO ADMINISTRATIVO?

Sérgio Guerra

RULEMAKING FUNCTION OF REGULATORY AGENCIES: A NEW TYPE OF ADMINISTRATIVE LAW?

RESUMO

A realidade econômica e tecnológica não pode ser explicitada completamente em normas; elas dependem, basicamente, da realidade social e econômica do momento. Devem ser levadas em consideração tanto as razões passadas quanto os efeitos prospectivos. Além dessas considerações, há inúmeros termos técnicos empregados nas normas de cunho econômico, muitos deles com grande indeterminação, e, por isso, necessitam de certa margem de apreciação diante do caso concreto. Registre-se ainda a necessidade de periódicas reformas regulatórias, notadamente em atividades econômicas que abrangem oscilações de mercado e muitos componentes tecnológicos Este artigo examina essas questões sob o ponto de vista dogmático da competência das Agências Reguladoras para a edição de normas que contemplem nova fase do direito administrativo.

PALAVRAS-CHAVE

Direito público, Direito administrativo, Organização administrativa brasileira, Agências reguladoras, Funções normativas

ABSTRACT

The technological and economic reality can not be explained entirely in standards; are basically dependent on the social and economic reality of the moment. Should be taken into account both the past and the reasons prospective effect. Beyond these considerations, there are many technical terms used in the standards of economic nature, many with great vagueness, and that, therefore, require some discretion on the case. Join the need for periodic regulatory reforms, notably in economic activities which include market fluctuations and many technological components This article examines these issues from the dogmatic point of view of the competence of regulatory agencies to issue regulations rules that address new phase of administrative law.

KEYWORDS

Public law, Administrative law, Brazilian administrative organization, Regulatory commissions, Rulemaking function

INTRODUÇÃO

O legislador, ao atribuir ao Poder Executivo tarefas públicas, está legitimado para conferir a esse poder – e, de fato, o confere com toda normalidade – um âmbito de responsabilidade própria, sobretudo na avaliação de questões técnicas, na ponderação de interesses contraditórios e na apreciação das evoluções futuras.* As modificações na prestação dos serviços públicos se realizam em conformidade com a

dinâmica da competência mercadológica. O Estado, dessa forma, tem de ponderar sua capacidade de resposta com o objetivo de alcançar os fins impostos pelo interesse público. [1]

Assim, é plausível sustentar que a evolução das escolhas administrativas caminha para uma nova fase nos tempos atuais, que não nega a necessidade de se ampliar a atuação estatal executiva. Se, de um lado, o poder de decisão das questões de natureza política primária compete ao Poder Legislativo na edição de normas jurídicas, por outro é indisputável que a lei não consegue disciplinar o direito nos detalhes que a solução dos problemas cotidianos exige.[2] Por isso, há necessidade de que o Poder Executivo tenha, em muitas situações, de atuar sem uma conduta totalmente predeterminada por uma regra legal, sempre, porém, balizado por certos limites jurídicos.

Nesse contexto, a doutrina publicista, desde remota data, trilha o caminho do *poder regulamentar* para a consecução de tal desiderato, fundamentando, nessa linha de pensamento, a impossibilidade da simples aplicação mecânica da lei pelo administrador público, sem qualquer inovação.

Um dos debates travados no campo doutrinário e pretoriano refere-se à função normativa exercida pelas entidades reguladoras independentes, notadamente, as Agências reguladoras de serviços públicos e atividades econômicas. Parece não haver dúvidas quanto à juridicidade de entidades reguladoras exercerem uma função normativa secundária, desde que observadas as normas hierarquicamente superiores, a exemplo de diversas outras autarquias, especiais ou não.

Compreende-se essa função normativa como não sendo primária, e sim secundária, haja vista que, entre nós, a função normativa primária é precípua do Poder Legislativo, sendo exercida de forma extravagante pelo Poder Executivo, seja por meio de medidas provisórias ou delegação legislativa[3] – casos em que não se enquadra a função normativa ora em comento.

A questão, em si, é saber em qual categoria de direito administrativo essas normas regulatórias se enquadram.

Objetivamente, em nossa doutrina administrativista, tanto os que defendem a função normativa de entidades independentes do Poder Executivo Central, como, por exemplo, as agências reguladoras,[4] quanto os que são contrários,[5] conduzem o tema para esse campo de questões.

São várias as denominações utilizadas para categorizar a função normativa do Poder Executivo. Eis algumas delas: (1) regulamento decorrente de delegação inominada; (2) regulamento autônomo; (3) deslegalização; (4) regulamento delegado ou autorizado;[6] (5) capacidade normativa de conjuntura;[7] (6) remissões normativas;[8] e até mesmo (7) discricionariedade técnica.

Seja qual for a nomenclatura adotada, além da modalidade tradicional da regulamentação secundária, existem aquelas tipicamente regulatórias. De fato, as entidades

reguladoras editam normas que, indiscutivelmente, afetam direitos e obrigações dos cidadãos. Exemplo dessas normas é a Resolução n. 460, de 19 de março de 2007, da Anatel, que criou o instituto da portabilidade de números de celulares. Não está expressamente em lei; contudo, foi editada e está sendo cumprida por todos. É relevante para a competição entre as operadoras e que beneficia o cidadão: o chamado "equilíbrio sistêmico".

Como se vê, é extremamente difícil submeter uma norma dessa categoria a uma ordem hierárquica definida no modelo tradicional.

Há noções próprias do direito econômico (que afetam a sociedade e, por isso, despontam o direito administrativo econômico) que o Direito não conhecia até então. "Por exemplo de actos que, para satisfazer à necessidade de maior maleabilidade da matéria económica, são, ao mesmo tempo, menos imperativos, menos estáveis e menos precisos que os actos administrativos habituais".[9]

Nesse contexto, destaca-se a importância de compreender a escolha regulatória como sendo uma nova categoria das escolhas administrativas. Na regulação de atividades econômicas pelo Estado, a estrutura estatal necessária para equilibrar os subsistemas regulados, ajustando as falhas do mercado, ponderando-se diversos interesses ambivalentes, não se enquadra no modelo positivista clássico e moderno,[10] haja vista sua patente singularidade.[11]

Ademais, a regulação setorial descentralizada tem mais condições de enfrentar os desafios da "reflexividade da vida social" que consiste no fato de que as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz de informação renovada sobre essas próprias práticas, alterando, dessa forma, seu caráter constitutivamente.[12]

Nesse contexto, Floriano Azevedo Marques Neto anota que a atividade regulatória é espécie do gênero atividade administrativa; contudo, trata-se de uma espécie bastante peculiar. É na moderna atividade regulatória estatal que melhor se manifesta o novo paradigma de direito administrativo, de caráter menos autoritário e mais consensual, aberto à interlocução com a sociedade e permeado pela participação do administrado.[13]

Ainda que se cogite a existência de diversos graus de vinculação do regulador público às regras legais, parece ser indisputável que, dada a tecnicidade encontrada em ambientes sistêmicos (aviação civil, telecomunicações, sistema financeiro, etc.), passa a ser missão do ente regulador encontrar, na autorreferência do sistema, uma solução de concordância prática entre as normas legais, em tese aplicáveis, e os efeitos prospectivos visando o equilíbrio e a sobrevivência do sistema.

Sabe-se que no Brasil ainda temos dificuldade em fugir dos reducionismos do pensamento catalogador, baseado na hierarquia normativa e simplificado sob a forma piramidal.

A Constituição Federal está no grau mais elevado da hierarquia, à qual todas as demais normas devem-se adaptar. Em ordem decrescente, têm-se as leis complementares,

as leis ordinárias, os decretos e os demais regulamentos e atos normativos inferiores. Nestes incluem-se as instruções, portarias e resoluções.

Na estrutura do princípio tripartite da separação de poderes, se três são, conceitualmente, as funções de Estado, uno e indivisível,[14] na prática, é o Poder que deve ser exercido não apenas para aplicar a lei como também para concretizar, de um modo geral, os valores e princípios políticos compartilhados na sociedade.

Então, aplica-se e realiza-se o Direito mais que a lei propriamente dita. Nesse sentido, caberia à lei, como diretriz geral que contempla e procura acolher essa ordem de valores e princípios políticos, definir os parâmetros normativos e as estradas jurídicas a serem perfilhadas, e não detalhar e tecer minúcias quanto ao modo de trilhar tais caminhos e, ao administrador público, a instrumentalização da lei.

São esses aspectos que serão tratados no presente artigo, examinando-se as três categorias mais adotadas pela doutrina e pela jurisprudência para justificar ou contestar as normas editadas pelo Poder Executivo. A partir dessas reflexões, concluir-se-á pela ampliação da atual ordem hierárquica da clássica pirâmide normativa.

1 A TESE DA DELEGAÇÃO NORMATIVA

Diante da complexidade e a tecnicidade que notabilizam as sociedades contemporâneas, foi sendo reconhecida com o tempo, ou ao menos consentida tacitamente – de um modo ou de outro, ainda que contrariamente ao previsto na letra da Constituição Federal – alguma forma de delegação normativa do Legislativo a órgãos do Poder Executivo.

A crescente complexificação das matérias e a impossibilidade de o parlamento dar resposta pronta e conveniente a todas as exigências de um modelo de Estado de bem-estar conduziram a uma progressiva assunção de poderes normativos por parte do executivo, incluindo a permanente feitura de atos, com força de lei, cuja prática pelo executivo a Constituição configurava como tendo uma natureza excepcional, podendo falar-se, num primeiro momento, em tentativa de fraude à Constituição e hoje, atendendo à reiterada prática e à ausência de qualquer sancionamento judicial, será possível defender-se a formação de um costume constitucional *contra constitutionem*.[15]

Esse movimento parte da ideia de que devem existir normas expedidas pelo Poder Executivo para fazer face à necessidade de suprir, de modo célere e adequado, as lacunas que frustram, por ausência normativa, a consecução de interesses dos cidadãos.

Veja-se o pensamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto[16] sobre a transição daquela fase racionalista que propugnava uma legalidade ortodoxa e totalmente avessa a qualquer tipo de delegação normativa para inaugurar, nas sociedades pluralistas e de massa, a fase de uma legalidade temperada, em que se admitia o instituto da delegação normativa, nos seguintes termos:

> Este princípio de reserva legal, que se constitui numa garantia individual fundamental, tem sido, por longa tradição, adotado nos ordenamentos constitucionais, ditando uma interpretação restritiva do princípio da separação de poderes, que assim prevaleceu durante um longo período de amadurecimento do Direito Público, passando por duas fases: a primeira, de absoluta inaceitação e, depois, da aceitação limitada da delegabilidade da função normativa [...] A lei, como conceito iluminista-racionalista, como produto do Estado formalmente manifestado pelos órgãos legislativos constitucionais, parece ter atingido seu zênite como instrumento regrador de condutas sociais. Com efeito, o pluralismo, ao multiplicar os centros de poder na sociedade, tornando-a policrática, fez despontar novas fontes normativas autônomas e semiautônomas que atuam com vantagem como sucedânea da norma legal. Por outro lado, a omnímoda submissão da sociedade a uma excessiva padronização e detalhamento de comportamentos por via legislativa, a pretexto de racionalizá-los e de impor critérios tidos como superiores, acaba paradoxalmente desservindo à ordem jurídica, não só por banalizá-la, como pelo desgaste que causa a babel provocada pelo incontrolável chorrilho legiferante a que se dedicam legisladores federais, estaduais e municipais de milhares de casas legislativas.

Nessa linha de considerações, surgiu em alguns países[17] a teoria da "delegação legislativa" para a edição de normas pelo Poder Executivo.

O argumento utilizado é o de que o instituto revelava-se uma necessidade do Estado Moderno, um expediente atenuador e de cooperação entre os Poderes Legislativo e Executivo, sempre reservada a via do Judiciário para discutir a juridicidade de todo e qualquer ato normativo.

Delegação legislativa, no sentido ora focalizado,[18] é a transferência da função normativa atribuída originária e constitucionalmente ao Poder Legislativo a órgãos ou agentes especializados do próprio Legislativo ou integrantes dos demais Poderes do Estado. Seria assim o repasse da competência constitucional para a edição de normas jurídicas por meio da desconcentração de competência institucional do Estado (a competência legiferante), isso em virtude da pletora de atribuições assumidas pelo Poder Executivo que reduziu por toda parte a suficiência do Poder Legislativo para regrar juridicamente a miríade de aspectos e complexidades das dinâmicas relações sociais.

De fato, para que a delegação normativa possa coadunar-se com os parâmetros da juridicidade, é imperioso que estejam presentes os seguintes requisitos: (1) previsão na Constituição ou na lei formal; (2) ato expresso de delegação da competência normativa; (3) transferência da função legiferante ordinária ou a órgão, ou a agente

de outro Poder do Estado; (4) limitações fixadas pelo Poder delegante; (5) possibilidade de revogação e indelegabilidade da delegação; (6) preservação da idêntica competência delegada pelo Poder delegante; (7) controle político do órgão delegante sobre a legislação delegada; (8) controle jurisdicional sobre a observância pela autoridade delegada das condições e limites estabelecidos pelo Poder Legislativo no ato da delegação.[19]

Duas são as espécies de delegação: a *nominada*, que decorre do texto constitucional de 1988 (art. 68), e a *inominada*, que advém de norma abertura ou interpretação sistemática de dispositivos da Constituição Federal ou do ordenamento infraconstitucional. A polêmica que envolve o tema se limita à segunda espécie – a delegação inominada – pois a primeira, como dito, tem tratamento constitucional expresso. A delegação inominada compreende as variadas experiências de atribuição de função normativa sem a previsão constitucional expressa, e que, costumeiramente, se perfazem no curso da estruturação de determinado órgão ou entidade da administração direta ou indireta. Esses entes recebem, para além de suas funções tipicamente executivas, competência materialmente normativa para disciplinar, na mais das vezes, por via de resolução ou instrução normativa, o setor ou a atividade abrangida pelo serviço público assim descentralizado. Tais delegações decorrem ou devem decorrer de uma outorga legal, e desde que se atenham e sejam exercidas nos limites dos poderes que foram transferidos (*intra legem*), são compatíveis com a ordem jurídica, isto é, não são atentatórias do Direito, antes, como já mencionado, decorrem até de uma exigência das necessidades cotidianas.[20]

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 não foi positivada, expressamente, a indelegabilidade normativa. A matéria constou do art. 25 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias[21] para revogar as delegações anteriormente outorgadas no prazo de 180 dias, renováveis.

Com esse artigo, teriam sido revogados todos os dispositivos legais que atribuíssem ou delegassem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange à ação normativa? Além disso, a questão, a saber, envolve uma segunda indagação: com a nova Carta Política, estaria definitivamente sepultada qualquer possibilidade de delegação legislativa inominada (a que não se dê por meio de lei delegada constante do art. 68 da CF)?

Na prática, nem a primeira, nem a segunda pergunta podem ser respondidas afirmativamente.

Estão aí, para comprovar essa assertiva, as inúmeras normas (Resoluções, Portarias, etc.) expedidas por Conselhos, Institutos, Fundações, a exemplo do Conselho Nacional de Meio Ambiente (Conama), Conselho Nacional de Trânsito (Contran), Receita Federal do Brasil, Conselho Monetário Nacional (CMN), dentre outros.

Ademais disso, vale conferir o debate ocorrido no julgamento do Recurso Extraordinário n. 286.963-5, Minas Gerais, em que foi relator o ministro Sepúlveda

Pertence. Nesse aresto, houve um prolongado debate sobre a validade da Lei n. 4595/64 na parte em que outorga poderes ao Conselho Monetário Nacional para dispor sobre as taxas de juros bancários por meio de normas editadas após o período de 180 (cento e oitenta) dias assinalado naquele artigo (art. 25 da ADCT).

Se com relação aos entes integrantes da linha hierárquica do chefe do Poder Executivo a questão não foi resolvida, quiçá no que se refere às entidades reguladoras independentes (isto é, não integrantes da linha de subordinação à chefia do Poder Executivo).

2 A TESE DO REGULAMENTO AUTÔNOMO

Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, regulamentar é desenvolver os preceitos constantes da lei, expressos ou implícitos, dentro da órbita por ela circunscrita, isto é, as diretrizes, em pormenor, por ela determinadas.[22] Nas palavras de Bonifácio Fortes,

> … visa o regulamento desdobrar, ampliar, detalhadamente, o conteúdo da Lei. Com este propósito pode o regulamento dispor sobre o que a lei não cogitou, sem, no entanto, contrariar o seu espírito, pois a lei não pode prever todas as situações e minúcias. A lei dispõe apenas sobre a substância e os princípios, cabendo ao Executivo criar condições propícias à sua execução de tal forma que a sua efetivação se realize.[23]

O debate acerca das funções normativas detidas pelas entidades reguladoras independentes volta-se, ainda, à competência privativa do chefe do Poder Executivo para expedir regulamentos.

Sobre essa questão, Lúcia Valle Figueiredo,[24] ao afirmar que as determinações normativas oriundas das entidades reguladoras devem-se limitar a aspectos técnicos estritamente pertinentes a usuários, sugere que a grande dúvida e celeuma que o tema traz envolve o conceito de regulação.

Desse modo, a autora indaga se diferem regulação de regulamentação para, a seguir, concluir: "Se regulação for diferente de regulamentação, não haveria qualquer impedimento constitucional, porque às agências reguladoras estaria reservada, dentro daquela margem de liberdade técnica da interpretação, a fixação das condições de atuação dos setores por ela fiscalizados".[25]

Gomes Canotilho também identifica essa polêmica:

> A função de regulação (e de controle) de um determinado sector (mercado de valores mobiliários, comunicação social, energia, água e resíduos) atribuídas por lei a certas entidades independentes fará delas essencialmente autoridades reguladoras que estabelecem as regras e controlam a aplicação

> das normas. Fixar "regras reguladoras" corresponde, tendencialmente, a regulamentar matérias no figurino clássico da administração pública.[26]

Como dito, há necessidade de que o Poder Executivo tenha, em muitas situações, de atuar sem uma conduta totalmente predeterminada por uma regra, sempre, porém, balizado por certos limites jurídicos. Nesse contexto, a doutrina publicista, desde remota data, trilha o caminho do poder regulamentar para a consecução de tal desiderato, fundamentando, nessa linha de pensamento, a impossibilidade da "simples aplicação mecânica da lei"[27] pelo administrador público sem qualquer inovação.

Por sua vez, além dos regulamentos destinarem-se a dar fiel execução à lei,[28] e, nesse caso, estarem a ela vinculados, sustenta-se, doutrinariamente, a existência de regulamentos autônomos[29] na materialização da função normativa.[30]

Eros Grau afirma que regulamentos autônomos são os que, decorrendo de atribuição do exercício de função normativa implícita no texto constitucional, importam o exercício daquela função pelo Executivo para o fim de viabilizar a atuação, dele, no desenvolvimento de função administrativa de sua competência; envolvem, quando necessário, inclusive a criação de obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa.[31]

Castro[32] sustenta que o regulamento autônomo – ainda que não tenha poderes derrogatórios de normas legais, em sentido formal, isto é, não prospere *contra legem* –, cria direito novo, sem que se fundamente em lei que esteja regulando ou que lhe delegue competência para outras disciplinas *intra legem*, porque se alicerça na competência discricionária da administração, criando direito novo *praeter legem*. Tratam-se de atos administrativos normativos, não condicionados à lei ordinária, pelo qual órgãos e entidades do Poder Executivo editam normas com arrimo em suposta reserva regulamentar autônoma, que expressam genuíno poder legislativo governamental. Cuida-se, enfim, de normas editadas com base na competência discricionária do Executivo e destinadas a disciplinar setores não ocupados pela legislação, mas para os quais não subsiste reserva legal por imperativo da Constituição.

Segundo Castro, a jurisprudência liberal e tradicionalista, mormente aquela que floresceu à sombra da Constituição de 1946, também repudia a utilização do regulamento para a criação de direitos e obrigações independentes da lei formal. Contudo, essa orientação tem sido minimizada através dos tempos, conforme deixa entrever o enunciado da Súmula 186 do Supremo Tribunal Federal. A tendência hoje, portanto, em sintonia com os reclamos da moderna administração pública, é de se permitir o exercício do poder regulamentar autônomo, desde que, segundo esclarece com propriedade Diogenes Gasparini, calcado "numa expressa disposição da Lei Maior ou no costume constitucional, ou, ainda, na construção do próprio texto".[33] Isto é, deve traduzir-se no fiel detalhamento das condições de realização de direitos, deveres e

demais disposições normativas previstas, explícita ou implicitamente, na lei que lhe confere fundamento de validade. O argumento presente é de que há certas hipóteses em que não é possível conferir fiel regulamentação à lei sem dispor sobre certos aspectos que estão implícitos na *ratio essendi* daquela, e sem cuja normatização, por inteiro, e em todos seus aspectos, sobretudo os de ordem técnica, não é possível conferir-lhe fiel executoriedade.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal vem admitindo a teoria do regulamento autônomo. Confira-se no acórdão proferido nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2950-9, em que foi relator o ministro Eros Grau. No caso, foi apreciada a constitucionalidade de Decreto da governadora do Estado do Rio de Janeiro, que autorizou a Loteria do Estado do Rio de Janeiro (Loterj) a explorar bingos.

Por outro lado, colhem-se arestos do Superior Tribunal de Justiça, contrariamente à tese do Regulamento Autônomo. Vale trazer dois acórdãos, em que foi relator o ministro Luiz Fux, nessa ordem de convicção.

No primeiro (REsp 778338/DF), o aresto foi assim ementado: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO A DECRETO NÃO CONFIGURADA. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA VETERINÁRIA. EXAME NACIONAL DE CERTIFICAÇÃO PROFISSIONAL. DESCABIMENTO. ACÓRDÃO CALCADO NO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. 1. [...] 3. A imposição do registro não pode ser inaugurada por Resolução, haja vista que o ato administrativo de caráter normativo subordina-se ao ordenamento jurídico hierarquicamente superior, *in casu*, à lei e à Constituição Federal, não sendo admissível que o poder regulamentar extrapole seus limites, ensejando a edição dos chamados "regulamentos autônomos", vedados em nosso ordenamento jurídico.

O segundo (RMS 16585/RJ), seguiu com a seguinte ementa: ADMINISTRATIVO. INSTALAÇÃO DE LACRES ELETRÔNICOS NOS TANQUES DOS POSTOS REVENDEDORES DE COMBUSTÍVEIS. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 3438/2000. ADIN 2334-9/2003. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DAS DISTRIBUIDORAS. INEXISTÊNCIA DE SOLIDARIEDADE PASSIVA DOS POSTOS FORNECEDORES. ILEGALIDADE DA MULTA. RECURSO PROVIDO. 4. O Decreto 29.043/01, que acrescentou o art. 10A ao anterior diploma supratranscrito [que] não previu a referida responsabilização solidária não poderia prevalecer. Isto porque, se assim o fizesse, extrapolaria os limites traçados pela Lei regulamentada, alterando seu conteúdo e alcance, além de contrariar o sistema que repudia os regulamentos autônomos.

3 A TESE DA DESLEGALIZAÇÃO

Outra teoria sustentada para conformação da atuação do Poder Executivo é a da deslegalização de matérias do Legislativo para entidades do Executivo. O tema já foi

agitado em sede doutrinária e pretoriana notadamente em temas cuja positivação pelas casas legislativas apresenta-se inviável.

Por exemplo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 140.669-1/PE, relator o eminente ministro Ilmar Galvão, apreciando a constitucionalidade de leis ainda editadas sob a égide da Constituição anterior, já teve o ensejo de examinar e acolher a tese da deslegalização, desde que a norma observe não só os parâmetros de legalidade que lhe foram traçados, mas, também, em um sentido mais lato, os padrões de juridicidade delineados em determinado sistema jurídico, e desde que não se trate de matéria sujeita à reserva de lei.

Note-se que ali se estava diante, inclusive, de matéria tributária (embora não se tratasse de ato normativo definidor de tributo ou de elemento essencial deste, mas de elemento secundário). Contudo, mesmo assim foi reconhecida a juridicidade de transferência normativa de lei para o Executivo, para que este, por meio de portaria, alterasse o prazo de recolhimento do tributo ali em questão.

Entendeu-se, então, que a fixação de prazo para o recolhimento de tributo não é matéria submetida à reserva legal. Logo, poderia ser objeto de "*deslegalização*". É o que se colhe da ementa do acórdão, *in verbis*:

> Tributário. IPI. Art. 66 da Lei n. 7.450/85, que autorizou o ministro da Fazenda a fixar prazo de recolhimento do IPI, e portaria n. 266/88/MF, pela qual dito prazo foi fixado pela mencionada autoridade. Elemento do tributo em apreço que, conquanto não submetido pela Constituição ao princípio da reserva legal, fora legalizado pela Lei n. 4.502/64 e assim permaneceu até a edição da Lei n. 7.450/85, que, no art. 66, o deslegalizou, permitindo que sua fixação ou alteração se processasse por meio da legislação tributária (CTN, art. 160), expressão que compreende não apenas as leis, mas também os decretos e as normas complementares (CTN, art. 96).

Digna de nota também é a seguinte passagem constante do corpo do acórdão, nos seguintes termos:

> O juiz Tift emitiu um voto brilhante dizendo que a indelegabilidade – que tem origem constitucional – não pode jamais ser encarada em termos absolutos. Acrescentou que pode a lei estabelecer, inclusive em matéria tributária, atribuições ao Poder Executivo – autoridade administrativa. Para que isso aconteça é preciso que haja autorização legal e que o exercício desse poder se faça dentro dos limites razoáveis. A deslegalização encontra limites constitucionais nas matérias constitucionalmente reservadas à lei. Sempre que exista reserva material de lei, a lei ou a decreto-lei (no caso de autorização legislativa) não poderão limitar-se

a entregar aos regulamentos a disciplina jurídica da matéria constitucionalmente reservada à lei.

García de Enterría[34] comenta o instituto francês de deslegalização de matérias pelo Legislativo ao Executivo:

> *Desde la famosa Ley de 17 de agosto de 1948 se sortea de la técnica de la* deslegalización *o rebajamiento del rango normativo de la regulación de determinadas materias, que quedan así entregadas al poder reglamentario (*matières relevant de la compétence du pouvoir règlementaire, dice expresamente esa Ley*). Esta práctica, que se repetirá cada vez con mayor osadía, recordando ya casi exactamente la técnica de los anteriores Decretos-Leyes […], va a ser sancionada por la autoridad del Consejo de Estado, consultado especialmente por el Gobierno sobre su compatibilidad con la Constitución.*

A ideia dessa teoria, portanto, é que a normatização executiva pode ser legitimada e conformada ao contexto jurídico-constitucional brasileiro por meio da deslegalização de matérias, a conviver com as regras constitucionais e com a primeira fonte normativa ordinária: a lei.

Segundo Aragão, a lei não precisa preestabelecer os elementos das relações jurídicas a serem formadas. Não é necessário que ela tenha de chegar a fixar os direitos e as obrigações que teriam apenas a forma de seu mero exercício definida pelos regulamentos necessários à "mera" execução.[35]

A deslegalização não envolve a atribuição de uma discricionariedade diferenciada (especialmente a suposta "discricionariedade técnica")[36], pois não se trata de atuar sob o manto "intocável" da conveniência e oportunidade discricionária. Decorre de uma ampliação (e evolução) das fontes normativas necessárias não só ao atingimento do fim público, em que é necessária a prevenção e mediação do caso concreto, como, notadamente, para considerar as "consequências específicas sobre o setor regulado".[37]

Quando se cogita a deslegalização para a compatibilização da escolha executiva ao atual contexto jurídico-constitucional brasileiro, não se pretende sustentar a retirada da base legalitária para a atuação das entidades administrativas na regulação de atividades econômicas e setores sensíveis à sociedade. O que a doutrina sustenta é a manutenção do "monopólio da política legislativa"[38] nas mãos do Legislativo e a "autorização deste",[39] prevista na norma primária, para que entes descentralizados do poder público possam estruturar a "moldura normativa",[40] o marco regulatório de determinado subsistema especializado, sem estar atrelado às situações previstas anteriormente pela lei.

Para Paulo Otero,[41] a deslegalização torna-se um processo de reforço da escolha administrativa gerando um correlativo enfraquecimento da tradicional esfera de

intervenção vinculativa do poder legislativo. Torna a legalidade administrativa mais dócil ou adptável aos propósitos da administração pública, encurtando, assim, os espaços de heterovinculação da legalidade.

Assim, deslegalizar significa não estarem perfeitamente indicados na lei os meios para atuação dos agentes estatais responsáveis pela regulação de subsistemas sensíveis ao equilíbrio das ambivalências sociais.

4 CONCLUSÃO

Após examinarmos a teoria da delegação legislativa inominada, a teoria do regulamento autônomo e a teoria da deslegalização, pode-se, então, trazer conclusões sobre essas teorias *vis-à-vis* as normas regulatórias expedidas por autoridades reguladoras independentes.

Se, de um lado, parte da interpretação doutrinária refere-se à atuação normativa das entidades reguladoras independentes como sendo uma forma de "delegação", parece certo afastar esse rótulo ao perfilhar o entendimento de que não se trata da transferência de funções legislativas para entidades do Poder Executivo.[42] Nestes casos, há execução, pela administração pública, da Lei, que, contudo, deixou de estabelecer maiores detalhes sobre a matéria legislada, fixando apenas *standards* e finalidades gerais.[43]

As normas reguladoras são opções administrativas, também abstratas, embora formuladas com maior densidade técnica, visando à incidência sobre específicas relações interprivadas críticas que foram previamente deslegalizadas, voltadas, assim, não mais a aplicar uma regra legislativa predefinida, mas a equilibrar interesses e valores em concorrência por meio de uma nova regra a ser administrativamente definida pelo método da ponderação.[44]

Entende-se, dessa forma, que só há delegação quando se faculta ao regulamento a inovação absoluta como se lei fosse – o que, no caso, parece não ocorrer. Vale dizer, só se delega aquilo que se tem: a nova categoria de escolha administrativa batizada de "regulação" é mais do que simplesmente baixar regras normativas.

Pelas normas regulatórias permite-se o exercício da capacidade técnica para dispor com maior densidade sobre as matérias necessárias para equilibrar o subsistema regulado, diversamente das leis que, editadas pelo Poder Legislativo, assumem caráter genérico, distante do cidadão e sem concretude; e dos regulamentos elaborados pelo chefe do Poder Executivo em gabinetes herméticos à participação e controle da sociedade.[45]

Sobre o enquadramento na teoria do Regulamento Autônomo, nos parece que conduz o tema para o sítio da discricionariedade, o conhecido "cheque em branco" que se sustenta em bases axiológicas próprias do administrador público, impermeável à atuação dos regulados e da sociedade em geral. E a categoria de escolha administrativa discricionária não é o melhor caminho a ser trilhado.[46]

A doutrina vem sustentando que "aos poucos, o caráter totalmente livre invocado na ideia originária de discricionariedade vai se atenuando",[47] o que requer uma visão diversa do atual quadro que ainda se mantém[48] na interpretação doutrinária e pretoriana brasileira.

O momento por que passa a humanidade requer a atuação estatal por meio de escolhas administrativas que, para além de uma suposta prevalência do interesse público, efetivamente sopesem interesses, examinem custos e benefícios à luz de questões técnicas e científicas, atuem nos riscos[49] à sociedade pluriclasse e a cada cidadão, isto é, de acordo com a realidade.

Segundo a nova compreensão do direito administrativo no constitucionalismo atual, e de modo aparentemente paradoxal, se de um lado há uma "tendência a reduzir margem",[50] um "decréscimo"[51] e mesmo "limitação"[52] da discricionariedade na atuação do administrador público, uma verdadeira "restrição à dimensão constitucional e democrática"[53] e "*mayor objetividad en la apreciación de los elementos*",[54] importando "redefini-la, de acordo com os postulados do constitucionalismo pós-positivista, a partir da noção do princípio da juridicidade";[55] de outro lado, a complexidade cotidiana, que conduz ao permanente ambiente de ambivalência, impõe uma maior maleabilidade legiferante, atuação executiva e, portanto, espaços para a escolha administrativa.[56]

Esses fatores trazem mais imprevisibilidade à atuação executiva reguladora, afetando direitos fundamentais dos cidadãos.

Como se vê, tanto a teoria da delegação legislativa inominada quanto a teoria dos regulamentos autônomos não trazem respostas seguras para o enfrentamento da regulação normativa por meio das entidades reguladoras, por não se enquadrarem na modalidade piramidal, tradicional, de regulamentação secundária.[57]

Quanto à teoria da deslegalização, ela representa, a nosso sentir, um avanço na possibilidade de se acompanhar a necessária abertura e o crescimento dos espaços para a atuação do Poder Executivo na busca de soluções para o equilíbrio cíclico dos subsistemas e do exercício legítimo de políticas distributivas, com a redução da escolha discricionária, e inconclusivos debates acerca da impossibilidade ou limitação da sindicância dessas escolhas pelo Poder Judiciário.

Nessa senda, a deslegalização pode ocorrer pela exclusão legal de um comportamento a qualquer tipo de regra ou pela substituição do referencial normativo, indicando a nova fonte regradora; mas sempre com vistas à maior efetividade (e, não, transferência de competência, desprezo ou inexistência) da norma legalitária.[58]

Com efeito, no que tange às entidades reguladoras estas não recebem competências do Legislativo para formular normas abertas conformadas por aspectos políticos; por isso, e considerando ser "extremamente difícil submetê-las a uma ordem hierárquica definida",[59] devem merecer um novo enquadramento na clássica pirâmide normativa[60] prevista no vigente texto constitucional brasileiro.

Daí que a missão das entidades reguladoras, como pré-intérpretes da Constituição[61] mediante um trabalho exegético que procure encontrar, na "autorreferência do subsistema", uma solução de concordância prática entre as normas constitucionais em tese aplicáveis a um determinado caso concreto submetido à regulação é fugir dos reducionismos do pensamento catalogador da hierarquia normativa e simplificado sob a forma piramidal.[62]

Com isso, editar atos normativos regulatórios por via da deslegalização representa a materialização de escolhas que busquem confrontar o problema a ser solucionado em face da Constituição e os bens e valores jurídicos que ali estariam conflitando, estabelecendo-se qual ou quais desses valores em conflito deverá prevalecer.

Desse modo, não parece haver dúvidas de que as normas editadas por entidades reguladoras devem obedecer aos preceitos legais – *standards*[63] –, pois a administração pública não tem um poder normativo incondicional e geral, como ocorre com o Poder Legislativo.[64] Entretanto, não se pode enquadrar essas normas como sendo delegação inominada ou função regulamentar da lei, de competência do presidente da República e de outros entes, pois, em termos de regulação de atividades econômicas, a lei não consegue tudo prever.

A polêmica acerca da função normativa das entidades reguladoras se insere em uma discussão mais profunda, que envolve sua adaptação ao sistema tripartite oitocentista, subsumido no princípio da separação e do equilíbrio entre os poderes estatais, que impõe também uma revisão da hierarquia normativa.

Nessa ordem de convicções, é jurídico sustentar a constitucionalidade do exercício da função normativa "secundária" pelas entidades reguladoras por não se detectar, pela via da deslegalização, qualquer usurpação da função legiferante, de competência do Poder Legislativo, nem, tampouco, do poder regulamentar de atribuição precípua do chefe do Poder Executivo.[65]

Só há delegação quando faculta-se ao regulamento a inovação da lei – o que não parece ser o caso. Também não é regulamento autônomo, pois a escolha regulatória não decorre de ato fora da lei. Pela escolha regulatória se permite o exercício da capacidade técnica das entidades descentralizadas para dispor com maior densidade sobre as matérias que lhe competem para equilibrar o subsistema regulado, diversamente das leis que, editadas pelo Poder Legislativo, assumem caráter genérico e sem concretude.[66]

Resta dizer, "regular" abrange outros institutos muito mais densos do que a "regulamentação" de uma lei, seja de execução ou autônoma.

A função regulamentar de competência do chefe do Poder Executivo não é somente reproduzir a lei, analiticamente, mas ampliá-la e completá-la, segundo seu espírito e seu conteúdo, sobretudo nos aspectos que a própria lei, expressa ou implicitamente, outorga à esfera regulamentar. Por outro lado, a função regulatória (ou reguladora) visa a realizar o gerenciamento dos múltiplos e antinômicos interesses da

sociedade, traduzindo-se "em restrições à autonomia privada para evitar que o exercício abusivo de certas prerrogativas ponha em risco a realização de outros valores".[67]

A regulamentação é cometida a chefes de Estado ou Governo, é uma função política, que visa a impor regras de caráter secundário em complementação às normas legais, com o objetivo de explicitá-las e dar-lhes execução. A regulação é uma função administrativa, que não decorre da prerrogativa do poder político, e, sim, da abertura da lei para que o agente regulador pondere, de forma neutra, os interesses concorrentes em conflitos setoriais, sejam eles potenciais ou efetivos.[68]

Por esses argumentos, a competência normativa exercida pelas entidades reguladoras, inserida no sistema de separação de poderes e considerando-se a proeminência da instituição legislativa para a positivação das regras jurídicas ("legalidade formal axiológica, legalidade material leve ou legalidade principiológica"),[69] é inconfundível com o "poder regulamentar" primário, de competência do chefe do Poder Executivo.[70]

Diante do exposto, e considerando que entidades reguladoras editam normas que dificilmente podem ser submetidas a uma ordem hierárquica definida no modelo tradicional, normas essas que vêm sendo admitidas em quase a totalidade dos julgamentos proferidos sobre o tema pelo Superior Tribunal de Justiça,[71] devem merecer um novo enquadramento na clássica pirâmide normativa, independentemente do *nomen juris*.

: ARTIGO APROVADO (30/06/2011) : *RECEBIDO EM 04/04/2011*

NOTAS

***** Parejo Alfonso, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, p. 31.

1 Meilán Gil, *Progreso tecnológico y servicios públicos*, p. 127.

2 Cf. Sérgio Guerra, *Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*, c. II.

3 Veja-se como devem ser os procedimentos para as delegações legislatitvas a teor do que dispõe o art. 68 da Constituição de 1988: As leis delegadas serão elaboradas pelo presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. §1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: I – organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; II – nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; III – planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos. §2º A delegação ao presidente da República *terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício*. §3º Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.

4 Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão e Patrícia Sampaio comentam a possibilidade e os limites da função normativa das agências reguladoras: "Deve ser compreendida à luz da finalidade do exercício da atividade administrativa, a qual reside no cumprimento das competências constitucional e legalmente consagradas às autoridades. Nessa perspectiva, entende-se a feição normativa do poder de polícia como instrumento legítimo de concretização desses objetivos. Não se trata, em qualquer hipótese, de autoridades administrativas exercendo competência legislativa ou quase-legislativa (no Brasil, a figura do regulamento autônomo mostra-se excepcional – art. 84, VI, da Constituição Federal), mas sim de atividade normativa inserida no bojo das competências administrativas do Estado e, por conseguinte, subordinada, sempre, à legalidade". (Alexandre Santos de Aragão e Patrícia Sampaio, Omissão no exercício do poder normativo das agências e a concorrência desleal, in, Aragão, coord., *O poder normativo das agências reguladoras*, p. 547).

5 Maria Sylvia Zanella Di Pietro critica a função normativa exercida pelas entidades reguladoras: "A intenção de colocar tais atividades [serviços públicos] sob regime jurídico de direito privado vem sendo frustrada pela atividade regulatória exercida pelas agências, que acaba substituindo o direito administrativo criado por lei pelo direito administrativo criado por agências pretensamente independentes, na realidade muito mais autoritárias do que independentes" (Di Pietro, Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares, in, Moreira Neto, coord., *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*, 2003, p. 434).

6 Segundo doutrina de Eros Grau, os chamados "regulamentos autorizados" (ou "autorizativos"), são aqueles que dispõem sobre matérias que, embora não cheguem a serem disciplinadas detalhadamente em lei formal, nela encontram seu fundamento de validade (Eros Grau, *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 252).

7 Também é expressão constante da doutrina de Grau (op. cit., p. 231).

8 Fabrício Motta denomina de "remissões normativas" os casos em que a lei "reenvia a um ato normativo inferior e posterior, a ser elaborado pela Administração, a regulação de certos elementos que complementam a ordenação estabelecida na própria lei" (Fabrício Motta, *A função normativa da administração pública brasileira*, p. 146).

9 Laubadère, *Direito público econômico*, p. 121.

10 Sob esse viés clássico do princípio da legalidade em cotejo com a atuação da Administração Pública, expõe Diogenes Gasparini: "O princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação" (Gasparini, *Direito administrativo*, p. 6).

11 Zagrebelsky adverte que até mesmo na França já existe um forte movimento para reduzir a força da lei. Consta que em 23 de agosto de 1985 o *Conseil Constitutionnel* decidiu que "la loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution" (Zagrebelsky, *El derecho dúctil, derechos, justicia*, p. 61).

12 Giddens, *As consequências da modernidade*, p. 45.

13 Marques Neto, Pensando o controle da atividade regulação estatal (in: Guerra, *Temas de direito regulatório*, p. 202.

14 Conforme leciona Clèmerson Merlin Cléve, o poder político é indivisível, teoricamente, porque seu titular é o povo que não o divide, senão que, em face da ação do Poder Constituinte, confere o exercício a diferentes órgãos encarregados de exercer distintas tarefas ou atividades, ou ainda diferentes funções. Ademais, o poder é indivisível por natureza. Não corresponde a uma coisa que a ela se possa aceder, algo com fim e começo, um objeto capaz de ser tomado, destruído ou multiplicado (Clève, *Atividade legislativa do poder executivo*, p. 30).

15 Otero, *Legalidade e administração pública*, p. 107-108.

16 Moreira Neto, *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático*, p. 118, 124.

17 Conforme anota Clèmerson Clève, os regulamentos delegados são aceitos, por exemplo, na Espanha e na Itália. No Brasil, em determinado momento e sob os influxos da doutrina norte americana, chegou-se a aceitar os regulamentos delegados sem maiores problemas (Clève, op. cit., p. 301).

18 Cf. Castro, *O congresso nacional e as delegações legislativas*, p. 81-82.

19 Idem ibidem, p. 96.

20 Idem, ibidem, p. 96. Para o autor, desde que não se trate de matéria de reserva estrita de lei, como se dá com a definição de tributos ou de crimes, ou desde que não se trate de matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados ou do Senado, não há se falar em ilegalidade ou em usurpação de poderes ou competências quando o administrador editar normas no exercício de um poder delegado. Pois há, ou deve haver, em toda delegação, um fundamento legal.

21 BRASIL. Constituição (1988). Disposições transitórias. Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: *I - ação normativa*.

22 Bandeira de Mello. *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 314. Fortes, O poder regulamentar, *Revista de Direito Administrativo*, p. 39.

23 Fortes, op. cit., p. 39.

24 Figueiredo, Intervenção do estado no domínio econômico e breves considerações sobre as agências reguladoras, *Revista de Direito Público da Economia*, p. 267.

25 Idem, Ibidem, p. 267.

26 Canotilho. *Direto Constitucional e teoria da Constituição*, p. 818.

27 Binenbojm. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, p. 157.

28 Uma ampla sistematização dos regulamentos é feita por Caetano (*Princípios fundamentais do direito administrativo*, p. 79-85).

29 Cabral de Moncada, ao comentar o alcance inicial do princípio da legalidade, tendo como pano de fundo a relação de forças políticas entre o parlamento e o executivo monárquico, anota que o Poder Executivo dispunha de poder regulamentar autônomo em áreas que a lei não aparecesse, sob a veste de um poder regulamentar *praeter-legem* (Cabral de Moncada. *Lei e regulamento*, p. 73).

30 Sobre a questão dos regulamentos autônomos após a Emenda Constitucional 32/2001, ver Sérgio Varella Bruna (*Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública e revisão judicial*, p. 89-91) e Binenbojm (op. cit., p. 160ss).

31 Grau, op. cit., p. 253.

32 Castro. *O congresso nacional e as delegações legislativas*, p. 121-125.

33 Idem, ibidem.

34 García de Enterría. *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial,* p. 106.

35 Aragão, *Direito dos serviços públicos*, p. 328. O autor enfatiza seu ponto de vista ao anotar: "*Integramos a corrente daqueles para quem deve haver uma habilitação legal dos poderes da Administração Pública, sem que a lei precise entrar na matéria a ser regulada pela Administração*" (grifo do autor).

36 Sobre o tema, ver Sérgio Guerra, *Controle judicial dos atos regulatórios*.

37 Cf. Moreira Neto, *Mutações do direito público*, p. 112.

38 Moreira Neto (*Mutações do direito público*, p. 262). O monopólio da política legislativa "vem a ser a competência para

firmar princípios e baixar as normas gerais que deverão ser observadas pelas demais fontes intra-estatais". Esse autor conclui seu raciocínio nos seguintes termos: "Persegue-se a norma que ganha em *eficiência quanto ao conteúdo*, porque mais próxima da realidade dos fatos, não só na aplicação como na elaboração: ela é mais técnica, menos vaga, de maior precisão, por isso, menos controvertida, e produz mais segurança jurídica aos jurisdicionados. Mas, ao mesmo tempo, ela ganha em *eficiência quanto ao tempo*, pois, dispensando os pesados e demorados processos legislativos nas casas parlamentares, ela é formulada na medida em que é necessária e, com a mesma celeridade pode ser revogada, alterada ou substituída" (Moreira Neto, Governo e governança em tempos de mundialização: reflexões à luz dos novos paradigmas do direito, *Revista de Direito Administrativo*. p. 46).

39 Como dito, Eros Grau utiliza a expressão "regulamentos *autorizados*" (Grau, op. cit., p. 252).

40 Torres, *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, p. 507.

41 Otero, op. cit., p. 903.

42 Leila Cuéllar não compartilha do entendimento de que se trata de delegação de "poder normativo", na medida em que a delegação é sempre precária e excepcional. Caso a função normativa das entidades reguladoras derivasse de delegação, poderia, em tese, ser cassada essa competência, o que acarretaria extinção dos reguladores ou a frustração de sua natureza jurídica essencial, além do controle dessas funções ser inviável no sistema brasileiro (Cuéllar, *As agências reguladoras e seu poder normativo*, p. 116). No mesmo sentido, Bacellar Filho (O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, p. 160).

43 Aragão, *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, p. 411.

44 Moreira Neto, *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático*, p. 114.

45 Nas palavras de Marcos Juruena Villela Souto o legislador não tem, necessariamente, o conhecimento técnico nem a proximidade dos fatos para editar a norma. Por isso, deve-se manter em um plano de generalidade para abrigar todas as situações inviabilizando que se adentre em detalhes. Ademais, as normas sobre o funcionamento do mercado tendem a ser normas técnicas, econômicas e financeiras, que mudam com a evolução tecnológica ou comercial. Se a lei cuidasse de cada detalhe, estaria constantemente desatualizada e provocaria a frequente necessidade de movimentação do Poder Legislativo. Conclusivamente, não há de se falar, em sede de normatização por reguladores independentes, de delegação do Poder Legislativo (Souto, *Direito administrativo regulatório*, p. 46).

46 Floriano Marques Neto chega a afirmar que, se fosse o caso, deveria ser, então, uma "nova discricionariedade". Segundo o autor, "a relação das agências reguladoras com o Direito se dá em face de uma *nova legalidade*: a lei define as metas principais e os contornos da atividade do órgão regulador, cometendo-lhe (nestes limites e sob controle do Judiciário e do próprio Legislativo) ampla margem de atuação. Atuação, esta, que segue um novo tipo de discricionariedade, pautado fundamentalmente pelos objetivos definidos na lei para serem implementados no setor regulado" (Marques Neto, *A nova regulação estatal,* in, Sundfeld, *Direito administrativo econômico*, p. 95).

47 Medauar, *O direito administrativo em evolução*, p. 195.

48 Vale trazer a advertência de Andreas Krell: "Há inúmeros juízes, promotores, procuradores e advogados que evitam uma discussão mais profunda e acabam aderindo à jurisprudência tradicional, *que costuma usar uma classificação ultrapassada referente à discricionariedade administrativa, a qual não consegue fornecer soluções aos problemas*" (Krell, A recepção das teorias alemãs sobre "conceitos jurídicos indeterminados" e o controle da discricionariedade no Brasil, p. 22 [grifo do autor]).

49 Nesse sentido, ver Krell, op. cit., p. 24.

50 García de Enterría. *Democracia, jueces y controle de la administración*, p. 135.

51 Medauar, op. cit., p. 230.

52 Barroso, Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, *Revista da Emerj*, p. 58.

53 Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, p. 14.

54 Madariaga Gutiérrez. *Seguridad juridica y administración publica en el siglo XXI*, p. 47.

55 Moraes, *Controle jurisdicional da administração pública,* p. 37.

56 Medauar: "A partir da segunda metade do século XX, com a dinâmica intervencionista, ampliaram-se as atribuições administrativas; um número crescente de decisões passou a afetar com mais amplitude direitos e interesses dos indivíduos. Ficava a impressão de que aumentara o campo de atuação livre da Administração" (Medauar, op. cit., p. 195).

57 Até porque o art. 84 da Constituição Federal dispõe que compete privativamente ao chefe do Poder Executivo o poder regulamentar.

58 Para Moreira Neto: "a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático, p. 125. Nos termos do art. 48 da Constituição Federal: Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União" (Moreira Neto, Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático, p. 125).

59 Moreira Neto, *Mutações do direito público*, p. 40.

60 Há de se interpretar a questão da hierarquia à luz da teoria principiológica e dos valores, pois não se interpreta a lei em tiras, ou aos pedaços, muito menos a Constituição. Como observa Pietro Perlingieri, "pensar que se possa interpretar a norma singular 'na sua nudez linguística, como realidade solitária, irregular, errante', torna-se, de um ponto de vista lógico, uma petição de princípio e, de um ponto de vista axiológico, uma escolha não conforme à vigente hierarquia das fontes e dos valores" (Perlingieri, *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, p. 79, 101).

61 Com predomínio do papel do julgador na "filtragem" constitucional, Peter Häberle apresentou uma teoria metodológica (1975) sob o ponto de vista epistemológico, voltada à sociedade aberta. A essência dessa metódica se atém à ampliação dos intérpretes da constituição, que inclui, além do Poder Judiciário, os cidadãos e os órgãos estatais, que passam a constituir força produtiva de interpretação, ao menos como pré-intérpretes (*Vorinterpreten*) do complexo normativo constitucional (Häberle, *Hermenêutica constitucional*: *a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*). Gilmar Ferreira Mendes esclarece esse ponto na apresentação da obra de Häberle (op. cit., p. 9-10): "A norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, tem-se, necessariamente, de indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional sobre as forças ativas da *law in public action*. A ampliação do círculo dos intérpretes constituiria para Häberle apenas uma consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação".

62 Aragão afirma: "O marco regulatório dos serviços públicos é constituído de elementos *que não se relacionam apenas de maneira piramidal*, havendo uma teia normativa disposta de forma flexível e inter-relacionável, que produz fluxos normativos multidirecionais, tanto de forma horizontal (normas de idêntica hierarquia), como vertical (normas de hierarquia diversa integrantes do mesmo setor normativo) e diagonalmente (normas de hierarquia diversa integrante de distintos setores normativos – ex.: resolução da Anatel *versus* lei consumerista)" (Aragão, *Direito dos serviços públicos*, p. 370 [grifo do autor]).

63 Cf. Cabral de Moncada, op. cit., p. 23.

64 Nesse sentido, tem-se a oportunidade de transcrever a manifestação de Celso Antônio Bandeira de Mello adotada contra a função normativa das agências reguladoras: "Reitera-se, pois, neste campo, a submissão total ou parcial dos atos administrativos à lei, ao encarecer-se que só por lei é possível restringir a liberdade econômica. [...] Esse último traço é que faz do regulamento, além de regra de menor força jurídica que a lei, norma dependente dela, pois forçosamente a pressupõe, sem o quê nada poderia dispor. No Direito pátrio, sem lei não haveria espaço jurídico para o regulamento" (Bandeira De Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 315). Em complemento ao mesmo entendimento, Castro já se pronunciou sobre o tema, nos termos seguintes: "Assim, qualquer excesso do poder regulamentar, ou seja, qualquer desconformidade com a lei matriz v.g., a criação de obrigações ou supressão de direitos não previstos na lei regulamentada, importa em quebra da legalidade por abuso de poder, segundo a festejada lição de San Tiago Dantas, ao

expor: 'sempre que um regulamento sobre matéria já disciplinada em lei, depara-se-nos o problema da perfeita adequação do regulamento ao texto da lei. E isso porque, sendo o regulamento uma simples particularização ou desenvolvimento da lei, a cujo espírito deve incondicional obediência, será ilegal e, portanto, inaplicável a disposição regulamentar que se puser em oposição ao comando do Legislativo, seja por contradizê-lo, seja por alargar ou reduzir o âmbito de suas palavras'. E mesmo a sua utilização para finalidades espúrias e não visadas pelo legislador do diploma subordinante pode deflagrar os mecanismos para a anulação por desvio de poder" (Castro, *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, p. 125). Edmir Netto de Araújo, admitindo a edição de atos administrativos que significam o exercício do "poder normativo" das entidades reguladoras, denota que a função normativa das agências reguladoras, ou seja, a "função não regulamentar", vincula-se às normas legais pertinentes, sem inovar na ordem jurídica, e não é o de regulamentar leis e muito menos situações jurídicas autônomas (leis em sentido material) que criem direitos, deveres ou penalidades (Araújo, A aparente autonomia das agências reguladoras, in, Alexandre Moraes, org., *Agências reguladoras*, p. 41).

65 Diogo de Figueiredo Moreira Neto é taxativo: "Uma vez operada a deslegalização, a regulação, como produção normativa decorrente, não se confunde com as normas de regulamentação editadas pelo Poder Executivo e, muito menos, com as normas emanadas das Casas Legislativas" (Moreira Neto, *Mutações do direito público*, p. 400).

66 Alexandre Santos de Aragão adverte que muitas vezes a lei confere "poder regulamentar" a titular de órgão ou a entidade da Administração Pública distinta do chefe do Poder Executivo. O autor se vale da expressão cunhada por San Tiago Dantas, "descentralização do poder normativo do Executivo" para órgãos ou entidades tecnicamente mais aparelhados. Por essa descentralização o poder de estatuir normas jurídicas inferiores e subordinadas à lei, mas que nem por isso deixam de reger coercitivamente as relações sociais, é uma atribuição constitucional do presidente da República, mas a própria lei pode conferi-la, em assuntos determinados, a um órgão da Administração pública ou a uma dessas entidades autônomas que são as autarquias (Aragão, *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, p. 381).

67 Justen Filho, *O direito das agências reguladoras independentes*, p. 556.

68 Moreira Neto, *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático*, p. 132-133. Nesse mesmo sentido, Marcos Juruena Villela Souto afirma que enquanto a regulação é técnica, a regulamentação é política, havendo legitimidade eleitoral para tanto. O mesmo não ocorre na regulação, que se limita a implementar a decisão política. A regulação atende a interesses coletivos (setoriais), enquanto que a regulamentação a interesses públicos, gerais (Moreira Neto, *Direito administrativo regulatório*, p. 233).

69 Aragão, *Direito dos serviços públicos*, p. 335.

70 Em igual pensamento, Sebastião de Botto Barros Tojal expõe que pelas competências conferidas às agências reguladoras estas projetam as iniciativas do Poder Público para o futuro, à medida que dizem respeito a objetivos, diretrizes, metas a serem traçadas com vista em consolidar o processo de intervenção estatal. Destaca que essas funções são diversas do papel exercido pelo regulamento administrativo, cuja utilidade consiste, fundamentalmente, em complementar a lei, facilitar a aplicação da lei, em suma, torná-la útil, facilitando sua implementação (Tojal, Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras, in, Moraes, *Agências reguladoras*, p. 161).

71 Tome-se como exemplo o aresto a seguir: LIMINAR E TELEFONIA. SERVIÇO PRÉ-PAGO. DEFESA AO CONSUMIDOR. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO ESPECIAL ADMITIDO. CAUTELAR E EFEITO SUSPENSIVO. *FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA PRESENTES*. ATUAÇÃO CONFORME ATO DA AGÊNCIA REGULADORA. Vigente ato normativo da Agência Reguladora cujo escopo é regular o segmento, não podem os estabelecimentos regulados absorverem danos e punições pelo fato do cumprimento das regras maiores, posto engendrarem exercício regular do direito. modificação *ex abrupto* dessas regras da Agência Reguladora por tutela provisória em liminar concedida em ação, acarreta *periculum in mora*, mercê de o *fumus boni iuris* repousar no cumprimento do ato da Agência. Deveras, somente a ausência de nulificação específica do ato da Agência autoriza o Judiciário e intervir no segmento, sob pena de invadir seara administrativa estranha ao Poder Judiciário. (Sérgio Guerra, *Controle Judicial dos Atos Regulatórios*, p. 355, 369). Impossibilidade de atendimento técnico da decisão liminar, que configurou para o relator periculum in mora inverso, máxime porque a adoção da providência contrária ao ato da ANATEL (art. 55 da Resolução 316/2002, e itens 4.6 e 4.6.1, da Norma 03□98). MINISTRO LUIZ FUX – MARÇO/2006. STJ AGRG na MC 10443-PB.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Omissão no exercício do poder normativo das agências e a concorrência desleal. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Coord.) *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARAÚJO, Edmir Netto de. A aparente autonomia das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. (Org.) *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. In *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 230, out/dez 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 43-92, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRUNA, Sérgio Varella. *Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública e revisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CABRAL DE MONCADA, Luis S. *Lei e regulamento*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Reimpressão da edição brasileira de 1977, 2. reimp.o portuguesa. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direto Constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O congresso nacional e as delegações legislativas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CORDEIRO, Antonio Menezes. Introdução. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. (Coord.) *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo.*Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Intervenção do estado no domínio econômico e breves considerações sobre as agências reguladoras. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 2, abr./jun. 2003.

FORTES, Bonifácio. O poder regulamentar. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, jul./set. 1961.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y controle de la administración*. 5. ed. reimpr. Madrid: Civitas, 2005.

_____. *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1998.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Ed. Unesp, 1991. [Título original em inglês: *The consequences of modernity*.]

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas.* Belo Horizonte: Forum, 2008.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição.* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. Reimp. 2002. [Título do original: *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und "prozessualen" Verfassungsinterpretation*.]

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

KRELL, Andreas J. A recepção das teorias alemãs sobre "conceitos jurídicos indeterminados" e o controle da discricionariedade no Brasil. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, v. 23, p. 21-49, 2004.
LAUBADÈRE, André de. *Direito Público Económico*. Tradução de Maria Teresa Costa. Coimbra: Ed. Almedina, 1985.
MADARIAGA GUTIÉRREZ, Mónica. *Seguridad juridica y administración publica en el siglo XXI*. 2. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1993.
MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.) *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
_____. Pensando o controle da atividade regulação estatal. In: GUERRA, Sérgio. (Coord.) *Temas de direito regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.
MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
MEILÁN GIL, José Luis. *Progreso tecnológico y servicios públicos*. Madrid: Civitas, 2006.
MORAES, Alexandre de. *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.
MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2002.
MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Governo e governança em tempos de mundialização: reflexões à luz dos novos paradigmas do direito. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 243, p. 41-47, set./dez. 2006.
_____. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
_____. *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
MOTTA, Fabrício Macedo. *A função normativa da administração pública brasileira*. 2007. 217 p. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Universidade de São Paulo.
MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Tradução de Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.
OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.
PAREJO ALFONSO, Luciano. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Madrid: Tecnos, 1993.
PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed., anotada e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. (Org.) *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.
TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 2.
ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995. [Título original: *Il diritto milte: legge diritti giustizia*.]

Sérgio Guerra

Praia de Botafogo, 190 – 13º andar
Botafogo – 22250–190
Rio de Janeiro – RJ – Brasil
sergio.guerra@fgv.br

Pós-Doutor em Administração Pública, FGV/EBAPE
Doutor e Mestre em Direito
Professor Titular de Direito Administrativo dos cursos de Graduação e de Mestrado em Poder Judiciário da Direito GV/ RJ

Os Contratos e o Direito

QUEBRAS CONTRATUAIS E DISPERSÃO DE SENTENÇAS

Christiane Leles Rezende e Decio Zylbersztajn [1]

CONTRACTUAL BREACHES AND SENTENCES DISPERSION

RESUMO

O problema que motivou um estudo, o qual deu origem a este artigo, foram as quebras contratuais por parte dos produtores rurais geradas pela expressiva alta dos preços da soja e as consequentes disputas judiciais. Foram realizadas análises descritiva e econométrica utilizando 161 Apelações do Tribunal de Justiça de Goiás, e uma pesquisa quantitativa com 70 produtores rurais. O estudo considera a hipótese de que a instabilidade gerada a partir das decisões judiciais eleva os custos de transação e afeta as decisões dos agentes privados. Foi constatada larga dispersão entre decisões de primeira e segunda instâncias, bem como entre Câmaras Cíveis do TJ. Os agentes econômicos relataram que as alterações nas estratégias de suprimento foram centradas no aumento da exigência de garantias e redução do número de contratos. O conceito de função social do contrato está associado à elevação da instabilidade. Decorreram maiores custos de transação, bem como a adoção de sanções econômicas por parte dos agentes privados.

PALAVRAS-CHAVE

Contratos de soja, Decisões judiciais, Ambiente institucional

ABSTRACT

The problems which have motivated a study and this article were the contractual breaches during an expressive increase of price and their judicial decisions. Descriptive and econometric analysis have been carried out on 161 appeal judicial decisions of Goiás Court of Justice (Brazil) and a quantitative survey was done with 70 farmers. The study has supported the hypothesis that a weak judiciary increases transaction costs and decreases the economic development rate. A large dispersion of court decisions was found between the first and appeal decision, as well inside the same level. The use of the concept of "social role of contract" inserted a high degree of instability in contracts The effects of court decisions could be realized such as more requirements of warranties and the reduction in the number of contracts. Those soybean producers who did not breach their contracts also have been negatively affected by the strategic reactions of trading and industries.

KEYWORDS

Soybean contracts, Judicial decisions, Institutional environmental

INTRODUÇÃO

O comportamento do judiciário tem recebido atenção de estudiosos de estratégia, de modo especial a preocupação com os efeitos não esperados das decisões dos juízes sobre as organizações. O efeito das decisões do judiciário nas estratégias das organizações

não tem sido estudado no Brasil, fato que motivou um estudo, e a produção deste artigo cujo teor analisa as decisões dos juízes e o subsequente impacto nas estratégias dos agentes econômicos.

O contrato de soja verde surgiu como um arranjo alternativo para obtenção de crédito em vista da limitada oferta de crédito agrícola. O termo refere-se à compra antecipada de soja por parte das indústrias esmagadoras e/ou *tradings* por meio de contratos.

Esse contrato surgiu com o objetivo de garantir o suprimento de produtos agrícolas para empresas processadoras e exportadoras de grãos, em especial a soja, gerando mecanismos de financiamento da atividade agrícola, seja na forma de financiamento direto dos produtores, seja na forma de fornecimento antecipado de insumos para os agricultores. Posteriormente, intensificou-se a modalidade do contrato sem a antecipação de recursos, com o objetivo de controlar a exposição ao risco de decisões judiciais favoráveis aos agricultores. Na maior parte dos casos o contrato é padronizado e os preços são fixados com base no mercado futuro da soja.

As partes, ao realizarem contratos de venda antecipada, podem ter objetivos diversos, como evitar o risco de oscilação de preço e/ou obter financiamento para a safra. Sob a óptica da economia das organizações, pode-se dizer que pelo menos dois elementos são transacionados: risco e/ou crédito.

O problema que motivou este artigo foram os conflitos entre as partes, decorrentes das quebras contratuais no momento da liquidação dos contratos e os mecanismos utilizados para a solução das disputas pós-contratuais, incluindo mas não se limitando aos mecanismos judiciais. Por quebras contratuais entende-se a falha total ou parcial na entrega do produto contratado. As safras de 2002/2003 e 2003/2004 foram particularmente problemáticas, pois o preço da saca de soja atingiu picos elevados no mercado *spot*, distanciando-se do preço que fora definido no contrato de compra e venda antecipada. Tal situação gerou incentivos para a quebra contratual e, em consequência, o ajuizamento de ações judiciais. A partir das entrevistas com os agentes verificou-se que o problema foi concentrado no Estado de Goiás, fato comprovado pelo volume de disputas judiciais sobre o tema naquele Estado.

O Brasil adota o sistema jurídico codificado tendo recebido influência, entre outros, do código francês. Alguns pilares desse código se sustentam no poder absoluto da propriedade e na intangibilidade dos contratos. Dentro dessa perspectiva desenvolveu-se a expressão *pacta sunt servanda*,[2] que preconiza a imutabilidade da intenção existente no momento do pacto entre as partes contratantes, que passa a servir de orientação da ação do judiciário no caso de disputas. Segundo essa interpretação, não se admite o descumprimento de pactos assumidos em situação de liberdade e entre iguais (Santos, 2004). Por outro lado, o Código Civil brasileiro reformado em 2002 introduziu em seu art. 421 o balizamento com forte teor social,

concretizado pelo conceito de "função social do contrato". A liberdade de contratar passa a ser entendida dentro dos limites, nem sempre bem delineados, da função social do contrato. Este artigo discute possíveis impactos advindos das interpretações dos juízes que lançam mão ou acatam argumentos baseados no conceito jurídico de função social do contrato.

A maior parte das decisões judiciais de segunda instância acatou o argumento do papel social dos contratos, dando ganho de causa aos agricultores que romperam os contratos. Tal fato gerou efeitos de segunda ordem na forma do aumento da instabilidade no mercado. As entrevistas realizadas com as empresas compradoras indicaram que as indústrias/*tradings* efetuaram menos contratos de compra antecipada de soja verde nos anos seguintes e algumas extinguiram a modalidade que não envolve financiamento. Esse fato pode ter sido causado pela queda dos preços da soja, o que teria possibilitado alternativas para a aquisição por parte das empresas, ou como medida de precaução decorrente das decisões dos juízes. A última hipótese foi o objeto de estudo de nossa pesquisa.

Neste artigo procuramos identificar como o rompimento dos contratos de compra e venda antecipada de soja e as respectivas decisões judiciais impactaram a redefinição das estratégias dos agentes desse sistema agroindustrial. Para isso, foram realizadas entrevistas com representantes desse sistema agroindustrial, bem como revisão bibliográfica, pesquisa de campo estruturada e coleta de dados sobre decisões judiciais existentes. O referencial teórico utilizado toma como fundamento a Economia de Custos de Transação, de modo especial a análise do ambiente institucional. Diferentemente da análise neoclássica, esse instrumental considera, entre outros pontos, que existem custos de transação e que as instituições podem ser ineficientes, com implicações para agentes econômicos (North, 1990).

O estudo está estruturado em seis seções. Na segunda o sistema agroindustrial da soja é descrito, servindo de referência para a compreensão do cenário onde o fenômeno estudado ocorre. Na seção III o método adotado é apresentado, com ênfase no uso da análise positiva dos dados obtidos junto ao judiciário. Na IV detalhamos os mecanismos encontrados de prevenção e solução de disputas, contempla a pesquisa empírica sobre as decisões judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que versam sobre o conflito em questão. Na sequência (seção V) tratamos da instabilidade gerada no ambiente econômico, constatada por meio de entrevistas com produtores rurais e representantes de empresas processadoras. Ao final, têm-se as conclusões.

1 O SISTEMA AGROINDUSTRIAL DA SOJA E OS CONTRATOS DE SOJA VERDE

O Brasil se consolidou como um dos maiores produtores de grãos do mundo. Em face das elevadas taxas de juros que caracterizam a economia brasileira, e pelo fato

de o financiamento com recursos a taxas preferenciais ser limitado, surgiram arranjos alternativos para a obtenção de crédito, como, por exemplo, os contratos de venda antecipada de soja, chamados de contratos de soja verde, estudados por Almeida (2008). A partir de 1990 tais contratos propiciaram a comercialização de insumos e o fornecimento de crédito para custeio da produção em troca dos grãos de soja a serem colhidos na safra seguinte. Posteriormente, intensificou-se a modalidade sem a antecipação de recursos, com o objetivo de estabelecer o preço de venda e reduzir os impactos da oscilação do preço na época da safra.

Quando há adiantamento de recursos, ou seja, quando uma das partes adianta o cumprimento da obrigação contratual, pagando antecipadamente, são exigidas garantias reais, como, por exemplo, a propriedade rural. Em geral, esses contratos também são garantidos por emissão de Cédula de Produto Rural (CPR). Na safra 2003/2004 um número expressivo de produtores de soja venderam seu produto antecipadamente, por meio de contrato, em média a US$ 10 o saco de 60 quilos, porém, no momento da entrega do produto as cotações chegaram a US$ 17 e R$ 54,00. Essa oscilação gerou conflitos entre os agricultores e as processadoras ou *tradings*, uma vez que muitos agricultores alegaram se sentir lesados por não terem acesso aos preços praticados no mercado à época da colheita.

Os atores apontam distintas interpretações para o conflito, porém, qualquer que seja a interpretação configura-se um problema pós-contratual que gerou abalos na coordenação do sistema agroindustrial da soja, evidenciado pela ocorrência de quebras contratuais por parte de agricultores que preferiram destinar o produto ao mercado. A decisão acarretou processos judiciais e penalidades privadas na forma da redução no volume de contratos praticados na safra seguinte.

O sistema agroindustrial (SAG) de determinado produto é definido como o conjunto dos segmentos envolvidos na produção, transformação e distribuição daquele produto (Zylbersztajn, 1995). O conceito extrapola os agentes envolvidos com produção e transformação, envolvendo também as organizações e as instituições que lhes dão suporte. Mais amplo do que o conceito de cadeias produtivas, a análise sistêmica focaliza a coordenação do sistema e as relações tecnológicas e econômicas que se estabelecem entre os segmentos do sistema (Zylbersztajn; Farina, 1999). O SAG da soja envolve a indústria de insumos agrícolas, os produtores rurais, os comerciantes de soja em contato direto com produtores, a indústria esmagadora, os distribuidores e consumidores finais. As transações são influenciadas pelo ambiente institucional, que envolve o sistema jurídico e judicial em temas como direitos de propriedade intelectual, regulação ambiental, entre outros.

1.1 Ambiente institucional como redutor de incertezas

Os referenciais teóricos utilizados nesta análise são enraizados na Nova Economia Institucional e da Análise Econômica do Direito. O artigo focaliza o papel do ambiente

institucional como redutor de incertezas, especialmente no que se tange à influência do judiciário nas relações econômicas.

Enquanto a teoria econômica tradicional estuda os mercados e considera a empresa como uma função de produção, minimizadora de custos indiferente à sua estrutura interna e às condições do ambiente, exceto aos preços, a Nova Economia Institucional (NEI) aborda a estrutura interna da empresa, suas relações verticais e horizontais (Zylbersztajn, 1995).

A Análise Econômica do Direito e das Organizações é um campo teórico que tem se desenvolvido em ritmo acelerado nos últimos anos a partir de diversas vertentes. Neste artigo será tratada sob a luz da Nova Economia Institucional.

Partindo da base teórica fornecida pelos trabalhos de Ronald Coase, Douglas North e Oliver Williamson, Zylbersztajn e Sztajn (2005) afirmam que a Análise Econômica do Direito e das Organizações com base no instrumental teórico da Nova Economia Institucional adota o conceito de racionalidade limitada, flexibiliza a hipótese clássica de que as instituições evoluem necessariamente de forma eficiente, e explica por que surgem direitos de propriedade e formas de alocação de recursos econômicos ineficientes.

