

# 12

V. 6 N. 2 JUL-DEZ 2010  
ISSN 1808-2432

# Revista DIREITGV

 FUNDAÇÃO  
GETÚLIO VARGAS



**DIREITGV**  
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); ESTÉVÃO 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); JOSEF JOAN MORESO (UNIVERSIDADE POMPEU FABRA - ESPANHA); JUDITH MARTINS-COSTA (UFRRS); 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 CATÓLICA 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; MÁIRA 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 SEGUINTESS PROFESSORES:

**ALAGÓAS:** 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 GONCALVES (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 (IESP-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

FÁBIO LUIZ LUCAS DE CARVALHO (ASSISTENTE EDITORIAL)  
ELVIRA CESÁRIO CASTANON (REVISÃO)  
AUGUSTO IRIARTE (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 **DIREITOGV**

v. 6 N. 2 JUL-DEZ 2010



**DIREITOGV**  
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

ISSN 1808-2432

DEZEMBRO 2010  
SÃO PAULO - SP

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

TIRAGEM 1.300 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: 900 EXEMPLARES  
LIVRARIAS: 400 EXEMPLARES

ACEITAMOS PERMUTA / *EXCHANGE DESIRED*

**PROJETO GRÁFICO**

MARCELO GUERREIRO  
ULTRAVIOLETA DESIGN

**EDITORÇÃO ELETRÔNICA**

ULTRAVIOLETA DESIGN

**PRODUÇÃO INDUSTRIAL**

IMPRESSÃO E ACABAMENTO: RR DONNELLEY  
DATA DE IMPRESSÃO: DEZEMBRO 2010  
TIRAGEM: 1.300 EXEMPLARES

**PERIODICIDADE**

SEMESTRAL

**CORRESPONDÊNCIA**

RUA ROCHA, 233, 11º ANDAR - BELA VISTA  
CEP 01330-000 - SÃO PAULO - SP - BRASIL  
TEL. (11) 3281-3310  
EMAIL: REVISTADIREITOGV@FGV.BR

# Revista DIREITO GV

## *Juridification of politics and judicial rationality*

*SPECIAL COURTS: BETWEEN LEGALITY AND LEGITIMACY -  
PERSPECTIVE ANALYSIS OF NITERÓI JUDICIAL  
DISTRICT COURTS, 1997 - 2005*

*THE NEW PUBLIC ATTORNEY AND PROCESS OF  
JUDICIALIZATION OF POLITICS*

*WAITING TIMES IN THE BRAZILIAN SUPREME COURT*

*REPORTING FOR THE RECOGNITION OF HOMOSEXUAL  
UNIONS TO THE DEMOCRATIC STATE*

*THE COMPARATIVE LAW IN THE CONSTITUTIONAL ADJUDICATION*

*THE ENVIRONMENTAL COMPENSATION CONCERNING  
THE NATIONAL SYSTEM OF CONSERVATION UNITS ("SNUC");  
THE UNCONSTITUTIONALITY ACTION ADI N. 3.378 AND  
THE DECREE N. 6.848/09*

## ARTICLES

*DEVELOPMENT, ENVIRONMENT AND INDIAN RIGHTS:  
WHERE IS THE PRIORITY?*

*THE IMPACT OF THE NEW LABOR LAW IN CHINA:  
NEW HIRING STRATEGIES FOR FOREIGN FIRMS?*

*INTERNATIONAL FINANCIAL CRISIS AND  
BANK STATIZATION IN GERMANY*

*OVERVIEW OF THE LEGALITY PRINCIPLE IN  
CONTEMPORARY GERMAN CRIMINAL LAW*

*THE TAX ON THE CIRCULATION OF GOODS (ICM)  
IN IMPORTS CONDUCTED BY LEASING*

*LAW AND AESTHETICS: CRITICAL NOTE*

## Judicialização da política e racionalidade jurisdicional

*JUIZADOS ESPECIAIS: ENTRE A LEGALIDADE E A  
LEGITIMIDADE - ANÁLISE PROSPECTIVA DOS JUIZADOS  
ESPECIAIS DA COMARCA DE NITERÓI, 1997-2005*

*MARCELO PEREIRA DE MELLO E DELTON R. SOARES MEIRELLES: 371*

*O NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO  
MINISTÉRIO PÚBLICO E O PROCESSO DE  
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA*

*ERNANI CARVALHO E NATÁLIA LEITÃO: 399*

*TEMPOS DE ESPERA NO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL*

*CLAUDIO WEBER ABRAMO: 423*

*APONTAMENTOS PARA O RECONHECIMENTO DAS  
UNIÕES HOMOSSEXUAIS FACE AO PARADIGMA DO  
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO*

*FERNANDO HORTA TAVARES, IARA ANTUNES DE SOUZA,  
ISAAC ESPÍNDOLA VITORINO FERREIRA, TIAGO VIEIRA BONTEMPO: 443*

*O DIREITO COMPARADO NA  
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL*

*GUSTAVO VITORINO CARDOSO: 469*

*A COMPENSAÇÃO AMBIENTAL PREVISTA PELO  
SISTEMA NACIONAL DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO  
(SNUC): A ADI N. 3.378 E O DECRETO N. 6.848/09*

*JOSÉ MARCOS DOMINGUES E JÚLIA SILVA ARAÚJO CARNEIRO: 493*

## ARTIGOS

*DESENVOLVIMENTO, MEIO AMBIENTE  
E DIREITOS DOS ÍNDIOS: DA NECESSIDADE  
DE UM NOVO ETHOS JURÍDICO*

*VIOLETA REFKALEFSKY LOUREIRO: 503*

*O IMPACTO DO NOVO DIREITO TRABALHISTA  
NA CHINA: NOVAS ESTRATÉGIAS DE CONTRATAÇÃO  
PARA EMPRESAS ESTRANGEIRAS?*

*GAYLE ALLARD E MARIE-JOSÉ GAROT: 527*

*CRISE FINANCEIRA INTERNACIONAL  
E ESTABILIZAÇÃO BANCÁRIA NA ALEMANHA*

*ROBERTO CHACON DE ALBUQUERQUE: 541*

*PANORAMA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE  
NO DIREITO PENAL ALEMÃO VIGENTE*

*NEREU JOSÉ GIACOMOLLI E PABLO RODRIGO ALFLEN DA SILVA: 565*

*O ICM NA IMPORTAÇÃO MEDIANTE  
ARRENDAMENTO MERCANTIL*

*RAFAEL BRUM SILVA: 583*

*DIREITO E ESTÉTICA: NOTA CRÍTICA*

*LUÍS SATIE: 631*



### **BOOK REVIEW**

*CONSTITUTIONAL INTERPRETATION OF THE DEVELOPMENT  
RISKS IN THE BRAZILIAN CONSUMER'S LAW: NATIONAL  
AND INTERNATIONAL LEGAL VIEWS*

*REVIEW OF THE BOOK LE DROIT SAISI PAR LA PHOTOGRAPHIE,  
BY BERNARD EDELMAN*

### **RESENHAS**

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS  
RISCOS DE DESENVOLVIMENTO NO DIREITO  
DO CONSUMIDOR BRASILEIRO: VISÕES  
JURÍDICAS NACIONAL E INTERNACIONAL  
*NELISE DIAS VIEIRA: 641*

RESENHA DA OBRA LE DROIT SAISI PAR  
LA PHOTOGRAPHIE, DE BERNARD EDELMAN  
*GABRIEL GUALANO DE GODDY: 645*





## SOBRE OS AUTORES

### *Claudio Weber Abramo*

BACHAREL EM MATEMÁTICA PELA  
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP)  
MESTRE EM LÓGICA E FILOSOFIA DA CIÊNCIA PELA  
UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS (UNICAMP)  
DIRETOR EXECUTIVO DA TRANSPARÊNCIA BRASIL

Rua Francisco Leitão, 339, cj. 122  
Pinheiros - 05414-025  
São Paulo - SP - Brasil  
[crwa@transparencia.org.br](mailto:crwa@transparencia.org.br)

### *Delton R. Soares Meirelles*

PROFESSOR-ASSISTENTE DE DIREITO PROCESSUAL DA FACULDADE  
DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE (UFF)

Rua Gavião Peixoto, 24  
Icaraí - 24230-100  
Niterói - RJ - Brasil  
[deltonmeirelles@ig.com.br](mailto:deltonmeirelles@ig.com.br)

### *Ernani Carvalho*

DOUTOR EM CIÊNCIA POLÍTICA PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
(USP)

PROFESSOR DO DEPARTAMENTO DE CIÊNCIA POLÍTICA DA  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO (UFPE)  
PESQUISADOR DO CNPQ – NÍVEL 2

Rua Acadêmico Hélio Ramos – s/n – 14º andar  
Cidade Universitária – 50670-901  
Recife – PE - Brasil  
[ernani.carvalho@pq.cnpq.br](mailto:ernani.carvalho@pq.cnpq.br)

### *Fernando Horta Tavares*

PÓS-DOUTOR EM DIREITO CONSTITUCIONAL  
PELA UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA  
DOUTOR E MESTRE EM DIREITO E EM DIREITO PROCESSUAL  
PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA  
DE MINAS GERAIS (PUC/MG)

PROFESSOR DA GRADUAÇÃO E DA PÓS-GRADUAÇÃO  
DA FACULDADE MINEIRA DE DIREITO DA PONTIFÍCIA  
UNIVERSIDADE CATÓLICA MINAS GERAIS (PUC/MG)  
ADVOGADO

Avenida do Contorno, 7069  
Santo Antônio - 30110-043  
Belo Horizonte - MG - Brasil  
[fernandhorta@hotmail.com](mailto:fernandhorta@hotmail.com)



## *Gabriel Gualano de Godoy*

BACHAREL E MESTRE EM DIREITO PELA  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ (UFPR)

PESQUISADOR DA  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ (UFPR)

Rua Visconde do Rio Branco, n. 1799, apto. 122  
Centro – 80420-210  
Curitiba – PR – Brasil  
[gabrielgualano@gmail.com](mailto:gabrielgualano@gmail.com)

## *Gayle Allard*

PROFESSORA DE ECONOMIA ADMINISTRATIVA  
DA IE BUSINESS SCHOOL (ESPAÑA)

María de Molina, 11  
28006  
Madrid – Espanha  
[gayle.allard@ie.edu](mailto:gayle.allard@ie.edu)

## *Gustavo Vitorino Cardoso*

MESTRANDO EM DIREITO CONSTITUCIONAL NA  
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Avenida Brasil, n. 3460  
Bairro Brasil – 38400-718  
Uberlândia – MG – Brasil  
[gvc.pesquisa@gmail.com](mailto:gvc.pesquisa@gmail.com)

## *Iara Antunes de Souza*

MESTRANDA EM DIREITO PRIVADO PELA PONTIFÍCIA  
UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS (PUC/MG)

ESPECIALISTA EM DIREITO CIVIL PELA UGF/CAD

ESPECIALISTA EM DIREITO PROCESSUAL PELA UNAMA/LFG

MEMBRO DO CENTRO DE ESTUDOS EM BIODIREITO (CEBID)

PROFESSORA DA FACULDADE PITÁGORAS – UNIDADE BETIM

ADVOGADA

Avenida Afonso Pena, 4114, 401  
Cruzeiro - 30130-009  
Belo Horizonte - MG - Brasil  
[iasbhz@gmail.com](mailto:iasbhz@gmail.com)



## *Isaac Espíndola Vitorino Ferreira*

GRADUANDO DA FACULDADE MINEIRA DE DIREITO DA PONTIFÍCIA  
UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS (PUC/MG)

Rua Santo Antônio, 29  
São Paulo - 31910-290  
Belo Horizonte - MG - Brasil  
[isaac.espindola@yahoo.com.br](mailto:isaac.espindola@yahoo.com.br)

## *José Marcos Domingues*

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO FINANCEIRO  
DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (UERJ)

Rua São Francisco Xavier, 524, 7º andar  
Maracanã - 20550-011  
Rio de Janeiro - RJ - Brasil  
[jm.domingues@iglobo.com](mailto:jm.domingues@iglobo.com)

## *Júlia Silva Araújo Carneiro*

BACHARELADA EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (UERJ)

Rua Oscar Valditaro, 94, apto. 604  
Bairro da Tijuca - 22793-670  
Rio de Janeiro - RJ - Brasil  
[juliasacarneiro@terra.com.br](mailto:juliasacarneiro@terra.com.br)

## *Luis Satie*

DOUTOR EM FILOSOFIA E CIÊNCIAS SOCIAIS PELA ÉCOLE  
DES HAUTES ÉTUDES EN SCIENCES SOCIALES (FRANÇA)  
MESTRE EM TEORIA E FILOSOFIA DO DIREITO PELA  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA (UFSC)  
PROFESSOR DO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM EDUCAÇÃO  
FISCAL DA ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA (ESAF)

SQSW, 103, K, apto. 202  
Sudoeste - 70670-311  
Brasília - DF - Brasil  
[luisatie@yahoo.com.br](mailto:luisatie@yahoo.com.br)



*Marcelo Pereira de Mello*

PROFESSOR-ASSOCIADO DE SOCIOLOGIA DA UNIVERSIDADE  
FEDERAL FLUMINENSE (UFF)  
SUBCOORDENADOR DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM  
SOCIOLOGIA E DIREITO (PPGSD)

Rua Barão de Guaratiba, 139  
Glória - 22211-150  
Rio de Janeiro - RJ - Brasil  
[mpmello@unisys.com.br](mailto:mpmello@unisys.com.br)

*Marie-José Garot*

PROFESSORA DE DIREITO CHINÊS DA IE LAW SCHOOL (ESPAÑHA)

María de Molina, 11  
28006  
Madrid - Espanha  
[marie.jose.garot@ie.edu](mailto:marie.jose.garot@ie.edu)

*Natália Leitão*

MESTRANDA EM CIÊNCIA POLÍTICA PELA UNIVERSIDADE FEDERAL  
DE PERNAMBUCO (UFPE)

Rua Acadêmico Hélio Ramos - s/n - 14º andar  
Cidade Universitária - 50670-901  
Recife - PE - Brasil  
[natalialeitao@gmail.com](mailto:natalialeitao@gmail.com)

*Nelise Dias Vieira*

MESTRANDA EM DIREITO PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE  
CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL (PUC/RS)  
BOLSISTA DO CNPQ

Av. Bento Gonçalves, 4541, apto. 301  
Partenon - 90650-003  
Porto Alegre - RS - Brasil  
[nelidv@bol.com.br](mailto:nelidv@bol.com.br)





## *Nereu José Giacomolli*

DOUTOR EM *ESTUDIOS DE ACTUALIDAD PROCESAL* PELA  
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID.

PROFESSOR NO MESTRADO (DISCIPLINA DE PROCESSO PENAL  
CONTEMPORÂNEO) E DOUTORADO (DISCIPLINA DE SISTEMAS  
JURÍDICO-PENAIIS COMPARADOS) EM CIÊNCIAS CRIMINAIS  
DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE  
DO SUL (PUC/RS)

DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
DO RIO GRANDE DO SUL

Av. Ipiranga, 6681, p. 11  
Partenon – 90619-900  
Porto Alegre – RS – Brasil  
[giacomolli@giacomolli.com](mailto:giacomolli@giacomolli.com)

## *Pablo Rodrigo Alflen da Silva*

DOUTORANDO E MESTRE EM CIÊNCIAS CRIMINAIS PELA PONTIFÍCIA  
UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL (PUC/RS)

PROFESSOR DO DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIIS DA  
FACULDADE DE DIREITO E DA PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS PENAIIS  
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL (UFRGS)

PROFESSOR CONCURSADO DE DIREITO PENAL  
E PROCESSUAL PENAL DA UNIVATES

PESQUISADOR CREDENCIADO AO CNPq  
ADVOGADO

Rua 24 de Outubro, 111, Conj. 501  
Moinhos de Vento – 90510-002  
Porto Alegre – RS – Brasil  
[pabloalflen@terra.com.br](mailto:pabloalflen@terra.com.br)

## *Rafael Brum Silva*

ADVOGADO

GRADUADO EM DIREITO PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE  
CATÓLICA DO PARANÁ (PUC/PR)

Av. Voluntários da Pátria, n. 364  
Bairro Andrade – 86061-120  
Londrina – PR – Brasil  
[rafbrum@hotmail.com](mailto:rafbrum@hotmail.com)

## *Roberto Chacon de Albuquerque*

PROFESSOR DA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE BRASÍLIA  
DOUTOR EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

ADVOGADO

SQN 107 – Bloco H – ap. 306  
70743-080  
Brasília – DF – Brasil  
[robertocalbuquerque@yahoo.com](mailto:robertocalbuquerque@yahoo.com)



*Tiago Vieira Bomtempo*

GRADUANDO DA FACULDADE MINEIRA DE DIREITO DA PONTIFÍCIA  
UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS (PUC/MG)

Rua Castelo de Edimburgo, 184  
Castelo - 31330-240  
Belo Horizonte - MG - Brasil  
[15@bol.com.br](mailto:15@bol.com.br)

*Violeta Refkalefsky Loureiro*

DOUTORA EM SOCIOLOGIA PELO INSTITUT DES HAUTES ÉTUDES  
DE L'AMÉRIQUE LATINE - UNIVERSIDADE DE PARIS III.

MESTRE EM SOCIOLOGIA PELA UNICAMP.

PROFESSORA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS  
SOCIAIS E DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ (UFPA).

Rua Augusto Corrêa, n. 1  
Guamá - 66035-400  
Belem - PA - Brasil  
[violeta.loureiro@ig.com.br](mailto:violeta.loureiro@ig.com.br)



## **PUBLICAÇÕES DIREITO GV**

### **COLEÇÃO DIREITO, DESENVOLVIMENTO, JUSTIÇA**

**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 JOSSERT 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: QUARTIER 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 EUROPEIAS 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: PRÍNCÍPIOS 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, JUN-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, JUN-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, JUN-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, JUN-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, JUN-DEZ/2009

**REVISTA DIREITO GV 11**

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

**: ARTIGOS (WORKING PAPERS) DIREITO GV**

Disponíveis em: [www.fgv.br/direitogv/publicacoes](http://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**

DOG MÁTICA 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 EMITIDAS 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, DOG MÁTICA 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 REGULIZAÇÃO 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 FÓZ 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*



## CARTA DO EDITOR

A distinção entre direito e política é uma questão fundamental e, portanto, nunca terá uma resposta final. Este número de REVISTA DIREITO GV apresenta um dossiê sobre juridificação da política e racionalidade jurisdicional que pretendem contribuir para que a discussão continue. Além disso, traz textos sobre direito indígena, direito do trabalho chinês, a regulação bancária na Alemanha, legalidade penal na Alemanha, ICM e direito e literatura.

Os textos que formam o dossiê abordam a relação entre direito e política do ponto de vista externo e do ponto de vista interno. Os artigos investigam as fronteiras entre os poderes, as atuais características do poder judiciário e o raciocínio jurisdicional tendo em vista o papel dos juízes como fonte de direito.

A leitura destes trabalhos nos faz perceber que todas estas questões estão em disputa. Não há respostas únicas e sim um campo aberto de debate alimentado por diversos pontos de vista. A tradição brasileira de pesquisa em direito está se acostumando a deixar de falar em nome da suposta “verdade” do direito posto e ver a si mesma como um campo de disputa pelo sentido. Este dossiê também é uma contribuição importante para enraizar esta nova forma de ver a pesquisa.

Em outros números desta revista, em especial, nos números 8 e 9 (v.4 n.2 e v.5 n.1) foram abordados assuntos correlatos em dossiês sobre a Constituição Brasileira e sobre a jurisprudência do STF. Sugiro aos interessados uma leitura conjunta destes artigos e desta edição.

Agradecemos aos autores dos textos deste dossiê pelo interesse em nossa publicação, nominalmente, Marcelo Pereira de Mello, Delton R. Soares Meirelles, Ernani Carvalho, Natália Leitão, Claudio Weber Abramo, Fernando Horta Tavares, Iara Antunes de

Souza, Isaac Espíndola Vitorino Ferreira, Tiago Vieira Bontempo, Gustavo Vitorino Cardoso, José Marcos Domingues e Júlia Silva Araújo Carneiro.

Os demais textos foram escritos por Violeta Refkalefsky Loureiro, Gayle Allard e Marie-José Garot, Roberto Chacon de Albuquerque, Nereu José Giacomolli e Pablo Rodrigo Alflen da Silva, Rafael Brum Silva, Luís Satie a quem também agradecemos.

Neste número publicamos também as resenhas de Nelise Dias Vieira, sobre *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos de desenvolvimento* (Marcelo Junqueira Calixto), e Gabriel Gualano de Godoy, sobre *Le droit saisi par la photographie* (Bernard Edelman).

\* \* \*

Este número da REVISTA DIREITO GV é dedicado ao Professor Ary Oswaldo Mattos Filho, diretor da DIREITO GV desde a sua fundação, que decidiu se dedicar a outras atividades. Sem seu apoio incondicional esta publicação não teria atingido o grau de autonomia e liberdade editorial que marcam sua trajetória. Por esta razão, este Editor agradece ao prof. Ary por sua crença na excelência intelectual acima de qualquer outro objetivo ou valor.

Boa leitura!

**O Editor**

### EDITOR'S LETTER

*The distinction between Law and Politics is a basic problem that will never receive a final answer. This issue of REVISTA DIREITO GV presents a group of articles on the juridification*

• CARTA DO EDITOR

*of politics and on judicial rationality that contributes to the on going debate on this question. This issue also presents articles on Indian law, Labor Law in China, Banking Regulation in Germany, German Criminal Law, ICM and Law & Literature.*

*The first group of articles studies the relation between Law and Politics both from an internal and an external point of view. The articles investigate the problem of the separation of powers, the current design of the judiciary and the activity of judges as a source of Law.*

*Reading them all together one realizes the problems they elaborate on are in dispute. There is not a closed set of answers for them, only a series of arguments in contradiction. The Brazilian tradition of Law research is only begging to see itself as a champ to debate and not as set of assertions based on the "truth" of the Law. This collection wants to contribute to deepen this recent trend.*

*Two previous issues of this Law journal published articles on themes related to Law and Politics. REVISTA DIREITO GV v.4 n.2 and v.5 n.1 were respectively about the future of Brazilian Constitution and about cases solved by the Brazilian Supreme Court. I recommend the reading of these articles together with the current issue.*

*We nominally thank the authors for their interest in this journal: Marcelo Pereira de Mello, Delton R. Soares Meirelles, Ernani Carvalho, Natália Leitão, Claudio Weber Abramo, Fernando Horta Tavares, Iara Antunes de Souza, Isaac Espíndola Vitorino Ferreira, Tiago Vieira Bontempo, Gustavo Vitorino Cardoso, José Marcos Domingues e Júlia Silva Araújo Carneiro.*

*The other articles were written by Violeta Refkalefsky Loureiro, Gayle Allard, Marie-José Garot, Roberto Chacon de Albuquerque, Nereu José Giacomolli, Pablo Rodrigo Alflen da Silva, Rafael Brum Silva, Luís Satie. We also thank all of them.*

*In this issue we also published the book reviews by Nelise Dias Vieira, about A respon-*

*sabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos de desenvolvimento (Marcelo Junqueira Calixto), and by Gabriel Gualano de Godoy, about Le droit saisi par la photographie (Bernard Edelman).*

\* \* \*

*I dedicate this issue of REVISTA DIREITO GV to Professor Ary Oswaldo Mattos Filho - DIREITO GV's Dean since its foundation - that decided to develop other activities from now on. Without his support this journal would never have reached the degree of autonomy and editorial freedom it has today. That is why this Editor thanks Prof. Ary for his firm belief in intellectual excellence above all other goals and values.*

*Enjoy your reading!*

**The Editor**

## JUIZADOS ESPECIAIS: ENTRE A LEGALIDADE E A LEGITIMIDADE – ANÁLISE PROSPECTIVA DOS JUIZADOS ESPECIAIS DA COMARCA DE NITERÓI, 1997-2005

*Marcelo Pereira de Mello e Delton R. Soares Meirelles*

SPECIAL COURTS: BETWEEN LEGALITY AND LEGITIMACY - PERSPECTIVE ANALYSIS OF NITERÓI JUDICIAL DISTRICT COURTS, 1997 - 2005

### RESUMO

A CHAMADA JUDICIALIZAÇÃO DAS QUESTÕES SOCIAIS E POLÍTICAS TEM PROVOCADO DEBATES ACERCA DO ACESSO À JUSTIÇA E DA LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS. NESSE CONTEXTO, RESULTANTE DOS DEBATES QUE PRECEDERAM A CONSTITUIÇÃO DE 1988, OS JUIZADOS ESPECIAIS FORAM PENSADOS COMO UM MODELO INSTITUCIONAL ALTERNATIVO AO JUDICIÁRIO ESTATAL, FORMALISTA, BUROCRÁTICO E CENTRALIZADO. SEGUNDO O ESPÍRITO DAS DISCUSSÕES ENTÃO PREVALENTES ENTRE OS CONSTITUINTES E A PREVISÃO CONSTITUCIONAL FIXADA NA ÉPOCA, OS JUIZADOS ESPECIAIS DEVERIAM SE DEDICAR À APRECIÇÃO E AO JULGAMENTO DE CONFLITOS E CRIMES COM PEQUENO POTENCIAL OFENSIVO, ABRINDO A SUA COMPOSIÇÃO PARA A PARTICIPAÇÃO DE JUÍZES LEIGOS. NESTA PESQUISA, NÓS ANALISAREMOS OS LITÍGIOS JULGADOS NOS JUIZADOS ESPECIAIS DE NITERÓI, ESTADO DO RIO DE JANEIRO, COM OS SEGUINTE OBJETIVOS: A) CONTEXTUALIZAR O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE DAS DECISÕES DOS JUIZADOS ESPECIAIS, ENFOCANDO A OPOSIÇÃO ENTRE O MODELO DA LEGITIMIDADE JUDICIAL ESTATAL, BUROCRÁTICA E LEGALISTA E O MODELO DEMOCRÁTICO DE PARTICIPAÇÃO CIDADÃ; B) ESTABELECEER COMPARAÇÕES ENTRE A CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA E OS PADRÕES CONTEMPORÂNEOS DE LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO; C) VERIFICAR A EFETIVIDADE DAS DECISÕES DOS JUIZADOS ESPECIAIS.

### PALAVRAS-CHAVE

JUIZADOS ESPECIAIS; JUSTIÇA; LEGITIMIDADE.

### ABSTRACT

THE SO-CALLED "JUDICIALIZAÇÃO" (JUDICIALIZATION) OF POLITICAL AND SOCIAL ISSUES HAS PROVOKED SOME DEBATES ON THE ACCESS TO JUSTICE AND LEGITIMACY OF JUDICIAL DECISIONS. IN THIS CONTEXT, DURING THE DEBATES THAT PRECEDED THE BRAZILIAN CONSTITUTION OF 1988, THE BRAZILIAN SMALL CLAIMS COURTS WERE THOUGHT AS AN INSTITUTIONAL ALTERNATIVE TO THE CENTRAL, BUROCRATIC AND FORMALIST STATE JUDICIARY. ACCORDING TO THE SPIRIT OF THE DEBATES PREVAILING AMONG THE CONSTITUENTS AND THE CONSTITUTIONAL PRESCRIPTION, THE SMALL CLAIMS COURTS SHOULD DEDICATED TO JUDGE AND RESOLVE SMALL CLAIMS AND CRIMES, OPENING ITS COMPOSITION TO THE PARTICIPATION OF LAY JUDGES. IN THIS RESEARCH, WE'LL ANALYSE THE LITIGATIONS AT THE SMALL CLAIMS COURTS OF NITERÓI, STATE OF RIO DE JANEIRO, WITH THE FOLLOWING GOALS: A) CONTEXTUALIZE THE ISSUE OF LEGITIMACY OF THE DECISIONS OF THE SMALL CLAIMS COURTS, FOCUSING ON THE OPPOSITION BETWEEN THE LEGITIMACY OF THE LEGALISM, BUROCRATICISM OF THE STATE JUSTICE AND THE DEMOCRATIC MODEL OF CITIZENSHIP AND JUSTICE; B) ESTABLISH COMPARATIVE ANALYSES BETWEEN THE BRAZILIAN LEGAL CULTURE AND THE CONTEMPORARY PATTERNS OF THE JUDICIARY LEGITIMACY; C) VERIFY THE EFFECTIVENESS OF THE SMALL CLAIMS COURTS DECISIONS.