Em 1937 Coase, em seu artigo "The nature of the firm", abriu expectativas ao estudo da indústria com foco nos aspectos organizacionais internos e de relacionamento com clientes e fornecedores. Em outro artigo de 1960 ("The problem of social cost") o autor lembra que as instituições não seriam necessárias se não existisse assimetria informacional e se os custos de transação fossem iguais a zero. Como essa situação é inexistente no mundo real, as instituições possuem um papel crucial na alocação dos recursos.

O ambiente institucional é formado por entidades que determinam as normas que serão seguidas e o sistema de controle. A forma pela qual está estruturado o ambiente institucional pode interferir diretamente nos custos de produção e de transação. North (1990) considera as instituições como as "regras do jogo" da sociedade, pois são elas que estruturam os incentivos para as interações humanas, tanto sociais, como políticas e econômicas.

Barzel (1997) define custo de transação como o custo associado à transferência, captura e proteção dos direitos de propriedade, logo o ambiente institucional afeta a eficiência na transferência do direito de propriedade e os custos de transação. Quando existem falhas institucionais que podem definir o direito de propriedade de forma subótima, os agentes econômicos se rearranjam e definem outra forma de garantir esse direito.

No caso da compra antecipada de soja verde, com a ausência de garantias do Estado no cumprimento do direito de propriedade legal, espera-se a sua substituição por sanções econômicas privadas.

Klein (1992) privilegia os mecanismos privados de sustentação das transações. Ele argumenta que existem custos e benefícios em decorrência das quebras contratuais.

No âmbito do conceito de autorregulação (*self-enforcing range*), cada agente avaliará se os ganhos serão maiores do que o custo das sanções jurídicas (de natureza pública) e econômicas (de natureza privada). As sanções jurídicas são estipuladas nos contratos na forma de multas e são passíveis de coerção judicial. As sanções econômicas não são explicitadas no contrato, mas possuem importância, sobretudo nas próximas relações, como ocorre com a reputação do indivíduo.

Em relação ao caso dos produtores de soja que quebraram seus contratos, a elevação do preço gerou incentivos para a quebra contratual, e em consequência, o ajuizamento de ações judiciais.[3] Em decorrência os agricultores tiveram efeitos em sua reputação, que afetaram as transações seguintes com potenciais prejuízos econômicos.

De acordo com Arruñada e Andonova (2005) "O funcionamento adequado de uma economia de mercado requer a efetiva tutela da liberdade de contratar". A criação de riqueza depende das trocas, essa transação requer definição dos seus termos e controle de incertezas quanto ao cumprimento desses termos, ou seja, são necessários normas e tribunais. O papel das cortes é preencher lacunas existentes nos contratos que por pressuposto são incompletos e, com isso, reduzir custos de transação para os agentes.

Todos os tipos de elaboração de regras, contudo, estão sujeitos a ineficiências, devido à existência de autointeresse, informação incompleta e racionalidade limitada dos agentes. Tanto os legisladores como os juízes podem falhar devido ao interesse privado ou, mesmo na sua ausência, podem falhar ao identificar quais regras são mais apropriadas para cada caso (Arruñada; Andonova, 2004).

Quaisquer que sejam as causas e justificativas para as quebras contratuais, as decisões dos tribunais sobre a quebra de contratos geram impactos nas estratégias das organizações. O ambiente institucional é capaz de afetar os custos de transação das organizações, em especial na sua capacidade de garantir os contratos formais ou informais.

1.2 Nova orientação da teoria contratual

Segundo Sztajn e Gorga (2005), o direito brasileiro faz parte da chamada família romano-germânica, cuja característica típica é a representação da lei pelo direito codificado, um conjunto sistemático de normas jurídicas que aparecem em códigos de direito privado (civil e comercial) ou público, com o objetivo de disciplinar as relações, descrever condutas, efeitos de manifestações da vontade e punições.

De acordo com Santos (2004), o Código Civil francês foi incorporado por grande parte dos países da família romano-germânica ou direito codificado. Alguns pilares desse código se sustentavam no conceito pétreo de propriedade e na intangibilidade dos contratos. Ele foi desenvolvido em uma época marcada por características sociais do individualismo, da igualdade e da liberdade. O princípio do *pacta sunt servanda* teve prioridade no Código Civil francês do século XIX, prevendo

que a intenção de um acordo deveria ser mantida. A interpretação econômica desse preceito é permitir controlar as instabilidades, reduzindo custos transacionais e, em consequência, aumentando o potencial de cooperação na sociedade. O Código Civil brasileiro, em seu art. 421, afirma que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". Esse artigo do Código Civil tem sido interpretado de diversas formas, uma delas é que ele fragiliza os contratos; Reale (2004), no entanto, afirma que a nova Lei Civil não conflita com o princípio de que o pactuado deve ser cumprido. Segundo ele, o imperativo da "função social do contrato" estatui que ele não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando dano à parte contrária ou a terceiros.

Timm (2006) analisa a doutrina e identifica que a função social do contrato é vista por muitos juristas como uma limitação ao princípio da liberdade contratual e ainda comenta que "com base na função social do contrato alguns juízes tem revisado o contrato com o argumento político de proteger o fraco contra o forte, a coletividade frente à individualidade".

De acordo com Delgado (2006) o dispositivo 421 que trata da função social do contrato alarga ainda mais a capacidade do juiz de proteger o mais fraco que possa sofrer pressão econômica ou efeito de cláusulas abusivas. Ou seja, aumenta o poder do juiz. Delgado comenta a teoria da imprevisão (art. 478 no novo Código Civil) que se apresenta com o intuito de abrandar a aplicação do princípio *pacta sunt servanda*, quando ocorre uma alteração brusca das situações existentes no momento da contratação. Esse princípio foi elaborado e acolhido na França durante a 1ª Guerra Mundial.

Percebe-se, portanto, que há casos em que a intervenção faz-se necessária, porém, a revisão ou anulação de contratos firmados pode aumentar a incerteza e, consequentemente, os custos de transação para todos os agentes.

Na literatura de análise econômica do direito, o papel do contrato é visto como elemento gerador de incentivos para a alocação de esforços conjuntos de produção. O contrato é, por natureza, incompleto e gera espaço para interpretações *ex-post*. O papel das cortes é alocar direitos de propriedade no caso de quebras contratuais. Diferentes vertentes da literatura consideram as cortes como instituições eficientes, ou como instituições sujeitas a captura e limitações cognitivas similares às dos agentes contratantes.

2 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Na primeira fase do trabalho, foram realizadas entrevistas qualitativas com produtores, empresários, advogados e representantes de entidades de classe. Essas pesquisas tiveram como objetivo caracterizar os produtores e as empresas, buscando contextualizar e aprofundar o estudo do setor e, principalmente, identificar os principais problemas percebidos para a realização dos contratos. Após dois anos, foram realizadas novas

entrevistas com empresários representantes de indústrias com o objetivo de coletar evidências da instabilidade causada no ambiente de negócios. Essas entrevistas foram usadas na composição da última seção deste artigo.

A partir da pesquisa qualitativa, foi elaborado um roteiro para a coleta de dados com produtores rurais. Foram aplicados 70 questionários aos produtores de soja que realizaram pelo menos uma venda antecipada de soja nas última três safras, a saber, 2002/2003, 2003/2004 e 2004/2005. As informações por unidade da Federação foram obtidas da seguinte forma: 68% foram provenientes do Estado de Goiás; 15%, de Mato Grosso; 13%, do Paraná; e 4%, provenientes do Rio Grande do Sul, Mato Grosso do Sul, Bahia e Maranhão. O período de aplicação foi de setembro a novembro de 2005.[4]

A pesquisa sobre decisões judiciais no nível de segunda instância foi realizada pela Internet, por Jurisprudência. Inicialmente, foi realizada nos *sites* dos Tribunais de Justiça dos Estados de Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Paraná. Foram consideradas apenas as apelações cíveis sobre os casos de rescisão de contrato de compra e venda de soja e ações declaratórias de nulidade de contratos. O Estado de Goiás foi o foco do estudo por apresentar um número de casos que permitiu a análise estatística, além disso, as entrevistas qualitativas indicaram um número maior de conflitos. O tribunal de justiça de Goiás foi o escolhido para acompanhamento do andamento dos processos sobre o conflito. A última busca por decisões ocorreu em setembro de 2007, quando foram tabuladas 161 decisões, sendo a primeira de novembro de 2003 e a última de agosto de 2007.

Em resumo, foram realizadas pesquisas de campo com agentes do agronegócio (qualitativa), com produtores rurais (quantitativa) e sobre decisões judiciais (quantitativa).

2.1 Características da amostra das decisões judiciais

Estão disponíveis na internet as ementas dos acórdãos das decisões e, em parte dos casos, o chamado "Inteiro Teor do Acórdão" que contém um breve relatório sobre o caso e a argumentação que justifica o voto prevalecente do relator ou redator.

Das 161 apelações cíveis encontradas, 78 continham o inteiro teor do acórdão digitalizado; 64 foram copiadas diretamente no Tribunal de Justiça em Goiânia; e em 19 casos os acórdãos não estavam disponíveis em nenhuma das formas, pois ainda estavam em processo de digitalização.

2.2 Forma de análise dos resultados

Os dados foram tratados com as seguintes ferramentas estatísticas:

• Estatística descritiva: apresentação de medidas de tendência central e da distribuição das frequências em gráficos ou tabelas.

• Estatística inferencial: análise de regressão utilizando modelo de variáveis dependentes limitadas, tendo como variáveis dependentes as decisões em vários níveis – decisão de primeiro grau; decisão de segundo grau; decisão do juiz ou desembargador que compôs a decisão da apelação.

A decisão judicial é tomada como decisão binária, ou seja, pode assumir apenas dois valores a partir do julgado no tribunal, quais sejam: favorável à manutenção do contrato ou à sua anulação. Sendo assim, a decisão judicial é considerada como variável dependente limitada binária (VDL) com os seguintes valores:

$$y = \begin{cases} 1 = \text{favorável à manutenção do contrato} \\ 0 = \text{favorável à anulação do contrato} \end{cases}$$

Em nossa pesquisa foi usado o modelo probit com o objetivo de identificar como as variáveis explicativas afetam a probabilidade de o contrato ser mantido, *ceteris paribus*. Segundo a equação 1:

$$P\{decisão = 1|x\} = \Phi\{\beta_0 + \beta_1 x_1 + \beta_2 x_2 + \ldots + \beta_n x_n\}$$

Os sinais dos coeficientes indicam os efeitos parciais de cada variável sobre a probabilidade de resposta e a significância estatística de cada variável dirá se é possível rejeitar $H_0 : \beta_J = 0$ considerado um nível de significância predefinido (Wooldridge, 2006 pag. 523 e 524).

3 MECANISMOS DE PREVENÇAO E SOLUÇÃO DE DISPUTAS

Durante o desenvolvimento da pesquisa foram identificados mecanismos privados de prevenção de conflitos e mecanismos públicos de solução de disputas, que são as decisões judiciais. Os mecanismos privados podem ser informais ou formais (podem estar formalmente descritos no contrato ou não).

Agricultores que optaram pelo cumprimento dos contratos comentaram que o fizeram para garantir a sua reputação. No mercado de soja, os contratos são renovados anualmente levando o produtor a temer por retaliação nas negociações seguintes, ou seja, teme por sanções econômicas.

Nos casos em que houve antecipação de recurso financeiro, de acordo com os agentes entrevistados, alguns advogados recomendaram aos produtores a manutenção do contrato, pois acreditavam que o judiciário decidiria a favor das empresas. Essa situação demonstra que, quando o direito de propriedade é adequadamente definido, há uma sinalização da justiça que implica a redução da demanda por ações judiciais.

O mecanismo de solução formal público para o conflito é substanciado na decisão do judiciário. Os vários conflitos resultaram em ações judiciais impetradas por produtores e indústrias/*tradings* para definição do direito de propriedade. De acordo com as entrevistas e a pesquisa sobre as ações, ao final de 2005 havia mais de 300 processos no judiciário sobre esse tema.

3.1 Análises estatísticas descritivas

As decisões analisadas são apelações cíveis, também chamadas de decisões de segundo grau. O Estado de Goiás possui 119 comarcas, destas, 14 foram incluídas em nossa análise, pois elas enviaram os processos para o Tribunal de Justiça em Goiás acerca dos contratos de soja verde no período observado.

Após a decisão do juiz de direito na comarca a parte que se julgar prejudicada pode apelar para o Tribunal de Justiça, nesse caso o processo passará a ser uma Apelação Cível.[5] O Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO) é sediado na capital do Estado e é composto de 22 desembargadores.

Os processos relacionados aos contratos de compra e venda de soja verde vão para as chamadas "câmaras cíveis isoladas", em número de 4, que decidem de forma simultânea e independente. O processo, uma vez recebido pelo TJGO, é sorteado eletronicamente para uma dessas câmaras. O sorteio é realizado com o propósito de equilibrar o número de processos entre as câmaras e para evitar que o apelante escolha a câmara em que a apelação será julgada. A tabela 1 mostra como foi a divisão das ações analisadas entre as Câmaras e a porcentagem de decisões favoráveis aos produtores e às indústrias em cada uma delas.

Tabela 1 – Decisões por Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Goiás

		DECISÕES		
	CÂMARA CÍVEL	PRODUTOR	INDÚSTRIA	TOTAL
1	QUANTIDADE	36	2	38
	%	94,7%	5,3%	100%
2	QUANTIDADE	1	32	33
	%	3,0%	97,0%	100%
3	QUANTIDADE	40	8	48
	%	83,3%	16,7%	100%
4	QUANTIDADE	7	35	42
	%	16,7%	83,3%	100%
TOTAL	QUANTIDADE	84	77	161
	%	52,2%	47,8%	100%

Observa-se que as decisões dos juízes e dos desembargadores sobre esse conflito não foram convergentes. Com o intuito de entender a diversidade de opiniões sobre um conflito semelhante, fizemos uma análise dos argumentos usados nas decisões das apelações.

Em uma apelação o desembargador ou juiz substituto responsável apresentou os argumentos balizadores do seu voto. Para que fosse possível a sua quantificação foi necessário uma simplificação: para cada decisão procedeu-se à análise de conteúdo e foi escolhido apenas um argumento, o que melhor a representasse.

Em decisões favoráveis aos produtores os argumentos escolhidos foram: (1) nova orientação da teoria contratual; (2) ilegitimidade do título Cédula de Produto Rural; (3) teoria da imprevisão; e (4) Código de Defesa do Consumidor.

Em decisões favoráveis às indústrias/*tradings* os argumentos principais foram: (1) não aplicabilidade da teoria da imprevisão; (2) legitimidade do título Cédula de Produto Rural; e (3) não aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

Na amostra analisada 75% das decisões favoráveis aos produtores rurais estavam relacionadas à "nova orientação da teoria contratual", que compreende os princípios da função social do contrato, de boa-fé e do equilíbrio econômico, arts. 421 e 422 do Novo Código Civil.

Nas decisões favoráveis à indústria, o argumento mais frequente foi o da não aplicabilidade da teoria da imprevisão. Em 92% dos casos analisados, os juízes consideraram que a alteração ocorrida nos preços não podia ser interpretada como imprevista pelas partes e não justificava a anulação do contrato.

Após o sorteio da câmara cível é definida uma turma julgadora para cada processo, composta de 3 três juízes, sendo um deles o relator.

Ao relator, desembargador ou juiz substituto, cabe analisar o caso e dar seu voto com os argumentos que julgar adequados para cada caso. Na sessão de julgamento, o relator, após breve apresentação do caso, explica para os outros dois membros da respectiva turma julgadora os argumentos balizadores do seu voto. Os outros membros podem seguir ou não o voto do relator. Caso os outros dois votem de forma contrária, um deles será designado como redator do caso devendo preparar um novo parecer com voto e a justificativa que constará na ementa e no "inteiro teor do acórdão".[6]

Conforme esperado, foi constatado que a maior parte dos juízes (64%) vota pró-produtor ou pró-indústria em cem por cento dos casos. A constatação da disparidade sistêmica do voto foi a motivação para a busca por características explicativas do comportamento dos juízes, o que será tratado em Análise estatística e econométrica.

3.1.1 Decisões do STJ

A primeira das decisões acerca dos casos de compra e venda de safra futura de soja no Superior Tribunal de Justiça foi do Ministro Ari Pargendler (DJ: 20/02/2006 REsp 722.130/GO) e, desde então, a jurisprudência é indicativa da manutenção

desses contratos, uma vez que a alteração no valor do preço não foi considerada como fato imprevisível.

Foram encontrados 20 recursos especiais, com 8 decisões. O pequeno número de recursos sugere que a jurisprudência que está sendo formada fortalece a tese da manutenção dos contratos, explicando a mudança da decisão de alguns juízes após fevereiro de 2006, como será mostrado na próxima seção.

3.1.2 Análise estatística e econométrica

Como já foi comentado, foram analisadas 161 decisões de Apelações Cíveis. Em 142 desses processos foi possível identificar o voto dos 3 juízes, então, parte da análise contém 426 observações. Logo, as amostras serão identificadas como A e B para o tratamento econométrico, de acordo com sua composição de variáveis.

A amostra A contém 161 observações tendo sido estimadas 4 regressões com objetivos distintos. As duas primeiras (A1 e A2) pretendem testar se a probabilidade de o contrato ser mantido nas duas instâncias e entre as câmaras cíveis é semelhante. A hipótese sugerida pela teoria é que se o judiciário é imparcial não haverá significância estatística entre as variáveis.

A primeira regressão, A1, testa se existe diferença significante entre a probabilidade de o contrato ser mantido na primeira e na segunda instância. A variável dependente contém as decisões de primeira e segunda instância e a variável explicativa foi uma variável *dummy* para decisão 2 (decisão 2 = 1 e decisão 1 = 0). Assim, o modelo foi:

$$P\{\ decisões\ 1\ e\ 2 = 1|x\ \} = \Phi\ \{\ \beta_0 + \beta_1 dec2\ \}$$

O segundo teste (A2) busca identificar a probabilidade de manutenção do contrato entre as diferentes Câmaras Cíveis. Como não é possível testar as quatro juntas, pois uma variável seria suprimida devido à colinearidade, foram realizadas duas regressões probit (A2.1 e A2.2) com a variável dependente: Decisão da Apelação Cível. São elas:

Teste A2.1

$$P\{\ dec2 = 1|x\ \} = \Phi\ \{\ \beta_0 + \beta_1 Cam1 + \beta_2 Cam2 + \beta_3 Cam3\ \}$$

Variáveis independentes: (1) Câmara Cível 1 (*dummy*: Câmara Cível = 1; outras câmaras = 0); (2) Câmara Cível 2 ((*dummy*: Câmara Cível = 2; outras câmaras = 0); (3) Câmara Cível 3 ((*dummy*: Câmara Cível = 3; outras câmaras = 0).

Teste A2.2

$$P\{\ dec2 = 1|x\ \} = \Phi\ \{\ \beta_0 + \beta_1 Cam2 + \beta_2 Cam3 + \beta_3 Cam4\ \}$$

Variáveis independentes: Câmara Cível 2 ((*dummy*: Câmara Cível = 2; outras câmaras = 0); (2) Câmara Cível 3 ((*dummy*: Câmara Cível = 3; outras câmaras = 0); (3) Câmara Cível 4 (*dummy*: Câmara Cível = 4; outras câmaras = 0).

Como no primeiro teste, a hipótese na regressão A2 é que a probabilidade de a decisão ser favorável à manutenção do contrato não está relacionada com a Câmara Cível de origem do processo. A tabela 2 apresenta os resultados consolidados.

Tabela 2 – Coeficientes do modelo de regressão probit da variável "Decisão favorável à manutenção do contrato" em função da instância da decisão e da Câmara Cível

REGRESSÕES	A1	A2	
VARIÁVEIS		A2.1	A2.2
DECISÃO 2	–0,3793068***		
CÂMARA 1			–2,587278***
CÂMARA 2		3,496215***	0,908937
CÂMARA 3		0,6524347	–1,934843***
CÂMARA 4		2,587278***	
CONSTANTE	0,3247879	–1,619856	0,9674216

Erro padrão robusto; *** significante a 1%; ** significante a 5%; * significante a 10%.

No teste A1 a variável Decisão 2 apresentou significância estatística. Na sequência foi identificado que quando o valor da variável é 1, ou seja, quando a decisão é de segunda instância, a probabilidade de o contrato ser mantido é de 47,82%, e se o valor for 0, o que caracteriza a decisão de primeira instância, esse percentual é de 62,73%, *ceteris paribus*.[7]

Na tabela 2, observa-se também que as variáveis Câmara 1 e Câmara 3 foram significantes no teste A2.1, enquanto, no teste A2.2 se têm as Câmeras 2 e 4 como significantes. Analisando a probabilidade de o contrato ser mantido para os diferentes valores tem-se que: quando a decisão foi proveniente da Câmara 1, a probabilidade de o contrato ser mantido foi de 2,21%; já na Câmara 3 esse valor é de 8,2%. Enquanto na Câmara 2 a probabilidade de o contrato ser mantido foi de 99,7%, na Câmara 4 foi de 96,98%, *ceteris paribus*. Esse resultado revela a diversidade de comportamento entre as decisões de primeira e segunda instâncias e entre as turmas julgadoras das Câmeras Cíveis na amostra estudada.

A partir desses dados, o objetivo foi identificar se as variáveis associadas ao estado de origem da empresa e o fato de o produtor ter recebido adiantamento de recursos financeiros ou na forma de insumos tem algum efeito preditivo sobre a decisão de primeiro grau.

O modelo adotado na regressão A3 é apresentado na equação 4:

$$P(decisão1 = 1|x) = \Phi(\beta_0 + \beta_1 adiant + \beta_2 empgoiana)$$

A hipótese a ser testada nessa regressão é que o adiantamento de recursos caracteriza a transferência de direito de propriedade, logo, espera-se que a variável tenha sinal positivo e significância estatística. Por outro lado, não se espera que o fato de a empresa ter sede em Goiás tenha influência significante na decisão do juiz.

A Regressão A4 tem como variável dependente a decisão da corte de apelação (*dummy*: manutenção do contrato = 1; não manutenção = 0). São variáveis explicativas: (1) Estado de origem da empresa (*dummy identificadora se o estado de origem é Goiás*: sim = 1; não = 0); (2) adiantamento de recursos financeiros (*dummy*: presença = 1; ausência = 0); (3) ano em que a decisão foi tomada (2003, 2004, 2005, 2006 ou 2007); (3) unanimidade da decisão (*dummy* sim = 1 ou não = 0); (4) sustentação oral do advogado do produtor rural (*dummy* sim = 1 ou não = 0); (5) sustentação oral do advogado da indústria (*dummy* sim = 1 ou não = 0).

O modelo é apresentado na equação 5.

$$P(dec2 = 1|x) = \Phi\ \beta_0 + \beta_1 empgoiana + \beta_2 adiant + \beta_3 ano + \beta_4 unan + \\ + \beta_5 sustprod + \beta_6 sustind)$$

Conforme comentado anteriormente, a amostra B contém 426 observações, pois contempla o voto e argumento de cada um dos 3 juízes que compõem a turma julgadora, inclusive os que foram vencidos na votação. Com essa amostra pretende-se testar se as variáveis independentes identificadas possuem efeito preditivo no voto individual do juiz e, caso apresentem significância, será estimado quanto influem na probabilidade do contrato ser mantido, *ceteris paribus*. O sinal de $_1$ indicará se a relação com a variável dependente é positiva ou negativa.

O modelo é composto pela variável dependente: voto individual do juiz de segundo grau; o sucesso é a manutenção do contrato.

São variáveis *dummies* independentes: (1) título (desembargador = 1 ou doutor = 0); (2) gênero (masculino = 1 ou feminino = 0); (3) unanimidade da decisão (sim = 1 ou não = 0); (4) sustentação oral do advogado do produtor rural (presença = 1 ou ausência = 0); (5) sustentação oral do advogado da indústria (presença = 1 ou ausência = 0); (6) antecipação de recursos financeiros ou insumos por parte da indústria (presença = 1 ou ausência = 0); (7) decisões após fev./2006 (1ª decisão do STJ) (sim = 1 ou não = 0).

Assim, o modelo estimado é apresentado na equação 6.

$$P(voto = 1|x) = \Phi\left(\begin{array}{l}\beta_0 + \beta_1 titulo + \beta_2 genero + \beta_3 adiant + \beta_4 unan \\ \beta_5 sustoralprod + \beta_6 sustoralempresa + \beta_7 stj\end{array}\right)$$

Os coeficientes das regressões, bem como os sinais que eram esperados, podem ser visualizados na tabela 3.

Tabela 3 – Coeficientes e sinais esperados das regressões probit realizadas

	SE	A3	SE	A4	SE	B
ADIANTAMENTO DE RECURSOS	+	0058155	+	0,9890149**	+	1,495814***
EMPRESA GOIANA		0783418***		0,2326133		
ANO				0,2901976**		
UNANIMIDADE DA DECISÃO				–0,0965621		–0,3852985**
SUSTENTAÇÃO ORAL DO PRODUTOR			–	–0,2564388	–	–0,1934741
SUSTENTAÇÃO ORAL DA INDÚSTRIA			+	0,3342063	+	0,3839906**
TITULO						0,5032658**
GÊNERO						0.3157261
STJ					+	0,3954382***
CONSTANTE		0,06678		5820,448		–0,7835735

SE = Sinal esperado; *** significante a 1%; ** significante a 5%; * significante a 10%.

Na regressão A3 foi constatada a significância estatística na variável "Empresa goiana" sobre a decisão de primeiro grau, contrariando a hipótese de que o Estado de origem não influenciaria na decisão do juiz. O teste realizado para captar seu efeito na probabilidade da decisão do juiz ser favorável à manutenção do contrato indica que, quando seu valor é 1, ou seja, quando a empresa é goiana, a probabilidade é de 76,4 %, e se o valor é zero essa probabilidade é de 47,4%, *ceteris paribus*.

Em 53% das observações da amostra, as indústrias possuem sede em Goiás. É o caso das empresas: Caramuru, Selecta e Cooperativa Mista dos Produtores Rurais do Sudoeste Goiano (Comigo).

Na regressão A4 as variáveis que apresentaram significância foram: ano e adiantamento de recursos. O sinal positivo da variável ano indica que a probabilidade da decisão de segunda instância ser favorável à manutenção do contrato aumentou a cada ano, o que foi comprovado posteriormente, como mostra a tabela 4.

Tabela 4 – Probabilidade de a decisão de segunda instância ser favorável à manutenção de contratos de 2003, 2004, 2005, 2006 ou 2007, *ceteris paribus*

ANO	2003	2004	2005	2006	2007
DECISÃO = 1	25,51%	35,63%	46,88%	58,40%	69,22%

Conforme esperado, a variável adiantamento de recursos influi positivamente na probabilidade de a decisão ser favorável à manutenção do contrato. Quando seu valor é 1, ou seja, quando o produtor recebeu algum tipo de adiantamento, a probabilidade de a decisão ser favorável à indústria é de 81% contra 46,8% nos casos onde não houve adiantamento, *ceteris paribus*.

A regressão B tem como variável dependente a decisão individual do juiz, que pode ser desembargador ou juiz substituto. Nessa regressão foram consideradas significantes as variáveis: título do juiz; unanimidade da decisão; sustentação oral da empresa; adiantamento de recursos e decisão do STJ.

O sinal indica que apenas a unanimidade possui relação negativa com o voto do juiz pela manutenção do contrato. Os valores na tabela 5 indicam que, *ceteris paribus*, nos casos em que houve divergência da turma julgadora a probabilidade do resultado ser favorável à manutenção do contrato foi maior do que quando houve unanimidade. Os resultados indicam que a unanimidade tende a favorecer o hipossuficiente.

Tabela 5 – Probabilidade de o voto individual do desembargador ou juiz substituto ser favorável à manutenção do contrato quando às variáveis: Título; unanimidade; sustentação oral do advogado da indústria; adiantamento de recursos financeiros; e decisão após a primeira sentença do STJ tiveram como valor zero e um, *ceteris paribus*

VARIÁVEL SIGNIFICANTE	VALOR = 1	VALOR = 0
TÍTULO (1 = DESEMBARGADOR; 0 = JUIZ SUBSTITUTO)	49,53%	30,33%
UNANIMIDADE (1 = SIM; 0 = NÃO)	44,19%	59,47%
SUSTENTAÇÃO ORAL DO ADVOGADO DA EMPRESA (1 = PRESENÇA; 0 = AUSÊNCIA)	59,24%	44,03%
ADIANTAMENTO DE RECURSOS (1 = PRESENÇA; 0 = AUSÊNCIA)	90,44%	42,51%
STJ (1 = DECISÕES APÓS FEV./2006)	56,19%	40,53%

Observa-se, também, que quando o advogado de defesa da indústria fez uma sustentação oral dos seus argumentos no momento do julgamento, a probabilidade de a decisão ser favorável a ela aumentou de 44% a 59%.

A principal alteração nas probabilidades deu-se quando houve adiantamento de recursos financeiros no momento em que o contrato foi realizado, nesse caso a probabilidade de o contrato ser mantido foi de 90% contra 42% quando não houve esse adiantamento.

Também foi constatado que, após fevereiro de 2006, quando foi emitida a primeira decisão do STJ sobre o conflito favorável à manutenção do contrato, a probabilidade de a decisão do Tribunal de Justiça segui-la foi de 56% contra 40% do momento anterior. Tal resultado indica o efeito sinalizador do tribunal.

4 INSTABILIDADE GERADA NO AMBIENTE ECONÔMICO

A partir da constatação do tipo de conflito ocorrido e do resultado das decisões judiciais, apresentaremos alguns dos efeitos gerados no ambiente econômico, relatados por produtores rurais e por representantes de empresas que atuam em Goiás.

Na pesquisa com os produtores, quando questionados sobre o número de contratos realizados nas safras 2002/2003, 2003/2004 e 2004/2005, notou-se uma redução de 44% nos contratos de fixação de preço entre a safra de 2003/2004 e 2004/2005. Os contratos com adiantamento de insumos mantiveram-se constantes e os contratos com envolvimento de recursos financeiros também foram reduzidos, mas a variação foi menor. Não é possível afirmar se a redução de contratos de fixação de preços se deu devido ao evento das quebras contratuais, mas há indícios de que os fatos estejam relacionados, visto que a produção no Estado de Goiás aumentou 13,6 % nas safras mencionadas (Conab, 2007).

Na pesquisa, os produtores foram questionados quanto aos eventuais efeitos sofridos após o episódio das quebras contratuais. Entre os principais efeitos tem-se que cerca de metade dos produtores entrevistados declarou que, já na safra de 2005, houve maior exigência de garantias para crédito e custeio, 46% deles disseram que passou a ser mais difícil negociar com a empresa e 30% disseram que efetuaram menos contratos de venda antecipada.

Em uma reportagem do jornal *Gazeta Mercantil* (2004) afirmou-se que a operação de venda antecipada de soja respondia por quase 60% da compra de soja no Brasil e que, em 2003/2004, deixaram de ser entregues quase um milhão de toneladas, um prejuízo estimado em R$ 1,2 bilhão. Na mesma reportagem, foi comentado o fechamento do armazém da Cargill em Edeia, Goiás, caracterizado como "epicentro das ações judiciais que questionam os contratos de venda futura de soja" e a suspensão dessa modalidade de contrato pela empresa. Também foi citado que outras empresas finalizariam essa forma de contrato devido à incerteza jurídica. A reportagem indicava

que Goiás seria o Estado mais afetado, visto que "entre 40% e 50% da safra goiana é comprometida com esse tipo de operação".

Como foi demonstrado pelos resultados, o fato de a empresa ser goiana foi significante na decisão de primeira instância, diferentemente do que foi revelado na segunda instância. Supõe-se que o fato se deva à pressão social, sentida mais fortemente pelo juiz da Comarca. Uma decisão contrária à manutenção dos contratos pode levar indústrias a encerrarem suas atividades em determinada região, como aconteceu em Edeia, o que gera externalidades negativas para todos os agentes.

Em Itumbiara, a situação foi oposta, cem por cento das decisões foram favoráveis à manutenção do contrato. Essa pressão social pode ser traduzida em números para as duas cidades citadas. Analisando o Produto Interno Bruto (PIB) de Itumbiara e Edeia de 2004 vê-se que a agropecuária representa 7% e 60% do PIB, respectivamente. Por outro lado, o valor adicionado da indústria representa em Itumbiara 50% do PIB. Além disso, Edeia, com uma população de 10.851 habitantes, foi o 16º maior produtor de grãos do Estado de Goiás em 2005,[8] Itumbiara foi o 19º (Goiás, 2005; IBGE, 2004).

A maior parte das empresas entrevistadas declarou que não realizam mais contratos com preços prefixados de soja sem adiantamento de recursos e que apenas continuam com os contratos com antecipação de recursos financeiros e insumos, pois, segundo eles esses contratos tiveram menos casos de decisões favoráveis à sua anulação, fato confirmado na pesquisa empírica.

5 CONCLUSÃO

O contrato de compra e venda antecipada de soja mostrou-se incapaz de atuar como mecanismo eficiente para enfrentar grandes oscilações de preço. As empresas entrevistadas declararam não realizar mais contratos com preços prefixados de soja, apenas contratos com antecipação de recursos financeiros e insumos, porém, os critérios para crédito foram repensados. As garantias exigidas aumentaram, bem como o monitoramento da produção. Além disso, o crédito só é concedido àqueles empresários com reputação no mercado.

Em entrevistas, foi constatado que, desde o início da utilização desses contratos, os agentes negociaram sem que houvesse problemas relevantes, mas no momento da colheita das safras 2002/2003 e 2003/2004, o preço praticado no mercado *spot* estava muito mais alto do que o contratado, ao contrário do que aconteceu nos anos anteriores. Um choque externo, qual seja a grande demanda da China e a quebra da safra de soja norte-americana, afetou a relação contratual, tornando vantajoso, sob a percepção de alguns produtores, o rompimento do contrato. Alguns produtores preferiram os ganhos de curto prazo em detrimento aos ganhos de longo prazo que seriam resultantes da manutenção da relação com a indústria/*trading*.

Muitos produtores, contudo, se sentiram prejudicados em relação à reação das empresas que, segundo eles, foi indiscriminada, atingindo todos os produtores, mesmo aqueles que sempre cumpriram seus contratos.

Mais relevante que o número de contratos quebrados foi a repercussão gerada a partir desse fato. A maior parte dos produtores entrevistados declarou que sentiu o efeito das quebras contratuais dos outros produtores. As consequências mais citadas foram: maior exigência de garantias para crédito e custeio; maior dificuldade para negociar com a empresa; e redução do volume de contratos de venda antecipada efetuados.

De acordo com produtores e indústrias, a redução no volume de contratos a termo deve-se às seguintes razões: (1) preço baixo da saca de soja, devido ao excesso de oferta; (2) expectativa do produtor de elevação de preços durante a safra, como aconteceu em 2003 e 2004; e (3) ocorrência de quebra ou descumprimento de contrato nas duas últimas safras.

Foi observado que as indústrias/*tradings* efetuaram, em 2005, menos contratos de compra antecipada de soja verde, quando comparado ao mesmo período do ano anterior. Não está claro se existe causalidade entre a insegurança jurídica devido às diferentes decisões dos tribunais, no entanto, em uma oficina de trabalho realizada com os agentes foi citado que, caso a decisões continuem a favor das rescisões contratuais, as empresas poderiam transferir suas atividades para outro Estado que lhes confiasse maior segurança jurídica.

O estudo revela que existe divergência sobre o entendimento do conflito entre primeira e segunda instâncias e entre as Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça. Os dados exemplificam o problema da imprevisibilidade no judiciário brasileiro, que causa um dilema para as organizações.

O contrato existe para reduzir incertezas, logo, o instrumento contratual, na forma como foi praticado, mostrou-se frágil, sobretudo, devido à instabilidade do ambiente institucional. A redução do número de contratos celebrados, as novas exigências de garantias para o cumprimento do contrato e o processo de seleção de produtores são estratégias privadas adotadas para reduzir privadamente o conflito, mas estas elevam o custo da transação para os dois agentes.

A forma pela qual a quebra de contratos é decidida nos tribunais gera impactos nas estratégias das organizações. O resultado da pesquisa é explicado pela teoria, que diz que quando as "regras do jogo" não são claras para os agentes há incerteza, o aumento dos custos de transação nas negociações e as sanções econômicas são relevantes. O estudo dá transparência ao fato de que o Judiciário influencia o ambiente de negócios, pois as suas decisões produzem efeitos que repercutem nas ações dos agentes privados. Ao decidir pela parte hipossuficiente, o juiz gera efeitos secundários que acarretam a diminuição dos contratos, dificultando a negociação futura para todos os agentes. As empresas ficaram receosas de negociar, uma vez que não puderam contar com a segurança jurídica de que o contrato seria cumprido. A falta de

consideração dos efeitos econômicos de segunda ordem pode ser interpretada como "miopia econômica" do Judiciário.

: ARTIGO APROVADO (10/08/2010) : *RECEBIDO EM 24/02/2010*

NOTAS

1 Gostaríamos de expressar nosso agradecimento às instituições Tinker Foundation, Capes e Fapesp que, em momentos distintos, apoiaram financeiramente a realização desta pesquisa.

2 Traduzido para o português como "há que se cumprir os pactos" (Costa e Aquaroli, 2006, p. 359).

3 O problema não se restringe ao mercado de soja. Para outro exemplo veja Zylbersztajn e Nadalini (2005). Tomatoes and Courts: agro-industrial strategy in face of weak property rights. Working Paper Series.

4 Limitação do procedimento: em virtude da dificuldade na obtenção de um banco de dados de produtores de soja não foi possível obter uma amostra aleatória *stricto-sensu*. O banco de dados utilizado para a realização das entrevistas telefônicas foi composto de dados cedidos por empresas do setor. As entrevistas presenciais foram realizadas por meio do apoio da Federação da Agricultura do Estado de Goiás e de associações de produtores de grãos que propiciaram o contato com os produtores.

5 Em nossa análise foram consideradas apenas as apelações cíveis. Por questões metodológicas, as ações de embargos e agravos de instrumento não foram consideradas.

6 Em 19 das 161 Apelações Cíveis analisadas não foi possível identificar o "inteiro teor do Acórdão" das decisões, como o voto individual, além disso o argumento dos juízes não pôde ser conhecido nesses casos, elas foram retiradas da amostra C, que contém 426 observações de votos de 42 juízes.

7 O *software* Stata permite o cálculo da probabilidade de sucesso para determinado valor da variável, *ceteris paribus,* por meio do comando mfx at ( ).

8 Em 2005, a maior produção de grãos foi do município de Jataí-GO.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Luciana Florêncio. 2008. Ambiente Institucional e Contratos de Crédito Agrícola: Três Estudos Críticos. Tese (Doutorado em Administração). Programa de Pós-Graduação em Administração, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo.

ARRUÑADA, Benito; ANDONOVA; Veneta. Jugdes' Cognition and Market Order. Working Paper n. 768. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2004. (Working Paper Series)

_____. Instituições de mercado e competência do judiciário. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. (Org.) *Direito & economia: Análise econômica do direito e das organizações*. São Paulo: Campus, 2005, p. 139, 140.

BARZEL, Yoram. *Economic Analysis of Property Rights*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

COASE, Ronald Harry. The Nature of the Firm. *Economica*, n. 4, p. 386-405, 1937.
CONAB. Série Histórica de Produção. Safras de 1976/1977 a 2006/2007. 2007. Disponível em: < *http://www.conab.gov.br* >. Acesso em: 17 jun. 2007.
COSTA, Wagner Venezian; AQUAROLI, Marcelo. *Dicionário jurídico*. São Paulo: WVC, 2006.
DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Questões controvertidas no Novo Código Civil.* vol. 2. São Paulo: Método, 2006. (Série Grandes Temas de Direito Privado)
GAZETA MERCANTIL. Análises & Cotações. Indústria restringe compras de soja. 28/09/2004. Disponível em: <*http://www.soja.agr.br/news/category_news.asp?IDCategory=15&IDNews=727#727*>. Acesso em: 18 out. 2004.
GOIÁS: Portal do Agronegócio. Goiás: Maiores produtores de Grãos em 2005. Anuário estatístico. 2005. Disponível em: <*http://www.agronegocio.goias.gov.br*>. Acesso em: 1 nov. 2007.
INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Informações estatísticas. Cidades. Produto interno Bruto 2004. Disponível em: <*http://www.ibge.gov.br/cidadesat/*>. Acesso em: 5 nov. 2007.
KLEIN, Benjamin. Contracts and incentives: The Role of Contracts Terms in Assuring Performance. In: WERIN, L and WIJKANDER, R. *Contract Economics*. Oxford: Blackwell, 1992.
Ministério da Agricultura e Pecuária e Abastecimento – MAPA. Soja: Principais países produtores 2007. Disponível em: <*www.agricultura.gov.br*>. Acesso em 16 jun. 2007.
NORTH, Douglass. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 3.
REALE, Miguel. Função social do contrato. 2004. Disponível em <*http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm*>. Acesso em: 15 jun. 2005.
SZTAJN, Rachel; GORGA, Érica. Tradições do Direito. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. (Org.) *Direito & economia: Análise econômica do direito e das organizações*. São Paulo: Campus, 2005.
SANTOS, Antônio Jeova. *Função social do contrato. Lesão e imprevisão no CC/2002 e no CDC*. 2. ed. São Paulo: Método, 2004, p. 28.
TIMM, Luciano Benetti. Direito, Economia e a Função Social do Contrato. *Revista do Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, 9, n. 33, p. 19, 15-31, 2006.
WOOLDRIDGE, Jeffrey. *Introdução à econometria: uma abordagem moderna*. São Paulo: Pioneira *Thomson Learning*, 2006, p. 523 e 524.
ZYLBERSZTAJN, Decio. Estruturas de governança e Coordenação do Agribusiness: uma aplicação da Nova Economia das Instituições. 1995. Tese (Livre Docência em Administração). Programa de Pós-Graduação em Administração, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo.
ZYLBERSZTAJN, Decio; FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido. Strictly Coordinated Food Systems: exploring the limits of the coasian firm. *International Food and Agribusiness Management Review*, Nova York, v. 2, p. 249-265, 1999.
ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.) *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. São Paulo: Campus, 2005.

Christiane Leles Rezende

Pesquisadora-doutora do Centro de Conhecimentos em Agronegócios, Pensa

Rua Valson Lopes, 101, sala S02
Rio Pequeno – 05360-020
São Paulo – SP – Brasil
christianel@pensa.org.br

Decio Zylbersztajn

Presidente do Conselho do Centro de Conhecimentos em Agronegócios, Pensa
Professor titular da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, USP

Av. Professor Luciano Gualberto, 908, sala 18C
Cidade universitária – 05508-900
São Paulo – SP – Brasil
dezylber@usp.br

A RECIPROCIDADE NOS CONTRATOS: UMA ANÁLISE EXPRESSIVISTA

Leandro Martins Zanitelli [1]

CONTRACTUAL RECIPROCITY: AN EXPRESSIVIST ANALYSIS

RESUMO

Este artigo se propõe a determinar por que a legislação contratual deve expressar o valor da reciprocidade. Embora muito se venha debatendo sobre a justiça ou o equilíbrio nos contratos e a proibição à estipulação de cláusulas abusivas, pouca atenção tem sido dispensada às questões de saber se e por que é importante que o valor da reciprocidade seja incorporado ao conteúdo expressivo da legislação contratual, isto é, que a lei, ao regrar a atividade contratual, torne patente sua adesão ao valor da reciprocidade como justiça nas trocas ou recusa à exploração de uma das partes pela outra. Segundo se defende aqui, a expressão legal do valor da reciprocidade – que pode acontecer seja por intermédio de um princípio geral de equanimidade contratual, seja por requerimentos mais específicos, tais como o da observância do preço médio (ou "preço de mercado) ou o da não estipulação de certas cláusulas – é importante por duas ordens de razões. Primeiro, o fato de a lei expressar o valor da reciprocidade é de se considerar importante porque o conteúdo expressivo da lei – aquilo que a lei expressa – é intrinsecamente importante. No caso da reciprocidade, sustenta-se mais adiante que a lei, ao manifestar o anseio de que haja certo ajuste entre o sacrifício realizado e a vantagem obtida pelos contratantes, acaba, indiretamente, por proclamar ideais mais basilares de igualdade e fraternidade. Em segundo lugar, a expressão em lei do valor da reciprocidade é importante devido às suas consequências. Essas consequências não se limitam às que resultem de limites impostos à liberdade contratual ou à recusa do órgão judicial a executar contratos iníquos, já que o endosso legal ao valor da reciprocidade pode influir sobre as razões de agir dos contratantes, contribuindo para que, ao invés de agir

ABSTRACT

This paper tries to establish why the law of contracts should express the value of reciprocity. Although scholars have intensively discussed equality in exchange and the prohibition of unfair terms in contracts, few attention has been paid to the questions of knowing if and why it matters that the value of reciprocity be incorporated to the expressive content of contract law, that is, that the law, through the regulation of contractual activity, makes clear its adhesion to the value of reciprocity as equality in exchange or denying of exploitation of one of the parties by the other. The paper argues that the legal expression of the value of reciprocity – which may take place through either a general principle of contractual equality or more specific requirements, as such that of complying with the mean price (or "market price") or that of not establishing certain clauses – is important for two kinds of reasons. First, the expression by the law of the value of reciprocity should be deemed important because the expressive content of the law is intrinsically important. In the case of reciprocity, it is argued that the law, as it manifests the wish that there be some correspondence between the sacrifice made and the advantage obtained by each party, ends up proclaiming, indirectly, the more basic values of equality and fraternity. Second, the legal expression of the value of reciprocity is important in face of its consequences. These consequences are not circumscribed to the ones coming from limits imposed to the freedom of the contractual parties or to the refusal of the courts to enforce unfair contracts, since the legal endorsement of the value of reciprocity may influence the reasons for acting of the contractual parties. As a result, instead of

APENAS PARA A MAXIMIZAÇÃO DO PRÓPRIO GANHO, ELES INCLUAM A SATISFAÇÃO DO INTERESSE DA CONTRAPARTE ENTRE AS RAZÕES DE SUAS DECISÕES. O ARTIGO FOI ORGANIZADO DA SEGUINTE MANEIRA. APÓS A INTRODUÇÃO, QUE CONTÉM BREVES NOTAS SOBRE O EXPRESSIVISMO JURÍDICO, A PARTE II OFERECE UMA DEFINIÇÃO GERAL E ALGUMAS CONCEPÇÕES MAIS PRECISAS ACERCA DA RECIPROCIDADE NOS CONTRATOS. EM RELAÇÃO A CADA UMA DESSAS CONCEPÇÕES, REFEREM-SE ALGUMAS DIFICULDADES OU INCONVENIENTES, LIGADOS, SOBRETUDO, À TENTATIVA DE FAZER VALER A RECIPROCIDADE POR MEIO DE RESTRIÇÕES À EFICÁCIA LEGAL DE CONTRATOS ESPONTANEAMENTE CELEBRADOS. A PARTE III É DEDICADA ÀS DUAS FORMAS DE ANÁLISE DA EXPRESSÃO LEGAL DO VALOR DA RECIPROCIDADE, CORRESPONDENTES ÀS DUAS FORMAS DE EXPRESSIVISMO ANTES REFERIDAS; TRATA, PORTANTO, A UMA, DE DEFINIR POR QUE A EXPRESSÃO EM LEI DO VALOR DA RECIPROCIDADE NOS CONTRATOS É INTRINSECAMENTE IMPORTANTE E, A DUAS, DE AVENTAR QUE CONSEQUÊNCIAS ESSA EXPRESSÃO PODE TER – COM ESPECIAL ATENÇÃO, NO ÚLTIMO CASO, À EVENTUAL INFLUÊNCIA QUE O ACRÉSCIMO SIMBÓLICO DO VALOR DA RECIPROCIDADE À LEGISLAÇÃO CONTRATUAL PODE EXERCER SOBRE AS RAZÕES DE AGIR DOS CONTRATANTES. NA PARTE IV, COMPARAM-SE DUAS MANEIRAS PELAS QUAIS O VALOR DA RECIPROCIDADE PODE SER EXPRESSO NA LEGISLAÇÃO: UMA, ABSTRATA, PELA QUAL A RECIPROCIDADE SEJA PROCLAMADA SEM QUE SE FAÇA ALUSÃO A UMA CONCEPÇÃO MAIS PRECISA SOBRE AQUILO EM QUE A RECIPROCIDADE CONSISTE, E OUTRA, CONCRETA, NA QUAL TRANSPAREÇA UMA DETERMINADA CONCEPÇÃO DE RECIPROCIDADE OU UMA PARTICULAR DEMANDA PARA A MANUTENÇÃO DA RECIPROCIDADE EM CERTOS CONTRATOS. A PARTE V CONCLUI O ARTIGO COM ALGUMAS SUGESTÕES PARA A PESQUISA FUTURA.

PALAVRAS-CHAVE
RECIPROCIDADE; CONTRATOS; EXPRESSIVISMO JURÍDICO; JUSTIÇA CONTRATUAL; CONSEQUENCIALISMO

ACTING ONLY IN ORDER TO MAXIMIZE HER OWN GAIN, EACH PARTY MAY INCLUDE THE PROTECTION OF THE INTERESTS OF THE OTHER ONE AMONG THE REASONS OF HER DECISIONS. THIS PAPER WAS ORGANIZED AS FOLLOWS. AFTER THE INTRODUCTION, WHICH CONTAINS SOME BRIEF REMARKS ON LEGAL EXPRESSIVISM, PART II OFFERS A BROAD DEFINITION AND SOME PARTICULAR CONCEPTIONS OF CONTRACTUAL RECIPROCITY. ABOUT EACH ONE OF THESE CONCEPTIONS, SOME DIFFICULTIES OR INCONVENIENCES, WHICH ARE MOSTLY TIED TO THE ATTEMPT OF IMPOSING RECIPROCITY THROUGH THE RESTRICTIONS OF THE LEGAL EFFICACY OF VOLUNTARILY MADE AGREEMENTS, ARE REFERRED TO. PART III IS DEDICATED TO TWO FORMS OF SURVEYING THE LEGAL EXPRESSION OF THE VALUE OF RECIPROCITY, WHICH CORRESPOND TO THE TWO FORMS OF EXPRESSIVISM BEFORE MENTIONED; IT SEEKS TO ESTABLISH, FIRST, WHY THE LEGAL EXPRESSION OF THE VALUE OF CONTRACTUAL RECIPROCITY IS INTRINSICALLY IMPORTANT AND, SECOND, TO ESTIMATE WHICH CONSEQUENCES THAT EXPRESSION MAY HAVE – WITH PARTICULAR ATTENTION, IN THIS LAST CASE, TO THE EVENTUAL INFLUENCE THAT THE SYMBOLIC ADDITION OF THE VALUE OF RECIPROCITY TO THE LAW OF CONTRACTS MAY EXERCISE OVER THE REASONS FOR ACTING OF THE CONTRACTUAL PARTIES. IN PART IV, TWO WAYS BY WHICH THE VALUE OF RECIPROCITY CAN BE EXPRESSED THROUGH LAW ARE COMPARED: ONE, ABSTRACT, BY WHICH RECIPROCITY IS PROCLAIMED WITHOUT ALLUSION TO A MORE PRECISE CONCEPTION ABOUT WHAT RECIPROCITY IS, AND OTHER, CONCRETE, WHICH REVEALS A CERTAIN CONCEPTION OF RECIPROCITY OR A PARTICULAR REQUIREMENT TO OBSERVE RECIPROCITY IN SOME CONTRACTS. PART V CONCLUDES THE PAPER WITH SOME SUGGESTIONS FOR FUTURE RESEARCH.

KEYWORDS
RECIPROCITY; CONTRACTS; LEGAL EXPRESSIVISM; CONTRACTUAL JUSTICE; CONSEQUENTIALISM

INTRODUÇÃO

Este artigo se propõe a determinar por que a legislação[2] contratual deve expressar o valor da reciprocidade. Embora muito se venha debatendo sobre a justiça ou o equilíbrio nos contratos e a proibição à estipulação de cláusulas abusivas, pouca atenção tem sido dispensada às questões de saber se e por que é importante que o valor da reciprocidade seja incorporado ao conteúdo expressivo da legislação contratual, ou seja, que a lei, ao regrar a atividade contratual, torne patente sua adesão ao valor da reciprocidade como justiça nas trocas ou recusa à exploração de uma das partes pela outra.

Segundo se defende aqui, a expressão legal do valor da reciprocidade – que pode acontecer seja por intermédio de um princípio geral de equanimidade contratual,[3] seja por requerimentos mais específicos, tal como o da observância do preço médio (ou "preço de mercado") ou o da não estipulação de certas cláusulas – é importante por duas ordens de razões. Primeiro, o fato de a lei expressar o valor da reciprocidade é de se considerar importante porque o conteúdo expressivo da lei – aquilo que a lei expressa – é intrinsecamente importante. No caso da reciprocidade, sustenta-se que a lei, ao manifestar o anseio de que haja certo ajuste entre o sacrifício realizado

e a vantagem obtida pelos contratantes, acaba, indiretamente, por proclamar ideais mais basilares de igualdade e fraternidade.

Em segundo lugar, a expressão em lei do valor da reciprocidade é importante devido às suas consequências. Essas consequências não se limitam às que resultem de limites impostos à liberdade contratual ou à recusa do órgão judicial a executar contratos iníquos, já que o endosso legal ao valor da reciprocidade pode influir sobre as razões de agir dos contratantes, contribuindo para que, ao invés de agir apenas para a maximização do próprio ganho, eles incluam a satisfação do interesse da contraparte entre as razões de suas decisões.

Na doutrina legal norte-americana tem-se debatido sobre a importância do conteúdo expressivo das normas jurídicas.[4] Esse debate gira, resumidamente, em torno de duas hipóteses. A primeira é que os estados mentais, atitudes ou valores expressos pelas normas legais[5] respondam por parte substancial dos efeitos dessas normas, em outras palavras, que o impacto da lei sobre a população se deva não apenas à sanção por ela cominada, mas também, e de maneira significativa, ao que a lei expressa. A segunda hipótese é que o conteúdo expressivo da lei seja intrinsecamente importante, isto é, que tenhamos razão para considerar uma lei boa ou má simplesmente pelo que ela expressa (e independentemente, portanto, das consequências dessa lei para a população).

Cada uma dessas hipóteses corresponde a uma forma distinta de interesse pelo conteúdo expressivo da lei ou "expressivismo jurídico".[6] No primeiro caso, leva-se em conta o que a norma expressa a fim de determinar (e avaliar) os seus efeitos. Essa forma de expressivismo condiz perfeitamente com o postulado segundo o qual o que importa para estabelecer se uma lei é boa ou má são as suas consequências. A diferença entre esse expressivismo e outras teorias legais consequencialistas, como, por exemplo, a análise econômica do direito tradicional,[7] está em que o primeiro atenta para o impacto de todo o conteúdo expressivo de uma norma jurídica, e não só o da sanção que ela comina.[8]

Esse último ponto é importante, merecendo ser ilustrado por um exemplo. Comparem-se duas leis de proteção ambiental, uma prevendo multa para casos de infração e a outra permitindo que potenciais poluidores adquiram antecipadamente o direito de poluir até certo limite. Imagine, ainda, que o custo das duas leis para um empresário X seja o mesmo, que ele despenda sob a primeira lei (com o pagamento de multas) o mesmo que sob a segunda (nesse caso, mediante a aquisição antecipada do direito a poluir). Considerando-se apenas a sanção em si, ou seja, o custo legalmente imputado à polução, poder-se-ia afirmar que as leis são similares. Se, no entanto, levarmos em conta o que cada uma dessas leis expressa, notaremos uma diferença importante, capaz inclusive de alterar o seu impacto sobre o meio ambiente. Isso porque, ao tratar a poluição como um ilícito, a primeira lei expressa reprovação ao ato de poluir. No caso da segunda lei, em contrapartida, tal reprovação

é, ao menos, não tão patente, já que a poluição é ali tratada como objeto de um direito, e não como causa de punição. O expressivismo se distingue de outras teorias consequencialistas por explorar os efeitos de leis que, como as do exemplo dado, diferenciam-se em razão daquilo que expressam.

A segunda forma de expressivismo é não consequencialista ou deontológica. Para os que defendem essa forma de expressivismo, o conteúdo expressivo da lei é importante em si mesmo, e não, ou não apenas, em virtude de suas consequências. Há, assim, uma razão para que a lei expresse certos valores ou atitudes, independentemente das consequências a que a expressão desses mesmos valores ou atitudes dê lugar.

As duas espécies de expressivismo aqui referidas oferecem, portanto, razões diferentes para atentar ao conteúdo expressivo da lei. Ambas se deparam, também, com dificuldades diferentes. Para o expressivismo consequencialista, o conteúdo expressivo da lei é importante porque, a exemplo da sanção legalmente cominada, pode ter impacto sobre o comportamento das pessoas, colaborando (ou não) para a realização de certos objetivos. Afirma-se, assim, que o conteúdo expressivo da lei pode "educar" a população, ocasionar alteração nas normas sociais ou influir sobre preferências e escolhas. Para quem considere o conteúdo expressivo da lei importante por essa razão, as dificuldades consistem em obter provas empíricas dos resultados alcançados pela legislação, bem como em desenvolver modelos que ajudem a prever esses resultados. O expressivismo deontológico, por sua vez, faz levar em conta o conteúdo expressivo da lei em razão da sua importância intrínseca. A dificuldade, em tal caso, consiste em justificar essa importância. Afinal, como observa Sunstein, por que deveríamos insistir em que uma lei expresse certos valores independentemente das consequências, mesmo na hipótese em que essas consequências se mostrem opostas aos valores defendidos?[9]

Essas dificuldades são consideráveis, e o presente artigo não se propõe a fazer qualquer avanço ao seu respeito.[10] O objetivo aqui é antes esboçar uma teoria expressivista do direito contratual, apresentando um dos valores, a reciprocidade, que a legislação contratual pode e, conforme se sugere, deve expressar. A expressão desse valor se baseia nas razões próprias às duas vertentes do expressivismo jurídico, ainda que, reitere-se, não se pretenda oferecer a seguir uma defesa dessas razões. Ela se considera, pois, justificável tanto pelas consequências que pode ter para a sociedade em geral e para a atividade contratual em particular (nos moldes, portanto, de um expressivismo consequencialista), quanto pelo valor moral intrínseco daquilo que a legislação expressa (reconhecido pelo expressivismo em sua versão deontológica).

A valorização da reciprocidade nos contratos não é estranha à doutrina legal. No Brasil, essa valorização se manifesta seja pela defesa de um princípio de equilíbrio contratual para o qual falta, ainda, um embasamento legal, geral e explícito,[11] seja pela aplicação de regras por meio das quais se procura preservar certa proporção

entre as obrigações das partes sob determinadas circunstâncias, tais como nos casos de lesão (Código Civil, art. 157) e onerosidade excessiva provocada por fato superveniente (Código Civil, art. 478), ou em determinados contratos, como os de adesão (Código Civil, art. 424) e consumo (Lei n. 8.078/1990).[12]

Na doutrina relativa ao equilíbrio contratual, duas características são, em geral, perceptíveis. Primeiro, é comum associar-se a falta de reciprocidade, ou melhor, o desequilíbrio entre as prestações incumbidas aos contratantes, com a inexequibilidade do contrato. Em outras palavras, costuma-se pressupor que a resposta legal à falta de reciprocidade é a recusa, senão de validade, ao menos de eficácia legal à totalidade ou parte do contrato. Assim sendo, restam duas únicas alternativas: ou se admite a reciprocidade como mandamento do direito contratual, para então negar exequibilidade aos contratos que, por seu conteúdo, demandem demasiado de uma das partes,[13] ou, a fim de negar que a força vinculante de um contrato dependa da equanimidade do seu conteúdo, tem-se de evitar reconhecer a reciprocidade, ao menos no que se refere aos contratos como valor.[14]

Segundo, na mesma medida em que associa a reciprocidade a restrições à liberdade contratual (no sentido de restrições à liberdade das partes para celebrar contratos legalmente eficazes e, portanto, exequíveis), a doutrina costuma reduzir as consequências da expressão em lei do valor da reciprocidade às consequências dessas restrições. Tais consequências são, então, ora aprovadas por autores simpáticos à intervenção estatal,[15] ora repudiadas pelos defensores do livre mercado.[16]

Uma análise sobre o valor da reciprocidade nos contratos não tem, contudo, que se ater aos limites impostos à liberdade dos contratantes para a preservação do equilíbrio nas trocas, nem, tampouco, deve se reduzir às consequências desses limites. A expressão do valor da reciprocidade na legislação contratual também pode ser avaliada pelo que tem de intrinsecamente bom (ou mau), independentemente, portanto, de suas consequências. O conteúdo expressivo da lei pode, além disso, ter um impacto não relacionado à decisão de negar exequibilidade a determinados contratos ou cláusulas contratuais.

O restante do artigo está organizado da seguinte maneira. A parte II oferece uma definição geral e algumas concepções mais precisas acerca da reciprocidade nos contratos. Em relação a cada uma dessas concepções, referem-se algumas dificuldades ou inconvenientes, ligados, sobretudo, à tentativa de fazer valer a reciprocidade por meio de restrições à eficácia legal de contratos espontaneamente celebrados. A parte III é dedicada às duas formas de análise da expressão legal do valor da reciprocidade, correspondentes às duas formas de expressivismo antes referidas; trata, portanto, a uma, de definir por que a expressão em lei do valor da reciprocidade nos contratos é intrinsecamente importante e, a duas, de aventar que consequências essa expressão pode ter – com especial atenção, no último caso, à eventual influência que o acréscimo simbólico do valor da reciprocidade à legislação contratual pode exercer sobre

as razões de agir dos contratantes. Na parte IV, comparam-se duas maneiras pelas quais o valor da reciprocidade pode ser expresso na legislação: uma, abstrata, pela qual a reciprocidade seja proclamada sem que se faça alusão a uma concepção mais precisa sobre aquilo em que a reciprocidade consiste, e outra, concreta, na qual transpareça uma determinada concepção de reciprocidade ou uma particular demanda para a manutenção da reciprocidade em certos contratos. A parte V conclui o artigo com algumas sugestões para a pesquisa futura.

1 A RECIPROCIDADE NOS CONTRATOS: IDEIA GERAL E ALGUMAS CONCEPÇÕES

Entende-se aqui como reciprocidade a qualidade de uma relação contratual que exige sacrifício e propicia vantagem a todos os envolvidos, e na qual se verifica uma certa correspondência entre o sacrifício exigido e a vantagem propiciada a cada uma das partes. A reciprocidade se traduz, portanto, não só por uma mutualidade de custos e benefícios, mas também pela proporcionalidade (igualdade ou semelhança de proporção) entre o custo e o benefício que cada um dos contratantes obtém.

Tratada como valor, a reciprocidade deixa de ser apenas algo observável em algumas relações contratuais para se tornar uma qualidade que essas relações devem, ao menos em boa parte dos casos,[17] apresentar. Assim, é não apenas um fato o de que, ao invés de servir para a exploração de uma das partes pela outra, os contratos constituem relações de cooperação que remuneram de maneira justa o sacrifício que cada um dos contratantes realiza; essa justa remuneração ou ausência de exploração é também uma condição para a legitimidade do contrato.

Há várias maneiras de traduzir a exigência imposta às relações contratuais pelo valor da reciprocidade, cada uma delas correspondendo a uma resposta diferente à questão de saber qual é a justa medida de remuneração ao sacrifício suportado pelas partes ou o que previne o contrato de ser uma relação exploratória. Considerem-se algumas dessas respostas, de acordo com as quais falta reciprocidade se: (1) o preço a ser pago por um dos contratantes é maior ou menor, ou substancialmente maior ou menor, do que o preço médio;[18] (2) o contrato, em razão do pouco ou nenhum poder de barganha de uma das partes, estabelece condições que desatendem às preferências da parte em desvantagem; (3) o excedente contratual é desigualmente repartido, sendo inteira ou quase inteiramente apropriado por um dos contratantes.[19]

Contratos exploratórios do tipo "1" podem se verificar se uma das partes, por ignorância[20] ou necessidade,[21] submete-se a preço vil ou exorbitante. Em tais casos, porém, pode-se alegar que o mal não reside na falta de reciprocidade em si (verificada pela discrepância entre o preço estipulado e o preço de mercado), mas nas condições sob as quais o consentimento de um dos contratantes foi obtido. Além disso, um inconveniente de se aplicar o requerimento de reciprocidade como observância do preço

médio reside em que, se o mercado ainda não chegou a um equilíbrio, a intervenção estatal pode dar lugar a um equilíbrio "artificial",[22] caracterizado pela escassez de oferta (se o preço considerado justo é inferior ao que resultaria da livre ação das forças de mercado) ou demanda (na hipótese contrária).

Em "2", a exploração está relacionada à uniformidade de cláusulas característica das práticas de contratação em massa (os "contratos de adesão"). Para a redução de custos administrativos, o empresário subordina os inúmeros contratos que realiza a um ou alguns "contratos-tipo", restando aos consumidores a escolha entre se submeter a um dos modelos contratuais oferecidos ou desistir da contratação. Esses contratos de adesão podem se considerar exploratórios à medida que, em virtude da padronização que impõem, deixem de atender às preferências de alguns consumidores.

Admitindo-se, porém, que os consumidores estejam bem informados e se comportem de maneira racional, a forma de exploração mencionada no parágrafo anterior deve ficar circunscrita a alguns poucos casos, os quais, além disso, não são nada fáceis de constatar. Isso porque se a preferência por uma cláusula *x* é comum a um grupo relativamente numeroso de consumidores,[23] é de esperar que, para atrair esse grupo, tal cláusula seja incluída ao menos em um dos tipos de contrato oferecidos, já que o empresário que assim não o fizer ficará em desvantagem frente a seus competidores.[24] Em consequência, a impossibilidade de realizar um contrato contendo a cláusula *x* só é de se prever na hipótese de a quantidade de consumidores que preferem *x* ser pequena a ponto de fazer com que a vantagem competitiva resultante do oferecimento dessa cláusula não compense o acréscimo de custos administrativos daí decorrente. Mesmo que casos assim possam ocorrer, é no mínimo difícil determinar quando acontecem, e quais são, em tais circunstâncias, os consumidores lesados.

Contratos de adesão podem ainda ser tidos como exploratórios se, contrariamente ao que se supôs no último parágrafo, os consumidores não estão adequadamente informados acerca das cláusulas desses contratos ou, mesmo informados, não se comportam de maneira racional.[25] Com consumidores desinformados ou que não escolhem racionalmente, o incentivo do empresário a incluir no contrato cláusulas que atendam às preferências dos consumidores desaparece, criando-se as condições para o surgimento de um "mercado de limões", com contratos de adesão que contêm cláusulas contrárias às preferências da maioria ou até da totalidade dos consumidores.[26]

O combate à falta de reciprocidade resultante da falta de informação ou irracionalidade dos consumidores também se depara, no entanto, com inconvenientes. Em primeiro lugar, se a falta de informação ou irracionalidade são erroneamente imputadas, a intervenção corre o risco de sujeitar os consumidores a cláusulas não desejadas, ou seja, a cláusulas cujo custo, causador de uma alta no preço do produto ou serviço oferecido, esses consumidores prefeririam não suportar. Além disso, se

apenas uma parte dos consumidores se encontra mal informada ou propensa a decidir irracionalmente, a proibição à estipulação de uma certa cláusula, ainda que vantajosa a esses consumidores,[27] pode causar dano aos demais.

Por fim, a falta de reciprocidade correspondente a "3", caracterizada pela desigual repartição do excedente contratual, depende do "preço de reserva", portanto do preço máximo que a parte se dispõe a pagar (ou do mínimo que estaria disposta a aceitar) pelo bem ao qual o contrato diz respeito.[28] Por exemplo, suponha que A, interessado em comprar automóvel pertencente a B, esteja disposto a pagar até R$ 15 mil pelo carro. Para B, o preço de reserva é R$ 12 mil, isto é, R$ 12 mil é a quantia mínima pela qual B aceitaria se desfazer do mesmo bem. O excedente contratual é a diferença entre os preços de reserva das duas partes, chegando, no caso, a R$ 3 mil. Logo, para que o contrato não seja exploratório, esse excedente teria de ser igual ou quase igualmente distribuído entre A e B, com o preço do carro ficando em R$ 13.500 ou próximo a isso.

Esse modo de entender a reciprocidade possui dois inconvenientes, o primeiro deles consistindo em fazer com que a verificação de que um contrato é leonino dependa de indícios a respeito do preço de reserva de cada um dos contratantes, já que é só a partir de informações sobre esse preço que se pode avaliar a equanimidade do preço pactuado. Essas informações, no entanto, podem ser difíceis de obter.

O outro inconveniente é que a ideia de exploração que resulta da exigência de reciprocidade como igual repartição do excedente contratual pode perder sua plausibilidade quando se considerem as razões determinantes do preço de reserva da cada uma das partes. Imagine que B tenha vendido o carro para A por R$ 13.500, mas que, enquanto o preço de reserva de A permaneça em R$ 15 mil, no caso de B esse preço seja agora de R$ 8 mil. Em tal hipótese, o excedente contratual equivaleria a R$ 7 mil, dos quais uma porção considerável (R$ 5.500, pouco mais de 80%) seria apropriada por B. Ao invés, porém, de abstrair as razões que fizeram com que os preços de reserva dos contratantes fossem esses, suponha que B estivesse disposto a vender o carro por um preço baixo porque precisava desesperadamente de dinheiro para custear o tratamento de um filho doente. Sob tais circunstâncias, não parece plausível afirmar que A tenha sido explorado por B, não mais do que seria se, diferentemente, B não precisasse com urgência do dinheiro e seu preço de reserva ainda fosse R$ 12 mil (fazendo o preço de R$ 13.500 corresponder a uma igual divisão do excedente).

2 A EXPRESSÃO LEGAL DA RECIPROCIDADE: VALOR INTRÍNSECO E CONSEQUÊNCIAS

Dadas as dificuldades com que se deparam as diferentes concepções de reciprocidade examinadas, que razões haveria para incluir a reciprocidade entre os valores a

serem expressos pelas normas legais aplicáveis aos contratos? Tal como antes observado, o conteúdo expressivo da legislação pode ser apreciado pela sua importância intrínseca ou devido às consequências a que dá lugar. No que se refere à primeira dessas duas dimensões, não parece difícil sustentar a superioridade de um sistema legal cujas normas contratuais manifestem reconhecimento ao valor da reciprocidade em relação a um outro no qual isso não aconteça. Reconhecer o valor da reciprocidade significa, em primeiro lugar, reconhecer a validade, para o direito contratual, de uma ideia fundamental de igualdade. Como a exigência de reciprocidade é a de que os interesses de uma das partes não sejam subjugados para a realização dos da outra, o que se afirma com a reciprocidade é nada menos do que o igual *status* dos diferentes contratantes. Em segundo lugar, mais do que a expressão de respeito aos interesses de todos que caracteriza uma sociedade igualitária, o valor da reciprocidade é também o valor de uma sociedade fraterna, na qual as relações entre os cidadãos (entre elas, as relações contratuais) se estabelecem para a mútua cooperação[29] e não para a obtenção de vantagem a qualquer preço.