### KEYWORDS

SMALL CLAIMS COURTS; JUSTICE; LEGITIMACY.

## INTRODUÇÃO

Este trabalho procura investigar a atuação dos Juizados Especiais da comarca de Niterói, no estado do Rio de Janeiro, particularmente nas causas envolvendo conflito de vizinhança cujo valor tenha respeitado o limite legal de quarenta salários mínimos. Também procura constatar até que ponto a estrutura e o funcionamento desses juizados têm atendido ou não aos ideais de uma justiça informal e célere, desatrelada do formalismo legalista e burocrático da chamada justiça comum, assim como se a legitimidade das suas decisões tem sido lastreada ou não pelos ideais comunitários de justiça, conforme o espírito prevalente nas discussões parlamentares que ensejaram a Constituição de 1988.

Para esta avaliação, foram utilizados dados quantitativos com o total dos feitos e dos tipos de demanda, que recobrem um período de dez anos dos Juizados Especiais de Niterói e que foram recolhidos nos próprios juizados. Por meio dos dados, temos uma visão das tendências tomadas pelo funcionamento prático dos juizados, a partir da natureza das demandas e de sua alteração no tempo. Esses dados foram complementados com informações recolhidas em entrevistas realizadas com diversos agentes do sistema: conciliadores, advogados, promotores, juízes e, naturalmente, as partes em litígios, réus e vítimas. O cotejamento entre os dados estatísticos e os relatos dos agentes diretamente envolvidos nas atividades dos juizados nos forneceu um rico material de análise, o qual permite observar claramente, conforme esperamos demonstrar, os principais entraves e perspectivas dos Juizados Especiais.

Entre as elites jurídicas brasileiras, as referências históricas mais recentes à criação de um Juizado Especial de Pequenas Causas são encontradas na década de 1980, e o seu marco mais importante é a Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984, a qual representou o desdobramento e corolário das discussões sobre a reforma do judiciário no âmbito do Programa Nacional de Desburocratização. Posteriormente, o espírito dessas discussões repercutiria no contexto dos trabalhos constituintes de 1987, na própria Constituição de 1988 e, por fim, ganhariam contornos institucionais com a Lei 9.099, em 1995. Na esteira dessa trajetória, acumulavam-se as experiências dos então chamados Tribunais de Pequenas Causas – primeiramente no Rio Grande do Sul – e as conquistas acumuladas ao longo do tempo pelas organizações de consumidores em todo o país.<sup>1</sup>

A análise desse material orientou a hipótese geral do trabalho, segundo a qual os Juizados Especiais, desde a sua concepção original, gestada nos trabalhos constituintes de 1987–88, passando por sua regulamentação com a lei 9.099/95 e posteriores leis de âmbito estadual, experimentaram um progressivo desvirtuamento dos ideais de sua criação como um tipo de justiça não estatal, mais informal e próxima dos princípios comunitaristas de justiça, e transformaram-se, ao invés disso, em um braço estendido do poder judiciário. A configuração institucional dos Juizados Especiais como instituições progressivamente atreladas ao poder judiciário

e às respectivas corporações jurídicas se deu, assim, como resultado de inúmeros conflitos e tensões com os quais eles sempre conviveram, desde a sua concepção até a sua implementação.

Com foco na discussão sobre a natureza da legitimidade das decisões e dos procedimentos dos Juizados Especiais, nosso trabalho destaca duas dessas tensões estruturantes da experiência dos juizados: uma, a tensão de culturas legais, resultante do transplante legal de expedientes do modelo de direito responsivo, norte-americano, para um sistema jurídico formalista e legalista, como é o brasileiro; a outra, a tensão entre promover uma justiça relativamente autônoma em relação ao judiciário estatal, marcada pela inovação nas estratégias de abordagem e processamento dos litígios, e ampliar o acesso à justiça estatal, incentivando medidas simplificadoras de ritos e procedimentos judiciais.

Para compreendermos o primeiro aspecto mencionado sobre a experiência dos Juizados Especiais, isto é, a tensão entre culturas legais, a clássica modelagem desenvolvida por Philip Selsnick e Philippe Nonet (2001) para analisar os diferentes tipos de ordenamentos jurídicos nos oferece um auxílio importante. Existiriam, segundo esses autores, três tipos puros de sistemas jurídicos: o modelo repressivo, o autônomo e o responsivo. Enquanto tipologias, não há correspondência exata desses modelos analíticos com os sistemas jurídicos tais como estes existem concretamente. Os tipos nos ajudam apenas a fixar os traços mais gerais e marcantes de um sistema jurídico empiricamente dado, facilitando-nos, ainda, a compreensão dos processos de mudança e transição entre os tipos postulados. Seguindo esse sistema analítico e classificatório, a tradição do sistema legal brasileiro se enquadraria em um tipo misto daquilo que os autores chamam de ordenamento jurídico repressivo e do ordenamento jurídico autônomo, característico, diga-se, dos sistemas jurídicos latino-americanos. Em síntese, essa tradição mistura ativismo político e altas doses de repressão legal, com a crença em um sistema jurídico derivado do discernimento racional dos legisladores e do julgamento neutro dos juízes. Ambas estas tradições identificáveis no ordenamento jurídico brasileiro, a repressiva e a autônoma, seriam diferentes do modelo que Nonet e Selsnick (2001) chamam de “responsivo” e o qual identificam nas tradições jurídicas da *Common Law* inglesa e da *Case Law* norte-americana. A diferença fundamental entre as tradições repressiva e autônoma, de um lado, e a responsiva, de outro, estaria, segundo esses autores, na maior capacidade do modelo responsivo em atender as demandas por justiça oriundas de definições sociais e políticas circunstanciadas pelos problemas cotidianos das pessoas.

Por seu turno, na tradição do ordenamento jurídico autonomista, formalista e legalista, fazer justiça é, essencialmente, julgar em conformidade com a lei; e há dificuldade de se reconhecer, pelo sistema legal, diferenças sociais, raciais, de gênero e econômicas, ainda que elas possam, em tese, ser consideradas. Na verdade, nessa tradição, quaisquer legislação e ativismo jurídico de magistrados que pressionem no

sentido de se estabelecerem exceções à regra geral em virtude da consideração de valores ética e moralmente consubstanciados nos julgamentos são considerados como ameaças de fissuras na cláusula formal e racionalista da igualdade entre os cidadãos.

A análise da trajetória dos Juizados Especiais nos oferece um interessante exemplo de choque entre “culturas legais” como resultado daquilo que alguns autores consagraram na literatura especializada como “transplante legal” (NELKEN; FEEST, 2001). Inspirados na experiência norte-americana das chamadas *Small Claim Courts* (Cortes de Pequenas Causas), em especial as de Nova York, embebidas das culturas jurídicas da *Common Law*, os Juizados Especiais no Brasil foram se configurando em meio a uma tradição jurídica nacional brasileira, oscilante entre repressiva e racionalista-legalista. Idealizados pelos constituintes, nos trabalhos de 1987, como organismos especiais para a promoção de soluções jurídicas sem a necessária participação direta e efetiva dos agentes estatais, os Juizados Especiais progressivamente se conformaram aos padrões normativos, legalistas e formalistas implementados pelos agentes do poder judiciário estatal.

Ao discutir sobre a efetividade dessa justiça, o nosso trabalho pretende explorar, portanto, a discussão sobre a natureza da legitimidade dos Juizados Especiais.

Disso deriva a segunda 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. Trata-se de uma discussão importante, por ser a ponta de um amplo problema formado não apenas pelo confronto de ideias e filosofias distintas sobre o ordenamento jurídico – entre uma perspectiva mais cidadã e civilista e outra legalista e estatizante –, mas por uma luta silenciosa, porém impiedosa das corporações formadas em torno dos interesses do judiciário estatal contra as formas comunitaristas e cívicas de prestação de serviços jurisdicionais. Essa tensão interage com a anterior, porque ambos os processos descrevem a mesma lógica de imposição de uma cultura legal formalista, estatista e corporativista, e dos seus padrões burocráticos e meritocráticos. Ambas as tensões remetem aos esforços de monopolização da justiça pelo poder judiciário estatal e suas corporações.

Para a realização deste trabalho, além dos dados quantitativos dos processos instaurados ao longo de quase dez anos de existência dos Juizados Especiais de Niterói, fizemos um trabalho de avaliação qualitativa do funcionamento desses juizados por meio da realização de 32 entrevistas, realizadas entre os anos de 2005 e 2008, e do acompanhamento particularizado de 5 casos.

As audiências nos Juizados Especiais são públicas. Isso tornou relativamente fácil o acesso a elas, possibilitando a apuração qualitativa do ambiente estudado a partir da observação das audiências, que, colocadas em uma escala hierárquica, de acordo com a Lei 9.099/95, dividiam-se respectivamente em Conciliações e em Instrução e



Julgamento. Após um número satisfatório de depoimentos de pessoas que solicitavam ou eram intimadas pelos Juizados Especiais a comparecerem em tais audiências, esforçamo-nos em coletar as opiniões daquelas que operavam esse dispositivo legal.

O trabalho de natureza qualitativa prosseguiu com o acompanhamento pós-julgamento de um dos casos: o de D. contra o condomínio Y. Nosso objetivo, então, foi identificar como a experiência de leigos (partes em litígio) e de profissionais nos juizados alterou ou cristalizou as noções de justiça e do justo e a maneira como isso influenciou ou não as suas vidas cotidianas. A análise desse caso, segundo a nossa perspectiva, ilustra os atuais impasses e desafios vividos pelos Juizados Especiais.

Em todas as entrevistas, nós procuramos avaliar os impactos da experiência nos Juizados Especiais na vida cotidiana das pessoas.

### **I A TENSÃO ENTRE “CULTURAS LEGAIS”: A LEGITIMIDADE RACIONAL LEGAL E A LEGITIMIDADE RESPONSIVA**

Como dissemos, o pano de fundo de nossa discussão é a reflexão sobre a natureza da legitimidade das decisões proferidas nos Juizados Especiais, notadamente em um contexto de reformas políticas e afirmação das instituições democráticas brasileiras. Não se trata, naturalmente, de uma discussão acerca da existência de legitimidade ou não nas decisões desses juizados. Sem dúvidas, como a farta produção de feitos dos Juizados Especiais demonstra, o seu funcionamento deu novo vigor às ações do judiciário, permitindo aos seus agentes a ostentação de um vultoso número de atendimentos e serviços jurisdicionais prestados anualmente, que têm servido como a vitrine mais bem iluminada e conhecida dos dispositivos institucionais instaurados com o suporte legal da Constituição de 1988 e que, segundo a impressão corrente, teriam ampliado e facilitado o acesso de um maior número de pessoas à justiça, por um número maior de motivações.

Tal impressão é confirmada pelas estatísticas que mostram um número crescente de processos instaurados e de feitos realizados, da ordem de milhares anualmente (ver Gráfico 1), indicando que, independente da natureza da ação, a maior demanda pelos serviços jurisdicionais dos Juizados Especiais se dá como resultado da afirmação da sua legitimidade junto à população, que tem ocorrido às suas cortes em busca de decisões juridicamente perfeitas.

Entretanto, se quisermos uma análise mais qualitativa da natureza dessa legitimidade – se ela deriva, por hipótese, da assunção, por conciliadores, advogados e juízes, de padrões de justiça comunitários e civilistas, ou se, ao contrário, a sua legitimidade está ancorada exclusivamente no amparo e na reprodução das regras e dos procedimentos da cultura legal da justiça estatal –, é necessário ir além dos dados agregados e examinar alguns aspectos da cultura jurídica que tem se desenvolvido sob tal tensão.

O conceito de “cultura legal” utilizado aqui para a compreensão desse fenômeno é inspirado na teoria de Lawrence Friedman (1975, 1998) e subentende, tal como esse autor, que a “cultura legal” é um conjunto variado de expressões, compreensões e usos da lei e do direito no sentido mais amplo, os quais são particularizados pelas sociedades e dentro delas pelos diversos grupos sociais. O conceito de cultura legal, segundo o autor, descreve um dispositivo sócio-cultural de interação das relações sociais no direito, qualificando a tese mais geral dessa disciplina acerca da influência e da existência de determinações recíprocas entre as relações sociais e o direito. Como explica Friedman, o conceito de cultura legal demonstra a etapa específica do processo de configuração institucional do sistema jurídico resultante da fricção entre as relações sociais cotidianas e as leis que são criadas em seu contexto. Supõe-se, então, a existência de uma articulação funcional e não problemática entre os diferentes níveis da vida social. Em uma equação: relações sociais → cultura jurídica → direito.

Nossa apropriação do conceito de cultura legal introduz a mediação do conceito de legitimidade, para entendermos como se constituem e se afirmam, no interior de uma sociedade, as diferentes culturas legais. Nós acreditamos que o conceito de legitimidade permite introduzir na análise das culturas legais de Lawrence Friedman um dispositivo conceitual para pensarmos a ação de atores nas arenas públicas e nas instâncias decisórias e como eles expressam aí os seus interesses e atuam no sentido de impor os seus pontos de vista. Em adição, portanto, ao modelo imaginado por Friedman, a nossa análise introduz a variável *legitimidade* como novo elemento constitutivo do processo de construção social do direito, do qual a “cultura legal” ou “jurídica” é uma das expressões. Em resumo, nós pensamos que as interações sociais e o complexo de expectativas recíprocas dos agentes conformam ações referenciadas nos costumes e na lei, constituindo culturas legais eventualmente concorrentes. Este campo tensionado entre a adequação de ações a expectativas consolidadas em culturas legais seleciona, por intermédio de uma multiplicidade de recursos de poder, materiais e cognitivos, que são mobilizados pelos agentes desigualmente, conferindo-lhes um poder desigual nas disputas pela legitimidade dos seus próprios padrões culturais. Em uma equação: relações sociais → culturas jurídicas → legitimidade → direito.

Servindo-nos da classificação de Friedman (1975, 1998) e do modelo de Selsnick e Nonet (1989), a hipótese geral que orienta este trabalho é a de que a recepção jurídica dos Juizados Especiais se insere nesse campo de tensões constitutivas do padrão de legitimidade dos processos e das decisões judiciais no Brasil. Especificamente, no campo das tensões representadas pelo choque entre um sistema jurídico tradicionalmente legitimado por uma cultura legal misturada, entre repressiva e autônoma, de corte europeu continental, e um expediente jurídico típico da cultura legal “responsiva” dos ordenamentos jurídicos norte-americano e inglês. Nesse embate conflituoso entre culturas legais divergentes, o que a experiência dos Juizados Especiais tem

demonstrado é que os interesses corporativos dos operadores do direito, especialmente dos magistrados, mas também dos advogados e promotores, têm prevalecido sobre os esforços por uma maior democratização da prestação de serviços jurisdicionais. A legitimidade das suas decisões tem cada vez mais se afastado de um ideal de justiça mais comunitarista e aderente aos padrões morais da sociedade e se assentado na crença na autonomia da lei e do direito, frente aos [em detrimento de] critérios políticos e morais de decisão.

Com isso, observa-se claramente no processo de implementação dos Juizados Especiais um movimento crescente de formalização dos procedimentos e de captura do processo decisório dessas instâncias pelas corporações jurídicas estatais e paraestatais.

## **2 JUIZADOS ESPECIAIS: CENTROS DE TRIAGEM E BALCÕES DE RECLAMAÇÃO OU UMA ALTERNATIVA AO JUDICIÁRIO FORMAL?**

A segunda tensão conformadora da experiência dos Juizados Especiais no Brasil é definida, como nós dissemos, pela concorrência de propósitos entre os formuladores da legislação (constituintes) e os executores das ações de criação e desenvolvimento institucional desses juizados (as corporações de magistrados, promotores e advogados, especialmente), isto é, aumentar e facilitar o acesso dos cidadãos à justiça por meios alternativos ao poder judiciário ou, então, simplesmente descongestionar o judiciário estatal, promovendo uma espécie de triagem entre ações judiciais simples e possíveis de serem resolvidas sem a intervenção direta do juiz e aquelas complexas, com todas as exigências de procedimentos do sistema estatal.

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. Ela esteve presente, por exemplo, nas discussões que acompanharam a criação das *Small Claim Courts* norte-americanas, cujas propostas fundamentais, como 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.

No caso norte-americano, no entanto, em comparação com o brasileiro, essas tensões apresentavam um sinal trocado, resultado das distintas tradições legais de um e outro país. Nos Estados Unidos, de acordo com Christine Harrington (1985), tanto os movimentos de reforma judicial do início do século XX, que deram origem a uma extensa e diversificada rede de justiça municipal, quanto os da década de 1970

tinham explícita e implicitamente objetivos de organização do sistema de justiça em bases mais centralizadas e com procedimentos mais homogêneos e formalizados.

Harrington também chama atenção para outro aspecto relacionado ao surgimento das *Small 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 Justizas 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. 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 (HARRINGTON, 1985).<sup>2</sup>

Uma terceira expressão da mesma tensão entre diversificar e aumentar o acesso à justiça pela criação de instituições alternativas ao poder judiciário ou criar expedientes simplificadores de acesso à justiça estatal é a que verificamos nos países da Europa Ocidental. Neste continente, respeitando-se, naturalmente, as tradições e idiossincrasias de cada país, tal tensão esteve marcada em sua essência pela concorrência das legitimidades legalista e estatal – “autônoma” –, por um lado, e dos novos padrões responsivos de justiça, introduzidos pelas políticas públicas de *welfare state* durante todo o correr do século XX, por outro. Uma visão panorâmica da resposta europeia a essas questões pode ser detectada, por exemplo, pelo Projeto Florença, pesquisa desenvolvida por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988). Segundo o que constatarem os autores, as barreiras encontradas pela sociedade para a solução de suas demandas seriam: a) *custas judiciais* (remuneração de juízes e serventuários, além das despesas processuais), que se fazem sentir mais nas pequenas causas, em que as custas podem exceder o valor da demanda; b) *possibilidades das partes* (conhecimento suficiente do direito para propor ação ou defesa, despesas com advogados e manutenção de um processo longo etc.); e c) *tutela judicial dos interesses difusos*, característicos da economia quando “ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 26).

Segundo a mencionada pesquisa, uma das formas de se eliminarem tais barreiras seria o estímulo aos juízos especializados em pequenas causas, os quais constituem a

chamada “terceira onda de acesso à justiça”, em seguida à inclusão dos pobres (primeira onda) e ao reconhecimento judicial das demandas coletivas (segunda onda).

No Brasil, a política de reforma do Estado iniciada pelo antigo Ministério da Desburocratização no contexto da redemocratização, na década de 1980, demandou a reestruturação do judiciário informal. A primeira experiência ocorreu no Rio Grande do Sul, em 1983, onde foi testado pela primeira vez um Conselho Informal de Conciliação. Tal iniciativa estimulou a regulamentação federal dos Juizados de Pequenas Causas (Lei nº 7.244/84), que passaram a ter um procedimento diferenciado para demandas de pequeno valor.

Esses órgãos foram inseridos na Constituição de 1988 (artigo 98, I), prevendo uma composição por três agentes, alternativamente: juiz togado, juiz leigo e conciliador.<sup>3</sup> Em 1995, os Juizados de Pequenas Causas foram substituídos pelos Juizados Especiais (Lei nº 9.099). Em seu artigo 7º, a nova lei dispõe que “os conciliadores e Juízes leigos são auxiliares da Justiça, recrutados, os primeiros, preferentemente, entre os bacharéis em Direito, e os segundos, entre advogados com mais de cinco anos de experiência”. Com isso, a Lei dos Juizados Especiais qualifica como leigo aquele que não é investido por meio de concurso público para a magistratura.<sup>4</sup>

Apesar de ser de competência privativa da União legislar sobre direito processual, há a competência concorrente da União e dos Estados para legislar sobre a “criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas” (artigo 24, X/CRFB). Tal dispositivo permitiu uma variedade considerável de configurações dos Juizados Especiais nos diferentes estados, embora limitada pelas diretrizes da lei federal. No estado do Rio de Janeiro, o funcionamento dos Juizados Especiais é regulamentado pela Lei nº 2.556/96, a qual foi recentemente alterada pela Lei nº 4.578/05. Agora, conforme o seu artigo 12 atual, “os conciliadores e juízes leigos serão selecionados por concurso público, os primeiros, preferencialmente, entre bacharéis e bacharelados em Direito, e os segundos, entre advogados [...]”. E, ainda, a lei reformadora dispõe que “a função de juiz leigo [...] será exercida por alunos da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, na forma disposta em Regulamento, vedado seu exercício por serventuários do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro”.

Consideradas em seu conjunto, essas mudanças legais e mais outras tantas evidências da incorporação da cultura formalista ao funcionamento dos Juizados Especiais demonstram o caráter agressivo da atuação da corporação dos operadores do direito no sentido de desfigurar a concepção e os ideais civilistas e comunitaristas do legislador constitucional.

Além do problema atual da restrição da função de juiz leigo aos estudantes da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), o atual sistema legal limita consideravelmente os seus poderes no processo. O juiz leigo apenas propõe a conciliação (Lei 9.099/95, artigos 21 e 22) e, se houver consenso entre as partes,

servirá como árbitro (artigo 24, §2º), já que a sua decisão fica condicionada à homologação pelo juiz togado (artigos 26 e 40).

Claramente, a tensão entre promover e ampliar as experiências alternativas ao judiciário estatal ou simplesmente descongestionar a justiça comum por meio de um expediente de triagem foi estabilizada, com o predomínio da cultura formalista e estatal e o claro avanço dos tentáculos do poder judiciário sobre os Juizados Especiais. Mais fortes do que as intenções democratizantes dos constituintes, que acenaram com a possibilidade de experimentos judiciais mais civilistas e comunitaristas, foram os interesses corporativistas de juízes e advogados, na medida em que estes conseguiram restaurar, em legislações complementares, algumas prerrogativas de monopólio dessas corporações. O esvaziamento do conteúdo cívico dos Juizados Especiais gerou como resultado a neutralização das possibilidades de desenvolvimento de experiências inovadoras de justiça, alternativas ao Estado e à sua carga opressiva e repressiva, mobilizada por grupos instalados nas suas instituições e seus *lobbies* usuais. Atuando de forma cada vez mais burocratizada e com decisões padronizadas, os Juizados Especiais transformaram-se em balcões de triagem de causas que devem ou não ser apreciadas pela justiça estatal “comum” e aquelas que ficarão simplesmente como um registro de reclamações do pequeno consumidor diante de grandes litigantes.

### **3 JUIZADOS ESPECIAIS: O PROBLEMA NA PRÁTICA**

Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais de Niterói foram criados e regulamentados pela Lei 2.556, de 21 de maio de 1996. Em seu artigo primeiro, a referida lei instituiu um “Sistema Estadual de Juizados Especiais Cíveis e Criminais” para conciliação, julgamento e execução, pelo poder judiciário, de causas cíveis e infrações penais de menor potencial ofensivo. Essa lei, como nós dissemos, passou por algumas modificações, tendo sido a mais recente delas a Lei 4.578/05, que alterou especialmente a forma de seleção dos conciliadores e juízes leigos, atribuindo maiores prerrogativas ao presidente do Tribunal de Justiça.

Na época da instalação da Lei 2.556/96, eram apenas dois os juizados criminais de Niterói e dois os de natureza cível, o I e o II Juizado Especial Cível de Niterói e o I e o II Juizado Especial Criminal, respectivamente. Quase dez anos depois, em 2005, os juizados permaneciam em igual número e continuavam localizados no mesmo segundo andar do prédio da Rodoviária Municipal, próximo ao centro da cidade. Somente no ano de 2006 foram criados os Juizados Especiais Criminais e Cíveis da Região Oceânica.

Na sede da Estação Rodoviária, onde foi feita a pesquisa qualitativa, as instalações pareciam improvisadas para o seu tipo de uso, mesmo depois de passados dez anos da sua inauguração, e, segundo um dos conciliadores entrevistados, aquele não seria

o ambiente ideal para a realização da conciliação, dados o desconforto e a exiguidade dos móveis e das instalações.

Nos Juizados Especiais Cíveis predominam as matérias consumerísticas relacionadas a reclamações contra empresas prestadoras de serviços públicos, especialmente concessionárias, mas também bancos, financeiras, grandes lojas, de tal sorte que a grande maioria das ações se concentra em meia dúzia de empresas.

Nesse tipo de configuração da demanda, a clivagem de Galanter adotada por Cappelletti e Garth (1988), a predominância do conflito entre litigantes “eventuais” e litigantes “habituais” nos parece bastante adequada para entender a situação:

O professor Galanter desenvolveu uma distinção entre o que ele chama de litigantes ‘eventuais’ e ‘habituais’, baseado na freqüência de encontros com o sistema judicial. Ele sugeriu que esta distinção corresponde, em larga escala, à que se verifica entre indivíduos que costumam ter contatos isolados e pouco freqüentes com o sistema judicial e entidades desenvolvidas, com experiência judicial mais extensa. As vantagens dos ‘habituais’, de acordo com Galanter, são numerosas: 1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros. Parece que, em função dessas vantagens, os litigantes organizacionais são, sem dúvida, mais eficientes que os indivíduos. (p. 25)

No caso dos Juizados Especiais, essa observação é inescapável quando se observa que a quase totalidade dos litígios, para vários períodos de tempo considerados, resume-se a milhares de reclamantes de um lado do balcão e uma dezena de empresas do outro lado, responsabilizadas pela ofensa a direitos.

O analista judiciário J., com ampla experiência nos Juizados Especiais, conta que esse tipo de demanda por ressarcimento de danos e prejuízos provocados por serviços ineficientes e muitas vezes não prestados, bem como por indenizações por danos morais associados ao prejuízo material – demanda concentrada, repita-se, na atuação de poucas empresas –, ensejou a criação do chamado “expressinho”, que adotava um procedimento padrão para o julgamento dos litígios contra determinadas empresas, notadamente as prestadoras de serviços de telefonia e bancos.

Dessa forma, nas relações de consumo, os Juizados Especiais passaram a absorver vários litígios que antes não eram devidamente apreciados pelo judiciário, em razão da desproporcionalidade entre custas judiciais e possíveis benefícios. Além

disso, como há limitação legal para apreciação de causas trabalhistas, familiares e fazendárias pelos Juizados Especiais, existe uma predominância das matérias relacionadas ao consumo. Surge, assim, no meio jurídico, uma associação entre cidadania, Juizados Especiais e proteção ao consumidor, construída a partir de marcos legais dos anos 1990: o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e os Juizados Especiais (Lei 9.099/95).

Na prática, entretanto, os Juizados Especiais acabaram absorvendo uma tarefa que deveria ser atribuída às agências reguladoras: a fiscalização das concessionárias de serviços públicos. Segundo os dados estatísticos do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro relativos ao mês de novembro de 2007, os dez maiores réus nos juizados são empresas de: telefonia – Telemar/Oi (1º), Vivo (5º) e Tim (7º) –; energia elétrica – Ampla (2º) e Light (3º) –; e instituições bancárias – Itáú (4º), Banco do Brasil (6º), Unibanco (8º), Bradesco (9º) e Itaucard (10º).<sup>5</sup> Se, num primeiro momento, o número alto desses tipos de ações pode parecer uma ampliação do acesso à justiça, garantindo uma tutela jurisdicional antes inimaginável, a depuração do fenômeno nos indica, porém, que a costumeira presença das mesmas empresas, prestadoras dos mesmos serviços, significa na realidade que as lesões aos direitos dos consumidores são rotineiras e que as decisões tomadas no âmbito dos Juizados Especiais não têm provocado os necessários efeitos dissuasórios da atuação lesiva de tais empresas. Ainda como efeito dessa distorção, a presença constante das mencionadas empresas acaba congestionando os cartórios, acarretando maiores custos operacionais (funcionários técnico-administrativos e adiamento de audiências).<sup>6</sup>

#### 4 DESVIRTUAMENTO DOS JUIZADOS ESPECIAIS: O CASO DE NITERÓI

O conjunto dos dados recolhidos até o momento revela um aumento exponencial das demandas pelos serviços dos Juizados Especiais, em Niterói. Na esfera cível, os mais recorrentes são os casos ligados às relações de consumo, sendo menor o número de processos envolvendo pessoas físicas. Os conflitos de vizinhança, por serem mais raros, nem chegam a ser catalogados segundo os critérios oficiais, restando diluídos em outros critérios. Como se verá, esse dado, ou a ausência dele, é indicativa do esvaziamento do conteúdo mais comunitarista das funções dos juizados.

**Tabela 1 – Processos nos Juizados Especiais Cíveis de Niterói de 1997 a 2005** (Fonte: <<http://www.tj.rj.gov.br>>)

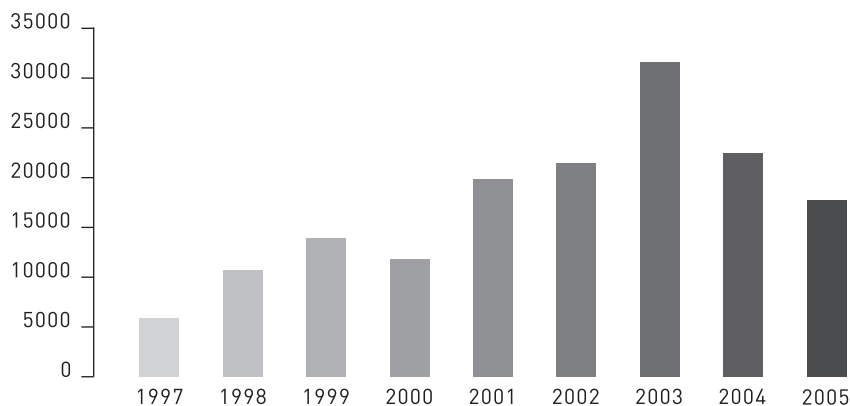
NATUREZA DA DEMANDA	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
DIREITO DO CONSUMIDOR	513	1.980	4.939	2.868	11.029	12.858	19.000	12.794	8.716
ARRENDAMENTO RURAL/ PARCERIA AGRÍCOLA	2	0	5	4	0	3	0	0	0



COBRANÇAS DE CONDOMÍNIO	11	12	57	1	7	6	4	1	0
DANOS EM PRÉDIO URBANO OU RÚSTICO	25	23	25	7	2	1	1	0	0
DANOS EM ACIDENTE DE AUTOMÓVEIS	183	219	174	123	74	130	130	25	40
SEGURO POR ACIDENTE DE VEÍCULOS	18	3	18	10	15	5	3	0	0
COBRANÇA DE HONORÁRIOS PROFISSIONAIS	38	56	44	51	75	57	53	71	39
OUTROS CASOS PREVISTOS EM LEI	828	1313	781	1200	23	14	20	2	0
DESPEJO PARA USO PRÓPRIO	15	29	10	21	20	10	13	16	16
EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL	302	490	431	474	479	411	567	464	285
EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL	2	94	55	13	11	10	10	26	57
MEDIDAS CAUTELARES	30	233	682	380	18	27	38	25	6
MONITÓRIAS	83	102	79	14	7	3	1	0	0
OUTRAS COM VALOR DE ATÉ 40 SALÁRIOS MÍNIMOS	990	3.646	4.186	4.339	6.209	4.516	309	309	185
POSSESSÓRIAS	7	28	104	9	13	8	8	14	2
PRECATÓRIAS	343	381	666	793	845	1.063	1.756	1.842	1.738
COBRANÇA	-	-	-	-	-	203	859	683	591
RESSARCIMENTO/INDENIZAÇÃO	-	-	-	-	-	1358	8207	5939	5.892
<b>TOTAL</b>	<b>3.390</b>	<b>8.609</b>	<b>12.256</b>	<b>10.307</b>	<b>18.827</b>	<b>20.683</b>	<b>30.979</b>	<b>22.211</b>	<b>17.567</b>

**Gráfico 1 – Total de feitos por ano, de 1997 a 2005, do Juizado Especial Cível** (Fonte: <<http://www.tj.rj.gov.br>>)

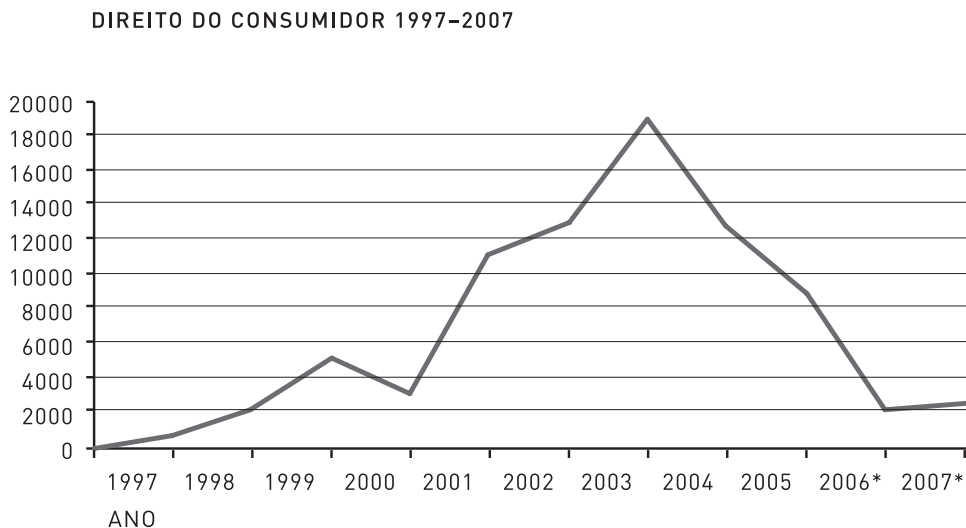
TOTAL DE FEITOS



Os dados tanto da Tabela 1 quanto do Gráfico 1, relativos à natureza das demandas, confirmam o que nós dissemos antes, isto é, que elas estão concentradas no direito do consumidor e nas ações de ressarcimento e indenizatórias. Ou seja, se considerarmos que as ações indenizatórias e de ressarcimento estão relacionadas, em sua maioria, por origem ou derivação, às ações de consumo, temos que, em 2007, por exemplo, as questões consumerísticas mobilizaram cerca de 80% dos trabalhos realizados nos Juizados Especiais Cíveis de Niterói.

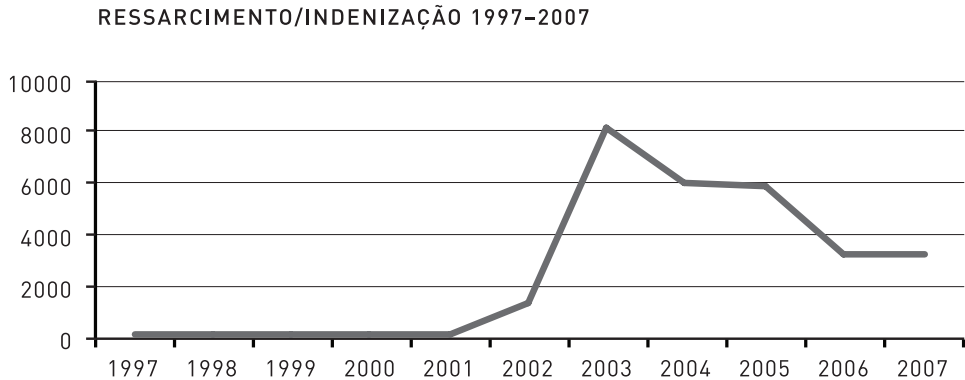
O comportamento semelhante das curvas desses dois tipos de ações (Gráficos 2 e 3) confirmam a conexão entre ambas.

**Gráfico 2 – Litígios relacionados ao direito do consumidor, de 1997 a 2007** (Fonte: <<http://www.tj.rj.gov.br>>)



\* os dados de 2006 e 2007 não consideram os feitos dos Juizados Especiais da Região Oceânica

**Gráfico 3 – Litígios relacionados ao pedido de ressarcimento e direito do consumidor, de 1997 a 2007** (Fonte: <<http://www.tj.rj.gov.br>>)<sup>1</sup>



Outro aspecto que ressalta no conjunto desses dados é que, embora o escopo das ações impetradas nos juizados seja diversificado, comprovando o largo espectro de problemas que podem ser legalmente apreciados por tais instâncias, elas estão concentradas em poucos tipos de ações.

Um juiz do Juizado Especial Cível de Niterói entrevistado em nossa pesquisa traduz de forma quase impaciente a sua impressão sobre este viés consumerístico apontado pelo conjunto de dados relativos às ações impetradas:

É sempre a lei de defesa do consumidor. É a mais recorrente. Mas o problema é que as pessoas vêm pedindo sempre o dano moral e elas sempre entram com o patamar máximo do dano moral. Está meio banalizado isso. As pessoas querem mais dinheiro, estão vindo no judiciário por isso. Qualquer coisa: pisa no pé, quebra o pé, querem mil reais. Telefone também. Telefone, eles pedem coisas absurdas. Claro que há falhas no serviço, mas eles não aceitam, por exemplo, uma indenização de dois salários, sempre querem dez, quarenta salários.

Este dado, por si só, revela um dos aspectos da legitimidade dos Juizados Especiais que merecem reflexão. As ações de consumo contra as empresas de telefonia, e contra outras concessões de serviços públicos, como energia elétrica, e, ainda, serviços bancários, estão entre as mais demandadas pelos litigantes. Essas ações, segundo as informações de juízes e conciliadores, atingem pessoas de diversos níveis de renda e social. Como afirma um dos conciliadores entrevistados:

Aqui é muito variado. A gente vê gente tipo ex-juízes recorrendo ao

Juizado Especial e você vê gente analfabeta, varia muito.

Ou, ainda, segundo a avaliação de outro conciliador:

No juizado, só pode acima de 18 anos. Mas é variado também, tem de tudo. Principalmente, essas empresas de telefonia, essas concessionárias de serviço público, elas prestam serviço para toda a sociedade. Então vai de 18 a 70 anos. É um leque muito grande.

Subtende-se dessa relação vivida às turras entre, de um lado, os conciliadores e juízes e, de outro, as ações consumerísticas que capturam a quase totalidade dos esforços dos Juizados Especiais, que ela é de mútua serventia para os agentes envolvidos. Para as pessoas, de maneira geral, é conveniente e eficaz demandar a justiça para resolver seus problemas de má prestação de serviços e ainda arriscar o recebimento de uma indenização; esse tipo de demanda vem tanto do rico quanto do pobre. Pelo viés do juiz e do *staff* da justiça especial (conciliadores, advogados, promotores), essa demanda social de justiça legitima as ações e as decisões do Juizado Especial.

O sentimento contraditório entre a crítica ao excesso de litígios relacionados ao consumo e a aceitação comportada dessa tarefa como contrapartida da indispensável legitimação da atuação dos Juizados Especiais, pode ser percebido claramente na fala do juiz. Como afirma o juiz do Juizado Especial Cível de Niterói (o mesmo que reclamava do excesso de litígios relacionados às prestadoras de serviços públicos):

[...] a lei do consumidor advém até de uma determinação constitucional. É para facilitar, é para reduzir a diferença hipossuficiente do consumidor em face das grandes empresas. Ela dá vantagens ao consumidor. Tem que ter mesmo vantagens, até mesmo em função da responsabilidade, que é a responsabilidade objetiva em termos das práticas abusivas que essas empresas às vezes fazem. A propaganda enganosa. E se a propaganda também tem alguma cláusula restritiva de direito do consumidor tem que vir expressa e clara para o consumidor poder entender. São esses contratos de adesão: se chegam com um atraso enorme, o consumidor vai lá e assina. Então tem que fazer a interpretação dessas cláusulas.

Logo em seguida, moto contínuo, ele desqualifica a mesma demanda da seguinte forma:

As pessoas geralmente têm uma noção de que foram lesadas – ‘ah, eu não estou gostando disso’, ‘eu não quero, eu não estou aceitando isso’. Às vezes

as pessoas chegam aqui sem condições; elas fazem o pedido, chegam no juiz para fazer instrução sem advogado, sem defensor público, sem condições de pagar. Mas você tem que ver também a postura do juiz. O juiz não pode ser também, ao mesmo tempo, julgador e advogado da parte. Porque aí você também não pode quebrar um outro princípio do direito que é o contraditório e a imparcialidade, entendeu? O juiz tem sempre que trabalhar com princípios, com parâmetros.

É possível imaginar que sem ações contra as operadoras de telefonia e eletricidade, por exemplo, caso as agências reguladoras assumissem a integridade das suas funções fiscalizadoras, e não apenas reguladoras, o montante dos serviços apresentados à sociedade pelos Juizados Especiais se reduziriam em cerca de 80% anuais. O impacto dessa redução expressiva da quantidade de feitos dos Juizados, frequentemente utilizada pelos juízes para invocar a extensão e a legitimidade dos seus serviços junto aos seus jurisdicionados, repercutiria seguramente nas pretensões e demandas desses institutos jurídicos frente aos demais órgãos do judiciário, afetando-os desfavoravelmente na distribuição interna de poder, especialmente dos magistrados diretamente envolvidos em seu funcionamento e sua expansão.

Em nosso ponto de vista, a redução dessa demanda possibilitaria aos Juizados Especiais experimentar com mais intensidade todas as possibilidades de resolução de conflitos que foram originalmente oferecidas pela lei que os criou.

## 5 OS CONFLITOS DE VIZINHANÇA: SEM LUGAR PARA RECLAMAR

Poucas foram as causas pesquisadas que efetivamente possuíam a natureza de conflito de vizinhança. Quatro casos serão destacados, por representarem bem o confronto entre um conflito tipicamente local e a estrutura burocrática do Juizado Especial.

### 5.1 CASO Nº 01

Uma moradora ingressa com ação em face de condomínio cuja síndica autorizara a utilização do espaço comum de moradores como garagem, incomodando o sossego da autora. Questionada sobre o conflito, esta assim expõe:

O fato de a síndica ter resolvido por conta própria criar um estacionamento ao lado do meu apartamento [...], é um absurdo fazer uma coisa dessas arbitrariamente, sem convocar uma reunião ou coisa do tipo. A partir daí fica um barulho insuportável que atrapalha completamente a minha vida. Não conseguia mais fazer as coisas que fazia normalmente com tranquilidade. Como ela não quis resolver de forma amigável fui na justiça.

Percebe-se que a questão demanda muito mais um mediador do que um julgador. A ausência do diálogo prévio levou a moradora a provocar o judiciário, o que poderia ter sido facilmente evitado. Como jamais havia participado de um processo, a autora foi orientada por uma amiga a propor a ação no Juizado Especial. Após aguardar por sete horas o início da audiência, a autora diz:

Demorou bastante. Mas, pelo que ouço da justiça nesse país, sinceramente eu até estava preparada para esperar mais do que isso. [O Juizado Especial] não é rápido, mas dizem que é melhor do que a justiça comum. Sinceramente não sei, porque nunca precisei da justiça comum, mas não achei rápido não. A espera é cansativa. Espero não ter que precisar em outros casos.

### 5.2 CASO N° 02

Morador aciona o condomínio porque a mala do seu veículo foi arrombada dentro da garagem do prédio, tendo sido furtados o estepe e um carrinho de bebê.

Também neste caso, o Juizado Especial foi visto como uma instância necessária após a ausência de diálogo. Segundo o morador:

Houve uma tentativa de conversar com o condomínio, mas não deu em nada porque eles se recusaram a reconhecer qualquer responsabilidade pelo que aconteceu, aí tive que buscar a justiça.

Assim como no processo anterior, a imagem negativa ficou por conta da demora no atendimento (seis horas):

É demorado. Pensei que ia ser uma coisa mais rápida, que ia resolver direto. Não achei que fosse na hora porque conheço o serviço público do país, mas realmente não esperava aguardar tanto.

### 5.3 CASO N° 03

Inquilino indica seus tios como fiadores do contrato de locação. Como os aluguéis não foram pagos, o proprietário do imóvel cobrou dos parentes, e estes acionaram a sobrinha para reaver o que fora pago. Entrevistada, assim a ré relata o caso:

Meus tios foram fiadores do meu apartamento. Ocorreu um grave imprevisto profissional na minha vida e não tive condição de arcar com o pagamento. Eles como fiadores pagaram pra mim e logo após começaram a me cobrar, mas, se eu não tinha condição há poucos dias, não tenho condição agora. Acho que eles pensaram que eu iria dar calote e entraram com essa ação contra mim.

Assim como ocorreu nos outros casos, a parte reclama da morosidade, afirmando que o atendimento:

Não foi nada bom, além do desgaste emocional de estar sendo acionada por membros da minha família, o atendimento é demorado, esperei bastante. Depois que fui acionada fui pesquisar sobre os Juizados Especiais e disseram que era pra eles serem rápidos, mas não foi o que vi lá.

Ao contrário dos dois casos anteriores, neste se percebe nitidamente o respeito pela instituição judiciária, sob a ótica da ré:

[...] percebi que não é bom ficar devendo a ninguém. Que a sensação de estar sendo acionada na justiça é horrrosa, agora só vou pegar dívidas que eu possa pagar num tempo muito curto, porque encarar tribunal não é uma coisa boa. Dá muito trabalho, perde muito tempo e suga muito de você. [...] o que me pressionou foi a ideia de estar sendo acionada na justiça, não sei se funciona assim pra todo mundo. Mas a sensação é horrível.

#### 5.4 CASO Nº 04

Compradora de apartamento localizado na praia de Icaraí, bairro da classe média alta de Niterói, ao reformar o imóvel para morar, retirando os toldos para lavagem e conserto, constatou que a parede externa e frontal ao apartamento, na qual os toldos estavam fixados, tinha problemas de fixação porque, segundo o pedreiro contratado para a execução dos serviços, a parede estava “oca”. Poucos dias depois de executado o serviço, um dos toldos se desprendeu, atingindo a janela de um apartamento vizinho. Ao comunicar o ocorrido para a síndica do prédio e dizer que os toldos não estavam bem fixados por problemas na parede externa, a autora, D., foi, segundo disse, instruída pela síndica a comprar parafusos especiais para a execução do serviço. Como os novos parafusos de nada resolveram, D. procurou novamente a síndica e, desta vez, recebeu como resposta a recomendação de que resolvesse por conta própria o problema. Como, no seu entendimento, segundo a interpretação que havia feito do estatuto do condomínio, as áreas externas do prédio eram de responsabilidade do condomínio, e não dos proprietários individualmente, a autora entrou nos Juizados Especiais, orientada por estagiários do escritório de assessoria jurídica da Faculdade de Direito Candido Mendes:

Vi um anúncio de assessoria jurídica gratuita em um jornalzinho da Faculdade de Direito Candido Mendes. Lá me informaram que o caminho seria o Juizado Especial.

No Juizado Especial:

[...] marcaram a audiência para três meses depois. Estive lá no dia 14 de novembro de 2007, e a audiência foi marcada para o dia 10 de janeiro de 2008.

Tudo o que segue, neste caso, é bastante ilustrativo daquilo em que os Juizados Especiais têm se transformado. Após esperar três meses pela primeira audiência, D. pôde finalmente expor o seu caso diante do conciliador, uma bacharel em direito na oportunidade, aluna da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. D. compareceu à audiência sem a presença de um advogado, conforme havia sido aconselhada a fazer pelo escritório da Faculdade de Direito Candido Mendes, e, sem acordo na primeira audiência de conciliação, foi orientada a solicitar advogado na defensoria pública, o que fez prontamente no cartório do próprio juizado. A funcionária do cartório que a atendeu, ao se inteirar sobre o problema de D., disse-lhe que havia a possibilidade de que aquela causa não prosperasse no Juizado Especial Cível (JEC), em face de a ação demandar perícia técnica. Na audiência de julgamento, que, segundo D., foi monopolizada pela defesa e pelo advogado do condomínio, uma grande surpresa: o advogado do condomínio apresentava-se como um profissional experiente na atuação em Juizados Especiais, o que é no mínimo uma anomalia para uma justiça que foi pensada para evitar a necessidade desses profissionais. A sua *expertise*, no entanto, foi demonstrada em seguida ao seu breve discurso no juizado sobre o descuido de D. ao comprar um imóvel “ferrado” (expressão relatada por D.); segundo o relato dela, o advogado do condomínio disse que aquele JEC não poderia julgar tal causa por ela demandar perícia técnica, e isso a caracterizaria como uma causa “complexa”.

A defensora [pública] argumentou que já existia registro em ata de reclamação de outros moradores com respeito aos toldos. Alegou, também, que havia uma firma responsável pela instalação dos toldos e aqueles estavam ainda na garantia.

Para a indignação de D., a despeito, ainda, de ela ter apresentado laudos da prefeitura e da defesa civil os quais condenavam a fachada do edifício, a “juíza” (conciliadora), endossando a apreciação da técnica jurídica do advogado do condomínio e quase que repetindo as palavras dele, disse que o caso deveria ir para a justiça comum, por demandar perícia técnica, o que caracterizaria aquela causa como complexa.

A avaliação de D. dessa sua experiência nos Juizados Especiais mistura a natural frustração por não ter tido o seu caso apreciado por aquele juizado, após uma espera de oito meses entre a audiência de conciliação e a de julgamento, com um



sentimento de que faltaram apenas bom senso e experiência para resolver a questão. Em suas palavras:

Tem que dividir por etapas. O tempo foi absurdo, muito sacrificante, o atendimento dos universitários foi excelente. O juiz [conciliadora] apesar de eu me sentir mais à vontade que num tribunal, mas eu tinha certeza que a juíza nunca tinha lido uma ata de reunião de condomínio. Acredito que sim, porque a juíza [conciliadora] demonstrou que não sabia que [morador] não pode fazer obra externa. A juíza não tinha experiência. Conta muito a experiência [...], meu irmão, por exemplo, tem experiência como membro de associação, como engenheiro da Caixa [Econômica Federal], entende mais direito e convenção [de condomínio] que um advogado.

Perguntada sobre como aquela experiência e, particularmente, a decisão do Juizado Especial tinham afetado a sua vida e sobre a avaliação que ela fazia da justiça, D. revela o caráter mais negativo desse tipo de engessamento normativo e formalista dos Juizados Especiais, provocado pela ação corporativista na luta pelo seu controle político-institucional. Nas palavras de D.:

Uma pessoa que está mal intencionada não faz o que eu fiz: perícia, procurar a justiça [...], meus familiares queriam que eu pedisse indenização, danos morais etc., eu só queria o conserto da parede. Agora não! Eu quero tudo! Eu estou mal intencionada e vou jogar com tudo: documentos, laudos. Depois que a gente passa dos quarenta a gente consegue perceber muitas coisas. Já a juíza não viu! O advogado do condomínio ainda brincou comigo dizendo que eu estava perdida, sem advogado.

Ou seja, além de não ter o seu problema resolvido em razão do preciosismo técnico do julgamento, D. acabou estimulada pelo Juizado Especial a encetar nova ação, retroalimentando e legitimando o moroso e custoso judiciário estatal.

## CONCLUSÕES

Como vimos, o conjunto dos dados estatísticos e a análise das entrevistas confirmam, primeiramente, que a população passou a confiar e a conferir legitimidade às decisões pactuadas no âmbito dos Juizados Especiais. Em termos práticos, podemos afirmar que o aumento do número de litígios levados aos Juizados Especiais guarda relação direta com o progressivo aumento da confiança das partes envolvidas nas soluções judiciais obtidas nessa instância da justiça especial.

No entanto, nas mesmas entrevistas, registramos algumas reclamações que evidenciam um progressivo esgotamento do sistema dos Juizados Especiais, dando-se o mesmo fenômeno experimentado pela justiça comum, qual seja, o aumento exponencial dos litígios para apreciação e eventual julgamento. Reclamações sobre a morosidade dos Juizados Especiais, por exemplo, começam a surgir com uma frequência acentuada nas opiniões emitidas pelos seus usuários, o que é preocupante para uma justiça que se propõe a ser descomplicada e desburocratizada, ou, em uma palavra: rápida. Assim, a burocratização e a morosidade permitem o questionamento da legitimidade (e mesmo da eficiência) do judiciário para a resolução dos conflitos.

O mais grave é a ausência de um debate maior sobre as causas do acúmulo de processos, pois a política judiciária vem se pautando pela eficiência na eliminação dos feitos judiciais. Estatisticamente, como vimos, muitas das demandas provêm de litigantes habituais, os quais deveriam ser fiscalizados e sancionados extrajudicialmente por órgãos estatais administrativos (agências reguladoras, Banco Central etc.), ou outros meios alternativos de resolução de conflitos.

Se essa omissão não é estimulada diretamente pelo próprio judiciário, ela lhe é, no mínimo, funcional, tendo em vista o receio dele de perder poder de ingerência sobre tantos litígios. Afinal de contas, a alegação de sobrecarga de trabalho dos tribunais e a consequente morosidade da prestação dos serviços jurisdicionais, ao mesmo tempo que serve de justificativa para a ineficiência e iniquidade da justiça, sempre teve destaque no discurso dos defensores de maiores recursos econômicos para o judiciário estatal.

Não restam dúvidas, portanto, de que os Juizados Especiais vieram para atender a uma demanda represada de litígios de menor impacto ofensivo e os quais não tinham soluções jurídicas perfeitas nas instituições tradicionais do judiciário, ou se solucionavam pelas vias tradicionais alheias ao judiciário. A gratuidade e a descomplicação burocrática dos rituais e procedimentos jurídicos dos Juizados Especiais são apontadas pela imensa maioria dos seus usuários como fatores motivadores do recurso a esse expediente judiciário. Em um país de imensas carências como o nosso, a falta de infraestrutura, recursos materiais e pessoal qualificado não demoraria mesmo a cobrar o seu preço. Na verdade, o enorme afluxo de litigantes aos Juizados Especiais e as consequentes perturbações no sistema daí decorrentes, tais como a demora das audiências e o congestionamento dos julgamentos, podem ser considerados *externalidades* positivas de todo o processo, pois que derivadas do aumento da legitimidade e da credibilidade dos serviços prestados pelos Juizados Especiais, além das boas qualidades da desburocratização e gratuidade do processo.

A expressão negativa desses problemas estaria principalmente na ameaça ao patrimônio de confiança e à agilidade da justiça especial. Tal judicialização de demandas rotineiras acaba por descaracterizar o Juizado Especial, que deixa de atuar como um tribunal de vizinhança para servir como balcão de atendimento a litígios de massa, em

crescimento exponencial. Com isso, para atenderem à exigência de produtividade desse serviço público estatal, os juizados acabam burocratizando a sua função.

Assim, a nossa perspectiva para a análise dos problemas de morosidade e congestionamento dos Juizados Especiais aponta para a hipótese de que a pressão conservadora e corporativista dos operadores do direito, advogados, promotores e, especialmente, magistrados, tem atuado no sentido de promover a “reformatização” e “re-estatização” dos Juizados Especiais.