O sentido igualitário e fraterno que a legislação contratual adquire mediante o reconhecimento do valor da reciprocidade não depende da maneira como a exigência que esse valor impõe mais concretamente se traduza. Considerando-se apenas o conteúdo expressivo da lei em si mesmo, um sistema jurídico que manifesta a igual consideração e o valor da cooperação dos quais a reciprocidade é, ela mesma, superior a um outro no qual a exploração seja, ainda que não explicitamente, tolerada, independentemente da ideia mais concreta que se faça a respeito do que a reciprocidade exige – estipulação do preço médio; cláusulas que atendam às preferências de ambos os contratantes; igual repartição do excedente contratual; etc. A variedade de posições acerca daquilo a que devem atender as relações contratuais a fim de não se mostrarem exploratórias não impede, em outras palavras, que se atribua superioridade moral a um sistema jurídico em que o valor da reciprocidade seja reconhecido.[30]

No que toca às consequências do conteúdo expressivo da lei, podem-se distinguir as consequências não relacionadas a uma alteração de padrões comportamentais, ou seja, a uma alteração das razões, desejos ou inclinações que influenciam o agir dos contratantes, e as consequências que sejam de atribuir justamente à alteração desses padrões. No primeiro caso, pode-se dizer que as consequências decorrem exclusivamente de fatores externos – como, por exemplo, o agravamento da sanção cominada a uma certa conduta –, enquanto, no segundo, essas consequências estão ligadas a fatores internos ao agente, tais como o aflorar de um novo desejo ou a diversificação do rol de razões para agir.

A diferença entre as duas espécies de consequências pode ser ilustrada com o caso de um fabricante cujas ações sejam de início determinadas exclusivamente pelo objetivo de maximizar lucro. Suponha que esse fabricante tivesse de se sujeitar a uma

regra de responsabilidade civil pelos danos que os seus produtos causem aos consumidores. Se, uma vez instituída essa regra, as ações do fabricante continuassem pautadas pelo mesmo objetivo, a maximização do lucro, o efeito da norma legal seria levá-lo a tomar providências para tornar seus produtos mais seguros e prevenir danos aos consumidores apenas à medida que o custo marginal (adicional) dessas providências fosse inferior ao custo marginal esperado das indenizações. A proteção à vida e à saúde dos consumidores estaria limitada, em outras palavras, ao ponto a partir do qual a prevenção se tornasse mais cara para o empresário do que a reparação do dano causado. Em tal hipótese, as consequências da lei estariam relacionadas unicamente a um fator externo (a sanção legalmente prevista), já que a razão determinante do agir do fabricante – a maximização do lucro – seria a mesma antes e depois da criação da norma.[31] Mas imagine agora que, diversamente, a regra sobre responsabilidade civil tenha chamado a atenção para a importância de preservar a vida e a saúde dos consumidores, de tal maneira que, devido à instituição dessa regra e à mensagem que ela veicula, o fabricante deixe de se preocupar apenas com a maximização do lucro e passe a tratar a preservação da vida e da saúde dos consumidores como uma razão para agir independente, e por vezes derrogatória, da anterior. Nessa segunda hipótese, a consequência da lei seria, pois, fazer com que o fabricante tomasse providências para aumentar a segurança dos seus produtos até mesmo em casos nos quais o custo marginal dessas providências superasse o custo marginal esperado das indenizações que, devido à falta de precaução, ele seria obrigado a pagar. Esse aumento da precaução ocorrido em virtude da modificação nas razões aceitas pelo agente seria a consequência de um fator interno – a inclusão da proteção à vida e à saúde dos consumidores entre as razões para a ação – correspondendo, assim, à segunda das espécies de consequências mencionadas acima.[32]

Na análise das consequências da expressão legal do valor da reciprocidade para os contratos, é preciso levar em conta não apenas as consequências "externas", relacionadas a fatores externos ao agente, mas também as consequências "internas". A expressão do valor da reciprocidade pode influenciar a atividade contratual pelos incentivos que cria – por exemplo, o incentivo a não contratar, em razão dos limites impostos à liberdade contratual – e *também* pela alteração das motivações dos agentes. Em relação a esse segundo ponto, é de se cogitar, em particular, o quanto o endosso legal ao valor da reciprocidade pode contribuir para incluir a consideração ao interesse da contraparte entre as razões de agir dos contratantes.[33]

À medida que a expressão legal do valor da reciprocidade contribua para imbuir as motivações dos agentes de certo altruísmo,[34] faz-se dispensável a imposição de limites à liberdade contratual, evitando-se, assim, alguns dos inconvenientes a que pode dar lugar a promoção da reciprocidade quando realizada por meios externos. Observou-se acima que, entendida como observância do preço médio, a reciprocidade pode, se feita valer por meio de intervenção legal ou judicial, resultar em um

equilíbrio diferente daquele ao qual se chegaria "naturalmente" (isto é, pela livre ação das forças de mercado), no qual oferta ou demanda se mostrem insuficientes. Se a ação dos contratantes deixar de ser pautada exclusivamente pela busca do próprio ganho, no entanto, discrepâncias significativas entre o preço médio e o preço estipulado em cada contrato se tornarão mais raras, reduzindo a necessidade da intervenção estatal.

De maneira similar, o altruísmo que o reconhecimento do valor da reciprocidade pode suscitar diminui a necessidade de intervenção em contratos de adesão. Com empresários comportando-se egoisticamente, as cláusulas de contratos de adesão só atenderão às preferências dos consumidores à medida que os últimos estejam informados acerca do conteúdo dessas cláusulas e aptos a decidir de acordo com suas preferências. Além disso, se as preferências dos consumidores forem heterogêneas, comerciantes dispostos a maximizar seus lucros apenas diversificarão os contratos oferecidos se o ganho proporcionado por essa diversificação superar os custos administrativos daí advindos. A consideração aos interesses da contraparte, no entanto, pode fazer com que os fornecedores de produtos e serviços ajustem as cláusulas contratuais às preferências dos consumidores independentemente do quanto estes estejam informados ou aptos a escolher.[35] Pela mesma razão, um aumento de custos para a diversificação de contratos pode ser suportado ainda que a vantagem competitiva obtida com essa diversificação não se mostre superior aos custos que ela acarreta.[36]

Finalmente, se a hipótese dos últimos parágrafos estiver correta e a proclamação legal do valor da reciprocidade colaborar para que os contratantes ajam também segundo razões altruístas, outro possível efeito do conteúdo expressivo da lei é uma repartição mais equânime do excedente de certos contratos. Uma vez que os interesses do outro sejam tidos em conta e que o ato de contratar não seja, portanto, guiado pelo exclusivo propósito de obter a máxima vantagem, os contratantes poderão abrir mão de barganhar além de um determinando preço, evitando, assim, aproximar-se do preço de reserva de um ou de outro. Esse efeito, no entanto, depende de que cada uma das partes esteja ao menos medianamente bem informada sobre o preço de reserva da outra (caso contrário, a renúncia à barganha pode piorar, ao invés de tornar mais equânime, a repartição do excedente contratual). Além disso, quando a informação sobre o preço de reserva da contraparte é imperfeita ou os contratantes discordam sobre o que seria uma justa repartição do excedente, o apreço à reciprocidade pode dar lugar a situações de impasse, nas quais as partes se recusem a realizar trocas mutuamente benéficas por considerá-las iníquas.

Para resumir, pode-se dizer que se, por um lado, a realização coerciva do valor da reciprocidade nos contratos de fato padece de certos inconvenientes – risco de redução de bem-estar provocada por um equilíbrio de preços artificial ou pela imposição de cláusulas contratuais contrárias às preferências dos (de todos ou alguns)

consumidores –, por outro, a expressão legal do valor da reciprocidade não deve ser julgada apenas por esses inconvenientes, mas também pelo seu próprio valor intrínseco e pelas consequências internas a que venha a dar lugar. Essas consequências – e, em particular, o fato de a proclamação legal do valor da reciprocidade contribuir para que se introduza a consideração ao interesse da contraparte entre as razões de agir dos contratantes – podem até mesmo reduzir a necessidade de que a reciprocidade se faça valer por meios externos.

3 A EXPRESSÃO LEGAL DA RECIPROCIDADE: FORMAS ABSTRATAS E CONCRETAS

A análise precedente enseja algumas considerações quanto às diversas maneiras mediante as quais o valor da reciprocidade pode ser expresso pela legislação. Uma distinção fundamental a esse respeito é a que põe, de um lado, os casos em que o valor da reciprocidade é expresso de maneira abstrata, não se vinculando, portanto, a uma concepção mais precisa sobre o que seja a reciprocidade, e, do outro, os casos nos quais a alusão à reciprocidade se faz mais concretamente, por meio da adesão legal a uma determinada concepção de justiça contratual ou por particulares exigências para a observância da reciprocidade nos contratos (em todos ou alguns deles). Um exemplo da primeira espécie é dado pelo art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), de acordo com o qual são nulas as cláusulas contratuais que "estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade". Como se pode perceber pela passagem transcrita, o que esse dispositivo expressa é simplesmente a exigência de que os contratos de consumo se abstenham de explorar os consumidores, sem que uma ideia mais precisa acerca daquilo em que tal exploração, a qual se faz alusão por meio das palavras "iníquas", "abusivas", "desvantagem exagerada" e "incompatíveis com a boa-fé ou a equidade", consista.[37] No Código Civil, um similar requerimento genérico de reciprocidade entende-se expresso pelo art. 421, no qual se proclama o princípio da função social do contrato.[38] Exemplos da segunda maneira de expressar o valor da reciprocidade são os da Súmula n. 296 do STJ, na qual se estabelece que, em contratos de mútuo bancário, a taxa dos juros remuneratórios depois de findo o prazo contratual deve ser a taxa média de mercado, deixando, assim, ventilar a ideia de que a reciprocidade é realizada nos contratos pela estipulação do preço médio,[39] e o do art. 52, § 1º, do já citado Código de Defesa do Consumidor, que limita a multa aplicável ao consumidor em mora a dois por cento do principal devido.[40]

Uma característica das formas de expressão abstrata do valor da reciprocidade é que elas podem inspirar a criação de normas de reciprocidade *ex post facto*, ou seja, de normas que, para a promoção da equanimidade contratual, reconheçam limites à

liberdade dos contratantes depois de os contratos já terem sido concluídos. É verdade que isso também pode acontecer com as formas de expressão concreta do mesmo valor, quando a demanda na qual mais concretamente se traduza a exigência de reciprocidade seja aplicada retroativamente, mas, no caso das formas abstratas, o potencial para inspirar limites *ex post* se mantém mesmo depois que a lei (ou decisão judicial) é promulgada. Exemplificando, enquanto o art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor pode levar constantemente à nulidade de novas cláusulas contratuais, dando origem a limites à liberdade dos contratantes que serão eventualmente declarados apenas após a realização do contrato, o art. 52, § 1º, do mesmo Código, ainda que aplicado retroativamente, institui tão somente o limite de dois por cento às multas pagas pelos consumidores.[41]

A criação de normas *ex post* aumenta a probabilidade de que a execução forçada de um contrato se sujeite a limites que não eram nem podiam ser conhecidos pelas partes à época em que o contrato foi realizado, sendo, por isso, importante para a comparação das formas de expressão abstratas e concretas do valor da reciprocidade. Tal comparação não pode, entretanto, restringir-se a isso, nem, em particular, pode se reduzir às repercussões externas (no sentido antes indicado) da insegurança jurídica que as formas abstratas, mais do que as formas concretas, suscitam. Ao invés disso, é preciso examinar também a relação dessas diferentes formas de expressão com o valor inerente do conteúdo expressivo da lei, bem como suas consequências sobre as motivações dos agentes (internas).

Se a expressão do valor da reciprocidade é em si mesma louvável por seu sentido igualitário e fraterno, é imperioso que tal valor seja associado aos contratos em geral, isto é, que a recusa à subordinação dos interesses de um dos contratantes em prol dos do outro e a consideração aos interesses da contraparte sejam, exceção feita aos contratos benéficos, características de toda e qualquer atividade contratual, e não de apenas alguns contratos. Afora isso, o sentido em virtude do qual a reciprocidade há de ser valorizada pode ser encontrado tanto nas formas abstratas quanto nas formas mais concretas de sua expressão. Em outras palavras, as ideias de respeito e generosidade que a reciprocidade contratual traduz tanto podem ser transmitidas por meio de enunciados legais vagos, pelos quais se proclame a reciprocidade sem estabelecer com exatidão em que ela consiste – caso, por exemplo, do art. 421 do Código Civil brasileiro, uma vez entendido o atendimento à função social do contrato como atendimento a um preceito de equilíbrio ou justiça contratual – como por outros nos quais se deixe que uma concepção de reciprocidade em particular, por exemplo, a reciprocidade como observância do preço médio – transpareça.

Não se quer sugerir com o recém-afirmado que a expressão em lei de uma ideia mais precisa de reciprocidade seja irrelevante ou mesmo, no caso de a concepção de reciprocidade escolhida ser genuína, indesejável. Ao contrário, o que se pondera é apenas que a formulação abstrata do conceito de reciprocidade basta para fazer notar

a adesão de um sistema jurídico a princípios de igualdade e fraternidade, adesão essa que, segundo a posição expressivista aqui aceita, é, por si só, moralmente relevante e louvável. Segue daí que a falta de precisão quanto ao sentido da reciprocidade contratual, decorrente seja da indecisão frente a diferentes concepções, seja do puro e simples não desenvolvimento do conceito, não é, em si mesma, razão para que o valor da reciprocidade deixe de ser expresso, apesar das consequências da imprecisão e, em particular, da insegurança jurídica que ela faz surgir.

Com a ressalva óbvia de que toda hipótese levantada a esse respeito necessita de confirmação empírica, é lícito aventar que a influência do conteúdo expressivo da lei sobre as razões dos agentes, e, em especial, a infusão de uma certa dose de altruísmo em tais razões, ocorra de maneira igualmente intensa, ou até mais intensa, nos casos em que o valor da reciprocidade é expresso abstratamente. A simples alusão à ideia de que as trocas devem ser justas ou de que o contrato não deve servir de meio de exploração de uma das partes pela outra pode bastar para que o valor da reciprocidade seja internalizado, portanto para que os próprios contratantes deixem de ver a relação em que se encontram como instrumento para a maximização do próprio ganho e incluam a realização do interesse do outro entre suas razões para agir. Além disso, comparada a casos nos quais a lei se limite a exigir a observância do preço médio ou a proibir a estipulação de certas cláusulas por considerá-las abusivas, a exigência de reciprocidade feita em abstrato parece evocar com mais clareza os valores da igualdade e da fraternidade, podendo, em consequência, mostrar-se mais eficaz no que diz respeito à alteração das motivações das partes.

4 CONCLUSÕES

Este texto convida a fazer avançar duas linhas de investigação sobre a reciprocidade nos contratos. Ambas vão além, embora, é claro, não sejam indiferentes à questão de determinar em que a reciprocidade consiste. A primeira dessas linhas se refere à expressão da reciprocidade em si mesma: um sistema jurídico no qual se proclame a reciprocidade como valor contratual é, desconsiderando-se todo o resto, moralmente superior a um outro que não o faça? Há, em outras palavras, alguma razão para que a expressão do valor da reciprocidade na legislação contratual seja louvada por si mesma, independentemente das suas consequências? A resposta acima oferecida para essas perguntas foi afirmativa, mas é plausível supor que algo mais ainda se possa dizer a esse respeito.

A segunda linha de investigação é a que se refere às consequências da expressão em lei do valor da reciprocidade contratual. Essa linha tem sido bastante explorada, especialmente por autores ligados à análise econômica do direito, no que toca às consequências da intervenção estatal ocorrida mediante a recusa a executar contratos iníquos.[42] Falta, entretanto, que esse trabalho – seja com o desenvolvimento de

modelos preditivos, seja com a busca de evidências empíricas – estenda-se a consequências outras que não as da intervenção estatal em mercados habitados por agentes autointeressados. Em particular, seria importante estimar ou verificar o efeito da expressão legal do valor da reciprocidade sobre normas sociais, bem como o seu impacto sobre as razões de agir dos contratantes – o que aqui se denominou de efeito interno do conteúdo expressivo da legislação.

: ARTIGO APROVADO (10/09/2010) : *RECEBIDO EM 19/03/2010*

NOTAS

1 O autor agradece ao UniRitter/RS e à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS) pelo apoio à realização da pesquisa.

2 Por "legislação" entenda-se aí a totalidade do sistema jurídico, e não, portanto, apenas a parte desse sistema que é composta de leis em sentido mais estrito.

3 Como é na doutrina brasileira o "princípio do equilíbrio" ou, no entender de alguns, o princípio da função social do contrato estabelecido pelo art. 421 do Código Civil. V, a respeito, as referências contidas nas notas 10 e 37, *infra*.

4 Entre os autores simpáticos ao que se vem chamando de "expressivismo jurídico" (*legal expressivism*) estão, p.ex., Cass Sunstein (1996, p. 2021); Richard H. Pildes (1998, p. 725); Elizabeth S. Anderson; Richard H. Pildes (2000, p. 1503); Deborah Hellman (2000, p. 1). Para opiniões discordantes, v. Matthew D. Adler (2000, p. 1363); Steven S. Smith (2001, p. 506); Heidi M. Hurd (2005, p. 405).

5 Esses estados mentais, atitudes ou valores são aqueles que uma norma pareça manifestar, ainda que não sejam os mesmos que os autores da lei possuíssem ou intentassem comunicar ao promulgá-la. Uma lei, portanto, pode ser tratada como expressão de ódio racial mesmo que não haja entre os seus autores qualquer animosidade contra o grupo ao qual a lei causa dano. V. Anderson & Pildes (2000, p. 1523-1524).

6 V. Lewis A. Kornhauser (1998, p. 1599, 1624-1625) – distinguindo a opinião segundo a qual o conteúdo expressivo da lei tem um valor meramente instrumental, ou seja, é importante apenas à medida que educa a população e assim colabora para a realização de certos objetivos, e a opinião segundo a qual o conteúdo expressivo da lei possui valor intrínseco.

7 Por "análise econômica tradicional" entenda-se aí uma que se limite aos incentivos decorrentes das sanções legais, ignorando, portanto, as possíveis consequências comportamentais do conteúdo expressivo da lei como um todo.

8 Uma outra distinção entre teorias legais consequencialistas é a que separa, de um lado, aquelas que tratam preferências (no sentido de gostos ou convicções) como exógenas e, de outro, as que cogitam de alteração nas preferências de uma população em virtude das normas legais. Para uma teoria da primeira espécie, a lei influi sobre as escolhas da população apenas à medida que altera o "preço" de certas condutas. O fumante inveterado, por exemplo, não passa a gostar menos do cigarro por causa de uma lei que proíbe o fumo em lugares públicos, mas pode ter o seu comportamento alterado em razão do custo adicional que essa lei atrela ao consumo do cigarro. Já uma teoria da segunda espécie conta com possíveis modificações nas preferências da população em decorrência das normas legais, como no caso do fumante que é persuadido pela mesma lei acerca da inconveniência do fumo e para o qual então o consumo do cigarro se torna menos desejável.

Embora seja altamente plausível supor que o conteúdo expressivo da lei tenha impacto sobre as preferências (e não apenas sobre as escolhas) dos cidadãos, o que distingue o expressivismo consequencialista é a atenção às consequências desse conteúdo como um todo, e não pertencer ao rol de teorias da segunda das duas espécies aqui mencionadas.

9 V. Sunstein (1996, p. 2045). Para Sunstein, o único expressivismo defensável é o expressivismo consequencialista.

10 Procurei defender o expressivismo deontológico em um artigo anterior, Avaliando a lei pelo que ela expressa: o fundamento moral do expressivismo jurídico, inédito. Nesse artigo, argumento que o conteúdo expressivo da lei possui uma importância moral objetiva, independente da qualidade moral das condutas que lhe deram origem. Tal importância decorre do próprio caráter expressivo da legislação ou do fato de o sistema jurídico, à medida que é encarado como sistema jurídico de um povo, ser expressão das crenças, valores e atitudes desse povo.

11 A legislação brasileira não institui de maneira expressa um princípio de equilíbrio para os contratos. Referências ao princípio do equilíbrio podem ser encontradas, não obstante, em Fernando Noronha (1994, p. 205-249); Antonio Junqueira de Azevedo (1998, p. 113, 116); Teresa Negreiros (2006, p. 156-206). Além disso, parte da doutrina trata o princípio da função social do contrato instituído pelo art. 421 do Código Civil como um princípio que demanda, entre outras coisas, equilíbrio nas trocas. V., a esse respeito, as referências contidas na nota 37, *infra*.

12 A Lei n. 8.078/1990 do Código de Defesa do Consumidor trata de manter o equilíbrio nos contratos de consumo especialmente mediante a proibição a cláusulas abusivas (v., em particular, o art. 51) e a proteção ao consumidor contra a onerosidade excessiva decorrente de fato superveniente (art. 6º, V, *in fine*).

13 V., p. ex., Negreiros (2006, p. 160): "um contrato livremente pactuado pode ser, não obstante, um contrato injusto e, *nesta medida, pode ser revisto, modificado judicialmente ou mesmo integralmente rescindido*" (grifo do autor).

14 Como parece fazer Luciano Benetti Timm (2008, p. 77), v., em especial, o cap. IV, no qual o autor afirma que, ao invés de combater o desequilíbrio verificado em algumas relações, o direito contratual deve se contentar em reduzir custos de transação e contribuir assim para o "bom funcionamento do mercado".

15 Talvez se devesse falar em não intervenção estatal quando a lei nega eficácia a contratos ou cláusulas iníquas, pois o que ocorre nesses casos é a recusa do Estado, por meio de seus órgãos judiciais, a fazer cumprir o que foi pactuado ou a aplicar sanção à parte renitente. O mais comum, entretanto, é usar-se o termo "intervenção" para esses casos e tratar como de não intervenção aqueles nos quais o Estado impõe o cumprimento do contrato.

16 Em defesa das consequências de uma intervenção estatal nos contratos destinada a preservar o equilíbrio contratual, v. James Gordley afirmando que a observância do justo preço, entendido como o preço de mercado, evita uma redistribuição de riquezas não planejada (1981, p. 1587, 1609-1617). Para um ponto de vista contrário, v. Richard A. Epstein, para quem a recusa a executar um contrato é justificável apenas em caso de vício da vontade ou "*procedural unconscionability*"; quando, ao contrário, a intervenção estatal se baseia apenas no conteúdo do contrato – "*substantive unconscionability*" –, sua tendência é contrariar o interesse dos contratantes e assim causar mais dano do que benefício (1975, p. 293).

17 Aceitar a reciprocidade como valor não impede que se reconheçam relações contratuais dominadas pelo altruísmo, às quais, portanto, tal valor é estranho.

18 Sobre reciprocidade como observância do preço médio, ou "preço de mercado", v. James Gordley (1981).

O preço médio que se tem em vista pode ser o da época em que o contrato foi realizado ou, diversamente, o que é verificado algum tempo depois. A ideia de reciprocidade correspondente a esse segundo caso, isto é, reciprocidade como observância do preço médio superveniente, traz consigo uma complicação adicional pelo fato de a diferença entre o preço pactuado e o preço médio observado supervenientemente poder ou não ser atribuída ao ganho excessivo de uma das partes (ganho esse que a ação das forças de mercado teria paulatinamente tratado de impedir, resultando no preço médio atual). Em outras palavras, a diferença entre o preço estipulado e o preço médio apurado posteriormente pode se dever a fatores outros (como a situação de outros mercados) que não o locupletamento de uma das partes.

19 As respostas mencionadas não são, naturalmente, as únicas possíveis. Outra maneira de conceber a reciprocidade consistiria em equipará-la à proporcionalidade entre o sacrifício e o ganho que do contrato resultam para cada um dos envolvidos. Devido ao limite de espaço, no entanto, este artigo se restringirá às três concepções apresentadas no texto.

20 A ignorância pode se dever à ocasional falta de informação sobre as qualidades do bem adquirido ou, simplesmente, à inexperiência.

21 Caso, por exemplo, dos "contratos de salvamento".

22 Diferente daquele ao qual naturalmente levariam as forças de mercado.

23 Se a cláusula em questão acarreta custos adicionais para o empresário (p.ex., uma cláusula de garantia contra vícios ocultos, quando comparada a uma cláusula de exclusão de garantia), a preferência a que se refere o texto deve ser entendida como a disposição dos consumidores a pagar pela inclusão dessa cláusula no contrato uma quantia no mínimo igual aos custos daí decorrentes.

24 À falta de competição, o incentivo do fornecedor para preestabelecer cláusulas conformes às preferências dos consumidores é menor. Ainda assim, nada assegura que tais cláusulas não farão parte dos contratos, já que o empresário pode tirar proveito da posição de monopolista apenas mediante a estipulação de preços em patamares superiores aos competitivos. V. George L. Priest afirmando que, "geralmente, lucros monopolistas são maximizados mediante a venda de produtos idênticos em tudo [exceto preço] aos oferecidos sob competição" – "*generally, monopoly profits are maximized by selling a product identical in all respects [except price] to the product offered under competition*" –, (1981, p. 1297, 1321).

25 O abandono da suposição de racionalidade dos consumidores caracteriza a "economia comportamental" (*behavioral economics*) ou o "direito e economia comportamental" (*behavioral law and economics*). V. Christine Jolls, Cass R. Sunstein; Richard Thaler (1998, p. 1.471). Sobre a irracionalidade dos consumidores submetidos a contratos de adesão, v. Russel Korobkin (2003, p. 1203); Oren Bar-Gill (2008, p. 749).

26 Sobre isso, v. George A. Akerlof (1970, p. 488).

27 Da falta de informação ou irracionalidade só é válido inferir que os contratos de adesão podem desatender às preferências dos consumidores. Tendo em vista o custo de cláusulas alternativas, nada impede que as cláusulas impostas a consumidores mal informados ou irracionais sejam as mesmas que consumidores informados e racionais escolheriam.

28 Se o bem é daqueles que se comercializam com frequência, o preço de reserva dos contratantes deve ficar próximo ao preço de mercado ou preço médio. Afinal, por mais que o potencial comprador necessite do bem oferecido ou que o dono desse bem necessite vendê-lo, nenhum dos dois tem razão para se dispor a pagar significativamente mais ou a aceitar significativamente menos do que a quantia pela qual bens similares àquele são rotineiramente negociados. Uma considerável diferença entre os preços de reserva das duas partes está mais propensa a ocorrer, portanto, no caso de bens infungíveis (para os quais não há um preço de mercado) ou quando, apesar de haver mercado, uma das partes não tem acesso a ele (ou seja, não está em condições de negociar com outras pessoas). Nessa última hipótese, a reciprocidade pode ser entendida seja como observância do preço médio, seja como igual repartição do excedente contratual.

29 Além da busca pela realização do próprio interesse, a cooperação a que se refere o texto envolve um sentimento favorável à realização do interesse do outro. Esse sentimento está ausente nas relações exploratórias, as quais, portanto, não chegam a constituir relações de cooperação no sentido a que se alude acima, ainda que, eventualmente, revelem-se vantajosas para ambas as partes.

30 A vantagem de se apregoar o valor da reciprocidade desapareceria (ao menos no que diz respeito ao conteúdo expressivo da lei em si mesmo, isto é, como algo a que se atribui importância intrínseca) apenas se a ideia de reciprocidade se mostrasse destituída de sentido. Como demonstram as diversas concepções examinadas, no entanto, esse não é o caso.

31 Para uma análise das consequências da responsabilidade civil baseada na suposição de que a razão determinante do agir dos potenciais responsáveis seja a maximização da própria riqueza, v. Steven Shavell (1987).

32 Se o aumento da precaução ocorre devido ao abalo à reputação causado pelo acidente e ao efeito desse abalo sobre as vendas, trata-se de uma consequência meramente externa, a qual é de atribuir não à norma legal de responsabilidade propriamente dita, mas a uma norma social sobre a segurança dos produtos. O abalo à reputação e a subsequente queda nas vendas juntam-se à eventual condenação judicial a reparar o dano para constituir o "preço" a pagar pela falta de prevenção, não podendo deixar de ser levados em conta, portanto, pelo empresário cujo exclusivo interesse seja maximizar lucros.

33 O texto se refere à consideração ao interesse da contraparte como razão "última", não subordinada a nenhuma outra. O que se tem em vista, assim, é o comportamento genuinamente altruísta, e não os casos em que um dos contratantes trata de atender ao interesse do outro estrategicamente, ou seja, apenas com o fito de obter alguma vantagem no futuro.

34 Embora não se esteja em condições aqui de oferecer qualquer evidência empírica de que isso aconteça, a afirmação segundo a qual a expressão de valores pelo sistema legal é capaz de levar os cidadãos a tratar esses valores como razões para agir soa como truísmo. O que resta a verificar, portanto, é em que medida, ou sob que condições, a adesão de um sistema jurídico ao valor da reciprocidade afeta as motivações dos contratantes.

35 Isso depende, é claro, de que os fornecedores percebam corretamente as preferências dos consumidores.

36 O empresário preocupado em satisfazer aos interesses da contraparte deve, porém, levar em conta a alta de preços provocada pela diversificação de contratos e assim ponderar dois interesses distintos dos consumidores, o de pagar preços menores e o de contar com cláusulas contratuais adequadas às suas preferências.

37 A referida imprecisão apenas se mantém depois que se acrescenta, no § 1º do mesmo art. 51, que a vantagem contratualmente atribuída ao fornecedor se presume exagerada quando "I – ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual; III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso".

38 Código Civil, art. 421: "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato." Sobre o princípio da função social do contrato como princípio de equanimidade ou justiça contratual, v. Bruno Miragem (2005, p. 22, 25); Luis Renato Ferreira da Silva (2006, p. 147, 158). A doutrina brasileira também tem atribuído ao princípio da função social a extensão dos efeitos legais do contrato a terceiros. V., p. ex., Antonio Junqueira de Azevedo (1998, p. 113, 116-117); Judith Martins-Costa (2005, p. 65, 94-102).

39 Súmula n. 296 do STJ: "Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado". Devido à ressalva feita na parte final da Súmula, a taxa aplicada só será a taxa média nos casos em que a taxa estipulada contratualmente for igual ou superior a essa última.

40 Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), art. 52, § 1º: "As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigação no seu termo não poderão ser superiores a 2% (dois por cento) do valor da prestação".

41 É verdade que formas concretas de expressão do valor da reciprocidade também podem inspirar limites outros à liberdade contratual que não aqueles pelos quais a ideia de reciprocidade é expressa, como no caso de o art. 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor levar, por analogia, à imposição do limite de dois por cento às multas de mora em contratos que não são de consumo. Na história recente do Direito brasileiro, entretanto, casos assim não são tão frequentes quanto os de surgimento de limites à liberdade contratual decorrente das formas abstratas de expressão da reciprocidade.

42 V. Epstein (1975).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADLER, Matthew D. Expressive theories of law: a skeptical overview. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 148, p. 1363-1501, mai. 2000.

AKERLOF, George A. The market for "lemons": quality uncertainty and the market mechanism. *Quarterly Journal of Economics*, v. 84, p. 488-500, ago. 1970.

ANDERSON, Elizabeth S.; PILDES, Richard H. Expressive theories of law: a general restatement. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 148, p. 1503-1575, mai. 2000.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado, direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, v. 750, p. 113-120, abr. 1998.
BAR-GILL, Oren. The behavioral economics of consumer contracts. *Minnesota Law Review*, v. 92, n. 3, p. 749-802, fev. 2008.
EPSTEIN, Richard A. Unconscionability: a critical reappraisal. *Journal of Law & Economics*, v. 18, p. 293-315, 1975.
GORDLEY, James. Equality in exchange. *California Law Review*, v. 69, p. 1587-1656, dez. 1981.
HELLMAN, Deborah. The expressive dimension of equal protection. *Minnesota Law Review*, v. 85, p. 1-69, nov. 2000.
HURD, Heidi M. Expressing doubts about expressivism. *The University of Chicago Legal Forum*, v. 2005, p. 405-435, 2005.
JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A behavioral approach to law and economics. *Stanford Law Review*, v. 50, p. 1471-1550, mai. 1998.
KORNHAUSER, Lewis A. No best answer? *University of Pennsylvania Law Review*, v. 146, p. 1599-1637, jun. 1998.
KOROBKIN, Russel. Bounded rationality, standard form contracts, and unconscionability. *University of Chicago Law Review*, v. 70, p. 1203-1296, 2003.
MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, v. 29, p. 65-102, jul.-dez. 2005.
MIRAGEM, Bruno. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 56, p. 22-45, out./dez. 2005.
NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 544 p.
NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. 263 p.
PILDES, Richard H. Why rights are not trumps: social meanings, expressive harms and constitutionalism. *Journal of Legal Studies*, v. 27, p. 725-762, jun. 1998.
PRIEST, George L. A theory of the consumer product warranty. *Yale Law Journal*, v. 90, p. 1297-1352, 1981.
SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1987. 320 p.
SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no Novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 147-170.
SMITH, Steven S. Expressivist jurisprudence and the depletion of meaning. *Maryland Law Review*, v. 60, p. 506-577, 2001.
SUNSTEIN, Cass. On the expressive function of law. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 144, p. 2021-2053, mai. 1996.
TIMM, Luciano Benetti. *O Novo Direito Civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 204 p.
ZANITELLI, Leandro Martins. Avaliando a lei pelo que ela expressa: o fundamento moral do expressivismo jurídico, *inédito*.

Leandro Martins Zanitelli

Doutor em Direito pela UFRGS
Professor Titular da UniRitter/RS

Rua Santos Dumont, 888
Niterói – 92120-110
Canoas – RS – Brasil
leandro_zanitelli@uniritter.edu.br

Direito Penal
e outros temas

NEXO CAUSAL EM MATÉRIA PENAL: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

Luisa Moraes Abreu Ferreira

CASE LAW REGARDING CAUSAL RELATIONSHIP BETWEEN CONDUCT AND RESULT TO ATTRIBUTE CRIMINAL LIABILITY IN BRAZILIAN STATE SUPREME COURTS

RESUMO

Este artigo discute uma pesquisa empírica apresentada em 2009 como Trabalho de Conclusão de Curso na DIREITO GV sobre a definição da causalidade para responsabilização criminal nos Tribunais de Justiça. Foram analisadas 84 apelações criminais julgadas entre 2007 e 2008 e extraídos resultados quantitativos e qualitativos relacionados aos dados do processo, ao resultado da decisão e à argumentação. A análise desses resultados levou a cinco principais constatações: (1) a discussão sobre nexo causal ocorre quase exclusivamente em casos de crimes culposos; (2) muitas vezes, apesar de discutido pelas partes, a existência de nexo causal não é afirmada no acórdão; (3) o nexo causal é frequentemente afirmado com pouca fundamentação e, em geral, com menos argumentos do que a afirmação de culpa; (4) a teoria mais utilizada pelos Tribunais é a da equivalência das condições; e (5) o nexo causal é frequentemente afirmado como decorrência da culpa.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Penal; Imputação penal; Causalidade; Jurisprudência; Tribunal de Justiça

ABSTRACT

This paper reports empirical research presented in 2009 as final dissertation for graduation as Bachelor of Laws at DIREITO GV about the definition of causation to attribute criminal liability in the Brazilian State Supreme Courts. A total of 84 criminal appeals, ruled between 2007 and 2008, were analyzed and quantitative and qualitative results related to procedure data, results of the decision and reasoning were extracted. Analysis of these results led to five major findings: (1) discussion of causation occurs almost exclusively in cases of willful crimes, (2) often, though discussed by the parties, a causal relationship is not asserted in the decision, (3) causal relationship is often stated with little reasoning and, generally, with fewer arguments than the statement of negligence, (4) the causal theory most used by the courts is that cause is every necessary condition for the event, and (5) causal relationship is often asserted as a result of negligence.

KEYWORDS

Criminal Law; Attribution of criminal liability; Causation;Case law; Brazilian State Supreme Courts

INTRODUÇÃO

Desde o século XIX a teoria penal se ocupa em definir os critérios para imputação de responsabilidade jurídico-penal a um sujeito por um fato. No âmbito da tipicidade, essa imputação depende, dentre outros elementos, da escolha dos requisitos necessários para que se determine a ligação de um comportamento a um resultado. Até recentemente a discussão dogmática acerca da imputação restringia-se à forma

como deveria ser feito o corte da linha natural de relações causais, mas a causalidade em si não era questionada.

É possível citar dois autores contemporâneos que propõem a renovação dos instrumentos dogmáticos tradicionalmente usados para a imputação penal. Günther Jakobs foi o primeiro a romper com o conceito material de delito, preocupando-se em construir padrões de conduta normativos, desvinculados de dados ontológicos. Da mesma forma, Klaus Günther desnaturaliza a imputação e a concebe como ato social de significado próprio que depende da escolha das condições sob as quais é justificável responsabilizar individualmente a violação da norma. Atento para a importância dos critérios de responsabilização nas sociedades modernas,[1] Günther constatou que a única forma de legitimação dos critérios de responsabilização seria pelos próprios indivíduos, com debate público sobre as normas jurídicas que estabelecem esses critérios.

Essa breve menção aos autores evidencia o questionamento da adequação das teorias dogmáticas existentes – e em especial o conceito de causalidade –, para explicar a imputação penal. Apesar da relevância das novas teorias, este artigo se concentrará na definição do conceito de *causalidade* pelos tribunais brasileiros, uma vez que no Brasil prevalece largamente a concepção causal como elemento fundamental do tipo objetivo, e o primeiro passo do esforço de questionamento desse modelo só pode se dar, sob pena de tornar a discussão desvinculada da prática, depois do entendimento de quais são os critérios atualmente utilizados pela jurisprudência.

No Brasil a referência normativa desse modelo está no art. 13 do Código Penal, que oferece apenas critérios mínimos para imputação do tipo objetivo. A única baliza legal é o paradigma da causalidade que carece de critérios concretos, uma vez que a única limitação é a da causa relativamente independente que apenas exclui a imputação "quando, por si só, produziu o resultado". Daí conclui-se que há um problema de aplicabilidade do dispositivo legal, que depende da construção de critérios limitadores pela jurisprudência.

Com o objetivo de fomentar o debate público de forma que, nos termos propostos por Klaus Günther, esses critérios sejam questionados, deliberados publicamente e, se for o caso, reconstruídos, foi realizada uma pesquisa em 2009 que deu origem ao Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Direito de São Paulo, na Fundação Getulio Vargas, sob orientação da professora. Dra. Marta Rodriguez de Assis Machado, que será relatada neste artigo.

1 METODOLOGIA

O *lócus* escolhido para a pesquisa foram os Tribunais de Justiça. Essa escolha se justifica por três razões. Em primeiro lugar, porque a maior parte dos crimes nos quais se discute causalidade é de competência estadual. Em segundo lugar, a seleção de apenas

um Estado poderia ocultar alguma corrente jurisprudencial ou produzir resultados não passíveis de generalização. Por fim, é nos Tribunais de Justiça que a questão é discutida e estabelecida de forma definitiva. Ainda que a tipicidade seja discutida em *habeas corpus* nos Tribunais Superiores, a pesquisa restringiu-se aos Tribunais de Justiça porque em *habeas corpus* a análise da tipicidade objetiva fica prejudicada pela impossibilidade de análise do mérito. Pelos mesmos motivos, optou-se por não estudar as decisões em recursos especiais e extraordinários. Em primeira instância não há sentenças disponíveis na internet, dificultando a coleta de informações.

Foram selecionadas apenas as apelações, pois é nesse recurso que se discutem, preponderantemente, questões de fato. Um dos principais objetivos deste artigo – analisar a argumentação das decisões que afirmam a existência/inexistência de causalidade – ficaria prejudicado caso fossem pesquisados recursos em que a discussão de fato é limitada ou lateral.

A busca pelas decisões foi feita entre os dias 11 e 30 de novembro de 2008, pela ferramenta de pesquisa *on-line* de jurisprudência do *site* da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP).[2]

As palavras-chave "nexo causal" e "causalidade" foram escolhidas porque abarcariam os termos mais comuns para a discussão da questão. Não foram incluídas palavras-chave que abarcassem outras correntes dogmáticas, pois em pesquisa preliminar constatou-se que nos tribunais brasileiros prevalece a concepção da causalidade como elemento fundamental do tipo objetivo e, mesmo quando discutidas, essas teorias aparecem como complementação das teorias de causalidade.

Foram feitas duas restrições: (1) temporal, pois foram analisadas somente as decisões proferidas em 2007 e 2008; e (2) com relação à matéria, pois foram selecionadas apenas decisões de matéria penal.

Essa busca resultou em um total de 3.219 decisões. Desse conjunto de acórdãos, apenas 444 compuseram a base de dados inicial do trabalho; foram excluídas as decisões que, apesar do filtro feito no momento inicial da busca, não se tratavam de apelações criminais, estavam fora do período de tempo analisado ou eram repetidas. Após a análise dessas decisões, foram excluídas 360 decisões que não tinham como objeto a discussão acerca da definição do conteúdo da tipicidade objetiva.[3]

As decisões nas quais não havia nenhum argumento para sustentar a existência/inexistência de nexo causal, mas nas quais isso está no pedido, foram mantidas, pois uma das hipóteses iniciais é a de que a tipicidade objetiva poderia ser afirmada pelas turmas julgadoras sem ter sido arguida.

Optou-se por excluir as decisões que tratavam exclusivamente de autoria e participação, ou seja, nas quais se discutia o grau de contribuição individual de cada corréu para o resultado, pois o objetivo principal do estudo era entender como os tribunais interrompem o fluxo infinito de acontecimentos para definir o que é causa, e não como os tribunais definem que tipo de participação deve ser penalmente relevante.

O banco de dados definitivo dessa pesquisa é formado, portanto, por 84 decisões encontradas no *site* da AASP, portanto, elas estão sujeitas a alterações por recursos.

Para a leitura das informações do banco de dados, foi criada uma planilha no *Microsoft Excel* na qual as decisões foram classificadas segundo os seguintes grupos de informações: (1) dados do processo; (2) decisão analisada; (3) e argumentação. Cada grupo de informação foi subdividido totalizando 45 critérios de análise, detalhados a seguir.

As *informações sobre o processo* foram divididas em (1) dados do processo (caso; tribunal; comarca de origem; recorrente; número; turma julgadora; relator; votação unânime?; data do julgamento; descrição do fato; modalidade; tipificação penal solicitada pelo MP ou imputada pelo juiz de primeira instância; e culposo?); (2) informações de primeira instância (júri?; decisão de primeira instância; e fundamento); e (3) pedido (pedido; e especificação do pedido com relação à culpa e nexo causal).

As categorias acerca da *decisão analisada* foram: (1) resultado do julgamento (resultado do julgamento; fundamento; tipo penal; pena restritiva de liberdade; regime; pena de multa; pena restritiva de direitos; sursis; substituição; prescrição; e evolução da decisão); e (2) observações da decisão (trechos mais importantes; e número de páginas do acórdão).

A *argumentação* foi dividida nas seguintes categorias: (1) argumentação principal (afirmação sobre nexo causal e principal abordagem); (2) argumentação sobre nexo causal (dispositivos legais; teoria de causalidade; perícia; provas testemunhais; doutrina; e jurisprudência), e argumentação sobre culpa (dispositivos legais; teoria de causalidade; perícia; provas testemunhais; doutrina; e jurisprudência).

Apesar de este artigo focar a parte objetiva do tipo penal, foram incluídos critérios de análise da argumentação da parte subjetiva do tipo (nos casos de acusação por tipos culposos), porque na pesquisa preliminar observou-se grande quantidade de resultados de tipos culposos e, em leitura superficial das decisões, verificou-se que em alguns casos a argumentação do nexo causal decorria da argumentação da culpa.

O grupo de informações "argumentação" só foi preenchido com argumentos utilizados para sustentar a existência/inexistência de nexo causal e a existência/inexistência de culpa. Todos os outros argumentos da decisão foram desconsiderados.

Todos os resultados quantitativos e qualitativos – referentes a cada um dos 45 critérios de análise, bem como das novas categorias de cruzamento de dados – foram computados, tabelados e devidamente analisados na pesquisa que deu origem a este artigo. Em razão da grande quantidade de informação obtida e diante das limitações foram excluídos (1) os resultados quantitativos considerados menos relevantes para a discussão central do texto; (2) os gráficos e tabelas contendo todos os dados obtidos em cada critério de análise; e (3) grande parte dos trechos das decisões que corroboram as afirmações feitas na análise qualitativa dos resultados, tendo sido mantida, para verificação, a identificação de cada acórdão.

2 RESULTADOS QUANTITATIVOS

2.1 Tipo de crime

Os tipos culposos são maioria, respondendo por 79,7% das denúncias. Em 8,5% das decisões, a acusação refere-se a tipos complexos, em que se discute se o resultado morte tem nexo causal com a conduta do indivíduo. Esse resultado foi surpreendente: esperava-se maior número de decisões sobre tipos dolosos, pois, também nesses casos, a afirmação do nexo causal é necessária. Na pesquisa prevaleceram os casos de acidentes de trânsito (58,3% do total de casos são de homicídio culposo na direção, art. 302 da Lei 9.605/97). Por fim, foi interessante notar que dentro das acusações por tipos culposos apenas uma não se tratava de homicídio culposo, mas de lesão corporal culposa. Assim, em 78,5% do total de decisões que discutem causalidade, a acusação é de homicídio culposo.

2.2 Pedido

Em 71,4% dos casos o pedido[4] contido na apelação é de absolvição. Os pedidos de condenação corresponderam a 19% do total. Os pedidos de anulação (3,6%) são das apelações de decisões do Tribunal do Júri. Os pedidos de desclassificação correspondem a 6%.

2.3 Principal abordagem do pedido

Nos pedidos de condenação o argumento mais frequente é a existência de culpa, sem menção ao nexo causal (31,1%). Já nos pedidos da defesa predominam os argumentos de inexistência de nexo causal (35,8%), e de inexistência de nexo causal e de culpa, simultaneamente (34,3%).

Excluindo-se as acusações por tipos dolosos (para poder utilizar o dado para comparação entre a relevância dos elementos objetivo e subjetivo do tipo), dos pedidos do Ministério Público, 37,5% alegam exclusivamente a existência de culpa e em apenas 12,5% alega-se exclusivamente nexo causal. Para a defesa, o principal argumento dos pedidos é a alegação de ausência de culpa e de nexo causal (41,8%). Ainda, observou-se que é mais frequente a alegação exclusiva de ausência de nexo causal (23,6%) do que a alegação exclusiva de ausência de culpa (16,4%).

2.4 Resultado da decisão

As condenações prevalecem. Em 77,4% das decisões o resultado foi condenação. Houve absolvição em 20,2% dos casos.

2.5 Evolução da decisão

Em 88,1% dos casos a decisão de primeira instância foi mantida (Condenação-Condenação, Absolvição-Absolvição e Condenação-Condenação [prescrição]).[5] Nos

casos de reforma da sentença, foi mais frequente a reforma para absolver (6%). Das reformas para condenar (3,6%), a maioria declarou extinta a punibilidade pela prescrição. Os casos de anulação do julgamento pelo Tribunal do Júri (2,4%) são decisões em que: (1) o Conselho de Sentença havia condenado por lesão corporal grave e o Ministério Público apelou alegando existência de nexo causal entre as lesões e a morte; e (2) houve condenação por lesão corporal seguida de morte e o Ministério Público apelou pedindo a anulação. Em ambos os casos, o Tribunal anulou a sentença de primeiro grau.

2.6 Unanimidade das decisões

Em 92,9% das decisões a apelação foi decidida por unanimidade. Todos os casos em que houve divergência foram julgados pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

2.7 Afirmação quanto existência/inexistência de nexo causal

Nas decisões que compuseram o banco de dados predomina a afirmação de existência de nexo causal (72,6%). Em 6% das decisões não há nenhuma afirmação sobre a existência/inexistência de nexo causal, sendo 4,8% casos de condenação. O dado ganha relevância tendo em vista que foram selecionadas apenas decisões em que, de alguma forma, discute-se nexo causal. Esses casos são, portanto, decisões em que: (1) a defesa apelou alegando a inexistência de nexo causal; (2) a defesa, em contrarrazões de apelação, alegou a insuficiência de provas da existência de nexo causal; e (3) a decisão afirma a necessidade de verificar-se a existência de nexo causal para definição da tipicidade, mas, para condenar, apenas afirma a existência de culpa.

Nessa categoria, a argumentação não foi analisada. Para que a decisão fosse classificada como afirmação de "existência" de nexo causal, bastou que, mesmo sem qualquer argumento, se afirmasse, em qualquer parte da decisão, que havia causalidade. Assim, nessas decisões (6% do total) *nada foi afirmado com relação ao nexo causal no caso concreto*.

Outro dado importante observado durante a pesquisa foi que nos casos de absolvição a afirmação de insuficiência de prova do nexo causal (15,5%) prevalece largamente sobre a afirmação de inexistência de nexo causal (3,6%). Isso demonstra a dificuldade em afirmar-se, com segurança, sobre a existência/inexistência do elemento do tipo, o que se revela nos casos de absolvição, pois, nesses casos, não é exigida certeza.

2.8 Principal abordagem da decisão

Nas decisões em que se discute culpa, a afirmação sobre a existência ou inexistência de um dos elementos coincidiu com a existência ou inexistência do outro em 67,7% das decisões. Em apenas 4,4% dos acórdãos não houve coincidência: afirmou-se a existência de culpa e inexistência de nexo causal. Apesar de essa coincidência não significar,

necessariamente, que os argumentos são os mesmos, esse resultado foi o primeiro indicativo da necessidade de análise mais cuidadosa sobre a relação entre os elementos objetivo e subjetivo do tipo, que será feita na discussão dos resultados.

Ainda levando em conta apenas as acusações por tipos culposos, outro dado relevante é a alta porcentagem de decisões em que a principal abordagem é a existência de culpa, sem que se discuta o nexo causal (19,1% do total). Nesses casos, a decisão afirmou culpa sem, em momento algum, explicitar *se o acusado deu causa* ao resultado. O oposto (discussão sobre existência de nexo causal sem que se discutisse culpa) ocorreu em 7,3% dos casos.

Em todos os casos em que a decisão afirmou a inexistência de culpa, também afirmou a inexistência de nexo causal.

Esta categoria é distinta da anterior (afirmação da decisão): aqui se analisou se a decisão explicitou se o acusado *deu causa ao resultado* e/ou se agiu com culpa. Na anterior, para que a decisão fosse classificada como afirmação de "existência" de nexo causal, bastou que se afirmasse, em qualquer parte da decisão, que havia causalidade.

3 RESULTADOS QUALITATIVOS

A análise qualitativa restringiu-se aos dados que permitiram a análise dos *critérios para imputação de responsabilidade de um fato à conduta*. Mais especificamente, buscou-se, em primeiro lugar, descrever os principais argumentos utilizados para decidir sobre a existência de nexo causal. Nas apelações em que se imputava tipo culposo, foram analisadas as relações entre os elementos objetivo e subjetivo do tipo e a relevância de cada elemento para a decisão. Ao final foram descritos os casos de embriaguez ao volante e as teorias de causalidade mencionadas nos acórdãos.

3.1 Principais argumentos utilizados para decidir sobre a existência de nexo causal

Em relação aos argumentos utilizados para decidir sobre a existência de nexo causal, o objetivo era responder às seguintes perguntas: quem define quem deu "causa" ao resultado. Os peritos? Testemunhas? Como o art. 13 é interpretado pelas decisões? A resposta a essas perguntas foi o primeiro passo para extrair os critérios para imputação do tipo objetivo. Para atingir esses objetivos, foram criadas cinco categorias de argumentação: (1) perícia; (2) provas testemunhais; (3) dispositivos legais; (4) casos julgados; e (5) doutrina.

A *perícia* foi o elemento mais utilizado para decidir sobre a existência de nexo causal. Das decisões que resultaram em condenação ou anulação de julgamento do Tribunal do Júri, 50% mencionaram algum tipo de prova pericial (laudo de exame de local, laudo necroscópico e laudo de exumação) para afirmar a existência de nexo causal.

Há casos em que a decisão apenas afirmou que "A materialidade da infração penal está demonstrada pela prova pericial, que também comprova o nexo de causalidade entre a conduta atribuída ao apelante e o evento morte" (TJSP AC 993.08.049468-1; TJSP AC 1.087.274.3; TJSP AC 1.182.810.3). Em outros, o conteúdo do tipo objetivo parece ser preenchido pelos próprios peritos, que explicitam a existência de nexo causal (TJMG AC 1.0223.04.154592-0; TJMG AC 1.0470.05.020241-0; TJMS AC 2007.005551-8; TJSP AC 1.025.173.3; TJSP AC 382108.3; TJSP AC 1.013.958.3; TJDF AC 2004 07 1 008161-5), como no exemplo a seguir: "O laudo, de forma categórica, concluiu que houve nexo causal entre a agressão sofrida pela vítima e a morte" (TJSP AC 382108.3).

Em outras decisões, apesar de não afirmar o nexo causal, a perícia foi a prova determinante para a conclusão acerca da causalidade (TJMG AC 1.0508.06.000673-3; TJMG AC 1.0637.03.020315-1; TJMG AC 1.0382.00.012929-8; TJPR AC 365.942-7; TJPR AC 381-585-2; TJPR AC 391.590-6; TJSP AC 1069010.3).

Em apenas um caso a conclusão dos peritos – de que seria possível que o acidente tivesse tido a participação de outro veículo, excluindo-se, assim, o nexo causal – foi rejeitada (TJSP AC 1010026.3).

O *depoimento de testemunhas* foi prova determinante para a conclusão acerca da causalidade em 17,6% das condenações. Em apenas um caso a prova testemunhal foi utilizada para condenação, contrariando o laudo pericial (TJSP AC 1010026.3-0). Nos demais casos a prova testemunhal foi o único argumento para embasar a existência de nexo causal (TJMG AC 1.0514.04.012116-2), ou a prova testemunhal não foi determinante para a conclusão acerca da causalidade, mas corroborou o laudo pericial (TJMG AC 1.0407.03.003382-0/001; TJMG AC 1.0637.03.020315-1; TJMG AC 1.0105.98.005492-5; TJMG AC 1.0382.00.012929-8; TJSP AC 382108.3-1; TJSP AC 922594.3-3).

Das decisões que resultaram em condenação ou anulação de julgamento do Tribunal do Júri, 15,7% mencionaram *dispositivo legal* para afirmar a existência de nexo causal. Em alguns casos, o art. 13, *caput*, do CP foi mencionado na conclusão do voto, sem indicação de qualquer elemento de causalidade, mas com a afirmação de que o nexo causal teria sido concretizado pela infração do dever de cuidado objetivo (TJMG AC 1.0183.03.054548-1; TJMG AC 1.0223.04.154592-0; TJMG AC 1.0514.04.012116-2), como no exemplo a seguir: "Restando, pois, caracterizado o nexo de causalidade e o resultado, conforme previsto no art. 13 do Código Penal, concretizado pela infração do dever de cuidado objetivo, alternativa outra não resta senão manter a condenação imposta" (TJMG AC 1.0183.03.054548-1).

Em três decisões, o art. 13, *caput* foi mencionado para sustentar condenação fundamentada, ainda que implicitamente, na teoria da equivalência das condições (TJMG AC 1.0024.00.116233-8; TJMS AC 2007.005551-8; TJRO AC 32.000.002.117-5). Em duas decisões, o §1º do art. 13, foi mencionado para afastar a alegação de que a

conduta do acusado configuraria causa superveniente (TJSP AC 1.025.173.3 e TJMG AC 1.0309.04.000510-5).

Os *casos julgados* corresponderam a 9,8% dos argumentos. As decisões mais citadas diziam respeito à interpretação do §1º do art. 13 do Código Penal (TJMG AC 1.0309.04.000510-5; TJSP AC 382.108.3; TJSP AC 1.013.958.3). Foram citadas, ainda, decisões sobre a impossibilidade de desclassificação de homicídio para lesão corporal seguida de morte e de latrocínio para roubo, se demonstrado nexo causal entre conduta e morte (TJDF AC 2004.04.1.003704-3 e TJPR AC 403.439-1). Um dos acórdãos (TJGO AC 31972-2) citou decisão sobre impossibilidade de compensação de culpas, argumento utilizado muito frequentemente para afirmar a existência de culpa (argumento que será analisado na próxima seção).

Foi citada *doutrina* para afirmar a existência de nexo causal em 5,9% das decisões. Os autores citados nas decisões foram Cezar Roberto Bitencourt (*Tratado de direito penal*), Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangelli (*Manual de direito penal brasileiro, Parte geral*), Júlio Fabbrini Mirabete (*Manual de direito penal*) e Damásio de Jesus (*Crimes de trânsito*). Diferentes trechos do *Tratado de direito penal* de Cezar Roberto Bitencourt foram citados em três decisões: para afastar acontecimento com causa superveniente, por estar na mesma linha de desdobramento da conduta anterior (TJMG AC 1.0309.04.000510-5); para explicar o que é causa para a teoria da equivalência das condições – toda conduta que, caso eliminada mentalmente, suprimiria o resultado (TJMG AC 1.0508.06.000673-3); e em um trecho em que afirmou que a teoria da equivalência dos antecedentes, adotada pelo nosso Código Penal, não permite compensação de culpas. Júlio Fabbrini Mirabete foi citado em decisão que definiu causa como tudo que está dentro do desdobramento físico necessário da conduta (TJSP AC 1.013.958.3). Na mesma decisão, trecho da obra *Crimes de trânsito*, em que Damásio E. de Jesus afirma que "Broncopneumonia posterior ao fato não é uma causa superveniente", foi utilizado para sustentar a condenação por morte que ocorreu mais de um mês do acidente, por "insuficiência respiratória aguda e broncopneumonia" constada em laudo indireto.

3.2 Relação entre os elementos subjetivo e objetivo do tipo

No que diz respeito à relação entre os elementos subjetivo e objetivo do tipo, o objetivo foi analisar qualitativamente as decisões e buscar extrair os dados que pudessem demonstrar se as afirmações acerca de culpa e de nexo causal decorreram do mesmo argumento. Como será demonstrado, isso ocorreu em 56,6% das condenações por tipo culposo.[6]

Em 41,5% das condenações, a decisão baseou-se no argumento de que não é possível a compensação de culpas no direito penal (TJSP AC 993.08.049468-1; TJDF AC 2004.07.1.008161-5; TJMG AC 1.0111.04.001247-3; TJMG AC 1.0223.04.154592-0; TJMG AC 1.0514.04.012116-2; TJMG AC 1.0525.99.006889-8; TJMG AC

1.0671.07.002385-6; TJMG AC 1.0707.04.075506-8; TJMG AC 1.0105.98.005492-5; TJMG AC 1.0470.05.020241-0; TJMG 1.0024.02.749613-2; TJMS AC 2007.005551-8; TJPR AC 405.144-5; TJSP AC 1.042.801-3; TJSP AC 799.391-3; TJSP AC 955.091-3; TJSP AC 993.06.065899-9; TJSP AC 1.182.810-3; TJGO 31972-2/213; TJPR 331.091-0, TJPR 356.132-2; TJPR 365.942-7). Surpreendentemente, nesses casos não houve aferição de nexo causal: o raciocínio utilizado parece ser o de que, comprovada a culpa do acusado, a conduta seria típica, independentemente da contribuição de cada pessoa para o resultado. A forma pela qual esse argumento é utilizado pelos Tribunais é de suma importância para a discussão apresentada neste artigo.

O argumento da impossibilidade de compensação de culpas surge quando há possibilidade de a vítima ou de terceiro terem contribuído com o resultado típico, agindo com culpa. A solução adotada pelos Tribunais parece ser a de afastar qualquer discussão sobre essa possível contribuição para o resultado, porque "impossível a compensação de culpas no direito penal". Ou seja, apesar de a discussão acerca da contribuição de vítima ou de terceiro tratar-se de discussão sobre causalidade, uma vez que, havendo fundada suspeita de que outra pessoa deu causa ao acidente, isso seria suficiente para excluir o nexo causal, a questão foi tratada como relacionada exclusivamente ao tipo subjetivo.

O exemplo a seguir é ilustrativo: A e B envolvem-se em acidente de trânsito. B morre. Após exame de corpo e delito em A e perícia no local, verifica-se que A havia ingerido alguma quantidade de álcool, e que B estava dirigindo em excesso de velocidade. Em vez de proceder-se ao próximo passo, isto é, aferir se a culpa de A (caracterizada pela embriaguez) deu causa ao acidente – o que não é, de modo algum evidente, tendo em vista que B estava em alta velocidade – utiliza-se o princípio da "impossibilidade de compensação de culpas" e decide-se que A deve ser condenado.

Seguindo esse raciocínio, deixa-se de aferir nexo causal sob o argumento da "impossibilidade de compensação de culpas", como se uma vez comprovada a culpa do acusado, a conduta seria típica, independentemente da contribuição de cada pessoa para o resultado.

É possível argumentar que os acórdãos deixam de discutir a causa porque o que está sendo questionado não é a contribuição causal do réu, mas apenas se a existência de concausa (contribuição da vítima, por exemplo) impediria a imputação a ele. Mas o problema é que as decisões nem chegam a discutir a contribuição de cada um. Pelas decisões, havendo culpa, há imputação, como, por exemplo, na decisão a seguir, em que é afirmado que a imprudência da vítima "é irrelevante", tendo em vista a impossibilidade de compensação de culpas:

> … não obstante a velocidade excessiva desenvolvida pela vítima, conforme se depreende da prova testemunhal e da extensão dos danos provocados, a condenação é irrefutável. Em remate, anota-se que a possível imprudência

> da vítima, consubstanciada na condução de seu veículo em velocidade excessiva, é irrelevante, porquanto inexiste compensação de culpas no âmbito penal (TJSP AC 993.08.049468-1).

Também seria possível levantar a hipótese de que a confusão entre culpa e nexo causal seja léxica, uma vez que se usa expressões como "culpa da vítima" ou "culpa de terceiro" quando o que se quer dizer é "fato" ou "conduta" de terceiro ou da vítima. Não haveria, segundo esse argumento, confusão dos requisitos, mas apenas das expressões, pois a causalidade estaria sendo discutida sob a veste de culpa. Apesar de interessante, o argumento não se aplica às decisões estudadas, nas quais a causa (ou "culpa") do evento não foi sequer discutida. É como se a impossibilidade de compensação acarretasse na falta (ou diminuição) da necessidade de discussão da causa, conforme se observa no trecho a seguir, de decisão que em nenhum momento aventa a possibilidade de a embriaguez do réu não ser determinante para o acidente: "Eventual culpa da vítima não mitigaria a culpa grave do apelante que dirigia em reconhecido estado de embriaguez. Demais disso, compensação de culpas é incabível em matéria pena" (TJSP AC 993.06.065899-9). É o quanto basta.

Além disso, em 15,1% das condenações, sem invocar o princípio da impossibilidade de compensação de culpas no direto penal, o nexo causal foi afirmado como decorrência da culpa (TJDF 2002.06.1.005156-7; TJDF AC 2005.04.1.010865-0; TJMG AC 1.0183.03.054548-1; TJMG AC 1.0309.04.000510-5; TJMG AC 1.0183.04.066889-3; TJPR AC 358.546-4; TJPR AC 375.483-6; TJSP AC 965556.3-5). Nesses casos, concluiu-se que, estando provada a culpa, estaria provado que o indivíduo "deu causa" ao resultado, sendo isso suficiente para a condenação, como no trecho a seguir em que é consignado que o crime se caracteriza com a imprudência, sem mencionar o nexo causal:

> Caracteriza o crime culposo, por imprudência, o fato de o agente proceder sem a necessária cautela, deixando de empregar as precauções indicadas para prevenir possíveis resultados lesivos. [...] Logo, da conjugação dos elementos de convicção constantes dos autos, resta caracterizado o nexo de causalidade e o resultado, conforme previsto no art. 13 do Código Penal, concretizado pela infração do dever de cuidado objetivo, alternativa não havia senão manter o bem lançado juízo condenatório firmado em primeira instância (TJMG AC 1.0183.04.066889-3).

3.3 Relevância dos elementos subjetivo e objetivo do tipo para a decisão

Nesta seção serão relatados os que contribuem para a comparação entre a relevância dada ao nexo causal e à culpa para a decisão.

Em 96,2% das condenações afirmou-se como principal abordagem da decisão a existência de culpa, em conjunto ou não com afirmação de nexo causal. Em 79,2% das condenações afirmou-se nexo causal. Esse dado significa que em 20,8% das condenações por crimes culposos não foi explicitado – ainda que sem suporte probatório – que o acusado deu causa ao resultado (TJGO AC 31972-2/213; TJMG AC 1.0024.03.059032-7; TJMG AC 1.0514.04.012116-2; TJMG AC 1.0525.99.006889-8; TJMG AC 1.0671.07.002385-6; TJMG AC 1.0686.05.141663-0; TJMG AC 1.0707.04.075506-8; TJSP AC 914.578.3-7; TJSP AC 1.042.801.3-6; TJSP AC 965.556.3-5; TJSP AC 993.06.065899-9).

Desses casos, em 45,5% ausência ou insuficiência de prova havia sido expressamente alegada no pedido (TJGO AC 31972-2/213; TJMG AC 1.0514.04.012116-2; TJMG AC 1.0671.07.002385-6; TJMG AC 1.0686.05.141663-0; TJSP AC 914.578.3-7). Confira-se trecho de uma dessas decisões:

> PEDIDO: Inconformado, o réu interpôs apelação [...] Ressalta, ainda, que ficou comprovada a culpa exclusiva da vítima, não havendo nexo causal entre sua conduta e o acidente que ocasionou a morte da vítima. Ao final pugna para que seja absolvido da imputação que lhe foi atribuída. [...] ACÓRDÃO: Ainda que se cogite a corresponsabilidade da vítima pela ocorrência do evento delituoso, o que não se verifica no caso concreto, porque, segundo o réu, aquela supostamente não observou as regras de segurança ao fazer a travessia da avenida, este fato não afasta a punibilidade do sentenciado, pois no Direito Penal não se admite a denominada culpa concorrente, sendo acolhida somente na seara civil. [...] resta sobejamente demonstrado que o recorrente agiu imprudentemente, por não ter tomado as precauções exigidas ao condutor de veículo automotor, especialmente por se tratar de motorista profissional, neste mister descarta-se a tese absolutória. (TJGO AC 31972-2).

Em alguns casos, provado que o indivíduo participou do acidente, afirmou-se que bastava aferir se havia agido com culpa ("O apelante admitiu estar na condução do veículo envolvido no acidente, de modo que cumpre apenas estabelecer se agiu com culpa", TJSP AC 993.08.049468-1 e TJMG AC 1.0707.04.075506-8). Infere-se que o nexo causal estaria caracterizado exclusivamente pelo envolvimento no acidente. Em outras decisões, a comprovação de culpa – sem menção ao nexo causal – foi suficiente para condenação (TJGO AC 31972-2/213; TJMG AC 1.0637.03.020315-1; TJMG AC 1.0686.05.141663-0; TJMG AC 1.0105.98.005492-5; TJPR AC 365.942-7; TJSP AC 914.578.3-7; TJSP AC 799391.3-7). Em um dos acórdãos, afirmou-se expressamente que "é típica toda conduta que infringe o cuidado necessário objetivamente previsível" (TJSP AC 993.06.065899-9).

Em contraste, em 93,3% das absolvições foi afirmada a ausência de nexo causal. Não há nenhuma absolvição fundamentada somente na ausência de culpa. Em 26,7% das absolvições afirmou-se a ausência de nexo causal, independentemente da existência de culpa. São os *únicos* casos do total de decisões em que não houve coincidência entre as constatações sobre o tipo subjetivo e objetivo. A comparação das absolvições com as decisões condenatórias supramencionadas é interessante: afirma-se e discute-se mais o nexo causal nas absolvições.

Ainda, constatou-se que, enquanto as categorias de argumentação foram utilizadas 51 vezes para afirmação de nexo causal, para afirmação de culpa as categorias foram utilizadas 106 vezes. É exigido, assim, do julgador, um número maior de argumentos para comprovação de culpa do que para comprovação de nexo causal. Com exceção da categoria "perícia", todas as demais são mencionadas com mais frequência para comprovação de culpa do que para a comprovação de nexo causal.

Das decisões condenatórias, 28,3% não utilizaram nenhuma dessas categorias para a tomada de decisão acerca de nexo causal (TJMG AC 1.0024.03.059032-7; TJMG AC 1.0111.04.001247-3; TJMG AC 1.0525.99.006889-8; TJMG AC 1.0671.07.002385-6; TJMG AC 1.0686.05.141663-0; TJMG AC 1.0707.04.075506-8; TJPR AC 331.091-0; TJPR AC 375.483-6; TJPR AC 412.197-7; TJSP AC 914.578-3; TJSP 1.042.801-3; TJSP AC 965.556-3; TJSP AC 955.091-3; TJSP AC 951.968-3; TJSP AC 993.06.065899-9). Com relação à afirmação de culpa, 7,5% das decisões não utilizaram nenhuma das categorias, sendo que em duas delas o pedido era o de desclassificação de homicídio culposo para lesão corporal culposa, ou seja, a culpa não era objeto de discussão.

3.4 Os casos de embriaguez no volante

Os casos de embriaguez são especialmente interessantes a culpa é mais evidente (e a tendência de a decisão afirmar o nexo causal como decorrência da culpa é ainda maior).

Desses casos, em quatro decisões a constatação do estado de embriaguez foi suficiente para a condenação (TJMG AC 1.0111.04.001247-3; TJMG AC 1.0525.99.006889-8; TJSP AC 1010026.3-0; TJSP AC 993.06.065899-9), como no trecho a seguir: "É típica toda conduta que infringe o cuidado necessário objetivamente previsível. [...] eventual culpa da vítima não mitigaria a culpa grave do apelante que dirigia em reconhecido estado de embriaguez. Demais disso, compensação de culpas é incabível em matéria penal" (TJSP AC 993.06.065899-9).

Em apenas uma condenação o nexo causal foi discutido e não somente afirmado como decorrência da culpa. Nesse caso, a discussão central focou-se na possibilidade de hipertensão arterial sistêmica da vítima excluir ou pelo menos colocar em dúvida a existência de nexo causal. Decidiu-se que não, pois "o resultado morte da vítima está na mesma linha de desdobramento da conduta perpetrada pelo réu, ou

seja, atropelamento, [...] com agravamento do quadro de hipertensão e consequente parada cardiorrespiratória" (TJDF AC 2004.04.1.003704-3).

Na única absolvição, culpa e nexo causal foram avaliados de forma separada e concluiu-se que a acusação não demonstrou, com segurança, "a influência do estado etílico do increpado sobre o lamentável acidente que culminou na morte precoce da jovem vítima" (TJSP AC 938.883.3-4).

A média de pena de prisão aplicada, nos casos de condenação, foi de 2,5, ou seja, aproximadamente 2 anos e 6 meses de detenção. Esse dado será relevante para a discussão dos resultados, quando faremos uma análise das consequências de se afirmar nexo causal como decorrência de culpa, tendo em vista a diferença entre as penas cominadas a crimes de resultado (como o art. 302, da Lei n. 9.605/97) e de mera conduta (como o art. 306, da Lei n. 9.605/97).

3.5 Teoria de causalidade

Apenas 6% das condenações e anulações indicaram, expressamente, alguma teoria da causalidade. Dessas, em 80% mencionou-se que a teoria adotada pelo Código Penal brasileiro é a da equivalência das condições[7] (TJMG AC 1.0508.06.000673-3; TJMG AC 1.0239.05.003842-5; TJMS 2007.005551-8; TJSP AC 9160293). E em 7,5% das decisões, a teoria da equivalência das condições foi aplicada sem ter sido mencionada expressamente (TJDF AC 2004.04.1.003704-3; TJMG AC 1.0024.02.749613-2; TJPR AC 405.144-5; TJPR AC 418.401-0; TJSP AC 799391.3).

A teoria da imputação objetiva é mencionada apenas uma vez, em decisão que afirmou que nenhum tipo de erro médico superveniente é suficiente para interromper o nexo de causalidade (TJMG AC 1.0309.04.000510-5).