Não se trata, aqui, apenas de ressaltar o dado óbvio de que a restrição legal à seleção de conciliadores que forçosamente sejam, segundo a atual legislação estadual, juízes aprendizes da Escola de Magistratura diminuiu consideravelmente o escopo de profissionais e cidadãos de maneira geral habilitados a oferecer seus préstimos como árbitros legítimos de conflitos de baixo poder ofensivo social e aos indivíduos. Também nisso a alteração legal passou a atuar no sentido inverso ao espírito da Lei nº 9.099/95. Talvez, o prejuízo maior nesse tipo de legislação formalista e restritiva seja, na realidade, impossibilitar que decisões novas aflorem nos fóruns dos Juizados Especiais, baseadas em valores e em um senso de justiça mais próximos dos cidadãos comuns, bem como arranjos institucionais alternativos à justiça estatal.

A busca por conciliadores juristas e juízes leigos estudantes da Escola da Magistratura se revela, assim, uma opção pela eficiência da técnica jurídica, em detrimento da representatividade social. De fato, soluções conciliatórias demandam um trabalho artesanal de articulação e composição o qual exige tempo e capricho, valores que se chocam com as expectativas de eficiência e justiça rápida. A crescente busca por produtividade e pelos certificados ISO (padrões de “qualidade” impostos pelo mercado) demanda uma padronização de processos, como se as causas levadas ao judiciário fossem facilmente massificadas e convertidas em estatísticas funcionais.<sup>8</sup>

Com isso, os conflitos de vizinhança, que deveriam ser um dos problemas fulcrais dos Juizados Especiais, ficam totalmente à margem do atual modelo. Por demandarem uma abordagem quase artesanal, já que o conflito jurídico muitas vezes é a ponta de um *iceberg* de vários outros problemas, a burocratização e a extrema impessoalidade no tratamento das partes acabam produzindo uma justiça de pior qualidade.

Em suma, a experiência acumulada pelos Juizados Especiais revela aspectos significativos da cultura jurídica brasileira e da sua forma peculiar de assimilar as demandas contemporâneas por acesso à justiça.

Se, por um lado, a bem-sucedida experiência dos Juizados Especiais pode ser avaliada pelo aumento expressivo da demanda por seus serviços jurisdicionais, atingindo, dessa maneira, um dos seus objetivos fundamentais, que é o de promover e ampliar o acesso à justiça pelos cidadãos, por outro lado, uma parte deste patrimônio de legitimidade tem sido solapada pelas tentativas de desvirtuamento da sua natureza civil e da sua representatividade político-social.

Idealizados como meios legítimos de aproximar os conceitos de justiça comunitarista – locais e culturalmente circunscritos, portanto – aos princípios formais e universalizantes da justiça estatal, os Juizados Especiais acabaram capturados pelos interesses corporativos e de empoderamento institucional. Sem dúvida, este talvez seja o aspecto mais negativo da trajetória dos Juizados Especiais: o esvaziamento da concepção de um serviço jurisdicional cuja eficácia, eficiência e legitimidade seriam retiradas da sua natureza civil e societária.

Os casos analisados dos Juizados Especiais de Niterói demonstram claramente que o peso da justiça estatal, legalista e burocrática começa a se abater sobre tais juizados, a partir de uma legislação secundária, que drenou boa parte do capital cívico e social dessa experiência. A legislação fluminense, em especial, que restringe o exercício das funções de juízes leigos e conciliadores ao corpo de alunos da Escola de Magistratura, evidencia o ataque da corporação aos princípios da representatividade social dos juízes leigos conforme o espírito da constituição, quando previu a criação dos Juizados Especiais.

Os primeiros efeitos dessa mudança começam a se refletir nas reclamações dos usuários da justiça especial a respeito da demora do processo judicial, as quais em muito lembram as reclamações comuns sobre a lentidão da justiça comum. As razões para isso muito possivelmente derivam das mesmas causas: apuro técnico, alegação de falta de *expertise* dos leigos para propalar sentenças e a habitual carência de infraestrutura estatal de suporte à processualística dos tribunais.

O pior a ocorrer será a extensão dos demais problemas da justiça comum aos juizados especiais, quais sejam, aqueles que obstam o acesso dos cidadãos mais pobres à apreciação arbitral, o que mataria definitivamente os objetivos centrais para os quais os juizados especiais foram criados.

: ARTIGO APROVADO (18/06/2010) : RECEBIDO EM 16/10/2009

## NOTAS

1 Tanto no Gráfico 2 quanto no Gráfico 3, o número de feitos dos Juizados Especiais Cíveis de Niterói nos anos de 2006 e 2007 reflete uma diminuição provocada pela inauguração dos Juizados Especiais da Região Oceânica, área que se tornou densamente povoada nos últimos 15 anos.

2 Vamos desconsiderar aqui a experiência dos Juizados de Paz no Brasil imperial, entre 1829 e 1841, para focar exclusivamente na experiência recente dos Juizados Especiais, embora aquela experiência seja ilustrativa das primeiras ações do processo histórico brasileiro de centralização do poder judiciário pelas corporações de magistrados.

3 Ressalte-se, ainda, que, devido ao sistema federado dos EUA, as *small claims courts* de cada estado norte-americano têm um funcionamento diverso, sendo que em cada localidade as reformas tiveram alcances diferentes. A experiência reformadora de Nova York, no entanto, assumiu um papel de referência para todo o país. Provocada pela “manifesta insatisfação da sociedade” com relação ao fato de que as *Small Claims Courts* 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, p. 160).

4 Várias são as alternativas ao juiz formalmente investido por concurso público. A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 98, o uso de juízes leigos em Juizados Especiais (inc. I) e juízes de paz, eleitos para o exercício de atividades conciliatórias e administrativas (inc. II).

5 Tal conceito é duramente criticado por Miguel Baldez, que entende inconstitucional tal previsão, por frustrar o ideal de acesso à Justiça objetivado pela nova ordem democrática: “A Constituição brasileira [...] apontou o caminho institucional quando previu em seu art. 98 os Juizados Especiais, neles consentindo a inclusão de juízes leigos e, com isso, abrindo caminho para o rompimento do monopólio do Poder Judiciário pela magistratura. Sem essa abertura não há como pensar, com conseqüências concretas, na democratização da justiça, aqui compreendida, além dos limites restritos e condicionantes do juridicismo, como fato existencial e, por isso, imbricada nas contradições econômicas, sociais, políticas e culturais. [...] Com o rompimento do monopólio (art. 98 da Constituição Federal), criavam-se as condições de abertura necessárias ao arejamento da ideologia jurídica burguesa, outras realidades enfim estariam representadas no campo jurídico-judiciário, outras culturas partilhariam com os juízes togados a compreensão dos fatos, iniciando-se um processo compartilhado de produção da Justiça. A utopia democrática, porém, teve pouco tempo de vida, pois veio a Lei nº 9009, de 26.6.1995, de implantação e regulação dos Juizados Especiais, e os juízes leigos da norma constitucional foram apropriados pela ideologia jurídica. E como se fez isso? Com aparente desconsideração pela classe dos advogados, leigos passaram a ser, em matéria cível, pelo menos, os advogados com mais de cinco anos de formados. Há na lei uma clara inconstitucionalidade, por não ter como conformar o conceito de leigo com o dispositivo legal”.

6 Em 2008, na lista das dez empresas mais reclamadas nos Juizados Especiais Cíveis de todo o estado do Rio de Janeiro, persistiam, com algumas alterações nas posições, as mesmas empresas e serviços líderes de reclamações nos Juizados Especiais Cíveis de Niterói: 1º) Unicard-Unibanco, com 53.949 ações, correspondentes a 15,26% do total de ações; 2º) Oi Telefonia Fixa, com 31.476 ações, ou 8,9% do total; 3º) Light, 23.879 ações, ou 6,76% do total; 4) Vivo, com 17.846, ou 5,06% do total; 5º) Ampla, com 16.778 ações, ou 4,75% do total; 6º) Unibanco, com 15.851 ações, ou 4,48% do total; 7º) Banco Itaú, com 13.051 ações, ou 3,69% das ações; 8º) Claro, com 11.688 ações, ou 3,31% das ações; 9º) Oi Celular, com 10.162 ações, ou 2,87% do total; 10) Tim Celular, com 9.127 ações, ou 2,58% do total. Total de ações para o período considerado: 448.546. Fonte: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro; disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>.

7 Por outro lado, tal judicialização dos conflitos envolvendo as concessionárias de serviços públicos reflete mais a inoperância do atual modelo regulatório e administrativo do que a ampliação de acesso à Justiça. Na verdade, essas empresas presentes na lista dos juizados especiais fluminenses também são frequentes nas estatísticas das agências reguladoras.

8 Merece destaque o fato de que, apesar de a Lei nº 9.099/95 admitir conciliadores não juristas, e antes da lei estadual que restringiu o desempenho do cargo de conciliador aos estudantes da Escola da Magistratura, em Niterói todos eram bacharéis de direito ou estavam concluindo a faculdade de direito. Segundo o depoimento de uma conciliadora que trabalha no Juizado Especial Cível há aproximadamente oito meses, os casos mais bem sucedidos no sentido de chegar a um acordo entre as partes “são de pessoas físicas contra pessoas físicas. Contra empresas é mais difícil porque a empresa já vem com um posicionamento e às vezes não oferece acordo. Às vezes só na audiência com o juiz que oferecem uma proposta de acordo”.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.  
BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Difel-Bertrand Brasil, 1989.

- CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: SAFE, 1988.
- \_\_\_\_\_. *Controle judicial das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Proceso, ideologias, sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1974.
- CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil – O longo caminho*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.
- FAISTING, André Luiz. O dilema da dupla institucionalização do poder judiciário: o caso do juizado especial de pequenas causas. In: SADEK, Maria Tereza. *O sistema de justiça*. Sumaré: Idesp; Fundação Ford, 1999.
- FRIEDMAN, Lawrence. Legal Culture and The Welfare State. In: TEUBNER, Gunther. *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin; Nova York: Walter e Gruyter, 1998.
- \_\_\_\_\_. *The Legal System: A Social Perspective*. Nova York: Russel Sage Foundation, 1975.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- HARRINGTON, Christine B. Shadow Justice: the ideology and institutionalization of alternatives to court. *Contributions in Political Science*, Westport, n. 133, 1985.
- JUNQUEIRA, Eliane Botelho; VIEIRA, José Ribas; FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. *Juízes: retrato em preto e branco*. Rio de Janeiro: Letra Capital. 1997.
- LUHMANN, Niklas. *Social Systems*. Stanford: Stanford University Press, 1995.
- \_\_\_\_\_. The Self-reproduction of Law and its Limits. In: TEUBNER, Gunther. *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin; Nova York: Walter e Gruyter, 1998.
- NELKEN, Davis; FEEST, Johannes. *Adapting Legal Cultures*. Oñati: IISL, 2001.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. Guarulhos: Editora Acadêmica, 1994.
- PINHEIRO, Armando Castelar (Org.). *Judiciário e economia no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2000.
- \_\_\_\_\_. A reforma do Judiciário: uma análise econômica. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL – SOCIEDADE E REFORMA DO ESTADO, 1998, São Paulo. Disponível em: <[http://www.planejamento.gov.br/arquivos\\_down/segos/publicacoes/reforma/seminario/PINHEIRO.PDF](http://www.planejamento.gov.br/arquivos_down/segos/publicacoes/reforma/seminario/PINHEIRO.PDF)>.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania e justiça: a política social na ordem brasileira*. Rio de Janeiro: Campus, 1979.
- SILVA, Ovídio A. Baptista. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TEUBNER, Günther. *Droit et réflexivité: l'auto-referente em droit et dans l'organisation*. Bruylant: LGDJ, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin; Nova York: Walter e Gruyter, 1988.
- TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milão: Giuffrè, 1974.
- VIANA LOPES, Júlio Aurélio. *Democracia e cidadania: o novo Ministério Público brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- VIANNA, Luiz Werneck (Org.) *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Perfil do magistrado brasileiro*. Rio de Janeiro: Iuperj; AMB, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro, Revan, 1997.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- VALLINDER, Torbjörn. When the Curts go marching. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, T. *The Global expansion of judicial power*. Nova York; Londres: New York City University Press, 1995.
- WEBER, Max. *Economia y sociedad*. 2. ed. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1999.
- YNGVESSON, Bárbara; HENNESSEY, Patrícia. Small claims, complex disputes: a review of the small claims literature. *Law and Society Review*, Denver, v. 9, n. 2, 1975, p. 219–74.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Marcelo Pereira de Mello

Rua Barão de Guaratiba, 139  
Glória - 22211-150  
Rio de Janeiro - RJ - Brasil  
mpmello@unisys.com.br

PROFESSOR-ASSOCIADO DE SOCIOLOGIA DA UNIVERSIDADE  
FEDERAL FLUMINENSE (UFF)  
SUBCOORDENADOR DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM  
SOCIOLOGIA E DIREITO (PPGSD)

*Delton R. Soares Meirelles*

Rua Gavião Peixoto, 24  
Icaraí - 24230-100  
Niterói - RJ - Brasil  
[deltonmeirelles@ig.com.br](mailto:deltonmeirelles@ig.com.br)

PROFESSOR-ASSISTENTE DE DIREITO PROCESSUAL DA FACULDADE  
DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE (UFF)





## O NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E O PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Ernani Carvalho e Natália Leitão

THE NEW PUBLIC ATTORNEY AND PROCESS OF  
JUDICIALIZATION OF POLITICS

### RESUMO

QUE MECANISMOS EXPLICAM O PROCESSO DE AUTONOMIZAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO? ESTE TRABALHO TEM COMO OBJETIVO PRINCIPAL DISCUTIR O PROCESSO PELO QUAL ESSA INSTITUIÇÃO ADQUIRIU, A PARTIR DA CONSTITUINTE DE 1987/88, AUTONOMIA DIANTE DOS PODERES DO ESTADO E COMO TAL AUTONOMIA CONTRIBUI PARA O PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA. COMO A LITERATURA EXPLICA O FATO DE VÁRIAS INSTITUIÇÕES TEREM FEITO LOBBY E APENAS O MINISTÉRIO PÚBLICO TEVE SUAS ATRIBUIÇÕES AMPLIADAS? PARA ISSO, FOI REALIZADA UMA SISTEMÁTICA REVISÃO TEÓRICA ACERCA DA SUA AUTONOMIZAÇÃO. OS RESULTADOS INDICAM QUE O DEBATE SE DIVIDE EM DUAS CORRENTES EXPLICATIVAS. POR UM LADO, DEFENDE-SE QUE A AUTONOMIA DA INSTITUIÇÃO PODE SER EXPLICADA A PARTIR DE DISPOSITIVOS LEGAIS INTERNOS AO PRÓPRIO MINISTÉRIO PÚBLICO. POR OUTRO, SUGERE-SE A EXISTÊNCIA DE INTERESSES EXÓGENOS À INSTITUCIONALIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO QUE INFLUENCIOU POSITIVAMENTE A AUTONOMIA DESSA INSTITUIÇÃO.

### PALAVRAS-CHAVE

CONTROLES DEMOCRÁTICOS; MINISTÉRIO PÚBLICO; JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.

### ABSTRACT

WHICH MECHANISMS EXPLAIN THE GROWING OF THE PUBLIC ATTORNEY'S AUTONOMY? THIS PAPER DISCUSSES THE PROCESS WHEREBY PUBLIC ATTORNEY ACQUIRED AUTONOMY BEFORE STATE POWERS, SINCE THE DRAWING OF THE NEW BRAZILIAN CONSTITUTION IN 1987/88, AND HOW THIS AUTONOMY CONTRIBUTED TO INCREASE THE JUDICIALIZATION OF POLITICS. HOW DOES THE LITERATURE EXPLAIN THE FACT THAT MANY INSTITUTIONS LOBBIED FOR AUTONOMY AND ONLY PUBLIC ATTORNEY HAD ITS COMPETENCE EXPANDED? A SYSTEMATIC THEORETICAL REVIEW OF THIS PROCESS IS PRESENTED HERE TO TRY TO ANSWER THIS QUESTION. THE RESULTS INDICATE THAT THE DEBATE IS DIVIDED BETWEEN TWO EXPLANATORY CURRENTS. ON THE ONE HAND, THE AUTONOMY OF INSTITUTION COULD BE EXPLAINED BY THE INTERNAL NORMS THAT GOVERN IT. ON THE OTHER HAND, IT'S SUGGESTED THE EXISTENCE OF EXOGENOUS INTERESTS THAT HAD INFLUENCE IN THE CONSTRUCTION OF PUBLIC ATTORNEY'S AUTONOMY.

### KEYWORDS

DEMOCRATIC CONTROL; PUBLIC ATTORNEY; JUDICIALIZATION OF POLITICS.

### INTRODUÇÃO

O sistema político brasileiro tem passado por inúmeras mudanças nos seus processos de decisão. Inserido nessas alterações, principalmente a partir do processo de redemocratização, iniciado em 1985 e com seu auge na Constituição de 1988, está o sistema de justiça, formado por diversas instituições, dentre elas, o Judiciário, a Defensoria Pública, as Polícias e o Ministério Público.

Dentre tais instituições, a que mais sofreu modificações significativas pela Constituinte de 1987/88 foi o Ministério Público. Isto porque, anteriormente ligado ao Executivo, a instituição adquiriu autonomia funcional, passando a ser independente de todos os Poderes do Estado e a deter atribuições bastante reforçadas de representante da sociedade. Sem dúvida, essa mudança de *status* fez com que o Ministério Público fosse capaz de atuar como um relevante ator político (SADEK, 2000; ARANTES, 2002; KERCHÉ, 2003).

A história do Ministério Público mostra que algumas de suas prerrogativas foram adquiridas antes da Constituição de 1988. Por exemplo, o Código de Processo Civil de 1973 determinou que o Ministério Público deveria atuar em todas as causas que houvesse interesse público o que, segundo Arantes (2002), já demonstra o início do afastamento do Poder Executivo. Mas é somente na década 1980 que a instituição sofre as modificações mais importantes. Destaca-se, neste sentido, a Lei nº 6938/81 de Política Nacional de Meio Ambiente, que incluiu novos instrumentos processuais e deu legitimidade ao Ministério Público para proposição de ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.

Todavia, é apenas com a Constituição de 1988 que o Ministério Público passa a se utilizar dos mecanismos adquiridos ao longo da sua história de maneira autônoma o que, decididamente, faz uma grande diferença (KERCHÉ, 2003). A instituição deixou de atuar como apêndice do poder executivo, fazendo com que suas ações fossem tidas como do próprio governo, e passou a agir como um órgão independente. Além disso, obteve a importante função de fiscalizar o cumprimento das leis e os próprios políticos, passando a fazer parte da sua alçada a função de representante da sociedade. Ou seja, foram garantidos ao Ministério Público papéis importantes dentro do cenário político nacional e tais papéis podem ser exercidos de maneira autônoma.

Dito isso, o objetivo deste trabalho é identificar quais são as variáveis utilizadas pela literatura especializada para explicar de que maneira essa instituição adquiriu autonomia. De que maneira o *lobby* organizado pela Confederação Nacional do Ministério Público (Conamp) conseguiu que boa parte das suas demandas fosse atendida? De que maneira os congressistas “permitiram” a aprovação de um Ministério Público independente de todos os Poderes de Estado? E ainda, essa alta autonomia da instituição foi acompanhada pelos mecanismos necessários de controle e *accountability*? Como tal autonomia contribui para o processo de judicialização da política?

Enfatizamos que a literatura sobre este tema no Brasil ainda é escassa. Adotou-se como estratégia metodológica mapear e revisar os trabalhos relevantes e seguir os fundamentos teóricos da literatura internacional de controles democráticos. Além disso, destacamos que a questão que nos orienta é essencialmente *política*, por isso o foco nos trabalhos na área da ciência política.

O artigo está dividido em três seções. A primeira delas é uma descrição do desenho institucional adquirido pela instituição em questão, apresentando as correntes teóricas que explicam como foi possível para o Ministério Público obter novas atribuições e garantias, mostrando suas virtudes e limitações. Em seguida são examinados os mecanismos capazes de afetar a autonomia do Ministério Público brasileiro e se é garantida a *accountability* pertinente em uma democracia. Por fim, a última seção busca fazer uma breve análise de como essa autonomia adquirida afeta o processo de judicialização da política.

## I O ATUAL DESENHO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Pode-se afirmar que o atual desenho institucional do Ministério Público começou a ser moldado antes mesmo da Constituição de 1988 (ARANTES, 2002). As mudanças mais significativas no *Parquet*<sup>1</sup> se deram a partir da década de 1980. A Lei n° 6938/81 de Política Nacional de Meio Ambiente incluiu novos instrumentos processuais e deu legitimidade ao Ministério Público para proposição de ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.

Com a primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LC federal n° 40, de 1981), a instituição passou a ter um perfil nacional mais uniforme, com conceituação, princípios, funções, garantias, vedações, instrumentos e organização básica comuns. Destaca-se ainda a Lei n° 7347/85, que regulamentou a ação civil pública, definindo seu objeto, a legitimação para utilizá-la, as atribuições do Ministério Público e criou o inquérito civil.

A Constituição de 1988 garantiu um Ministério Público mais forte. Explicações como a de Arantes (1999, 2002) e de Silva (2001) defendem a ideia de que a Carta Magna apenas consolidou o que a instituição já havia conseguido com as leis ordinárias e complementares referidas. Eles analisam a importância dessas mudanças ocorridas a partir de 1980 e consideram que a Constituição apenas fechou um ciclo.

Soa lugar comum a ideia de que a Constituição de 1988 deu ao país um novo Ministério Público. Todavia, [...] essa afirmação não é verdadeira, uma vez que boa parte dos avanços conquistados pela instituição ocorreu no período anterior. Antes mesmo da eleição para o Congresso Constituinte, em 1986, e com menos de um ano de retorno ao governo civil, com José Sarney, os principais elementos desse novo Ministério Público já estavam dados: fiscal da constitucionalidade das leis e atos normativos dos poderes políticos desde o início do regime militar, guardião do interesse público ampliado desde 1973, instituição definida como permanente e essencial à prestação jurisdicional desde 1981 e, finalmente, agente principal da defesa dos interesses difusos e coletivos pela Lei da ação civil pública de 1985 (ARANTES, 2002: 76).

Entretanto, com nova Constituição, foi concedida ao *Parquet* autonomia funcional, uma das principais garantias da instituição, que consiste da possibilidade de tomar decisões sem injunções de outros órgãos ou Poderes do Estado. É óbvio que essa garantia faz uma grande diferença no perfil institucional do Ministério Público. Um exemplo que pode ser dado é com relação à ação civil pública, um dos principais instrumentos de atuação da instituição.<sup>2</sup> Embora esse tipo de ação tenha sido prevista antes de 1988, com o advento da nova Constituição, esse instrumento deixou de ser utilizado por uma organização ligada ao poder Executivo, o que fazia das ações do MP ações do próprio governo. Ou seja, com a Constituição de 1988, além de se utilizarem da ação civil pública para fiscalizar o correto cumprimento da lei, os promotores e procuradores de Justiça passaram a fazer isso de forma independente em relação aos políticos, o que, para Kerche (2003), representa uma grande diferença. Ademais, esse instrumento foi ampliado de forma considerável para todos os interesses difusos e coletivos. Tudo isso garante um alto grau de autonomia ao Ministério Público brasileiro, sendo possível só após a Constituição de 1988.

Além da autonomia funcional, foi garantida também a autonomia administrativa, que consiste da possibilidade de o Ministério Público, apenas subordinado à lei, praticar os atos próprios de gestão administrativa da instituição. Embora não tenha sido assegurada de forma expressa a autonomia financeira, o Ministério Público tem a capacidade de elaborar sua proposta orçamentária, dentro dos limites definidos por lei específica, de gerir e aplicar os recursos destinados à instituição e de administrar o emprego das dotações orçamentárias (MAZZILLI, 2005: 42-43).

O posicionamento constitucional do Ministério Público não o vincula a nenhum dos Poderes do Estado, estando o mesmo inserido em capítulo à parte, “Das funções essenciais à Justiça”. Esse posicionamento, segundo Mazzilli (2005), não faz com que o *Parquet* possa ser considerado um quarto Poder do Estado, mas sem dúvida, a instituição adquiriu efetivamente algumas garantias de poder.

O art. 127 da Constituição define o Ministério Público como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbido-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Ou seja, a instituição não pode ser abolida pelo poder constituinte derivado; embora não officie em todos os processos judiciais, naqueles em que deve officiar sua atuação é essencial para a prestação jurisdicional; a instituição deve zelar pelo cumprimento da lei e é sempre encarregada da defesa dos direitos sociais e da defesa dos direitos individuais quando indisponíveis (MAZZILLI, 2005).

Esquemáticamente, o Ministério Público abrange o Ministério Público da União – que por sua vez compreende o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – e o Ministério Público dos Estados. Do ponto de vista constitucional, destaca-se a unidade e a indivisibilidade como princípios básicos que orientam

o funcionamento de tal instituição. O primeiro quer dizer que o *Parquet* é um só órgão, sob uma só chefia. Mas, por conta dos ramos citados, essa regra é válida para cada Ministério Público (MAZZILLI, 2005). Vale ressaltar que essa chefia é administrativa e não funcional, já que cada membro do Ministério Público goza de independência para exercer suas funções em face dos outros membros, no exercício da atividade-fim<sup>3</sup>. Em outras palavras, existe independência funcional, mas não hierarquia funcional. Isso quer dizer que estamos diante de uma estrutura monocrática, na qual um Procurador-Geral não pode intimar um promotor a agir de um certo modo, assim como não pode trocar um membro do Ministério Público no meio de um caso, por exemplo. Além disso, um integrante da instituição pode ser promovido apenas pelo tempo de serviço fazendo com que aquilo que poderia ser motivação para um “alinhamento” ao chefe da organização seja limitado por restrições às preferências do Procurador-Geral (KERCHE, 2003).

Essas duas características, a falta de uma estrutura hierárquica e independência funcional dos promotores, criam uma barreira à formação de políticas institucionais uniformes. Por um lado, existe alguma vantagem, já que os promotores e procuradores têm mais liberdade para se adaptar às realidades específicas, “podendo tomar medidas inovadoras que seriam dificultadas se fosse necessário esperar uma ordem da cúpula do Ministério Público” (KERCHE, 2003: 119). Por outro lado, esse desenho diminui a garantia de que todos os cidadãos devem ter seus direitos defendidos de forma isônoma.

Como analisado, é bem verdade que o Ministério Público passou por mudanças significativas desde o início da década de 1980. Todavia, várias garantias adquiridas pela instituição e pelos seus membros só foram possíveis com a Carta de 1988. Dito isto, resta saber quais são as perspectivas teóricas existentes explicar um desenho institucional tão peculiar quanto o do Ministério Público brasileiro.

### 1.1 AS EXPLICAÇÕES TEÓRICAS SOBRE O NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O debate teórico acerca do Ministério Público no Brasil ainda é incipiente (MCALLISTER, 2008). Inicialmente, a preocupação da literatura é explicar os fatores que motivaram a autonomização do Ministério Público. O debate se divide basicamente em duas correntes explicativas: (1) há argumentos endógenos, ou seja, o que possibilitou essa autonomização foram dispositivos legais construídos de dentro para fora do Ministério Público; (2) há os argumentos exógenos, que apontam para a existência de interesses fora da institucionalidade do Ministério Público no processo que acarretou o aumento da autonomia de tal instituição.

Para a primeira explicação, os integrantes do MP, detentores de um “voluntarismo” político, perseguiram a reconstrução da instituição. Segundo Arantes, “a observação da atuação do Ministério Público revela que setores dentro da instituição têm se dedicado

enfaticamente à sua transformação em instrumento de luta pela construção de cidadania” (ARANTES, 1999: 84).

A hipótese assumida por Arantes (2002) é de que a reconstrução institucional do Ministério Público foi construída endogenamente, ou seja, as mudanças ocorridas na instituição foram motivadas intencionalmente pelos seus próprios integrantes. E é exatamente para destacar essa dimensão endógena que o autor se utiliza da noção de voluntarismo político, mostrando que o êxito do Ministério Público no que tange a conquista de autonomia frente aos outros Poderes do Estado é resultado da ação consciente e deliberada dos próprios integrantes da instituição:

Os resultados da nossa pesquisa empírica [...] demonstram que esse processo teve fortes traços endógenos: os próprios integrantes do Ministério Público, imbuídos da convicção de que devem se tornar defensores da sociedade, desenvolveram ações dentro e fora de seu círculo normal de atribuições, com vistas a transpor fronteiras do sistema de justiça *stricto sensu* e invadir o mundo da política. A análise desse fenômeno de origem endógena nos levou a construir o conceito de *voluntarismo político*, pelo qual pretendemos explicar o modo como o Ministério Público se transformou em um novo ator político (ARANTES, 2002: 15).

Em outras palavras:

Em síntese, o que se pretende salientar é que o Ministério Público de hoje é resultado, em grande medida, do que desejaram e fizeram seus próprios integrantes, para além ou aquém das tendências do meio ambiente institucional e a despeito de visões internas divergentes terem ficado pelo caminho. Embora se reconheça que essas outras duas dimensões sejam importantes, orientar-se por elas seria perder de vista o que temos de mais precioso nessa história: o voluntarismo político de promotores e procuradores e seus valores ideológicos peculiares. Focalizar o curso de ação vitorioso desses (re)construtores institucionais parece bem mais interessante do que tentar mostrar a influência do meio ambiente, ou ainda do que contar a história dos que foram derrotados no embate interno ou que simplesmente se deram por satisfeitos com as funções tradicionais da instituição (ARANTES, 2002: 22-23).

Casagrande (2008) apresenta visão similar ao afirmar que:

Para a definição deste novo perfil institucional do Ministério Público foi decisiva a atuação eficaz e articulada dos seus membros no período da

reconstitucionalização do país, numa clara mostra do ativismo político que viria marcar a instituição nas décadas seguintes. As associações estaduais de membros do Ministério Público, congregadas na CONAMP – Confederação Nacional das Associações do Ministério Público – promoveram uma grande mobilização da categoria a respeito de sua futura conformação constitucional e na defesa de suas prerrogativas (CASAGRANDE, 2008: 104).

Defendendo também esta visão, Silva (2001) ressalta a intensa mobilização dos membros do Ministério Público, mostrando uma grande capacidade de articulação e defesa de seus interesses cooperativos e institucionais. Casagrande (2008) ainda destaca outros projetos populares que queriam reformas democratizantes do sistema de justiça e instituições capazes de dar eficácia aos direitos constitucionais e de mediar conflitos sociais.

Soma-se a esse voluntarismo o fato de que os membros do Ministério Público alegavam uma hipossuficiência da sociedade brasileira, ou seja, ela seria pouco organizada e incapaz de defender seus direitos e interesses. Neste sentido, o Ministério Público surge como a instituição responsável por defender os interesses da sociedade:

O argumento é que temos uma sociedade civil fraca, desorganizada e incapaz de defender seus interesses fundamentais. Uma sociedade “hipossuficiente” no jargão jurídico. Além disso, frequentemente é o próprio poder público quem mais despreza esses direitos fundamentais. Dessa equação resulta a proposta, de natureza instrumental, de que “alguém” deve interferir na relação Estado/sociedade em defesa dessa última (ARANTES, 1999: 96).

Vale ressaltar que os atores não agem em um vácuo institucional. Arantes (2002) destaca que a interferência ambiental e a inter-relação entre os agentes envolvidos são importantes para o quadro explicativo. O foco nas origens endógenas da reconstrução institucional é mais uma opção metodológica do que do que uma negação da importância dessas dimensões. Ele admite que grande parte das mudanças obtidas pelo Ministério Público foi fruto de alterações legislativas e constitucionais, destacando, assim, o papel dos poderes executivo e legislativo. Todavia, ele defende que mesmo tendo se efetivado na esfera política, tais mudanças nasceram de sugestões e pressões da própria instituição.

De fato, a expansão do direito e a hipossuficiência da sociedade brasileira são fenômenos inegáveis. No entanto, os defensores dessa corrente não deixam tão claro como esses dois fenômenos se articularam de modo a criar condições para o fortalecimento e a autonomização do Ministério Público. A explicação parte do pressuposto de que atores políticos agiram no sentido de fortalecer o Ministério Público, mas não explica o que os levou a agir dessa forma. Também não fica claro quão hipossuficiente

é a sociedade brasileira, seja em termos comparativos, seja em perspectiva histórica. Ademais, embora o voluntarismo do Ministério Público seja uma fonte de legitimidade (o que fortalece a instituição), existem outras instituições que também têm esse caráter (ONG's, associações, sindicatos) e não atingiram o patamar do Ministério Público.

Por fim, Arantes (2002) adota uma perspectiva utilitária e maximizadora no sentido de que os membros do Ministério Público tinham objetivos a serem atingidos e para isso agiram racionalmente, escolhendo meios adequados para o alcance dos seus fins. No entanto, na coletividade, o caminho da determinação da preferência para a consecução ótima da mesma, na maior parte das vezes, não é perfeito. A interação de agentes racionais com objetivos comuns nem sempre resulta em um resultado coletivo eficiente<sup>4</sup> (OLSON, 1999). Ou seja, o resultado pode ser sub-ótimo para a coletividade. A possibilidade de que o resultado final da Constituição tenha sido sub-ótimo para o membros do Ministério Público não é nem ao menos considerada na explicação de Arantes (2002). Para ele, a história do Ministério Público brasileiro é de sucesso, não tendo a instituição sofrido derrotas significativas nos últimos vinte anos.

Partindo da crítica à ideia de que os membros do Ministério Público agiriam como atores essencialmente jurídicos – como deixa transparecer a primeira corrente explicativa –, a segunda vertente constrói o seu argumento. Para Kerche (2003), ao estudar os promotores e procuradores de justiça, deve-se incluí-los na premissa “negativa” da natureza humana. Para ele, “os homens não são anjos e ao serem admitidos em um concurso público, como acontece para selecionar os promotores, não são transformados em anjos” (KERCHE, 2003: 7).

É bem verdade que os promotores e procuradores souberam se organizar de forma eficiente. Todavia, surge a questão: se várias instituições fizeram *lobby*, por que justamente o Ministério Público que conseguiu mais ampliar suas atribuições? Tentando responder essa questão, Kerche (1999; 2003) aponta alguns fatores que influenciaram a atual estrutura da instituição. Primeiramente, ele aponta o *lobby* da Conamp. Como demonstrado, esse fator seria uma condição necessária, mas não suficiente, visto que outros grupos também fizeram *lobby* e não conseguiram adquirir os privilégios do Ministério Público. Sendo assim, Kerche (1999; 2003) formula a hipótese de aprovação do atual modelo de Ministério Público baseado em dois aspectos. Por um lado, a Conamp mostrou uma organização bastante eficiente, “oferecendo aos constituintes uma proposta em forma de texto constitucional [...] e desenvolveu um trabalho de acompanhamento junto às discussões constituintes (*lobby*) que se mostrou eficaz” (KERCHE, 1999: 67).

Por outro lado, há o aspecto da própria conjuntura política da época. Com o fim do período autoritário, o sentimento de democratização e de fortalecimento das instituições responsáveis pela transparência do Estado aumenta. Assim, “houve relativa



facilidade para esse *lobby* operar ‘vendendo’ aos constituintes a ideia da importância da criação de um agente não-político partidário – responsável pela defesa dos interesses da sociedade” (KERCHE, 1999: 67).

O processo de confecção da Constituição de 1988 é fundamental na explicação de Kerche (1999, 2003). A Assembleia Nacional Constituinte é, certamente, um cenário privilegiado de observação e avaliação do novo perfil institucional do Ministério Público. As modificações ocorridas no decorrer da assembleia, notadamente a entrada do “centrão”<sup>5</sup> no jogo político e a mudança do regimento interno, foram decisivas para o desenho institucional final do *Parquet*. Na verdade, o surgimento do “centrão” parece ter mudado, em certa medida, o perfil do Ministério Público reivindicado pelos membros da instituição e, sendo assim, a história dela não é apenas de sucesso, como quer Arantes (2002).

Ao considerar o contexto político e institucional da Constituinte, baseado no institucionalismo histórico, Kerche (2003) resolve o problema do vácuo institucional encontrado em Arantes (2002). No entanto, nesta versão do novo-institucionalismo é dada uma grande importância às relações assimétricas de poder, à forma como as instituições distribuem poder de forma desigual (HALL; TAYLOR, 2003). Todavia, Kerche (2003) não considera esse aspecto de maneira satisfatória. Embora descreva o ambiente institucional com detalhes, mostrando como a entrada no “centrão” modificou o desenho institucional do Ministério Público, não fica claro como se deu a correlação de forças e como o equilíbrio foi conseguido, considerando que se vivia um momento de bastante incerteza (SALAZAR, 2007).

A tabela abaixo sintetiza essas explicações.

TABELA I – Sumário analítico da literatura

**AUTOR**

ARANTES (2002)	<b>PROCESSO</b> ENDÓGENO	<b>ÊNFASE</b> AGENCIAL
	<b>EXPLICAÇÃO</b> A CONQUISTA DE AUTONOMIA FRENTE AOS OUTROS PODERES DO ESTADO É RESULTADO DA AÇÃO CONSCIENTE E DELIBERADA DOS PRÓPRIOS INTEGRANTES DA INSTITUIÇÃO. ADOTA UMA PERSPECTIVA MAXIMIZADORA EM QUE OS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO TINHAM OBJETIVOS A SEREM ATINGIDOS E PARA ISSO AGIRAM RACIONALMENTE, ESCOLHENDO MEIOS ADEQUADOS PARA O ALCANCE DOS SEUS FINS.	
	<b>LIMITAÇÕES</b> ASPECTOS INSTITUCIONAIS NÃO SÃO CONSIDERADOS. A POSSIBILIDADE DE QUE O RESULTADO FINAL DA CONSTITUIÇÃO TENHA SIDO SUB-ÓTIMO PARA OS MEMBROS DO MP NÃO É CONSIDERADA.	
KERCHE (2003)	<b>PROCESSO</b> EXÓGENO	<b>ÊNFASE</b> INSTITUCIONAL
	<b>EXPLICAÇÃO</b> O LOBBY DA CONAMP FOI EFICIENTE, OFERECU AOS CONSTITUINTES UMA PROPOSTA EM FORMA DE TEXTO CONSTITUCIONAL E DESENVOLVEU UM TRABALHO DE ACOMPANHAMENTO JUNTO ÀS DISCUSSÕES CONSTITUINTES. COM O FIM DO PERÍODO AUTORITÁRIO, O SENTIMENTO DE DEMOCRATIZAÇÃO E DE FORTALECIMENTO DAS INSTITUIÇÕES RESPONSÁVEIS PELA TRANSPARÊNCIA DO ESTADO AUMENTA, HAVENDO RELATIVA FACILIDADE PARA A CONAMP OPERAR, ‘VENDENDO’ AOS CONSTITUINTES A IDEIA DA IMPORTÂNCIA DA CRIAÇÃO DE UM AGENTE NÃO-POLÍTICO-PARTIDÁRIO RESPONSÁVEL PELA DEFESA DOS INTERESSES DA SOCIEDADE.	
	<b>LIMITAÇÕES</b> NÃO CONSIDERA DE MANEIRA SATISFATÓRIA AS RELAÇÕES ASSIMÉTRICAS DE PODER. EMBORA DESCREVA O AMBIENTE INSTITUCIONAL COM DETALHES, MOSTRANDO COMO AS MUDANÇAS OCORRIDAS NO DECORRER DA CONSTITUINTE MODIFICARAM O DESENHO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, NÃO FICA CLARO COMO SE DEU A CORRELAÇÃO DE FORÇAS E COMO O EQUILÍBRIO FOI CONSEGUIDO.	

Fonte: elaboração própria.

É plausível que um trabalho acadêmico só conte uma parte da história e não explique totalmente um fenômeno já que escolhas teóricas e metodológicas devem ser feitas. O “juízo” não deve ser realizado com base em quem explica mais, mas sim em como se construiu as categorias analíticas e se tal construção foi feita de maneira satisfatória. Como analisado, ambas as correntes oferecem um modelo explicativo de certa forma incompleto. Considero que uma simples síntese entre elas não seja possível, todavia acredito também que admitir que as explicações utilizam variáveis diferentes não é dizer que as explicações são incompatíveis. Analisar o fenômeno com base simplesmente nas preferências dos membros do Ministério Público, como faz Arantes (2002), é insuficiente. É importante analisar o ambiente político e institucional no qual os atores agem. Kerche (2003) tenta fazer essa análise, mas como demonstrado, a faz de maneira metodologicamente incompleta.

Assim sendo, o debate em ciência política sobre o Ministério Público ainda se mostra bastante incipiente, havendo espaço para outras explicações, que procurem considerar as variáveis explicativas já utilizadas, mas que busquem também novas variáveis e que construa suas categorias de análise de forma mais robusta.

## **2 MECANISMOS DE CONTROLE E ACCOUNTABILITY**

Como analisado, a Constituição de 1988 assegurou ao Ministério Público brasileiro um alto grau de autonomia assim como instrumentos institucionais necessários para que tal autonomia fosse garantida. Pode-se dizer que os políticos brasileiros concederem autonomia funcional aos seus Ministérios Públicos e delegaram aos promotores e procuradores, além do papel tradicional de levar casos criminais aos tribunais, a função de exigir o cumprimento da lei e fiscalizar aqueles que ocupam cargos públicos.

Segundo Przeworski (1998), a relação de delegação entre políticos e burocratas leva a problemas básicos do relacionamento *principal-agent*.<sup>6</sup>

Como é impossível formular leis que especifiquem todas as ações dos *agents* sob todas as contingências, as agências executivas e administrativas conservam um espaço considerável de autonomia para decidir.

Entretanto, os objetivos dos burocratas não têm necessariamente de ser idênticos aos objetivos dos cidadãos ou dos políticos eleitos que os representam. [...] Eles [os *agents*] dispõem de informação especial quanto aos benefícios e custos de suas ações, e podem ser inferidos dos resultados ou monitorados como itens de custo. [...] A rigor, dado o inevitável grau de autonomia de que gozam os burocratas, a questão é como evitar que se estabeleça um regime de ‘política sem lei’ (PRZEWORSKI, 1998: 52-53).

Ou seja, o *principal* detém o poder, mas é limitado em tempo, talento e energia. Então ele pode delegar tarefas ao *agent*, mas deve fazê-lo junto com o poder necessário para realizá-las. O *agent* detém *expertise* e pode agir de acordo, ou não, com os interesses do *principal* (BENDOR et al., 2001). Com isso, pode haver uma assimetria de informação entre o *agent* e o *principal*, o que faz com que surja espaço para o oportunismo do *agent* na execução de suas obrigações (MELO, 1996).

Nesse sentido, embora a delegação possa trazer benefícios ao *principal*, advindos da *expertise* e habilidade dos *agents*, ela pode trazer riscos, isto porque a delegação envolve transferência de poder. Há ainda o risco dos *agents* abusarem do poder recebido, fazendo com que o *principal* perca controle do que é feito, gerando uma abdicação (LUPIA, 2001), além da já observada questão da assimetria de informação.

Resta saber se existem mecanismos capazes de afetar, de alguma forma, a autonomia do Ministério Público brasileiro e de reduzir os custos inerentes à relação *principal-agent*. Essa questão é importante porque, segundo Kerche (2003), “a necessidade de controle para a teoria democrática não se restringe somente aos políticos eleitos, mas deve estender-se a todos os atores estatais que detêm algum grau de discricionariedade” (KERCHE, 2003: 57), como é o caso do Ministério Público. Ao se moldar uma instituição deve sempre se levar em conta o princípio madisoniano de que os homens não são anjos e não será um concurso público que irá transformá-los em anjos. Ou seja, alto grau de discricionariedade combina com mecanismos de controle e *accountability*, mesmo com relação a agentes não-eleitos. Segundo Kerche (1999; 2003), tais mecanismos existem, mas são insuficientes, não garantindo uma prestação de contas e muito menos mecanismos que recompensem ou punam ações dos procuradores e promotores.

Existem, primeiramente, dois critérios óbvios de avaliação. O primeiro é se há interferências no cotidiano da organização, como a existência de comissões parlamentares responsáveis por fiscalizar os promotores e procuradores, exigência de relatórios de atividades, se são aplicadas sanções aos membros do Ministério Público pelos políticos, etc. O segundo é que, em última instância, os políticos têm o poder de emendar a Constituição e alterar o desenho institucional do Ministério Público, modificando suas garantias e prerrogativas.

Por ambos os critérios há um déficit de *accountability*. O primeiro é deficiente porque não há comissões que exijam prestação de contas, não ocorrem sanções diretas e nem sequer existem mecanismos institucionais capazes de aplicá-las. Além disso, esse tipo de controle de “patrulha de polícia” não é tão eficiente, já que:

[...] não é porque os políticos não punem constantemente os integrantes do Ministério Público e não fiscalizam diretamente a organização que isto significa, obrigatoriamente, que os promotores não levam em conta o desejo dos políticos e que os políticos não possam reverter o tipo de atuação da

organização, pelo menos, a médio prazo. *Essa falta de punição pode significar que os promotores e procuradores de justiça estão se antecipando aos desejos dos políticos para evitar possíveis punições* (Kerche, 2003: 61, grifos nossos).

O segundo é bastante rígido visto que uma instituição que possui previsão constitucional é bem mais protegida de ingerências externas do que uma prevista por lei ordinária. Ou seja, o custo para punir o Ministério Público através de emenda constitucional é muito alto.

Sendo assim, Kerche (2003) propõe outros critérios, menos óbvios, para saber se existem mecanismos capazes de influenciar a atuação dos integrantes do Ministério Público e de reduzir os problemas ligados à relação *principal-agent*.

O primeiro deles é a criação de múltiplos *agents*, ou seja, delegar tarefas semelhantes a diferentes atores estatais. Isto é importante porque estabelece competição entre as instituições e “a concorrência facilita a aferição do desempenho e, combinada a incentivos adequados, melhora o desempenho” (PRZEWORSKI, 1998: 56-57). Além disso, as decisões devem ser tomadas com um número maior de informações: com um número maior de *agents* provavelmente mais informações serão coletadas (PRZEWORSKI, 1998: 56). Sendo assim, os políticos poderiam punir uma instituição que não esteja atuando corretamente e premiar aquela que desempenha melhor o seu papel. No caso do Ministério Público brasileiro, embora divida a titularidade da ação civil pública com outras instituições, o inquérito civil (instrumento complementar a ação civil pública) é monopólio do *Parquet* o que torna a competição desigual.

No entanto, uma forma eficaz de punir ou premiar uma instituição diz respeito ao controle orçamentário. Existem restrições ao uso desse dispositivo, já que os promotores e procuradores não podem ter seus vencimentos diminuídos (KERCHE, 2003). Sendo assim, segundo Kerche (2003), este tipo de controle seria insuficiente para garantir *accountability*. Ainda que, de acordo com essa perspectiva, o controle orçamentário possa afetar apenas a efetividade da instituição, não os seus membros, nada garante que o alvo não seja justamente tal efetividade. Segundo Mazzilli (2005), “a simples ampliação de quadros de seus membros, sem conceder-lhes, porém, a infra-estrutura adequada, levará a médio e a longo prazos a deformações muito graves” (MAZZILLI, 2005: 28). Ou seja, conter o crescimento da corporação e criar obstáculos a sua atuação por questões orçamentárias pode ser uma forma eficaz de controlar o Ministério Público.

Outro critério apontado pela literatura é a fiscalização institucional, que “requer que quando se delegue autoridade a um *agent*, haja pelo menos outro *agent* com autoridade para vetar ou bloquear a ação daquele” (KIEWIET; MCCUBBINS *apud* PRZEWORSKI, 1998: 56). Kerche (2003) inclui o Poder Judiciário como uma instituição capaz de exercer certo grau de controle sobre o Ministério Público, afinal, os integrantes do MP propõem a ação, mas quem julga é o Judiciário. Todavia esse

controle é frágil já que existem mecanismos que permitem a atuação da instituição sem a influência do Judiciário, como os Termos de Ajustamento de Conduta. Além disso, a resposta do Judiciário é por vezes lenta e os procuradores e promotores podem se posicionar publicamente:

Imaginemos, por exemplo, a situação de um prefeito processado pelo Ministério Público estadual. A atuação do promotor responsável pelo caso pode não se restringir ao processo junto ao poder Judiciário. Eventualmente esse promotor possui liberdade institucional para acusar o prefeito publicamente através da imprensa. Ora, para um político pode ser devastador. A questão é que a ação, neste exemplo, ainda não foi julgada e o prefeito é transformado em culpado perante a opinião pública por um agente do Estado (KERCHE, 1999: 66).

Um terceiro critério para analisar se há controle por parte dos políticos sobre o Ministério Público é a indicação do chefe da organização, assim como sua exoneração e a possibilidade de recondução ao cargo. No caso do Ministério Público da União, o Procurador-Geral da República é nomeado pelo presidente, entre os membros de carreira, após ter o nome aprovado pela maioria do Senado. Numa análise preliminar, poderia se chegar à conclusão de que, desta forma, o cargo é de confiança já que o *principal* escolheria um nome afinado com seus interesses e o Procurador-Geral, *agent*, iria criar uma política institucional de acordo com os desejos do *principal*. Sendo que o Procurador-Geral tem mandato fixo, o que já enfraquece o mecanismo de controle, uma vez que ele não pode ser destituído por questões políticas, ou seja, não se trata de um cargo de confiança do presidente. Além disso, para ser destituído é necessária a iniciativa do presidente que deve ser autorizada pela maioria absoluta do Senado. Decorrente disto, observa-se que o Ministério Público da União tem, na verdade, dois *principals* (o presidente e o Senado), o que dificulta a responsividade<sup>7</sup> do *agent*, pois os *principals* podem não conseguir expressar uma única política. Isto acontecendo, que interesse o *agent* deve levar em consideração para a sua ação em caso de divergência entre os seus *principals*?

A possibilidade de recondução ao cargo também é importante, já que é um incentivo para que o *agent* leve em conta os interesses do *principal*. Pela regra, o presidente e o Senado podem reconduzir o procurador-geral quantas vezes acharem oportuno. O problema dos múltiplos *principals* se repete neste caso: com o interesse de ser reconduzido, o procurador-geral não sabe a que desejos deve atender, se os do presidente ou os do senado.

O caso dos ministérios públicos estaduais é um pouco diferente. Os procuradores-gerais de justiça são indicados pelo governador do Estado a partir de uma lista tríplice formada pelos membros do Ministério Público. O mandato do procurador-geral de

Justiça também é fixo e a destituição é realizada mediante decisão da maioria absoluta do Poder Legislativo estadual, sem ser necessária a interferência do governador. Neste sentido, há também o problema dos múltiplos *principals*: os colegas de instituição, que votam selecionando os três nomes, o governador, que faz a escolha entre os três, e o Legislativo estadual, que tem o poder de exoneração, ou seja, a responsividade do *agent* é ainda mais difícil. Uma diferença importante é que o Procurador-Geral de Justiça só pode ser reconduzido ao cargo uma vez, o que poderia torná-lo incontrolável em seu segundo mandato, já que ele não tem incentivo para observar e levar em consideração os desejos do *principal*. (KERCHE, 2003). Por outro lado, caso houvesse apenas um *principal*, como por exemplo o governador, haveria um sério risco da instituição se tornar uma extensão do governo.

Por fim, há o “alarme de incêndio”, mecanismo de *accountability* da burocracia para os cidadãos (PRZEWORSKI, 1998). Este mecanismo é importante porque os *agents* podem esconder informações dos *principals*. Sendo assim:

[...] precisamente pelo fato de a burocracia estatal prestar serviços aos cidadãos, são os cidadãos quem têm a melhor informação sobre seu desempenho. Além disso, se os políticos se preocupam com o bem-estar dos cidadãos, então os interesses dos cidadãos coincidem com os interesses dos políticos, que são os *principals*, e não com os interesses dos burocratas, que são os *agents* (PRZEWORSKI, 1998: 58).

Neste sentido, o mecanismo, no caso do Ministério Público brasileiro, se torna débil porque só é eficiente se houver atuação de grupos de pressão bem organizados, caso contrário estes não serão “ouvidos” pelos políticos. A própria função institucional do Ministério Público limita o mecanismo já que nem sempre suas ações são voltadas para grupos organizados, se referindo muitas vezes a indivíduos ou grupos dispersos. Ademais, como salienta Przeworski (1998), esse tipo de supervisão exige mecanismos institucionais que facilitem o monitoramento da burocracia por parte dos cidadãos, a transmissão de informações e a punição de violações. Como observado, esses mecanismos não existem no Ministério Público brasileiro. Neste caso, o problema é duplo: além de os cidadãos, por vezes, não conseguirem fazer com que o alarme dispare, os políticos não detêm mecanismos institucionais capazes de modificar a atuação de seus *agents*, mesmo que o alarme dispare.

A partir de então, Kerche (2003) afirma que dizer que houve uma abdicação<sup>8</sup> dos políticos no que tange ao Ministério Público é um exagero. Por outro lado, afirmar que os políticos delegaram novas tarefas aos promotores e procuradores de justiça é simplista, já que houve a criação de uma série de instrumentos que dificultam a intervenção do Executivo ou do Legislativo na instituição. “Entre a abdicação e a delegação, surge um fenômeno intermediário: alto grau de autonomia, embora com alguns

poucos instrumentos de controle e *accountability*” (KERCHE, 2002: 64). Seria o que Kerche chama de *quasi*-abdicação. Embora não tenha havido uma abdicação completa, já que os políticos ainda podem emendar a Constituição, modificar a legislação infra-constitucional ou influenciar o orçamento proposto pelo Ministério Público, houve um processo que garantiu espaço para autonomia e tarefas pouco comuns a agências estatais não eleitas além de não deixarem margens para punição.

Esse fenômeno em si não representa um problema. A questão é que “[...] quando se limita o grau de discricionariedade, as chances de arbitrariedades também diminuem, tornando-se mais razoável, em uma democracia, a existência de agências com altas doses de autonomia” (KERCHE, 2003: 76). A peculiaridade do Ministério Público brasileiro é que foi feito exatamente o contrário: paralelamente a sua autonomização, os constituintes garantiram um alto grau de discricionariedade a esses agentes não-eleitos do Estado, pouco comum à democracia. Como afirmado anteriormente, a linha de argumentação de Kerche (2003) é que a necessidade de controle não deve se restringir apenas aos políticos eleitos, mas também a todos os atores estatais que detêm algum grau de discricionariedade.

Com relação a sua função “clássica” de propor a ação penal pública, o grau de discricionariedade é relativamente baixo, já que as funções são divididas entre a Polícia e o Judiciário (a polícia investiga, o promotor acusa e o juiz determina a pena), tendo esses últimos algum controle sobre o Ministério Público. Todavia, ao observamos as funções que vão além da ação penal (fiscalização de políticos e burocratas e do cumprimento da lei), ao Ministério Público é garantida uma alta dose de discricionariedade. Esse é o real problema de uma instituição com esse perfil, já que discricionariedade deve ser um elemento da política, não da burocracia:

Trocar a discricionariedade de um agente eleito por um não-eleito protegido por independência não é trocar seis por meia dúzia: é trocar a capacidade de punição dos eleitores daqueles que desrespeitam os desejos dos cidadãos, por aqueles que dificilmente podem ser punidos. É trocar aqueles que têm um incentivo direto para levar em conta o desejo dos eleitores por aqueles que não têm esse incentivo (KERCHE, 2003: 93).