4 DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

A análise dos resultados levou a cinco constatações sobre a forma pela qual é feita a imputação do tipo objetivo nos tribunais brasileiros: (1) a discussão sobre nexo causal ocorre quase exclusivamente em casos de imputação por crime culposo; (2) muitas vezes, apesar de discutido pelas partes ou mencionado na decisão, a existência ou inexistência de nexo causal não é afirmada no acórdão; (3) o nexo causal é frequentemente afirmado sem ou com pouca fundamentação e, em geral, com muito menos argumentos do que para afirmação de culpa; (4) na maior parte dos casos em que é desenvolvida argumentação sobre o tipo objetivo, a decisão afirma que causa é toda a conduta que, caso eliminada mentalmente, suprimiria o resultado; (5) o nexo causal é frequentemente afirmado como decorrência da culpa.

4.1 Discussão sobre causalidade apenas em casos de tipo culposo

Apesar de reconhecidas pela dogmática em diversos países – principalmente Alemanha

e Espanha – as teorias da imputação objetiva são ainda pouco discutidas no Brasil.[8] Em decisões judiciais, principalmente, prevalece largamente a concepção da causalidade como elemento fundamental do tipo objetivo.[9] É por isso que se esperava que a busca por acórdãos que discutissem nexo causal resultasse em decisões em que se imputava ampla gama de tipos penais, culposos e dolosos. No entanto, em 79,7% das decisões o tipo penal atribuído ao fato pela acusação, na denúncia, era culposo.

Para explicar este dado, podemos levantar a hipótese de que, por ser considerada mais reprovável que a culposa, a conduta dolosa prescinda de maiores preocupações com a certeza de que o resultado é consequência da conduta. Na prática, seria como considerar mais importante estudar com cuidado se uma morte em hospital decorrente de infecção generalizada após acidente de trânsito deve ser imputada ao indivíduo do que se o mesmo ocorresse após tiro de arma de fogo. Outra explicação possível é a ideia do conceito de causa como "senso comum", formulada por Hart e Honoré (1985)· De acordo com essa explicação, profissionais do direito aplicam, em casos concretos, generalizações conhecidas, sem a preocupação em descobrir conexões entre eventos para formular generalizações universais. Assim, o conceito de "causa" se assemelha ao que é considerado causa pela experiência comum, pois os "efeitos de impactos, pancadas e movimentos mecânicos estão tão arraigados em nossa visão da natureza que raramente são tidos como elementos passíveis de serem individualizados em afirmações causais"[10] (Hart e Honoré, 1985). Essa visão explicaria a falta de questionamento do nexo causal em crimes dolosos: pelo senso comum, é mais fácil afirmar que alguém morreu de um tiro, de envenenamento ou de uma facada do que de um erro médico ou de acidente de trânsito. Apenas pesquisa mais detida sobre o tipo objetivo em crimes dolosos poderia resolver essa questão.

4.2 Dificuldade de afirmação de existência ou inexistência de nexo causal

Conforme indicado na seção Afirmação quanto existência/inexistência de nexo causal, 6% das decisões nada afirmam sobre existência/inexistência/insuficiência de provas de nexo causal, apesar de serem decisões em que foi alegado pelas partes, ou nas quais a própria decisão afirmou, a necessidade de verificar-se a existência de nexo causal para definição da tipicidade. Outro dado que se relaciona com este foi apresentado na seção Relevância dos elementos subjetivo e objetivo do tipo para a decisão: em 20,8% das condenações por tipos culposos não foi explicitado como principal abordagem da decisão – ainda que sem suporte probatório – que o acusado deu causa ao resultado.

A análise qualitativa das condenações por tipos culposos em que nexo causal não fez parte da principal abordagem da decisão mostrou, ainda, que em alguns desses casos, provado que o indivíduo participou do acidente, afirmou-se expressamente que para condenar bastava aferir se havia agido com culpa. Em um dos acórdãos afirmou-se expressamente que "é típica toda conduta que infringe o cuidado necessário objetivamente previsível".

Outro resultado que aponta a dificuldade de afirmação de nexo causal é que, nos casos de absolvição, a afirmação de *insuficiência de prova* prevalece sobre a afirmação de *inexistência* de nexo causal.

Como este trabalho só analisou decisões que de alguma forma mencionavam nexo causal, conclui-se que nos casos concretos há grande dificuldade em afirmar a existência ou inexistência de causalidade. E, ainda, que em condenações há maior tendência em concentração da decisão na afirmação de culpa do que na afirmação de nexo causal. Mais uma vez, levanta-se aqui a hipótese de Hart e Honoré (1985) de que "o nexo causal pode não estar sendo afirmado por ser considerado, em muitos casos, óbvio pelo senso comum".

Além disso, a falta de afirmação do nexo causal pode ter relação com a menor incidência desse critério nas apelações do Ministério Público, já que se constatou que nos pedidos de condenação, o argumento mais frequente é a existência de culpa, sem menção ao nexo causal (seção Principal abordagem do pedido).

Nesse ponto, importa fazer uma ressalva: como explicitado na metodologia, não foram analisadas as decisões que envolviam concursos de pessoas e a discussão a respeito da contribuição pessoal de cada um para o resultado criminoso, pois a intenção deste artigo é analisar os crimes mais comuns, em que, a princípio, a discussão de causalidade não seria problemática. É possível, portanto, que justamente nesses casos excluídos se verificariam situações de maior aprofundamento sobre a contribuição pessoal para o resultado criminoso.

4.3 Pouca fundamentação para afirmar a existência de causalidade

Das decisões condenatórias, 28,3% não utilizaram nenhuma das categorias de criadas na pesquisa para análise de argumentação (dispositivo legal, teoria de causalidade, perícia, prova testemunhal, doutrina ou jurisprudência) para a tomada de decisão acerca de nexo causal (seção Relevância dos elementos subjetivo e objetivo do tipo para a decisão). Ainda, verificou-se que é exigido do julgador um número maior de argumentos para comprovação de culpa do que para comprovação de nexo causal. Com exceção da categoria "perícia", todas as demais são mencionadas com maior frequencia para comprovação de culpa do que para a comprovação de nexo causal.

Em relação à perícia (seção IV.I), constatou-se esta que foi utilizada como fundamento em 50% das condenações. Em apenas um desses casos a conclusão dos peritos foi rejeitada. Nos demais, de diversas formas, a perícia foi determinante para afirmação de nexo causal. Em alguns a decisão afirmou que "a materialidade da infração penal está demonstrada pela prova pericial, que também comprova o nexo de causalidade entre a conduta atribuída ao apelante e o evento morte". Em muitos casos o conteúdo do tipo objetivo foi preenchido pelos próprios peritos: a ausência de critério objetivo para aferição da causalidade faz com que o conceito de "causa" do art. 13 do Código Penal se resumisse ao que os peritos definem como causa, seja do acidente de trânsito,

da morte, etc. Essa constatação demonstra que, em grande parte dos casos, a imputação tem sido feita pelos próprios peritos, reforçando a hipótese de que se está utilizando um conceito de causalidade suposta, derivada do senso comum.

No caso de acidentes de trânsito, por exemplo, tem-se imputado responsabilidade criminal a quem, na visão dos peritos "causou" o acidente, sem questionamento acerca do conceito de causa e sobre a possibilidade de correspondência direta entre causar o acidente e causar a morte para fins de imputação.

4.4 Prevalência da teoria da equivalência das condições

Em 80% das decisões que indicaram alguma teoria da causalidade, afirmou-se que o Código Penal brasileiro adotou da equivalência das condições. Na única decisão que mencionou a teoria da imputação objetiva, foi afirmado que

> … nem mesmo recorrendo-se à ideia de nexo de causalidade normativo ou aos cânones da imputação objetiva se pode afirmar que infecções hospitalares, intervenções cirúrgicas imperfeitas, inadequadas ou extemporâneas, atendimentos tardios, manobras de ressuscitação mal executadas ou negligência médica bastam para interromper a relação de causalidade em curso (TJMG AC 1.0309.04.000510-5).

Ainda, 7,5% aplicaram a teoria da equivalência das condições sem mencioná-la expressamente e indicaram que causa é toda a conduta que, caso eliminada mentalmente, suprimiria o resultado.

Além disso, todos os casos julgados citados como argumento para afirmação da causalidade em casos de imputação por tipos culposos foram acórdãos em que se afastou doença adquirida em hospital após acidente de trânsito como causa superveniente porque estaria "dentro da linha de desdobramento físico-causal da conduta do agente" (seção IV.I).

A análise da doutrina utilizada afirmação da causalidade também indica a prevalência da teoria da equivalência das condições (seção IV.I).

4.5 Nexo causal afirmado como decorrência da culpa

Conforme explicitado na seção "Principal abordagem da decisão", em 67,7% das decisões em que se imputou tipo culposo, houve coincidência entre a afirmação sobre nexo causal e culpa. Mais especificamente, observou-se que em 57,4% das decisões houve coincidência entre as afirmações para condenar. Esse resultado, no entanto, só seria relevante para este trabalho caso fosse possível confirmar que as afirmações coincidiam porque decorriam do mesmo argumento.

Para saber se esse resultado poderia significar que a afirmação dos elementos às vezes decorre de um mesmo argumento, foram analisadas qualitativamente as

condenações por tipos culposos (ver "Relação entre os elementos subjetivo e objetivo do tipo"). Verificou-se que isso ocorreu em 56,6% do total de condenações por tipo culposo. Pela leitura das decisões foi possível perceber que estando provada a culpa estaria provado que o indivíduo "deu causa" ao resultado, sendo isso suficiente para a condenação.

Constatou-se, ainda, que em 41,5% das condenações a decisão baseou-se no argumento de que não é possível a compensação de culpas no direito penal. O raciocínio utilizado nesses casos parece ser o de que, comprovada a culpa do acusado, a conduta seria típica, independente da contribuição de cada pessoa para o resultado.

Outro resultado que revelou a confusão entre nexo causal e culpa é a existência de diversos casos em que o art. 13, *caput*, foi mencionado na conclusão do voto sem indicação de qualquer elemento sobre o conceito de causalidade, somente com a afirmação de que o nexo causal teria sido concretizado pela infração do dever de cuidado objetivo (seção IV.I).

Os casos de embriaguez ao volante são particularmente interessantes para demonstrar a afirmação de nexo causal como decorrência de culpa, pois são casos em que a culpa é mais evidente e a conduta de dirigir embriagado, sem causar morte ou lesão corporal, mas expondo outro a perigo é crime tipificado no art. 306 da Lei n. 9.503/97, o que ensejaria importante comparação com as condenações pelo art. 302. Com exceção de dois casos, *a constatação do estado de embriaguez foi suficiente para a condenação*.

Nesses casos, a média de pena de prisão aplicada foi de 2 anos e 6 meses de detenção. Caso as condenações tivessem sido pelo art. 306, a média da pena privativa de liberdade aplicada seria menor do que um ano de detenção.[11] Isso ilustra uma das implicações da afirmação de nexo causal como decorrência exclusiva da culpa: pessoas estão sendo condenadas por crime de resultado (considerado mais grave pelo sistema político, uma vez que a pena cominada é maior) sendo que a decisão se limitou a constatar a conduta individual.

5 CONCLUSÃO

Partindo da premissa de que a imputação não é um dado ontológico, este trabalho teve como objetivo entender os requisitos para verificação do nexo causal no sistema criminal brasileiro. Como o direito positivo brasileiro oferece apenas critérios mínimos para a determinação da imputação (art. 13 do Código Penal), a proposta deste artigo foi *explorar empiricamente os requisitos para a realização do tipo objetivo nos tribunais brasileiros*, contribuindo, assim, para o fomento e legitimação do debate acerca da imputação.

Em primeiro lugar, constatou-se que o tipo objetivo é raramente discutido em crimes dolosos. Além disso, em 20,8% das condenações não foi explicitado como principal abordagem da decisão (ainda que sem suporte probatório) que o acusado

deu causa ao resultado, e em 45,5% desses casos a existência de nexo causal havia sido expressamente questionada no pedido. Aqui, também, uma explicação possível seria a hipótese de que o nexo causal pode não ser afirmado por ser considerado óbvio pelo senso comum.

Outra importante conclusão: quando o tipo objetivo é discutido, os tribunais, de forma geral, vêm afirmando causalidade com pouca fundamentação. Em muitos casos, a decisão não utilizou *nenhuma* das categorias utilizadas na pesquisa para análise de argumentação; em outros tantos, o conteúdo do tipo objetivo foi preenchido pelos próprios peritos, que estão, verdadeiramente, fazendo o juízo de causalidade no lugar dos juízes, reforçando a hipótese de que se está recorrendo a um conceito de causalidade suposta, derivada do senso comum. Constatou-se, ainda, que é exigido do julgador um número maior de argumentos para comprovação de culpa do que para comprovação de nexo causal.

Além disso, verificou-se que o nexo causal vem sendo afirmado como decorrência de culpa. Em quase metade do total de condenações por tipo culposo, o raciocínio utilizado foi que estando provada a culpa estaria provado que o indivíduo "deu causa" ao resultado, sendo isso suficiente para a condenação – o que foi corroborado pelo argumento da "impossibilidade de compensação de culpas no direito penal" utilizado em grande parte das condenações por tipos culposos. Nesses casos, não houve aferição de nexo causal, pois, pelo que se deduz das decisões, uma vez comprovada a culpa do acusado, a conduta seria típica, mesmo que comprovada a contribuição da vítima para o resultado, o acusado foi condenado. Esses casos evidenciam uma clara confusão entre culpa e nexo causal, pois ainda que presente a culpa do acusado, restaria a discussão acerca do nexo causal: se está provado que a vítima ou outra pessoa contribuiu para o resultado, seria ainda necessário aferir se há causalidade entre a conduta do indivíduo e o resultado. Pela leitura das decisões constatou-se, ainda, que essa discussão é ignorada. Ainda que se possa afirmar que discute-se o nexo causal sob a terminologia de "culpa", a utilização indiscriminada do argumento de impossibilidade de compensação de culpas no direito penal – e, é claro, a utilização da teoria da equivalência das condições – tem contribuído para empobrecer o discurso e diminuir a necessidade de argumentos racionais para a aferição do nexo causal.

Isso significa que, a despeito dos debates dogmáticos sobre a necessidade de limitação do tipo, os tribunais têm utilizado as primeiras teorias sobre causalidade (datadas do final do século XIX). Além disso, em muitos casos pessoas estão sendo condenadas por crimes de resultado (considerado mais grave pelo sistema político, uma vez que a pena cominada é maior) nos quais a decisão limitou-se a constatar a conduta individual. O exemplo da embriaguez ilustra bem a constatação de que culpa foi suficiente para a condenação.

Este artigo não pretende criticar a forma pela qual os tribunais vêm decidindo. Na maioria das vezes, a causalidade parece não ser discutida, simplesmente, por não

ser controversa no caso concreto, em razão da prevalência da teoria da equivalência das condições e do senso comum das relações de causalidade. A ideia foi apenas mostrar que a decisão pode estar desvinculada das discussões dogmáticas e das próprias escolhas feitas pelo sistema político que, pela gradação das penas, pretendeu diferenciar crimes de mera conduta e de resultado. Além disso, as constatações feitas neste artigo são apenas um primeiro passo para a verificação de como tem sido feita a imputação individual de responsabilidade jurídica criminal.

Para conclusões mais sólidas, seria necessário estudar mais detalhadamente as imputações por crimes dolosos, o problema da responsabilização na "criminalidade moderna", e relacionar a discussão travada na esfera penal com as conclusões e pesquisas já realizadas na esfera civil, tendo em vista que já não se pode mais pensar em fronteira estanque entre os dois campos.[12]

Por fim, este artigo pretendeu destacar para a importância das mais recentes teorias dogmáticas, como a teoria concebida por Jakobs, que passaram a distinguir o juízo de causalidade do juízo de imputação e procuraram criar critérios normativos, desvinculados de qualquer dado ontológico, para a imputação objetiva. O desenvolvimento dessas ideias, sempre amparadas pelo debate público, essencial para situar o debate dentro das balizas legitimadores do Estado Democrático de Direito, pode ser a chave para que se estabeleçam arranjos dogmáticos mais aptos para lidar com o sistema jurídico contemporâneo.

: ARTIGO APROVADO **(10/06/2011)** : *RECEBIDO EM 17/01/2011*

NOTAS

1 Para uma análise e compilação dos artigos de Klaus Günther sobre sua teoria da responsabilidade e sua relação com a dogmática penal, ver: Püschel e Machado (*Teoria da responsabilidade no estado democrático de direito: textos de Klaus Günther*. São Paulo: Saraiva, 2009).

2 Antes do início da pesquisa, buscou-se verificar se havia algum filtro anterior de decisões feito pela AASP para formação de seu banco de dados. Após contato com o coordenador da ferramenta de pesquisa *on-line*, fui informada de que, para a maioria dos tribunais, a AASP possui parceria por meio da qual todas as decisões publicadas são automaticamente enviadas para o banco de dados. Nos outros casos, a própria AASP busca as decisões nos *sites* dos tribunais, sem realizar nenhum tipo de seleção e, portanto, todas as decisões publicadas compõem o banco de dados. Ressalte-se, no entanto, que a ferramenta inclui, apenas, as decisões dos seguintes Tribunais: TJMG, TJRS, TJGO, TJPR, TJSP, TJDF, TJMT, TJSC, TJAC, TJMS, TJRO. Ainda assim, tendo em vista que nos demais Tribunais de Justiça a pesquisa de jurisprudência pela internet é mais restrita e que, dessa forma, o critério de busca seria o mesmo, decidiu-se que, para

uma pesquisa que envolvesse mais de um Tribunal de Justiça, a ferramenta de pesquisa *on-line* de jurisprudência do site da AASP (<*http://www.aasp.org.br/aasp/jurisprudencia/index.asp*>) seria a forma mais prática e menos parcial para a formação do banco de dados.

3 As decisões foram excluídas pelos seguintes motivos: (1) decisões em que as palavras "nexo causal" e "causalidade" estão presentes em trecho (em nada relacionado com o objeto da decisão) de citação de doutrina ou jurisprudência; (2) decisões em que alguma das partes alega a existência/inexistência de nexo causal, mas a turma julgadora não analisa a questão porque alguma questão preliminar (nulidade ou prescrição, por exemplo) é acatada; (3) decisões em que nenhuma das partes alega existência/inexistência de nexo causal e a turma julgadora afirma, simplesmente, a existência de tipicidade/nexo causal/causalidade sem sustentar a afirmação com nenhum argumento; (4) decisões que tratam de nexo causal ou causalidade entre duas condutas (e não entre ação e resultado) para determinar a existência/inexistência de continência ou continuidade delitiva; e (5) decisões que tratam de causalidade na coautoria e participação.

4 O pedido, para fins desta pesquisa, é o que o relatório do acórdão descreveu como pedido.

5 O resultado Condenação-Condenação [prescrição] refere-se aos casos em que o Tribunal manteve a condenação de primeira instância, mas declarou extinta a punibilidade pela prescrição. Da mesma forma, Absolvição-Condenação [prescrição] refere-se aos casos em que o Tribunal reformou a sentença de primeira instância para condenar e, ao mesmo, declarou extinta a punibilidade pela prescrição.

6 Todos os resultados apresentados aqui referem-se somente às decisões de acusação por tipo culposo, que correspondem a 79,7% do total (seção III.I).

7 De acordo com essa teoria, todo resultado é produto de condições equivalentes do ponto de vista causal: causa é toda conduta que, caso eliminada mentalmente, suprimiria o resultado.

8 O debate foi introduzido somente na última década, principalmente por Galvão (2000); Tavares (2003) e Greco (2005). Muitas vezes as teorias de imputação objetiva são tidas como forma de complementação das teorias de causalidade. Cf. as consideração de Prado e Carvalho (2006, p. 13) sobre as teorias de imputação objetiva: "Muito embora envolta em uma série de questionamentos, é impossível prescindir-se pura e simplesmente da causalidade especialmente nos delitos de resultado, não somente por ser um dado ôntico irrefutável na maioria dos casos, mas, também, por representar garantia em sede penal".

9 Apesar de este artigo restringir-se às decisões que tratam de causalidade, sabe-se que o debate da imputação objetiva é ainda incipiente nos tribunais brasileiros. A título de ilustração, verifica-se que a busca por acórdãos do Superior Tribunal de Justiça com a palavra-chave "imputação objetiva" resulta em apenas oito decisões, das quais cinco fazem referência à inexistência de inépcia da denúncia, pois "a imputação, objetiva, é por demais clara, sem prejuízo para a defesa" (RHC 22151, HC 24770; HC 23898; RHC 11970 e HC 9709). Apenas três decisões mencionam (duas sem aplicar) a teoria (REsp 822517; HC 46525 e RHC 12842).

10 Tradução da autora.

12 Para uma análise da relação entre as responsabilidades penal e civil, ver: Püschel e Machado (Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil. In: GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*, v.1, 7. ed., ver. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 18-36).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GALVÃO, Fernando. *Imputação objetiva*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
GRECO, Luis. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
GÜNTHER, Klaus. *Responsabilização na sociedade civil*. *Novos Estudos*, n. 63, 2002, p. 103-118.
HART, Herbert Lionel Adolphus; HONORÉ, Tony. *Causation in the Law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1985.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. São Paulo: RT, 2000, p. 17-22
MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. A definição da conduta típica: entre a superação da causalidade e a construção de teorias normativas para a imputação objetiva. In: GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 7ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 307-326.
_____. *Do delito à imputação: a teoria da imputação de Günther Jakobs na dogmática penal contemporânea*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da USP, SP, 2007.
PRADO, Luiz Regis; MENDES DE CARVALHO, Érika. *Teoria da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.
PÜSCHEL, Flávia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Teoria da responsabilidade no estado democrático de direito: textos de Klaus Günther*. São Paulo: Saraiva, 2009.
_____. Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil. In: GARCIA, Basileu. Instituições de direito Penal, 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 18-36.
TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Luisa Moraes Abreu Ferreira

Advogada, formada pela Direito GV
Mestranda em Direito Penal pela Universidade de São Paulo – USP

Rua Rocha, 220 – cj. 21
Bela Vista – 01330-000
São Paulo – SP – Brasil
luisaferreira@gmail.com

NINA RODRIGUES E A PATOLOGIZAÇÃO DO CRIME NO BRASIL

Cristiane Brandão Augusto e Francisco Ortega

NINA RODRIGUES AND THE PATHOLOGIZATION OF CRIME IN BRAZIL

RESUMO

Este artigo se dedica à análise do movimento de "patologização" do criminoso por uma leitura histórica do impacto do "cientificismo cerebral" na esfera criminal. Mais particularmente, atenta-se para a recepção das teorias de matriz lombrosiana pela criminologia brasileira do século XIX, na qual se vê o microcosmo do conflito de interesses de classes e raças mediado pela autoridade médica que, na sua crença científica (ou na sua filiação ideológica), procurava esclarecer os limites entre a falta moral e a loucura – ou os dois (loucura moral) como doença ou como pura perversidade – e procurava apontar para os juízes a forma correta (científica) de se sancionar ou de se tratar a loucura.

PALAVRAS-CHAVE

Antropologia criminal, Doença mental, Patologização, Nina Rodrigues

ABSTRACT

The current work aims at performing an analysis of the criminals "pathologization" movement by means of a historical reading of the impact of "brain scientificism" in the criminal sphere. More particularly, there is an emphasis on the reception of the lombrosionism matrix theories in 19th-century Brazilian Criminology, in which we can see the microcosms of classes and races conflicts of interests, mediated by the medical authority who, in his scientific beliefs (or in his ideological filiations), looked for illuminate the limits between the moral fault and the madness – or the both (moral madness) as pathology or as pure perversity – and tried to show the correct form (scientific) of punishing or treating.

KEYWORDS

Criminal anthropology, Mental illness, Pathologization, Nina Rodrigues

INTRODUÇÃO

O paradigma naturalista da medicina ocidental do século XIX impactou as explicações sobre a conduta humana, alcançando também a conduta delituosa. Ao se desmistificar a igualdade de todos por meio da naturalização das diferenças, reforçaram-se os componentes biológicos causais e, por conseguinte, uma visão mais fisicalista, menos abstrata, foi incorporada nas explicações da ação criminosa, suscitando revisões dos parâmetros da teoria clássica. Leituras médicas sobre o fenômeno do crime, focado na etiologia a partir de dados eminentemente biólogos, formam o conjunto da rede de saber-poder[1]

edificada nas instituições médico-jurídicas e multiplicada pelos "cientistas" do Iluminismo e a qual podemos denominar "medicalização do crime" ou, mais especificamente pelas matrizes teóricas da relação crime-doença, denominar de "patologização do crime".

Por toda a trajetória da cientificidade da medicina e a autoridade atribuída aos médicos na produção de verdades, o paradigma da racionalidade biológica ocupou, historicamente, um espaço privilegiado na fabricação de *certezas* não limitadas à esfera médica. Uma medicalização da sociedade, então, não se encontra nessa posição privilegiada somente nos dias de hoje e sua estreita relação com a criminologia também não é recente (Serpa Jr., 1998; Rousseau, 1993; Darmon, 1991).

Não se pretende, todavia, afirmar que a medicina é uma entidade dotada de uma essência – e de uma essência negativa –, cuja razão de existir estaria reduzida às conspirações políticas de controle e de poder. É por isso que, apesar do termo "medicalização" ter sido utilizado amplamente pelas ciências sociais com uma conotação crítica à patologização da sociedade e seus desdobramentos, implicando uma censura ao reducionismo, há outras questões envolventes que merecem ser destacadas dessa análise.

Melhor explicando, em que pesem as tradicionais leituras sobre "medicalização/patologização" das últimas décadas, alguns autores vêm alertando para uma utilização desmedida e pouco precisa do termo, bem como para a relevância de se perceber uma relação bidirecional entre a medicina e a sociedade, que aponta para novas valorações nos dias de hoje (Rosenberg, 2006; Rose, 2007). Não se trataria de uma via de mão única, como a manifestação de um saber-poder soberano que submeteria seus súditos e nenhum impacto sofreria. Trata-se, em verdade, de um movimento de ida e volta, que gera ações e que também é gerado por ações dos indivíduos e dos grupos (Rosenberg, 2006). Por exemplo, o processo de incursão da medicina na sociedade, fortemente estabelecido a partir do século XIX, nos permitiu ser o que atualmente somos, e agir, individual ou coletivamente, como agimos: as práticas cotidianas de higiene, dieta, vacinação; metáforas médicas e formas de compreensão dos problemas sociais a partir do organismo; a introdução de terapêuticas para controle e estabilização dos humores, emoções, desejos, etc. (Rose, 2007).

Ademais, é de se convir que o projeto médico de alcançar autoridade para além dos limites de sua competência talvez não integrasse as aspirações de todos os médicos, nem, realmente, tenha se concretizado por completo. Assim, se é possível admitir não ter havido uma patologização de *todas* as esferas da sociedade, é necessário checar quais categorias médico-positivistas de fato foram incorporadas ao nosso cotidiano e à legislação brasileira.

1 O CIENTIFICISMO E A ANTROPOLOGIA CRIMINAL BRASILEIRA

No Brasil o movimento da medicalização se manifestou fortemente no final dos anos 1800. Roque Spencer Maciel de Barros, em seus estudos sobre a "ilustração

brasileira", considera que a partir de 1870[2] tivemos anos bastante representativos em função de acontecimentos externos (a terceira República francesa e a Guerra Franco-alemã) e internos (fim da Guerra com o Paraguai e fundação do Partido Republicano). Sem deixar de reconhecer as "raízes em passado pouco longínquo", as duas últimas décadas do Império corresponderam ao momento em que "ganham corpo as novas ideias do século – Positivismo, Darwinismo, Materialismo etc. –, a 'reação científica', enfim, para usar de uma expressão empregada por Clóvis Bevilaqua" (Barros, 1986).

O clima de um iluminismo atrasado absorve boa parte de nossos estudiosos que passam a focar na ciência para responder às questões sobre os caminhos a serem trilhados pela literatura, pela política, pelo direito, pela educação e pelo aprimoramento moral. No processo de adequação da mentalidade brasileira ao Positivismo, era preciso, agora, resgatar o "tempo perdido" através da formação intelectual e da cultura. O propósito era atingir os níveis de aprimoramento da "civilização", atingir o "nível do século", desembocando, inevitavelmente, na forma republicana de governo para superar o "atraso cultural" e fazer-nos acompanhar o progresso mais evoluído das sociedades. A consequência inarredável era a laicização do Estado, do Direito, da Medicina, da Educação, enfim, da vida.

Em sentido macro, portanto, a civilização obedeceria a um processo histórico único de evolução, mas o estágio de desenvolvimento de cada sociedade corresponderia à sua fase evolutiva neste processo.

Significava um alto grau evolutivo-social o reconhecimento concreto das liberdades e das igualdades. No caso brasileiro, pleiteava-se ainda a efetivação de direitos básicos através da remodelação ou eliminação de instituições inconciliáveis com as novas pretensões liberais, como era o caso, por exemplo, da escravidão e da vinculação entre Igreja e Estado.

Ao lado do Liberalismo, o Cientificismo angariou seus representantes brasileiros. Mais uma vez, Barros distingue um do outro pelo ponto de partida, se bem que, em geral, o ponto de chegada era o mesmo: o primeiro partia do valor para implementar ações ("a legislação adequada pode transformar o povo"), enquanto o segundo partia do *ser*, do conhecimento do real, para o *dever-ser* ("o povo adequado pode transformar a legislação").

De acordo com os valores cientificistas, a "marcha fatal" do universo físico também se verifica no universo humano, pois este pertence ao mesmo mundo daquele, porém em nível mais complexo. Daí porque Barros entende ter o novo cientificismo, o do final do século XIX, uma perspectiva dinâmica, histórica, de desenvolvimento, de evolução, ou seja, "o mundo humano, como objeto de conhecimento, não é mais dado como algo que é, mas como algo que vem a ser" (Barros, 1986). O objeto *dinâmico* de conhecimento integra a sociologia, a biologia, a psicologia, a criminologia, etc.

A conduta humana passa a ser apreciada de forma individualizada, contudo, em relação à etapa do progresso da humanidade. Em outras palavras, o comportamento do *indivíduo* deve ser avaliado na conformidade de suas particularidades biopsicológicas, mas, ao mesmo tempo, os "biologismos" e os "psicologismos" estavam imersos na dinâmica *universal* da evolução, pelo contributo do Materialismo, Positivismo,[3] Darwinismo, Spencerismo e Haeckelianismo.

Com efeito, se o Brasil da primeira metade do século XIX estava começando a receber os informes de um cientificismo, na segunda metade daquele mesmo século, o país estava começando a se inscrever num cientificismo positivista e darwinista, pelo qual se proporcionou ultrapassar eficazmente os umbrais da Faculdade de Medicina para se estender a outros campos, como a política, a educação, o direito.

Ao associar o estado *individual* do nacional com o estágio de desenvolvimento *universal*, a intelectualidade permitiu a visualização de um papel maior da ciência médica, não circunscrito ao organismo pessoal, mas prescrevendo a terapêutica ao organismo social. Esse movimento de ampliação da intervenção médica é também um registro indireto do objetivo de se elevar a nação brasileira à mesma fase de algumas nações europeias, notadamente a França ou a Alemanha.

De qualquer modo, aqui, a tutela do criminoso também passou a ser disputada pela Justiça e pela Medicina. Os chamados *crimes sem razão* abriram grandemente a porta para a entrada da psiquiatria na esfera criminal e, à medida que ela foi adentrando, foi diminuindo a importância das medições e da antropometria: "uma das consequências da psiquiatrização crescente do exame médico-legal foi o recuo da antropometria. Dos tempos gloriosos de fins do XIX, quando Lombroso era vivo e a superfície do corpo, sua aparência e suas medidas podiam representar as janelas da alma, quase nada sobrevivia nos anos 1830 e 1840"(Ferla, 2005). Não que elas tenham deixado de perfazer o conteúdo dos exames médico-legais, mas a relevância de outrora não mais se punha.

Antes de 1870, portanto, a intervenção médica no campo criminológico era bem tímida, resguardada aos casos em que era necessário a constatação de que o agente era *um louco de todo gênero* para efeitos de desculpabilização – constatação reclamada como questão de fato (a evidência da alienação pelo senso comum), por alguns, e questão de direito, por outros (a avaliação técnico-científica não condicionaria a decisão judicial).

A partir da generalização das patologias mentais, com um certo número de "doenças" *comportamentais* – principalmente, a partir das teorias do atavismo e da degeneração –, a figura do médico-perito se tornou indispensável tanto para proceder ao diagnóstico do louco (fosse o louco moral, o degenerado, o alienado, etc.), como para o tratamento mais humanizado e mais adequado no que tange à resposta penal correta e suficiente para quem realizou o fato definido em lei como crime.

Ademais, com o programa higienista, a medicina social construiu planos de ação preventiva, unindo a "limpeza" dos focos de doença a padrões de comportamento moral, que exigiam a adequação da população ao que teria sido rotulado como puro,

sadio, saudável. Fugir desses padrões caracterizava infração penal e, no fundo, representava uma certa forma de loucura: o que podia levar alguém a não aderir às normas da sociedade, as quais pretendiam, no final, a sua própria proteção e bem-estar? A classe intelectual dominante tinha dificuldades de compreender a "renúncia racional" aos códigos vigentes por certas camadas sociais e, por conseguinte, as tentativas de responder a tais inquietantes perguntas vinham, geralmente, pela desvinculação dos comportamentos aos valores morais.

Nesse ponto, o Judiciário e a Medicina se aproximavam. As explicações por certa amoralidade comportamental agradavam aos parâmetros com que o Judiciário estava habituado a lidar e, por outro lado, possibilitavam os médicos a definir a (ir)responsabilidade do agente com base em sua "vida pregressa", o histórico de sua existência e ainda de seus parentes. Ao mesmo tempo, a confusa relação entre medicina e direito penal, que tanto favoreceu as publicações da Criminologia Científica ou Positiva, ao ser transplantada para os Asilos de Alienados ou para, depois, os Manicômios Judiciários, transpareceu o obscuro limite entre o tratamento psicopatológico e o tratamento moral ou a ambiguidade entre a instituição da prisão e a instituição do asilo.

Se no texto legal parecia clara a diferença entre os imputáveis e os inimputáveis e, consequentemente, o tipo de reclusão/internação que deveriam receber, bem como o cuidado técnico a ser-lhes dirigido, se médico ou jurídico, no plano concreto, todavia, as práticas institucionais eram dúbias e pouco definidas. Primeiramente, não havia consenso sobre a elasticidade da interpretação da legislação, pois, afinal, qual é o alcance da expressão "louco de todo gênero"? Ou com o Código de 1890, o alcance da expressão "completa privação de sentidos e de inteligência"? Em segundo lugar, exigia-se adequação "moral" ao louco, bem como superação da "patologia" do criminoso. Falava-se em Manicômio ou em seção especial no Hospício para os "loucos-criminosos" e presídios específicos para "reincidentes incorrigíveis", ou seja, de certo modo, a prisão se fez asilo e o asilo se fez prisão, guardando entre si a característica das instituições totais (Goffman, 2008).

Com efeito, a progressiva intervenção da medicina psiquiátrica na justiça vai, aos poucos, incorporando outros comportamentos delituosos em que se põe a questão da culpabilidade. Tradicionalmente, não praticava crime aquele que sofria de delírio e que possuía distúrbios, mas, diante das monomanias, degenerações, atavismos e outras complexidades mentais, o médico se vê na legitimidade de questionar o funcionamento do direito de punir, quando aplicado a situações onde os motivos desaparecem e o fato parece sem explicação plausível, racional.[4] Vê-se também perante o desafio de averiguar a responsabilidade ou não do agente, de evitar o erro de se condenar um louco ou de se inocentar um criminoso que pudesse estar tentando se passar por louco.

Por seu turno, a "interferência" do saber-poder médico e a "pretensão" de ampliar os casos de desculpabilização incomodaram muitos juristas. Questionável, por si só, a

competência da Medicina e questionável também sua legitimidade para decidir o destino de alguém que está submetido à Justiça. Os conflitos de atribuição entre os médicos e os juristas foram, então, inevitáveis, quando os exames passaram a constituir um instrumento de poder sobre o destino das pessoas; e como instrumento de poder se tornaram alvo de disputa e de conflituosidade tanto internamente, pelas divergências teóricas entre os próprios médicos, como externamente, no embate com a polícia e com o judiciário.

Pondera Ferla (2005) que os principais "adversários" da produção médico-científica, em que o laudo se concretizava como diagnóstico da verdade, se personificavam no material policial produzido, muitas vezes por meio de tortura; nos veredictos leigos do júri; nas provas atécnicas, como a testemunhal.

De fato, além das veementes opiniões contrárias ao Tribunal do Júri, os cientistas da época também se voltaram contra os testemunhos, a ponto de propor a realização dos exames de sanidade mental também nas testemunhas, conforme propunham Ferreira Antunes e Juliano Moreira.

A crença na certeza da perícia motivou o projeto de estender os exames médico-legais para outros indivíduos relacionados ao processo, bem como instigou médicos influentes a propor a obrigatoriedade de alguns exames a todos os delinquentes e não só quando houvesse requisição judicial.

A medicalização do criminoso brasileiro eclodiu no fim do século XIX, portanto, por uma série de fatores presentes nesse momento histórico de profusão científica, que permitiria a "elevação" do país à categoria de nação civilizada. Seriam necessárias várias medidas não só no campo do Direito e da Política, mas também da Literatura, da Economia, da Filosofia e da Educação.[5]

Acontece que, enquanto na Europa, a Escola Positiva da Criminologia veio cem anos depois da conquista de direitos civis pelo reconhecimento das liberdades e igualdades, no Brasil, a reivindicação pela Escola Científica-Liberal veio simultânea às reivindicações pela efetivação das garantias básicas, como a liberdade de consciência. Não é de se estranhar, pois, que o primeiro Código Criminal da República, apesar de datar de 1890, tenha incorporado pouco da doutrina Positiva, sendo mais fiel à Escola Clássica. Era necessário, primeiro, implementar o novo Estado e, paulatinamente, aprender a lidar com a nova estrutura para, depois, avaliar a conveniência da adoção das teorias de Lombroso, Ferri e Garófalo, cuja resistência já era manifestada por muitos. Esse trio italiano, entretanto, teve a capacidade de estimular novas reflexões e de avançar na medicalização do criminoso, garantindo o espaço do saber médico no Judiciário.

2 O CRIMINÓLOGO NINA RODRIGUES

Um dos grandes responsáveis pela consolidação desse saber-poder no Brasil foi Raimundo Nina Rodrigues. O médico e professor era considerado por Lombroso o

"Apóstolo da Antropologia Criminal no Novo-Mundo". Uma de suas obras de maior relevância foi *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brazil*, de 1894, cujo título já demonstra sua preocupação recorrente com as possíveis inter-relações entre características físico-raciais e criminalidade.

Com o mesmo modelo evolucionista, Nina Rodrigues parte do princípio de que foi com o aperfeiçoamento da série animal que se deu a crescente complicação do sistema nervoso, cuja composição histológica ou bioquímica da massa cerebral dependia de muitas décadas de adaptação e de transmissão hereditária por muitas gerações. Nisso se incluíam os graus sucessivos do desenvolvimento mental dos povos, os quais, dependendo de seu estágio evolutivo, não estariam aptos a receber, de uma hora para outra, a civilidade de uma cultura muito diferente. Assim como cada indivíduo tem seu ritmo de evolução, os povos têm seus graus de evolução mental, daí "a impossibilidade de supprimir a intervenção do tempo nas suas adaptações e a impossibilidade, portanto, de impor-se, de momento, a um povo, uma civilisação incompatível com o gráo de seu desenvolvimento intellectual" (Rodrigues, 1894).

Para exemplificar o atropelo do tempo e o insucesso de adaptação social, esse autor se refere aos aborígenes dizendo estarem eles incapacitados organicamente para atender ao que exigia a civilização. Tratava-se, portanto, de uma realidade material a que o estudo das "raças inferiores" poderia contribuir, fornecendo à ciência os casos em que as observações positivas constatariam tal incapacidade orgânica, cerebral, afastando as especulações metafísicas da filosofia espiritualista:

> Applicado á genese das idéas do bem e do mal, do justo e do injusto, do direito e do dever – base moral e supposto fundamento do direito de punir da escola criminalista classica –, o methodo comparativo, que vimos operar tão grande revolução na psychologia, demonstra que, longe de uma procedencia sobrenatural ou supra-sensivel, essas idéas não são mais do que o resultado ideal da elaboração psychica por que passou o sentimento instinctivo de defeza fatal e mesmo inconsciente nas suas manifestações reflexas primordiais. A inneidade dellas, verificada pela analyse subjectiva nas raças superiores e que pareceu justificar a crença na sua proveniência extra-natural, se explica ao contrario muito naturalmente pela procedencia hereditaria, legado que foi de muitos seculos de repetição e aperfeiçoamento, o que acabou por identifical-as e tornal-as inherentes ao aperfeiçoamento psychico da humanidade (Rodrigues, 1894).

Argumentando a favor da relativização das ideias tidas como universais – do bem e do mal, do justo e do injusto – de acordo com o país e a raça, contrapõe-se ao ensino oficial e clássico do qual ainda estava impregnada a legislação brasileira. A antropologia, dizia Rodrigues, seria a ciência capaz de desmentir essa universalidade

através da comparação entre os povos dos sentimentos de reprovação ou louvor, de criminalidade ou permissão, de punição ou de prêmio, presentes em uma mesma época ou os sentimentos que um mesmo povo teve ao longo de diversas épocas.

Assim é que a ideia de justiça, por exemplo, se apresenta hoje para nós diferentemente de como se apresentava em momentos mais remotos e também se apresentava hoje para nós diferentemente de como se apresenta ainda hoje para outros povos que tenham graus diferenciados de evolução mental. Disso dependeria um aperfeiçoamento social que paulatinamente, ao longo de gerações, vai inculcando no cérebro humano uma determinada noção compartilhada entre aqueles que se encontrem no mesmo nível evolutivo. O mesmo se daria com a noção de crime e de pena. Segundo Nina Rodrigues:

> … para que se possa exigir de um povo que todos os seus representantes tenham o mesmo modo de sentir em relação ao crime, que formem todos da acção delictuosa e punivel o mesmo conceito, para que a pena, aferida pela imputabilidade, não se torne um absurdo, um contrasenso, indispensavel se faz que esse povo tenha chegado ao gráo de homogeneidade que Tarde, inspirando-se nas suas theorias sobre a imitação, descreveu magistralmente como o elemento social da identidade em que, em sua teoria, faz elle consistir o criterio da responsabilidade penal (Rodrigues, 1894).

Ao se contrapor à uniformidade universal da legislação, o autor defende um conjunto específico de leis para determinadas regiões. Um Código Penal nacional e isonômico ofenderia um postulado médico básico, o de que as pessoas são biologicamente distintas e, por isso, também o são os sistemas culturais.

As premissas do estudo de Nina Rodrigues (1894) foram resumidas por ele da seguinte forma: (1) a cada fase da evolução da humanidade, se comparam raças antropologicamente distintas, corresponde uma criminalidade própria, compatível com o grau do seu desenvolvimento intelectual e moral; (2) existe uma impossibilidade material, orgânica, de os representantes das fases inferiores da evolução social passarem bruscamente, em uma só geração, sem transição lenta e gradual, ao grau de cultura mental e social das fases superiores; (3) perante as conclusões tanto da sociologia como da psicologia moderna o postulado da vontade livre como base da responsabilidade penal só se pode discutir, sem flagrante absurdo, quando for aplicável a uma agremiação social muito homogênea, que esteja num mesmo grau de cultura mental média.

Ao considerar o acentuado desnível em que vivem as raças inferiores, o médico sustentou que a organização fisiopsicológica desses indivíduos não comporta uma mesma consciência do direito e do dever de que seriam possuidores os povos cultos em razão do acúmulo de aperfeiçoamento transmitido hereditariamente durante a

sua passagem da selvageria ou da barbárie à civilização. Por isso, nada justifica responsabilizar os selvagens e os bárbaros pela falta dessa consciência, do mesmo modo que não justificaria punir os menores por não serem adultos ou os loucos por não serem sãos. Nina Rodrigues, nesse sentido, se mostra em sintonia com a teoria do atavismo empregada por Lombroso, não se fazendo de rogado ao declarar que constitui fonte dos atos violentos e antissociais a impulsividade primitiva típica das raças inferiores; típica, pois coerente com os atos reflexos e automáticos das espécies menos evoluídas. Ao contrário, quanto mais subirmos na escala evolutiva, mais se esperam ações refletidas, amparadas em arranjos psíquicos de ordem mais elevada.

Dentre os elementos antropológicos puros da população brasileira, o desafio residia na averiguação da responsabilidade criminal do negro (representado pelos povos africanos e pelos negros crioulos não mesclados) e do índio (ou raça vermelha representada pelo brasileiro guarani e por seus descendentes civilizados) incorporados à nossa sociedade. A raça branca (representada pelos brancos crioulos não mesclados e pelos europeus, ou de raça latina, principalmente os portugueses e os italianos, ou de raça germânica, os teuto-brasileiros do sul da República) era o exemplar dos povos superiores. Os mestiços,[6] também, por carecerem de unidade antropológica, reforçavam a prova da necessidade de que a questão da responsabilidade fosse solucionada sempre no nível individual. Senão, vejamos, diante da perpetração de um crime por um negro ou por um índio excepcionalmente evoluído:

> Para logo surgirá a duvida muito bem fundada, o problema imperioso de saber: se o conflito, que a imposição, mais ou menos violenta, de uma civilisação superior, creou entre os sentimentos moraes novos, superficiaes e ainda não completamente radicados de um lado, e os instinctos antigos, cimentados e estratificados pela herança de uma longa cadeia de antepassados, de outro lado, é ou não de ordem a perturbar tão profundamente o mecanismo da determinação voluntaria, de modo a dar ganho de causa e predominio ás impulsões instinctivas e indomaveis, – criminosas no novo meio –, mas completamente inimputaveis" (Rodrigues, 1894).

Se, à primeira vista, negros e índios merecem, por sua inferioridade *a priori*, uma responsabilidade atenuada, certo é que outros negros e índios em estado selvagem são totalmente irresponsáveis, segundo Nina Rodrigues. Quanto aos mestiços, dependendo do estágio em que o indivíduo se encontrasse na escala evolutiva – que vai do produto "inteiramente inaproveitável e degenerado" ao produto "válido e capaz de superior manifestação da atividade mental" – igual correspondência terá a responsabilidade moral e penal, desde a sua completa negação em um extremo, até a sua afirmação no lado oposto. A intuição, todavia, é que, por ser o mestiço um "híbrido social", ele conta com um "defeito de organização", uma "insuficiência" ou

"desarmonia do desenvolvimento fisiopsicológico", devendo ser menos responsável do que os brancos civilizados. Às raças inferiores

> … falta-lhes a consciencia plena do direito de propriedade. E a consciencia do direito é momento capital, elemento constitutivo da qualificação de criminalidade (Berner, Tobias Barreto).
>
> Domina-os a impulsividade. E a impulsividade, – seja pathologica por destruição morbida do freio superior dos motivos psychicos de ordem mais elevada, das emoções nobres, seja congenital ou constitucional por falta ou por insufficiencia do desenvolvimento desse freio –, é sempre a mesma e tem o mesmo alcance. Em ambos os casos ella mantem dominada a livre determinação voluntaria e destroe pela base toda e qualquer responsabilidade que se funde na liberdade do querer" (Rodrigues, 1894).

Tendo a inferioridade de certas raças como forte convicção, Nina Rodrigues se entusiasmou com a história de Antônio Conselheiro. Apesar de defender a análise individualizada, o médico tomou todo o grupo de jagunços como objeto e generalizou o diagnóstico ao intitular o episódio "a loucura epidêmica de Canudos". Em primeiro plano, põe a "vesânia" que aflige a personagem principal e o meio propenso à sua proliferação: "é examinada por este prisma que a cristalização do delírio de Antonio Conselheiro no terceiro período da sua psychose progressiva reflete as condições sociologicas do meio em que se organizou" (Rodrigues, 1897). A saga de Antonio Maciel é, então, estudada com detalhes.

Sua história de missionário delirante pelos sertões da Bahia parece consubstanciar a fase megalomaníaca do final de sua vida, após alguns meses de propaganda religiosa no Ceará, de prisão por suspeição de crime com posterior absolvição, e de descontentamento com as mudanças políticas de secularização do fim da década de 1880. A instituição do governo Republicano provocou sua insubordinação ao governo civil e o reconhecimento deste governo pelo clero incitou a revolta contra os poderes eclesiásticos. A luta armada começou.

Quando Nina Rodrigues escreveu esse relato, o exército já se encontrava há três meses em Canudos sem conseguir dar cabo da revolta. Intrigava-lhe, portanto, como um louco como Conselheiro conseguira mobilizar tantas pessoas com sua palavra. A resposta, ele encontrou nas características raciais dos jagunços, o qual

> … é um producto tão mestiço no physico que reproduz os caracteres anthropologicos combinados das raças de que provém, quanto hybrido nas suas manifestações sociaes que representam a fusão quasi inviavel de civilizações muito desiguaes (…) revelam-se inteiriços o carater indomavel

> do indio selvagem, o gosto pela vida errante e nomade, a resistencia aos soffrimentos physicos, á fome, á sede, ás intemperies, decidido pendor pelas aventuras da guerra cuja improvização elles descobrem no menor pretexto, sempre promptos e decididos para as razzias das villas e povoados, para as depredações á mão armada, para as correrias de todo o genero que os interesses do mando, as exigencias da politicagem e as ambições de aventureiros fazem succeder-se de continuo por toda a vasta estensão das zonas pouco habitadas do paiz (Rodrigues, 1897).

O ambiente era ideal para estimular os instintos guerreiros desses mestiços. Faziam o que determinavam suas peculiaridades atávicas sem possuírem a capacidade mental – por desenvolvimento intelectual, ético e religioso insuficiente ou incompleto –, para compreender as mudanças políticas que sofisticaram a encarnação do poder na lei republicana. A dependência de uma voz de comando, da figura tradicional do monarca, foi, nas explicações de Nina Rodrigues, a origem da força sugestiva de Conselheiro.

Em outro trabalho, o autor, além de aprofundar o estudo sobre as "collectividades anormaes", examinou os casos de loucura a dois e, especialmente, o atentado da Praça Mauá. Aos 5 de novembro de 1897, Marcellino Bispo tentou assassinar o então presidente Prudente de Morais, a mando de Deocleciano Martyr. Nina Rodrigues estuda o perfil do executor e o classifica como um "regicida", pois

> Aos regicidas pertence elle [Marcellino] pela *idade*, pois contava apenas 22 annos e os regicidas raramente têm mais de 30, oscillando de ordinario entre 20 e 25. Entre os regicidas celebres tinham (...) Guiteau, 40, etc. E esta precocidade é a melhor prova de que as solicitações psychicas que conduzem ao regicidio se encontram especialmente nos jovens, exactamente como as demais manifestações da degenerescencia. Pelos *laços hereditarios*, Bispo pertence tambem aos regicidas. É elle mestiço em sangue muito proximo dos indios brasileiros, pois seus pais descendiam de indios do extincto aldeiamento do Urúcú, em Alagôas. Já desta circumstancia se pode induzir o grau da sua impulsividade hereditaria. Mas a autoridade que, por ordem do governo, abriu inquerito sobre a familia de Bispo, informa que si os pais do assassino eram honestos, pacificos e laboriosos, 'houve outros parentes do criminoso, caboclos perversos e assassinos e dentre estes um que ha tempos assassinou o proprio irmão'. Aos regicidas pertence principalmente Marcellino Bispo por sua *natureza*, pois como todos os regicidas é evidentemente um degenerado (Rodrigues, 1939).

Esse regicida, que possuía inteligência "acanhada" e instrução "rudimentar", deixava morbidamente se sugestionar, e seus impulsos naturalmente selvagens e violentos,

eram perfeitos para transformá-lo em *prisioneiro moral* de quem o explorasse nessas tendências inatas. Nisso residia o fundamento do crime a dois e não muito longe estava o crime das multidões.

Voltando, assim, às coletividades anormais e ao livro que recebeu esse título, Nina Rodrigues complementou as anotações sobre Canudos. Seguindo a crença nas explicações comportamentais por meio da conformação do cérebro, ele acrescentou às conclusões anteriores sobre os jagunços o estado de exaltação passional coletiva em que se encontrava aquela multidão, desaparecendo "o controle da vida cerebral, e com elle, a personalidade consciente e o discernimento" (Rodrigues, 1939). Nesse sentido, a sugestão de Antônio Conselheiro não teria provocado simplesmente uma adesão consciente, mas sim "um estado delirante collectivo, de carater politico-religioso, dotado de uma tal intensidade que poude impellir os sectarios a todos os sacrificios. Foi um verdadeiro estado de multidão vesanico que se formou nesta seita de predispostos, de desequilibrados e loucos" (Rodrigues, 1939).

A excitação causada por Conselheiro se faria cessar por ele próprio ou com sua morte, o que acabou por acontecer em 1897. A cabeça foi separada do corpo e seu crânio foi oferecido a Nina Rodrigues. Nos parâmetros das pesquisas craniométricas, registrou-se:

> … nenhuma anomalia que denunciasse traços de degenerescencia: é um craneo de mestiço onde se associam caracteres anthropogicos de raças differentes. Só relataremos aqui, pois, as indicações mais importantes. É um craneo dolichocephalo e mesorrhyno, quasi sem dentes, e com notavel atrophia das arcadas alveolares. Tem uma capacidade de 1670 cc. (…) É pois um craneo normal. Esta conclusão, que está de accordo com as informações recolhidas sobre a historia do alienado, confirma o diagnostico de delirio chronico de evolução systematica" (Rodrigues, 1939).

Por mais que Conselheiro fosse o comandante, não seria afastada, classicamente, a responsabilidade dos jagunços. Nossa legislação adotava o princípio do livre-arbítrio, logo os mestiços maiores e não doentes mentais seriam considerados imputáveis. As concepções de Nina Rodrigues, todavia – amparadas nas teorias do atavismo, da hereditariedade, da degenerescência, da inferioridade, enfim, na escola italiana de Lombroso –, firmavam uma nova doutrina e intentavam transformações nas instituições penais que levassem em consideração a ausência ou diminuição da culpabilidade de determinados indivíduos por força de sua raça, de sua mestiçagem não evoluída ou de seu "estado de multidão", como no exemplo de Canudos.

No Brasil, a teoria da degenerescência se destinou fortemente aos índios, aos negros e aos mestiços, na tentativa da explicação da inferioridade e suas consequentes

manifestações, adaptando o princípio da igualdade para a realidade biológica: é preciso tratar desigualmente os desiguais (Alvarez, 2002).

Como podemos perceber com Nina Rodrigues, o contexto sociopolítico de fins do século XIX e início do XX favoreceu a consolidação da Antropologia [criminal] brasileira e sua atualização pelas mãos de Afranio Peixoto, Juliano Moreira, Arthur Ramos e outros, bem como a adoção de medidas públicas que consideravam as teses raciais em voga no pensamento social leigo e culto.

É impossível, portanto, falar do Brasil daquela época e não fazer referências ao tema racial.

3 CONCLUSÃO

As expectativas quanto aos resultados que as pesquisas da Antropologia Criminal poderiam fornecer cruzaram continentes, oceanos e desembarcaram no Brasil. O papel que a medicina desempenhou no estudo da Criminologia científica, fortemente, no final do século XIX, impactou a literatura médico-jurídica brasileira e, aqui, fez escolas. Nomes como Raimundo Nina Rodrigues, Teixeira Brandão, Heitor Carrilho, Juliano Moreira, aplicavam suas premissas no campo criminológico, e renomados juristas e advogados também se deixaram seduzir por tais ideias. Entre eles, a título de exemplificação, João Vieira de Araújo, Augusto Olympio Viveiros de Castro, Cândido Mota, Esmeraldino Olympio Torres Bandeira, Antônio Moniz Sodré de Aragão e Pedro Lessa (Tórtima, 2002).

No Brasil, assim, também presenciamos a proximidade entre a Medicina e o Poder Judiciário, onde médicos reclamam o posto de peritos, cientistas imparciais não subordinados ao chefe de polícia e não desacreditados em sua isenção e competência. Na visão médica, o homem do direito era como um "assessor que colocaria sob a forma da lei o que o perito médico já diagnosticara e com o tempo trataria de sanar" (Schwarcz, 2008). Na visão jurídica, a questão se inverte, pois o homem da medicina era como "um técnico que auxiliaria no bom desempenho desses profissionais das leis" (Schwarcz, 2008).

Vê-se claramente um campo de disputas entre médicos e juristas que, todavia, mais se complementam no projeto de construção da nação do que se excluem. A "dialética" de convergência e divergência entre esses saberes aproximou-os em certos pontos e distanciou-os em outros, contudo, isso só revela um fluxo e contrafluxo normal no plano intelectual, registrado na história da intelectualidade brasileira.

Considerando que a *racionalidade* dos *doutores* poderia estar atrelada a uma mentalidade elitista, a uma opção política do tipo monarquia *versus* república ou escravidão *versus* abolicionismo, não se pode mesmo descartar a hipótese de essa construção teórica do século XIX ter referendado uma dominação social e uma

garantia de ordem higienista que levava para fora da normalidade os mestiços, os capoeiras, os degenerados, os vadios, os inertes, os malandros e os criminosos.

Na época não havia a especificidade de uma intelectualidade médica voltada para a adequação de um programa de inclusão do Brasil no mundo "evoluído" com o perfil de uma população miscigenada e tropical. Nesse ambiente, fica claro que negros ocupavam um espaço de inferioridade, os porões das classes sociais. Muitas vezes ainda vistos como "coisa", serviam a seus senhores na medida das necessidades destes.

A partir da década de 1870, todavia, o cenário começou a mudar. Os contextos externo e interno, bem como o fortalecimento do movimento abolicionista, favorecerem o surgimento de novas reivindicações e de novas orientações políticas, literárias, artísticas, econômicas, etc.

: ARTIGO APROVADO (10/10/2010) : *RECEBIDO EM 10/04/2010*

NOTAS

1 Sugerem-se leituras da tradição foucaultiana de abordagem arqueológica e genealógica nas ciências humanas. Ver, por exemplo, Michel Foucault, *As palavras e as coisas:* uma arqueologia das ciências humanas (4. ed., Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1987).

2 Schwarcz compartilha esse entendimento, mencionando a Lei do Ventre Livre, de 1871, o fortalecimento de centros de ensino que ocorreu naquela década, além de representar um marco na história das ideias brasileiras, pois sintetiza o "momento de entrada de todo um novo ideário positivo-evolucionista em que os modelos raciais de análise cumprem um papel fundamental" (2008, p.14).

3 Barros reduz o termo "Positivismo" à doutrina de Comte, mas concorda que, em termos mais gerais, poderíamos substituir "cientificismo" por aquele.

4 Trata-se de casos como o de Henriette Cornier e Pierre Rivière, estudados por Foucault (2002). Para Robert Castel: "Essas exceções literalmente transtornantes questionam o direito de punir ao nível de seu funcionamento. Atos tão deslocados que não podem mais ser recodificados em termos de motivos. Eles desconcertam toda e qualquer justificativa racional da sanção, pois não podem ser referidos a nenhum cálculo. Que o aparelho da gestão da loucura o assuma, portanto" (1978, p.169).

5 Para Barros "é preciso substituir o romantismo pelo naturalismo, em literatura; o direito natural pelo direito positivo, na jurisprudência; o espiritualismo pelo monismo, positivista ou materialista, em filosofia; a monarquia pela república, em política; o privilégio pela livre concorrência, em economia, em educação; é preciso libertar a consciência do artificialismo das imposições constitucionais, para submetê-la apenas ao seu determinismo natural e às legítimas injunções coletivas; é preciso tornar livre o trabalho, rever a situação da mulher, reexaminar a concepção do Estado" (1986, p.172).

6 Segundo Nina Rodrigues "O conflicto, – que se estabelece no seio do organismo social pela tendencia a fazer, á força, iguaes perante a lei e seus effeitos, raças realmente tão distinctas e desiguaes –, tem o seu simile e se deve realisar

no seio do organismo individual, nos casos de mestiçamento, que combina e funde de momento em um mesmo individuo qualidades physicas, physicologicas e psychicas, não só distinctas, mas ainda de valor muito differente no ponto de vista do conceito evolutivo do aperfeiçoamento humano. É verdade biologica bem conhecida que nos cruzamentos de especies differentes o exito é tanto menos favoravel quanto mais afastadas na hierarquia zoologica estão entre si as especies que se cruzam" (1986, p. 91).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ, Marcos César. A criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais. *DADOS - Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 4, p. 677-704, 2002.

BARROS, Roque Spencer M. de. *A ilustração brasileira e a idéia de universidade.* São Paulo: Convívio; 1986. p.7, 109.

CASTEL, Robert. *A ordem psiquiátrica: a idade de ouro do alienismo*. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

CORRÊA, Mariza. *As ilusões da liberdade:* a escola Nina Rodrigues e a antropologia no Brasil. 2. ed. rev. Bragança Paulista: Universidade de São Francisco, 2001.

DARMON, Pierre. *Médicos e assassinos na Belle Époque*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

FERLA, Luis Antonio C. *Feios, sujos e malvados sob medida:* do crime ao trabalho, a utopia médica do biodeterminismo em São Paulo (1920-1945) [Tese]. Pós-Graduação em História Econômica da Faculdade de Filosofia, Letra e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p.169

FOUCAULT, Michel. Os anormais: curso no Collége de France (1974-1975). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos.* 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2008.

ILLICH, Ivan. *A expropriação da saúde: Nêmesis da medicina*. 4. ed. São Paulo: Nova Fronteira, 1975.

RODRIGUES, Raimundo Nina. A loucura epidemica de Canudos: Antonio Conselheiro e os jagunços. *Revista Brazileira,* Rio de Janeiro, , p. 4, 11,12, 1897.

_____. *As collectividades anormaes*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1939, p. 89, 130, 133, 173, 173.

_____. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brazil.* Bahia: Imprensa Popular, 1894, p. 3, 8, 16, 19, 84-85, 104-105.

ROSE, Nikolas. Beyond Medicalisation. *Lancet,* n. 369, p. 700-703, 2007.

ROSENBERG, Charles E. Contested Boundaries: Psuchiatry, Disease, and Diagnosis. *Perspective in Biology and Medicine,* v. 49, n. 3, p. 407-424, *summer* 2006.

ROUSSEAU, G. S. Para uma semiótica do nervo: a história social da linguagem em novo tom. In: BURKE, Peter; PORTER, Roy. (Orgs.) *Linguagem, indivíduo e sociedade. A história social da linguagem*. São Paulo: XXXXX, 1993.

SCHWARCZ, Lilia M. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no brasil – 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

SERPA JR., Octávio. *Mal-estar na natureza: estudo crítico sobre o reducionismo biológico em psiquiatria.* Belo Horizonte: Te Cora Ed., 1998.

TÓRTIMA, Pedro. *Crime e castigo para além do Equador*. Belo Horizonte: Inédita, 2002.

Cristiane Brandão Augusto

Av Presidente Wilson, 118
Centro – 20030-020
Rio de Janeiro – RJ – Brasil
pedipe@ig.com.br

Doutora em Ciências Humanas e Saúde pelo Instituto de Medicina Social da UERJ

Mestra em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Graduada em Direito pela PUC/RJ

Professora de Direito Penal da UCAM, do IBMEC e da EMERJ

Francisco Ortega

Doutor em Filosofia pela Universidade de Bielefeld
Graduado em Filosofia pela Universidade Complutense de Madrid

Rua São Francisco Xavier, 524 – 7º andar - Bloco D
Maracanã - 20559-900
Rio de Janeiro - RJ – Brasil
fjortega@uol.com.br

O PRINCÍPIO DA UNIVERSALIZAÇÃO EM RAWLS E HABERMAS: UMA AVALIAÇÃO CRÍTICA

Luiz Antonio de Oliveira Lima

THE PRINCIPLE OF THE UNIVERSALIZATION IN RAWLS AND HABERMAS: A CRITICAL VIEW

RESUMO

O objetivo deste artigo é apresentar uma análise do chamado princípio de universalização como aparece nas obras de John Rawls e Jürgen Habermas. O universal é um conceito muito caro a quase todas as sociedades na medida em que significa uma prevalência do interesse geral sobre o particular. O universal se manifesta quando classes menos privilegiadas passam a ter acesso a algumas condições de vida das classes mais altas. Essa ascensão, no entanto, pode ter uma contrapartida negativa: as elites intelectuais apresentam as normas que devem vigorar nos novos tempos através de um discurso abstrato, impedindo que aqueles que não têm acesso a esse capital simbólico se beneficiem das novas circunstâncias. Este artigo tentará mostrar que as obras de Rawls e Habermas podem ser caracterizadas por tal forma de universalização abstrata.

PALAVRAS-CHAVE

Universalização concreta e abstrata, Elites intelectuais, Capital simbólico, Skole

ABSTRACT

The aim of this paper is to present an analysis of the so called principle of the universalization as it appears in the works of John Rawls and Jürgen Habermas. The universal is a revered concept in almost all societies as far as it means a prevalence of the general interests over the particular ones. It prevails under certain historical conditions when the less privileged classes have access to some of the patterns of life of the upper classes. This ascent however has a negative counterpart: The intellectual elites present the norms that must rule through an abstract discourse preventing those that do not have access to this form of symbolic capital to benefit from the new circumstances. This work will try to show that the works of Rawls and Habermas may be characterized as this form of abstract universalization.

KEYWORDS

Abstract and concrete universalization, Intellectual elites, Symbolic capital, Skole

INTRODUÇÃO

A procura de padrões universais de comportamento pode ser identificada em vários tipos de sociedades; em algumas essa procura é mais consciente que em outras, como no caso das sociedades ocidentais modernas, porém, mesmo em sociedades nas quais não há uma consciência muito clara desse fato essa busca existe, como será considerado adiante. Este artigo está interessado nas sociedades modernas e, de maneira específica, como essa preocupação aparece nos trabalhos de John Rawls e Jurgen Habermas, os

autores que mais influenciaram a filosofia política e moral atuais. Assim, se propõe aqui, ainda que de modo geral, discutir o porque dessa procura pela universalização, para em seguida mostrar como ela se apresenta nas obras daqueles autores as suas implicações e seus aspectos críticos.

1 A UNIVERSALIZAÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES

Inicialmente se procurará mostrar quais os "lucros da universalização". Para tanto vai-se seguir de maneira bastante próxima a análise de Pierre Bourdieu (1994, 1997). Segundo ele, existe um reconhecimento universal do "reconhecimento do universal", ou seja, "é um universal das práticas sociais reconhecer como válidos os comportamentos que têm como princípio a submissão, mesmo que hipócrita ao universal" (Bourdieu, 1994). Esse autor cita como um exemplo antropológico uma regra de organização familiar dos Kabila segundo a qual alguém do sexo masculino deve se casar com a prima patrilinear, apesar dessa forma de ligação caracterizar apenas de 3% a 6% dos casamentos nos grupos mais rigorosos. No entanto, todos aqueles que se casam, segundo essa regra, mesmo quando não o fazem com convicção, mas por outro tipo de interesse, procuram usar o fato como argumento para conseguir vantagens (lucros do universal) dentro dessa sociedade. Bourdieu aproxima esse comportamento com o objeto da crítica marxista à ideologia, isto é, como uma forma de universalização do interesse particular.

De outro lado, observa que as "estratégias de universalização que abrangem, em princípio, todas as normas e todas as formalidades oficiais, com tudo aquilo que possam ter de mistificação, repousam sobre a existência universal dos lucros da universalização. Estes são os determinantes de que o universal tenha chances não nulas de se realizar [...] a gênese desse tipo de comportamento não é concebível se não se identificar esse motor, que é o reconhecimento universal do 'universal', em outras palavras, o reconhecimento oficial da primazia do grupo e de seus interesses sobre o individuo e seus interesses" (Bourdieu, 1994).

Tais formas de conduta, as quais as classes dominantes geralmente elegem como paradigmas e nas quais celebram a cultura desinteressada, o puro, a moral kantiana, a contemplação do belo, etc., não podem preencher sua função simbólica de legitimação senão por que elas, precisamente, se beneficiam do princípio de um reconhecimento do universal. Referindo-se à situação histórica da burocracia moderna, seja de direita ou de esquerda, Bourdieu observa "que os grupos sociais que constituíram a burocracia prussiana ou a burocracia francesa, tinham interesse no universal, e por isso tiveram de inventar o universal (o direito, a ideia de serviço público, a ideia do interesse geral, etc.), ou seja, a dominação em nome do universal, para ter acesso a dominação" (Bourdieu, 1994).

De outro lado, a justificação do universal não seria possível sem que houvesse uma prática acadêmica capaz de produzi-la, e que pode ser identificada pela expressão

scholastic view. Trata-se de um ponto de vista relativo ao mundo social, à linguagem e a outros objetos do pensamento, que se torna possível pelo ponto de vista da *skole* (lazer) – de onde vem à palavra escola – em sua forma particular de lazer intelectual. A adoção desse ponto de vista dá o direito de entrada exigido tacitamente por todos os campos do saber, a disposição "neutralizante" que implica a colocação em suspenso de toda a existência, de toda a intenção prática. A característica dessa atitude é deixar impensados os pressupostos de seu pensamento as próprias condições sociais que permitem a um grupo dedicar-se ao ponto de vista da *skole* e as disposições inconscientes de teses inconscientes, adquiridas através da *scholastic view*, muitas vezes inscritas no prolongamento de experiências originárias de distanciamento em relação ao mundo e às urgências da necessidade.

A implicação geral da fuga do mundo é destruir o objeto inicial de uma investigação e substituí-lo por puros artefatos e os aplicar sem reflexão à prática; a colocar na cabeça dos agentes sua própria visão escolástica e imputar a seu objeto, o que pertence à sua maneira de aprender ou a seu modo de conhecimento. Neste contexto, pode-se fazer uma crítica ao universal da *skole*: quando as práticas acadêmicas, pelo interesse de serem detentoras do saber, esquecem de considerar as condições históricas que instituíram certos comportamentos que passam a ser analisados por suas categorias de apreensão do mundo como definitivos e eternos, excluindo como irracionais outras práticas e outras formas de conhecimento.

Um caso paradigmático dessa situação de universalização abstrata ocorre com a chamada "ciência econômica"; e aqui vai se valer de novo de Bourdieu. Esse autor, em suas pesquisas antropológicas na Argélia, pôde estabelecer empiricamente que aquém de um certo nível de bem-estar econômico, assegurado pela estabilidade no emprego e pela posse de um mínimo de rendimentos regulares, os agentes econômicos não podem assegurar um mínimo de controle sobre o presente, não conseguem conceber nem realizar a maior parte das ações que implicam um esforço para controlar seu futuro, como a gestão racional de seus recursos ao longo do tempo, a poupança, o recurso ponderado ao crédito ou ao controle da fertilidade. Em outras palavras, há condições econômicas que permitem o acesso ao comportamento racional. Ora, essas condições não decorrem deste comportamento, mas são anteriores a ele. No entanto a ciência econômica, na medida em que desconhece esses condicionantes, afirma que as condições para obter bem-estar são a aplicação das suas próprias categorias que tomam como racionais e universais, tratando como um dom universal da natureza a disposição prospectiva e calculadora em relação ao mundo e ao tempo.

Além disso, a ocultação das condições que permitiram o aparecimento de comportamentos considerados favoráveis à humanidade impede que se determine se essas condições ainda existem – e se não existem quais modificações seriam necessárias para criar novos processos de racionalidade? A universalização abstrata, neste

caso, ao não permitir a identificação dessas modificações, impede que novos grupos sociais acedam aos benefícios de uma universalização concreta.