Um último ponto deve ser ressaltado. Embora existam poucos mecanismos de *accountability* (e os que existem são deficientes) para que os políticos exerçam controle sobre o Ministério Público, essa instituição se apresenta como uma agência de *accountability* horizontal,<sup>9</sup> exercendo a função de fiscalizar outros atores estatais. O’Donnell (1998) a define da seguinte forma:

Accountability horizontal: a existência de agências estatais que têm o direito e o poder legal e que estão de fato dispostas e capacitadas para realizar ações,

que vão desde a supervisão de rotina a sanções legais ou até o impeachment contra ações e emissões de outros agentes ou agências do Estado que possam ser classificadas como delituosas (O'DONNELL, 1998: 40).

Duas implicações decorrem dessa afirmação. A primeira é que para as democracias modernas os mecanismos clássicos de *checks and balances* apenas entre os três Poderes do Estado não são suficientes. Segundo O'Donnell (1998), esses mecanismos incluem as instituições clássicas do Executivo, Legislativo e Judiciário, mas nas poliarquias contemporâneas também deve se estender por várias agências estatais de supervisão, como os *ombudsman* e as instâncias responsáveis pela fiscalização das prestações de contas. No caso do Brasil, o Ministério Público deve ser incluído como uma dessas instituições.

Segundo, mostra a insuficiência da *accountability* vertical, com relação àqueles que elegeram o ocupante de um cargo público. De acordo com O'Donnell (1991), para uma democracia ser consolidada é necessário que haja a *accountability* do nível horizontal. Acontece que há uma grande diferença entre agências que levantam informações para os eleitores julgarem e aquelas que podem levar os políticos ao banco dos réus, como é o caso do Ministério Público (KERCHE, 2003).

Sendo assim, observa-se uma instituição com alto grau de autonomia e discricionariedade juntamente com insuficientes mecanismos de *accountability* para que os políticos exerçam algum tipo de controle sobre o Ministério Público e seus membros, o que é pouco comum numa democracia. Adiciona-se a isso o fato dessa mesma instituição exercer parte do controle sobre os políticos, surgindo como uma agência de *accountability*. Ou seja, embora seja uma instituição que controle outras, o controle sobre ela mesma é tênue. A questão que surge é um velho dilema: quem controla os controladores?

### **3 MINISTÉRIO PÚBLICO E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

Com o processo de transição política, a presença de instituições judiciais, assim como seus procedimentos e agentes, tem se ampliado na democracia brasileira. Diversos estudos surgiram no intuito de analisar as relações das instituições judiciais com as instituições políticas e utilizam um termo que serve para orientar o debate: judicialização da política.<sup>10</sup>

Embora seja um conceito amplamente utilizado, não há um consenso sobre a sua definição. Oliveira e Carvalho (2006) dividem a literatura que trata do tema em duas grandes vertentes:

- 1) sociológica: que busca explicar o processo por uma conjunção de fatores macro sociológicos e políticos, explorando, por exemplo, se a expansão do Judiciário é benéfica ou maléfica para a democracia (Cappelletti e Garapon);



2) institucional: quando se focaliza os aspectos e arranjos institucionais referentes ao Judiciário e sua relação com o meio político, como por exemplo, a descrição das condições políticas existentes em cada país no momento em que se verifica indícios de judicialização (Castro, Vianna *et al*, Tate e Vallinder) (p. 125,126).

Para Castro (1997), baseado na leitura de Tate e Vallinder (1995), a judicialização da política é um fenômeno observado em diversas sociedades contemporâneas e apresenta dois componentes:

(1) um novo ‘ativismo judicial’, isto é, uma nova disposição de tribunais judiciais no sentido de expandir o escopo das questões sobre as quais eles devem formar juízos jurisprudenciais (muitas dessas questões ficavam reservadas ao tratamento dado pelo Legislativo ou pelo Executivo); e (2) o interesse de políticos e autoridades administrativas em adotar (a) procedimentos semelhantes aos processos judiciais e (b) parâmetros jurisprudenciais em suas deliberações (muitas vezes, o judiciário é politicamente provocado a fornecer esses parâmetros) (CASTRO, 1997, p.148).

Neste segundo componente, poderíamos chegar à conclusão de que a judicialização da política acaba por “despolitizar” o processo político no sentido de que deixariam de ser adotados métodos políticos tradicionais de resolução de conflitos para serem adotados métodos jurídicos. Por isso que vários políticos e estudiosos são reticentes com esse processo, já que se substitui o julgamento político de representantes normalmente eleitos por um julgamento de agentes não-eleitos. Trocam-se aqueles que têm um incentivo direto para levar em conta o desejo dos eleitores por aqueles que não têm esse incentivo e, assim, perde-se a capacidade de punição dos eleitores daqueles que desrespeitam os desejos dos cidadãos.

Já Arantes (1999) admite a importância da dimensão do ativismo, já que ele expressaria o lado politizado da justiça, contrapartida da judicialização da política. Todavia, ele afirma que a judicialização só pode ser compreendida a partir de uma descrição do quadro institucional e das regras que permitem ou impedem ações tipicamente políticas por parte dos tribunais. Ou seja, é necessário explicitar quais as formas que o Judiciário tem de atuar que possa influenciar o processo político.

Vianna (2002) trata o fenômeno da judicialização “em termos de procedimentalização do direito e da ampliação dos instrumentos judiciais como mais uma arena pública a propiciar a formação da opinião e o acesso do cidadão à agenda das instituições políticas” (MACIEL; KOERNER, 2002: 117).

O quadro abaixo resume os principais argumentos sobre a judicialização da política.

**QUADRO 1: Quadro analítico da judicialização da política**

AUTORES	AUMENTO DA INFLUÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO	CRIATIVIDADE JURISDICIONAL /ATIVISMO JUDICIAL	JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA
MAURO CAPPELLETTI (1993)	CONSEQUÊNCIA DA EXPANSÃO DO ESTADO EM TODOS OS SEUS RAMOS COM O ADVENTO DO WELFARE STATE.	INERENTE À ATIVIDADE DO JUIZ E NÃO PREJUDICIAL À ORDEM DEMOCRÁTICA. CONSIDERA A CRIATIVIDADE CRUCIAL PARA ENTENDER A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA POLÍTICA.	A JUDICIALIZAÇÃO ESTÁ LIGADA AO ATIVISMO JUDICIAL. ELE CONSIDERA UMA COISA INDISSOCIÁVEL DA OUTRA.
ANTOINE GARAPON (1999)	CONSEQUÊNCIA DO ENFRAQUECIMENTO DO ESTADO PELO MERCADO, DO DESMORONAMENTO SIMBÓLICO DO MUNDO POLÍTICO E FRACASSO DAS INSTÂNCIAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS TRADICIONAIS (FAMÍLIA, IGREJA ETC.) E DO FIM DO MUNDO SOCIALISTA E DA BIPOLARIZAÇÃO DO MUNDO.	RECONHECE OS BENEFÍCIOS DA INTERVENÇÃO JUDICIAL E ALERTA PARA A POSSIBILIDADE DE USURPAÇÃO DO PODER POLÍTICO.	NÃO É UM AUMENTO DA LITIGÂNCIA JURÍDICA EM SI, MAS UM PROCESSO DE AUMENTO DA APLICABILIDADE DO DIREITO; INTERFERÊNCIA JUDICIÁRIA É UM FENÔMENO POSSIBILITADO PELOS POLÍTICOS, DEVIDO A UMA INFLAÇÃO DO ATO DE LEGISLAR E DA FALTA DE CLAREZA DOS TEXTOS LEGAIS.
TATE & VALLINDER (1995)	CONSEQUÊNCIA DA QUEDA DO COMUNISMO E DA UNIÃO SOVIÉTICA, COM OS EUA COMO A ÚNICA POTÊNCIA MUNDIAL, TORNANDO A INSTITUIÇÃO DA REVISÃO JUDICIAL NORTE-AMERICANA NUM MODELO A SER SEGUIDO.	A CRIATIVIDADE NÃO É INERENTE À ATIVIDADE JURISDICIONAL, MAS É POSSÍVEL E ACEITÁVEL.	APRESENTA DOIS COMPONENTES: UMA NOVA DISPOSIÇÃO DOS TRIBUNAIS JUDICIAIS, EXPANDINDO O ESCOPO DAS QUESTÕES SOBRE AS QUAIS DEVEM FORMAR JUÍZOS JURISPRUDENCIAIS E O INTERESSE DE POLÍTICOS E AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS EM ADOPTAR PROCEDIMENTOS SEMELHANTES AOS JUDICIAIS.
WERNECK VIANNA (1999, 2002)	EXPANSÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO IMPLICOU NUMA CRESCENTE INSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO NA VIDA SOCIAL.	CONCORDA COM CAPPELLETTI QUANTO À IMPORTÂNCIA DOS JUÍZES NO PROCESSO DECISÓRIO.	JUDICIALIZAÇÃO VISTA EM TERMOS DE PROCEDIMENTALIZAÇÃO DO DIREITO E DA AMPLIAÇÃO DOS INSTRUMENTOS JUDICIAIS.
FARO DE CASTRO (1997)	—	ENXERGA NO ATIVISMO UMA POTENCIALIDADE PARA A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.	A MESMA DEFINIÇÃO ELABORADA POR TATE E VALLINDER (1995).
ROGÉRIO ARANTES (1999, 2002)	—	NÃO DESCONSIDERA A IMPORTÂNCIA, MAS ACEITA OUTROS ELEMENTOS MAIS CENTRAIS PARA A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.	REQUER UMA DESCRIÇÃO DO QUADRO INSTITUCIONAL E DAS REGRAS QUE PERMITEM OU IMPEDEM AÇÕES TÍPICAMENTE POLÍTICAS POR PARTE DOS TRIBUNAIS.

Fonte: Oliveira e Carvalho (2006). Com acréscimos dos autores.

Com relação aos fatores que impulsionariam a judicialização, também não há concordância. No presente trabalho, a intenção é analisar, na literatura especializada, se o Ministério Público teria algum poder explicativo na análise do processo de judicialização da política. Partindo do pressuposto de que o termo deve se aplicar não só aos juízes, mas também a outras carreiras judiciais, notadamente os membros do Ministério Público, estes últimos podem ser considerados responsáveis por tal fenômeno. Os promotores e procuradores usam suas competências para levar certos tipos de conflito à justiça ou para resolvê-los de forma extra-judicial. Segundo Arantes, “O Ministério Público tem sido o agente mais importante da defesa de direitos coletivos pela via judicial e, dado que os conflitos relativos a tais direitos têm

geralmente conotação política, pode-se dizer que também tem impulsionado um processo mais amplo de *judicialização de conflitos políticos*” (1999: 83).

Já Casagrande (2008) considera a aquisição de autonomia pelo Ministério Público um dos vetores que impulsionaram o processo de politização da justiça no Brasil<sup>11</sup>. Para ele, as garantias e prerrogativas adquiridas pelos promotores e procuradores na Constituição de 1988 vêm conferindo um novo papel no seu modo de atuar. Com efeito, a criação de um Ministério Público com um alto grau de autonomia e discricionariedade frente aos Poderes do Estado somada à ampliação de atribuições para a proteção do interesse público e dos direitos sociais seriam fatores explicativos para o processo de judicialização da política.

Entretanto, embora se admita que o Ministério Público “tem desempenhado o papel de coordenação e mediação entre as diversas agências estatais, valendo-se de maneira significativa de instrumentos extrajudiciais na resolução de disputas” (MACIEL; KOERNER, 2002: 126), isso por si só não seria suficiente para incentivar a judicialização (VIANNA, 2002).

Aparece aqui [no trabalho de Vianna (2002)] a figura do MP mais como um agente de mediação entre agentes sociais e poderes políticos do que um agente de judicialização, que provoca a intervenção de um poder externo e supostamente despolitizado a fim de solucionar de forma tutelar os conflitos (MACIEL; KOERNER, 2002: 12).

A tabela abaixo resume essas visões.

TABELA 2 – Ministério Público e judicialização da política

AUTOR	ARGUMENTO
ARANTES (1999, 2002)	O MINISTÉRIO PÚBLICO TEM SIDO O AGENTE MAIS IMPORTANTE DA DEFESA DE DIREITOS COLETIVOS PELA VIA JUDICIAL E, DADO QUE OS CONFLITOS RELATIVOS A TAIS DIREITOS TÊM GERALMENTE CONOTAÇÃO POLÍTICA, PODE-SE DIZER QUE TAMBÉM TEM IMPULSIONADO UM PROCESSO MAIS AMPLO DE <i>JUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS POLÍTICOS</i> .
VIANNA (2002)	O MINISTÉRIO PÚBLICO TEM DESEMPENHADO UM PAPEL DE COORDENAÇÃO E MEDIAÇÃO ENTRE AS DIVERSAS AGÊNCIAS ESTATAIS, VALENDO-SE DE MANEIRA SIGNIFICATIVA DE INSTRUMENTOS EXTRAJUDICIAIS NA RESOLUÇÃO DE DISPUTAS, MAS ISSO POR SI SÓ NÃO SERIA SUFICIENTE PARA INCENTIVAR A JUDICIALIZAÇÃO. A FIGURA DO MP APARECE MAIS COMO UM AGENTE DE MEDIAÇÃO ENTRE AGENTES SOCIAIS E PODERES POLÍTICOS DO QUE UM AGENTE DE JUDICIALIZAÇÃO.
CASAGRANDE (2008)	A AQUISIÇÃO DA AUTONOMIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO É UM DOS VETORES QUE IMPULSIONARAM O PROCESSO DE POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA NO BRASIL. PARA ELE, AS GARANTIAS E PRERROGATIVAS ADQUIRIDAS PELOS PROMOTORES E PROCURADORES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 VÊM CONFERINDO UM NOVO PAPEL NO SEU MODO DE ATUAR. COM EFEITO, A CRIAÇÃO DE UM MINISTÉRIO PÚBLICO COM UM ALTO GRAU DE AUTONOMIA E DISCRICIONARIEDADE FRENTE AOS PODERES DO ESTADO SOMADA À AMPLIAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES PARA A PROTEÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO E DOS DIREITOS SOCIAIS SERIAM FATORES EXPLICATIVOS PARA O PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.

Fonte: elaboração própria

De fato, o novo desenho institucional do Ministério Público e as prerrogativas adquiridas pelos seus membros não devem ser considerados fatores suficientes para a explicação do processo de judicialização. Mas, sem dúvida, a instituição tem um papel central no estudo do fenômeno no Brasil.

## CONCLUSÃO

Este trabalho buscou debater alguns aspectos relevantes do novo desenho institucional do Ministério Público e sua relação com o fenômeno de judicialização da política. Certamente, as garantias e prerrogativas asseguradas pela Constituição de 1988 fizeram com essa instituição adquirisse um alto grau de autonomia e discricionariedade, tendo essas características alguma relevância no processo de judicialização.

Embora se admita que a questão de avaliação do grau de autonomia real do Ministério Público é eminentemente empírica (SADEK, 2000), o presente trabalho abordou alguns critérios importantes de avaliação apontados pela literatura e os motivos pelos quais o Ministério Público conseguiu essa autonomia. Retomando alguns pontos centrais, esse perfil institucional é bastante peculiar, principalmente se comparado ao perfil de outras agências estatais brasileiras. Sendo assim, alguns trabalhos na Ciência Política nacional surgiram no intuito de explicar esse novo modelo. Embora ainda incipiente e com algumas limitações, o debate traz variáveis importantes que devem ser consideradas e servem como um norte para novas pesquisas.

Além disso, acredita-se que o grau de autonomia e discricionariedade adquirido pelo Ministério Público deveria ser acompanhado por mecanismos eficientes de controle e *accountability*. Como analisado, isso não aconteceu. Os mecanismos são frágeis e deixam ampla margem para a atuação autônoma dos membros do *Parquet*. Embora a situação pareça um tanto insolúvel, alguns mecanismos têm potencialidade se ser eficientes, se “corrigidas” suas falhas. O controle orçamentário, por exemplo, pode ser um mecanismo adequado. Mesmo que não atinja diretamente os integrantes da instituição, pode interferir na sua efetividade, o que já é um importante passo.

Com relação ao impacto que esse novo desenho institucional tem sobre o atual e tão estudado fenômeno de judicialização da política, como vimos, há discordâncias tanto no que se refere à força desse impacto quanto à sua forma. Todavia, o Ministério Público pode ser considerado um eficiente catalisador do processo de judicialização da política.

Por fim, destacamos que ainda há um leque de problemas que a agenda de pesquisa sobre o Ministério Público pode resolver. A instituição aparece cada vez mais como um importante ator político do processo de tomada de decisões e sua influência cresce como um dos órgãos do Sistema de Justiça. Algumas pesquisas

importantes surgiram com o objetivo de suprir a necessidade de estudos sobre essa crescente influência (SADEK, 1997; SADEK, 2000; ARANTES, 2000; SILVA, 2001; BRASIL, 2006). Contudo, muito mais do que fornecer respostas, o objetivo do presente trabalho foi suscitar questões que, sem dúvida, são importantes para pesquisas futuras.

: ARTIGO APROVADO [03/11/2010] : RECEBIDO EM 01/07/2010

#### NOTAS

<sup>1</sup> O mais comum é indicar a origem do Ministério Público nos procuradores do rei da França. Como uma alusão às origens históricas francesas, o termo *Parquet* (assoalho das salas de audiência, sobre o qual esses magistrados tinham assento) é utilizado frequentemente para se referir ao Ministério Público (MAZZILLI, 2005).

<sup>2</sup> Recentemente, o Ministério Público tem se utilizado bastante dos Termos de Ajustamento de Conduta, que é uma espécie de acordo que o Ministério Público propõe, como uma forma de evitar o ajuizamento da ação civil pública, ou seja, uma forma da instituição resolver questões sem acionar o Judiciário.

<sup>3</sup> As atividades-fim são aqueles atos para os quais a Constituição destinou a instituição ministerial, como a defesa dos interesses sociais. Elas de diferenciam das atividades-meio, que são os atos administrativos que a instituição pratica, como a nomeação ou promoção de promotores e procuradores (MAZZILLI, 2005: 38).

<sup>4</sup> Em uma obra seminal, Olson (1999) vai de encontro à ideia de que “grupos de indivíduos com interesses comuns usualmente tentam promover esses interesses comuns” (OLSON, 1999:13). Ou seja, ele tenta mostrar que a noção de que quando os indivíduos fazem parte de um grupo eles agem voluntariamente com o objetivo de alcançar seus interesses comuns, tanto quanto eles fazem para atingir seus interesses pessoais, não é verdadeira, como defendida por muitos estudiosos. Para ele, os indivíduos racionais e centrados nos seus próprios interesses não atuarão no sentido de promover seus interesses comuns, mesmo que saiam ganhando se agirem como grupo para atingir tais interesses.

<sup>5</sup> O “centrão” foi um bloco suprapartidário e de caráter conservador formado a partir de insatisfações com os rumos da Constituinte. Esse grupo fez uma campanha pela reforma do Regimento Interno, o que acabou sendo conseguido.

<sup>6</sup> Neste modelo, o *principal* representa aquele que delega e o *agent* aquele a quem a autoridade é delegada (LUIPIA, 2001).

<sup>7</sup> A definição de *accountability* tem duas dimensões básicas: a responsividade que se refere à compatibilidade entre a ação de um *agent* e a preferência de seu *principal* e a responsabilização que diz respeito à obrigatoriedade do respeito a esta compatibilidade.

<sup>8</sup> Abdicação aqui é entendida no sentido de que os políticos não têm nenhum mecanismo para controlar o Ministério Público. Como já foi mostrado, apesar de insuficientes, os mecanismos existem.

<sup>9</sup> A *accountability* se dá em dois níveis, no vertical, exercida através dos cidadãos pelo voto e no horizontal, exercida entre as agências do Estado (O'DONNELL, 1998).

<sup>10</sup> A judicialização da política tem como fenômeno correlato a politização da justiça, ambos indicando, grosso modo, os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas (TATE; VALLINDER, 1995).

<sup>11</sup> Casagrande (2008) atribui a politização da justiça aos seguintes fatores: a) a criação de um modelo constitucional amplamente regulatório dos direitos individuais e sociais, com a prevalência do direito público sobre o direito privado, consagrado na ideia de “Constituição Cidadã”; b) a ampliação do sistema de controle de constitucionalidade; c) a independência do Poder Judiciário e do Ministério Público; e d) ampliação do acesso à Justiça, por meio de novas formas processuais (ações coletivas, ações diretas para controle de constitucionalidade, etc.) e da abertura de novos canais do sistema de justiça (Ministério Público, Defensoria Pública, juizados especiais, órgãos de defesa do consumidor e da concorrência, Comissões Parlamentares de Inquérito).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 14, 39: 83-102, 1999.
- \_\_\_\_\_. Ministério Público e Corrupção Política em São Paulo. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Justiça e cidadania no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Ministério público e política no Brasil*. São Paulo: Educ/Sumaré, 2002.
- BENDOR, Jonathan et al. Theories of delegation. *Annual review of political science*, 4: 235-269, 2001.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. A Constituinte e a Constituição de 1988. In: BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Paz e Terra/Senado Federal, 1989.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.
- CARVALHO, Ernani. “Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem”. *Revista. Sociologia e Política*. 23: 127-139, 2004.
- CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público e Judicialização da Política - cinco estudos de caso*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.
- CASTRO, Marcos Faro de. “O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. 12, 34, 1997.
- CAVALCANTI, Rosângela Batista. “Ministério Público na Paraíba”. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Justiça e cidadania no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2000.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. Rio de Janeiro, Revan, 1999.
- HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. “As três versões do neo-institucionalismo”. *Lua Nova*, 58: 193-223, 2003.
- KERCHE, Fábio. “O Ministério Público e a Constituinte de 1987/88”. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *O sistema de Justiça*. São Paulo: IDESP/Sumaré, 1999.
- \_\_\_\_\_. *O Ministério Público no Brasil: autonomia, organização e atribuições*. Tese de Doutorado, Dept. Ciência Política, USP, 2003.
- KINZO, Maria D’Alva Gil. “O quadro partidário e a constituinte”. In: LAMOUNIER, Bolívar (org.), *De Geisel a Collor: o balanço da transição*. São Paulo: IDESP/Sumaré, 1990.
- LUPIA, Arthur. Delegation of power: agency theory. In: Neil Smelser e Paul Baltes (orgs.), *International encyclopedia of the social behavioral sciences*. Oxford: Elsevier science limited, 2001.
- MACIEL, Débora; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, 57: 113-133, 2002.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Ministério Público*. 3. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.
- MELO, Marcus André. “Governance e reforma do estado: o paradigma agente x principal”. *Revista do Servidor Público*, 120, 1: 67-79, 1996.
- MILLER, Gary J. The political evolution of principal-agent models. *Annual review of political science*, 8: 203-225, 2005.
- O’DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa?. *Novos Estudos*, 31: 25-40, 1991.
- \_\_\_\_\_. Accountability horizontal e novas poliarquias. *Lua Nova*, 44: 27-53, 1998.
- \_\_\_\_\_. et al. (orgs.). *Democracia, violência e injustiça: o não-Estado de direito na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

- OLIVEIRA, Vanessa; CARVALHO, Ernani. A judicialização da política: um tema em aberto. *Revista Política Hoje*, 1, 15, 2006.
- OLSON, Mancur. *A lógica da ação coletiva: os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.
- PRZEWORSKI, Adam. Sobre o Desenho Institucional do Estado: Uma Perspectiva *Agent x Principal*. In: PEREIRA, Bresser (org.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.
- SADEK, Maria Tereza (org.). *O Ministério Público e a Justiça no Brasil*. São Paulo: Sumaré, Idesp, 1997.
- \_\_\_\_\_. O sistema de justiça. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *O sistema de justiça*. São Paulo: IDESP/Sumaré, 1999.
- \_\_\_\_\_. Cidadania e Ministério Público. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Justiça e cidadania no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2000.
- SALAZAR, Juliana. *O desenho institucional do Ministério Público: o Procurador-Geral da República e as Ações Diretas de Inconstitucionalidade*. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, UFPE, 2007.
- SILVA, Catia Aida. *Justiça em jogo: novas facetas da atuação dos promotores de justiça*. São Paulo: Edusp, 2001.
- TATE, Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The global expansion of judicial power: the judicialization of politics*. New York, New York University Press, 1995.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Revan, 1999.
- VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

#### DOCUMENTOS OFICIAIS

- BRASIL. Lei complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988.
- CONAMP. Carta de Curitiba, de 21 de junho de 1986.
- BRASIL, Ministério da Justiça. Diagnóstico Ministério Público nos Estados, 2006.

#### SITES CONSULTADOS

- Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – [www.conamp.org.br](http://www.conamp.org.br)
- Conselho Nacional do Ministério Público – <http://www.cnmp.gov.br/>
- Ministério Público da União – <http://www.mpu.gov.br>

#### Ernani Carvalho

Rua Acadêmico Hélio Ramos – s/n – 14º andar  
Cidade Universitária – 50670-901  
Recife – PE – Brasil  
[ernani.carvalho@pq.cnpq.br](mailto:ernani.carvalho@pq.cnpq.br)

DOUTOR EM CIÊNCIA POLÍTICA PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP)  
PROFESSOR DO DEPARTAMENTO DE CIÊNCIA POLÍTICA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO (UFPE)  
PESQUISADOR DO CNPQ – NÍVEL 2

#### Natália Leitão

Rua Acadêmico Hélio Ramos – s/n – 14º andar  
Cidade Universitária – 50670-901  
Recife – PE – Brasil  
[natalialeitao@gmail.com](mailto:natalialeitao@gmail.com)

MESTRANDA EM CIÊNCIA POLÍTICA PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO (UFPE)





## TEMPOS DE ESPERA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*Claudio Weber Abramo*

WAITING TIMES IN THE BRAZILIAN SUPREME COURT

### RESUMO

EXPÕE-SE UM MÉTODO DE MEDIR O DESEMPENHO DE MAGISTRADOS NA DECISÃO DE PROCESSOS JUDICIAIS. A ESTRATÉGIA É USADA PARA CONSTRUIR UMA FERRAMENTA DE MONITORAMENTO VOLTADA PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO. A MEDIDA DE TEMPOS MÉDIOS DE ESPERA NA DECISÃO DE CAUSAS QUE TRAMITAM NA CORTE PODE AJUDAR NA FORMULAÇÃO DE INTERVENÇÕES ADMINISTRATIVAS DESTINADAS A REDUZÍ-LOS. A COMPARAÇÃO ENTRE AS MÉDIAS OBSERVADAS EM DIFERENTES CLASSES PROCESSUAIS E RAMOS DO DIREITO PODE AJUDAR A COMPREENDER MELHOR OS FATORES SUBJETIVOS EM JOGO NAS DECISÕES JUDICIAIS. A COMPARAÇÃO DOS DESEMPENHOS DE MAGISTRADOS INDIVIDUAIS AJUDA A MELHORAR O SISTEMA PELO USO DE PENALIDADES REPUTACIONAIS. A PARTIR DO MÉTODO CONSTATA-SE QUE JUÍZES REAGEM A PROCESSOS JUDICIAIS DA MESMA FORMA QUE SISTEMAS BIOLÓGICOS, MECÂNICOS E ELETRÔNICOS REAGEM A ESTÍMULOS. A FORMA ASSUMIDA PELAS DISTRIBUIÇÕES DE TEMPO DE DECISÃO MEDIDAS AJUDA A EXPLICAR O PESSIMISMO DAS PERCEPÇÕES POPULARES A RESPEITO DA CELERIDADE DO JUDICIÁRIO.

### PALAVRAS-CHAVE

TEMPOS DE ESPERA NO JUDICIÁRIO; DESEMPENHO DE MAGISTRADOS; CONTROLE DO JUDICIÁRIO; PERCEPÇÕES; MEDIDAS COMPENSATÓRIAS.