De outro lado, a crítica ao universalismo abstrato que passa em silêncio as condições de acesso ao universal não deve levar à adoção de um relativismo cínico ou ao conformismo. O repúdio às formas de acesso ao universal por parte daqueles que se encontram excluídos, bem como o repúdio dos valores da verdade e dos valores efetivamente universais da emancipação, em nome de uma forma elementar de relativismo, contribuem para reforçar, de uma forma mais perigosa, ainda, a hegemonia existente e, geralmente, fazem transparecer uma espécie de falso radicalismo que tende a deixar as coisas como elas estão.

O objetivo dessas considerações preliminares é mostrar posteriormente de que maneira as obras de Rawls e Habermas incorporam essa forma de universalismo abstrato ao proporem uma oposição ao relativismo. A grande repercussão de suas obras no discurso ético, político e jurídico tornam essa reflexão ainda mais necessária.

2 A VOLTA À FILOSOFIA POLÍTICA COM HABERMAS E RAWLS

As obras recentes de Rawls e Habermas têm o mérito de reintroduzirem na discussão política conceitos como moralidade, justiça e legitimidade, como valores básicos da vida em sociedade e não como simples variáveis operacionais, como acontece na filosofia política de inspiração anglo-saxônica, que impõe como condição de uma análise política "científica" que esta seja *value free*.

Habermas referindo-se aos conceitos do direito formal o contrapõe a essa visão moderna ao afirmar que tais conceitos "oferecem a possibilidade de um procedimento construtivo e uma projeção normativa da ordem pública, concebida como um mecanismo racional, o que uma ciência política de orientação empírica abandonou radicalmente. Ao contrário do normativismo jusnaturalista (e mesmo do direito burguês), esta exclui de suas considerações científicas as questões morais/práticas da legitimidade ou, então, as concebe como questões empíricas o que tratam de descrever como uma crença na legitimidade" (Habermas, 1987). Em outras palavras, interpretam as questões de legitimidade como uma forma de aceitação da ordem social, independentemente de seu conteúdo valorativo, como na interpretação sociológica de Luhman, que reduz o princípio da legitimidade "a expectativas cognitivas que, no caso de uma decepção, não estaremos prontos a corrigir" (Habermas, 1997).

Os trabalhos de Habermas e Rawls, ao trazerem de volta as condições valorativas de justificação da realidade social, tiveram grande aceitação, especialmente, porque os autores partiram do conceito da moralidade kantiana, baseado na ideia de autonomia individual, cara ao pensamento liberal, dando à essa ideia uma interpretação procedimental e procurando enquadrá-la dentro de uma teoria que poderia ter uma extensão empírica. Essa concepção constitui uma alternativa à concepção hegeliana de que a

constituição de uma comunidade livre somente seria possível mediante uma realidade que transcendesse os interesses de indivíduos atomizados.

Para justificar essa última observação, consideremos a crítica de Hegel à moralidade kantiana. Para Kant, uma decisão só seria moral se fosse independente de qualquer motivação externa ao indivíduo (prazer físico ou psicológico, busca de aprovação social, temor à lei, etc.); seria uma decisão a qual, quem a toma espera e deseja que os demais ajam sempre da mesma forma em relação a si mesmo. Daí a observação de Kant, que essa descrição estaria dentro do âmbito que identifica como moralidade (*moralitat*) apenas se essa decisão pudesse ser expressa como uma lei universal.

Kant formula essa ideia a partir do que chama "imperativo categórico":

> A vontade absolutamente boa, cujo princípio tem que ser um imperativo categórico, indeterminada a respeito de todos os objetos, conterá, pois somente a *forma do querer em geral*, e isto como autonomia quer dizer: (1) a aptidão da máxima de toda a boa vontade, de se transformar a si mesma em lei universal, é a única que se impõe a si mesma a vontade de todo ser racional, sem subpor (2) qualquer impulso ou interesse como fundamento (Kant, 1960).

Hegel, embora considerasse a ideia desse imperativo como o primeiro passo para identificar a autonomia do ser humano, introduziu uma distinção que transcende essa regra que considera por demais formal e abstrata, quando se trata da sociabilidade humana. É a distinção entre a moralidade individual (*moralitat*), e a eticidade (*sittlichkeit*) que envolvem a totalidade da vida ética. A moralidade é limitada, pois regula apenas a relação de um indivíduo com outro,

> … mas sobreposta a ela existe a vida mais ampla da comunidade, de pessoas relacionando-se com outras, não como indivíduos isolados, mas como indivíduos como membros de uma comunidade. Um dos argumentos mais fortes contra a ética kantiana é que o imperativo categórico não é operativo nas relações familiares, nas quais ele é superado pelo amor, de tal forma que o critério da moralidade (*moralitat*), pode também não ser válido para a vida política (Avineri, 1972).

No contexto da *polis*, portanto, o imperativo categórico não seria efetivo, como um princípio que permitisse a sociabilidade, quer dizer, a universalização dos interesses de agentes autônomos e livres, pois haveria a necessidade de um poder soberano, como em Hobbes, que realizaria a sociabilidade mediante a concessão por parte de cada indivíduo de sua autonomia: o relacionamento dos indivíduos entre si

não decorreria do exercício de suas liberdades, mas de ele abrirem mão de parte delas para que a convivência fosse possível. Como observou Hegel:

> A definição kantiana [...] em que o elemento essencial é a limitação da minha liberdade (ou de meu livre arbítrio), para que se possa estar de acordo com o livre arbítrio de cada um segundo uma lei geral, apenas constitui uma determinação negativa [...] uma vez aceito tal princípio, o racional só pode aparecer para essa liberdade, como uma limitação, não como razão imanente, mas sim como uma forma universal exterior (Hegel, 1976).

Para Hegel "a vontade racional humana, encontra um conteúdo, não cada um despojando-se de sua particularidade para alcançar sua liberdade e a universalidade [...] mas encontrando seus nexos com uma razão universal, chegando a discernir que aspectos de nossas vidas como seres particulares refletem verdadeiramente o universal concreto que é a razão (*Geist*)" (Taylor, 1983).

Ora, o que Habermas e Rawls pretendem fazer é, respondendo à crítica hegeliana sobre a visão liberal kantiana de liberdade, reformar essa visão e justificá-la a partir do pressuposto de que os indivíduos agindo isoladamente com base em sua razão (não em uma razão superior que consideram metafísica), possam realizar individualmente sua liberdade e ao mesmo tempo constituir concretamente o universal (a sociabilidade).[1]

3 AS VISÕES DE RAWLS E HABERMAS

Para Rawls (1971) a legitimação democrática do poder deve partir do conceito de 1iberdade individual ou liberdade negativa na acepção de Kant, e da determinação das condições em que as ações individuais compatíveis com esse conceito de liberdade seriam, também, compatíveis com uma moralidade social. Em sua análise Rawls procura apresentar a possibilidade de compatibilizar ambas as realidades, podendo incluir entre as liberdades negativas a propriedade. A restrição relativa à propriedade, contudo, tem relação com uma norma que Rawls chama de "princípio da diferença", de forma que o aumento da desigualdade, em termos de propriedade, e renda só poderá ser permitida caso tenha como subproduto a melhoria das condições de vida dos grupos menos privilegiados. Dessa maneira é possível ter-se um sistema econômico descentralizado compatível com o dinamismo de mercado, com a diferença que o critério de acumulação da riqueza, embora seja condicionado, em última análise, é determinada pela lógica do mercado.

Para desenvolver sua teoria, Rawls propôs uma interpretação do caráter humano que espera que todos aceitem como razoável, isto é, que todo o indivíduo tem certas metas que só poderão ser atingidas se este dispuser do que o autor denomina bens

primários, os quais, inicialmente, supõe-se, se constituam de direitos e liberdades, poder e oportunidades, renda e riqueza (Rawls, 1971). O acesso a esses bens será facilitado pela associação entre os indivíduos, a qual, no entanto, só se justificará moralmente se tiver como consequência ganhos mútuos e nenhuma perda. A sociedade, portanto, seria a forma pela qual os indivíduos escapariam de uma situação que lhes impedisse realizar suas metas.

Ocorre, no entanto, que nessa associação haverá mais de uma alternativa possível de organização, de tal forma que surge a necessidade de se escolher uma delas. Essa escolha, segundo Rawls, implica a definição de uma série de princípios capazes de permitir a escolha da estrutura de distribuição baseada em princípios de justiça que "atribuiriam direitos e deveres para os membros da sociedade e a distribuição dos ônus e benefícios da cooperação social". Ora, a definição dos princípios depende do que os indivíduos consideram a forma de sua autorrealização. Para Rawls, ao contrário do que pensam os utilitaristas benthamianos, o sentido de autorrealização é algo mais que o simples sentimento de sucesso e competência. A autoestima individual deriva, também, do sentimento de que suas ações foram honradas, de que suas realizações se justificaram diante dos outros. Assim a maioria das pessoas não quer parecer que venceu, quebrando certas normas e regras, nem tampouco que foram beneficiárias de normas injustas de discriminação ou de vantagens políticas. Na verdade, mesmo quando isso acontece, as pessoas procuram esconder o fato ou se justificar diante das outras, o que não deixa de ser uma situação em que a hipocrisia faz um aceno à virtude.

Diante dessa realidade, que princípios seriam escolhidos? A partir do que Rawls entende por uma concepção política de vantagens mútuas seria descartada toda a distribuição de ônus e benefícios que deixasse cada membro da sociedade em uma situação menos livre do que se permanecesse sozinho. A condição para isto acontecer seria dada pelo princípio da liberdade negativa: "Cada pessoa deve ter um direito igual à maior liberdade possível compatível com uma liberdade similar a dos demais", do que decorreria "que o esquema de cooperação social deve ser estável, deve estar de acordo com regras básicas aceitas voluntariamente" (Rawls, 1971) e, portanto, equitativas.

O segundo princípio, consistente com uma aceitação voluntária dos termos de associação, teria relação com a compatibilização da igualdade e da eficiência, partindo-se da hipótese, confirmada pelo fracasso das tentativas engenharia social, de que o igualitarismo seria autodestrutivo, até mesmo irrealizável. Seria, no entanto, necessário uma justificativa de cada passo que fizesse a sociedade se distanciar de uma distribuição igualitária. Para Rawls cada incentivo individual capaz de aumentar a desigualdade só seria justificado se melhorasse a posição absoluta de todos. Daí o "princípio da diferença, segundo o qual as desigualdades sociais e econômicas só poderão ser constituídas se forem: (1) "razoáveis de se esperar que, venham

beneficiar a todos; (2) e sejam ligadas a posições sociais e profissões abertas para todos" (Rawls, 1971).

Do ponto de vista individual, esse raciocínio requer um critério de imparcialidade que se manifestaria por um princípio que deveria reger a elaboração de todas as normas: cada pessoa, ao decidir sobre sua ação, deveria estar certa de que, colocando-se na posição das demais, as consequências dessa ação não lhes seriam prejudiciais ou indesejáveis.

Esse comportamento ético equivaleria, em termos estratégicos, ao comportamento de pessoas que escolheriam uma distribuição dos bens produzidos em uma sociedade em uma situação de "ignorância" da posição que ocupam ou vão ocupar nessa sociedade, ou seja, diante da incerteza a respeito da sua posição, e admitindo a possibilidade de sua posição futura corresponder a dos menos privilegiados, os agentes procurariam uma forma de distribuição que tornasse melhor possível a posição deles mesmos.

Essa visão, no entanto, foi objeto de sérias contestações dos filósofos comunitaristas, especialmente Michael Sandel (1984); segundo ele, o contrato estabelecido a partir dos dois princípios mencionados seria, apenas, uma extensão da teoria da decisão, na qual seres humanos isolados e totalmente autônomos escolhem seus objetivos com base em um cálculo estratégico de seus respectivos interesses. Como observa Axel Honneth (1995), "supõe-se que o sujeito possua sempre a distância suficiente de todas as orientações de valor, capaz de permitir-lhe decidir, livre de qualquer constrangimento, como se tomasse a decisão de comprar alguma coisa". Supõe-se alguém que não esteja situado em nenhum contexto e em certa medida neutro em termos de valores.

Opondo-se a essa ideia, Sandel propõe que as pessoas não podem ser descritas de uma maneira adequada se não se levar em consideração seus objetivos de vida e orientações que os determinam. Esse autor argumenta ainda que toda a pessoa que já foi moldada por alguma forma de vida ou outra, em princípio, não pode estar na situação pressuposta por Rawls, no ato de decisão, isto é que possa adotar uma atitude indiferente diante de todos os projetos de vida possíveis" (Idem. p.235)

Diante dessas observações, Rawls procurou contextualizar a visão da "teoria da justiça "como equidade: uma teoria política e não metafísica" que "a teoria da justiça como equidade tem suas bases em uma intuição que nós julgamos estar implícita na cultura pública de uma sociedade democrática". Mais adiante, ele acrescenta "em oposição ao liberalismo como doutrina moral completa, a teoria da justiça como equidade procura apresentar uma concepção da justiça política que esteja inscrita nas ideias intuitivas de base da cultura pública de uma democracia [...] Assim a teoria da justiça como equidade procura precisar o centro de um *overlaping consensus*, isto é, as ideias intuitivas comuns que coordenadas em uma concepção política da justiça se revelarão suficientes para garantir um sistema constitucional justo" (Rawls, 1988).

A favor de Rawls, e em oposição à crítica dos comunitaristas, pode-se verificar que a contextualização se constitui apenas em acentuar o que já estava explícito na teoria da justiça, ou seja, supõe-se que os participantes têm algo em comum, o que não significa que eles sejam necessariamente iguais.

Daí o comentário de Rawls de que pode haver, de fato, consideráveis diferenças entre os cidadãos a respeito das concepções de justiça, desde que tais concepções levem a julgamentos políticos similares. E isso será possível desde que diferentes premissas possam levar à mesma conclusão. Neste caso pode haver o que posso me referir como um "consenso parcial" (*overlaping consensus*) em vez de um consenso estrito [...] Naturalmente essa coincidência não precisa ser perfeita: será suficiente que uma condição de reciprocidade seja satisfeita. Ambos os lados devem acreditar que, embora suas concepções de justiça difiram, suas visões apoiam o mesmo julgamento de uma determinada situação e que continuarão as mesmas desde que suas posições sejam trocadas (Rawls, 1988).

Na verdade, Rawls não abandona sua concepção inicial de um contrato entre agentes livres e independentes, ele apenas evoca um contexto histórico (uma sociedade democrática, nos padrões da cultura ocidental), para reforçar a base de sua teoria em uma ética kantiana, que procura dar uma interpretação processual. Daí sua afirmação de que os princípios reguladores de uma sociedade justa seriam aqueles escolhidos com base em uma cultura pública de uma sociedade democrática, e que nos capacitassem a explicar o sentido pelo qual agindo a partir de tais princípios, expressariam as nossa natureza enquanto pessoas racionais livres. "Desde que todos são racionais e livres, cada qual deve ter um parecer igual ao adotar esses princípios, a menos que os princípios dos canalhas sejam adotados, quando então não será possível uma escolha livre para todos" (Rawls, 1971).

Considerando-se agora a visão de Habermas, podemos identificar um ponto de coincidência com Rawls, qual seja a importância que ambos atribuem ao processo de legitimação para a compreensão dos processos políticos, ou seja, esse processo deve envolver sempre considerações morais e práticas, o que uma ciência política de "orientação empírica" abandonou totalmente. Habermas, no entanto, distancia-se de Rawls ao considerar que a constituição de uma universalidade ética requer que esse processo seja desligado de uma conceituação monológica, que marcou a tradição formalista que vai de Kant ao próprio Rawls. Para Habermas, o ponto de vista adequado para a realização de um processo de legitimação normativa é fundamentalmente dialógico; é apenas através da estrutura comunicativa de um processo discursivo, envolvendo todos os afetados pelas normas propostas, que o processo de troca de papéis (reciprocidade), em que uns se colocam no lugar do outro, pode ser efetivamente realizado.

Assim, o foco da análise de Habermas vai se encontrar na possibilidade da universalização de interesses que deve nascer sempre em um contexto discursivo. Para esse autor

> O interesse é comum porque o consenso livre de constrangimento permite a realização apenas daquilo que todos podem querer (e) está livre de qualquer decepção, pois a interpretação das necessidades pelas quais cada indivíduo deve ser capaz de reconhecer aquilo que deseja se torna objeto de uma formação de vontade discursiva (Habermas, 1975).

Em artigo posterior Habermas (1990), procura detalhar mais seu ponto de vista, ao mostrar que a justificação discursiva das normas pressupõe não apenas as necessidades individuais, incluindo aqui um conjunto de bens específicos e o respeito ao indivíduo tomado isoladamente, mas também o respeito à sua forma de vida social e, portanto, o que está em jogo não é apenas a justiça, mas a solidariedade, pois

> a justiça, concebida deontológicamente, requer a solidariedade como seu reverso. Não é uma questão apenas de dois momentos que se complementam como aspectos de uma mesma coisa [...] a justiça diz respeito à liberdade e direitos de um indivíduo único e autossuficiente, enquanto a solidariedade diz respeito ao bem-estar de seus semelhantes, e daqueles que a ele estão ligados intersubjetivamente em um a forma de vida comum e assim também à manutenção da integridade desta forma de vida. As normas morais não podem proteger os direitos iguais e as liberdades individuais sem proteger o bem-estar de seus semelhantes e a comunidade à qual o indivíduo pertence (Habermas, 1990).

Implícita em tais observações encontra-se a ideia de uma sociedade cuja integração depende da possibilidade de os interlocutores encontrarem-se em uma posição de igualdade e livres de interesses externos como dominação, paixão, escassez, etc. Portanto, uma sociedade emancipada. Essa situação, dadas as condições históricas concretas, representa apenas uma hipótese contrafactual "pois apenas em uma sociedade que tivesse realizado a libertação de seus cidadãos, seria possível a comunicação no nível de um diálogo livre de todos com todos". Ao mesmo tempo a possibilidade da emancipação encontra-se na possibilidade desse diálogo, mas isso "só pode acontecer quando "a filosofia descobre no curso dialético da História o conjunto das forças que impedem os esforços constantemente renovados de diálogo e os conduz para fora de uma comunicação livre, e [então] avança o processo cujo atraso retarda o progresso da espécie humana para sua emancipação" (Habermas, citado em Bubner 1981).

Habermas procura se aproximar de Kant ao mostrar que o princípio da discussão livre tem como corolário a construção de um contexto intersubjetivo de discurso, do qual decorre "que a validade da norma deve satisfazer à condição segundo a qual as consequências e os efeitos secundários do fato de que a normas que foram universalmente

observadas, com a intenção de responder aos interesses de todos, podem ser aceitas sem limitações por todas as pessoas envolvidas" (Habermas, 1986).

Assim, Habermas propõe a reconstrução da ideia da razão prática de Kant em termos de uma razão comunicativa que tem como garantia o próprio caráter pragmático do discurso. A partir do momento em que as pessoas se dispõem a participar de um discurso, cada uma delas está admitindo a racionalidade dos demais, neste ponto Habermas segue Apel, que observou que "quem argumenta seriamente já admitiu necessariamente o ponto de vista da razão, isto é, ao ingressar no terreno do discurso argumentativo, se impugnar a validade universal das regras do discurso, incorrerá em uma contradição entre a proposição afirmada e a utilização performativa da validade das regras do discurso, pelo simples fato de argumentar" (Apel, 1990).

Em um primeiro momento, esse, é o ponto crucial da metodologia de Habermas, pois para ele o caráter pragmático do discurso torna possível a formação de uma vontade consciente na qual os interesses de cada indivíduo podem ser considerados sem que se destruam os laços sociais que ligam cada indivíduo com seu semelhante. Nesse sentido, o modelo de reciprocidade (*role taking*) utilizado no discurso não é equivalente ao do contrato social. Uma ética simplesmente processual (*a la* Rawls) torna-se parcial na medida em que a ideia de um acordo entre pessoas isoladas não é substituída pela ideia de uma formação de vontade racional, ocorrendo no "mundo da vida de indivíduos socializados".

No entanto, Habermas, em seus trabalhos mais recentes, especialmente *Direito e democracia* distância-se mais de Rawls ao se propor uma nova tarefa: utilizar a "teoria da discussão", para combater o positivismo jurídico, relacionando o direito com a justiça e a moral. Para Habernas, "o ponto de vista imparcial só pode tomar corpo no processo de uma argumentação intersubjetiva que obriga os participantes, por via de uma idealização, a estender os limites de suas perspectivas de interpretação" (Habermas, 1997).

Para tanto, esse autor terá de tornar explícito um princípio de organização social capaz de abrigar o princípio da discussão; e ele o faz recorrendo à existência do direito positivo. Assim esse princípio "não pode ir buscar sua legitimidade em um direito moral superior, mas em um processo supostamente judicioso de formação de opinião e vontade", de tal forma que o princípio moral não coincida obrigatoriamente com o princípio da discussão, como admitia a partir de sua herança de Apel. Para ele, agora,

> é necessário situar o princípio da discussão em um nível de abstração ainda neutro em relação à distinção entre moral e direito, porque vai desdobrar-se em dois aspectos: em um princípio moral e em um princípio democrático. Neste caso é necessário mostrar-se em que medida o princípio da discussão está longe de esgotar o princípio da universalização, pois senão o princípio

> moral, simplesmente dissimulado, seria como no direito natural – uma única forma de legitimação do direito (Apel, 1990).

Habermas chama atenção para a importância de normas jurídicas como garantia contínua de liberdade para os agentes exporem seus pontos de vista. Daí observar que estes

> como sujeitos de direito têm necessidade de ancorar a prática da autolegislação no contexto próprio do direito: é necessário que institucionalizem, em termos de normas jurídicas, os pressupostos comunicacionais e os procedimentos mesmos de um processo de formação de opinião e de vontade políticas, no qual o processo de discussão está aplicado. Em consequência o código jurídico estabelecido por meio do direito geral de dispor das liberdades subjetivas, deve ser complementado pelo direito de participação que garante com chances iguais o uso público da liberdade de comunicação. É dessa maneira que o princípio da discussão toma a forma jurídica de um princípio democrático (Ibidem, p. 488-489).

Tal condição não ocorre na argumentação de Rawls; para este o princípio que deve reger a constituição de um direito processual é independente da normatividade, mas depende profundamente da cultura e da tradição. Sobre esse ponto, observa

> Em razão de sua hostilidade à ordem racional, Rawls não pode fornecer justificação para as perspectivas normativas da justiça; e embora ele não o reconheça, ele é em última análise um antinormativista, e é válido perguntar-se se ele não cede também aí, ao contrário do que ele mesmo diz, a uma tentação sociologizante [...] o que é grave em tal procedimento é que confundiu o direito com o não direito, tornando-se o direito uma simples figura de fato: neste caso, uma ordem jurídica já não decorre de uma construção, mas torna-se no limite um simples dado (Goyard-Fabre, 2002).

À diferença de Rawls, pode-se encontrar em Habermas a formulação de uma teoria do direito positivo moderno. Este é ao mesmo tempo factual, legal ou institucionalizado e normativo, dotado de legitimidade, o que implica que seja aceito como obrigação e não por coerção. Sua legitimidade decorre de que é determinado por um processo discursivo no qual "os cidadãos estabelecem quais os direitos que devem ceder uns aos outros ao decidirem constituir-se em associação voluntária de societários jurídicos e ordenar sua vida de maneira legítima, graças ao direito positivo" (Habermas, 1999). Em Rawls essas condições não decorrem de um processo discursivo, mas são determinadas por um princípio moral de uma vez por todas.

Do ponto de vista da filosofia prática, Habermas procura conciliar os elementos básicos da democracia liberal, o império da lei; alguém não é obrigado a fazer ou deixar de fazer, senão em virtude da lei; com o princípio da soberania popular, o princípio democrático, através da participação dos agentes na elaboração da lei; em outras palavras, compatibilizar Locke e Rousseau de modo que a distribuição das liberdades deva ser satisfeita por um processo democrático, que fundamenta a suposição de que o resultado da opinião pública e formação de vontade são razoáveis, o que mostra que as autonomias públicas e privadas pressupõem-se reciprocamente, sem a primazia de uma sobre a outra.

4 A CRÍTICA DO UNIVERSALISMO DE RAWLS E HABERMAS

As considerações acima podem questionar a possibilidade de se fazer uma crítica conjunta a Rawls e Habermas. Sem dúvida, é adequada a crítica de Habermas à limitação da visão de Rawls do contrato, não como algo capaz de constituir-se em um ato gerador da sociedade, como em Locke, Hobbes ou Rousseau, mas como pura ficção destinada a pensar uma sociedade imaginária regida, idealmente, pelos seus dois princípios de justiça.

Contrapondo-se a essa hipótese, Habermas procura mostrar a importância do princípio da discussão pelos elementos nele envolvidos. Porém, apesar de tal discordância, está implícita na análise desses autores a estratégia comum de construir uma forma de eticidade opondo-se à visão hegeliana do *Geist* – que não transcenda os resultados das práticas individuais.

Tanto para Habermas como para Rawls deve haver um processo de legitimação envolvendo todos os cidadãos. Embora esse processo difira para ambos, no estabelecimento de padrões éticos de convivência, os dois admitem que tais padrões não têm uma justificativa metafísica, mas se tornam necessários porque não há uma visão última que possa ser considerada determinante desses padrões. O falibismo humano admitido por eles vai exigir a tomada da palavra pelos cidadãos e a comunicação entre eles como eixo de uma convivência democrática.

Os dois autores admitem, ainda, que um processo público de justificação possa requerer um grande número e diversidade de razões, porém, a possibilidade de se chegar a um ponto de vista comum para Rawls depende de um consenso, embora parcial (*overlaping consensus*), sobre certos valores, enquanto para Habermas essa possibilidade não está dada por um modelo imaginário de contrato, mas pela razoabilidade que se manifesta através das condições ideais do discurso.

O ponto crucial comum, no entanto, que justifica uma avaliação de universalismo dos dois autores é que tanto Rawls como Habermas pressupõem que os agentes, apesar de terem algumas características individuais próprias, possuem características substanciais idênticas definidas abstratamente e as quais vão permitir o tratamento de

seus problemas concretos. Para Habermas, a racionalidade que os membros da discussão devem admitir reciprocamente implica o surgimento de condições ideais do discurso que se concretizam pela elaboração de um direito racional. De outro lado, Rawls admite que um consenso universal pode ser obtido na medida em que este se fundamenta em ideias intuitivas que refletem ideais implícitos ou latentes na cultura pública de uma sociedade democrática, essas ideias se expressariam através dos "consensos parciais" ou *overlaping consensus*. Tais ideias, no entanto, nunca são atribuídas por Rawls a um estatuto concreto nem relacionadas a um tipo de comunidade política.

Em relação a ambas as hipóteses, pode-se considerar um problema levantado por Bourdieu cujas implicações serão consideradas adiante. A possibilidade de participação em um discurso ou em um processo de escolha dos princípios que vão reger uma sociedade justa depende de *todos os agentes* terem acesso a formas de racionalidade capazes de levar a um consenso livre não distorcido e aceito por todos, no caso de Habermas; ou por serem detentores, no caso de Rawls, de uma cultura liberal e democrática, que determina o *overlapping consensus*, ou seja, ambos supõem que os agentes detêm um capital simbólico que permite chegar a um acordo envolvendo todos os participantes.[2]

A partir dessa constatação nasce o problema concreto de se saber se essas hipóteses têm uma contrapartida concreta, se, na realidade, esse capital simbólico é possuído por todos os agentes. A desconsideração desse problema leva ao chamado ponto de vista que, parodiando Gilbert Ryle,

> … conduz ao erro epistemológico mais grave em matéria de ciências do homem, que consiste em colocar o "sábio na máquina",[3] ou seja, ver todos os agentes sociais a partir da imagem do sábio […] Ou mais exatamente, colocar os modelos que o sábio deve construir para justificar a existência de certas práticas, na consciência de todos os agentes (Bourdieu, 1994).

Ora, supor-se que todos os agentes atingiram esses padrões de racionalidade própria do sábio e, a partir dessa suposição irreal, justificar o processo de universalização e deixar de considerar outras formas de reivindicação por parte dos agentes que não se baseiam em tais padrões é cair, no que já foi identificado anteriormente, como o "ponto de vista escolástico".

A respeito, observa Axel Honneth, referindo-se basicamente a Habermas, o que pode também estender-se a Rawls:

> Tal suposição leva a uma solução na qual os portadores empíricos de princípios morais socialmente inovadores são identificados a partir do nível ético, do ponto de vista de sua consciência moral e de suas ideias de justiça […] Minha suposição é que Habermas [e eu acrescento Rawls] deve ignorar

> todas as potencialidades de ações morais que não podem ter alcançado um nível elaborado de julgamentos de valor, mas que estão incorporadas persistentemente em ações codificadas culturalmente de protesto coletivo ou mesmo de desaprovação moral silenciosa (Axel, 1995).

Axel Honneth expressa o fato de aqueles que não atingiram formas específicas de consciência moral, de caráter altamente abstrato, estarem excluídos da participação dos processos de discussão ou de assentimento dos padrões éticos mencionados. Nesse ponto, Honneth distingue as ideias de justiça formuladas na cultura dos *experts* burgueses e pela *avant-garde* política de um lado e a moralidade altamente situacional e fragmentária das classes excluídas de outro lado. Assim as ideias que acompanham e apoiam o protesto social das classes despossuídas podem ser entendidas como a mistura de dois sistemas generalizados de valor, como apontado por George Rudé:

> O primeiro tipo dessas ideias é que o que eu chamo de elemento tradicional inerente a elas, baseado na experiência direta e na tradição oral e na memória do povo e não apreendida mediante a audiência de sermões ou discursos ou pela leitura de livros. Nessa fusão, o segundo elemento é o conjunto de ideias derivadas ou emprestadas de outros, muitas vezes tomando a forma de um sistema mais estruturado de ideias políticas ou religiosas como os direitos do homem, Soberania Popular, Laissez Faire e o Direito Sagrado da Propriedade, Nacionalismo, Socialismo ou as várias versões da justificação pela fé [...] Não há algo como uma tábula rasa, no lugar da mente onde novas ideias são moldadas, onde não havia nenhuma ideia anterior (Citado em Honneth, 1995).

Desse modo, é possível identificar duas formas de sistemas normativos: o sistema normativo que se desenvolve a partir dos estratos culturalmente qualificados que contêm ideias autoconsistentes e conectadas logicamente do certo e do errado e que estabelecem os princípios de uma ordem social justa, como observada por alguém exterior a essa experiência. Essa forma se opõe à ética social dos estratos mais baixos da sociedade, que configuram um complexo não coordenado de demandas reativas de justiça.

O segundo sistema de valores não se constitui em um sistema positivo de princípios de justiça, e pode ser identificado, segundo Barrington Moore, com o conceito de "consciência de injustiça", que forma seu substrato cognitivo. Essas concepções não contêm a ideia de uma ordem moral total ou a projeção de uma sociedade justa abstraída de situações particulares, mas sim de uma alta sensibilidade a agressões e a reivindicações morais reconhecidas intuitivamente. "Essa moralidade interna representa

apenas o lado negativo da ordem moral instituída; seu potencial inovador historicamente produtivo é o de apontar para possibilidades de injustiça como a força de uma crueldade histórica" (Honneth, 1995). Assim se considerarmos, por exemplo, as reivindicações do proletariado industrial, vamos verificar que elas se encontravam fundadas em sentimentos de injustiça e não eram formuladas claramente nem baseadas em objetivos eticamente referidos. A causa básica disso não é uma inferioridade cognitiva dos estratos sociais mais baixos, ela decorre de diferenças específicas de classe, determinadas por pressões normativas, ou seja, os horizontes de ação assim formulados estabelecem-se em diferentes níveis de generalidade por razões de caráter socioestrutural. A primeira razão para que isso aconteça é que as ocupações desempenhadas pelos grupos sociais subalternos não os condicionam a desenvolver um sistema de valores compatível com a participação nos processos de universalização vigente. Em sua rotina diária seus membros não sentem nenhuma pressão para participar, por exemplo, do *overlapping consensus* de Rawls ou, ainda, para desenvolver um sistema de despersonalização de interesses, como requerido por Habermas, para participar do diálogo e para a formulação de normas jurídicas. Assim, os membros desses grupos, em suas condições precárias de existência, não são considerados capazes de desenvolver códigos linguísticos e culturais para expressar suas reivindicações ou mesmo desenvolver certos comportamentos de racionalidade econômica.

Axel Honneth (1990) apresenta três argumentos para reforçar tais hipóteses:

a) Criou-se uma necessidade interna às classes superiores para justificar normativamente, para elas mesmas e para outros membros da sociedade, a ordem social existente da qual obtêm privilégios. O discurso da universalização abstrata é um testemunho dessa necessidade de racionalização.
b) O clima cultural não predispõe os extratos mais baixos da sociedade à qualquer pressão para que elaborem princípios normativos válidos para todos os seus integrantes. Aqueles que exercem o poder político econômico adquirem o monopólio para a aquisição de tal tradição cultural; eles possuem os meios simbólicos para decodificar suas próprias normas de ação em um sistema de valores que alcançam além de situações específicas.
c) Os meios culturais dos grupos dominantes concedem prêmios de reconhecimento social para as formulações mais abstratas e complexas de suas convicções normativas, especialmente quando tais diretrizes não indicam nenhuma diretriz de natureza prática, o que, como já foi visto identifica a atividade da *skole*. Em contraposição, os membros das classes inferiores não têm a mesma capacidade para refletir sobre suas normas de ação, mesmo porque estão excluídos de reprodução cultural incorporada no sistema. A prova disso é que quando procuram formular suas reivindicações, recorrem a clichês

normativos, incapazes de identificar as verdadeiras causas de sua situação. Assim, "desde que nem suas premissas de valor, nem suas ideias de justiça são transparentes, a moralidade interna de sua consciência de injustiça social pode ser percebida, apenas indiretamente, na base de padrões caracterizados pela desaprovação moral dos eventos e processos sociais" (Honneth, 1995).

Em seguida, Honneth apresenta mecanismos de controle social que dificultam ou mesmo impedem a formação de conceitos positivos de justiça e igualdade por parte dos grupos subalternos. São de duas ordens: processos culturais de exclusão e processos institucionalizados de individuação. Os primeiros caracterizam as estratégias que limitam as possibilidades da experiência de injustiça mediante a desqualificação sistemática dos meios simbólicos, linguísticos, para sua expressão. Essas estratégias são utilizadas por agências de educação pública, pelos órgãos da indústria cultural e por fóruns de publicidade política. Os sistemas de linguagem utilizados e ensinados hoje pelas agências de socialização, e divulgados pela mídia, formalizam e despersonalizam experiências de injustiça específicas de grupos e classes, de forma que fiquem excluídos do mundo da comunicação. O processo de dessimbolização, estudado por autores como Oskar Negt e Alexandre Kluge, são também acompanhados pela repressão institucional de tradições culturais e dos processos de aprendizagem de movimentos de resistência social. Honneth apresenta como um caso concreto dessa situação a exclusão da arena pública na Alemanha Federal do testemunho histórico dos movimentos operários.

Os processos de individualização institucional são as estratégias estimuladas pelo estado ou por outras organizações que visam se opor ao perigo da comunicação relativa a experiências específicas de injustiça, mediante o estímulo a ações de orientação individualista. Assim, elas destroem a infraestrutura comunicativa que constitui a base de uma mobilização cooperativa e de uma elaboração dos sentimentos de injustiça. Essas estratégias são altamente complexas e vão desde o estímulo ao processo de ações individualistas envolvendo riscos à destruição de comunidades de vizinhanças capazes de formar consciência em grupo, e ao estabelecimento de mercados competitivos de trabalho dentro das empresas ou escritórios. A ideologia da autotrealização (*achievement*) é o complemento da tal estruturação. Além disso, a organização de agências de seguro privadas, em substituição às agências públicas, tem sido um obstáculo às formas de organizações coletivas e um estímulo à percepção individualizada de riscos (Honneth, 1995).

5 CONCLUSÃO

A crítica que se fez até agora à monopolização do universal por parte daqueles que tiram vantagens dessa monopolização, seja do ponto de vista econômico ou do ponto

de vista da detenção do "capital simbólico", não implica negar que a busca por níveis mais elevados de universalização não tenha avançado, em termos de progresso da razão, e que na luta para se atingir níveis mais amplos de universalização não tenha havido apelos à razão e à verdade. Consideremos o processo de uma universalização, por exemplo, que levou à constituição do direito positivo. Segundo a observação de Antonio Gramsci, quando ele compara a universalização ocorrida na revolução francesa com a universalização decorrente da reforma religiosa protestante,

> … apesar de a França ter sido dilacerada pelas guerras religiosas, obteve uma grande reforma popular no século XVIII com o iluminismo, o voltaireanismo, a Enciclopédia, que precedeu a revolução de 1789; tratou-se, na realidade, de uma grande reforma intelectual e moral do povo francês, mais completa do que a luterana alemã, já que envolveu também as grandes massas camponesas, pois teve um fundo laico acentuado ao tentar substituir a religião por uma ideologia completamente laica, representada pela vinculação nacional e patriótica. Tampouco ela, contudo, produziu um florescimento imediato da alta cultura, com exceção da ciência política na forma da ciência positiva do direito (Gramsci, 1978).

De outro lado, a criação do direito positivo não teria sido possível se não houvesse microcosmos sociais que, através de um trabalho de muitos séculos, formularam as bases intelectuais para justificar a existência da soberania do Estado. Assim, ao mesmo tempo em que através de um conjunto de conceitos procedimentos, e de formas de organização política destinados a servir ao interesse geral, os membros desses microcosmos puderam se apropriar das funções públicas como depositários dos poderes associados à instrução e ao mérito e não mais decorrentes dos privilégios do nascimento.

Apesar da democratização trazida por tais alterações, observa-se uma monopolização dos instrumentos de exercício do poder por grupos sociais específicos. Inicialmente nas mãos dos canonistas medievais, posteriormente pelos advogados e professores no século XIX, e pelos tecnocratas na idade contemporânea. Um processo de universalização efetivo pode estagnar quando os detentores do "capital simbólico" e grupos sociais interessados supõem que a realidade passa a ser identificada com suas categorias de apreensão e de manipulação dessa realidade.

Daí a possibilidade, em certos contextos, de as práticas de "universalização" passarem a ter princípios pouco universais: as racionalizações pela dissimulação dos lucros e interesses privados nelas envolvidos. Para se escapar dessa armadilha não há outra receita senão a que agora atinge o nível da ação política, pois "não se pode escapar do populismo ou do conservadorismo, duas formas de essencialismo tendentes a consagrar o *statu quo*, senão mediante o esforço de universalizar as condições de acesso ao universal" (Bourdieu, 1994).

Essas alterações, no entanto, transcendem os procedimentos codificados nos padrões éticos vigentes ou as normas jurídicas formulados na sistematização de Rawls ou Habermas. Nestas, o político é substituído por uma ética racional que institui uma forma de eticidade que pressupõe sempre regras definidas a partir de hipóteses sobre a natureza humana, e um direito positivo que define as normas de convivência e organização social. De acordo com Habermas "os procedimentos democráticos não retiram sua força de legitimação, apenas, *nem predominantemente*, da participação política, mas antes do acesso ao processo deliberativo, cuja estrutura fundamenta uma expectativa de resultados racionalmente aceitáveis" (Habermas, 2001).

Aqui surge um problema: quem determina a linha de separação entre o que é aceitável e não aceitável, a que se pode chegar a partir de um processo discursivo como o proposto por Habermas? Ou entre o legítimo e o ilegítimo que possa ser determinado a partir de um acordo decorrente de um *overlaping consensus*? A situação do "consenso parcial" é muito ampla para se determinar o conteúdo específico de certas normas. Até que ponto se pode identificar nesses contextos os resultados que são aceitáveis, sem alterar os padrões éticos ou jurídicos vigentes? Não há uma fronteira clara entre essas decisões e as decisões determinadas pelo próprio conjunto de normas éticas ou jurídicas vigentes a partir de uma "ética racional". Daí, poder se lembrar a crítica à repulsa liberal ao conceito de política, feita pelo grande jurista conservador, e em alguns momentos reacionário, Carl Schmitt:

> Aquelas decisões vão depender de quem as interpreta, as define e as usa. Quem determina o que é a paz, o que é o desarmamento, quais os tipos de intervenção, o que são a ordem e a segurança pública. Uma das manifestações mais importantes da vida legal e espiritual da humanidade é o fato de que quem quer que tenha o poder verdadeiro pode determinar o conteúdo das palavras e dos conceitos. *Caesar dominus et supra gramaticam* [Cesar é o senhor das palavras e da gramática] (Schmitt, citado em Mouffe, 2005).

Da mesma forma que quem define o uso dos termos e a gramática realiza uma ação política, uma redefinição desses termos também tem de ter o efeito de uma ação pública, que se constitui colocar, em termos sociologicamente realistas, "a questão da moral em política ou da moralização da política", isto é "interrogar-se de maneira prática sobre quais condições deveriam ser colocadas para que as práticas se encontrem submetidas a um teste de universalidade, de modo que imponham aos agentes nelas engajados limites e controles que sejam levados a estratégias da universalização real".

Certamente, esse esforço depende da aplicação de uma *real politik* capaz de enquadrar, instaurar ou reforçar padrões democráticos, mediante a criação de associações e movimentos, manifestações e manifestos, capazes de levar àquele objetivo.

A análise desse processo, no entanto, requer um aprofundamento, que vai além dos objetivos deste artigo.

: ARTIGO APROVADO (10/07/2010) : *RECEBIDO EM 05/01/2010*

NOTAS

1 Para deixar mais clara a posição de Hegel é preciso lembrar que o autor não realiza uma negação absoluta da ideia de liberdade individual no sentido kantiano, mas propõe uma superação, pois considera importante como um primeiro momento da definição da liberdade objetiva, mas deve haver uma superação (*aufhebung*) dessa ideia. Nesse processo de superação, e nisso talvez Hegel seja menos metafísico que Habermas e Rawls, ele toma como base não qualquer sociedade e qualquer forma de razão natural, mas considera um processo educativo, que ocorre na "sociedade civil". Para Hegel a sociedade civil é o espaço dinâmico no qual as trocas socioeconômicas e os conflitos resultantes são organizados por uma forma de razão, "superando" os conflitos.

2 "Capital simbólico" é um conceito usado por Bourdieu que significa, metaforicamente, a soma do reconhecimento cultural de prestígio que um indivíduo ou grupo social pode adquirir mediante uma manipulação hábil do sistema de símbolos sociais.

3 A imagem do sábio na máquina reporta-se a uma observação de Ryle segundo a qual alguém vendo uma máquina a vapor ou elétrica funcionar, e desconhecendo os princípios de funcionamento, explica o fato usando a ideia de que existe um fantasma ou um homúnculo na máquina.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APEL, K. O. *Una Ética de La Responsabilidade em La Era de La Ciência*. Buenos Aires: Editorial Almagesto, 1990, p. 17, 18, 490.
AVINERI, S. *Hegel's Theory of Modern State*. Cambridge: Cambridge University Press, 1972, p. 137.
BOURDIEU, P. *Raisons Pratiques – Sur La Theorie de L'Action*. Paris: Editions du Seuil, 1994, p. 165, 167, 222, 227.
_____. *Meditations Pascaliennes*. Paris: Editions du Seuil, 1997.
BUBNER, R. *La Filosofia Alemana Contemporanea*. Madri: Ediciones Catedra, 1984, p. 229.
GOYARD-FABRE, S. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 244, 245.
GRAMSCI, A. *Concepção Dialética Da História*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978, p. 105, 106.
HABERMAS, J. *Legitimation Crises*. Boston: Beacon Press, 1975, p.108.
_____. *Morale et Communication*. Paris: Editions du Cerf, 1986, p. 86, 87.
_____. *Teoria de La Accion Comunicativa*. Madrid: Taurus, 1987, p. 19s, 492.
_____. *Ecrits Politiques*. Paris: Edition du Cerf, 1990, p.47.
_____. *Debat sur la Justice Politique*. Paris: Edition du Cerf, 1997.
_____. *The Post national constellation*. Cambridge: Polity, 2001, p. 110.
_____. *Droit et Democratie*. Paris: Gallimard, 1997, p. 488.
HEGEL, G. W. F. *Princípios da Filosofia do Direito*. Lisboa: Ed. Livraria Martins Fontes, 1976, p. 44, 45.

HONNETH, A. *The Fragmented World of the Social*. Nova York: State University of New York Press, 1995, p. 208, 209, 212-214.
KANT, E. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Atlântida, 1960, p. 91.
MOUFFE, C. *On the Political*. Londres/Nova York: Routledge, 2005, p. 87.
RAWLS, J. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971, p. 6, 60, 62, 256, 257.
_____. La Theorie de la Justice comme Equité, une Theorie Politique et non pas Metaphisique. In: AUDARD, C. Individu et Theorie Sociale. Paris: Editions du Seuil, 1988, p. 288, 304, 381.
SANDEL, M. *Liberalism and its Critics*. Oxford: Basil Blockwell, 1984.
TAYLOR, Ch. *Hegel y la Sociedad Moderna*. México: Fondo de Cultura Economica, 1983, p. 157

Luiz Antonio de Oliveira Lima

Doutor em Ciências Econômicas pela Unicamp
Mestre em Economia pela Michigan State University
Professor Titular da Fundação Getulio Vargas (FGV)

Av. Nove de Julho, 2029 – 11º andar
Bela Vista – 01313-902
São Paulo – SP – Brasil
luiz.lima@fgv.br

A INSERÇÃO DO BRASIL NA POLÍTICA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DA PESSOA IDOSA

Maria Helena de Aguiar Notari e Maria Helena J. M. de Macedo Fragoso

BRAZILIAN INSERTION IN THE INTERNATIONAL POLITICS OF AGEING PEOPLE HUMAN RIGHTS

RESUMO

Este artigo propõe-se a estudar a evolução da proteção internacional dos direitos humanos da pessoa idosa e a posição do Brasil nas discussões sub-regionais, regionais e multilaterais que ocorrem na atualidade, considerando o presente contexto mundial de envelhecimento da população e os novos desafios que essa realidade implica.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos humanos; Convenção internacional; Pessoa idosa.

ABSTRACT

Due the effect of aging at the world population and the new challenges that this new reality implies, this article has the objective to study the evolution of the International Protection of Ageing People Human Rights and also the Brazilian government position at the contemporary subregionals, regional and multilateral discussions.

KEYWORDS

Human Rights; International convention; ageing people.

INTRODUÇÃO

O Poder Executivo brasileiro entende que os direitos da pessoa idosa devem receber tratamento de direitos humanos, por tratar-se de direitos de um grupo vulnerável. Isso foi evidenciado na criação, em 2009, da Coordenação Geral dos Direitos do Idoso (CGDI), subordinada ao Departamento de Promoção dos Direitos Humanos, da Subsecretaria de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, e na inclusão da temática do idoso no Terceiro Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3, 2009), o qual estabelece a valorização da pessoa idosa e a promoção de sua participação na sociedade como objetivo estratégico.[1]

Ainda que a temática da pessoa idosa tenha ganhado institucionalização com a criação da CGDI, ao substituir o Programa de Promoção e Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa, vigente desde 2008, como ação finalística da Secretaria de Direitos Humanos,

prevista no Plano Plurianual de 2008-2011,[2] percebe-se que a temática recebe tratamento diferenciado daquele atribuído aos Direitos Humanos das Crianças e dos Adolescentes e das Pessoas com Deficiência, que têm suas políticas administradas por subsecretarias próprias.

Isso não significa que a temática da pessoa idosa seja de menor relevância, mas que é demanda recente da população brasileira e relaciona-se à maior expectativa de vida alcançada no Brasil e no mundo todo, ainda que de maneira diferenciada de acordo com níveis de desenvolvimento socioeconômico. Um artigo do jornal *O Globo* confirma isso:

> … uma revolução de idosos segue o seu curso. Os novos velhos exercem a cidadania, votam, são produtores e consomem. Atuam, representam, circulam, decidem, participam e agem. Por enquanto, constituem modesta força de trabalho, mas logo estarão no patamar dos novos velhos dos países centrais e vão ser uma formidável massa populacional quando a imensa população de *baby boomers* entrar nessa nova velhice. Por isto, envelhecimento global será uma expressão-chave para os próximos anos.[3]

Tendo em conta o novo contexto mundial acerca do envelhecimento e os novos desafios que essa realidade implica, este artigo propõe-se a estudar a evolução da proteção internacional dos direitos humanos da pessoa idosa e a posição do Brasil nas discussões sub-regionais, regionais e multilaterais que ocorrem na atualidade.

1 O ENVELHECIMENTO DA POPULAÇÃO NO MUNDO

O envelhecimento da população mundial não possui precedentes e tende a evoluir com o decorrer do tempo. Durante o século XX, a proporção de pessoas idosas aumentou e, muito provavelmente, essa tendência se manterá durante o século XXI. Ao fim de 2007, 10,8% da população mundial possuía 60 anos ou mais. Projeta-se, para o ano de 2025, que a porcentagem de pessoas idosas alcance 15,1% e que, em 2050, chegue a 21,7%.[4]

De acordo com o relatório Envelhecimento da População no Mundo, 2009, das Nações Unidas:

> *Population ageing is unprecedented, a process without parallel in the history of humanity. A population ages when increases in the proportion of older persons (that is, those aged 60 years or over) are accompanied by reductions in the proportion of children (persons under age 15) and then by declines in the proportions of persons in the working ages (15 to 59). At the world level, the number of older persons is expected to exceed the number of children for the first time in 2045. In the more*

developed regions, where population ageing is far advanced, the number of children dropped below that of older persons in 1998.[5]

Todos os países do mundo têm experimentado mudanças na distribuição por faixa etária de suas populações. As diferenças regionais quanto à magnitude do processo de envelhecimento, contudo, são consideráveis, tendo em conta que os países se encontram em etapas distintas do processo de transição demográfica. Em 2009, 5,3% da população da África tinha 60 anos ou mais, e 9,7% da população da Ásia e do Pacífico tinha 60 anos ou mais. Na Oceania, 15,1% da população era composta de pessoas idosas, enquanto na Europa a população idosa representava 21,6% do total.[6]

Apesar de a população idosa atual da África, Ásia, América Latina, Caribe e Oceania ser mais jovem do que a da Europa, segundo as projeções, essas regiões experimentarão um vertiginoso crescimento de sua população idosa no futuro, em consequência da elevada taxa de crescimento que exibe esse segmento da população. Em termos mundiais, a população de 60 anos ou mais tem uma taxa de crescimento de 2,6%, que é mais elevada em regiões como a África (2,8%), a Ásia (3%), a América Latina e o Caribe (3,4%).[7]

Segundo estudos das Nações Unidas, em meados do século XX, o envelhecimento era um fenômeno dos países desenvolvidos. No futuro, espera-se que o envelhecimento da população nos países em desenvolvimento seja mais rápido, o que implicará menos tempo para adaptar-se às consequências desse fenômeno demográfico em um contexto de menor desenvolvimento econômico.

No caso específico da América Latina e do Caribe, tratam-se de regiões em processo de envelhecimento gradativo, mas inexorável. Em termos absolutos, entre os anos de 2000 e 2025, 57 milhões de pessoas com mais de 60 anos se somarão aos 41 milhões existentes, e entre 2025 e 2050, esse aumento será de 86 milhões. Trata-se de uma população que cresce com rapidez e com um ímpeto maior que a população jovem. A velocidade de mudança desse grupo etário será de três a cinco vezes maior que a população total nos períodos 2000–2025 e 2025–2050. De acordo com essa dinâmica, a proporção de pessoas maiores de 60 anos dentro da população total irá quadruplicar-se entre os anos de 2000 e 2025, de modo que um em cada quatro latino-americanos e caribenhos será idoso em 2025.

No Brasil, em 2007, a Pesquisa Nacional de Amostra Domiciliar (PNAD),[8] realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), revelou a existência de quase 20 milhões de idosos, correspondendo a 10,5% do total da população. Destes, 16,5 milhões viviam na área urbana e 3,4 milhões, na área rural. Destaca-se o número de idosos no Rio de Janeiro e em São Paulo com 1,7 milhão e 2,1 milhões, respectivamente.

Diante dessa realidade, torna-se "importante investigar se viver mais encontra paralelo com viver melhor; necessidade premente, desta feita, é repensar o envelhecimento inclusive no tocante ao suporte legal dirigido a esta categoria, a dos longevos".[9]

1.1 A BRECHA NORMATIVA

A organização não governamental Age Concern definiu a importância da normatização internacional dos direitos humanos:

> O direito internacional dos direitos humanos fornece um sistema que codifica os direitos humanos e torna-os obrigatórios. Preocupa-se, principalmente, com a relação entre o Estado e o indivíduo. O direito internacional dos direitos humanos é formado por diversos tratados, como acordos e convenções. Os tratados são conhecidos como "*hard law*" porque, quando um membro das Nações Unidas os ratifica, eles tornam-se juridicamente vinculativos. Isso significa que cada Estado membro tem de adaptar suas leis às normas dos tratados e introduzir políticas e programas para implementar as diferentes partes do tratado. Se o país não se adapta às normas dos tratados ou as contraria, ele infringe o tratado.[10]

Não existe um instrumento internacional juridicamente vinculativo que padronize e proteja os direitos das pessoas idosas. Na doutrina internacional dos direitos humanos, "a idade" é um assunto que tem sido tratado na ampla acepção de "qualquer condição social", fazendo alusão às diferenças de idade e de gerações, mas cujo tratamento não tem sido manifestado. O argumento é que a natureza universal dos instrumentos internacionais deveria incluir os sujeitos de idade avançada.[11]

Conforme salienta a organização não governamental Age Concern:

> … alguns direitos são mais relevantes para as pessoas de idade avançada do que para qualquer outra idade, a exemplo do direito de aposentadoria. Algumas vezes, um direito pode ser respeitado com relação às pessoas jovens, mas não ser bem protegido quando se trata das pessoas idosas, como o direito de acesso apropriado à saúde e a serviços sociais.[12]

Segundo um artigo da organização não governamental Helpage International:

> Os mecanismos de direitos humanos regionais e internacionais existentes não são suficientes para proteger de forma satisfatória os direitos das pessoas idosas. As convenções de direitos humanos que são peremptórias estabelecem que os direitos humanos são para todos. Contudo, com exceção de uma convenção (a dos trabalhadores migrantes), a idade não é explicitada como uma razão pela qual a pessoa não deveria ser discriminada. Assim, a discriminação relacionada à idade é frequentemente negligenciada pelos direitos humanos no mundo. A falta dessa previsão explícita em instrumentos existentes de direitos humanos é chamada de uma "brecha normativa".[13]

Conforme ressalta Anna Cruz de Araújo Pereira da Silva "a Organização das Nações Unidas é, atualmente, a entidade de maior representatividade mundial a promover os Direitos Humanos e as liberdades fundamentais".[14] Entretanto, não há convenções multilaterais que contemplem o idoso como tema principal. A proteção dos direitos das pessoas idosas ocorreria pela exegese dos instrumentos internacionais de direitos humanos existentes.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 não se faz referência explícita às pessoas de idade, mas todos os seus artigos e disposições devem ser aplicados a toda sociedade, incluindo o grupo de 60 anos ou mais.[15] O Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) tampouco contém referência explícita aos direitos das pessoas idosas, exceto no artigo 9º, que trata do direito à seguridade social. Por essa razão, no ano de 1995, o Comitê do Pacto preparou o Sexto Observatório Geral que destaca: "Os Estados Parte no Pacto devem prestar atenção especial para a promoção e proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais das pessoas idosas".[16]

Outra questão importante é determinar se a discriminação por motivos de idade está proibida nos instrumentos internacionais juridicamente vinculativos. A esse respeito, e como afirmou o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no ano de 1995

> … nem o Pacto nem a Declaração Universal dos Direitos Humanos faz referência explícita à idade como um dos fatores proibidos. Apesar de não se tratar de uma exclusão intencional, esta omissão se explica provavelmente pelo fato de que, quando esses instrumentos foram adotados, o problema do envelhecimento da população não era tão evidente nem tão urgente como na atualidade.[17]

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, no final da década de 1980, foram incorporadas medidas específicas em favor das pessoas idosas. O Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecido como o Protocolo de São Salvador, é, até o momento, o único instrumento vinculativo que incorpora especificamente os direitos das pessoas idosas.[18] Quatorze países da região já ratificaram o Protocolo de São Salvador, e apenas oito deles promulgaram uma lei específica de proteção dos direitos das pessoas idosas.[19]

Quanto às Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas e aos planos de ação internacionais nas Nações Unidas, existe um avanço mais amplo. No entanto, não são obrigações para os Estados, são normas gerais ou princípios, não normas jurídicas vinculativas. Apesar de os Estados poderem observar seu cumprimento, não estão legalmente obrigados.[20]

Conforme artigo da organização não governamental Helpage International "apesar de convenções internacionais serem peremptórias apenas a Estados que a ratificam, os

setores privados e a opinião pública também necessitam de parâmetros para ajudá-los a oferecer serviços que respeitem os direitos dos idosos e atendam as pessoas idosas".[21]

1.2 ANTECEDENTES

Em 1973, a Assembleia Geral das Nações Unidas chamou a atenção dos países quanto à necessidade de proteger os direitos e o bem-estar das pessoas de idade.[22] Contudo, apenas em 1982, iniciaram-se as discussões multilaterais sobre o envelhecimento, com a realização da I Conferência Internacional sobre Envelhecimento, que culminou na elaboração do Plano de Ação de Viena sobre Envelhecimento. Considerado o primeiro instrumento internacional sobre envelhecimento, esse plano tratou de políticas públicas específicas para saúde, nutrição, moradia, meio ambiente, família e bem-estar social.

Os Estados que participaram dessa Assembleia

> reafirmaram sua crença de que os direitos fundamentais e inalienáveis consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos se aplicam plenamente às pessoas idosas, e reconheceram que a qualidade de vida não é menos importante que a longevidade e que, em consequência, as pessoas de idade devem, na medida do possível, desfrutar no seio de suas próprias famílias e comunidades de vida plena, saudável e satisfatória e ser estimados como parte integrante da sociedade.[23]

O debate durante a I Conferência Internacional sobre Envelhecimento das Nações Unidas constatou a dificuldade de os governos priorizarem políticas públicas voltadas à pessoa idosa. De acordo com Anna Cruz de Araújo Pereira da Silva

> o Plano de Viena registrava que os custos em programas voltados aos jovens são mais facilmente aceitos, porque são considerados investimentos no futuro; em sentido oposto, os custos destinados a idosos são percebidos como gastos – e não investimentos – a pressionar as finanças públicas. O etarismo, portanto, é oficializado ano a ano na feitura dos orçamentos governamentais.[24]

Mais tarde, em 1990, a Assembleia Geral das Nações Unidas "reconheceu a complexidade e rapidez do fenômeno do envelhecimento da população mundial e a necessidade de se formular uma base e um marco de referência comum para a proteção e promoção dos direitos das pessoas idosas".[25] Em 1991, as Nações Unidas instituíram uma Carta de Princípios para Pessoas Idosas, os quais se direcionaram em quatro principais eixos de ação: independência, participação, cuidados especiais e dignidade.

Em 2002, realizou-se em Madri a II Conferência Internacional sobre Envelhecimento, vinte anos depois da elaboração do Plano de Ação de Viena. Como

resultado, foram elaborados a Declaração Política e o Plano de Ação Internacional de Madri sobre Envelhecimento (Mipaa). Esse Plano deu atenção especial à situação dos países em desenvolvimento e definiu como temas centrais a realização de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas idosas, seus direitos civis e políticos, e a eliminação de todas as formas de violência e discriminação contra a pessoa de idade.[26]

De acordo com o relatório das Nações Unidas sobre o Envelhecimento da População no Mundo, 2009:

> *In 1982, the United Nations adopted the International Plan of Action on Ageing at the first World Assembly on Ageing (United Nations, 1982). Then, in 1999 in its resolution 54/262, the General Assembly decided to convene the Second World Assembly on Ageing in 2002. The Second World Assembly adopted the Madrid International Plan of Action on Ageing, marking a turning point in how the world addresses the key challenge of building a society for all ages. The Plan focuses on three priority areas: older persons and development; advancing health and well-being into old age; and ensuring enabling and supportive environments.*[27]

O Mipaa é tido como documento reivindicatório. Segundo esse Plano, para alcançar-se o envelhecimento ativo e saudável, é necessário oferecer qualidade de vida ao indivíduo desde a mais tenra idade. Assim, os direitos do idoso são considerados em perspectiva de desenvolvimento do ser humano. Conforme Anna Cruz de Araújo Pereira da Silva

> o "direito do idoso" há de ser compreendido de forma abrangente, não apenas como políticas para os maiores de 60 ou 65 anos. Sob perspectiva amplíssima – e somente assim podemos conceber "direitos" –, o "ramo" direito do idoso refere-se ao direito de envelhecer, ao direito de manter-se vivo, ao direito à integração e à independência, direitos a novos padrões de mercado, consumo, trabalho e também direitos que devem ser gozados antes da velhice, para que possa o indivíduo preparar-se para a sua chegada.[28]

Em janeiro de 2010, foi publicado um estudo do Comitê Consultivo do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas acerca da "Necessidade de uma abordagem de direitos humanos e de um mecanismo efetivo das Nações Unidas para os direitos humanos das pessoas idosas".[29] O estudo aponta para a necessidade de uma convenção internacional específica para os direitos das pessoas idosas, e recomenda que os Estados sejam incentivados a reportarem-se ao tratamento destinado às pessoas idosas em seus relatórios de direitos humanos. Por fim, refere-se à necessidade de

estabelecer-se uma agenda de direitos humanos em que os direitos das pessoas idosas sejam discutidos.

A discussão sobre os direitos humanos das pessoas idosas não se esgota em fóruns da temática do idoso, tendo o Comitê para Eliminação de todas as formas de Discriminação contras as Mulheres um grupo de trabalho especial relativo aos diretos das mulheres idosas.[30] A Convenção Internacional para Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e membros de suas famílias (1990), em seu artigo 7º, também trata da temática, ao proibir qualquer discriminação baseada em idade.

Nenhum dos documentos, no entanto, contém disposições juridicamente vinculativas. Tendo em conta a sua natureza não obrigatória, a implementação dos documentos internacionais de proteção à pessoa idosa tende a ser bastante frágil e vulnerável às prioridades e percepções políticas.

1.3 A IMPORTÂNCIA DE UMA CONVENÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DAS PESSOAS IDOSAS E DE UM RELATOR ESPECIAL

São inúmeras as finalidades que ensejam a elaboração de uma Convenção Internacional de Direitos Humanos para as Pessoas Idosas. Com esse instrumento, a temática do idoso adquiriria maior visibilidade e reconhecimento, tanto nacional como internacional. Uma norma internacional vinculativa ajudaria a prevenir todo e qualquer tipo de discriminação institucional pautada na idade. Tal tipo de discriminação está presente em quase todas as sociedades e impede as pessoas idosas de alcançarem seu potencial completo e participarem de maneira igualitária em suas comunidades.

Ao fornecer uma estrutura normativa básica, a convenção ajudaria a estabelecer parâmetros para a formulação de leis nacionais, definindo de maneira clara as obrigações dos Estados-membros para com os direitos das pessoas idosas. Da mesma forma, reforçaria e complementaria os documentos internacionais sobre envelhecimento.

Os Estados-membros das Nações Unidas coletariam informações acerca das pessoas idosas para sugerir melhores práticas em políticas públicas, além de informar qualquer tipo de discriminação baseada em idade e gênero, e o impacto das múltiplas formas de discriminação na população acima de 60 anos. A convenção poderia, também, estabelecer mecanismos de reparação em relação a violações dos direitos humanos das pessoas idosas. O monitoramento da implementação dessa convenção encorajaria o diálogo entre os Estados, a sociedade civil, as ONGs, o setor privado e as pessoas idosas.

Paralelamente à convenção, o papel do relator especial para pessoas idosas seria o de coordenar os grupos de trabalho e fazer a compilação dos dados. Da mesma forma que seus congêneres que tratam de outros temas de direitos humanos nas Nações Unidas, o relator especial para pessoas idosas receberia relatórios dos Estados-membros e ofereceria assistência e recomendações acerca da implementação do Plano de Ação Internacional de Madri sobre Envelhecimento.

O relator seria responsável por promover os direitos das pessoas idosas ao identificar problemas e estratégias para solucioná-los. Ademais, teria o papel de evidenciar as melhores práticas dos Estados em relação à implementação do Plano de Ação de Madrid e apoiar o monitoramento governamental dessa implementação.

De acordo com o documento Fortalecendo os Direitos das Pessoas Idosas: A Caminho de uma Convenção, da organização não governamental Age Concern:

> É necessário uma convenção dos direitos das pessoas idosas para assegurar que mulheres e homens idosos possam exercer os seus direitos. Com uma nova convenção nas Nações Unidas, e a assistência de um relator especial, os governos podem ter um quadro legal explícito, orientação e apoio que lhes permitam assegurar que os direitos das pessoas idosas sejam satisfeitos em nossas sociedades, cada vez mais, envelhecidas.[31]

2 AÇÕES DO BRASIL NA TEMÁTICA DO IDOSO

2.1 NACIONAIS

Após a realização da I Assembleia Geral sobre Envelhecimento, em Viena, em 1982, a preocupação do governo brasileiro com a temática do Idoso ganhou força. A Política Nacional do Idoso, estabelecida em 1994 (Lei n. 8.842/1994), criou normas para os direitos sociais dos idosos, garantindo autonomia, integração e participação efetiva como instrumento de cidadania. Essa lei foi reivindicada pela sociedade, sendo resultado de inúmeras discussões e consultas ocorridas nos Estados, nas quais participaram idosos ativos, aposentados, professores universitários, profissionais da área de gerontologia e geriatria e várias entidades representativas desse segmento, que elaboraram um documento que se transformou no texto base da lei.

Da mesma forma, após a elaboração do Plano de Ação Internacional de Madri sobre o Envelhecimento, em 2002, a preocupação com a pessoa idosa volta a tornar-se central para o Brasil. O Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), que entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 2004, foi sancionado pelo presidente da República em outubro de 2003, após sete anos de tramitação no Congresso Nacional. Com ele, foram beneficiados mais de 16 milhões de brasileiros com 60 anos ou mais de idade.

Conforme Anna Cruz de Araújo Pereira da Silva enfatiza, "o Brasil confirmou a projeção da ONU, quando da vigência do Estatuto do Idoso apenas em 2004, mais de vinte anos após o Plano de Viena".[32]

O Estatuto do Idoso, composto de 118 artigos, resgatou princípios constitucionais que garantem aos cidadãos direitos que preservam a dignidade, sem distinção de origem, raça, sexo e idade. Ele foi pautado nos princípios da absoluta prioridade ao idoso e na proteção integral do indivíduo. Os principais direitos assegurados pelo

Estatuto do Idoso são o direito à saúde, ao trabalho, à igualdade, à educação, à participação política, ao desenvolvimento, à valorização de sua condição econômica, a viver livre da violência e ao meio ambiente acessível.

Em 2009, o III Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH-III) acolheu "a valorização da pessoa idosa e a promoção de sua participação na sociedade" como objetivo estratégico dentro da diretriz de "garantia da igualdade na diversidade", no sentido da universalização dos direitos em um contexto de desigualdades.[33]

Os direitos das pessoas idosas foram, assim, considerados oficialmente pelo Brasil como direitos humanos. Caso seja aprovada, uma convenção internacional dos direitos humanos da pessoa idosa seria recebida pela Constituição Federal brasileira de 1988, como direito fundamental e, poderia, conforme o artigo 5º , parágrafo 3º, atingir *status* de emenda constitucional, se aprovada por quórum especial.

Em 2010, instituiu-se o Fundo Nacional do Idoso com o objetivo de financiar os programas e as ações relativas ao idoso com vistas a assegurar os seus direitos sociais e criar condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade. A criação do fundo significa dimensão pragmática da política nacional do idoso.[34]

2.2 MERCOSUL

Os países do Mercosul têm posições convergentes em relação à política internacional dos direitos das pessoas idosas. Afirmaram em julho de 2009, em comunicado conjunto, seu compromisso para com os direitos da pessoa idosa:

> *12. Reiteraron su compromiso para promover, en el marco de las Naciones Unidas, el tratamiento de la temática de los Derechos de los Adultos Mayores, con el objeto de avanzar hacia la adopción de una Convención Internacional en la materia. En este contexto, se comprometieron a profundizar el diálogo interamericano sobre esta temática, de conformidad con la Resolución de la OEA sobre Derechos Humanos y Personas Mayores, aprobada en San Pedro de Sula, Honduras.*[35]

Ressalte-se que, em 2009, foi criado o grupo de trabalho da pessoa idosa nas discussões das reuniões de Altas Autoridades em Direitos Humanos do Mercosul e países associados (RAADH), consolidando a presença dos direitos humanos das pessoas idosas na pauta de discussões e cooperação regional. A RAADH ocorre, de maneira ordinária, uma vez por semestre, durante as presidências *pro-tempore* dos países integrantes do bloco. A continuidade das atividades do grupo de trabalho é fundamental para o posicionamento uniforme do bloco nas esferas internacionais.

2.3 AMÉRICA LATINA

O debate acerca da necessidade de um instrumento internacional vinculativo sobre

os direitos humanos da pessoa idosa na América Latina extrapola as fronteiras dos países do Mercosul, ocorrendo nas reuniões da Comissão Econômica das Nações Unidas para a América Latina e Caribe (Cepal) e da Organização dos Estados Americanos (OEA).

A estratégia regional de implementação para a América Latina e o Caribe do Plano de Ação Internacional de Madri sobre o Envelhecimento foi adotada na I Conferência Regional Intergovernamental sobre Envelhecimento realizada em 2003 e ratificada na Resolução 604 do trigésimo período de sessões da Cepal. A estratégia regional teve como objetivo "promover os direitos humanos das pessoas idosas" e recomendou a elaboração de legislações específicas que definissem e protegessem esses direitos, em conformidade com os padrões internacionais e com a normativa aceita pelos Estados.

Em 2007, a Declaração de Brasília foi adotada durante a II Conferência Regional Intergovernamental sobre Envelhecimento na América Latina e no Caribe, quando os países participantes reafirmaram o compromisso de

> não pouparem esforços para promover e proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais de todas as pessoas de idade, trabalhar na erradicação de todas as formas de discriminação e violência e criar redes de proteção das pessoas de Idade para fazer efetivos os direitos das pessoas Idosas.[36]

Especial atenção deve ser dada aos artigos 25 e 26 da Declaração de Brasília, cujos artigos tratam, respectivamente, da possibilidade de designar um relator especial que se encarregaria de zelar pela promoção e pela proteção dos direitos humanos das pessoas idosas, e a realização de consultas pertinentes entre os governos para a elaboração de uma convenção sobre os direitos humanos das pessoas idosas no âmbito das Nações Unidas.

Em setembro de 2008, realizou-se a I Reunião de Seguimento à Declaração de Brasília no Rio de Janeiro. O objetivo foi formular recomendações para o projeto de uma convenção internacional de direitos humanos para as pessoas idosas e medidas práticas para impulsionar a criação da convenção e a designação de um relator especial para o tema nas Nações Unidas. Dentre as principais recomendações da reunião, encontram-se: (i) que os governos apoiem incluir na resolução do 63º período de sessões da ONU, um pedido ao Secretário Geral das Nações Unidas (SGNU) para que apresente um informe específico sobre os direitos das pessoas idosas durante o 64º período de sessões de 2009; (ii) que os governos solicitem à Comissão de Assuntos Jurídicos do Conselho Permanente da OEA, sessão extraordinária para tratar da situação dos direitos humanos das pessoas idosas; e (iii) que a questão seja considerada nas intervenções dos representantes respectivos no Segmento de Alto Nível do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas.