### ABSTRACT

A METHOD FOR MEASURING AND MONITORING THE NUMERICAL PERFORMANCE OF JUDGES IN DECIDING CASES IS PRESENTED. THE STRATEGY HAS BEEN USED TO BUILD AN INTERNET MONITORING TOOL AIMED AT THE MEMBERS OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT. MEASURING THE EXPECTATIONS FOR JUDICIAL CASES TO BE DECIDED PERMITS DRAFTING ADMINISTRATIVE INTERVENTIONS AIMED AT REDUCING WAITING TIMES. COMPARING EXPECTATIONS ACCORDING TO TYPES OF CASES MAY HELP TO BETTER UNDERSTAND THE SUBJECTIVE FACTORS THAT ARE IN PLAY IN JUDICIAL DECISIONS. COMPARING INDIVIDUAL MAGISTRATES' PERFORMANCES HELPS TO IMPROVE THE SYSTEM BY USING REPUTATIONAL PENALTIES. IT IS FOUND THAT JUDGES REACT TO CASES IN THE SAME GENERAL MANNER AS BIOLOGICAL, ELECTRONIC AND MECHANICAL SYSTEMS REACT TO STIMULI. THE FORM OF THE TIME DISTRIBUTIONS MEASURED HELPS TO EXPLAIN POPULAR PERCEPTIONS (PESSIMISTIC, IN THE CASE OF BRAZIL) ABOUT THE JUDICIARY'S EFFICIENCY.

### KEYWORDS

JUDICIAL DELAY; JUDICIAL PERFORMANCE; CONTROL; PERCEPTIONS; COMPENSATORY MEASURES.

## INTRODUÇÃO

É praticamente impossível encontrar na literatura referências positivas à capacidade de o sistema judicial brasileiro prestar o serviço para o qual existe. Seus problemas estruturais e as consequências que acarretam à distribuição de justiça aparecem com frequência na literatura. Ver, por exemplo, Buscaglia, Dakolias e Ratliff (1995), Prillaman (2000, pp. 75ss) e Zimmermann (2008, Seção 6), entre outras fontes. Entre

as reclamações mais comuns que aparecem tanto na literatura quanto nos meios de comunicação, a mais comum diz respeito ao tempo que os tribunais demoram para atingir decisões. Conforme o indicador ICJBrasil de confiança no judiciário (1º trimestre de 2010), nada menos de 92,6% dos respondentes consideram o judiciário brasileiro lento ou muito lento (CUNHA, 2010, p. 9). Tal percepção é alimentada por abundantes referências a casos específicos.

Percepções, contudo, podem ser enganosas. Tanto o público quanto a comunidade do Direito podem avaliar a eficiência de uma instituição a partir de experiência pessoal ou de referências indiretas ao anedotário de casos particularmente notáveis, mas ignorando dados sistemáticos a respeito dos fenômenos a respeito dos quais opinam. Esse é um problema bem conhecido: os indicadores de desempenho de um serviço público podem evoluir favoravelmente, mas é possível que o público não o perceba. Para uma discussão a respeito desse problema, ver entre outros Van Ryzin (2007). A tensão entre percepções e realidade é bastante concreta, incidindo sobre a formulação de políticas. Embora a prestação de um serviço seja influenciada pela confiança que lhe é depositada pelo público (em muitos casos a própria prestação do serviço depende centralmente dessa confiança, como campanhas de vacinação), o aperfeiçoamento material dos serviços precisa basear-se em indicadores objetivos.

O papel das percepções na formulação de intervenções administrativas em serviços tem sido objeto de atenção. Ao estudar o grau de satisfação de consumidores em relação a tempos de espera em filas, Pruyn e Smidts (1998) constatam que a *percepção* quanto a esses tempos é mais relevante para a satisfação do consumidor do que a redução real dos tempos de espera, e argumentam que “uma abordagem alternativa é encontrar meios de fazer com que o tempo pareça transcorrer mais rápida e agradavelmente”. Um levantamento da literatura publicada entre 1990 e 2001 a respeito de satisfação de pacientes recebidos em pronto-socorros realizado por Taylor e Benger (2004) mostra que, de modo geral, “Os três fatores que mais frequentemente são identificados [como influenciadores da satisfação de pacientes] foram: capacidade de interação interpessoal/atitude dos atendentes; prestação de informações/explicações; percepção quanto aos tempos de espera”.

Como tais reflexões poderiam contribuir para a melhoria da prestação de serviços judiciais? Parece claro que instalar aparelhos de televisão nos saguões de tribunais ou treinar escrivães para sorrir mais frequentemente não ajudariam a melhorar a percepção desforável sobre a celeridade do judiciário. Embora se possa argumentar que, por serem subjetivas e desinformadas, percepções não devam exercer influência desmedida no traçado de políticas, o fato é que elas refletem a confiança do público no sistema – e confiança é um fator essencial na prestação dos serviços judiciais. Intervenções óbvias sobre as percepções incluem uma melhor prestação de informações,<sup>1</sup> a eliminação dos casos muito antigos que alimentam o anedotário que circula na área e a correção de outros fatores associados a atrasos, como privilégios gozados por juízes.

No plano objetivo, caso se pretenda abordar atrasos, torna-se necessário medir tempos. Um método para isso foi desenvolvido pelo autor e aplicado ao monitoramento sistemático do desempenho dos ministros do Supremo Tribunal Federal. A iniciativa, intitulada Projeto Meritíssimos, é publicada num sítio de internet ([www.meritissimos.org.br](http://www.meritissimos.org.br)). Este artigo dedica-se primordialmente a descrever o método. Alguns exemplos de medidas que propicia são usados para ilustrar pontos específicos. Além de proporcionar um meio de avaliar o desempenho numérico tanto do tribunal quanto de cada um de seus ministros, verifica-se que os tempos de resposta podem ser modelados por uma distribuição matemática da mesma forma que tempos de reação são modelados em outros ramos do conhecimento.

Aqui se sustenta que medidas de aspectos quantitativos do desempenho de magistrados (e portanto de tribunais) é uma condição necessária para avaliar a sua eficiência. É claro que essa condição não é suficiente. Decisões judiciais são afetadas por muitos outros fatores que precisam ser levados em conta numa avaliação “completa”. Peculiaridades com diferentes graus de subjetividade são significativas para avaliar juízes e tribunais. São exemplos a consistência, a influência de opiniões de magistrados sobre outros magistrados, a inclinação ideológica, a medida em possam ser influenciados por fatores políticos e econômicos, a possível contaminação por corrupção e diversas outras. (Embora, por sua vez, diversas dessas sejam quantificáveis.) Isto dito, é preciso frisar que o fato de medidas objetivas não serem suficientes para avaliar o judiciário não pode ser usado como desculpa para não medir o que se possa medir. Conforme põem Gulati, Klein e Levi (2010), referindo-se ao contexto norte-americano, “Da mesma forma que outros funcionários públicos aos quais se confia um poder substancial, juízes precisam ser submetidos a avaliação crítica, de forma a responsabilizá-los por seu desempenho, identificar aqueles que são merecedores de promoção, identificar quem deve ser juiz,<sup>2</sup> ajudar a reformar as instituições judiciais de modo a melhorar a distribuição de justiça”.

Contrariamente a essa posição, com demasiada frequência se ouve que, no que tange o judiciário, não seria útil medir quantidades porque os fatores subjetivos seriam os “realmente” importantes. Também se ouve que comparar diretamente os desempenhos de magistrados individuais seria contraproducente, ou enganador, or inadequado, porque alegadamente desviaria a atenção de outros fatores<sup>3</sup> e, além disso, tenderia a alienar os magistrados e a reforçar a sua hostilidade a mudanças.

A despeito de resistências, medir o que se consiga medir diz muito sobre sistemas judiciais, como demonstram os números computados no projeto em questão. De modo a descrever o método, primeiro convém delinear o território.

## 1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Conforme frisado por inúmeros autores, a Constituição brasileira é hiperdetalhada,

definindo direitos de toda ordem. Com isso, virtualmente qualquer tipo de pendência judicial tem o potencial de envolver algum tema constitucional, justificando recurso ao STF. A quase completa independência garantida a juízes e a ausência de regras que obriguem as cortes a obedecer a precedentes resultam numa situação em que as mesmas questões constitucionais sejam repetidamente levadas ao STF (PRILLAMAN, 2000; ROSENN, 2000; ZIMMERMANN, 2008). Ao longo de todo o caminho, códigos de processo civil e penal bizantinos proporcionam intermináveis oportunidades para que advogados interponham recursos. Devido à vulnerabilidade do sistema à procrastinação, não apenas a litigância é preferida à negociação (o que, por si só, reduz o *welfare* pelo aumento dos custos de transação), como também aos pólos passivos dá-se oportunidade de evitar uma conclusão pela sistemática manipulação de recursos procedimentais. Inevitavelmente, o sistema estimula a caça por renda por parte de advogados. A única barreira é a renda do litigante. Litigantes capazes de pagar advogados por anos a fio (como governos federal, estaduais e os municipais mais ricos, bem como bancos, grandes empresas e indivíduos abastados) usam o sistema para retardar decisões, sempre que possível percorrendo todo o caminho até o STF. Litigantes que não consigam pagar a conta, os quais naturalmente compõem a esmagadora maioria dos indivíduos e das empresas, param em algum degrau intermediário da escadaria judicial. É comum ações judiciais terminarem não porque tenham transitado em julgado ou porque tenha havido um acordo extrajudicial, mas porque alguém desistiu por cansaço ou falta de dinheiro. Réus pobres em processos criminais são encarcerados rapidamente.

Não causa espanto que o sistema judicial brasileiro seja considerado disfuncional de modo quase unânime. Conforme escreve Taylor (2005), o judiciário brasileiro “é quase inoperante, proporcionando poucas garantias ao cidadão comum de uma defesa legal rápida contra políticas governamentais [...]. [O] modo de funcionamento do judiciário exclui grande parcela da cidadania do consumo da justiça, podendo com isso influenciar desfavoravelmente sua apreciação a respeito da eficácia dessa importante instituição democrática”.

A perversidade do sistema judicial brasileiro se revela pela quantidade espantosa de processos individuais que chega ao STF (aqui, processos incluem recursos procedimentais em cascata): apenas em 2009, foram cerca de 50 mil. Observe-se que esse número é cerca de metade dos casos que a corte recebeu em 2006, ano em que entrou em vigor uma emenda constitucional de 2004 exigindo que, para ser recebido pelo STF, um recurso extraordinário precisa ter “repercussão geral”, a saber, referir-se a algum aspecto constitucional relevante ainda não apreciado pela corte.<sup>4</sup> Em junho de 2010, o congestionamento (quantidade de processos em aberto) do STF somava cerca de 75 mil. Santa Cruz Oliveira (2006) compara os números do STF com os números de Cortes Supremas de outros países. Por exemplo, em 2003 a Corte Constitucional austríaca recebeu 2.217 casos e decidiu 2.122; em 2004, a equivalente alemã recebeu 5.589 novos casos e julgou 5.612. Por outro lado, Choi,

Gulati e Posner (2009) relatam que, nas Altas Cortes estaduais norte-americanas, no período entre 1998 e 2000 houve uma mediana de 23,0 opiniões por juiz-ano, com um máximo de 58,33 (no estado da Georgia).

Entre os fatores subsidiários que contribuem para os números do STF está o fato de que, embora a corte seja formada por onze ministros, apenas dez de fato trabalham rotineiramente em processos. Um deles, escolhido a cada dois anos pelo mecanismo meramente burocrático do rodízio por antiguidade, é o presidente da corte, com limitada responsabilidade na apreciação de processos. (Conforme se verá, os congestionamentos de cada ministro são muito irregulares, devido às grandes diferenças que exibem na presteza com que decidem.) Além disso, um dos ministros do STF acumula a presidência do Tribunal Superior Eleitoral e outro, a vice-presidência. Como ocorrem eleições a cada dois anos, a carga de trabalho do TSE cresce fortemente conforme essa periodicidade, o que inevitavelmente afeta o desempenho desses ministros no cumprimento de suas obrigações no STF.

Não bastasse a enorme carga que o sistema impõe sobre os ministros do STF, privilégios gozados pelos magistrados brasileiros de modo geral contribuem para agravar a situação. No Brasil o judiciário goza 60 dias de férias por ano, em janeiro e julho. Todo o judiciário (e mais os Ministérios Públicos) param por completo nesses períodos. Diversos feriados são também aproveitados para estender recessos. Naturalmente, as entidades corporativas do judiciário defendem tais privilégios, sempre aludindo à necessidade de compensar pretensas e nunca mensuradas cargas adicionais de trabalho a que juízes seriam sujeitos. Dias antes de assumir a presidência do STF, em abril de 2010, o ministro Cezar Peluso concedeu uma entrevista em que declarou que não defenderia as férias de 60 dias durante a discussão, que ocorria, da Lei Orgânica da Magistratura que tramitava no Senado Federal (*Folha de S.Paulo*, 11 de março de 2010, entrevista a Fernando Rodrigues). Imediatamente, e em uníssono, as principais entidades representativas de juízes abriram fogo contra Peluso, alegando, entre outros argumentos inverificáveis, que “não raro os juízes se utilizam de parte substancial de suas férias para manter atualizadas as suas atividades jurisdicionais”<sup>5</sup> – como se isso não acontecesse em inúmeras outras categorias de trabalhadores, públicos ou privados, não beneficiadas pelo privilégio. Poucas semanas após a entrevista, já na presidência da corte, Peluso compareceu a audiência pública sobre o assunto promovida pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado em que recuou da posição anterior e passou a fazer coro às alegações corporativas. Note-se, adicionalmente, que a pretensa “atualização de atividades jurisdicionais” à noite, em fins de semana ou em períodos de férias não é acompanhada de uma averiguação cotidiana da assiduidade de juízes ao trabalho e muito menos da coleta de indicadores de desempenho.

Ainda a respeito da disposição de integrantes de carreiras jurídicas em submeter-se a controles, é instrutivo examinar recentes desenvolvimentos ocorridos na Advocacia-

Geral da União. Em 2007, um advogado desse ente – logo depois promovido a chefe da unidade em que o fato se deu – foi submetido a sindicância por recusar-se a assinar folha de ponto. O relatório da sindicância,<sup>6</sup> lavrado por integrante da Corregedoria-Geral do ente, concluiu que advogados não seriam obrigados a submeter-se a controle de frequência. O relatório indaga, e responde: “E como controlar trabalho dos advogados públicos? Por relatórios de produtividade, de preferência inseridos em sistemas informatizados” – os quais, se é que existem, não são disponíveis publicamente. O mesmo relatório expõe o estado de fraude generalizada que circundava o controle de frequência na AGU, no que contava com necessária convivência institucional do ente: “no mais das vezes os registros de horário são feitos de forma prévia impressos junto com o formulário ou, na melhor hipótese, preenchidos em horário padrão [...]. Isso quando o formulário não é impresso no final do mês para uma assinatura conjunta de todo o período”. A AGU não reagiu institucionalmente a tais constatações baixando medidas administrativas destinadas a reforçar o sistema de controle de frequência de seus advogados, mas dispensando-os em massa da necessidade. Ver AGU (2010), Portaria nº 1.619, revogando dispositivo da Portaria nº 1.519.

O STF promove cerca de oito sessões plenárias por mês, o que resulta em aproximadamente 80 por ano.<sup>7</sup> Em 2009, o plenário cuidou de 558 processos (contra 652 em 2008), ou 0,7 % do congestionamento da corte. A inclusão de processos na agenda do plenário é prerrogativa do presidente, que a exerce em completa obscuridade. Dado que o congestionamento é esmagadoramente maior do que os espaços na agenda, o presidente fica investido de um poder imenso, algo raramente assinalado (Vilhena Vieira, 2010 faz referência ao assunto). São relativamente poucas as decisões que precisam ser levadas ao plenário (a maioria é monocrática, ou decidida numa das duas turmas do tribunal), mas de toda forma não há possibilidade material de os ministros do STF darem a atenção em tese devida aos milhares de casos que lhes chegam às mãos, seja individualmente, seja nas turmas e no plenário, e menos ainda é provável que eles revisem todas as decisões e votos que assinam. Obviamente, quem de fato redige decisões e opiniões são assessores de gabinete. Nas demais cortes brasileiras a situação é idêntica. Com isso, às muitas deficiências do sistema judicial brasileiro, é-se forçado a incluir dúvidas quanto à qualidade técnica das decisões.

Um dos aspectos positivos do STF é a disponibilização, na internet, de uma interface com o cadastro eletrônico do tribunal, o que permite acesso a todas as informações relevantes referentes a processos que tramitam na corte.<sup>8</sup> Cada processo recebe uma classificação (“classe”, de acordo com o tipo judicial – *Habeas Corpus*, *Agravos de Instrumento*, *Recursos Extraordinários*, *Ações Diretas de Inconstitucionalidade* etc.). Entre outras informações, o processo é apresentado com um resumo, uma planilha de “deslocamentos” e outra de “andamentos”. O resumo inclui os nomes de todas as partes e de seus respectivos advogados (ou procuradores/promotores), a origem (o estado e o ente originário do processo ao qual o recurso se refere, normalmente um tribunal esta-

dual) e o assunto (que permite identificar o ramo do Direito no qual o processo se enquadra). A planilha de deslocamentos informa os passos do processo ao longo da cadeia burocrática de tramitação, de forma que, a qualquer momento, se sabe onde os documentos do processo se encontravam (e quanto tempo ali permaneceram). Na planilha de andamentos assinalam-se incidentes relevantes para o processo, como o ministro ao qual foi distribuído, pedidos de vista, referências a decisões, se a decisão foi publicado no Diário de Justiça etc. Todos os dias úteis (exceção feita aos períodos de recesso), o STF publica na internet o Diário de Justiça Eletrônico, em que se listam todos os processos novos distribuídos na corte e todos os processos mais antigos que sofreram algum incidente, juntamente com *link* para o respectivo registro no cadastro.

## 2 O PROJETO

De modo a responder à pergunta “quanto tempo, em média, o ministro A demora para decidir processos de tipo X”, é necessário recolher todas as informações de todos os processos e submetê-las a filtragens e processamento. Para isso, todos os dias um robô coleta as informações de processos referidos no Diário de Justiça Eletrônico: resumo, andamentos e deslocamentos. Todos os meses, os dados brutos são processados, algo que envolve diversos passos e que consome cerca de 6 horas. O cadastro eletrônico do STF foi inaugurado no início da década de 1990, mas a publicação do Diário de Justiça Eletrônico se iniciou em dezembro de 1996. De modo a garantir uma referência externa estável aos processos examinados pelo STF, o escopo do projeto foi limitado ao início de 1997. Com isso, em junho de 2010 a base de dados do projeto incluía cerca de 1,1 milhão de casos aproveitáveis (processos anteriores a 1997 que podem ser recuperados por mineração cega do cadastro do STF – i.e. sem contar com uma referência no Diário de Justiça Eletrônico – somam 240 mil).<sup>9</sup>

A tarefa central consiste em determinar, para cada processo, quando foi distribuído a um ministro, se foi ou não decidido e, em caso de ter sido finalizado, quando isso aconteceu. Com isso em mãos, torna-se possível determinar os tempos de espera para qualquer subconjunto (ano da distribuição, classes processuais, ramos do Direito, origens etc., bem como combinações destes). Ao longo de sua vida no STF, o mesmo processo pode ser distribuído a uma sequência de diferentes ministros. Isso acontece porque ministros se aposentam, morrem, são elevados à presidência (quando seus processos são desovados para outros), declaram-se impedidos, são contestados por uma parte e por outros motivos. Casos longevos passam por diversas dessas transferências de responsabilidade. Como o interesse é medir tempos de espera relacionada aos ministros, e não aos processos, cada combinação ministro-processo é identificada. É sobre elas que se promovem os cálculos.

De modo a calcular as médias de tempo verdadeiras, é necessário levar em conta não só os casos que receberam decisão, mas também aqueles que não foram decididos.<sup>10</sup>

Para cada ministro, os processos são separados em três tipos: aqueles que foram decididos, os que permanecem abertos e os que foram redistribuídos a outros ministros, os quais são contados como não resolvidos. O cálculo é feito da mesma forma que se usa para determinar tempos de espera em qualquer ramo do conhecimento, como a expectativa de vida de populações – com a diferença de que, no caso em questão, o conjunto de observações inclui todo o universo, enquanto para expectativas de vida e outras aplicações o cálculo é realizado em amostragens do universo, o que leva a estimativas afetadas por uma imprecisão amostral. Para cada combinação ministro-processo determina-se o número de semanas decorridas para que o processo seja a) decidido, ou b) não decidido, ou c) redistribuído. Todos os passos do procedimento matemático estão explicitados no sítio de internet do projeto, motivo pelo qual não são replicados aqui. O resultado do processamento dos dados é publicado de diferentes formas, tanto em tabelas quanto em gráficos. De modo a facilitar a compreensão empregam-se diferentes tipos de comparações gráficas.

### **3 DESEMPENHO OBSERVADO**

As médias observadas fornecem um interessante retrato do desempenho comparativo dos ministros do STF. Tomem-se, por exemplo, processos do ramo mais frequente na corte, o Administrativo (referentes a licitações públicas, licenciamento etc., que sempre têm o Estado ao menos num dos pólos). A média geral de decisão dos ministros para decidir processos desse ramo é de 52 semanas. Desagregando-se ao plano de cada ministro atuante ao tempo em que este artigo foi escrito, e levando-se em conta todo o seu período de atividade, obtém-se o quadro representado na Tabela 1 (ver anexo).

É evidente que, sob o ponto de vista das partes de um processo, faz toda diferença se foi distribuído a Eros Grau ou a Joaquim Barbosa – uma diferença de 2,5 vezes no tempo médio de espera. A razão entre a média do segundo ministro mais lento nesse ramo, Marco Aurélio, e o segundo mais veloz, Ricardo Lewandowski, é de 1,5 vezes, tampouco um número pequeno. Como os ministros recebem aproximadamente a mesma quantidade de processos, os mais lentos necessariamente acumulam uma quantidade maior de processos em aberto do que os mais velozes. Assim, no início de junho de 2010, enquanto o congestionamento de Eros Grau no ramo Administrativo somava 1.298 processos, o de Barbosa era de 5.160, cerca de quatro vezes maior. O congestionamento de Marco Aurélio era de 4.089. Já o congestionamento total da corte no ramo Administrativo era de 28.875 processos, de modo que, sozinhos, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio eram responsáveis por quase um terço (32%) dos processos desse ramo em aberto. Poder-se-ia especular que a antiguidade dos ministros teria papel em seu acúmulo de congestionamento, mas os números não confirmam isso. Não há correlação entre antiguidade e congestionamento. Assim,



Grau assumiu o posto em junho de 2004 e Barbosa um ano após, uma diferença de antiguidade que não explica a diferença de acúmulo de processos que aguardam decisão. Por outro lado, o decano dos ministros, Celso de Mello (1989), acumulava “apenas” 1.685 casos Administrativos, ao passo que Marco Aurélio (de 1990) concentrava 4.089. Disparidades semelhantes (e frequentemente ainda mais agudas) se apresentam em outros ramos e classes processuais. É impossível deixar de perguntar por que se permite que diferenças de tal ordem persistam sem alguma ação por parte do tribunal. Suspeita-se que o STF sofra as consequências de uma cultura de complacência: ao comentar a carga “astronômica” de casos que chegam ao STF, Kapiszewski, 2010 assinala que tal carga “proporciona à corte uma justificativa sob medida para os longos tempos de decisão observados, o que traz reforço adicional às delongas”.

Os desempenhos individuais dos ministros têm impacto direto sobre o desempenho global da corte, o que levanta questões a respeito de medidas administrativas que o STF poderia, ou deveria, tomar para compensar os efeitos produzidos pelos ministros mais lentos. No entanto, como observa Kapiszewski, 2010, faltam ao STF “regras relativas seja à ordem em que processos devam ser decididos ou quão rapidamente se deve fazê-lo, inexistindo ainda exigências formais de que o presidente do STF inclua nas pautas de julgamento os processos mais antigos”. Deve-se reconhecer que as pessoas diferem entre si, e que diferenças de desempenho não podem ser tratadas como algo a ser eliminado e homogeneizado. Ainda assim, penalidades reputacionais por lentidão poderiam desempenhar algum papel em ao menos reduzir as disparidades mais gritantes. A divulgação de informações sobre desempenho numérico pelo próprio tribunal poderia exercer pressões tanto sobre a gestão do tribunal para prestar atenção ao assunto quanto sobre ministros individuais, para que incrementassem o seu desempenho.<sup>11</sup> Quanto a estes, medidas quantitativas não são geralmente incluídas entre seu rol de riscos reputacionais. Talvez em ambientes menos sujeitos a tensões quantitativas haverá menos incentivos para juízes melhorarem seus indicadores numéricos de desempenho, mas em situações como a brasileira é razoável imaginar que tais indicadores possam ser usados para pressionar os magistrados mais lentos.

Como tempos médios de tramitação podem ser calculados para qualquer subconjunto de processos, torna-se possível estudar por que certos tipos de causas consomem muito mais tempo para ser resolvidas do que outras. No projeto distinguem-se 13 diferentes ramos do Direito. Nove deles incluem processos em quantidade suficiente para permitir cálculos robustos. Para estes, os tempos médios de espera (tomando todos os ministros que estiveram em atividade desde 1997) são apresentados na Tabela 2 (ver anexo).

Uma preocupação frequentemente expressa quanto às pressões exercidas sobre as cortes superiores brasileiras (e sobre a saúde da economia) diz respeito ao fato de o Estado ser o principal litigante. Conforme Taylor, 2005, “o congestionamento [...]

pode ser atribuído em grande parte à litigância do setor público, com empresas estatais e governos dos três níveis (federal, estadual e municipal) respondendo por 79% da litigância no período 1999-2003. O governo federal, sozinho, responde por 64,8% da quantidade de processos”. É possível que Tomando o período 1997-2010, quase metade dos processos que chegaram ao STF se enquadrava em apenas três ramos do Direito em que o Estado é sempre um dos litigantes (e às vezes ambos): Administrativo (24,5%), Tributário (14,0%) e Previdenciário (7,1%) (é claro que o ramo Penal, esmagadoramente composto de *Habeas Corpus*, também tem o Estado como acusador, mas neste caso o papel que desempenha é diferente dos demais).<sup>12</sup> Os tempos médios de espera mostram que dois desses três ramos são os mais lentos. No caso do ramo Tributário, a lentidão é particularmente pronunciada: 65 semanas, mais do que o dobro da média de 28 semanas observada no ramo Trabalhista. Todos os ministros são significativamente mais lentos no ramo Tributário. Descobrir por que é tarefa para o especialista.

A distribuição de tempos de espera também se revela heterogênea quando se consideram as origens das causas. A Tabela 3 (ver anexo) traz, para a classe processual dos Recursos Extraordinários (a segunda mais numerosa, que basicamente reúne contestações a decisões de tribunais estaduais e da justiça federal), a relação dos estados, as quantidades de processos dessa classe originários nesses estados e os respectivos tempos médios de espera. A tabela é ordenada em ordem decrescente dos tempos de espera e das quantidades de processos.

O que surpreende é o fato de os tempos de resolução variarem bastante, de um mínimo de 34 semanas (Alagoas) a um máximo de 67 (Espírito Santo), uma diferença de quase 100% entre os extremos. *Prima facie*, não deveria haver motivo para isso. Dispersões desse tipo acontecem para cada ministro, cada qual com mais celeridade em algum estado e menor em outro, conforme a classe processual ou o ramo do direito.<sup>13</sup> Outra vez, determinar as causas do fenômeno demanda o concurso do especialista.