Em maio de 2009, ocorreu a II Reunião de Seguimento à Declaração de Brasília, em Buenos Aires, cujo tema foi Hacia una Convención sobre los Derechos de las Personas Mayores, e se reiterou os objetivos da reunião precedente. Como resultado, obteve-se uma série de temas que poderiam fazer parte do texto da convenção, junto com a identificação de algumas ações futuras em curto prazo, dentre as quais destaca-se a seguinte: "Propõem-se que, durante esse processo, alianças sejam construídas entre os distintos países da região e fora dela. Para isso, se espera que na próxima reunião, no Chile, se discuta um documento mais acabado em termos técnicos e jurídicos".

Em outubro de 2009, ocorreu a III Reunião de Seguimento em Santiago do Chile, na sede da Cepal. Dentre as conclusões a que se chegaram está a recomendação de que Cepal elabore proposta estratégica para avançar nos conteúdos dos artigos 24 e 25 da Declaração de Brasília.[37]

Em maio de 2010, realizou-se a reunião do Comitê Especial da Cepal sobre População e Desenvolvimento, quando foi solicitado à Secretaria Executiva da Cepal que transmitisse ao Secretário Geral das Nações Unidas o interesse dos países da região em estabelecer um grupo de trabalho encarregado de liderar o processo de elaboração de um tratado internacional para proteger os direitos das pessoas idosas.[38]

Percebe-se, assim, o protagonismo e o avanço dos países da América Latina na elaboração de uma convenção internacional e a criação de um cargo de relator especial para o tema do idoso. Essas discussões devem avançar com a continuidade das reuniões de seguimento à Declaração de Brasília.

A dificuldade para a elaboração de uma convenção interamericana para os direitos humanos das pessoas idosas está na resistência das posições dos Estados Unidos e do Canadá, que argumentam haver outras discussões acerca de direitos humanos em pauta na OEA, prioritárias à temática do idoso por ordem de precedência. Além disso, os países latino-americanos enquadram-se em realidade socioeconômica diferenciada da experimentada pelos Estados Unidos e pelo Canadá. As demandas em relação aos direitos humanos dos idosos são, portanto, outras, o que dificulta a formação de um conceito regional amplo. Ressalte-se também que não há consenso entre os demais países da América Latina. O México, inicialmente favorável à convenção, hoje tem posições mais relutantes. Alguns países da América Central, Cuba e República Dominicana têm posições indecisas quanto ao assunto, e alguns países caribenhos de língua inglesa, holandesa e francesa sequer apareceram nas reuniões.

Entende-se, nesse sentido, em oportunidade próxima, que a discussão poderia ser levada ao âmbito da União de Nações Sul-Americanas (Unasul), que não contempla entre seus membros o Canadá e os Estados Unidos. Apesar de a União não apresentar foro específico para a discussão de direitos humanos, os países-membros já manifestaram em reiterados documentos o compromisso da Unasul com a defesa dos direitos humanos.

2.4 MULTILATERAL

Nas Nações Unidas, as discussões sobre o envelhecimento ocorrem, ainda de maneira tímida, na Assembleia Geral, no Conselho Econômico e Social e no Conselho de Direitos Humanos. Foram feitos recomendações, estudos, resoluções, pactos, mas ainda não houve consenso sobre a necessidade de uma convenção internacional e de um cargo de relator especial para os direitos humanos das pessoas idosas.

O governo brasileiro defende que, antes da redação final do texto de uma Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa Idosa, seria importante que grupos de trabalho regionais (constituídos por Estados e ONGs) levantassem diagnósticos acerca da situação dos idosos nos contextos nacional e regional. Mediante esses estudos, o consenso em relação à convenção deveria ser buscado no âmbito de alguns mecanismos regionais de integração.

> A base conceitual da Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas Idosas é a mudança de paradigma da perspectiva biológica e assistencial para a visão social dos direitos humanos, visando eliminar todas as formas de discriminação, entre outras, a discriminação por motivos de idade. É reconhecer também que as pessoas, à medida que envelhecem, devem desfrutar de uma vida plena, com saúde, segurança e participação ativa na vida econômica, social, cultural e política de suas sociedades. É fundamental o aumento do reconhecimento da dignidade dos idosos e a eliminação de todas as formas de abandono, abuso e violência, bem como a tarefa de incorporar eficazmente o envelhecimento nas estratégias, políticas e ações socioeconômicas.[39]

Aqueles que não apoiam a elaboração de uma convenção, entre outros fatores, baseiam-se nas dificuldades de adaptar políticas públicas nacionais a padrões internacionais que sejam modelos de implementação. Dentre essas dificuldades, Anna Cruz de Araújo Pereira da Silva atenta para o fato de que

> a expectativa de vida tem superado em muitos anos o estabelecido para o percebimento de aposentadoria ou de pensões, o que é uma vitória sob muitos aspectos, mas certamente não para a contabilidade da seguridade social. De outra forma, o envelhecimento ativo permite a coexistência – em geral tensa – de gerações no ambiente do trabalho ou, em pior hipótese, propicia a competição já petrificada em preconceitos.[40]

É necessário, assim, que uma convenção internacional atente-se às dificuldades de estabelecer padrões para a reforma previdenciária, além de promover o diálogo intergeracional, para não ser considerada nem principiológica, nem utópica.

Outros argumentos contrários, de viés mais jurídico, apontam para o excesso de normas internacionais de direitos humanos. A hermenêutica normativa dos instrumentos existentes seria suficiente para o adequado tratamento das pessoas idosas.

A participação abrangente da sociedade civil é de suma importância no diálogo para a elaboração de uma convenção internacional, sobretudo porque a política do idoso tem reflexos na sociedade como um todo. Para alcançar-se o envelhecimento ativo e saudável, são necessárias políticas educacionais, previdenciárias, de saúde, entre outras tantas preocupações que dizem respeito à qualidade de vida das pessoas em qualquer idade. É ainda na juventude que se observa o cuidado preventivo para atingir o envelhecimento.

3 CONCLUSÃO

O envelhecimento da humanidade é, hoje, uma realidade em todos os continentes. Diante dessa mudança demográfica que deve orientar novas prioridades de políticas públicas é determinante que se atente para a estrutura normativa que irá pautar as novas relações entre os Estados e as sociedades.

Inicialmente, percebe-se um problema cultural a ser transposto, qual seja, o estigma do idoso. As sociedades contemporâneas, sobretudo as ocidentais, valorizam a juventude e entendem o idoso como inativo. Além de o idoso ter menos oportunidades de atuação, quer na economia, quer nos espaços sociais, muitas vezes ele é visto como fonte de problemas. Investir no idoso parece antagônico, pois a expectativa de vida é menor, comparada à de uma pessoa jovem. O idoso torna-se um custo a mais para as políticas públicas, o qual não se sabe se terá efeito multiplicador.

Essa visão acerca do idoso é base para o preconceito e a discriminação. Falta a promoção de educação, diálogo e políticas intergeracionais, que envolvam a pessoa idosa. Some-se a isso as dificuldades econômico-sociais experimentadas pelos países. Dados apontam que as pessoas idosas são as últimas a receberem cuidados em campos de refugiados. Mulheres idosas são privadas de direitos de herança em muitos países, sendo descartadas pelas sociedades.

No Brasil, percebe-se que, em muitos municípios, as economias locais giram em torno da fonte de renda dos idosos, sejam as aposentadorias ou os benefícios de prestação continuada. Muitos sustentam suas famílias e costumam ser explorados por elas, ou até mesmo violentados. A violência é também notada na negligência para com os idosos, muitas vezes abandonados e privados de suas moradias. Longe da família e de seu ambiente, o idoso perde suas referências, o que é substrato para mazelas psicológicas, com fortes efeitos sociais.

Diante do vigor das pessoas mais jovens, os idosos tornam-se atores hipossuficientes. É por isso que proteger os direitos das pessoas idosas é garantir condições de igualdade na sociedade. Esses direitos são contemplados na categoria de direitos

humanos, não porque sejam especiais e diferentes de quaisquer outros direitos humanos, mas porque sua proteção merece atenção especial, para igualar-se à de qualquer outra pessoa. Infelizmente, é uma realidade mundial a violência contra os direitos humanos das pessoas idosas. Estes são atores que têm de enfrentar muitos obstáculos na sua participação como membros igualitários da sociedade.

A maior expectativa de vida, assim, é positiva para as sociedades, mas também é fonte de novos desafios. O idoso deve ser visto como ganho social. A elaboração de uma convenção internacional e a criação de um cargo de relator especial das Nações Unidas para os direitos humanos dos idosos são objetivos fundamentais para completar, por meio de obrigações peremptórias e de maior acompanhamento institucional de políticas para os idosos, a proteção do desenvolvimento natural do ser humano.

Tendo o Brasil se beneficiado dessa revolução demográfica, deve atuar para garantir um envelhecimento mais ativo, digno e humano. Percebe-se que o País vem acompanhando o desenvolvimento da temática do idoso nas esferas internacionais e nacionais. O esforço em favor de uma convenção internacional e de um cargo de relator especial deve acompanhar a política internacional do Brasil em relação aos direitos humanos da pessoa idosa. A recepção de novas normas internacionais referentes à temática do idoso deve ganhar relevância de norma constitucional, haja vista referir-se a direito fundamental de todos os brasileiros.

: ARTIGO APROVADO (21/01/2011) : *RECEBIDO EM 13/07/2010*

NOTAS

1 PNDH-3, Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República.

2 PPA 2008-2011, Anexo III, Órgãos Responsáveis por Programas. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/>. Acesso em: 11 fev. 2010.

3 Os novos velhos. *O Globo*, 8 fev. 2010.

4 Nações Unidas. World Population Ageing, 2009. Nova York. Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais, 2009.

5 World Population Ageing, 2009. Economics and Social Affairs. Disponível em: <http://www.un.org/esa/population/publications/WPA2009/WPA2009_WorkingPaper.pdf >.

6 Idem, ibidem.

7 Cepal/Celadi (2007). Informe sobre a aplicação da Estratégia regional de implementação para América Latina e Caribe do Plano de Ação Internacional de Madri sobre o Envelhecimento. LC/L.2749 (CRE-2/3). Santiago, Chile, 2007.

8 Pesquisa Nacional de Amostra Domiciliar (PNAD), IBGE. Síntese dos Indicadores Sociais – Uma Análise das Condições de Vida da População Brasileira 2008.

9 O papel da Onu na elaboração de uma cultura gerontológica. In: A terceira idade: Estudos sobre envelhecimento. São Paulo: Sesc, V.l 18 n. 39, 2007.

10 Fortalecendo os direitos das pessoas idosas: a caminho de uma convenção. Tradução de Maria Helena J. M. de Macedo Fragoso. Disponível em: <http://www.ageconcern.org.uk/AgeConcern/UN-convention-older-rights-july09.asp>. Acesso em: 8 mar. 2010.

11 HUENCHUAN, Sandra; MORLACHETTI, Alejandro. Análisis de los instrumentos internacionales y nacional de derechos humanos de las personas mayores. Celade, Divisão de População da Cepal, C/G.2300-P. Santiago, Chile. *Revista Notas de Población*, n. 81, 2006.

12 Fortalecendo os direitos das pessoas idosas: A caminho de uma convenção. Tradução de Maria Helena J. M. de Macedo Fragoso. Disponível em: <http://www.ageconcern.org.uk/AgeConcern/UN-convention-older-rights-july09.asp>. Acesso em: 8 mar. 2010.

13 Por que é tempo de uma Convenção dos Direitos das Pessoas Idosas? *HelpAge International*, fev. 2010. Tradução de Maria Helena J. M. de Macedo Fragoso.

14 O papel da Onu na elaboração de uma cultura gerontológica. In: A terceira idade: Estudos sobre envelhecimento. São Paulo: Sesc, V.l 18 n. 39, 2007.

15 HUENCHUAN, Sandra; MORLACHETTI, Alejandro. Op. cit.

16 NAÇÕES UNIDAS. Os direitos econômicos, sociais e culturais das pessoas idosas. Observação geral n. 6. E/C, 16 dez. 1995. Ver. 1. Genebra, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

17 Idem, ibidem.

18 HUENCHMAN, Sandra; ALEJANDRO, Morlachetti. Op. cit.

19 Idem. Derechos sociales y envejecimiento: modalidades y perspectivas de respecto y garantía em América, Notas de población n. 85, Celad, Divisão de População da Cepal, LC/G., 2300 p., Santiago, Chile, 2007.

20 BOYLE, A. E. Some reflections on relationship of Treaties and Soft Law, 1999.

21 Por que é tempo de uma Convenção dos Direitos das Pessoas Idosas? *HelpAge International*, fev. 2010. Tradução de Maria Helena J. M. de Macedo Fragoso.

22 NAÇÕES UNIDAS. Resolución 3137 (XXVIII). Cuestión de las personas de edad y los ancianos, 14 dez. 1973.

23 NAÇÕES UNIDAS. Resolución 37/51. Cuestión del Envejecimiento, 3 dez. 1982.

24 O Papel da Onu na Elaboração de uma Cultura Gerontológica. In: A terceira idade: Estudos sobre envelhecimento. São Paulo: Sesc, V.l 18 n. 39, 2007.

25 Nações Unidas. Resolución 46/91Ejecución del Plano de Acción Internacional sobre el Envejecimiento y actividades conexas, 16 dez. 1991.

26 NAÇÕES UNIDAS. Plano de Ação Internacional de Madri sobre o Envelhecimento, 2002.

27 World Population Ageing, 2009. Economics and Social Affairs. Disponível em: <http://www.un.org/

esa/population/publications/WPA2009/WPA2009_WorkingPaper.pdf>.

28 O papel da Onu na elaboração de uma cultura gerontológica. In: A terceira idade: Estudos sobre envelhecimento. São Paulo: Sesc, V.l 18 n. 39, 2007.

29 A/HRC/AC/4/CRP.1 The necessity of a human rights approach and effective United Nations mechanism for the human rights of the older person. Working paper prepared by Ms. Chinsung Chung, member of the Human Rights Council Advisory Committee.

30 Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher. Grupo de trabalho anterior ao 44º período de sessões, 20 jul. a 7 ago. 2009.

31 Fortalecendo os Direitos das Pessoas Idosas: A Caminho de uma Convenção. 2010. Disponível em: <http://www.ageconcern.org.uk/AgeConcern/UN-convention-older-rights-july09.asp>. Acesso em: 8 mar. Tradução de Maria Helena J. M. de Macedo Fragoso.

32 O papel da Onu na elaboração de uma cultura gerontológica. In: A terceira idade: Estudos sobre envelhecimento. São Paulo: Sesc, V.l 18 n. 39, 2007.

33 PNDH-3. Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República.

34 Lei n. 12.213, 20 jan. 2010.

35 Comunicado conjunto de los Presidentes de los Estados Partes del Mercosur y Estados Asociados. Disponível em: <http://www.mercosul.gov.br/comunicados/2009/comunicado-conjunto-de-los-presidentes-de-los-estados-partes-del-mercosur-y-estados-asociados/?searchterm=adultos%20mayores>. Acesso em: 8 mar. 2010.

36 Declaração de Brasília, LC/G.2359, jan. 2008.

37 Conclusiones de la III Reunión de seguimiento de la Declaración de Brasília. Disponíverl em: <http://www.ampid.org.br/Docs_ID/Conv_PessoaIdosa.php#bsb3>. Acesso em: 8 mar. 2009.

38 Acordos População e Desenvolvimento: Temas Prioritários para 2010-2012. Comitê Especial da Cepal sobre População e Desenvolvimento. Santiago, Chile, 12 a 14 de mai.2010.

39 Justificativa para uma Convenção Específica sobre os Direitos da Pessoa Idosa. Iadya Gama Maio. Disponível em: <http://www.ampid.org.br/Docs_ID/Conv_PessoaIdosa.php#justifica>. Acesso em: 11 fev. 2010.

40 O Papel da Onu na Elaboração de uma Cultura Gerontológica. In: A terceira idade: Estudos sobre envelhecimento. São Paulo: Sesc, V.l 18 n. 39, 2007.

Maria Helena de Aguiar Notari

Bacharel em Relações Internacionais pela UnB
Oficial de Chancelaria
Ex-assessora Internacional do Programa Nacional para os Direitos dos Idosos da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, 2009

Rua Rocha, 233, 11º andar
Bela Vista – 01330-000
São Paulo – SP – Brasil
revistadireitogv@fgv.br

Maria Helena J. M. de Macedo Fragoso

Rua Rocha, 233, 11º andar
Bela Vista – 01330-000
São Paulo – SP – Brasil
revistadireitogv@fgv.br

Advogada, Especialista em Relações Internacionais pelo Programa Santiago Dantas (Unesp, Unicamp, PUC-SP)
Oficial de Chancelaria
Assessora Internacional da Coordenação Geral dos Direitos do Idoso, Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República

A INTERNAÇÃO DE ADOLESCENTES PELA LENTE DOS TRIBUNAIS

Maria Auxiliadora Minahim e Karyna Batista Sposato

ADOLESCENT INTERNMENT BY THE COURT'S POINT OF VIEW

RESUMO

Desde sua entrada em vigor, o Estatuto da Criança e do Adolescente sofre sistemáticas críticas no debate público, não havendo, entretanto, no campo da doutrina especializada e da jurisprudência efetivos esforços para uma compreensão do alcance da lei e de seus princípios, sobretudo quando o tema é a imposição de medidas de internação a adolescentes autores de infração penal. Este texto procura demonstrar a feição homogênea e estável da jurisprudência brasileira nos Tribunais Estaduais nessa matéria à luz dos principais argumentos utilizados como fundamentação das decisões em sede recursal. Alguns resultados da pesquisa "Responsabilidade e garantias ao adolescente autor de ato infracional: uma proposta de revisão do ECA em seus 18 anos de vigência", apoiada pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, ilustram as dificuldades de implementação dos preceitos legais, possibilitando refletir se é a textura aberta da lei o que vem favorecendo a persistência de argumentos extrajurídicos e ideológicos em sua interpretação.

PALAVRAS-CHAVE

Estatuto da Criança e do Adolescente, Medida de Internação, Direito Penal Juvenil, Devido Processo Legal, Interpretação do Direito

ABSTRACT

Since its approval, The Child and Adolescent Act has been attacked for several critics in the public debate. However neither the specialized dogmatic nor jurisprudence have presented effective efforts to the comprehension of the law or its principles, especially related to internment measures applied to young offenders. The text shows the homogeneous appearance of the Brazilian jurisprudence into the State Courts, according to the most used arguments by the decisions. Some results from the "Responsibility and Guarantees to young offender: a revision proposal for the Child and Adolescent Act in 18 years of existence" research illustrate these difficulties to implement the legislation, avoiding the consideration regarding the open texture of the law as a possible cause for the persistence of extralegal and ideological arguments on its interpretation.

KEYWORDS

The Child and Adolescent Act, Internment measure, Juvenile Criminal Law, Duo process of Law, Law interpretation

INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa a feição homogênea e estável da jurisprudência brasileira nos Tribunais Estaduais em matéria de medidas de privação de liberdade aplicadas a

adolescentes,[1] à luz dos principais argumentos utilizados como fundamentação das decisões em sede de recursos.

Uma possível e preliminar tentativa de explicação mora na constatação de que em que pesem as diferentes possibilidades interpretativas[2] disponíveis, o trabalho do juiz é, na maioria dos casos, a adoção de uma espécie de "regra do jogo".[3] Tal regra inicia-se com a concepção fictícia de um legislador racional e único e culmina na pretensão de alcançar um consenso também racional. À guisa de aprofundar a discussão, o tema do auditório universal de Perelman é, nesse sentido, bastante significativo, assim como suas noções de consenso e opinião pública.

Por tratar da imposição de medidas de privação da liberdade, o objeto central da análise que apresentaremos é a Lei n. 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seus 20 anos de vigência e interpretação. Desde sua entrada em vigor, vale dizer, o ECA vem sofrendo sistemáticas críticas.[4] Um dos desafios é justamente identificar quais são as principais lacunas da legislação que dão margem a arbitrariedades, à utilização de argumentos extrajurídicos na solução de casos e, em consequência, sua recorrente desqualificação no debate público.

Mais que isso, trata-se de indagar se as dificuldades para conferir efetividade aos preceitos legais se referem à textura aberta da lei[5] ou a outros motivos que de modo bastante contundente vêm condicionando a interpretação do Estatuto e conferindo uma feição quase unânime em seu padrão decisório.

A partir de alguns dos resultados obtidos na Pesquisa "Responsabilidade e Garantias ao adolescente autor de ato infracional: uma proposta de revisão do ECA em seus 18 anos de vigência", realizada pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)[6] no âmbito da linha de pesquisa Estatuto da Criança e do Adolescente: apuração do ato infracional atribuído a adolescente do Projeto Pensando o Direito, Edital 01/2009 da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, procuraremos responder algumas interrogações.

A pesquisa em questão partiu da análise de dados coletados junto aos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Pernambuco, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Paraná e Bahia, e ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), em matéria de medida socioeducativa de internação no período de janeiro de 2008 a julho de 2009 e, posteriormente, da observação de casos junto às varas da infância e juventude de São Paulo, Porto Alegre, Recife e Salvador.[7] De plano, pôde-se constatar que a medida de internação é sistematicamente imposta com baixa fundamentação legal, e em não poucos casos sem a devida consideração dos requisitos legais exigidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse cenário, revelou-se a dupla crise que Emilio Garcia Mendez refere e que afeta o Estatuto da Criança e do Adolescente de forma bastante incisiva,[8] ou seja, as normas estatutárias estão expostas a uma crise de interpretação e de igual maneira a uma crise de implementação. Alguns eufemismos que perpassam a legislação como

um todo – em especial, a definição da medida privativa de liberdade como *internação em estabelecimento educacional* (art. 116 do ECA) –, favorecem que sua imposição não seja limitada pelos princípios do contraditório, da proporcionalidade, da lesividade e até mesmo da legalidade – princípios indispensáveis quando é a liberdade do indivíduo que está em jogo. A falsa percepção de que a medida de internação constitui-se em uma "benesse" e reveste-se de caráter protetivo[9] afasta sua verdadeira índole penal e, consequentemente, os limites ao poder de punir que deveriam ser exercitados nesse campo.

Para Garcia Mendez, a crise de interpretação do ECA não possui natureza técnica, ela está vinculada à persistência das "boas" práticas tutelares e compassivas, ou seja, vincula-se a uma cultura aparentemente progressista, que em realidade é messiânica, altamente subjetiva e discricionária.

A análise aqui apresentada tomará como referência a hermenêutica histórica nos moldes do que Gadamer propõe: as características inerentes "do lugar e do contexto" nos quais se encontra o intérprete devem ser levadas em conta, sendo que a consciência da história efeitual[10] é em primeiro lugar a consciência da situação hermenêutica. Esse é um dos aspectos centrais desta reflexão, o que nos permite confrontar os principais espaços de resistência na aplicação do ECA, desde a linguagem até a concepção de adolescência e de delinquência na adolescência. Trata-se de atentar para a dimensão cultural e o contexto no qual a lei incide como elemento determinante da realidade interpretativa que rodeia o ECA.

A implementação das sentenças de internação pela Justiça Especializada da Infância e Juventude em todo o país demonstra uma inequívoca carência de aprofundamento doutrinário e a presença marcante de argumentos extrajurídicos e ideológicos.

Nessa dimensão, a pesquisa se combina aos objetivos deste artigo, na medida em que pode ser caracterizada como uma modalidade de *sentencing*,[11] ou seja, tem como foco a análise de decisões judiciais a partir de uma perspectiva sociológica e criminológica, que permite verificar a atuação do sistema de justiça na trama social, na reprodução de desigualdades, na reificação dos sujeitos envolvidos, na renovação de preconceitos e identificação com o senso comum. Permite ainda analisar sob a influência de qual método ou teoria interpretativa vem se desenhando o padrão decisório neste campo do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não por acaso as repetidas críticas endereçadas ao Estatuto da Criança e do Adolescente também repousam em juízos de valor popularmente difundidos em torno da prática de infrações penais por adolescentes e sua capacidade de responder jurídica e penalmente por seus atos, o que é pano de fundo de velhas e novas propostas de redução da idade de responsabilidade penal. O discurso dominante, distorcido e sensacionalista de que os adolescentes estão cada vez mais violentos, e que cresce exponencialmente o número de adolescentes e jovens envolvidos com a criminalidade

no país[12] reforçam não só um sentimento de impunidade perante os crimes cometidos por adolescentes, como alimentam o cíclico debate em torno da redução da idade penal.[13] A isto se soma o não reconhecimento de que as medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente sejam sanções penais, e que a justiça da infância e juventude em matéria infracional, na condição de justiça especializada, atribua responsabilidade penal aos adolescentes, contribuindo para a compreensão distorcida do sistema.

Se tais "sentimentos" e percepções podem ser encontrados no funcionamento do Sistema de Justiça Especializada da Infância e Juventude e nas instâncias superiores, há de se indagar em que medida é a lei que assim o permite, e quais seriam as possibilidades de superação.[14]

1 A MEDIDA DE INTERNAÇÃO PELA LENTE DOS TRIBUNAIS

É importante assinalar que a pesquisa em questão não se centrou unicamente na análise de discursos, mas cuidou de verificar os recursos impetrados e seus resultados, além da realização da observação de audiências junto a varas especializadas como parte da metodologia qualitativa. Por ora, cuidaremos de alguns exemplos de discursos frequentemente utilizados na fundamentação das sentenças de imposição de medida socioeducativa de internação.

É necessário detalhar que a medida socioeducativa de internação corresponde a uma das possíveis medidas aplicáveis a adolescentes diante do cometimento de infrações penais pela Justiça Especializada da Infância e Juventude nas Varas Especiais de primeira instância.[15] Os discursos em análise foram retirados de recursos de segundo grau interpostos perante os Tribunais Estaduais com a finalidade de rever a sentença originariamente imposta pelo juiz singular.

A medida socioeducativa de internação está definida no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e corresponde à mais grave das medidas socioeducativas, pelo grau de interferência na esfera de liberdade individual dos jovens. Dispõe a lei:

> A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.
> § 1º Será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário.
> § 2º A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses.
> § 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.
> § 4º Atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida.

§ 5º A liberação será compulsória aos 21 (vinte e um) anos de idade.
§ 6º Em qualquer hipótese a desinternação será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

A medida de internação consiste em real e efetiva privação de liberdade em estabelecimento destinado a adolescentes, porém assemelhado aos estabelecimentos prisionais, dadas suas características de instituição total. Trata-se do que Sotomayor identificou como estabelecimentos que se diferenciam das prisões apenas pelo rótulo externo.[16]

Como decorre da disposição legal estatutária, a medida de internação não poderá exceder três anos, mas sua imposição é indeterminada, sujeita a periódica reavaliação pelo Setor Técnico das unidades de privação de liberdade.

É razoável afirmar que o princípio da Brevidade é o elemento norteador para a indeterminação do prazo na medida de internação. Sua incidência no processo de execução da medida se dá pelo reconhecimento de que cada adolescente terá um desenvolvimento único e peculiar às suas características pessoais. Sem tal reconhecimento, as finalidades da medida não serão atingidas e estarão sempre fadadas à imposição de mero castigo.

No tocante à escolha da medida de internação como a mais adequada, é também o art. 122 que deve ser observado:

A medida de internação só poderá ser aplicada quando:
I. tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa;
II. por reiteração no cometimento de outras infrações graves; e
III. por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.
§ 1º O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a 3 (três) meses.
§ 2º Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada.

A redação do art. 122 conduz à verificação de pressupostos ou condições objetivas para a imposição da medida. São eles: A grave ameaça ou violência à pessoa no cometimento do ato infracional; reiteração no cometimento de outras infrações graves; ou descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta.

Ressalte-se ainda que o parágrafo 2º do referido artigo é taxativo ao estabelecer que em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada. Resta seu caráter altamente aflitivo e, portanto, de último recurso a ser utilizado. Assim sendo, mesmo que as circunstâncias do ato infracional correspondam às condições

descritas no art. 122, isso não significa escolha e autorização imediatas e automáticas da medida de internação.

Não é a simples alusão à gravidade do ato praticado que determina a escolha da medida privativa de liberdade. A imposição da internação somente é admitida da conjunção de todos os elementos e não somente da verificação se o ato é grave. Nessas situações, a internação é permitida, mas não obrigatória. Em outras sequer seria admitida como resposta socioeducativa.

Sobre a adequação da medida de internação e sua natureza excepcional, vale mencionar as lições de Paulo Garrido:

> O traço de instrumentalidade da tutela diferenciada consiste na concepção de que a medida socioeducativa serve como instrumento de defesa social, ao mesmo tempo em que se consubstancia como meio de intervenção no desenvolvimento do jovem. Do cotejo dos elementos dessa instrumentalidade é que se extrai a adequação da medida socioeducativa a ser definida no caso concreto, não guardando relação direta com o ato infracional praticado. Por isso o legislador não vinculou diretamente certo ato infracional com determinada medida socioeducativa, ficando sempre ao encargo da autoridade judiciária compor os elementos da instrumentalidade, à luz das particularidades do caso concreto.[17]

As lições de Garrido reforçam o entendimento de que a imposição de qualquer medida socioeducativa implica a integração e a observância de todos os princípios que informam o Direito Penal Juvenil.[18] E, em se tratando das medidas privativas de liberdade, mais intensa é essa necessidade, a fim de adequar devidamente cada resposta ao caso concreto –, por isso os princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de desenvolvimento do adolescente:

> As limitações impostas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente dizem respeito tão somente às medidas de internação e de colocação em casa de semiliberdade, restringindo a discricionariedade da autoridade judiciária em favor do adolescente, prescrevendo regra de possibilidade e não incidência obrigatória.[19]

Assim sendo, a privação de liberdade somente é cabível ante a verificação dos pressupostos objetivos e como condição necessária para que se realize a socioeducação do adolescente.[20] A restrição da liberdade deve significar apenas limitação do exercício pleno do direito de ir e vir e não de outros direitos constitucionais.

Alguns trechos de decisões extraídas da pesquisa retromencionada podem ilustrar as principais tendências jurisprudenciais sobre a matéria a partir dos discursos mais

frequentemente utilizados. No Tribunal de Justiça de São Paulo, tomando o recorte temporal da pesquisa, foram identificadas 42 ocorrências sobre medida socioeducativa de internação, das quais 40 foram analisadas. Do universo amostral destacam-se alguns posicionamentos que aparecem inclusive de forma repetida nas fundamentações e, sendo bastante simbólicos, permitem identificar uma tendência interpretativa:

> A prática de gravíssimo ato infracional denota desajuste moral e social, e, portanto, a manutenção das medidas socioeducativas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade não se apresentam suficientes à ressocialização do apelado, que, em liberdade, poderá expor a incolumidade física de terceiros a risco. Há nítida relação de proporcionalidade entre a aplicação da internação – perseguida pelo apelante –, e o ato infracional praticado pelo apelado [...]. De outra banda, convém anotar que o apelado não tem respaldo familiar, revelou – ainda que informalmente –, o envolvimento em outros atos infracionais (fls. 59), e, durante o curso processual não demonstrou exercício de ocupação lícita, permitindo concluir que não possui estrutura para o cumprimento, a contento, das medidas socioeducativas impostas pela sentença apelada.

Nesse julgado, observam-se três aspectos importantes: a correlação da prática de ato infracional grave com a existência de desajuste social e moral, demonstrando uma visão estereotipada dos adolescentes acusados e sentenciados, e a criação de uma categoria explicativa com fundamento moral; a utilização do princípio da proporcionalidade na justificação da internação, de forma automática, ou seja, se grave a conduta, a internação encontra-se justificada em desconsideração à necessária combinação ao princípio da excepcionalidade; e, por fim, a menção de condições pessoais do adolescente como impeditivas ao cumprimento de medidas em meio aberto. Ressalte-se que até mesmo a palavra "informal", referindo-se a um envolvimento anterior em outros atos infracionais, é mencionada como fundamento para a imposição da sanção mais severa do Estatuto.

> O princípio da insignificância não pode ser transportado para a esfera da infância e juventude, no qual vige o princípio da proteção integral. Aliás, os procedimentos previstos para aplicação das medidas socioeducativas e protetivas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente não podem ser considerados constrangedores, pois visam justamente à aplicação do princípio da proteção integral.

Nesse discurso há um claro posicionamento que procura afastar da aplicação das medidas socioeducativas as regras e garantias processuais penais, utilizando-se do

argumento de tratar-se de sistema diferenciado com fundamento na proteção integral. Além de desobedecer a regra do art. 152 do próprio Estatuto, que indica a aplicação subsidiária de outras normas em sua implementação, ele equipara as medidas socioeducativas a medidas protetivas, negando o caráter penal e sancionatório das primeiras. Sob o argumento da proteção integral, tal posição atualiza a chave tutelar discricionária nos procedimentos da Justiça da Infância e Juventude. É, sem dúvida, um exemplo categórico de decisionismo que faz uso dos princípios a depender de sua conveniência.

> O tráfico de drogas deve ser considerado um dos atos infracionais mais graves, pois é prática que vem disseminando o vício entre a população mais vulnerável, ou seja, mais jovem e mais desprotegida da sociedade. O tráfico de drogas é ato infracional que pressupõe emprego de violência contra toda a sociedade.

Como se pode ver, a decisão procura justificar a imposição de medida de internação a ato infracional equiparado ao tráfico de drogas. Os argumentos utilizados partem da afetação do uso de drogas por crianças e adolescentes, desconsiderando a esfera da prevenção como a mais adequada ao enfrentamento do problema, e lançando à repressão ao indivíduo essa tarefa e finalidade. De outro lado, em descompasso ao posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), objetiva criar uma violência "presumida e ficta" contra toda a sociedade na prática do tráfico de drogas como forma de legitimação e adequação legal para a imposição da privação de liberdade.

No Tribunal de Justiça de Pernambuco, foram analisadas 11 decisões, das 13 ocorrências identificadas. Com destaque ao seguinte discurso:

> … desajuste pessoal e propensão para a violência reclamam pronta e enérgica intervenção do Estado, com vistas a dar ao infrator a dimensão da reprovabilidade social que pesa sobre sua conduta, impondo-se a medida socioeducativa provisória, objetivando a garantia da integridade do próprio reeducando.

Nessa passagem, em que se discute a internação provisória e sua pertinência, a argumentação utiliza-se do discurso da proteção do adolescente para sua decretação, operando profunda confusão entre seu caráter e eventual medida protetiva que se faça necessária para garantir a integridade do adolescente. A mesma situação jamais seria admitida na justiça penal comum; um adulto não seria submetido a prisão preventiva sob o argumento de necessitar de proteção. É evidente que em tal situação o adolescente é submetido a condições mais severas do que um adulto seria. Também

encontramos categorias estereotipadas de desajuste social e propensão à violência como características do adolescente.

Ainda sobre a internação provisória: "... construção jurisprudencial, considerando as peculiaridades do caso *sub examinen*, vem abrandando o posicionamento de que o prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias a que alude o art. 108, do ECA, não pode ser ultrapassado sob nenhuma hipótese". Aqui, em alusão ao prazo legalmente fixado pelo art. 108 do ECA, a decisão contrasta a previsão legal com construção jurisprudencial *contra legem* de extensão do referido prazo em prejuízo dos adolescentes acusados. Trata-se de flexibilização da única garantia de que goza o adolescente na seara da internação provisória.

Finalmente, de Pernambuco, dois aspectos merecem destaque: a negação da índole penal das medidas socioeducativas e, em consequência, do modelo de responsabilidade desenhado pelo ECA, para a administração de delitos praticados na adolescência, e a proposital alusão à educação e proteção como finalidades das medidas socioeducativas, o que favorece interpretações demagógicas da legislação, sempre em prejuízo e cerceamento da liberdade dos adolescentes. Também por isso se evoca a indeterminação do prazo de duração das medidas e o descabimento de regras e princípios processuais penais. Todos os elementos citados configuram um "neomenorismo" fundado na pretensa proteção e ausência de limites para a intervenção socioeducativa:

> Isto porque o escopo do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) não está ligado ao caráter punitivo da reprimenda. Ao contrário de visar a punição do menor infrator, pretende assegurar-lhe proteção e educação, através de medidas socioeducativas, sem critérios rígidos de duração. Assim como não é aplicada a pena prevista no delito análogo à infração praticada, também não há que se falar em aplicação de regras que são afetas à pena cominada, como atenuantes, e conduta social do adolescente sentenciado.

Junto ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foram identificadas 137 ocorrências relacionadas a medidas de internação das quais 58 foram estudadas. Dos discursos, merece destaque:

> As condições pessoais do adolescente levam à conclusão que a medida de internação é a mais adequada e exigível à hipótese, dando-lhe melhores condições de ressocialização, estando destacado na sentença que: *já lhe foram dadas oportunidades de cumprimento de medida em meio aberto em outros processos, mas o adolescente não as aproveitou, pois as descumpriu por várias vezes, reiteradamente descumpre as medidas impostas* (grifo do autor).

O trecho em grifo permite aferir que as condições pessoais do adolescente operam de forma mais intensa do que a verificação de sua conduta, configurando um direito penal do autor nos procedimentos da Justiça Especializada. Resta evidente que o que o adolescente é tem mais peso do que o que ele eventualmente tenha feito. Esse posicionamento pode ser identificado como uma releitura discricionária e subjetiva do ECA que dá margem a políticas repressivas e irracionais, tendo em vista que é o SER que é "atacado" e não o AGIR nas práticas infracionais.

> A aplicação das socioeducativas estatuídas na lei n. 8.069/90 não possui caráter punitivo mas, sim, o de retirar o menor do convívio pernicioso com a criminalidade, visando reeducá-lo e reintegrá-lo à família e à sociedade.

Esse outro trecho demonstra posição que nega o caráter sancionatório das medidas socioeducativas e atribui à internação uma índole eminentemente segregadora, cuja tarefa é a retirada do convívio social.

Dois aspectos perigosos podem ser apontados, de um lado, a retirada da feição sancionatória das medidas pode levar à sua utilização irracional e ilimitada, e de outro, conceber a segregação como a principal tarefa da privação de liberdade afasta o desafio pedagógico que a medida deve contemplar.

A pesquisa referente ao Estado do Paraná identificou 123 casos relacionados à medida de internação em discussão no Tribunal de Justiça no recorte temporal previamente definido. Destes casos, 55 foram analisados em detalhe, e merece menção:

> As medidas socioeducativas, por sua própria natureza, têm caráter pedagógico, e vinculam-se à sua finalidade essencial, que é a um só tempo, a reeducação e a ressocialização do menor infrator.

A decisão considera a natureza da medida socioeducativa como essencialmente pedagógica, negando-lhe a feição sancionatória e de reprovabilidade à conduta praticada.

Como já assinalado, esse tipo de posicionamento ignora o modelo de responsabilidade desenhado pelo ECA, para as infrações penais cometidas por adolescentes, assemelhando-o ao antigo Código de Menores.

> O princípio do livre convencimento motivado do magistrado tem prevalência, ante a necessidade de se obter efetivamente o objetivo pedagógico pretendido com a aplicação da medida de internação.

Nesse trecho utiliza-se o princípio do livre convencimento do juiz como justificativa suficiente para a manutenção da internação.

Nesse caso, incorre-se em equívoco, pois a livre convicção do juiz deve advir da confirmação pela pluralidade de provas e exige efetiva justificação da decisão. Como leciona Aroca, a valoração livre que cabe ao julgador não é igual à valoração discricional, nem se resume na consciência do juiz. Trata-se da forma como o juiz valora determinada prova, sendo que tal decisão deve expressar-se de modo motivado na sentença. No trecho supracitado o princípio é evocado sem que seja efetivamente implementado pela decisão.

> Conduta do adolescente apelante evidencia o seu profundo desajuste social, impondo-se que se lhe ofereça a oportunidade de assimilar novos valores, reflita sobre o ocorrido, mediante acompanhamento intensivo que somente a internação possibilita.

Nesse discurso, assim como em outros já destacados, o argumento central repousa na ideia de desajuste social do adolescente. Essa categoria desvaloriza o papel da lei como critério exclusivo e exaustivo de definição dos fatos desviados. O adolescente é visto como delinquente a partir de um ponto de vista ético, naturalista, social e, em todo caso, ontológico.

A construção da ideia de periculosidade dos adolescentes é bastante frequente nos argumentos de justificação da internação, como se depreende neste trecho: "Alto nível de periculosidade do adolescente reforça ainda mais a necessidade de intervenção. Privado de liberdade o jovem aparenta bom comportamento; por outro lado, em meio aberto revelou atitudes totalmente divergentes daquelas apresentadas no Cense. Abandono da escola e usuário de drogas". . Note-se que há uma efetiva criação da periculosidade social dos adolescentes, que passa a ser legalmente presumida e decorrente de condições pessoais ou de *status* social como "comportamento tendente à delinquência", reincidência e até mesmo pertinência a determinados grupos de amigos.

No Tribunal de Justiça baiano foram identificados dezesseis casos versando sobre medida de internação no período estudado, destes treze foram analisados em profundidade. Dos discursos destaca-se:

> ... reprimir de forma mais severa tal conduta, em razão das consequências danosas à sociedade que o tráfico ilícito de entorpecentes vem causando, já que se trata não de ato infracional que atinge diretamente a bem jurídico de determinada pessoa, mas a toda a sociedade. Em sendo assim, exige-se o balanceamento de valores em oposição: de um lado o *jus libertatis* do indivíduo, que se revela, à primeira vista, perigoso, intranquilizando a comunidade; de outro, os interesses relevantes da sociedade, de manutenção da paz social,

> não sendo possível, no caso concreto, se permitir a reiteração da prática de tal ato infracional.

Como em outras decisões de Tribunais dos Estados que fizeram parte da pesquisa, o ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes, embora não comporte violência nem grave ameaça à pessoa, vem sendo reprimido com a imposição de medida de internação sob o argumento de tratar-se de crime hediondo o qual, tal como no trecho citado, afeta o bem jurídico de toda a sociedade. Essa tendência em coletivizar um suposto bem jurídico reflete aquilo que se convencionou chamar de expansão do direito penal, e configura uma espécie de relativismo jurídico, que dissolve o conceito de bem jurídico em múltiplos, casuais, contingentes, e até mesmo inconsistentes bens. Trata-se do que Ferrajoli denominou de utilização de termos vagos, imprecisos e valorativos, que derrogam a estrita legalidade dos tipos penais e permitem um amplo espaço à discricionariedade e à "inventiva" judicial,[21] o que não deveria ter guarida em um Estado democrático de Direito. Ademais, o trecho em questão também utiliza o etiquetamento do adolescente como perigoso para justificar a medida de internação: "Na espécie, cuida-se de conduta grave, com violência a pessoa, que revela desvio de personalidade acentuado por parte do adolescente e inadaptação ao meio, tendo aplicação o art. 122, inciso I, do ECA".

Novamente categorias fundadas no desvio de personalidade e na inadaptação ao meio são evocadas para constituir uma periculosidade/perigosidade social que justifique a privação de liberdade.

> O presente recurso deve ser provido. A reeducação do menor, um dos objetivos perseguidos pelo ECA pode ocorrer até que ele alcance 21 (vinte e um) anos. A demora na tramitação do feito não afasta a aplicação do ECA nem faz com que o Estado perca o interesse de agir, em razão do caráter pedagógico do Estatuto.

Nesse trecho identificado na Bahia o que está em jogo é o não reconhecimento da prescrição. Argumenta-se que em face do caráter pedagógico das medidas nunca se perde o interesse de agir até que o adolescente complete 21 anos. Tal posicionamento é contrario ao firmado pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula 338/STJ que inclusive remete aos parâmetros do Código Penal, especialmente a redução do art. 115 do mesmo Código.

Desse conjunto de discursos identificados como predominantes e, portanto, representativos da jurisprudência nacional nos Tribunais Estaduais pode-se aferir em primeiro lugar, aquilo que Gadamer denominou como ponto de partida essencial no método de interpretação: o pertencimento do intérprete a seu texto. Ou seja, o juiz não é livre para tomar distância histórica em relação a seu texto.[22]

Como já referido, a historicidade como característica inerente do "lugar e contexto" no qual se encontra o intérprete é formulada também por Gadamer como pilar de uma hermenêutica histórica. Para ele, não é a história que pertence a nós, mas nós é que a ela pertencemos, o que representa uma solução apenas aparente do problema que o conhecimento histórico nos coloca: "O homem é estranho a si mesmo e ao seu destino histórico de uma maneira muito diferente a como lhe é estranha a natureza, a qual não sabe nada dele".[23]

Muito antes que compreendamos a nós mesmos na reflexão, já estamos nos compreendendo de uma maneira autoevidente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos. A lente da subjetividade é um espelho deformante. A autorreflexão do indivíduo não é mais que uma centelha na corrente cerrada da vida histórica. Por isso, os preconceitos de um indivíduo são, muito mais que seus juízos, a realidade histórica de seu ser.[24]

Gadamer ainda elucida que na conversação hermenêutica o texto só pode chegar a falar através do outro, o intérprete. Somente por ele se reconvertem os signos escritos de novo em sentido. Ao mesmo tempo, e em virtude dessa reconversão à compreensão, o próprio tema, de que fala o texto, vem à linguagem. Tal como nas conversações reais, é o assunto comum que une as partes entre si, nesse caso o texto e o intérprete. Como somente o tradutor, na qualidade de intérprete, torna possível o acordo numa conversação, em virtude do fato de participar na coisa de que está tratando, também face ao texto, é pressuposto iniludível do intérprete que ele participe de seu sentido.[25]

No que toca as visões que sobressaem acerca da adolescência, da prática de infrações penais e do papel e finalidade das sanções, devemos ter em mente que toda motivação de uma decisão é, antes, uma tentativa de persuasão, sendo certo também, como adverte Perelman, que nada garante que cada juiz esteja perfeitamente consciente de todos os móbeis que o inclinam para certa solução.[26] Vale dizer que, a própria ideia de motivação, de justificação de uma decisão, muda de sentido ao mudar de auditório:

> Enquanto pela motivação o juiz só tinha de justificar-se perante o legislador, mostrando que não violava a lei, bastava-lhe indicar os textos que aplicava em sua sentença. Mas, se a motivação se dirigir à opinião pública, esta quererá, além disso, que a interpretação da lei pelo juiz seja o mais conforme possível tanto à equidade, quanto ao interesse geral.[27]

No escólio de Perelman, motivar uma sentença é justificá-la de modo demonstrativo, ou seja, de forma a persuadir um auditório, e o Direito passa a ser, simultaneamente, ato de autoridade e obra de razão e de persuasão. Como exercício de um poder, há sempre a possibilidade de uma escolha razoável entre várias soluções, sendo certo que tal escolha inevitavelmente dependa de um juízo de valor.

De modo geral, acredita-se que o juiz preste contas na motivação para os ouvintes a que se dirige e conforme o papel que cada jurisdição deve cumprir. Igualmente, acredita-se que os tribunais inferiores se justifiquem perante as partes, a opinião pública e, sobretudo, às instâncias superiores que podem exercer papel de controle em casos de recursos.

Dos discursos recolhidos para este artigo, não se pode afirmar que os tribunais estaduais estejam efetivamente preocupados em justificar-se perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, via de regra, vem apresentando uma tendência bem mais receptiva aos pleitos da defesa dos adolescentes. Conforme já assinalado por Flávio Frasseto,[28] um olhar apurado sobre os julgados indica, de um lado, a receptividade da Corte Federal aos reclamos da defesa e, de outro, que os graus inferiores da Justiça não têm guardado com a fidelidade esperada os direitos outorgados aos jovens que poderão receber ou que já receberam medidas socioeducativas.

2 CONCLUSÃO

É comum no campo da hermenêutica jurídica definir o juiz, na qualidade de intérprete, como um mediador entre as partes que procedem reciprocamente como antagonistas em um conflito soma zero: a situação típica inicial em um litígio civil ou comercial de direito privado. Entretanto, o mesmo não pode ser dito em face dos conflitos de natureza penal que emergem afetando bens jurídicos, e, em consequência, geram do ponto de vista do Estado a chamada pretensão punitiva, o objetivo e interesse em perseguir e punir o ato antinormativo – a conduta praticada. Essa situação reflete em gênero, número e grau a dinâmica de apuração de responsabilidade e imposição de medida socioeducativa a um adolescente.

Considerando que a discussão teórica em torno da interpretação do Direito conduz a uma dupla e divergente abordagem. Na perspectiva subjetivista, a interpretação é atividade dirigida ao reconhecimento da vontade do legislador, no sentido inverso é uma atividade que se destina a elucidar o sentido normativo da lei na perspectiva objetivista, no caso, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Dado seu caráter "revolucionário" de ruptura com o modelo anterior, tende-se a privilegiar a vontade do legislador e as soluções legislativas sobre as judiciais, com tendências nitidamente subjetivistas. É o que em sua maioria espelha a doutrina contemporânea especializada, que confere enorme ênfase à letra da lei e à intenção do legislador do Estatuto, desconsiderando que também nessa busca realiza-se interpretação.

Em direção oposta, o Judiciário posiciona-se como espaço de revelação do sentido normativo da norma, tendo em vista seu papel de articulador da lei ao contexto social no qual a mesma incide.

Na medida em que a interpretação opera a historicização da norma, a interpretação da lei nunca é o ato solitário de um magistrado ocupado, como adverte Pierre

Bourdieu,[29] mas trata-se de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais, capazes de mobilizar, também de modo desigual, os meios ou recursos jurídicos.[30] A hermenêutica jurídica é, dessa maneira, reforçada como consequência da inegável dimensão argumentativa do direito.

Em outras palavras, trata-se de reconhecer que a atividade hermenêutica, seja ela de apreensão do sentido normativo, seja de complementação de significados – no caso de lacunas ou conflitos de normas –, tem sempre de ser argumentada a partir do próprio direito vigente. Isso que significa adotar um pressuposto básico de caráter normativo e, ao mesmo tempo, admitir que os conceitos normativos "pedem" do decididor uma coparticipação na determinação de seu sentido.

Ocorre que muitas vezes, e assim se dá no campo da interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente, os juízes se refugiam no papel de intérprete que apenas realiza uma simples aplicação da lei, e quando realizam obra de criação jurídica tendem a dissimulá-la.[31] O enaltecimento do ato de interpretação visa sublimar a decisão, demonstrando que ela exprime não a vontade e a visão de mundo do juiz, mas sim a *voluntas legis* ou *legislatoris*.

As duas concepções da interpretação são em verdade insatisfatórias. Enquanto a perspectiva subjetivista se concentra na revelação da vontade do legislador, ela acaba por encobrir, em uma suposta atividade de historiador, o papel criativo daquele que decide. Em contrapartida, a concepção objetivista da interpretação se arrisca a substituir a vontade do legislador pela do juiz e a suprimir a diferença entre a regra que foi promulgada e aquela que se queria ver instaurar.[32]

Certo é que o juiz decide, resolve, escolhe, e o faz em nome do que considera o direito; a justiça, sabendo que suas decisões vão integrar-se no sistema de direito de que eles constituem um elemento central. Nesse contexto, as técnicas de interpretação, justificadas pelo recurso à lógica jurídica, que não é uma lógica formal mas uma lógica do razoável, representam um auxílio essencial na medida em que permitem que os juíz conceituem , por uma argumentação apropriada, o que lhe dita seu senso de equidade e seu senso do direito.

Na interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente, fica evidente o papel crescente do juiz na elaboração do direito, tendo em vista inclusive a textura aberta da legislação e a presença marcante de princípios que carecem de maior regulamentação ou preenchimento de sentido, labor que o legislador deixou a cargo do juiz.

A opção principiológica do legislador estatutário responde à dinâmica e ao contexto político de elaboração da norma. Como já mencionado, o ECA promove uma "revolução" jurídica, na medida em que reconhece direitos a crianças e adolescentes, na qualidade de sujeitos de direitos, quando outrora estavam excluídos por completo das prioridades e finalidades do Estado.

Essa técnica legislativa posterga de certa forma a atividade legiferante para situações limite, já que ao intérprete cabe a adequação do princípio ao caso concreto. Em outras

palavras, significa dizer que o juiz, ao decidir, legisla diante do elevado número, por exemplo, de princípios estatutários ainda não regulamentados.

É conforme analisa Perelman, "a dialética entre o legislativo e o poder judiciário, entre a doutrina e a autoridade, entre o poder e a opinião pública, que faz a vida do direito e lhe permite conciliar a estabilidade e a mudança".[33]

Na esteira do pensamento habermasiano, cabe destacar que existe, tal qual advertiu Gadamer, uma inegável incindibilidade entre aplicação e interpretação e, de igual maneira, não há como separar o Direito da Moral.[34]

A redução do direito à lei, ou a chamada "absolutização da norma" no dizer de Heron Gordilho,[35] permite constatar que positivação e decisão podem ser vistas como termos correlatos; e mesmo as tentativas modernas de fazer da ciência jurídica uma ciência da norma, como se dá na Teoria Pura kelseniana, não lograram afastar o problema do comportamento humano e suas implicações na elaboração e aplicação do direito. Assim, os intentos em separar o direito e os demais fenômenos culturais, como a política, a religião e a economia, não são capazes de se sustentar em face das limitações do pensamento científico-jurídico.

Na pós-modernidade, o Direito é desafiado a encarar o mito da neutralidade, uma vez que o objeto central da Ciência do Direito não é nem a positivação, nem o conjunto das normas positivas, mas o próprio homem que, do interior da positividade jurídica que o envolve, se representa, discursivamente, no sentido das normas ou proposições prescritivas que ele mesmo estabelece, obtendo, afinal, uma representação da própria positivação. A abordagem jurídica pós-moderna aproxima o Direito da sociologia, pois enquanto aquela cuida dos objetos culturais na lógica do ser, o Direito cuida dos objetos culturais na lógica do dever ser.

Outra constatação importante está no reconhecimento do papel da doutrina como precioso instrumento auxiliar da justiça, no sentido de fornecer as justificações que permitam restringir ou ampliar o alcance das regras de direito de uma forma aceitável pelas Cortes e Tribunais. É na medida em que elas fornecem as razões de uma solução aceitável que serão adotadas pela jurisprudência. As cortes se empenham, através de sua argumentação, em convencer os legisladores, os juízes e a opinião pública de que, sobre esses dois pontos, o caráter aceitável das soluções e o valor das justificações são preferíveis às concepções concorrentes.

Nesse aspecto a fragilidade da doutrina jurídico-penal na área de infração penal praticada por adolescentes é, sem dúvida, uma das razões para a informalidade dos procedimentos que resultam em privação da liberdade. Acredita-se que seja possível atribuir, parcialmente, esse procedimento a um sistema anterior que limitava a abordagem do direito a poucos e imprecisos dispositivos procedimentais. Como se pôde constatar, para a boa doutrina penal brasileira, a questão se resumia, praticamente, ao bom senso e à prudência do magistrado (nem sempre presentes). As atitudes subjetivas supririam qualquer outro cuidado externo por parte do poder público. Não

havia desta forma, como construir um corpo doutrinário nem formar intérpretes e doutrinadores sobre tais bases. Esse legado de exagerada atitude assistencial tem permitido que, mesmo sob a égide do Estatuto, as práticas judiciais atuais sejam ainda inspiradas, muitas vezes, no modelo anterior. Ou seja, a hesitação em adotar um modelo amplamente garantista para o adolescente tem permitido a discricionariedade na apuração da infração praticada e a consequente aplicação da medida.

Como se pode perceber da análise realizada neste artigo, em seus vinte anos de vigência, o Estatuto da Criança e do Adolescente vem sendo interpretado de forma bastante homogênea pela jurisdição de primeiro grau, através de entendimentos em geral contrários aos principais pleitos da defesa. Observa-se uma inquestionável tendência de negação às suas teses na maioria dos Tribunais, e uma cristalização de procedimentos irregulares se contrastados ao texto da Lei.

Não são poucos os exemplos que denotaram um automatismo na aplicação da medida de internação em desconsideração inclusive a regras expressamente indicadas pela legislação, como é o caso do princípio da excepcionalidade.

Nota-se, de um lado, a dificuldade de superação da herança kelseniana do decisionismo e, de outro, que a discricionariedade foi reapropriada pelos procedimentos argumentativos, ou seja, sob o manto de uma racionalidade argumentativa ainda prevalece a subjetividade do decididor.

Finalmente, poder-se-ia atribuir a essa realidade interpretativa as dificuldades inerentes de uma legislação principiológica, posto que os princípios permitem uma comunicação mais aberta, um número indefinido de hipóteses, uma racionalidade material e não apenas lógico-formal e, inevitavelmente, enfrentam maiores dificuldades na formação e consolidação da jurisprudência.

O fato é que os juízes podem explorar com um grau substantivo de liberdade, a polissemia, as ambiguidades, as lacunas, e a elasticidade da legislação, resultando na aplicação e utilização das medidas de internação como intervenção psicossocial destinada a modificar o sujeito em franco alheamento às regras e princípios processuais penais de garantia. As medidas socioeducativas aplicadas sem a observância do devido processo legal e do contraditório, constituem uma ferramenta de reforço da exclusão a que muitos ou a esmagadora maioria dos adolescentes estão expostos. A ironia é que no momento de sua imposição, as medidas socioeducativas se sustentam num discurso compensatório, já que os adolescentes envolvidos com a prática de infrações penais sempre revelam em alguma fase de sua vida direitos negligenciados, desde famílias problemáticas, violência doméstica, baixa escolaridade, defasagem escolar, precária inserção no mercado de trabalho, abandono e vivência institucional em abrigos ou vivência de rua.

Essa realidade nos remonta ao que Luigi Ferrajoli definiu como ideologia correcional. Historicamente, as doutrinas e legislações penais de tipo genuinamente correcional se desenvolveram na segunda metade do século XIX, paralelamente à

difusão de concepções organicistas do corpo social, o são e o enfermo, acerca das quais são chamados a exercitar-se o olho clínico e os experimentos terapêuticos do poder. É quando o projeto ilustrado e puramente humanitário de castigar menos se converte no projeto disciplinar e tecnológico de castigar melhor.[36]

Da interpretação e do discurso predominante podemos facilmente identificar a visão da sanção jurídico-penal como medicina da alma – mais um bem que um mal para quem a sofre –, e finalmente identificar no funcionamento da Justiça da Infância e Juventude, e secundariamente dos Tribunais, uma forma atualizada de pedagogismo penal.

: ARTIGO APROVADO (15/01/2011) : *RECEBIDO EM 30/07/2010*

NOTAS

1 É importante desde logo assinalar que a homogeneidade a que nos referimos reflete uma tendência em não acolher os pleitos da defesa dos adolescentes acusados, e, na maioria dos casos, dar provimento à asseveração das sanções como postula o Ministério Público na acusação.

2 O reconhecimento de variadas possibilidades interpretativas não é novidade no âmbito da Teoria do Direito. Mesmo Kelsen admite que a atividade de interpretação resulte em uma decisão dentre outras possíveis, não havendo, portanto, uma decisão única e correta. Apesar de seu formalismo positivista, revela uma visão metaética subjetivista e, portanto, relativista da justiça chegando a afirmar que o juízo através do qual julgamos algo como justo não pode jamais pretender excluir a possibilidade de um juízo de valor oposto. A justiça absoluta lhe parece assim um ideal irracional. Em síntese, para Kelsen a interpretação que é realizada pelo órgão aplicador do Direito, sendo sempre autêntica, cria o Direito: "na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva". Portanto, o direito a ser aplicado representa um simples marco no interior do qual existem várias possibilidades de aplicação, sendo que todo ato que se ajuste ao marco é considerado adequado (Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, 3. ed., São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1991).

3 Numerosos são os exemplos de comparação entre o Direito e o jogo realizada tanto por sociólogos, antropólogos e também por teóricos do direito. Alf Ross, ao estudar a validade das normas jurídicas, evoca uma ideia de validade das regras de um jogo social. Hart propõe uma distinção entre as regras jurídicas inspirando-se nas regras dos jogos esportivos (adesão à regra, sanção, arbitragem). Outra abordagem possível é aquela preconizada por Pierre Bourdieu ao descrever o "espaço judicial" pela imposição de uma fronteira entre os que estão preparados para entrar no jogo e os que não podem operar a conversão de todo o espaço mental – em particular de toda a postura linguística –, que supõe a entrada nesse espaço social (Pierre Bourdieu, *O poder simbólico*, 4. Ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001).

4 CAVALIERI, Alyrio. (Org.) *Falhas do Estatuto da Criança e do adolescente*. Rio de janeiro: Ed. Forense, 1997.

5 Essa particularidade que os autores anglo-saxões qualificam de "textura aberta" da linguagem ordinária (*open texture*) sinaliza a existência de uma zona de penumbra que rodeia o núcleo de sentido claro de um conceito (Hart, *The*

Concept of Law. p.121ss apud Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 413).

6 Sob coordenação da Professora Doutora Maria Auxiliadora de Almeida Minahim, com a participação dos pesquisadores: Karyna Batista Sposato (pesquisadora sênior); Davi Castro Silva (assistente de pesquisa); Carolina Grant Pereira,Deivson Santos e Natália Petersen (estagiários de pesquisa).

7 A primeira etapa da pesquisa jurisprudencial adotou como metodologia a pesquisa quantitativa por amostragem aleatória simples. O estudo qualitativo acerca da Justiça de 1º Grau, no tocante à apuração de ato infracional praticado por adolescente e a imposição de sentenças de internação, foi realizado mediante o acompanhamento de 15 audiências e analise de 14 processos em São Paulo, 15 audiências e análise de 15 processos em Salvador, 12 audiências e 11 processos em Porto Alegre, e 12 audiências e 13 processos em Recife.

8 MENDEZ, Emilio Garcia. *Evolución histórica del Derecho de la Infancia: Por que uma historia de los derechos de La infancia?*. In: *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo, Brasil: Ilanud, 2006.

9 Em um grande número de casos os argumentos da proteção da sociedade e da autoproteção do adolescente são invocados como fundamentação para a imposição da privação de liberdade.

10 A consciência histórica efeitual na formulação de Gadamer representa a tomada de consciência da própria consciência histórica de que, na suposta imediatez com que se orienta para a obra ou para a tradição, estão sempre em jogo outros questionamentos, ainda que de maneira despercebida e, em consequência, incontrolada. Quando procuramos compreender um fenômeno histórico a partir da distância histórica que determina nossa situação hermenêutica como um todo, encontramo-nos sempre sob os efeitos dessa história efeitual. Ela determina de antemão o que se mostra a nós como questionável e como objeto de investigação, e nós esquecemos logo a metade do que realmente é, mais ainda, esquecemos toda a verdade desse fenômeno cada vez que tomamos o fenômeno imediato como toda a verdade. A consciência da história efeitual é, em primeiro lugar, a consciência da situação hermenêutica (Hans-Georg Gadamer, *Verdade e método I –Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, 3. ed. Bragança Paulista/São Paulo: Editora Universitária São Franscisco, 1999).

11 PIRES, Alvaro Penna. Alguns Obstáculos a uma Mutação "humanista" do Direito Penal. In: Sociologias, *Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFRGS* (semestral). n. 1. Dossiê Conflitualidades, Porto Alegre, 1999.

12 Dados recentes da Subsecretaria de Promoção e Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente (SPDCA) da Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH) demonstram que o percentual de adolescentes em cumprimento de medidas judiciais não ultrapassa 0,15% da população de adolescentes. O universo de adolescentes infratores é bem mais restrito que o dos adultos. As estatísticas nacionais revelam ainda a predominância dos delitos patrimoniais. Seja em relação aos adolescentes privados de liberdade no país, seja dentre aqueles acusados da autoria de atos infracionais.

13 É significativa e cíclica a presença de projetos de lei e de propostas de Emenda Constitucional no Congresso Nacional Brasileiro, objetivando alterar dispositivos constitucionais e do Estatuto da Criança e do Adolescente, em resposta a clamores sociais e da opinião pública, sobretudo, quando um crime de repercussão nacional revela dentre os autores a presença de um adolescente menor de 18 anos.

14 Não se trata aqui de negar o ordenamento jurídico como sistema aberto e móvel, tal qual descreveu Claus Wiheim Canaris, ao considerá-lo como conjunto de normas cuja interpretação está em constante movimento (Claus Wilheim Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito De Sistema na Ciência do Direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996). Tampouco desprezamos o importante papel da jurisprudência na criação do Direito, porém, nos associamos ao pensamento garantista de Luigi Ferrajoli, de que a ausência de normas nunca é neutra, a ausência de normas é sempre a regra do mais forte (Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón – Teoria del Garantismo Penal*, 4. ed., Madrid: Editorial Trotta, 2000).

15 O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 112 exige rigoroso nexo de causalidade entre a conduta praticada pelo adolescente e o dano causado. A conduta dolosa ou ao menos culposa que atentou contra bens jurídicos protegidos em normas incriminadoras é, ao lado da lesão ao bem jurídico, o critério para a imposição de medida socioeducativa. A verificação da prática de um ato infracional não é condição suficiente para a imposição de uma medida privativa da liberdade, a qual somente é admitida na inexistência de outra mais adequada. Advertência, obrigação de

reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade, e internação em estabelecimento educacional são os tipos de medidas previstas pelo Estatuto, em linha crescente de severidade, ou interferência na liberdade individual dos adolescentes a quem se atribui a autoria da infração. Dividem-se em medidas não privativas de liberdade (advertência, reparação de dano, prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida) e medidas privativas de liberdade (semiliberdade e internação). Assim como a imposição de pena exige a demonstração inequívoca de autoria e materialidade, o mesmo se estabelece para as medidas socioeducativas, consoante o art. 114 da Lei 8.069/90: "A imposição das medidas previstas nos incisos II a IV do artigo 112 pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão, nos termos do artigo 127". É importante sublinhar ainda que, afora todos os princípios penais e especiais que incidem no Direito Penal Juvenil, o Estatuto da Criança e do Adolescente é expresso ao recomendar a aplicação preferencial de medidas que não prejudiquem a socialização dos adolescentes, conforme art. 100 da Lei: "Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários".

16 SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. *Inimputabilidad y Sistema Penal*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1996.

17 GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *Direito da Criança e do Adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

18 Adotamos aqui a expressão "Direito Penal Juvenil" para designar a matéria correspondente à atribuição de responsabilidade a adolescentes autores de ato infracional que integra a normativa da Criança e do Adolescente. Para mais detalhes ver Karyna Batista Sposato. *O direito penal juvenil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

19 GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. Op. cit.

20 "Durante o período de internação, inclusive provisória, serão obrigatórias atividades pedagógicas" (art. 123, parágrafo único da Lei 8.069/90).

21 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón : Teoria del Garantismo Penal*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

22 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II – Complementos e índice*. 3. ed.. Bragança Paulista/São Paulo: Ed. Universitária São Franscisco, 2007, p.58.

23 GADAMER, Hans-Georg. Idem, ibidem, p.58.

24 A ideia de preconceito em Gadamer repousa no conceito de preconceito como ponto de partida. Uma análise da história do conceito mostra que é somente no *Aufklàrung* que o conceito do preconceito recebeu o matiz negativo que agora possui. Em si mesmo, "preconceito" (*Vorurteil*) quer dizer um juízo (*Urteil)* que se forma antes da prova definitiva de todos os momentos determinantes segundo a coisa. No procedimento jurisprudencial um preconceito é uma pré-decisão jurídica, antes de ser baixada uma sentença definitiva. Para aquele que participa da disputa judicial, um preconceito desse tipo representa, evidentemente, uma redução de suas chances. Por isso, *préjudice*, em francês, tal como *praejudicium*, significa também prejuízo, desvantagem, dano. Não obstante, essa negatividade é apenas secundária. É justamente na validez positiva, no valor prejudicial de uma pré-decisão, tal qual o de qualquer precedente, que se apóia a consequência negativa. "Preconceito" não significa de modo algum falso juízo, pois está em seu conceito que ele possa ser valorizado positivamente ou negativamente. É claro que o parentesco com o *praejudicium* latino torna-se operante nesse fato, de tal modo que, na palavra, junto ao matiz negativo, pode haver também um matiz positivo. Dessa forma, preconceitos podem corresponder à despotenciação da tradição. O que na formulação kantiana representa a coragem de te servir de teu próprio entendimento.

25 GADAMER, Hans-Georg. Op. cit.

26 PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Tradução por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1996, p. 560.

27 PERELMAN, Chaim. Op. cit., p. 560.

28 FRASSETO, Flávio Américo. Ato infracional, medida socioeducativa e processo: A nova Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.abmp.org.br/sites/frasseto>.

29 BOURDIEU, Pierre. Op. cit., p.219.

30 BOURDIEU, Pierre. Idem, ibidem, p. 219.

31 BOURDIEU, Pierre. Idem, ibidem, p.219.

32 PERELMAN. CHAIM. Idem, ibidem, p. 624.

33 PERELMAN. CHAIM. Idem, ibidem, p. 631.

34 PERELMAN. CHAIM. Idem, ibidem, p. 631.

35 HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia- entre facticidade e validade – vol. 1 – Tradução por Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1997, p.191.

36 GORDILHO, Heron José de Santana. Por uma dogmática Pós-Moderna. In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia – Homenagem ao Prof. Orlando Gomes, 2008.

37 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón : Teoria del Garantismo Penal*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

BUSTOS RAMIREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

_____. *Introducción Al Derecho Penal*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1994.

CANARIS, Claus Wilheim. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CAVALIERI, Alyrio. (Org.) *Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997.

CURY. Munir. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribuanais, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – Teoria del Garantismo Penal*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1980.

_____. *Introdução ao estudo do Direito – Técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Ed. Atlas, 1988.

FRASSETO, Flávio Américo. Ato infracional, medida socioeducativa e processo: A nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <*www.abmp.org.br/sites/frasseto*>.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Bragança Paulista/São Paulo: Ed. Universitária São Franscisco, 1999.

_____. *Verdade e Método II: complementos e índice*. 3. ed. Petrópolis/Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 2007.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *Direito da Criança e do Adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

GORDILHO, Heron José de Santana. Por uma dogmática Pós-Moderna. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, homenagem ao Prof. Orlando Gomes, 2008.1.

GROSSI, Paolo. *Mitología Juridica de la Modernidad*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e semocracia – Entre facticidade e validade*. Tradução por Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1997. Vol. 1.

HART, Herbert L. A. *O conceito do direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3 ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1991.

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LECHNER, Norbert. *Los Pátios Interiores de la Democracia: Subjetividad y Política*. 2. ed. México/DF: Fondo de Cultura Econômica, 1995.

MENDEZ, Emilio Garcia. *Infancia : de los Derechos a la Justicia*. 1. Ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

_____. Evolución histórica del Derecho de La Infancia: Por que uma historia de los derechos de la infancia? In: *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: Socioeducação e Responsabilização*. XXXX: Ilanud, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. *Introducción a la Criminologia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
NINO. Carlos S. Justicia. In: VALDÉS, Ernesto Garzón; LAPORTA, Francisco J. (Orgs.) *El Derecho y la Justicia*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000.
ORTEGA Y GASSET, José. *O homem e a gente – Intercomunicação humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano.
OST, François; KERKOVE, Michel van de. *Elementos para uma Teoria Crítica del Derecho*. Bogotá: Editorial Unibiblos, 2001. Colección Teoria y Justicia – Universidad Nacional de Colombia/Facultad de Derecho, Ciencias Politicas y Sociales.
PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Tradução por Maria Ermantina Galvão. São Paulo. Ed. Martins Fontes, 1996.
_____. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Tradução por Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005.
PIRES, Alvaro Penna. Alguns Obstáculos a uma Mutação "humanista" do Direito Penal. Sociologias – Revista semestral do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFRGS, 1, n. 1, Dossiê Conflitualidades, Porto Alegre, 1999.
REALE, Miguel. *O direito como experiência. Introdução à epistemologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1992.
SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. *Inimputabilidad y Sistema Penal*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1996.
SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.
_____. Culpa e castigo: modernas teorias da culpabilidade e limites ao poder de punir. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 56. set./out. 2005.
STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso – Constituição. hermenêutica e teorias discursivas, da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2009.
VERNENGO, Roberto J. Interpretación del Derecho. In: VALDÉS, Ernesto Garzón; LAPORTA, Francisco J. (Orgs.) *El Derecho y la Justicia*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000.
WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004.

Maria Auxiliadora Minahim

Professora Associada da Universidade Federal da Bahia (UFBA), Faculdade de Direito, Departamento de Direito Público
Membro do Conselho de Direitos Humanos da Bahia
Presidente Nacional da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais (ABPCP)

Rua da Paz s/n
Graça – 40150–140
Salvador – BA – Brasil
minahim@ufba.br

Karyna Batista Sposato

Professora do Curso de Direito e Pesquisadora do Núcleo de Pós-Graduação em Direito (NPGD) da Universidade Tiradentes (UNIT)
Doutoranda pela Universidade Federal da Bahia e pela Universidade Pablo de Olavide / Sevilha / Espanha)
Coordenadora Estadual da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais (ABPCP) em Sergipe

Rua François Hoald, 495
Atalaia – 49.037–000
Aracaju – Sergipe – Brasil
karyna_sposato@unit.br

ORIGINALMENTE PUBLICADO NA REVISTA ELETRÔNICA *CHAMP PÉNAL*

UM CASO DE INOVAÇÃO "ACIDENTAL" EM MATÉRIA DE PENAS: A LEI BRASILEIRA DE DROGAS [1]

Alvaro P. Pires e Jean-François Cauchie

AN ACCIDENTAL INNOVATION CASE ON PUNISHMENT: THE BRAZILIAN DRUG LAW

TRADUÇÃO *José Roberto Xavier*

RESUMO

Este trabalho é uma reflexão sobre alternativas à prisão e, de forma mais geral, sobre as complexas relações entre os conceitos de punição e de inovação. Nesse sentido, discutiremos um exemplo concreto extraído da legislação criminal brasileira – um dispositivo da nova lei de drogas (2006) – com a finalidade de enfatizar tanto o interesse teórico quanto as questões éticas que o conceito de inovação penal pode suscitar. Introduzindo uma modificação extremamente improvável relativa às penas, essa lei brasileira nos possibilitará desenvolver aqui nossa argumentação em sete etapas: 1) descrever a modificação legislativa que servirá como pano de fundo para nossos propósitos; 2) apresentar as ferramentas conceituais necessárias à descrição que pretendemos fazer dessa modificação legislativa; 3) invocar o status que a teoria dos sistemas autorreferenciais outorga à produção legislativa; 4) chamar a atenção para duas maneiras historicamente marginais de conceitualizar a punição; 5) indicar alguns marcos históricos sobre o conceito dominante ou "normal" de pena; e finalmente 7) voltar, a título de conclusão, aos conceitos centrais tratados em nossa discussão.

PALAVRAS-CHAVE

racionalidade penal moderna, punição, inovação, sistema de direito criminal

ABSTRACT

This paper is a reflection on alternatives to imprisonment and, more generally, on the complex relationships between the concepts of punishment and innovation. For this purpose, we will discuss a concrete example taken from the Brazilian criminal legislation, a new drug law disposition (2006), in order to emphasize the theoretical interest as well as the ethical stakes which the concept of penal innovation can underscore. This legislation introduces a hyper-improbable modification of the concept of punishment and it will therefore enable us to develop our arguments along seven points: 1) to describe the legislative modification which will serve as the backdrop to our discussion; 2) to introduce the conceptual tools needed to describe this legislative modification; 3) to enunciate the status that the auto-referential systems theory gives to law making; 4) to direct the reader's attention toward two historically deviant ways to conceptualize punishment; 5) to introduce some historical markers of the dominant concept of punishment (with respect to criminal justice); 6) to illustrate the re-stabilization and the generalization of the dominant or "normal" concept of punishment and, finally, 7) to come back, in conclusion, on the central concepts addressed in our discussion.

KEYWORDS

modern penal rationality, punishment, innovation, system of criminal law

Gostaríamos de fazer aqui algumas reflexões sobre os conceitos de inovação e de punição, tanto em política quanto em direito criminal. Nós o faremos a partir de um caso empírico: o de uma inovação "acidental" em matéria de penas que

ocorreu na legislação brasileira em 2006. De uma forma esquemática, trataremos por um lado da criação de leis criminais pelo sistema político (SPO[2]) e, por outro, das expectativas e sistemas de pensamento do sistema de direito criminal (SDC).

Como o SPO e o SC devem distinguir aquilo que sanciona um crime daquilo que não sanciona? Podemos dizer que a inovação remete a algo completamente diferente das eventuais respostas esperadas e institucionalizadas para essa questão. Guardemos por ora que ela aparece como uma resposta *que reativa possibilidades que foram institucionalmente excluídas*.

Distanciando-se das famosas respostas institucionalizadas, um observador de meados do século XIX constatava e reprovava o seguinte:

N°: 1	« Na quase totalidade dos códigos modernos, o extremo limite inferior da repressão correcional é sempre a prisão ou a multa. Aquém disso, nada!	A reprodução normal das penas pelos governantes
	O juiz tem sem dúvida a faculdade mais ou menos ampla de reduzir a medida dessas penas; mas, seja qual for o grau de clemência que ele introduzir, elas são sempre prisão e multa; ou seja, penas verdadeiras [...] (Bonneville de Marsangy, 1864, 216, grifado no original)	A distinção: "penas verdadeiras"/outras sanções

Se nosso observador não se referisse apenas aos limites inferiores e às infrações correcionais, ele teria provavelmente acrescentado a pena capital e certas formas de castigos corporais como o chicote (que permaneceu em vigor no Canadá e em outros lugares até meados do século XX). Essa breve introdução nos permitirá entrar agora no coração do problema.

Nossa argumentação será apresentada da seguinte maneira: 1) descreveremos a modificação legislativa que servirá de plano de fundo para nossos propósitos; 2) apresentaremos algumas ferramentas conceituais empregadas em nossa descrição; 3) diremos algumas palavras sobre o status da legislação para a teoria dos sistemas autorreferenciais; 4) chamaremos a atenção para duas maneiras marginais (*déviantes*) de conceitualizar a punição; 5) indicaremos alguns marcos históricos sobre o conceito dominante de punição; 6) ilustraremos a re-estabilização e a generalização do conceito dominante ou "normal" de pena; e, finalmente, 7) retornaremos, à título de conclusão, aos conceitos centrais abordados em nossa argumentação.

1 Ilustração empírica de um acontecimento improvável

O SPO criou recentemente uma nova lei em matéria de drogas no Brasil (Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006)[3]. De forma contrária à grande maioria das leis em matéria penal, essa introduz uma modificação extremamente improvável no que concerne às penas. O aspecto da modificação que nos interessa é independente do tema específico das drogas. O status "improvável" dessa mudança teria sido o mesmo se essa modificação tivesse acontecido com outro crime. Para nossos propósitos, limitar-nos-emos ao artigo 28 dessa lei, que se encontra no capítulo III, cujo título é "Dos Crimes e das Penas". O leitor se dará conta que esse título invoca o do pequeno livro de Beccaria, *Dos Delitos e das Penas* (1764), embora o artigo 28 vá contradizer as expectativas da teoria da pena (dissuasão) selecionada por Beccaria. Eis o trecho do artigo que nos interessa:

N°: 2	Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:	Crimes
	I - advertência sobre os efeitos das drogas;	Penas previstas
	II - prestação de serviços à comunidade;	
	III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.	
	§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.	Outros crimes e mesmas penas
	§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.	Critério do "consumo pessoal"

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.	Outra norma de sanção

O artigo precedente (n.° 27) enuncia claramente que "as penas previstas neste capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente". Ele também autoriza o tribunal a substituir uma pena por outra após ouvir o ponto de vista da acusação e da defesa. No entanto, a pena de prisão parece inteiramente excluída das opções abertas ao tribunal: a escolha (cumulativa ou não) das penas deve se operar no contexto das três penas indicadas no artigo.

O leitor que está familiarizado com a maneira pela qual o SPO edita leis criminais e seleciona sanções (após a segunda metade do século XVIII), e que também está acostumado à maneira dominante pela qual a doutrina e a filosofia penal definem a punição ou a pena, compreende pelo menos intuitivamente por que qualificamos *prima facie* essa modificação legislativa de "acidental". Se Bonneville de Marsangy (citação n.1) ainda vivesse, ele também estaria surpreso: "Finalmente uma mudança não habitual!"

Façamos um resumo breve das diversas dimensões – mais ou menos surpreendentes dependendo do caso – desse "acontecimento acidental", dimensões às quais voltaremos mais à frente no texto:

- a pena de prisão está excluída como sanção autorizada em relação a certos crimes;
- é muito raro ver um artigo que tipifica crimes prever ao mesmo tempo (no mesmo artigo) outras penas que não a de morte, de castigo corporal, de prisão ou de multa;
- as penas que estão previstas nesse artigo (i) não têm usualmente o *status jurídico* de *penas* nas leis criminais, (ii) não são penas selecionadas e valorizadas pelas teorias modernas da pena (retribuição, dissuasão, neutralização e o primeiro paradigma da teoria da reabilitação);
- as penas selecionadas não correspondem *de forma plena* ao *conceito* de pena que sustenta que uma "verdadeira pena" exige da autoridade a intenção visível de querer infligir um sofrimento ou um mal ao infrator[4].
- as penas previstas neste artigo também não correspondem de forma plena àquelas que a doutrina criminal (ou a sociologia) pensa quando sustenta que "*o crime se define pela pena*".

Certamente, algumas dessas dimensões, consideradas isoladamente, são menos surpreendentes. Por exemplo, há leis criminais que excluem a prisão para selecionar exclusivamente a multa. "Excluir a prisão" não é então um acontecimento tão raro assim. Mas a prisão não cede aqui o seu lugar para a multa. Esta também está ausente. Essa lei ainda tem outros aspectos surpreendentes: ela exclui a prisão e a multa referindo-se a um "crime" no sentido jurídico estrito de uma categoria particularmente

grave de infrações criminais (em oposição a uma contravenção ou uma infração administrativa). As penas previstas aqui não são justamente penas clássicas como a multa ou a prisão, mas sim penas que não têm usualmente o status jurídico de penas criminais. Essa seleção pode ser considerada então como "altamente improvável" na prática legislativa ocidental moderna (criação de sanções criminais).

A reação do SDC, por meio da doutrina, a essa mudança legislativa foi, por razões profissionais, quase imediata[5]. Após a aprovação da lei, os penalistas referiram-se imediatamente a esse artigo para falar de *descriminalização* ou de *despenalização* das drogas no que concerne aos comportamentos indicados (citação n.2). Talvez a reação tenha sido de fato um pouco apressada, carecendo assim de uma elementar prudência. Mas como foi possível se falar em descriminalização de despenalização? Em qual sentido, ou em relação a qual expectativa, teria havido uma descriminalização ou despenalização?

A resposta não se encontra no texto da lei. Com efeito, se retornarmos ao título do capítulo em que se encontra o artigo problemático, lemos claramente "dos crimes e das penas". Na perspectiva da lei, esse capítulo deve então ser entendido como se referindo a "verdadeiros crimes" e "verdadeiras penas". O artigo não autoriza, por exemplo, a posse e o uso pessoal de drogas. É justamente isso que deploram outros penalistas. Do ponto de vista da lei, o termo descriminalização é completamente inapropriado.

O artigo também não revoga as penas para esses crimes. Pelo contrário, ele estipula que o indivíduo pego nas situações indicadas pode sofrer as "penas" enumeradas nos pontos I, II e III do dispositivo[6]. Podemos então falar em despenalização? Em oposição à situação precedente, existe sem dúvida uma redução de pena. Um observador pode empregar o termo despenalização para indicar essa redução, mas o termo permanece assim ambíguo e impreciso, pois deixa-se entender que não existem mais penas para esses crimes. Se, de forma mais forte, falamos de despenalização para significar que esses crimes efetivamente não possuem mais penas, a afirmação é falsa. Afinal, ela não resiste a uma confrontação com o documento legislativo: este indica explicitamente as penas que se aplicam às condutas que são enumeradas.

Certamente essa discussão pode se eternizar. Um observador convencido de que as "penas verdadeiras" são apenas aquelas que mostram a intenção da autoridade de infligir um sofrimento pode pretender que o texto da lei não é a "realidade" em face da qual sua percepção deve ser confrontada. Ele pode simplesmente dizer que o legislador empregou um termo ruim para designar as sanções que ele (o legislador) selecionou. O observador constrói assim de uma outra forma o seu conceito de pena e diz que o que foi selecionado não corresponde à definição de uma "verdadeira pena". Ele pode também acrescentar que, tendo em vista que o "(verdadeiro) crime" se define por "penas verdadeiras", houve *ao mesmo tempo* despenalização e descriminalização. Na melhor das hipóteses, o legislador se enganou introduzindo no direito criminal "sanções" para os "crimes".

A questão que colocamos se situa então sobre duas vertentes, uma virada para o SPO e a outra para o interior do SDC: como cada um desses sistemas vai reagir na sequência do advento desse acontecimento "acidental"? Retomemos aqui os comentários de Dubé (2007): esses sistemas vão ou não, e cada um por si, tirar proveito desse "elemento perturbador" para aprender a conceber de outra forma as sanções em direito criminal, para aprender a repensar a relação crime/pena etc.? Quais racionalidades justificadoras ou "motivacionais" eles vão selecionar ou colocar em prática? Do ponto de vista cognitivo, esse acontecimento será ou não "tratado como uma oportunidade de autocorreção" (Dubé, 2007) do político pelo político e do jurídico-criminal pelo jurídico-criminal? Num outro registro, perguntamo-nos igualmente se esse acontecimento será tratado pela sociologia como oportunidade de se autocorrigir no que concerne às suas próprias observações sobre a relação crime/pena assim como sobre a evolução do SDC.

Se o ponto de vista inicial do SDC for mantido, esse sistema não vai reter essa ocasião perturbadora enquanto oportunidade de aprendizagem (Dubé, 2007). Ele vai, ao contrário, lançar mão da maneira central de pensar do sistema e "isolar" ou "marginalizar" o acontecimento potencialmente inovador (para o SDC). Mais ainda, o observador não vai compreender esse acontecimento como sendo "inovador", mas sim como um "erro" de percurso. Em um caso tal, não ocorrerá a passagem de uma inovação[7] na legislação produzida pelo SPO para uma inovação produzida pelo SDC no seu sistema de pensamento central referente às penas. As estruturas cognitivas dominantes (sistema de pensamento) desse sistema não vão se transformar; o sistema vai aprender muito pouco ou mesmo nada com a perturbação.

Consideremos aqui essa *primeira* reação (pois ela pode se modificar com o tempo) do SDC. Ela fala de descriminalização e de despenalização como um sinal do advento de uma irritação que derroga a reprodução normal do SPO. Um sinal que alguma coisa que não é apenas nova está doravante à disposição das operações dos dois sistemas (SPO e SDC); alguma coisa que é ao mesmo tempo *nova e perturbadora, nova e desviante* em relação a certas estruturas dos dois sistemas. Há assim novidades que perturbam – e outras que não perturbam – a reprodução normal das estruturas centrais do sistema. No Brasil, como dissemos, essa primeira reação à novidade perturbadora veio dos juristas porque eles vigiam de perto esse tipo de evento (criação de leis). Mas estaríamos enganados em acreditar que um político, um sociólogo ou um criminólogo fariam uma primeira leitura diferente.

Podemos pensar sobre essa modificação legislativa com a ajuda do conceito de "improvável provável" proposto por Morin (1977: 294-300). *Antes* da emergência desse tipo de penas perturbadoras na legislação criminal moderna, o que predomina é a improbabilidade física de um tal acontecimento. Improbabilidade não significa impossibilidade. Existe aqui uma improbabilidade "geral" (Morin, 1977)

em conceber a lei criminal como portadora de penas desse tipo. Há também, no plano mais exigente da reflexão teórica em direito criminal, uma improbabilidade "geral" em conceber o conceito de pena como *não exigindo* a vontade *visível* de infligir intencionalmente um sofrimento[8]. Mas uma vez que essa improbabilidade física se atualiza apesar de sua improbabilidade, uma vez que ela é selecionada e que ela transpõe o limite da simples variação comunicacional da "organização produtora de si" (Morin, 1977: 295) para se inscrever numa estrutura central, esse improvável físico se torna um "improvável provável" para o sistema que o produz ou no sistema no qual ele se encontra. A presença desse improvável na estrutura do sistema transforma "o improvável geral" em "provável restrito" (Morin, 1977: 295). Todavia, se o sistema não se aproveita dessa ocasião perturbadora para aprender, a improvável provável retorna a uma improbabilidade geral.

2 Algumas ferramentas conceituais para a observação e a descrição

Vamos explicitar agora certas ferramentas conceituais, algumas tiradas da teoria dos sistemas autopoiéticos. Pretendemos no caminho, sempre que isto se mostre necessário, fazer adaptações aos problemas específicos colocados por nosso tema ou pelas exigências da descrição empírica.

1. Para observar convenientemente essa modificação legislativa, vamos em primeiro lugar distinguir entre, de um lado, os acontecimentos (e as ações) e, de outro, as *estruturas de ação* (Luhmann, 1984). Uma das características dos acontecimentos (e das ações) é que eles não perduram no tempo. Um acontecimento, retomando os termos de Floyd Allport, é um "tudo-ou-nada indivisível" (citado por Luhmann, 1984: 263): um terremoto, o fato de me levantar da cama. A consequência é que não podemos mudar um acontecimento ou uma ação: ele pode simplesmente existir ou não, pois *ele não dura tempo suficiente para ser modificado*. Na sua relação com o tempo, diria Luhmann (1984: 263), "o acontecimento (ou a ação) prefere desaparecer". A teoria dos sistemas vai então sustentar que as estruturas podem mudar em razão de sua relação com o tempo.

Como falamos de mudança legislativa e de diversos sistemas de pensamento dirigidos no sentido da ação, não voltamos nossa atenção para as ações ou para os acontecimentos isolados, mas para uma *relação* entre essas ações e as estruturas de ação. Se esses comentários são aceitáveis, uma "ação inovadora" (ou um acontecimento inovador) é aquele que modifica uma estrutura, que produz uma reprodução inovadora da estrutura de referência. No entanto, há, por assim dizer, diferentes "*níveis de estruturas*" e estruturas com *diferentes graus de consistência*. Podemos assim encontrar ações que produzem uma inovação *sem* portanto *atingir*

certas estruturas mais exigentes (do ponto de vista cognitivo) ou mais distantes do plano das ações.

Acreditamos que as estruturas mais exigentes são os sistemas de pensamento centrais dos sistemas sociais (sistemas de função), suas principais "teorias da reflexão" (Luhmann, 1984). Essas estruturas cognitivas têm as seguintes características: (i) elas têm uma mais forte condensação de sentido (dimensão histórico-cultural); (ii) elas duram mais no tempo (dimensão temporal); (iii) elas têm uma maior capacidade de resistência à perturbação, ou seja, uma capacidade de se reproduzir normalmente mesmo em caso de decepção e apesar desta; e (iv) elas não se situam *exclusivamente* no plano dos sistemas de interação, das interações face a face.

Tomemos um exemplo concreto. Suponhamos um juiz que, sem ter à sua disposição – no contexto de uma interação face a face no tribunal – um dispositivo de sentença como o do artigo 28, deixa de aplicar uma pena de prisão e dá ao réu uma "pena de advertência". Chamemos isso de "nível 1" de emergência de uma ação inovadora. Nosso juiz pega aqui todo mundo de surpresa e perturba as expectativas estabelecidas de uma pena de prisão ou de multa. Consideremos agora dois cenários.

O primeiro cenário é aquele em que a reprodução normal rejeita uma reprodução inovadora que aconteceu. O promotor não se serve dessa ocasião para aprender. Ele recorre, consegue reverter a decisão do juiz e o acontecimento é esquecido ou lembrado apenas como um erro do tribunal. No sentido estrito, a comunicação-ação do juiz tinha produzido uma inovação na estrutura de expectativas do sistema, mas *por um tempo demasiado curto*. Ela produziu, por assim dizer, uma variação comunicacional que arranhou a estrutura do sistema, sem ser selecionada. É um caso limite no qual a inovação quase desaparece com a comunicação que a criou. Uma variação que não resiste.

O segundo cenário é o de uma reprodução desviante que se instala em diferentes registros e conta com a ajuda do tempo. Falaremos de três registros: o das práticas localizadas dos tribunais (estruturas de expectativas do registro 1, mais ou menos "locais"), o da legislação (que depende no sentido forte de uma operação do sistema político) e, por último o que é mais exigente e mais condensado culturalmente, o dos conceitos e teorias do sistema que "não têm fronteiras" (sistemas de ideias generalizadas). As teorias da pena e o conceito de punição são exemplos desse registro mais denso.

Nosso segundo cenário é então o seguinte: é o próprio promotor que pede essa pena de advertência, não oferecendo recurso na sequência, prevalecendo portanto essa sentença. Outros procuradores e outros juízes de primeira instância consagram essa expectativa no plano local. Alguns casos chegam à segunda instância, sendo que algumas sentenças são confirmadas e outras não. No primeiro registro (o das "práticas locais"), uma variação comunicacional (inovação) existe e chega a tomar a forma de uma reprodução normal. Mas notemos três coisas: (i) sua duração no tempo é incerta,

(ii) sua generalização e sua visibilidade no sistema são fracas, (iii) sua capacidade de resistência às perturbações e sua densidade cognitiva nas comunicações do sistema são igualmente frágeis. Tais variações ainda não modificam os conceitos e os grandes sistemas de pensamento do sistema. Neste registro, o conceito de pena permanece imutável. A pena de advertência continua a ser interpretada pela doutrina como uma simples "medida", uma "alternativa às penas de multa ou prisão", mas não como uma "verdadeira pena". As teorias da pena permanecem assim as mesmas. E a legislação também não seleciona essas estruturas do primeiro registro.

Deixemos claro que, de um ponto de vista genético, o que se passa no registro 1 pode também "se espalhar" (ser selecionado) em outros registros. Mas, para tanto, *outras inovações* são necessárias e *outros tipos de obstáculos* devem ser *desfeitos* (se eles são cognitivos) ou *superados* (se eles são de outra ordem). É preciso inovar em outras estruturas, localizadas em outros níveis, até mesmo em outros sistemas de comunicação especializados (por exemplo, o SPO). No SDC, por exemplo, a doutrina e a teoria do direito devem produzir outras inovações que se relacionam com a inovação do registro 1, rever de forma autocrítica as posições precedentes, encontrar respostas aos argumentos da reprodução normal etc. Resumindo, agir em outros sistemas de pensamento mais ou menos solidamente ancorados, em estruturas cognitivas e reflexivas do sistema. Isso dá uma densidade cognitiva adicional às estruturas do registro "de base" e expande as fronteiras da inovação no interior do sistema: o conceito central de pena se modifica, novas teorias da pena são selecionadas e re-estabilizadas etc.

Lembremos todavia que a modificação (inovação) que examinamos começa (*para nós*)[9] com uma modificação legislativa que é uma comunicação-ação no interior do sistema político. Essa estrutura é mais visível, talvez mais durável, mas de uma densidade cognitiva bastante frágil e sem capacidade de resistência.

Como podemos ver, as estruturas de um sistema social autorreferencial não são tratadas pela teoria dos sistemas como "invariáveis". Somente os acontecimentos e as ações são invariáveis. Esses sistemas podem portanto modificar suas estruturas: eles podem aprender. Mas isso não é fácil e não pode ser "planejado" no sentido forte, pelo menos em todos os registros, e menos ainda ao mesmo tempo. O termo "estrutura" pode ser tratado no singular ou no plural, segundo o significado que se quer lhe dar[10]. Seu uso no plural ajuda a não reificá-lo e permite levar em conta as estruturas emergentes ou alternativas (ideias, teorias, sistemas de pensamento) já em operação de uma forma qualquer ou com um grau qualquer de recepção em um ou outro dos registros.

2. Considerando a distinção acontecimento/estrutura de ação, vamos agora nos colocar na face "estruturas de ação" (no plural aqui!) e operar outras distinções (*nesta face*, não na outra). Faremos assim uma distinção geral entre *conjuntos de normas* e *sistemas de*

pensamento (ou de ideias), levando em conta que ambos servem como orientadores da ação. Faz-se necessário aqui fixar um conjunto de normas como ponto de referência, pois o conceito de inovação exige uma referência a contextos bem determinados. Uma norma é (ou não) inovadora em relação a um dado sistema, e não "em geral" (no "mundo das normas"). No nosso caso, a legislação criminal é o ponto de referência. Notemos entretanto que, no nosso caso, este contexto *não é limitado por uma fronteira nacional*. Essa distinção nos permitirá observar separadamente o que se passa na legislação (estrutura normativa) e o que se passa – ou poderia se passar – no plano do conceito de punição, das teorias da pena etc. (estrutura cognitiva). Esses dois tipos de estruturas têm uma temporalidade e um espaço independentes. Cada uma tem, por assim dizer, uma lógica de evolução própria, apesar dos cruzamentos e das influências possíveis nas duas direções. Essa distinção nos permitirá observar precisamente quais sistemas de pensamento são atualizados e, ao mesmo tempo, compreender o sentido de uma mudança legislativa.

3. No plano das normas, a estrutura é frequentemente objetivada "por ela própria", pelo menos no que concerne à legislação. Podemos observar isso com a ajuda de distinções como *leis em vigor/projetos de lei* ou *leis/reivindicações ou pedidos de mudança*. O observador extrai e reconstrói então esses "modelos" que, como escreve Luhmann (1984, 255), são diretamente *produtos da realidade*. No plano estrito da legislação, mesmo a hierarquia das leis depende de um tipo de "autodescrição do objeto" (Luhmann, 1984, 256). A legislação, enquanto forma de comunicação, é também uma estrutura "cognitivamente frágil", querendo dizer que ela não explicita os sistemas de pensamento, as diversas intencionalidades e motivações etc.

4. No plano dos sistemas de pensamento e de ideias, é preciso mobilizar outras distinções disponíveis na sociologia para descrever essas estruturas empiricamente, pois essas estruturas não se encontram tão claramente objetivadas e autodescritas pelo próprio objeto. Para tanto, vamos empregar distinções mais ou menos equivalentes como central/periférico, estabilizado/não estabilizado, dominante/alternativo, estabelecido/emergente etc. No caso *específico* da legislação, não precisamos dessas distinções, mas elas podem eventualmente se aplicar a certos tipos de normas ou de relação entre conjuntos normativos alternativos.

5. A distinção inovador/não inovador para avaliar uma mudança nas estruturas é difícil de conceitualizar e de empregar empiricamente. Vamos colocá-la em teste, provisoriamente, com a ajuda de certas ideias e critérios.

A mudança, para ser inovadora, deve antes de tudo *perturbar a matriz de referência*. "Perturbar" é um termo neutro, querendo dizer que o que perturba pode ser bom/mau segundo um outro tipo de codificação. A inovação seria então *mais* do que

a simples novidade empírica de superfície, mais do que qualquer coisa que simplesmente "não estava lá antes". A "novidade de superfície", por assim dizer, pede uma compreensão que se faz exclusivamente com a ajuda do esquema antes/depois; na sequência, uma vez estabelecida, ela desaparece como novidade. A "novidade inovadora" vai além do esquema antes/depois. No limite, ela não depende solidamente desse esquema. As mudanças inovadoras têm aliás uma característica paradoxal: elas não deixam de ser inovadores imediatamente após a primeira atualização. Dito de outra forma: a reprodução desviante não se "normaliza" após "um único impacto" ou uma simples atualização num único registro. Durante um certo tempo, sua reprodução continua sendo "desviante". Finalmente, a mudança inovadora se choca aqui com *obstáculos epistemológicos* ou "*de conhecimento*", no sentido de Bachelard (1974), e deve desfazer esses nós culturais e científicos – sempre refazendo outros, caso queira durar –, expandir e resistir por sua vez a perturbações futuras.

Desenvolvamos essas três ideias.

No caso da legislação, o "mais que novidade" se traduz como a descrição de uma "resistência" ou de uma "contrariedade" que não se encontra explicitamente presente nem no *tema* da mudança nem ainda na legislação *enquanto tal*, mas mais no *apoio cognitivo de sua matriz*. Por exemplo, no caso do art. 28, a "resistência" indicadora de inovação não tem nada a ver com o problema das drogas nem com a ideia de querer aumentar ou reduzir uma pena. Ela remete mais a argumentos gerais do tipo: "um crime se define por uma pena e no entanto isto não é uma pena", "com tais sanções, corremos o risco de destruir o edifício do direito criminal moderno", "quer-se descriminalizar esses crimes 'às escondidas'" etc. Argumentos que não têm um alcance específico ou temático, mas que indicam que "alguma coisa de mais profundo" está em questão. O paradoxo da inovação que permanece inovação *pós-impacto* se traduz pelo fato que essa "mesma" mudança pode ser transposta para outros lugares da legislação, se aplicar a outros crimes e ainda suscitar a mesma resistência, surpresa ou receio *em relação ao futuro da matriz cognitiva da legislação*. Enfim, essa mudança só vai adquirir uma capacidade de resistência se ela conseguir suscitar uma reflexão teórica *interna ao sistema* que, por sua vez, seja também inovadora (desfazer os obstáculos epistemológicos e reconstruir os conceitos e as teorias).

Isso posto, a análise científica ganha em se dar a liberdade de observar inovações que são casuais e que eventualmente não são percebidas imediatamente como "inovações" (mas apenas como "mudanças") pelo próprio sistema que as produz. Por exemplo, o SPO, produzindo o art. 28, pode muito bem não prestar muita atenção que este incomoda *tanto* a sua própria matriz dominante (sistema de pensamento em matéria de legislação criminal) *quanto* o sistema de pensamento central do SDC. E mesmo que a reação do SDC não tivesse se dado, ainda assim teria sido possível para a sociologia ver esse acontecimento como inovador *se ao menos ela conhecesse o interior dos sistemas que ela observa*. O simples conhecimento "do

exterior" é insuficiente, no sentido de que a sociologia não vai levar em conta a especificidade do sistema de referência e de suas formas de pensar. O observador deve sempre mostrar *em relação à qual matriz de referência, em quê e como* a mudança observada é ou não inovadora.

No plano cognitivo, podemos dizer que a inovação aparece, ao menos virtualmente, como um fogo de artifício que estoura em etapas sucessivas. De um lado, (i) ela se reforça *enquanto inovação*, até um certo ponto, com sua "retomada" em outro ponto do sistema e, por outro lado, (ii) ela é suscetível (virtualidade) de produzir um impacto na reflexão teórica mais elaborada do sistema. Sua "retomada" não é imediatamente uma *pura* repetição, pois ela continua a levar mais longe a renovação da dimensão cognitiva e o questionamento das (antigas) estruturas dominantes. Podemos assim exprimi-la pela negativa: tudo se passa como se a primeira aparição fosse "ainda insuficiente" como inovação para desfazer os nós. A novidade perturbadora, em cada desdobramento subsequente, continua a chocar-se com "obstáculos epistemológicos" (Bachelard, 1974) que ela deve desfazer e reconstruir, o que obriga ainda a inovar enquanto ela se re-estabiliza e se generaliza.

O termo matriz será empregado aqui na sua acepção corrente: um molde que recebeu uma impressão particular e que permite reproduzir essa impressão em outras coisas submetidas à sua ação. No caso da legislação criminal, essa matriz tem, no primeiro plano, uma dimensão factual, pois basta a um observador "ver" um código criminal (ou as penas que são selecionadas para acompanhar os crimes na legislação) para perceber um "modelo dominante" no que concerne às penas: prisão e/ou multa. A simples "imitação" desse modelo é suficiente para reconduzir a reprodução normal, sem outra reflexão. Vai-se assim aumentar ou diminuir as penas disponíveis no modelo, substituir uma por outra etc. Enquanto observadores, nós podemos então individualmente ficar satisfeitos ou descontentes (segunda codificação) com a presença de tais acontecimentos.

A inovação legislativa, em oposição à inovação dos sistemas de pensamento, tem a particularidade de poder se permitir ser reflexivamente "preguiçosa". Mas essa preguiça, estando lá e persistindo, tem seu preço: ociosa, a inovação não poderá oferecer resistência às resistências que ela certamente vai suscitar. O sistema que a produziu não aprende assim, ou aprende muito pouco. E essa preguiça tem ainda um preço mais elevado se o sistema que a produziu (SPO) espera que um outro sistema (SDC) seja "coagido a obedecer-lhe"; sobretudo quando sabemos que este último utilizará (ou não) a inovação de uma forma autônoma e para se desenvolver ele próprio. Fazer "atravessar" uma inovação de um sistema de comunicação a um outro (no nosso caso, do político ao jurídico) não é uma tarefa das mais simples. Podemos facilmente fazer pouco caso de uma inovação legislativa que não se faz acompanhar de uma densidade cognitiva e de uma autocrítica: "Não se trata de uma inovação; é mais um erro grosseiro desse legislador!". E a lei pode

apenas responder: "talvez". Isso porque não há argumento científico para sustentar essa mudança legislativa.

Quando os atores se sentem compelidos a reagir a uma mudança legislativa, o sistema de pensamento central e dominante tem maior probabilidade de ser "encontrado" (ainda que casualmente) do que as ideias alternativas disponíveis ou do que uma ideia original. Aliás, as ideias dominantes de um sistema circulam mais abundantemente em outros circuitos (a mídia, por exemplo) que as ideias alternativas armazenadas no "estoque de conhecimento" (Berger e Luckman, 1966) de um sistema. Daí a importância, para uma inovação, de atingir e de modificar os registros mais exigentes de reflexão.

6. Retornemos agora à novidade superficial, aquela que não perturba a matriz central do sistema. Essa novidade é de certa forma "considerada" na reprodução normal como uma virtualidade: ela é considerada com um status cognitivo *antecipado* de reprodução normal. Por exemplo, considera-se a possibilidade que novos crimes sejam criados e que alguns crimes sejam descriminalizados. Considera-se também a possibilidade de que a magnitude das penas possa aumentar ou diminuir. A estrutura de expectativas central concebe também que certas penas possam ser substituídas por outras (e nas duas direções): pena capital por prisão, prisão por multa etc. Em todos esses casos, a compreensão "não transborda", por assim dizer, o que é observado no plano dos fatos: um novo crime que é criado, um antigo crime que se torna obsoleto ou que foi contestado com sucesso e uma pena que foi substituída por outra. Essas mudanças consideradas como possíveis fazem parte das *incertezas previstas com antecedência* na estrutura central do sistema. E isso se dá mesmo que não se possa prever com certeza *se, quando* e *onde* elas vão ocorrer. No entanto, a mudança introduzida pelo art. 28 não faz parte dessas incertezas antecipadas pelos sistemas de pensamento centrais.

7. O conceito de reprodução normal *não explica* a mudança: ele descreve o que foi atualizado com a ajuda do esquema normal/desviante para indicar que a estrutura central (com suas incertezas) foi reiterada no lugar de outras possibilidades. Esse conceito não diz que os atores são determinados por essa estrutura como se eles estivessem numa relação de causa e efeito. O conceito não pressupõe também que o conteúdo da mudança seja ruim ou bom.

As expressões reprodução perturbadora, desviante ou inovadora são equivalentes. Elas simplesmente ressaltam diferentes dimensões de um mesmo fenômeno. A qualificadora "perturbadora" ressalta o efeito que a reprodução produz na matriz cognitiva central. A noção de desvio coloca em primeiro plano a ideia de uma transgressão forte das expectativas dominantes institucionalizadas. Enfim, o termo "inovadora" chama a atenção para a originalidade da mudança e seu potencial criador ainda-não-realizado.

3 Um problema de descrição: o status da legislação

Geralmente todo mundo concorda em dizer que a legislação (leis, decretos etc.) depende de operações realizadas pelo sistema político. A legislação é uma criação política. Não diríamos, por exemplo, "*judge made legislation*". Poderíamos dizer "*judge made law*", dando a "*law*" o sentido de "direito" ou de normas oriundas das decisões dos tribunais, mas não no sentido de legislação ou de "*Statute*". Poderíamos também dizer, paralelamente, que a legislação é observada pelo SPO como sua realização. Esse ponto não é contestado. Mas qual é o lugar da legislação no sistema de direito? Digamos em princípio que a teoria dos sistemas dá um status teórico particular para a legislação no contexto das operações do sistema de direito.

A teoria dos sistemas parte da ideia que cada sistema social autopoiético produz "seus próprios elementos" com a ajuda de seus próprios elementos. Basta dizer aqui, para passar mais rapidamente ao nosso problema, que isso não significa uma negação das relações de influência, de pressão ou de força. Os sistemas de saúde ou econômico, por exemplo, podem fazer pressões levando o sistema político a criar leis. A questão para nós é a seguinte. É difícil conciliar a frase "cada sistema produz seus elementos com a ajuda de seus elementos" com a ideia geralmente aceita, inclusive pela teoria dos sistemas, que é o SPO que cria a legislação. Esta não é efetivamente também um elemento do sistema jurídico?

A teoria dos sistemas descreve a legislação como aquilo que promove um acoplamento estrutural das operações (comunicações-ações) entre os dois sistemas. Tudo se passa como se a legislação tivesse duas faces: uma voltada para o SPO, e a outra, para o sistema de direito. Ela é uma criação do SPO que serve ao mesmo tempo de "limitação exterior" (parâmetro, enquadramento) e de "fonte" (matéria-prima) para o direito a fim de que ele mesmo produza suas próprias comunicações de direito (elementos) com a ajuda de outras fontes de direito. Fontes que o sistema de direito produz dessa vez diretamente *dentro do sistema* como a jurisprudência e a doutrina (outros elementos comunicacionais). No entanto, o próprio sistema de direito enxerga a legislação como "exprimindo a vontade do legislador" (mensagem especial do sistema político que obedece a critérios reconhecidos pelo sistema de direito) e como uma "*fonte* do direito", ou seja, uma fonte para fazer emergir um direito pelo direito. A expressão "vontade do legislador" mostra que o sistema de direito atribui sem dificuldades a produção da legislação ao político. Mas, ao mesmo tempo, a teoria dos sistemas lembra que é o sistema de direito que determina, no contexto de suas comunicações e decisões, qual é efetivamente, em cada caso concreto, essa vontade do legislador.

A expressão "aplicação da lei" é portanto enganosa e não faz justiça à complexidade do que se passa globalmente no interior do sistema de direito. O conceito de "aplicação da lei" projeta a falsa imagem de uma aplicação mecânica e/ou individualizada de uma lei em particular ("o artigo da lei X") a um acontecimento específico.

Todavia, para o sistema de direito, "aplicar", se quisermos manter esse termo, não significa *somente isso* (ou seja, colocar em execução ou não uma lei específica no sentido obedecer-lhe ou não). A expressão "aplicar a lei" deve também ser entendida como "aplicar a *legislação*", e portanto comparar uma lei específica a outras leis selecionadas (e não somente confrontar a lei ao acontecimento). Mas "aplicar a lei" significa igualmente produzir uma decisão que será observada pelas comunicações subsequentes do sistema como uma decisão que criou comunicação jurídica[11].

Para evitar certos mal-entendidos e essas simplificações no uso da expressão "aplicação da lei", propomos dar um lugar secundário para esse conceito e distinguir o mais claramente possível essas duas operações: a criação política das leis e a produção do direito pelo direito. A expressão "criação das leis" é preservada para descrever certas operações do SPO e a expressão "aplicação da lei" é então substituída por "produção do direito". A "lei" aparece assim, para o sistema de direito, como um médium permitindo que este determine suas formas a cada uma de suas decisões[12].

Com efeito, o sistema de direito reconhece frequentemente nas leis uma razão para modificar suas decisões ou sua orientação, mas isso não esgota todas as possibilidades abertas ao sistema *no sistema*. Por exemplo, ele pode também julgar que a nova lei vem "consagrar" mais do que modificar suas práticas. Nesse caso, ele permanece indiferente, pois não vê "nada de novo" na nova lei. Ele pode também invalidá-la com a ajuda do tempo confrontando-a com outras leis. Ele pode igualmente colocar em prática estratégias visando a evitá-la, a contorná-la.

4 Dois conceitos de punição não selecionados pelo SDC

Retornemos agora à reação que a lei brasileira de drogas suscitou no SDC. Para melhor compreender a origem de uma tal reação, examinaremos o conceito de pena (punição) começando com dois exemplos de definições de punição não retidos pela matriz dominante. Voltar-nos-emos na sequência para o problema dos sistemas de pensamento, sobretudo para os sistemas alternativos. Façamos três comentários metodológicos preliminares.

Visto que nossa atenção vai recair sobre a maneira pela qual um sistema de comunicação especializado (SDC) define de forma dominante um conceito (pena), vamos em primeiro lugar levar em conta a *dimensão temporal*. Para fazê-lo, distinguimos dois grandes períodos: o período de formação do sistema (1050-1750) e o período do sistema constituído (1750 até o presente). Vamos em seguida isolar o século XVIII como fase de transição e de "últimas oportunidades" no plano das seleções (escolhas) antes (1) da consumação da organização das estruturas internas do sistema e (2) do começo, por assim dizer, de sua reprodução "normal" enquanto sistema já formado. Entendemos que o período de formação só é acessível à observação de forma retroativa e a partir dos parâmetros do sistema já constituídos. Enquanto

ele se forma, nós não podemos antecipar (no tempo presente) o que ele vai efetivamente selecionar e o que ele vai excluir/não tomar conhecimento. Antes que o sistema tome uma forma diferenciada acabada, não temos um ponto de referência empírico claro para fazer a observação (retroativa) da formação das estruturas dominantes que constituíram o sistema. Devemos logo notar que o conceito de evolução refere-se usualmente ao conjunto desses dois períodos, mas que a problemática da evolução, e a forma de concebê-la, se modifica de um período a outro. No primeiro período, observamos sobretudo como o sistema se autodistingue de seu ambiente, mas também como ele assegura seu processo de autoestruturação. No segundo período, nós observamos mais o que acontece ou não acontece com as estruturas internas do sistema, sua reprodução normal ou inovadora e, entre outras coisas, como ele se relaciona, enquanto sistema diferenciado, com seu ambiente e outros sistemas (sociais e psíquicos).

Em segundo lugar, o leito não deve compreender as seleções que o sistema faz com um modelo de evolução darwiniano na cabeça. Afinal, as escolhas que um sistema opera não são necessariamente as melhores para o próprio sistema ou "para a sociedade". Os sistemas atualizam certas possibilidades entre as que estão disponíveis, mas também que são viáveis. As seleções dominantes podem então ser menos flexíveis ou insuficientemente complexas para resolver convenientemente os casos que serão tratados pelo sistema. Do ponto de vista de certas perspectivas éticas externas, as escolhas do sistema para reforçar sua própria legitimidade interna podem também ser lamentadas.

Em terceiro lugar, é preciso ter em mente que desde a invenção da escrita, as definições perturbadoras se liberam de suas limitações temporais, pois elas podem ser redescobertas durante um outro período e se tornarem mais uma vez perturbadoras. Sua "localização" (espaço de atualização) pode também se modificar. Assim, uma definição que ficou no ambiente do sistema num dado momento pode muito bem ser atualizada nas comunicações do sistema num outro momento. Ela pode também ser atualizada num tempo X nas comunicações do sistema simplesmente para indicar o que deveria ser excluído e retomado num tempo Y, mas desta vez de forma positiva, para indicar o que deveria ser retido ou reconsiderado.

Antes de ver o conceito de pena que foi integrado na estrutura cognitiva dominante do sistema (próxima sessão), indicaremos primeiro duas modalidades excluídas das definições de pena ou punição tendo como ponto de referência o SDC.

1. Durante a fase de transição mencionada acima (século XVIII), encontramos então uma definição da pena em Montesquieu que se destina ao direito criminal *tal como ele era conhecido na época*, mas que não foi todavia selecionada por esse sistema. Em Montesquieu (1748, 6L, 9C e 16C), a paz entre as partes parece ser uma solução absolutamente aceitável em direito criminal e, para ele, "tudo que a lei chama de

pena é efetivamente uma pena" (1748, 92): a simples condenação pode ser vista como uma pena (1748, 91), podemos dar conselhos (1748, 32) e podemos também pagar indenizações (1748, 103) à vítima. A ideia de pena está assim presente, mas não está de forma alguma substancializada, como aliás a de punição também não está.

Compreendemos então por que Montesquieu, se observasse hoje a mudança legislativa do art.28, não falaria nem de descriminalização nem de despenalização. Com efeito, com um tal conceito de pena, na sua concepção aplicável aos crimes, ele teria visto aqui apenas uma mudança (inovadora) nas penas. Para poder "ver" uma descriminalização ou uma despenalização, é preciso antes ter selecionado como pano de fundo o conceito de pena da matriz dominante. Da mesma forma, um observador que não conhece a matriz dominante não seria capaz de ver aqui uma inovação. Ele também veria apenas uma simples mudança de penas. Por outro lado, como Montesquieu provavelmente não acreditava que a diferenciação entre as justiças criminal e civil dependia de uma distinção no plano das sanções, ele não diria que essa mudança revela um projeto "de abolir" a justiça criminal ou ainda uma vontade de torná-la similar ao direito civil. Ele não compartilharia dessas suscetibilidades internas do sistema.

Conhecemos o destino dessa conceitualização. Apesar de seu interesse, ela foi criticada como "tautológica", "circular" e sobretudo como não levando em conta a diferença entre as justiças civil e penal. Esse tipo de crítica indica uma operação de seleção já realizada pelo SDC. Essas críticas reiteram a exclusão do conceito ou seu lugar periférico nas comunicações do direito criminal.

2. Durante o período de formação do sistema, o conceito de punição ou de pena foi igualmente definido em oposição ao conceito de recompensa. Essa conceitualização vai avançar quando a recompensa começa a ser concebida como podendo ser, ela também, um tipo de sanção em direito. Facchi (1994, 17) indica, referindo-se ao *Oxford English Dictionary*, que é provavelmente Richard Cumberland, em 1672, o primeiro a empregar o termo sanção para se referir à recompensa. Ele fala então de "sanção remuneratória" em oposição a "sanção punitiva". No entanto, a comparação entre certos aspectos da recompensa e da punição é bastante antiga. Grotius (1625) também fazia comparações entre esses dois conceitos, ainda que ele não tenha chegado ao ponto, pelo que sabemos, de se referir à recompensa como sanção.

A ciência moderna vai, ela também, conceitualizar a punição em oposição à recompensa, como por exemplo no contexto das pesquisas comportamentais com os animais. Mas ela vai privilegiar outras opções que não o direito moderno. Nesse sentido, uma das modificações mais notáveis no nível das comunicações científicas concerne ao desaparecimento do conceito de "mérito". É assim que quando se estabelece a distribuição dos conceitos de punição ou de recompensa em situação experimental de laboratório, ela se faz em função da reação dos animais aos estímulos

e não de um conceito de "mérito" qualquer. Se o comportamento "x" tende a ser inibido, o estímulo correspondente é definido como "punição"; se ele tende a aumentar de frequência, o estímulo é definido como uma "recompensa"; e se um estímulo não produz nem um nem outro efeito, ele é reputado "neutro". A definição dos termos é então baseada aqui nos efeitos comportamentais diretamente observáveis e sem referência à noção de mérito, ao esquema inocente/culpado ou ao esquema ação notável/ação normal. Na moral e no direito, por outro lado, o conceito de punição "não é válido" se se sabe de antemão que a pessoa que será punida é inocente. As comunicações do sistema não podem admitir a seleção de um conceito de punição em relação a um inocente: se essa contingência acontece, espera-se uma "correção" por parte do sistema. O mesmo princípio vale para a recompensa que é juridicamente controlada: é preciso cumprir uma ação meritória. Eis aí uma das razões pelas quais cada sistema especializado de comunicação constrói de forma diferente seus conceitos de punição e porque é pouco provável que se possa conceitualizar esses termos sem um sistema de referência.

A ética e o direito vão então se fazer algumas perguntas que são "próprias" a esses sistemas de comunicação: "por qual motivo punir ou recompensar?", "sob quais condições podemos punir ou recompensar?", "quem pode punir ou recompensar e quem pode ser punido ou recompensado?" etc. Responderemos, por exemplo, que ter cometido um crime e ser declarado culpado por um tribunal independente é uma condição para ser punido ou para falar de punição, que *somente* uma autoridade ou *somente* o direito criminal podem punir etc. Essas questões dão ensejo a todo tipo de resposta segundo as preferências de cada autor-ator. Aliás, é surpreendente constatar que as respostas e justificações morais, políticas e jurídicas que foram dadas em relação à punição foram também dadas em relação à recompensa, onde também existe um "debate" entre utilitaristas e retributivistas. A grande diferença entre os dois debates reside no próprio conceito de punição. Por exemplo, o cardeal Richelieu – no seu Testamento Político – defendia que tanto a pena como a recompensa "olhavam mais o futuro que o passado" (voir Facchi, 1994, 8-9). Por outro lado, Earl of Shaftesbury via a pena e a recompensa como tendo primariamente um objetivo retributivo, o objetivo correcional sendo apenas corolário (Facchi, 1994, 19). Vemos portanto que os observadores são livres de indicar suas preferências. As teorias da pena vão condensar essas seleções e oferecê-las aos atores-tomadores de decisão como pré-seleção de suas seleções. Em todos esses casos, o conceito de "mérito" se torna central, possibilitando-nos debater se o que é mérito é obrigatório ou não. Grotius (1625) dirá por exemplo que nem o crime nem a recompensa são "devidos", no sentido de serem *obrigatórios*. Outros dirão que a pena é obrigatória, mas a recompensa não, etc.

Tomemos um único exemplo dessa linha de pensamento periférica (à matriz do direito criminal moderno) que define a punição em oposição à recompensa e que se

encontra bem ancorada na metade do século XVIII. Hutcheson (1747: 329) escreve: "The sanctions of laws are rewards and punishments. Rewards have place in the civil laws as well as punishments". Devemos notar que – caso o autor não sabote sua definição na seqüência ou não acrescente outras distinções de forma a reintroduzir a definição dominante de punição – a sua forma de definir tem as mesmas qualidades que a de Montesquieu. Com efeito, como as penas previstas no artigo 28 acima não podem de forma alguma ser compreendidas como recompensas, elas seriam efetivamente « verdadeiras penas » para Hutcheson. Mesmo certas sanções do direito civil seriam compreendidas aqui como punições dadas pelo direito civil (o que não o transformaria todavia em direito criminal).

Quando opomos a noção de punição à de recompensa, a primeira toma um sentido amplo e não substancialista, pois ela se refere em primeiro plano à mensagem da linguagem (comunicacional) que está associada à sanção e não a especificações que pressupõem que a punição tem uma "natureza própria" no mundo das sanções. Podemos multiplicar os exemplos no século XVIII nos quais o sentido das palavras "pena" e "punição" não exclui nem certas sanções do direito civil nem as penas compreendidas no artigo 28. Dessa forma, Muyart de Vouglans (1767: 50), opositor de Beccaria e jurista do Antigo Regime, emprega o conceito de "penas pecuniárias" para se referir ao mesmo tempo "ao confisco, aos juros civis, aos danos e juros assim como às custas". Ele teria sem dúvida lamentado o abrandamento das penas, mas também não teria falado em descriminalização ou despenalização no caso do artigo 28.

5 Algumas referências históricas sobre o conceito dominante de pena

Retroativamente, acreditamos poder afirmar que *duas grandes distinções* foram inventadas e reiteradas para construir o conceito de punição: (i) a distinção recompensa/punição que acabamos de ver e (ii) a distinção reparação/punição ou ainda *não intenção/intenção de infligir um sofrimento* de que vamos tratar agora. É *esta última conceitualização* que estimula e motiva os autores-atores a falar em "descriminalização" ou "despenalização" em face do artigo 28, ou ainda a querer distinguir entre "verdadeiras/falsas penas" [13]. Essas duas grandes distinções estão presentes na doutrina e na filosofia penal, mas apenas a última será selecionada e condensada pelas teorias da pena (retribuição e dissuasão). Somente ela ocupará um lugar dominante nas comunicações científicas do direito criminal e na lei escrita.

A teoria da retribuição seleciona de maneira unívoca esta distinção reparação/punição desde o século XIII (portanto excluindo de cara outros tipos de sanções), enquanto a teoria da dissuasão parece esperar o século XVIII para adotar o mesmo conceito, também de forma unívoca. Se esta hipótese é fundada, o texto de Beccaria é paradigmático neste sentido.

Estabeleçamos algumas referências históricas.

1. Harold Berman, numa importante obra sobre a formação da tradição jurídica ocidental na época da Revolução Papal (1050-1150), nos dá uma pista importante para compreender o nascimento da semântica punitiva (atribuição intencional do sofrimento/reparação) que vai acabar por ser dominante no SDC a partir da segunda metade do século XVIII.

Segundo Berman (1983: 172), um panfleto anônimo do século XI, *De Vera et falsa penitentia*, terá um impacto considerável e, acrescente-se, bastante improvável sobre certos textos religiosos e jurídicos subsequentes, começando pela teoria da expiação de Santo Anselmo. Esse texto, perturbando a maneira religiosa de ver as coisas, dominante naquela época, aproxima a *poenitentia* (sacramento da penitência) da *poena tenere* ("sofrer uma punição"). O primeiro problema, de ordem teológica, reside justamente no fato de anexar a instituição da penitência à ideia de punição. É um problema importante, mas vamos deixá-lo de lado aqui. O segundo problema vem com a modificação do conceito de punição proposto no texto. Essa definição vai trazer a distinção *não intenção/intenção de infligir um sofrimento* ou *reparação/punição*, o que tem como efeito imediato (1) reduzir o alcance do que pode contar como punição e (2) constituir uma formidável substancialização. Com efeito, se um observador opõe a punição à reparação sem levar em conta o sistema de comunicação nos quais elas se inscrevem, ele se priva da possibilidade de ver a reparação como uma "verdadeira pena". Esse tipo de distinção tende a introduzir um tipo de corte vertical entre as sanções e a dividi-las, "por natureza", em dois grupos: aquelas que *são* punições e aquelas que não o são; em suma, uma formidável substancialização das sanções. O texto diz o seguinte:

N°: 3	«*Properly speaking, punishment (poena) is a hurt (laesio) which punishes and avenges (vindicat) what one commits... Penance (poenitentia) is therefore an avenging (vindicatio), always punishing in oneself what he is sorry* to *have done*» (Lettre anonyme, citée par Berman, 1983).	Distinção: não infligir/infligir um mal

Observemos que nessa definição (comunicação religiosa), a punição aparece implicitamente anexada ao conceito de *mérito*: "punindo *sempre* o que o indivíduo se arrepende de *ter feito*". O pecado é uma *condição de possibilidade* para se falar em punição (ou de autopunição).

2. Berman (1983) fornece provas suficientes para que possamos considerar a teoria da expiação de Santo Anselmo (*Cur Deus Homo*, 1098) como a primeira formulação da teoria retributivista no Ocidente. Segundo Berman, Anselmo conhecia bem essa carta anônima e teria incorporado esse conceito em sua teoria. É preciso todavia precisar que o conceito não é explicitamente retomado por Anselmo. Mas vê-se bem que ele opõe de forma recorrente *satisfação* à *punição*, o que deixa entrever a distinção proposta pela carta anônima. Por exemplo: "It is not right to cancel sin without *compensation* or *punishment*" (Anselme, 1098, C 12, 217, grifo nosso). Notemos contudo que Anselmo aceita ainda a compensação como uma solução *alternativa* à punição para expiar o pecado: ele diz reparar *ou* ser punido. Essa alternativa vai desaparecer na matriz dominante do SDC quando este sistema vai selecionar um conceito de punição *que exclui a reparação*, seja "abandonando-a" às sanções do direito civil, seja reconhecendo-lhe um status apenas complementar à punição. Segundo Anselmo (1098, 248-250), a única coisa que Deus *não pode fazer*, é aceitar perdoar os pecados *na terra*. Enquanto estiver "nesta vida", o pecador deve pagar integralmente seus pecados. Após sua morte, a misericórdia divina pode entretanto primar sobre uma justiça no sentido estrito. Há aqui o germe da ideia da obrigação de punir selecionada por Kant (1797) *e pelo SDC* no século XVIII.

3. Podemos ver que em Berman (1983 : 183), quando ele se refere a São Tomás de Aquino, a teoria retributivista do século XIII já faz uma distinção inequívoca entre duas situações: (i) a sanção que é *para a vítima* em razão dos *danos*; (ii) a sanção que é para os *crimes* (autoridade) em razão de uma *injustiça especial*. A teoria retributivista fecha então seu círculo. Ela (a teoria, não todos os atores-autores!) reserva doravante o termo *punição* para os crimes, *mas opondo a punição à reparação*. Para a teoria, a tarifa para um crime deve ser *somente* expressa sob a forma de um conceito de punição construído com a ajuda do esquema "*não ter/ter a intenção de causar um sofrimento ao infrator*".

Aquino devia contudo resolver certas dificuldades. Por exemplo, como justificar o fato que um ladrão seja punido e que aquele que não paga voluntariamente seu aluguel seja apenas responsável por indenizar sua vítima? Aquino (1265-74, 111) vai distinguir então entre dois tipos de "deslocamento do equilíbrio" (« *displacement of the balance* »): os deslocamentos *com/sem injustiça*. Para ele, não pagar um aluguel é produzir um deslocamento de equilíbrio *sem injustiça* ("sine injusticia"); roubar[NT], por outro lado, é um deslocamento do equilíbrio incluindo uma "falta da ordem da injustiça" ("injustitiae culpa"). As normas de comportamento e de sanção são assim cindidas em dois grandes segmentos: *somente* a transgressão da lei criminal se torna uma "injustiça" (transgressão com culpa moral forte); a da lei civil, um desequilíbrio sem culpa moral forte (ou sem injustiça *special)*. Não é mais toda imoralidade que é crime e que reclama punição; o crime se torna a imoralidade que *a autoridade*

política distingue das outras formas de imoralidade. Eis aí a forma de diferenciação *selecionada pelo direito criminal* que é interna ao sistema de direito (direito criminal/outros sistemas de direito). Para o direito civil, a indenização seria suficiente, no sentido de que não haveria um preço adicional a pagar à autoridade. A "punição" certamente existe para o direito civil, mas sob a forma de um preço adicional *destinado à vítima*.

4. Pouco tempo depois, a distinção lei perfeita/imperfeita começa a ser atualizada para excluir a reparação como pena para os crimes. Encontramos um bom exemplo disso no comentário de Marsílio de Pádua (1275-1343) que vai ser publicado apenas em 1505: "Um exemplo [de uma lei imperfeita] pode ser encontrado em certos países bárbaros, onde se tem como *norma [de sanção] justa* o fato de ser desculpado e exonerado de toda punição civil [no sentido de "punição humana"] relativa a um homicídio, desde que o [o autor] pague um certo montante para tal delito" (em *Il defensore della pace*, 1960, 156, citado por Bobbio, 1961, 141). Se definimos o crime como um atentado à autoridade e a punição como um "*hurt*", torna-se então cada vez mais difícil ver o pagamento de um montante (ainda que endereçado à autoridade) como uma punição "suficiente" para uma vida.

5. Hélie (1856, xxvii) conta que, em meados do século XVI, Alphonse de Castro, um monge de Salamanca, publica um livro, *De potestate legis poenalis*, no qual "coloca na mesma linha, como dois atos tendo um caráter idêntico, a penitência *imposta* ao pecador, e o castigo *infligido* ao delinquente" (grifo nosso). Essas duas medidas, prossegue o autor, "punem uma falta" e "distribuem um sofrimento" que é representado como sendo proporcional à gravidade da falta. A diferença parece residir aqui no fato de que a penitência toma a forma de uma autopunição (como na carta anônima do século XI), pois é o próprio pecador que usualmente assume sua execução (*imposta* pela autoridade eclesiástica), enquanto a punição propriamente dita toma a forma de uma punição *infligida* (e não somente imposta) pela autoridade laica.

6. Essa distinção (reparação/punição) será consagrada por uma definição de punição dada por Grotius (1625, II: 373) que se tornará "clássica" e que será retomada usualmente por autores de nossa época para ratificá-la[14]. Grotius dirá que a punição é um "*malum passionis quod infligitur ob malum actionis*" ("um mal que se sofre [mal de retribuição] em razão de um mal que se fez [mal de ação]"). Vê-se bem que essa definição fundamenta ainda o conceito no esquema sofrimento/mal e remete à *natureza* do ato que se realiza, e não ao *significado* que a sanção toma num sistema de comunicação específico. Transpondo aqui os comentários de Luhmann (1984) relativos a outras definições, pode-se dizer que há aí "*too much ontology*"! Isso não impede que existam outros aspectos da reflexão de Grotius, não selecionados pelo SDC (como sua crítica

da obrigação de punir), que são bastante interessantes para uma reconstrução do conceito de pena em direito criminal.

O importante aqui é nos darmos conta de que estamos diante de um longo processo de seleção e de condensação de sentido no qual o SDC vai selecionar e constituir "teorias práticas" que dirão de antemão o que é e o que não é uma punição. Não podemos deixar de notar que essas teorias tinham outras possibilidades de seleção além daquelas que foram retidas. E, enfim, tendo em vista as seleções que foram feitas, para essas teorias as penas do artigo 28 não são penas ou então são apenas penas *imperfeitas*.

7. No século XVIII, essa definição "retributivista" de punição será também selecionada pela teoria utilitarista da dissuasão de Beccaria e será reconduzida na versão laicizada da teoria retributivista de Kant (Pires, 1998). Em face dessa evolução, pode-se entender o que queremos dizer afirmando que as penas do artigo 28 são efetivamente uma "inovação" e que inovação não significa "originalidade" da pena enquanto tal, mas mais uma "perturbação de uma distinção dominante e institucionalizada"; perturbação da matriz cognitiva (teorias) e normativa (legislação) dominante.

6 A re-estabilização do conceito "central" de pena

O número de autores-atores dos séculos XIX e XX que reiteram (consciente ou inconscientemente) a seleção de nossa carta anônima do século XI é impressionante. O leitor que tem dúvidas neste ponto é convidado a folhear os manuais de direito criminal na Europa e nas Américas. Seguem alguns exemplos escolhidos ao acaso, ainda que eles tenham sido selecionados em função da clareza e da qualidade das definições.

1. Comecemos por certas perspectivas da filosofia moral, política e penal que se entrecruzam no plano cognitivo e que atualizaram as pré-seleções da teoria retributivista:

N°: 4	« *We have so far defined punishment as pain inflicted because the sufferer has done wrong* » (McTaggart, 1896, 485)	distinção: não aplicação/aplicação do sofrimento
N°:5	« *It is an end in itself that the guilty should suffer pain* » (Ewing, 1929, p. 13)	

A definição de Wasserstrom é particularmente clara e bem cuidada:

N°: 6	« *Punishment, whatever else may be said of it, involves the intentional infliction of pain or suffering upon human beings by other human beings* » (Wasserstrom, 1980 : 112).	distinção: não aplicação/aplicação do sofrimento

Observemos que a definição de Wassertrom não é adequada para a ciência. Ela não compreende a punição infligida aos animais. Mas o autor não limita sua definição a um sistema preciso de referência. Notemos também que a "clareza" dessas três definições não elimina a incerteza de sua aplicação a casos concretos. Assim, se esses autores são confrontados ao artigo 28 acima, não podemos prever o que eles vão dizer. Eles podem, *se assim o quiserem*, aplicar "com sucesso" a definição deles às penas prevista, agindo assim de forma a "salvar a definição". Basta dizer que a advertência, a prestação de serviços ou a medida educativa contam aqui como punição em razão da parcela de sofrimento que eles podem de qualquer forma causar. Se atualizamos a teoria retributivista dessa forma, reproduzimos a teoria no plano cognitivo, mas adaptando-a à facticidade do acontecimento (da mudança legislativa). A teoria "*não é desacreditada*", sobrevive à sua decepção, sem no entanto aprender com ela: ela pode reaparecer mais tarde na sua versão mais estrita.

2. Certos juristas penalistas deram por outro lado uma definição da pena tão detalhada que eles dão a impressão de não poder ver as penas do artigo 28 como verdadeiras penas. Eis o exemplo de um célebre jurista italiano:

N°:7	"Nenhuma outra definição é mais essencial e mais adequada à natureza das coisas que a que considera a pena como *malum passionis propter malum actionis*. A pena é então um sofrimento infligido ao autor de um crime em razão do crime praticado. [...] A pena tem assim um caráter *retributivo, aflitivo e pessoal* [grifado no original]. Podemos ainda acrescentar que há uma consubstancialidade entre o caráter retributivo e a aflição adotada como caráter fundamental da pena. Não há pena [ou punição] sem caráter aflitivo, que não possa traduzir uma sensação de dor, ainda que esta não seja sentida [efetivamente] pelo condenado. O que conta é que, na sua	Retomada da definição de Grotius (1625) Distinção *não intenção/intenção de atribuir sofrimento* Não há pena sem a impressão de causar uma dor (reparação excluída)

	razão informadora, a pena seja portadora de uma sensação de dor"(Bettiol, 1973, III, 84-85).	

Hart (1968 : 4-5) adota o mesmo procedimento indicando *cinco elementos* constitutivos da definição de um direito criminal. No seu texto, ele faz referência a « normas legais » e ao « sistema legal" ("legal system"), sem qualificar essas normas ou sistema como sendo especificamente de direito *criminal*. Entretanto, torna-se claro ao longo da leitura do texto que sua definição não compreende todas as sanções possíveis. Por exemplo, as sanções de reparação são excluídas. Para ele, esse conceito se constrói assim:

N°: 8	« (i) *It [punishment] must involve pain or other consequences normally considered unpleasant.*	Exige a atribuição de um sofrimento
	(ii) It must be for an offense against legal rules.	Referência às normas do direito
	(iii) It must be of an actual or supposed offender for his offence.	Condição de aplicação
	(iv) It must be intentionally administered by human beings other than the offender.	Exclusão da ação do autor
	(v) It must be imposed and administered by an autority constituted by a legal system against which the offence is committed » (Hart, 1968, 4-5)	Critério da autoridade constituída

Em relação ao artigo 28, apenas o primeiro critério coloca dificuldades. O leitor constatará facilmente que o sistema se apropria aqui de sua definição de punição (item v). Ele pode então observar a punição dos outros sistemas como um simples "fato" ou "sanção" que não conta para o sistema. Ele se apropria também de suas "ofensas", o que é uma forma de autolimitação. Não é certo que Hart falaria de descriminalização em relação ao artigo 28, pois ele veria que os crimes permanecem como crimes para o sistema. Mas para evitar falar em despenalização, é preciso dar novamente uma certa elasticidade ao critério "i". Dessa forma, salva-se a definição. A reparação, por outro lado, faria "explodir" o sentido do primeiro critério.

7 Conclusão

Vimos que a observação da *inovação* no plano cognitivo e normativo não se presta facilmente ao consenso. Essa dificuldade se dá em parte ao fato de que o conceito de inovação depende não apenas da forma de estruturar a observação empírica, mas igualmente de um quadro teórico que lhe dê sentido.

No contexto de uma teoria sistêmica, podemos conceber uma ligação entre os conceitos de inovação e de evolução. Mas esses dois conceitos não são equivalentes. Retomando livremente um comentário de Luhmann e De Giorgi (1991: 175), digamos que a teoria (sistêmica) da evolução tenta descrever e explicar "as transformações da estrutura" (cognitiva e normativa). Nessa perspectiva, como escreve Neves (2006: 1) retomando Edgar Morin, "a evolução se manifesta com a transformação do improvável em provável". Podemos acrescentar que pelo tempo que a evolução perdura, visto que ela consiste numa transformação das estruturas, ela "normaliza improbabilidades, estas sendo compreendidas como um grau de desvio em referência a um estado inicial" (Luhmann, citado por Neves, 2006, 1).

Temos aqui um problema de linguagem conceitual que está ligado ao duplo uso da palavra estrutura. Esse termo é frequentemente utilizado no singular para indicar a estrutura *dominante* ou de *primeiro plano* do sistema. Se a distinção entre dois tipos de estrutura (as estruturas de normas e os sistemas de ideias) enriquece nosso olhar empírico, o termo tomado no singular designa de forma sintética este "conjunto de estruturas" situado no centro das operações do sistema.

O conceito de inovação é menos exigente que o de evolução. Ele serve sobretudo para indicar que o que é *desviante* em relação a uma estrutura (central) tomada como ponto de referência inicial. O conceito de evolução, por sua vez, é muito menos global que o de inovação. Ele serve para observar o que se passa no plano das mudanças das estruturas centrais propriamente ditas. Como escreve Neves (2006: 2), retomando a perspectiva de Luhmann (1997: 454-455), "o fenômeno evolutivo só é realizado quando são preenchidas três condições reciprocamente ligadas: a variação, a seleção e a responsabilização/retenção".

A *variação* remete aos *elementos* do sistema, ou seja, à comunicação. Ela "consiste numa reprodução desviante dos elementos através dos elementos do sistema ou, dito de outra forma, numa comunicação inesperada, surpreendente" (Luhmann e De Giorgi, 1991, 189-190; Luhmann, 1997, 454). Todavia, a variação não significa ainda evolução pois « no plano das estruturas, o sistema pode reagir negativamente ao desvio" (Neves, 2006: 2).

No nosso caso, por exemplo, o que nós observamos empiricamente como variação são as surpreendentes comunicações sobre o conceito de pena, comunicações que circulam no sistema ou no seu ambiente. Notemos que é possível, mas relativamente complicado, falar de *ideia inovadora* quando ela *não foi ainda* selecionada, quando ela ainda não produziu, *no sistema*, o efeito de inovação em suas estruturas

centrais. Ela está mais para uma ideia alternativa, para um ponto potencial de bifurcação que é *apenas potencialmente inovador*. Estamos situados aqui no plano da complexidade, da contingência e da livre circulação de ideias. Mas a "variação" não será necessariamente selecionada *pelo sistema* para fazer parte de suas *estruturas centrais*. Tudo isso é uma questão de observação empírica.

O conceito de *seleção*, no contexto específico da teoria da evolução (da teoria dos sistemas autorreferenciais), concerne à *estrutura central* do sistema. Quando um elemento inovador presente na comunicação toma a forma de uma estrutura, ele se torna uma *expectativa generalizada* que orienta a partir de então as comunicações subseqüentes. (Luhmann e De Giorgi, 1991: 190). A *seleção* de estruturas favorece então "a continuidade da reprodução do elemento inovador" (Neves, 2006: 2). Mas essa segunda etapa (seleção) não conclui o processo evolutivo: uma seleção pode não resistir pelo tempo suficiente que permita ao sistema generalizar essa seleção e concluir sua evolução.

No nosso caso, a mudança legislativa que observamos é empiricamente uma modalidade de *seleção*. Enquanto tal, essa mudança se tornou *uma expectativa (normativa) generalizada* que *orienta* doravante certas comunicações do sistema no plano normativo-decisional (por exemplo, os tribunais), assim como no plano propriamente cognitivo e reflexivo (a doutrina, por exemplo). "Orientar" não significa "aceitar", mas "servir de matéria-prima", "motivar", "estimular". Essa mudança favorece sem dúvida alguma "a continuidade da reprodução do elemento inovador" (Neves, 2006: 2) no sistema (político), mas *não a garante*. O sistema pode ainda rejeitar essa seleção, ignorá-la após a primeira seleção ou impacto ou ainda circunscrevê-la de forma a evitar que ela "contamine" outras operações ou pontos da estrutura central.

Numa vertente, essa mudança legislativa é uma variação (comunicação) que foi selecionada (pelo sistema político) para produzir uma *inovação* na estrutura legislativa. Podemos então falar, tanto em sentido teórico estrito como também em sentido empírico, em *inovação* (resultado inovador). Essa inovação é uma operação do sistema político. Mas como ela se situa na legislação (e não nos sistemas de pensamento), ela produz *ao mesmo tempo*, mas *numa outra vertente*, um *impacto especial* nas estruturas (normativa e cognitiva) do sistema de direito. Se partirmos do ponto de vista do SDC, e mais especificamente de uma evolução *de patamar* de suas estruturas internas, torna-se interessante observar a maneira pela qual esse sistema de direito vai receber essa inovação no plano cognitivo e reflexivo. Afinal, ele não pode "produzir a legislação" em sentido literal. Ele pode apenas "propor" outras sanções como as do artigo 28 para outros crimes. Mas para fazê-lo, ele deve "refletir" e "aproveitar dessa ocasião para aprender" no plano dos sistemas de pensamento.

É por essa razão que Luhmann e De Giorgi (1991: 217) sustentam que "com a seleção, nenhum sistema autopoiético pode nem *começar* nem *terminar* uma transformação da estrutura [central]". Ele não pode começar *sem uma variação* nas comunicações;

variação que, expressa no plural, toma sempre mais o status de uma "reprodução normal". Se, num primeiro tempo, essa reprodução se opera no plano exclusivo da variação, um sistema autopoiético pode – baseando-se nesse "primeiro tipo" de reprodução – *inscrever uma inovação pontual na estrutura*. É o que aqui observamos, ainda que não possamos falar "de uma transformação da estrutura". No nosso caso, ainda que considerando a legislação criminal como uma estrutura de normas, seria de fato demasiado presunçoso considerar essa inovação do artigo 28 uma "transformação *dessa* estrutura". Cumpre-nos lembrar aqui que o alcance de uma inovação é frequentemente limitado.

Finalmente, o conceito de *re-estabilização* designa, na teoria dos sistemas, a etapa mais exigente do processo de evolução: a *retenção* da seleção. Como escrevem Luhmann e De Giorgi (1991: 239), "não faz muito sentido falar de uma terceira função evolutiva antes que o evento da seleção se oriente em direção a condições estáveis que seriam perturbáveis apenas ocasionalmente". A re-estabilização se refere ao fato que o sistema assegura subsequentemente a certas inovações (seleção) "duração e capacidade de resistência". Isso implica, no nosso caso, uma solidificação cognitiva e reflexiva da inovação nos sistemas de pensamento dos sistemas autoreferenciais em questão, assim como uma reiteração e uma generalização da inovação. Na sua fase de re-estabilização, a inovação perde então progressivamente seu efeito "surpreendente" para ser solidificada e estabilizada. De qualquer forma, no plano empírico, tudo parece indicar que o conceito de inovação parece mais apropriado para designar uma observação do que se passa na etapa de seleção; ainda que não possamos reservar seu emprego apenas a essa etapa.

Se o conjunto dessas reflexões é aceitável, observamos aqui uma seleção inovadora (reprodução desviante) na estrutura da legislação criminal relativa às penas. Mas, reiteremos uma última vez, essa mudança legislativa não vincula de forma alguma o porvir do direito criminal.

NOTAS

1 Artigo publicado originalmente em francês, pela revista eletrônica Champ Pénal: Álvaro P. Pires e Jean-François Cauchie, "Um cas d'innovation 'accidentelle' en matière de peines: une loi brésilienne sur les drogues", *Champ Pénal*, Seminário disponibilizado em 28 de setembro de 2007. URL : http://champpenal.revues.org/document1541.html

2 Optamos por esse acrônimo para evitar uma confusão com "sistema penal" (confusão que a sigla SP poderia suscitar).

3 Lei disponível no site: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm.

4 Nas seções 5 e 6 veremos que este conceito foi selecionado e reestabilizado tanto pela doutrina do direito criminal quanto pela filosofia (quando esta se refere ao direito criminal). O mesmo ocorre com relação à jurisprudência, mas essa ilustração não será apresentada aqui.

5 Os tribunais devem "esperar" a recepção de um caso para reagir, mas a doutrina não tem essa dificuldade.

6 No § 1, a lei emprega também o termo "medidas", mas o termo "pena" é empregado no título do capítulo, no *caput* do artigo 28 e é retomado no § 3 para se referir às mesmas sanções.

7 A questão que permanece aberta aqui é saber se uma « inovação » puramente objetiva pode contar como inovação ou, ao contrário, se é preciso, além disso, que o sistema que inova observe sua própria conduta como inovadora. A análise científica deve se dar um certo grau de liberdade em relação ao que é atualizado. Postulamos então que a percepção de inovação não é uma condição para a inovação: esta pode ser casual e até mesmo passar despercebida enquanto inovação.

8 Ver sessões 5 e 6 abaixo.

9 A origem da modificação é provavelmente inapreensível, mas a modificação legislativa é o ponto de partida *de nossa observação*, do que somos capazes de ver.

10 Voltaremos a essa questão (seção 7).

11 Certamente, isso não impede o sistema de rever ou de invalidar suas próprias decisões.

12 Sobre o conceito de médium/forma na teoria dos sistemas, ver Luhmann (1971, 1992). Para uma transposição em direito criminal, ver Pires(2007).

13 Sobre este ponto, ver Cauchie (2005); Cauchie, Kaminski (2007).

NT Roubar aqui deve ser compreendido de forma não técnica, ou seja, no sentido lato usado em língua portuguesa (subtração de um bem) e não no sentido jurídico (subtração de um bem mediante violência ou grave ameaça). Trata-se da tradução do verbo "voler", que tem um caráter bastante amplo.

14 Certos autores representando um sistema de pensamento minoritário vão criticá-la. Por exemplo, Del Vecchio (1951).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANSELME, Saint. *Cur Deus Homo.* Chicago: Open Court Publishing, 1903 (1098).
BACHELARD, G. *Epistémologie*, *textes choisis par D. Lecourt*. Paris :PUF, , 1974..
BECCARIA, C. *Des délits et des peines*. Paris : Flammarion, 1991 (1764).
BENTHAM, J. *Théorie des peines et des récompenses.* Bruxelles: SBL, , 1840 (1775)..
BERGER, P., LUCKMANN, T. *The social construction of reality: a treatise in the sociology of knowledge.* New York: Penguin Books, 1966.
BERMAN, H. *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition.* Cambridge: Mass, Harvard University Press, , 1983.
BETTIOL, G. *Diritto penale: parte generale*, 8. Padova: Ed. riveduta e aggiornata, CEDAM, XXXIII, 877, 1973..
BOBBIO, N. *Il positivismo giuridico* (*Legal Positivism*). Torino: Giappichelli, , 1961.
BONNEVILLE, de Marsangy A. *De l'amélioration de la loi criminelle*, vol. 2, Paris, 1864.
CAUCHIE, J.-F. Un système pénal entre complexification et innovations. Le cas ambivalent des travaux communautaires belges, *Déviance et Société,* vol. 29, n°4, 2005. p. 399-422.

_____., KAMINSKI, D. Éléments pour une sociologie du changement pénal en Occident. Eclairage des concepts de rationalité pénale moderne et d'innovation pénale, *Champ Pénal*, mis en ligne le 18 janvier 2007, URL : http://champpenal.revues.org/document613.html.
DEL VECCHIO, G. *La justice - La vérité. Essai de philosophie et morale.* Paris:Dalloz, , 1955.
RICHARD, Dubé. Éléments de théorie sur les commissions de réforme du droit et l'innovation cognitive en matière de justice pénale : contributions conceptuelles de Michel Foucault et de Niklas Luhmann. *Champ pénal / Penal field, nouvelle revue internationale de criminologie* [En ligne] , Séminaire Innovations Pénales , mis en ligne le 28 septembre 2007, Consulté le 23 février 2011. URL : http://champpenal.revues.org/694.
EWING, E.C. *The Morality of Punishment*, Kegan Paul, Trench, Trubner, London, 1929.
FACCHI, A. *Diritto e ricompense. Ricostruzione storica di un'idea*. Torino : Giappichelli, , 1994.
GROTIUS H. de G. *Le droit de la guerre et de la paix*, 3 vol. Paris : Guillaumin, , 1867 (1625).
HART H.L.A. *Punishment and Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 1968.
HUTCHESON, F. *A Short Introduction to Moral Philosophy*. Glasguae, 1747.
KANT, E. *Métaphysique des mœurs, Première Partie : Doctrine du droit*. Paris : Vrin, 1979 (1797).
KRAUSE, D. *Luhmann-Lexicon.* Suttgart: Lucius & Lucius, 2001.
LUHMANN, N. Meaning as Sociology's Basic Concept, *in* : Luhmann N (dir.), *Essays on Self-reference*. New York: Columbia University Press, New York, 1990 (1971), p. 21-79.
_____ *Social Systems*. California: Stanford University Press, 1995 (1984).
_____Le droit comme système social, *Droit et Société*, 1989, Vol. 11-12, 53-66.
_____ *Einführung in der Systemtheorie*. Heidelberg: Carl-Auer-Systeme Verlag, 1992.
_____. *Die Gesellchaft der Gesellschaft*, Frankfurt, 1997.
_____, DE GIORGI, R. *Teoria de la Sociedad*. Mexique: Triana Editores, 1998..
MCTAGGART, J.M.E. Hegel's Theory of Punishment, *International Journal of Ethics*, 1896, vol. 6, 479-502.
MONTESQUIEU, Ch. S. *De l'esprit des lois.* Paris : Garnier, 1973 (1748) ..
MORIN, E. *La Méthode*. Paris : Seuil, , 1977,.
MUYARD DE VOUGLANS, M. *Réfutation des principes hasardés dans le « Traité des délites et des peines »*. Lausanne: Desaint Librairie, 1767..
NEVES, M. *Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, , 2006..
PIRES, A.P. Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne.*In*: Debuyst C., DIGNEFFE, F., PIRES, A.P. *Histoire des savoirs sur le crime et la peine.Vol. 2: la rationalité pénale et la naissance de la criminologie*. Ottawa: De Boeck Université, Ottawa, 1998, p.3-52.
_____."La línea Maginot en el derecho penal : la protección contra el crimen versus la protección contra el príncipe". *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 12, nº 46, jan-fev, 2004, p. 11-45.
_____ "A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos".In *Novos Estudos CEBRAP*, n º 68, março de 2004, p. 39-60.
_____. "Direito Penal e orientação punitiva: um problema só externo ao direito?". In *Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito*. Maria Lúcia KARAM (org.). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 191 a 220.
_____. Réflexions théoriques et méthodologiques sur le transfert de valeurs : le cas du droit criminel. In: GOYER, N., GIN, P., MOSER, W. (dir.). *Transfert: explorations d'un champ conceptuel*. Ottawa: Presses de l'Université d'Ottawa, 2007..
_____, GARCIA, M.. Les relations entre les systèmes d'idées : droits de la personne et théories de la peine face à la peine de mort.In : CARTUYVELS, Y., DUMONT, H., OST, F., VAN DE KERCHOVE, M., VAN DROOGHENBROECK, S. (dir.). *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?.* Belgique: Facultés universitaires Saint-Louis et Éditions Bruylant, 2007..
WASSERSTROM, R. *Philosophy and Social Issues*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1980.

Alvaro P. Pires

Professor titular do Departamento de Criminologia, Université d'Ottawa
Diretor da Cátedra de Pesquisa do Canadá em Tradição Jurídica e Racionalidade Penal Moderna

25 University Street
Ottawa, Ontário, Canadá
K1N 6N5
alvaro.pires@uottawa.ca

Jean-François Cauchie

Professor adjunto, Departamento de Criminologia, Université d'Ottawa, Canadá

25 University Street
Ottawa, Ontário, Canadá
K1N 6N5
jean-francois.cauchie@uottawa.ca

RESENHAS

BOBBIO, A PAZ E OS DIREITOS DO HOMEM

Rafael Salatini

BOBBIO, PEACE AND THE HUMAN RIGHTS

RESENHA

BOBBIO, Norberto. *O terceiro ausente – Ensaios e discursos sobre a paz e a guerra*. Tradução de D. Versiani. São Paulo: Manole, 2009. 309 p.

O filósofo turinense Norberto Bobbio, que representou, no século passado, para cultura política italiana do pós-guerra o mesmo que o filósofo Benedetto Croce representava no pré-guerra, não era apenas dedicado ao estudo dos temas recorrentes do pensamento político ocidental, mas – pode-se dizer – possuía igualmente seus próprios temas recorrentes. Entre eles, listados em sua *Autobiografia* (1999), existe uma dicotomia à qual dedicou aquela que pode ser considerada – e assim ele próprio a considerava – sua última fase intelectual, anterior apenas aos escritos dedicados à sua "Despedida" (que, como é costumeiro na carreira bobbiana, também são inúmeros): o tema da guerra e da paz, considerados, assim como público e privado, direito e poder, Estado e sociedade, etc., como uma dicotomia antitética. Ao tema da guerra e da paz, são dedicados os artigos organizados em *Il problema della guerra e le vie della pace* (1979, 1984, publicado no Brasil pela Unesp em 2003) – que o autor viria a divulgar no Brasil, em 1983, tendo passado pela USP e pela UnB –, *Il terzo ausente* (1989) e *Una guerra giusta?* (1991, que

reúne textos sobre a guerra do Golfo, ainda inédito no Brasil), obras que podem ser consideradas complementares (tanto que em algumas seções soam repetitivas).

A publicação brasileira, com vinte anos de atraso, de *O terceiro ausente*, pela editora Manole e pelo centro de Estudos Norberto Bobbio, traz ao leitor brasileiro a mais extensa coletânea de textos bobbianos dedicados ao tema da guerra e da paz, ou, de forma mais clara, à objeção de consciência que o filósofo italiano sempre cultivou a respeito da instituição da guerra, afirmada num assente e inquebrantável pacifismo que apenas um espírito que conheceu de muito perto duas guerras mundiais poderia tão esforçada e criteriosamente alimentar. Se, como sempre afirmou Bobbio, a guerra e a paz formam, conceitualmente, uma dicotomia inseparável, ainda que antitética, pode-se dizer que é *ex parte pacis*, e não *ex parte bellum*, que o autor se coloca ao longo de todos os textos que compõem o livro. Uma posição que poderia ser resumida apenas numa máxima do tipo *Se vis pacis, para pacis*, invertendo o velho, e muitas vezes correto, adágio romano *Se vis pacis, para bellum*, que, para Bobbio, só pode ser considerado admissível até o advento, a partir de 1945, dos armamentos nucleares na política internacional.

O livro, organizado por Pietro Polito (cuja entrevista "O ofício de viver, o ofício de ensinar, o ofício de escrever: Entrevista de Norberto Bobbio a Pietro Polito" foi publicada recentemente na revista *Estudos Avançados*, n. 58, v. 20, de dezembro de 2006, nas pp. 189-209), se divide em quatro partes: a primeira versando sobre as relações internacionais no contexto da era nuclear, a segunda abordando as relações internacionais sob o ponto de vista dos direitos do homem, a terceira reunindo um conjunto de discursos pacifistas feitos pelo autor, e, por fim, a quarta seção reunindo os artigos de temática internacional publicados no jornal *La Estampa*. Como escreve Polito, os escritos, que vão de 1961 a 1988, "movimenta[m-se] constantemente entre a reflexão teórica e o engajamento político" (p. 302), ou, na terminologia bobbiana, entre o estudo analítico e a axiologia, a primeira incluindo sobretudo as seções 1 e 2, o segundo, as seções 3 e 4.

A primeira seção, intitulada "Guerra e paz", é composta de quatro textos. "Paz ou liberdade?", de 1961, reproduz o prefácio escrito pelo autor a *Ser ou não ser – Diário de Hiroshima e Nagasaki*, de G. Anders, em que Bobbio avança no sentido da argumentação moral contra a política termonuclear, tendo cinco pontos de apoio: "1) Uma guerra atômica poderia levar ao aniquilamento físico de toda a humanidade. 2) A guerra atômica é um evento possível. 3) Esse evento final da história da humanidade não pode ser considerado uma alternativa e, portanto, objeto de escolha entre outros eventos possíveis. 4) A constatação da possibilidade do evento e a impossibilidade de considerá-lo uma alternativa entre as outras obriga-nos peremptoriamente a, de algum modo, tomar posição contra a continuação da política atômica. 5) Um modo de tomar posição pode

consistir na tomada de consciência de que a nova situação cria novos deveres para cada um de nós diante de nossos semelhantes, cria uma nova moral" (pp. 03-04). Publicado originalmente em 1962, "O conflito termonuclear e as tradicionais justificativas da guerra" parte do pressuposto de que "diante da guerra termonuclear, algumas das mais célebres justificativas da guerra, propostas no decorrer da história por teólogos, filósofos, moralistas e juristas, tornam-se insustentáveis e perdem qualquer força persuasiva" (p. 16), a partir do qual se analisam as justificativas da guerra justa, a guerra como mal menor, a guerra como mal necessário, a guerra como bem e a guerra como evento natural ou providencial.

"Filosofia da guerra na era atômica", de 1965, o melhor ensaio da primeira seção, analisa as diversas proposições existentes nas inúmeras filosofias da história, que pulularam no século XIX, sobre o fenômeno da guerra: entre as diversas filosofias que se dedicaram a justificar, interpretar ou explicar o fenômeno da guerra, divididas entre aquelas que viram na guerra um fenômeno positivo e aquelas que viram um fenômeno negativo na história da humanidade, analisadas na primeira parte do ensaio, surge uma única conclusão (que se repete por toda a obra): "O ineditismo da situação na qual se encontra a humanidade diante da ameaça da guerra atômica é tão radical, tão perturbador, que coloca em crise todas as respostas dadas no passado à pergunta sobre o sentido da guerra" (p. 38). Quanto às respostas atuais, que incluem, segundo Bobbio, as repostas otimistas (e simplificadoras), realistas (e minimalizadoras), fatalistas (moralistas ou naturalistas), fanáticas ou, por fim, niilistas, o filósofo de Turim afirma que "o comportamento ativo diante do maior problema do nosso tempo surge no momento em que as justificativas revelam-se insuficientes" (p. 48). Comparando o pacifismo instrumental (desarmamento atômico), o pacifismo institucional (organização jurídica) e o pacifismo moral como os remédios possíveis para o fenômeno da guerra atômica, conclui: "nenhum dos remédios propostos (...) possui em grau máximo os dois requisitos: o da possibilidade de realização e o da eficácia" (p. 57), terminando com o seguinte apelo (que, ao fim e ao cabo, se mostrou errado): "É preciso considerar os pessimistas, pois podem estar com a razão" (p. 58). A palestra "O equilíbrio do terror", proferida em 1983, analisa o lugar que ocupa o terror nas relações políticas entre os Estados, tomada a política como uma relação baseada no uso, em última instância, da força e o terror, considerado como uma sublimação do medo. Partindo das reflexões hobbesianas sobre o medo, que move os indivíduos a abandonarem o estado de natureza em função da vida civil, Bobbio se pergunta por que o mesmo expediente não move os Estados soberanos ao mesmo movimento, em escala ampliada, aventando que também o equilíbrio do terror é uma doutrina baseada no medo, elevado a um grau maior, capaz de gerar a necessária dissuasão que iniba a guerra nuclear, a despeito

de sua irracionalidade e graves paradoxos. Conclui, todavia, o filósofo: "A reprovação que pode ser movida contra a doutrina da dissuasão recíproca é a de ter permanecido bem distante da consciência de que, com a invenção das armas nucleares, ocorreu uma transformação tão profunda que coloca em crise a teoria e a práxis tradicional da guerra" (p. 75).

A segunda seção, que tem por título "Paz e direito", reúne seis textos sobre o tema dos direitos do homem, analisados tanto do ponto de vista interno quanto internacional. "Igualdade e dignidade dos homens" (1963) defende a compatibilidade entre liberdade e igualdade (temas aos quais o filósofo dedicou os dois textos publicados em *Eguaglianza e libertà*, de 1995), argumentando que, no movimento de evolução dos direitos fundamentais, que inclui um momento ideal, com a filosofia jusnaturalista, um movimento positivo, com as declarações liberais de direito, como a *Declaração de Independência dos Estados Unidos* (1776) e a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789), e um momento internacional, com a *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (1948), os direitos humanos (em especial a liberdade e a igualdade) não foram defendidos como a descrição de um fato, mas como a prescrição de um dever, mencionando o alargamento contemporâneo do conceito de liberdade (da ideia de não-impedimento para a ideia de autonomia), incluindo não apenas os direitos civis, mas também os direitos políticos e os direitos sociais, assim como do conceito de igualdade, respondendo à questão "em quê?" com os princípios da igualdade jurídica (relacionada à liberdade negativa), do sufrágio universal e da igualdade social (relacionada à liberdade positiva), e à questão "entre quem?" com a resposta "entre todos", com a eliminação das discriminações de raça, religião, cor, língua, etc. se deram concomitantemente. "Desobediência civil" reproduz o verbete escrito para o *Dizionario di politica* (1976 [com N. Matteucci]; 1983 [2ª ed. rev. e ampl., com N. Matteucci e G. Pasquino]) sobre o famoso princípio defendido por H.D. Thoreau em 1849. Enquanto "Os direitos do homem e a paz", de 1982, afirma a intrínseca relação entre os dois temas, pronunciada nas principais cartas de direito contemporâneas, que têm por espírito as seguintes palavras (que anima toda a seção): "Se alguém me perguntar quais são, na minha opinião, os problemas fundamentais do nosso tempo, não tenho qualquer hesitação em responder: o problema dos direitos do homem e o problema da paz" (p. 111).

Em "As Nações Unidas quarenta anos depois", de 1985, Bobbio cita a explosão dos chamados conflitos de baixa intensidade, internos e externos, pelo mundo todo, como as guerrilhas e o terrorismo, "com exceção da América do Norte e da Austrália" (ressalva que já não poderia mais ser feita hoje), apontando a indisfarçável ineficácia da ONU. Ineficácia essa, para além dos gloriosos pontos de sucesso da instituição (como a promoção da descolonização, dos direitos do homem e do desenvolvimento econômico-social dos países mais pobres), para

a qual confluem razões políticas, institucionais e históricas. Todavia, conclui-se: "Mas estou convencido de que, ao oferecer um juízo sério sobre um fenômeno histórico grandioso, como é por certo a Organização das Nações Unidas, é preciso evitar dois comportamentos extremos: o idealismo e o ceticismo. O idealista é aquele que, como foi dito, depois de ter atribuído às Nações Unidas tarefas extraordinárias, agora as acusa de terem falhado; o cético é aquele que sempre pensou nas Nações Unidas como uma manifestação hipócrita e de má-fé da qual não se pode extrair nenhum benefício. Pessoalmente não me considero nem idealista arrependido nem cético desconfiado. E não aconselharia ninguém a assumir um desses comportamentos para julgar as vicissitudes humanas" (p. 136).

O famoso ensaio "A era dos direitos" (texto que comporia centralmente o livro *L'età dei diritti*, de 1990), publicado originalmente em 1987, apresenta um raro momento de otimismo do filósofo, baseado mais no kantismo que em seu costumeiro hobbesianismo: ao lado dos inúmeros aspectos do mundo moderno que colocam em risco o futuro da humanidade, como o aumento da população mundial, a degradação do meio ambiente e o aumento do poder de destruição dos armamentos, Bobbio aponta a crescente importância dada aos direitos do homem desde o século XVIII, representando um verdadeiro "giro copernicano" no modo de conceber a relação entre sociedade e indivíduo, que, modernamente, tende a passar da tradicional perspectiva *ex parte principis* para a nova perspectiva *ex parte populi*. A força dessa crença bobbiana é tão grande que o ensaio se desenvolve em torno de uma concepção progressista da filosofia da história (inspirada em Kant), nos seguintes termos: "Tomando por inspiração essa extraordinária passagem de Kant, exponho a minha tese: do ponto de vista da filosofia da história, o atual debate, cada vez mais amplo, cada vez mais intenso, sobre os direitos do homem, tão amplo a ponto de já ter afinal envolvido todos os povos da Terra, tão intenso a ponto de ser colocado na ordem do dia pelos mais autorizados órgãos internacionais, pode ser interpretado como um 'sinal premonitório' (*signum prognosticum*) do progresso moral da humanidade" (pp. 143-144).

Terminando a seção, o texto "A paz por meio do direito" (1983) sugere a relação entre direito e paz, analisando as máximas ciceronianas que afirmam *Inter arma silent leges* [As armas silenciam as leis], *Cedant arma togae* [As leis tornam vãs as armas] e, sobretudo, *Pacta sunt servanda* [Os pactos devem ser observados], o que se faz pela análise da corrente pacifista que o autor denomina, em vários textos, de pacifismo jurídico, citando os projetos pacifistas – hoje considerados utópicos – de cunho confederalista (Rousseau, Saint Pierre ou Kant) ou federalista (Saint-Simon e Thierry), sobre o qual apresenta tanto um princípio de explicação (análise) quanto um princípio de descrença (axiologia). O primeiro: "O pacifismo [jurídico] é aquele que considera a guerra efeito de um estado sem direito, de um estado,

portanto, no qual não existem normas eficazes para a regulação dos conflitos" (p. 168). O segundo: "O direito não pode prescindir do uso da força, e se funda, sempre, em última instância, no direito do mais forte, o qual, apenas algumas vezes, coincide, mas não necessariamente, com o direito do mais justo" (p. 172).

A terceira seção, que reúne diversos discursos pacifistas feitos pelo autor, possui os seguintes textos: "Não matar" (1961), "À marcha pela paz" (1981), "Uma sociedade não-violenta" (1981), "Ética da potência e ética do diálogo" (1983), "Moral e guerra" (1982), "Desarmados de todo o mundo" (1965), "O diálogo para a paz" (1985) e "A paz tem um futuro?" (1987). O tema comum a todos eles é a validade do princípio de não-violência (tema caríssimo, como se sabe, a um pensador político italiano da geração de Bobbio), que o filósofo descreve, com a clareza, elegância e objetividade de costume, com as seguintes palavras: "O que caracteriza a doutrina da não-violência é a invenção e a prática de técnicas para uma ação não-violenta que deveriam, se usadas de modo inteligente e orquestrado, resolver também aqueles conflitos para a resolução dos quais usualmente se recorre à violência", ressalvando-se o seguinte: "Não se trata de renunciar à política como ação coletiva, mas de renunciar à violência como meio de fazer política compreendida como ação entre amigo-inimigo [Schmitt]. Isto também significa superar a distinção tradicional entre ética e política, entre moral individual e moral de grupo, entre ética da intenção e ética da responsabilidade. Trata-se de renunciar coletivamente à violência como meio já não mais adequado ao objetivo" (pp. 195-196) (palavras que, de certa forma, vão de encontro ao que o filósofo liberal escrevera no verbete "Política" – estritamente analítico – escrito para o citado *Dizionario di política*).

Por fim, a quarta seção reúne 11 artigos pacifistas publicados no jornal *La Sampa* entre 1979 e 1988, dando uma amostra, também, da extensa e rica participação intelectual de Bobbio na imprensa italiana, que os leitores brasileiros já conheciam dos artigos publicados em *Le ideologie e il potere in crisi* (1981), traduzido entre nós pela editora da UnB, que traz os interessantíssimos artigos publicados pelo filósofo croceano em *La Sampa* e *Avanti!* entre 1976 e 1980.

O terceiro ausente trata-se, assim, de uma obra, não somente analítica, como consiste a maior parte da obra de Bobbio publicada em português, mas também, e, sobretudo, axiológica, em torno de dois fins, a paz e os direitos dos homens, mas também em torno de um meio, a não violência. Frente à doutrina do "equilíbrio do terror", Bobbio defende a "ética do diálogo", com a coragem, a lucidez e a coerência longitudinal que poucos pensadores políticos tiveram em seu século. Ademais, numa época de especialistas (especialistas criaram as armas atômicas, especialistas debatem as relações internacionais, etc.), Bobbio escreve aqui como um não especialista, como um simples objetor de consciência. Se eu pudesse apontar também um

único defeito nos escritos bobbianos sobre as relações internacionais (incluso o livro aqui resenhado), seria a datação, fortemente que estavam relacionados com os problemas da guerra fria, terminada a qual o verdadeiro sabor dos textos, mas não sua profundidade, diga-se, talvez se perca simplesmente.

Rafael Salatini

Doutor em Direto em Ciência Política pela USP.
Professor Adjunto I de Teoria Política na FADIR-UFGD

Av. Hygino Muzzi Filho, 737
Campus Universitário – 17525-900
Marília – SP – Brasil
rafaelsalatini@marilia.unesp.br

AMARRANDO AS PRÓPRIAS Bbotas DO DESENVOLVIMENTO: A NOVA ECONOMIA GLOBAL E A RELEVÂNCIA DE UM DESENHO JURÍDICO-INSTITUCIONAL NACIONALMENTE ADEQUADO

Mario Gomes Schapiro

DOING UP THE DEVELOPMENT SHOELACE: THE NEW GLOBAL ECONOMY AND THE RELEVANCE OF A JUDICIAL-INSTITUTIONAL SKETCH NATIONALLY SUITABLE

RESENHA

RODRIK, Dani. *The New Global Economy and Developing Countries: making openness work*. Washington: Overseas Development Council, 1999.

Tratando-se de um livro heterodoxo, como é o *The New Global Economy and Developing Countries – making openness work*, de Dani Rodrik, talvez uma maneira aceitável de iniciar uma resenha seja justamente apresentando o argumento de outros autores. Não por nenhum lampejo de erudição estéril, mas apenas para aproximar o debate proposto por Rodrik de algumas outras abordagens com as quais seu argumento é convergente. Por estes meios, acredita-se que, se, ao menos, a resenha não se tornar consistente, o autor, que não é economista, estará protegido, já que as suas referências iniciais serão justamente trabalhos de dois professores de Direito, com os quais Rodrik tem apresentado um fértil diálogo: Charles Sabel e Roberto Mangabeira Unger.

Pois bem, em uma conferência, ocorrida em 2004, sobre a *ética protestante* e o *espírito do capitalismo*, o historiador econômico e professor da Columbia Law School, Charles Sabel, apresentou um instigante *paper* a respeito das estratégias bem sucedidas de crescimento econômico. A tese do autor é de que os países detentores de trajetórias exitosas de

desenvolvimento são justamente aqueles que basearam as suas apostas em um desenho institucional nacionalmente adequado. A ideia força do artigo é bem traduzida pela metáfora de seu título, *Bootstrapping Development*, cuja aproximada tradução seria: desenvolvendo-se por conta própria ou amarrando as próprias botas do desenvolvimento[1].

O argumento que Sabel desenvolve neste trabalho é uma fundamentada provocação às proposições que se forjaram no *mainstream* internacional, desde meados da década de 1990, acerca das corretas estratégias de desenvolvimento econômico e que são, via de regra, sugeridas como medidas corretas a serem adotadas pelos países retardatários. Desde que foi forjado um novo consenso teórico-prático entre *policy makers*, pesquisadores e representantes de órgãos multilaterais de crédito, como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional[2], as propostas de um modelo nacional de desenvolvimento foram encurraladas e mantidas sob uma intensa artilharia de críticas e condenações.

De fato, a partir dos anos 1990, as estratégias de organização econômica centradas no protagonismo do Estado e na defesa dos interesses nacionais caíram em desuso no rol de políticas consideradas corretas, muito embora tenham alicerçado o crescimento de boa parte dos países da periferia e da semiperiferia, nas décadas de 1960 e 1970. De 1990 em diante, as recomendações para a abertura da economia assumiram o papel de timoneiro seguro para transição dos países até patamares ótimos de desenvolvimento. Bastava aos países mais empobrecidos que eliminassem as barreiras tarifarias e não tarifárias, controlassem o déficit público, diminuíssem o tamanho do setor produtivo estatal, por meio de privatizações, e os maus resultados verificados na década de 1980, supostamente atribuídos ao fracasso das políticas de substituição de importações, seriam plenamente equacionados. Em síntese, tratava-se da necessidade de se realizar reformas orientadas para o mercado, que seriam capazes de garantir a atração de investimentos diretos externos – IDE, de aumentar o fluxo de exportações e assim prover melhores resultados para o futuro das comunidades nacionais.

A base destas reformas contava com um certo padrão institucional. É dizer, as recomendações articuladas pelo novo consenso, estabelecido por acadêmicos e formuladores de políticas públicas, no cenário internacional, seriam respaldadas por reformas institucionais no âmbito nacional, que dariam suporte a uma economia aberta e de fluxo comercial irrestrito. Tais instituições seguiam um padrão, uma fórmula de tipo *one size fits all*, que era difundida para diversos e distintos países, como os da América Latina, da Europa Oriental, Ásia e África.

Esta fórmula geral cingia-se a construção de novas alternativas institucionais, que resumidamente significavam a substituição dos mecanismos jurídicos de intervenção do Estado na economia, até então prevalecentes, por um padrão de organização econômica identificado pelo

arquétipo do *Rule of Law*. No caso, esta expressão não é utilizada no mesmo sentido jurídico de Estado de Direito[3], mas, meramente, em alusão a "regras do jogo". Trata-se, na verdade, da descrição de um padrão de atuação do Estado e do Direito no cenário econômico, segundo o qual, as instituições jurídicas, como o contrato ou a propriedade, se comprometem com a definição das macrobalizas, ou das regras gerais, do funcionamento dos mercados.

Trata-se, pois, de se reformar o ambiente institucional com vistas a suprimir os instrumentos de ação do Estado e substituí-los por uma espécie de *standard* regulatório, vinculado ao programa mais amplo do Consenso de Washington, para o qual, o papel do Estado e do Direito é garantir a segurança jurídica, ou as "regras do jogo" para o ambiente de negócios. Os próceres deste consenso julgavam que, uma vez conformado um espaço econômico seguro, as economias nacionais estariam corretamente conformadas e preparadas para sustentar um ciclo ascendente de desenvolvimento econômico.

É justamente este o ponto da discórdia de Charles Sabel. Para o autor, o equívoco das análises do *mainstream* estaria em assumir o padrão institucional do *Rule of Law* como se fosse uma espécie de dotação natural de fatores, uma fórmula correta e única para a organização dos processos econômicos. Em outros termos, haveria nestas análises e proposições reformistas de Washington, aquilo que Roberto Mangabeira Unger[4] - um dos interlocutores de Sabel e de Rodrik - designa como um fetichismo institucional: uma crença de que haveria um leque limitado de alternativas institucionais adequadas e portadoras da capacidade de promover mercados eficientes, de tal modo que, uma vez de posse deste arcabouço, os países assumiriam rigorosamente uma rota proeminente de crescimento.

Na realidade, argumenta Sabel, se é inegável que o arranjo institucional é uma variável dos processos de desenvolvimento, é absolutamente controversa a noção de que há um único padrão de organização econômica adequada – transplantável para os mais distintos países. A rigor, o sucesso ou insucesso dos países está associado à sua capacidade de desenhar um marco institucional articulado e adequado a cada contexto particular. Desta maneira, os arranjos institucionais seriam, a um só tempo, capazes de incentivar as atividades econômicas nacionais e seriam produto do ambiente histórico, social e cultural. No limite, a imagem de se amarrar as próprias botas, para então poder caminhar, reúne a ideia de que a organização do espaço econômico responde às vicissitudes nacionalmente construídas e, por tal razão, as instituições pressupostas são localmente customizadas.

Para ilustrar a sua tese, Sabel argumenta que deve se passar no âmbito das instituições conformadoras do mercado o mesmo processo de aprendizagem e adaptação que se passou na técnica de produção industrial de automóveis. Lembra o autor que, a criação do sistema de produção *just in time* (ou padrão toyotista), no Japão, foi um típico caso de adequação empresarial à realidade

nacional. Carentes dos mesmos patamares de acumulação de capital para inversão de que dispunha a americana Ford Motors, os empresários japoneses não podiam apostar numa linha de produção de tipo fordista, que implicava um elevadíssimo investimento em estoques de peças, para sustentar o padrão de produção em série. Esta dificuldade inicial foi contornada com um novo padrão de organização industrial, no qual a oferta de peças para a montagem dos automóveis era simultânea (*just in time*), o que evitava uma aplicação exagerada de capitais em peças de estoque. Com esta adaptação organizacional, não só o Japão pode constituir fábricas nacionais de automóveis, como suas fábricas fecharão o ano de 2006 vendendo mais automóveis que a própria Ford no mercado americano. A moral desta história é clara: os países devem ter capacidade de aprendizagem e manufaturarem instituições adequadas ao seu processo econômico, para assim galgarem posições positivas na corrida internacional.

Pois bem, esta história de chão de fábrica e o resumo do argumento de Sabel apresentam-se como uma boa referência para se analisar um livro de um de seus mais relevantes interlocutores acadêmicos – o provocador e economista heterodoxo, Dani Rodrik. Em seu livro de 1999, intitulado *The New Global Economy and Developing Coutries – making openness work*, o professor de Harvard, vai justamente dialogar com os pretensos cânones atuais da economia do desenvolvimento. Assumindo a premissa normativa do *mainstream* de que as economias atuais devem funcionar de maneira aberta, Rodrik discute o quanto de falacioso há na causalidade apontada pelo senso comum, segundo o qual, uma vez garantidas as instituições reguladoras da abertura econômica, tudo o mais e de melhor viria a reboque. Ao inverter o sinal deste vetor, Rodrik, assim como o seu parceiro intelectual Charles Sabel, acentua o papel das estratégias singularmente nacionais e consequentemente dos mecanismos nacional-específicos de organização econômica. Em última análise, mostra Rodrik, não é a abertura comercial e a aderência ao padrão regulatório internacional que garante crescimento. É justamente o oposto: a capacidade de se despertar crescimento interno leva as economias nacionais a um patamar de desenvolvimento, cuja consequência é um percurso de sucesso na economia global.

A partir destes elementos, a proposta desta resenha é apresentar o argumento do livro de Dani Rodrik e, a partir disso, buscar alguma reflexão sobre a trajetória recente do desenho institucional brasileiro. Para tanto, este trabalho está dividido em outras duas sessões, a próxima apresentará a tese do livro de Rodrik e, ainda, fará algumas referências sobre o padrão institucional do Brasil, e a última sessão procurará trazer uma conclusão.

2 A ABERTURA ECONÔMICA E A NECESSIDADE DE INSTITUIÇÕES NACIONALMENTE ADEQUADAS PARA IMPULSIONAR O DESENVOLVIMENTO

Não seria equivocado resenhar o livro de Dani Rodrik, *The New Global Economy and*

Developing Coutries – making openness work, buscando-se com isso responder à seguinte questão: diante de uma economia aberta, por que países, com semelhantes condições de largada alcançaram posições desiguais no pódio da corrida do desenvolvimento, ocorrida ao longo da década de 1990?

Embora o autor não tenha formulado esta questão, ao menos não desta maneira, o argumento do livro soa como uma precisa e desconcertante resposta. Precisa porque se baseia em estudos comparados de mais 42 países (estudos *cross countries*) e leva em conta diversos indicadores, como nível de produtividade, renda e crescimento anual do PIB. Desconsertante porque mostra que os países bem-sucedidos nestes indicadores não foram aqueles que seguiram as prescrições recomendadas pela vertente hegemônica de pensamento social sobre desenvolvimento econômico. O livro enfim é um justo reconhecimento aos países rebeldes.

Até então, perdurava, sem muita oposição teórica, a noção de que a abertura da economia e a integração dos mercados eram, não só inevitáveis, como desejáveis. As apostas de desenvolvimento autárquico, isto é baseadas em estratégias nacionais e fechadas à competição internacional, eram identificadas como ultrapassadas e inadequadas. De acordo com as análises do (daquilo que Rodrik identifica como) *mainstream*, os modelos de crescimento sustentados por políticas de proteção de mercados e de substituição das importações, como registrado no Brasil, entre 1950 e 1990, foram mal sucedidos, já que impediam o fluxo de comércio e assim não colaboravam para garantir uma razoável captação de recursos externos, seja via investimento direto externo, seja via exportações.

O argumento ortodoxo, aliás, parece até razoável, já que se tratam de países em desenvolvimento e como tais, acometidos da falta de recursos para investimentos. A superação desta intrincada situação passaria, então, pela busca incessante de divisas estrangeiras, para o que seria necessária uma organização da economia voltada predominantemente para fora (*outward orientation*). De mais a mais, diriam os partidários do consenso forjado em Washington, os países da periferia, sobretudo, os latino-americanos ao apostarem em estratégias endógenas de desenvolvimento, como as políticas substitutivas de importações, comprometeram a produtividade de suas economias, que por serem fechadas não acompanhavam o ritmo da competitividade internacional.

Como se sabe, o fundamento último desta avaliação repousa sobre a noção *ricardiana* das vantagens comparativas, o que significa dizer que o comércio internacional deteria como predicado a potencialidade de articular ganhos para todos os *players*[5]. A manutenção dos preços relativos corretos, isto é, isentos de intervenções regulatórias artificiais, permitiria que os países retardatários se especializassem nos ramos nos quais são naturalmente competitivos, o que lhes facultaria a capacidade de atração de investimentos e de geração de recursos via trocas internacionais.

De posse das certezas deste diagnóstico conceitual e diante da crise econômica que se arrastava desde meados dos anos 1980, em diversos países em desenvolvimento, principalmente, naqueles do continente americano, os diversos governos nacionais não hesitaram em atender às recomendações do *mainstream* internacional. O rol de medidas liberalizantes foi ampla e difusamente aplicado, por meio de reformas institucionais extensas. As empresas públicas foram privatizadas, a política fiscal e orçamentária foi rigidamente disciplinada e, mais que tudo, as barreiras tarifárias e não tarifárias foram cortadas.

A esse respeito, e só à título de exemplo, a tabela abaixo apresenta o ritmo de abertura econômica ocorrida no Brasil. Em 1991, o Ministério da Fazenda, por meio da Portaria 58, de 31 de janeiro de 1991, estabeleceu uma reforma tarifária, indicando uma ampla e substancial redução das tarifas de importação, o que ocorreria até o ano de 1994. Esta Portaria, por sua vez, veio a ser substituída pela Portaria 131/92, que reviu o prazo inicialmente estipulado, estabelecendo, então, que a redução tarifária ocorreria até 1993 e 1994 – o que de fato veio a ocorrer[6]. Pode-se perceber que no prazo de dois anos, a média de tarifas de importação caiu pela metade.

Tabela 01. Evolução das Tarifas de Importação

DATAS	MÉDIA	MEDIANA	INTERVALO	DESVIO PADRÃO
1990	32,2%	30	0-105	19,6
FEV/1991	25,3%	25	0-85	17,4
JAN/1992	21,2%	20	0-65	14,2
OUT/1992	16,5%	20	0-55	10,7
JUL/1993	14,9%	20	0-40	8,2
DEZ/1994	11,2%	9,8	0-24	5,9
DEZ1995	13,9%	12,8	0-55	9,5

Elaborada por David Kupfer[7]

Mesmo assim, e adotando diversas outras medidas do pacote de "boas práticas", como, por exemplo, a privatização de mais de 37 grupos empresariais estatais, a retração da política industrial, como meio de evitar os *rent-seekers*, a constituição de marcos regulatórios estáveis para a atração de capital externo, a implementação de uma reforma gerencial para reduzir os custos da máquina pública, entre outros, o Brasil, ao final da década de 1990, passava por uma curiosa situação: em comparação com países como a Coreia do Sul, crescera

menos naquele período em que as "boas práticas" de desenvolvimento foram aplicadas do que no contexto anterior, em que vigeu o modelo endógeno de desenvolvimento. A tabela abaixo apresenta estes dados.

Tabela 02. Desempenho econômico comparado – Brasil e Coreia do Sul

BRASIL		COREIA DO SUL	
TAXA MÉDIA ANUAL DO PERÍODO 1950-1980	6,5%	TAXA MÉDIA ANUAL DO PERÍODO 1950-1979	6,5%
TAXA MÉDIA ANUAL DO PERÍODO 1981-2000	1,6%	TAXA MÉDIA ANUAL DO PERÍODO 1980-2000	5,4%

Elaborado por Luciano Coutinho[8], com base em fontes nacionais, BIRD e FMI

Aliás, não deixa ainda de ser interessante notar que o volume de investimentos no setor produtivo brasileiro decresceu desde a década de 1970, período no qual o país apostou nas "práticas ruins". O período 1972-1980 foi o que registrou maior volume de investimentos, ao passo que o período 1988-1993 respondeu pelas menores taxas de inversões. Somente no biênio 1995-1997 é que a taxa de investimentos na indústria voltou a ser a mesma que a verificada entre 1981 e 1988, mas ainda inferior à da década de 1970, como indica a tabela abaixo.

Tabela 03. Investimento industrial como percentagem do PIB
(preços constantes de 1980)

PERÍODO	% DO PIB
1972-1980	4,5
1981-1988	3,2
1988-1993	2,2
1995-1997	3,2

Fonte: David Kupfer[9]

São situações como estas, dentre tantas outras, que RODRIK procura explicar em seu livro. Para tanto, o autor inverte a causalidade de fatores sustentada pela abordagem ortodoxa. A rigor, não seria a abertura econômica e a articulação de uma internacionalização da economia que *per se* responderiam pelo êxito ou fracasso de determinadas nações. Na realidade, as economias de países emergentes que

obtiveram ganhos no comércio internacional foram aquelas que já se encontravam em um patamar adequado de desenvolvimento nacional. Em última análise, não seria a aposta na mundialização o fator determinante do desenvolvimento, mas a definição nacional de uma trajetória de desenvolvimento é que provoca uma corrida para a conquista dos mercados internacionais.

A constatação do estudo de Rodrik é que o decisivo para o crescimento dos países investigados foi a definição e a implementação de um desenho de instituições que desse conta de duas atribuições:

> i. a ampliação no nível de investimento privado e,
> ii. o gerenciamento dos conflitos distributivos.

Com relação ao impulso do investimento privado, é preciso ter em conta que esta é uma não questão para os postulados da economia neoclássica, que sustenta, em última instância, as análises e recomendações do *mainstream*. Para economia marginalista, assentada no individualismo metodológico, o mecanismo de mercado é assumido como um leilão, de tal modo que os preços são o meio de comunicação entre os ofertantes e os demandantes. Supostamente, todas as demandas individuais serão sempre atendidas, já que acarretarão uma remuneração justa para o produtor, que então se dedicará à produção destes bens. Por extensão, ausente a noção de falha de mercado, se passaria o mesmo com bens de fruição coletiva, já que a busca do interesse pessoal leva toda a comunidade a uma situação de prodigalidade.

Concretamente, isto significa que, por meio do mecanismo de mercado, a economia como um todo tende a um funcionamento adequado. No entanto, esta não questão se torna um efetivo problema para aquelas economias que teimam em escapar da tipologia científica. Os países em desenvolvimento apresentam falhas histórico-estruturais em suas economias e, como lembra Rodrik, nestes países verificam-se situações em que a rentabilidade de um investimento privado muitas vezes não corresponde à sua demanda. Noutros termos, a carência de recursos disponíveis nestes países e a ausência de empreendedores com larga capacidade de investimento faz com que inversões necessárias deixem de ser realizadas, já que se mostram desinteressantes para o investidor. Em situações como esta, os preços de mercado não são bons comunicadores e a sua defesa intransigente só garante a inércia destas economias.

Não por outra razão que uma trajetória de crescimento deve contar com um arranjo institucional capaz de articular ganhos econômicos, ainda que artificialmente, para aqueles investimentos relevantes para o país. Os países em desenvolvimento bem sucedidos, como os tigres asiáticos, se esquivaram de manter os preços certos (definidos somente pelo jogo do mercado) e apostaram na intervenção do Estado para garantir retornos econômicos que não seriam providos pela lei da oferta e da procura.

Em suma, o crescimento econômico ancora-se nas taxas de investimento nacional, que, em algumas situações, se não estimuladas, não ocorrem por conta e risco da classe capitalista. O gargalo do crescimento, portanto, está em definir mecanismos regulatórios e políticas que sejam capazes de alavancar a capacidade de investimento nacional.

Estes argumentos tornam-se bastante palpáveis com a comparação exemplificativa que Rodrik faz entre dois paradigmas: o grupo dos rebeldes, Coreia do Sul, Singapura e Taiwan, com o bem comportado Hong Kong. O grupo dos rebeldes contava com baixas taxas de investimento e a superação deste obstáculo contou fortemente com o Estado, que orientou a alocação dos recursos, via créditos, como na Coreia do Sul, ou via incentivos tributários, como em Taiwan, e assim articulou retornos econômicos que incentivaram o aumento do montante de investimentos. Por sua vez, Hong Kong portou-se bem e deixou que o mercado funcionasse pelas suas próprias pernas. Isso desconfirmaria a tese de Rodrik? De modo algum diz o autor: Hong Kong, à distinção dos demais tigres, já contava com um patamar de investimentos privados nacionais elevados, de tal modo que a participação alavancadora do Estado era desnecessária, diferentemente do que se passava com os outros países da região. Nos termos de Rodrik:

> For countries with a well-established entrepreneurial class and an investment rate already at or above, say, 25 percent, this presumption may well be right. But for poorer countries with low levels of private investment and nondiversified production structures, more is likely to be needed. The lesson from East Asia is clear: the three East Asia 'dragons' with low investments rates in the early 1960s – South Korea, Taiwan and Singapore – would not have been nearly as successful had their governments not given capital accumulation a big push by subsidizing, cajoling, and otherwise stimulating private investors[10].

Apesar de que a citação de Rodrik faz explícita referência ao período inicial de desenvolvimento destes países, é conveniente lembrar que o padrão de engajamento do Estado se manteve ativo nestes países mesmo nos anos 1990. Até o insuspeito Banco Mundial, em seu relatório de 1997, *The East Asian Miracle*, reconheceu as virtudes da configuração institucional de países como a Coreia, que até os dias atuais define planos quinquenais de desenvolvimento.

Em reforço a este ponto, alguns estudos recentes sobre os países em desenvolvimento, igualmente sobre o leste asiático, têm chamado a atenção para o fato de que nestas economias tem sido relevante o papel do Estado como parceiro do desenvolvimento. Em seu comentado livro sobre a Coreia do Sul, Alice Amsden[11], por exemplo, argumenta que a hipótese schumpeteriana, de que o desenvolvimento seria gerado a

partir das inovações tecnológicas desenvolvidas pelos empresários inovadores, não é valida para os países da periferia econômica. Isto porque, o que qualifica estes países é a baixa capacidade empresarial de investir em progresso técnico, o que demanda um maior envolvimento do Estado como indutor do desenvolvimento. Segundo a autora, a tarefa para os Estados de países subdesenvolvidos extrapola a conformação do mercado (*market conforming paradigm*). Na realidade, a evidência histórica coreana permite concluir que o desenvolvimento depende de uma atuação estatal verdadeiramente geradora de mercado (*market augmenting paradigm*). Nas palavras de Amsden: "Growth in late-industrializing countries depends on government intervention to augment supply and demand."[12]

Da mesma forma, Ha Joon Chang[13], ao reconstruir o conceito de um Estado envolvido no desenvolvimento econômico - o *Developmental State* -, faz referência à distinção existente nos processos de acumulação das economias *periféricas* em relação às *centrais*, o que reclama, para o autor, uma distinta participação do Estado nestes processos econômicos. Tais distinções partem do fato de que os países em desenvolvimento padecem de falhas econômicas estruturais, tais como: (i) a falta de volume de capital necessário para constituir as escalas necessárias para competitividade internacional; (ii) a defasagem entre o nível de acumulação interna e o padrão de acumulação das nações desenvolvidas; (iii) a ausência de agentes capitalistas com capacidade empreendedora e (iv) presença de um acentuado *gap* tecnológico. O resultado obtido é o de uma situação econômica entravada, em que a atuação privada não é suficiente para dinamizar a economia. A seguinte passagem de Chang resume o seu argumento:

> The developmental process require more than what I have just decribed-namely, coordinating a simultaneous move from a low-equilibrium to a high equilibrium state. This is because economic development, as Albert Hirschman said a long time ago in his critique of Big Push models, "depends not so much on finding optimal combinations for given resources and factors of production as on calling forth and enlisting for development purposes resources and abilities that are hidden, scattered, or badly utilised.[14]

A outra missão institucional assinalada por Rodrik é relativa ao gerenciamento dos conflitos distributivos. De acordo com o autor, paralelamente às estratégias de alavancagem do investimento privado, a capacidade de administração do conflito distributivo é uma tarefa de relevância. A suposição que respalda esta abordagem é a de que quanto pior o estado da arte da distribuição da renda, menos estáveis se tornam os países e, assim, mais propensos a medidas econômicas que podem gerar um desequilíbrio macroeconômico. Um desarranjo desta natureza, por sua vez, é deletério para o ambiente de negócios, e

acaba impactando a disponibilidade de investimentos privados.

Portanto, o desenho institucional deve ter como tarefa a construção de um espaço de democracia materialmente estável – única forma de se evitar pressões e desequilíbrios contraproducentes para o ambiente de investimentos.

Conclusão

Embora se trate de uma resenha, talvez seja interessante afirmar alguns pontos como uma conclusão. O primeiro deles é demonstrar a convergência entre as análises de Sabel e de Rodrik, quanto à desconfiança das fórmulas de tipo *one size fits all*. Fórmulas estas que se baseiam, no mais das vezes, na defesa de mercados seguros e abertos como meios de alcançar o desenvolvimento. Contra esse recomendacionismo, Sabel argumenta em favor da capacidade de aprendizado institucional e da customização nacional dos aparatos organizativos.

Essa defesa de Sabel é apoiada e intensificada pelos argumentos de Rodrik, que, basicamente sustenta dois pontos: (i) a vinculação entre crescimento e estratégias nacionais de investimento e (ii) a organização de mecanismos de estabilização social que previnam as turbulências macroeconômicas. O contato entre os autores está no fato de que tanto a alavancagem de investimentos privados, como a administração dos conflitos, demanda estratégias nacional-específicas de organização econômica e não se resolve com fórmulas institucionais fetichizadas.

Os países bem sucedidos foram justamente aqueles que reconheceram as suas fraquezas e foram capazes de delinear um ambiente propício ao investimento privado – do que resultou um crescimento sustentado e um bom desempenho na economia global. Por assim dizer, aqueles que amarraram as próprias botas do desenvolvimento, ao invés de permanecer na condição de expectador das tendências internacionais, deram passos mais largos e mais consistentes. É o caso da Coreia do Sul, de Taiwan e de Singapura, mas não é o caso do Brasil e de boa parte da América Latina.

NOTAS

1 Vide SABEL, Charles. *Bootstrapping Development: rethinking the role of public intervention in promoting grouth*, paper apresentado na conferência *Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo,* na Universidade de Cornell, mimeo, 2004.

2 A referência é ao que John Williamson denominou por *Consenso de Washington*. Um conjunto de 10 medidas acordadas pelos credores internacionais e pelos formuladores de políticas públicas de entidades multilaterais, como o BIRD e o FMI, e que deveriam ser

empregadas pelos países periféricos, sobretudo os latinos, como meio de solucionar a crise fiscal e econômica de seus Estados. As medidas eram: disciplina fiscal; reorientação de despesas orçamentárias; reforma tributária; liberalização financeira; liberalização comercial; atração de investimentos diretos estrangeiros; privatização; desregulação econômica; fortalecimento dos direitos de propriedade e viabilização de taxas de retorno econômicas competitivas. Para mais detalhes, vide WILLIAMSON, John. *What Washington Means by Policy Reform,* in WILLIAMSON, John. *How Much Has Happened?*, Washington DC, Institute for International Economics, 1990, pp – 7-20.

3 Na tradição da teoria do direito e da teoria do Estado, a expressão Rule of Law é muitas vezes empregada para traduzir o conceito de Estado de Direito, ou seja, uma específica forma de organização jurídica do poder político, na qual o soberano está submetido à legalidade e deve respeitar direitos e garantias individuais. Trata-se, portanto, de um conceito mais abrangente do que o utilizado pelo Banco Mundial, por exemplo. Para uma leitura do Rule of Law como "regras do jogo", vide TRUBEK, David. *The Rule of Law in Development Assistance: past, present and Future,* paper, mimeo, 2003, disponível em *http://dev.law.wisc.edu//facstaff/trubek/ruleoflaw.htm*, acesso em 16/10/2006.

4 Vide MANGABEIRA UNGER, Roberto. *O Direito e o Futuro da Democracia*, (Trad. Caio Farah Rodriguez e Márcio Grandchamp) São Paulo, Boitempo, 2004, pp – 18-21.

5 De acordo com David Ricardo, cada país deteria vantagens em um determinado ramo de atividade. Diante disso, o caminho do sucesso passaria prioritariamente pelo reconhecimento e pela concentração de esforços nestes nichos. O resultado seria um ganho econômico equalizado para todos os países, já que naturalmente, sem qualquer intervenção artificial, cada nação produziria aqueles bens que lhe são mais pertinentes. Enfim, cada mercado nacional se especializaria naquilo que é o seu destino natural, já que a economia resulta da espontaneidade das forças privadas. Vide RICARDO, David. *Princípios de Economía Política y Tributación*, Trad. Juan Broc, Nelly Wolff e Julio Estrafa, 1ª ed. Quinta Reimpressão, México, D.F, Fondo de Cultura, 1994.

6 Cf. SUZIGAN, Wilson & VILLELA, Annibal, *Industrial Policy in Brazil*, Campinas, Unicamp, 1997. pp - 81-102

7 KUPFER, David. *Trajetórias de Reestruturação da Industria Brasileira após a Abertura e a Estabilização*, mimeo, Tese de Doutorado apresentada ao Instituto de Economia da UFRJ, 1998, disponível no site *www.ufrj.br/ie*

8 Vide COUTINHO, Luciano. *Coréia do Sul e Brasil* – paralelos, sucessos e desastres, in FIORI, José Luís (org) *Estados e Moedas no Desenvolvimento das Nações*, Petrópolis, Vozes, 1999, pp – 351-378.

9 KUPFER, David. *A Indústria Brasileira após a Abertura*, in CASTRO, Ana Célia et al. (orgs) *Brasil em Desenvolvimento 1* – economia, tecnologia e competitividade, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2005, pp 202-231.

10 RODRIK, Dani. *The New Global Economy and Developing Countries – making openness work*, Washington DC, Overseas Development Council, 1999, p. 63.

11 Ver AMSDEN, Alice. *Asia's Next Giant* - South Korea and Late Industrialization. New York, Oxford University Press, 1989, pp - 139-155.

12 Cf. AMSDEN, Alice. *Asia's Next Giant*... op. cit. pp - 139-155.

13 CHANG, Ha-Joon. *The Economic Theory of the Developmental State* in WOO-CUMINGS, Meredith. *The Developmental State.* Cornell, Cornell University Press, 1999, pp – 182-199.

14 CHANG, Ha-Joon. *The Economic Theory of the Developmental State*... op.cit. pp – 182-199.

Mario Gomes Schapiro

Mestre e Doutorando em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da USP e pesquisador da FGV-EDESP

Rua Rocha, 233
Bela Vista – 01330-000
São Paulo – SP – Brasil
mario.schapiro@fgv.br

ANOTAÇÕES

EDITORIAL POLICY

REVISTA DIREITO GV *(FGV-SP Law Review)* is a journal that publishes articles, book reviews and essays on several fields of Brazilian, international and global law. It also publishes research works and papers on theory of law, sociology of law, philosophy of law and history of law.

This journal is opened to different theoretical and methodological approaches, including interdisciplinary papers and articles that fall into law & society and law & economics research fields. It also reviews and publishes papers concerned with techniques for teaching law and law research methods.

The 'book reviews and essays' section aims to attract readers' attention to local and foreign books and magazines thus raising critical discussions. Books of academic interest are preferred to those primarily focused on professional use. Essays are format-free, and selected by relevance and novelty. The journal only publishes articles and papers not previously published elsewhere.

REVIEW

Every article is reviewed by the Editor, who assesses whether or not it fits the journal editorial policy. The article is then sent to two anonymous referees who evaluate qualitatively its content and style in accordance with blind peer review principles. Referees take 45 to 120 days to provide their comments, that will be forwarded to the author for acknowledgment or improvement. In this latter case, a modified text can be sent to the journal to be re-evaluated. Authors will be emailed about the status of evaluation process, being able to access referees' comments on their article. Exceptionally there can be invitations for articles made by the Editor.

SUBMISSIONS

Articles, essays and book reviews must be written in Portuguese, Spanish or English, and must not have been published elsewhere. They can be electronically sent to **revistadireitogv@fgv.br**, or mailed to **José Rodrigo Rodriguez** at: Rua Rocha, 233, 11º andar, São Paulo - SP, CEP 01330-000. In case of submission by regular mail, author must send two printed copies, one of which with no author's identification, as well as a floppy disk with the article in Microsoft Word format (.doc).

We ask authors to inform REVISTA DIREITO GV of any financial support, private or public, and of any financial interest regarding the article that could create conflicts of interest.

Articles must have a maximum of 30 pages of 2100 characters. They must also be written according to ABNT (Brazilian Technical Norms Association) standards. Longer papers can be published subject to editor's evaluation.

Book reviews must have a maximum of 10 pages of 2100 characters, preferably without footnotes. They must have a title and do not need to be preceded by an abstract.

Suggestions for foreign books and magazines to be reviewed can be sent to the editor by email. **Essays** must have a maximum of 15 pages of 2100 characters.

Papers must be sent to the editor, according to the following guidelines:

Style

Paper size: **letter (8,5 x 11 in)**
Text editor: **Word for Windows 6.0 or higher**
Margins (left, right, top, bottom): **2 cm**
Font: **Times New Roman, size 12**
Paragraph: **left aligned; space before text: 0; space after text: 12 points; line spacing: double spacing**

Text

- Title with a maximum of 8 words, uppercase, bold, in either Portuguese and English
- Summary written in Portuguese (or Spanish), with about 150 words, left aligned, containing study field, objectives, methodology, results and conclusion
- Five keywords in Portuguese, left aligned
- Abstract written in English, with about 150 words, left aligned, containing study field, objectives, methodology, results and conclusion
- Five keywords in English, left aligned

References must be cited in the body of text, including author's last name, year and page of the publication. Complete bibliography must be presented in alphabetical order at the end of the text, according to NBR-6023.

Notes must be cut to the minimum needed and presented at the end of text, sequentially numbered, before bibliography.

Diagrams, graphs and tables must present title and source, and be placed at the end of text, after bibliography. Their position must be informed in the body of article, avoiding repetition of information in both chart and text.

Complementary information in the same file, author must inform:

- **Page 1:** Title of the article, followed by author's identification – full name, institution, position, full address, telephone and fax numbers and email.

Authors are fully and exclusively responsible for their articles.

All rights, translation included, are reserved. Submission of a paper means the cession of copyrights to **REVISTA DIREITO GV** *(FGV-SP Law Review)*, and the permission to either publish in electronic media and copy for personal research purposes. Full reproduction of articles, book reviews and essays is prohibited. Citation of parts of text without previous solicitation is allowed provided that source is properly identified.

LINHA EDITORIAL

A **REVISTA DIREITO GV** é generalista. Publica artigos, resenhas e ensaios inéditos sobre a dogmática das diversas áreas do Direito nacional, internacional e global, além de trabalhos de pesquisa aplicada e textos de Teoria do Direito, Sociologia do Direito, Filosofia do Direito e História do Direito.

A revista está aberta às mais diversas abordagens teóricas e metodológicas, inclusive a textos interdisciplinares e artigos que se enquadrem no campo de pesquisa *Law & Society* e *Law & Economics*. Ademais, contém trabalhos sobre ensino e pesquisa em Direito.

A seção de resenhas e ensaios tem como objetivo chamar a atenção dos leitores para livros e revistas, nacionais e estrangeiros, e suscitar discussões críticas sobre eles. Além disso visa a divulgar ensaios relevantes para a compreensão do Direito. As resenhas dão privilégio a títulos de interesse acadêmico em detrimento de publicações de uso profissional. Os ensaios possuem forma livre e são selecionados por sua relevância e novidade.

AVALIAÇÃO DOS ARTIGOS

Todos os artigos passam por uma avaliação prévia realizada pelo editor-chefe, verificando sua adequação à linha editorial da **REVISTA**. Após essa avaliação, os artigos são remetidos a dois pareceristas anônimos para a avaliação qualitativa de sua forma e conteúdo, de acordo com o processo conhecido como *BLIND PEER REVIEW*. O prazo para a elaboração do parecer é de 45 a 120 dias. Recebido o parecer, este é encaminhado para o autor do artigo a fim de tomar ciência ou para que incorpore as modificações sugeridas. Neste último caso, o texto modificado deverá ser remetido para a revista. Será novamente avaliado em função das alterações. Os autores serão informados por e-mail sobre o andamento da avaliação. Terão acesso a todos os pareceres sobre seu artigo, sem identificação de autoria. Excepcionalmente, haverá convites para publicação. Os convites serão formulados exclusivamente pelo Editor da revista.

REMESSA DE TEXTOS

Os artigos, resenhas e ensaios enviados devem ser inéditos, escritos em português, espanhol ou inglês. Podem ser encaminhados pelo e-mail **revistadireitogv@fgv.br** ou pelo correio (aos cuidados do Editor-chefe **José Rodrigo Rodriguez,** Rua Rocha, 233, 11º andar, São Paulo - SP, CEP 01330-000). Caso o texto seja remetido pelo correio, pede-se que seja em duas cópias impressas, uma delas sem identificação de autoria, além de um disquete com o artigo em formato Word.

Solicita-se que o autor do texto informe à revista qualquer financiamento ou outros benefícios de fontes comerciais ou não, além de interesses financeiros que o autor possa ter que criem conflitos de interesses em relação ao trabalho apresentado.

Os **artigos** devem ter até 30 laudas de 2.100 caracteres, redigidos conforme os padrões da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas). Textos mais extensos do que o padrão serão publicados, a critério do editor, caso seu tamanho seja justificável.

As **resenhas** devem ter até dez laudas de 2.100 caracteres, de preferência sem notas de rodapé. Devem conter um título e não precisam ser precedidas de resumo. Sugestões de livros e revistas internacionais a serem resenhadas podem ser encaminhadas para o e-mail da revista. Os **ensaios** devem apresentar até quinze laudas de 2.100 caracteres.

Os artigos deverão ser encaminhados para a Redação com as seguintes características:

Formatação
- Folha: **Carta (letter)**
- Editor de texto: **Word for Windows 6.0 ou posterior**
- Margens: **esquerda, direita, superior e inferior de 2 cm**
- Fonte: **Times New Roman, tamanho 12**
- Parágrafo: **espaçamento anterior: 0 ponto; posterior: 12 pontos; entre linhas: duplo; alinhamento à esquerda**

Texto a primeira página do artigo deve conter:
- Título, com, no máximo, oito palavras, em maiúsculas e negrito (português e inglês)
- Resumo em português (ou espanhol), com cerca de 150 palavras, alinhamento à esquerda, contendo campo de estudo, objetivo, método, resultado e conclusão
- Cinco palavras-chave, alinhamento à esquerda, em português
- Resumo em inglês, com cerca de 150 palavras, alinhamento à esquerda, contendo campo de estudo, objetivo, método, resultado e conclusões
- Cinco palavras-chave, alinhamento à esquerda, em inglês
- Em seguida, deve ser iniciado o texto do artigo

Referências devem ser citadas no corpo do texto com indicação do sobrenome, ano e página de publicação. As referências bibliográficas completas deverão ser apresentadas em ordem alfabética no final do texto, de acordo com as normas da ABNT (NBR-6023).

Notas devem ser reduzidas ao mínimo necessário e apresentadas ao final do texto, numeradas seqüencialmente, antes das referências bibliográficas.

Diagramas, quadros e tabelas devem apresentar título e fonte e ser colocados ao final do texto, após as referências. Sua posição deve ser indicada no próprio texto, constando referência a eles no corpo do artigo. Deve-se evitar a repetição de informações contidas no texto.

Informações complementares
no mesmo arquivo, o autor deverá enviar:
- **página 1:** título do artigo; seguido da identificação do(s) autor(es) – nome completo, instituição à qual está ligado, cargo, endereço para correspondência, fone, fax e e-mail.

Os artigos assinados são de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es).

Os direitos, inclusive os de tradução, são reservados. A remessa do texto pelo autor implica sobre este a cessão dos direitos autorais para a **REVISTA DIREITO GV**. Permite-se cópias para fins de pesquisa pessoal ou uso acadêmico. A reprodução total de artigos, resenhas e ensaios em outra publicação é proibida. É permitido citar partes dos textos sem solicitação prévia, desde que identificada sua fonte.

v. 7 n. 1 jan-jun 2011

Regulação e Problemas Brasileiros: Temas Contemporâneos

SOLUCIÓN DE DISPUTAS EN LA OMC: UN ANÁLISIS A PARTIR DE LA SOCIOLOGÍA DE PIERRE BOURDIEU
JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA: 039

A PROMISSORA PROVÍNCIA PETROLÍFERA DO PRÉ-SAL
ALESSANDRA ALOISE DE SEABRA, GILBERTO PASSOS DE FREITAS, MARCUS POLETTE E T. ÁNGEL DEL VALLS CASILLAS: 057

CORRUPÇÃO E JUDICIÁRIO: A (IN)EFICÁCIA DO SISTEMA JUDICIAL NO COMBATE À CORRUPÇÃO
CARLOS HIGINO RIBEIRO DE ALENCAR E IVO GICO JR.: 075

ATIVIDADE FINANCEIRA E MOEDA: ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA DO CONJUNTO PALMEIRAS EM FORTALEZA-CE
UINIE CAMINHA E MONIQUE FIGUEIREDO: 099

FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: UMA NOVA CATEGORIA DE DIREITO ADMINISTRATIVO?
SÉRGIO GUERRA: 131

Os Contratos e o Direito

QUEBRAS CONTRATUAIS E DISPERSÃO DE SENTENÇAS
CHRISTIANE LELES REZENDE E DECIO ZYLBERSZTAJN: 155

A RECIPROCIDADE NOS CONTRATOS: UMA ANÁLISE EXPRESSIVISTA
LEANDRO MARTINS ZANITELLI: 177

Direito Penal e outros temas

NEXO CAUSAL EM MATÉRIA PENAL: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA
LUISA MORAES ABREU FERREIRA: 199

NINA RODRIGUES E A PATOLOGIZAÇÃO DO CRIME NO BRASIL
CRISTIANE BRANDÃO AUGUSTO E FRANCISCO ORTEGA: 221

O PRINCÍPIO DA UNIVERSALIZAÇÃO EM RAWLS E HABERMAS: UMA AVALIAÇÃO CRÍTICA
LUIZ ANTONIO DE OLIVEIRA LIMA: 237

A INSERÇÃO DO BRASIL NA POLÍTICA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DA PESSOA IDOSA
MARIA HELENA DE AGUIAR NOTARI E MARIA HELENA J. M. DE MACEDO FRAGOSO: 259

A INTERNAÇÃO DE ADOLESCENTES PELA LENTE DOS TRIBUNAIS
MARIA AUXILIADORA MINAHIM E KARYNA BATISTA SPOSATO: 277

UM CASO DE INOVAÇÃO "ACIDENTAL" EM MATÉRIA DE PENAS: A LEI BRASILEIRA DE DROGAS
ALVARO P. PIRES E JEAN-FRANÇOIS CAUCHIE: 299

RESENHAS

BOBBIO, A PAZ E OS DIREITOS DO HOMEM
RAFAEL SALATINI: 333

AMARRANDO AS PRÓPRIAS BOTAS DO DESENVOLVIMENTO: A NOVA ECONOMIA GLOBAL E A RELEVÂNCIA DE UM DESENHO JURÍDICO-INSTITUCIONAL NACIONALMENTE ADEQUADO
MARIO GOMES SCHAPIRO: 341

ISSN 1808 - 2432
9 771808 243005