A evolução de expectativas de decisão de processos pode ser determinada constando-se os períodos de distribuição dos processos. Na Figura 1 (ver anexo) representa-se essa evolução para *Habeas Corpus* sob a responsabilidade do decano do tribunal, Celso de Mello. Para cada ano, a média é calculada para todos os casos que lhe foram distribuídos naquele ano (não os que foram resolvidos naquele ano). Recorde-se que o escopo do projeto se inicia em 1997 (tempos em semanas).

É claro que o desempenho de Mello tem se deteriorado. Em contraste, a evolução correspondente para o ministro Cezar Peluso (junho de 2003) revela tendência progressiva (Figura 2 – ver anexo), pois os tempos médios estão se reduzindo.

Comparações coletivas indicam onde cada ministro se situa no confronto com seus colegas. No projeto, isso se faz usando tabelas explícitas e gráficos de dispersão. A Figura 3 (ver anexo) mostra como três ministros se comparam com seus colegas. Cada ponto corresponde a um ramo do Direito. No eixo vertical, as expectativas de

tempo de resolução associadas ao ministro e, no horizontal, as expectativas dos demais ministros tomados em conjunto. Desvios para cima em relação à diagonal significam um desempenho pior; reciprocamente, desvios para baixo representam desempenho melhor. Quanto maior a distância, maior a disparidade entre o desempenho do ministro e o dos demais. É evidente que Britto (centro) essencialmente situa-se na média ao longo de todos os ramos, enquanto Grau (esquerda) tem desempenho melhor e Barbosa (à direita) é consistentemente mais lento do que seus colegas.

#### 4 MODELAÇÃO DE TEMPOS DE ESPERA

Um desenvolvimento teórico propiciado pelo projeto é a constatação de que os tempos de espera para decisões judiciais se prestam a uma modelação em tudo idêntica à que se promove em outros ramos do conhecimento. Verifica-se que juízes tomam decisões sobre processos judiciais conforme a mesma família geral de padrões encontrada quando seres humanos, animais, redes eletrônicas, complexos mecânicos, sistemas biológicos e comunidades financeiras (como o mercado acionário) reagem a estímulos.

Dado um conjunto de processos decididos por um ministro, pode ser particionado conforme os períodos de tempo decorridos entre o momento da distribuição e o momento da decisão. Para cada intervalo de tempo (1 semana, 2 semanas e assim por diante) contam-se os processos que foram decididos dentro daquele intervalo. Isso tipicamente produz um histograma como o da Figura 4 (ver anexo). O eixo vertical corresponde às porcentagens de processos decididos e o horizontal ao número de semanas para a decisão. O exemplo usa a distribuição de decisões de Marco Aurélio em Agravos de Instrumento (a mais frequente das classes processuais).

Muito poucos processos são decididos nas primeiras semanas; a maioria é concluída em torno da oitava semana, pouco mais ou menos, e o resto se distribui em quantidades decrescentes acompanhando uma tendência que decai lentamente. A expectativa (ou seja, o tempo médio de espera) é calculada usando todo o conjunto de números. Como há uma substancial quantidade de processos que é decidida em tempos que se estendem bastante para a direita (no gráfico, os dados são truncados em dois anos; na realidade, o histograma prossegue), no agregado estes contribuem pesadamente para a média – no exemplo, a média é de 48 semanas.

A forma dos histogramas obtidos pela análise dos tempos de decisão de processos judiciais é a mesma do que se observa em muitos outros fenômenos que incluem tempos de reação: uma elevação brusca no início, atingindo um máximo único (a norma da distribuição) e um decréscimo lento daí por diante. Diversas curvas teóricas são usadas para modelar (ou seja, imitar) esse tipo de comportamento. A experimentação com essas curvas resultou na constatação de que a combinação entre duas distribuições gaussianas inversas modela bem os histogramas observados. A Figura 5 (ver anexo) exhibe visualmente o ajuste da curva teórica aos dados empíricos.

A vantagem de se dispor de uma curva teórica que se ajusta bem a um fenômeno medido empiricamente é dupla: primeiro, revela que há determinantes homogêneos para as manifestações do fenômeno; segundo, permite explicar (no sentido matemático) o fenômeno. Sob esse ponto de vista, o comportamento de um ministro ao lidar com processos é totalmente descrito pelos (quatro) parâmetros da curva de ajuste. Já interpretar esses parâmetros (isto é, atribuir significados empíricos separados para cada um dos quatro) é outra coisa. Frequentemente, quando curvas são combinadas como no caso em questão, os pesquisadores encontram dificuldades para interpretar empiricamente os parâmetros. Não é diferente neste caso.

O ajuste da curva teórica aos dados observados não é uniformemente bom para todas as combinações ministro/classe/ramo do Direito. Particularmente quando o número de casos é relativamente baixo, a distribuição tende a ser demasiadamente irregular para permitir algum ajuste plausível. Em casos extremos os histogramas são muito irregulares – o que indica comportamento errático por parte do ministro em questão, o que por si só é informação útil.

A forma geral da curva de ajuste fornece uma explicação do por que é comum, no Brasil, pessoas opinarem que a decisão de processos no STF “demora para sempre”. Como mostram os gráficos, na verdade a maioria dos casos não demora “para sempre”. No exemplo, a norma (o pico) situa-se em torno da 8<sup>a</sup>-11<sup>a</sup> semana e a média é de 48 semanas; metade dos processos é resolvida no máximo em 23 semanas. A percepção popular de tempos de espera muito mais extensos decorre da “cauda” muito longa e pouco inclinada da distribuição. Há procesos, ainda que em pequeno número, que de fato permanecem não decididos por anos a fio. É razoável postular que a minoria de processos muito retardados induz a percepção popular. Há, mesmo, uma explicação matemática para isso. A cauda da distribuição é dominada pela distribuição exponencial, que faz parte da distribuição gaussiana inversa. Acontece que a distribuição exponencial “não tem memória”: eventos passados não influenciam a probabilidade de eventos futuros. Não importa quanto tempo tenha decorrido, a expectativa não diminui. Como as pessoas tendem a prestar atenção especial naquilo que as incomoda, fica-se com a impressão de que seria necessário esperar “para sempre” para que algo ocorra no judiciário, ainda que na realidade isso não aconteça. Assim, ao lado de se adotarem estratégias para reduzir os tempos médios de decisão, os tribunais precisam eliminar os processos muito antigos. A ausência de memória da distribuição exponencial dominante garante que, caso tais processos não sejam resolvidos, a percepção de extrema lentidão prevalecerá. O Conselho Nacional de Justiça tem consciência disso. Em 2009 o CNJ definiu para todo o judiciário brasileiro o objetivo de resolver até 31 de dezembro daquele ano todos os casos que tivessem dado entrada de 2005 para trás. Nas circunstâncias, os tribunais reagiram bastante bem. Por todo o país, 70 mil processos foram submetidos a tentativa de conciliação, que resultaram em 25,6 mil sucessos. Ver CNJ, 2009.

O STF não cumpriu a meta (de toda forma, o STF não pode tentar conciliações, pois praticamente só lida com os aspectos formais de processos).

## CONCLUSÃO

O procedimento de medir tempos de espera num tribunal como o STF confere objetividade a discussões sobre a morosidade judicial. Afirmar-se simplesmente que algo “demora muito”, ou que outra coisa “anda velozmente” não transmite, de fato, informação a respeito do fenômeno a que se faz referência. O conceito de lentidão é relacional: “A é mais (ou menos) lento do que B”. Para se poder fazer tal afirmação é necessário medir objetivamente tanto a velocidade de A quanto a velocidade de B, de forma a obter números que possam ser comparados entre si.

Uma vez que se disponha de tais números e de suas comparações pode-se usá-los para investigar os possíveis motivos que os expliquem: por que processos pertencentes a uma determinada classe processual demoram mais tempo para ser concluídos do que os de outra classe processual? Por que um ramo do Direito apresenta tempos de espera consistentemente mais estendidos do que outros ramos, para todos os ministros do STF?

Descendo ao plano individual dos magistrados, a possibilidade de apontar diferenças marcantes de desempenho no que tange a velocidade de conclusão de processos pode tanto funcionar como estímulo reputacional para que os mais lentos melhorem seus números quanto induzir a administração das cortes a adotar medidas gerenciais destinadas a reduzir as disparidades entre juízes.

Observe-se que a prestação do serviço da Justiça é feita para o cidadão, e não para os operadores do Direito. Não é razoável, para o cidadão, que deva esperar muito mais tempo, em média, pela conclusão de um processo em que é interessado, meramente porque foi distribuído ao magistrado X, do que outra pessoa, com uma causa em tudo idêntica, e que teve a sorte de ter o processo distribuído ao juiz Y.

A medida sistemática de tempos de espera pode ainda ajudar a iluminar opiniões sobre a lentidão do Judiciário detectadas por indicadores como o ICJBrasil. Embora, conforme se argumentou, a disponibilidade de informações objetivas não seja uma condição suficiente para alterar percepções populares, é decerto uma condição necessária. Como a opinião pública não é formada diretamente, mas sempre por intermediários da informação (imprensa, ONGs, publicações profissionais etc.), parece razoável especular que uma melhor compreensão, por parte desses intermediários, sobre indicadores numéricos que se podem construir sobre dados oriundos de tribunais, serviria ao objetivo de melhorar a base objetiva sobre a qual não só a opinião pública, mas também a opinião especializada, se constrói.

## NOTAS

\* Este artigo corresponde a uma versão em parte reduzida e em parte ampliada de Weber Abramo (2010). O autor agradece a Nick Duncan por chamar a atenção sobre o papel das percepções nas áreas de atendimento médico e de marketing; a Wolfgang Schwarz, por ajuda conceitual e por evitar uma simplificação estatística; a André Meneghelli Vale por sua aplicação no desenvolvimento dos métodos computacionais empregados na iniciativa reportada aqui; a pareceristas anônimos cujas críticas ajudaram a melhorar o artigo. Defeitos remanescentes se devem exclusivamente ao autor.

1 Apenas para mencionar um exemplo trivial, no cadastro do STF não existe um campo em que se informe a idade dos processos. Para obtê-la, o visitante precisa deduzi-la a partir da comparação entre datas de entrada e datas de decisão (ou a data da consulta, quando se trata de processos ainda não decididos). Tampouco o tribunal fornece informações sobre tempos médios de espera, pois não os calcula (ou, se passou a fazê-lo, não os torna públicos).

2 Ou ministros de tribunais superiores.

3 Vilhena Vieira (2010), em ataque ao mérito da iniciativa descrita aqui. À época, Vilhena Vieira era coordenador do curso de Mestrado da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITO GV).

4 Emenda à Constituição nº 45/2004, regulamentada pela Lei nº 418/2006 e pelo Regimento Interno do STF.

5 Ver “Juízes criticam Peluso e querem manter 60 dias de férias”. Disponível em: [http://uolpolitica.blog.uol.com.br/arch2010-03-07\\_2010-03-13.html#2010\\_03-11\\_07\\_28\\_50-9961110-0](http://uolpolitica.blog.uol.com.br/arch2010-03-07_2010-03-13.html#2010_03-11_07_28_50-9961110-0).

6 Disponível em: <http://www.anauni.org.br/php/pdf/decisaofolhadeponto.pdf>. Acesso em: 13 jun 2010.

7 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/pauta/pesquisarCalendario.asp>. Acesso em: 1º jun 2010.

8 O mesmo ocorre com a maioria das cortes federais. Quanto aos estados, o acesso a informação varia. Cerca de metade deles não disponibiliza amplo acesso aos seus processos. Entre as medidas administrativas que o Conselho Nacional de Justiça impôs aos tribunais está a publicação do cadastro de processos na internet.

9 As quantidades reportadas no projeto são sempre ligeiramente inferiores às quantidades reais. Isso acontece devido a *links* quebrados no DJE (referências que não levam a lugar algum) e a incongruências temporais nos registros. Como os casos “perdidos” são muito poucos, sua omissão não tem impacto significativo no cálculo de tempos de espera.

10 Um equívoco comum em estatísticas judiciais é desconsiderar processos não decididos e redistribuídos, o que leva a uma grosseira subestimação dos tempos de espera.

11 Embora o projeto Meritíssimos faça exatamente isso, é ainda pouco conhecido e não carrega a autoridade institucional da corte.

12 O ramo “Não definido” inclui processos em que o Estado é litigante, de modo que a porcentagem global desse tipo de processo facilmente pode ultrapassar os 50%.

13 Não se detecta relação com o estado de origem do ministro.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (AGU). *Normas*. Brasília (DF): AGU, 2009. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/Download/publicacoes/Caderno2.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2010.
- BUSCAGLIA JR., Edgardo; DAKOLIAS, Maria; RATLIFF, William. Judicial reform in Latin America: A framework for national development. *Essays in Public Policy*. Hoover Institution (Stanford University), 1995.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Relatório de Dados Estatísticos – Semana pela Conciliação –

- Meta 2. Brasília (DF): CNJ, 2010. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/meta\\_2/relatorio\\_semana\\_pela\\_concilio\\_meta2.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/meta_2/relatorio_semana_pela_concilio_meta2.pdf)>. Acesso em: 13 jun. 2010.
- CUNHA, Luciana Gross (coord.). *Relatório ICJBrasil* [Índice de Confiança no Judiciário], São Paulo: Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, jun. 2010.
- GULATI, Mitu; KLEIN, David E.; LEVI, David F. Evaluating judges and judicial institutions: Reorienting the perspectives. *Duke Law Working Papers*, 2010. Disponível em: <[http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=working\\_papers](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=working_papers)>. Acesso em: 1 jun. 2010.
- KAPISZEWSKI, Diana. How courts work: Institutions, culture, and the Brazilian *Supremo Tribunal Federal*, in COUSO, Javier; HUNEIUS, Alexandra; SIEDER, Rachel (eds.). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. Cambridge (UK): Cambridge Studies in Law and Society, 2010.
- PRILLAMAN, William. *The judiciary and democratic decay in Latin America: Declining confidence in the rule of law*, Westport (CT): Praeger, 2000.
- PRUYN, Ad; SMIDTS, Ale. Effects of waiting on the satisfaction with the service: Beyond objective time measures?. *International Journal of Research in Marketing* v. 15, p. 321-334, 1998.
- ROSENN, Keith S. Judicial review in Brazil: Developments under the 1988 Constitution. *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas* v. 7: 291-299, 2000.
- SANTA CRUZ OLIVEIRA, Maria Angela Jardim de. Reforming the Brazilian Supreme Federal Court: A comparative approach. *Washington University Global Studies Law Review* v. 5, n. 99, p. 100-150, 2006.
- TAYLOR, C.; BENDER, J.R. Patient satisfaction in emergency medicine. *Emergency Medicine Journal* v. 21, p. 528-532, 2004.
- TAYLOR, Matthew M. Citizens against the State: The riddle of high impact, low functionality courts in Brazil. São Paulo: *Revista de Economia Política* v. 25, n. 4, 2005.
- VAN RYZIN, Gregg G. Pieces of a puzzle: Linking government performance, citizen satisfaction, and trust. *Public Productivity and Management Review* v. 30, n. 4, p. 521-535, 2007.
- VILHENA VIEIRA, Oscar. Quando menos é mais. *O Estado de S. Paulo*, p. 2, 20 abr. 2010.
- WEBER ABRAMO, Claudio. A method to measure waiting times in the judiciary. *Transparência Brasil Working Paper*, 2010. Disponível em <<http://www.transparencia.org.br/docs/wp-stf-performance.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2010.
- ZIMMERMANN, Augusto. How Brazilian judges undermine the rule of law: A critical appraisal. *International Trade and Business Law Review* v. 11, p. 179-217, 2008.





## ANEXO

## TABELAS

TABELA 1: DESEMPENHO DOS MINISTROS NO RAMO ADMINISTRATIVO

MINISTROS*	TEMPOS MÉDIOS DE ESPERA (semanas)
EROS GRAU	37
RICARDO LEWANDOWSKI	43
GILMAR MENDES	45
CELSO DE MELLO	46
ELLEN GRACIE	52
CÁRMEN LÚCIA	55
CARLOS BRITTO	57
CEZAR PELUSO	59
MARCO AURÉLIO	65
JOAQUIM BARBOSA	93

\* Dias Toffoli não é retratado porque foi investido apenas em outubro de 2009; o projeto estabelece o patamar mínimo de dois anos de investidora para inclusão de um ministro.

TABELA 2: TEMPOS DE ESPERA DE RAMOS DO DIREITO

RAMOS	O ESTADO É PARTE	TEMPOS MÉDIOS DE ESPERA (semanas)
TRABALHO	NÃO	28
CONSUMIDOR	NÃO	30
PENAL	SIM	35
CIVIL	NÃO	36
PREVIDENCIÁRIO	SIM	40
NÃO DEFINIDO	-	42
PROCESSUAL CIVIL/TRABALHISTA	NÃO	45
ADMINISTRATIVO	SIM	52
TRIBUTÁRIO	SIM	65

TABELA 3: TEMPOS MÉDIOS DE ESPERA PARA RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS ORIGINADOS NOS ESTADOS

ESTADOS	QUANTIDADES	TEMPOS MÉDIOS DE ESPERA (semanas)
ES	3088	67
AM	3782	63
PI	816	63
MA	1356	62
SE	3422	61
MT	2790	61
RR	670	59
DF	18338	58

## 440 : TEMPOS DE ESPERA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SP	65490	57
BA	5396	54
RO	1634	54
MG	35749	53
TO	590	53
SC	36587	50
PR	30790	50
RJ	50268	49
AC	1204	48
RS	90743	47
RN	14475	47
PA	1622	47
CE	11349	46
PE	17788	44
MS	3812	44
PB	6520	42
GO	4559	39
AP	230	38
AL	7874	34

### GRÁFICOS

FIGURA 1: EVOLUÇÃO DOS TEMPOS DE ESPERA DE CELSO DE MELLO (*HABEAS CORPUS*).

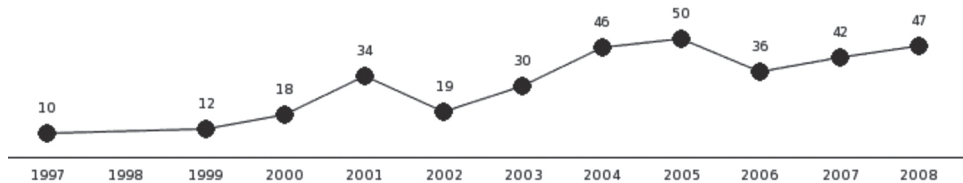


FIGURA 2: EVOLUÇÃO DOS TEMPOS DE ESPERA DE CEZAR PELUSO (*HABEAS CORPUS*).

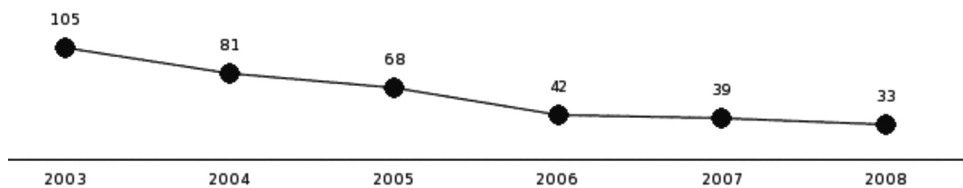


FIGURA 3: TRÊS MINISTROS COMPARADOS A SEUS COLEGAS.

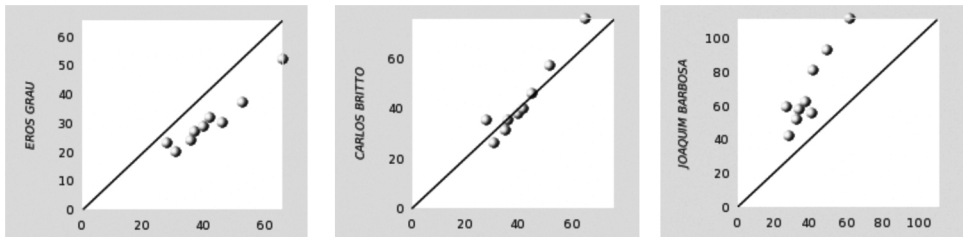


FIGURA 4: HISTOGRAMA DE TEMPOS DE ESPERA.

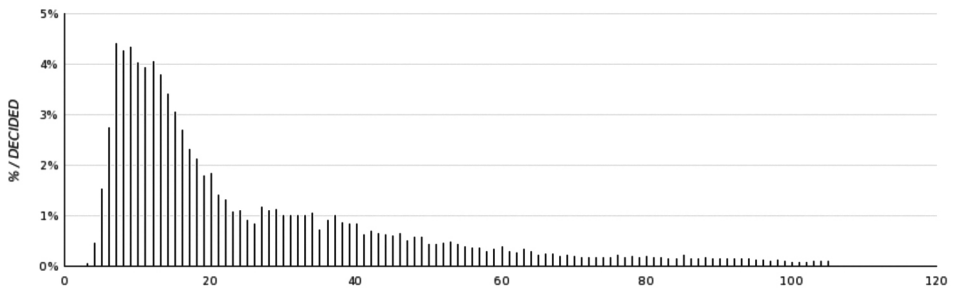
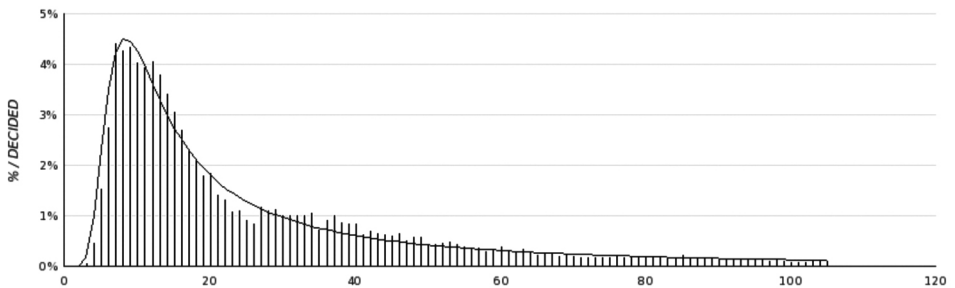


FIGURA 5: AJUSTE DA DISTRIBUIÇÃO TEÓRICA AOS DADOS OBSERVADOS.



Rua Francisco Leitão, 339, cj. 122  
Pinheiros - 05414-025  
São Paulo - SP - Brasil  
crwa@transparencia.org.br

*Claudio Weber Abramo*

BACHAREL EM MATEMÁTICA PELA  
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP)  
MESTRE EM LÓGICA E FILOSOFIA DA CIÊNCIA PELA  
UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS (UNICAMP)  
DIRETOR EXECUTIVO DA TRANSPARÊNCIA BRASIL



## APONTAMENTOS PARA O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOSSEXUAIS FACE AO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*Fernando Horta Tavares, Iara Antunes de Souza,  
Isaac Espíndola Vitorino Ferreira, Tiago Vieira Bomtempo*

REPORTING FOR THE RECOGNITION OF HOMOSEXUAL UNIONS  
TO THE DEMOCRATIC STATE

### RESUMO

ESTE ARTIGO PRETENDE TRAZER APONTAMENTOS SOBRE O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOSSEXUAIS COMO ENTIDADES FAMILIARES NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. PARA TANTO, ADOTA-SE INTERPRETAÇÃO NO SENTIDO DE QUE O ARTIGO 126, § 4º DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 É UMA CLÁUSULA ABERTA, INCLUINDO O TEMA, QUE DEVE SER ENTENDIDO À LUZ DE OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, TAIS COMO OS PRINCÍPIOS DE IGUALDADE, LIBERDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

### PALAVRAS-CHAVE

HOMOSSEXUALIDADE; UNIÕES HOMOSSEXUAIS; ENTIDADE FAMILIAR; DIREITO DE FAMÍLIA; CLÁUSULA ABERTA; ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

### ABSTRACT

THIS ARTICLE AIMS TO BRING NOTES ABOUT THE RECOGNITION OF HOMOSEXUAL UNIONS AS FAMILY ENTITIES IN THE CONTEXT OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW. TO DO SO A INTERPRETATION OF ARTICLE 126, § 4º, OF THE 1988 CONSTITUTION IS ADOPTED IN THE SENSE OF OPEN CLAUSE INCLUDING THE SUBJECT WHICH MUST BE UNDERSTOOD IN THE LIGHT OF OTHER CONSTITUTIONAL PRINCIPLES, SUCH AS THE PRINCIPLES OF EQUALITY, FREEDOM AND DIGNITY OF THE HUMAN PERSON.

### KEYWORDS

HOMOSEXUALITY; HOMOSEXUAL UNIONS; FAMILIAR ENTITY; FAMILY LAW; CLAUSE OPEN; DEMOCRATIC STATE OF LAW.

## INTRODUÇÃO

A palavra homossexual vem do grego *homo* ou *homeo*, elemento de composição que exprime a ideia de semelhança, igual, análogo, ou seja: homólogo ou semelhante ao sexo que a pessoa figura, ou aspira ter (OLIVEIRA, 1997, p. 310).

A psicologia e a medicina entendem que a homossexualidade seria a atração erótica por indivíduos do mesmo sexo. O homossexual é aquele que pratica atos libidinosos com indivíduos do mesmo sexo ou ainda possui fantasias eróticas envolvendo esse tipo de situação.

A homossexualidade sempre existiu na história da humanidade. Porém, com o advento da Igreja Católica, esta forma de vida passou a ser tratada como “doença”,

repudiada pela sociedade, sendo até mesmo caracterizada como crime em alguns países de religião mulçumana.

Atualmente o conceito de “homossexualismo” mudou no campo científico, deixando de ser considerado uma patologia pela medicina. Assim como a heterossexualidade, a homossexualidade é tida como um estado mental. Não há nenhuma doença, desvio de comportamento ou perversão, como se pretendeu até a algum tempo atrás.

Em dezembro de 1973, a APA (Associação Psiquiátrica Americana) propôs e aprovou a retirada da homossexualidade da lista de transtornos mentais. Em 1985, o Conselho Federal de Medicina do Brasil (CFM) retirou a homossexualidade da condição de desvio sexual. Na década de 1990, o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-IV), onde são identificados por códigos todos os distúrbios mentais, servindo de orientador para a classe médica, principalmente para os psiquiatras, também retirou a homossexualidade da condição de distúrbio mental. Em 1993, a Organização Mundial de Saúde (OMS) retirou o termo “homossexualismo” e passou a adotar o termo homossexualidade. Já em 1995, na última versão da Classificação Internacional das Doenças (CID), o termo homossexualismo deixou de constar nos diagnósticos (MIRANDA, 2006, pp. 7-8).

O sufixo “ismo”, que significa doença, foi retirado e substituído pelo sufixo “dade”, que designa modo de ser. Os cientistas concluíram que o “homossexualismo” não podia ser sustentado enquanto diagnóstico médico. (MIRANDA, 2006, pp. 7-8). Isto porque fora observado que os transtornos dos homossexuais realmente decorrem muito mais de sua discriminação e repressão social derivados do preconceito do seu desvio sexual. Desde 1991, a Anistia Internacional considera violação aos direitos humanos a proibição da homossexualidade.

Com fundamento no paradigma do Estado Democrático de Direito, aos homossexuais devem ser assegurados os mesmos direitos estabelecidos a qualquer pessoa, nos termos da Constituição. Eles têm que ter a mesma oportunidade de constituir família, como é garantido aos casais heterossexuais, em consonância com os princípios constitucionais de um Estado Laico e de uma sociedade pluralista. Tais assertivas serão objeto de estudo no decorrer deste artigo.

Sob esta perspectiva, este artigo abordará a união homossexual, guiada como um modelo de entidade familiar, sustentada pelo novo conceito constitucional da família.

Para tanto, primeiramente, vai-se demonstrar o tratamento da Família no ordenamento jurídico brasileiro, perpassando pelo conceito constitucional em conformidade com paradigma do Estado Democrático de Direito e os modelos previsto no Código Civil de 2002. Após, discorre-se sobre o tratamento dado às uniões homossexuais pela jurisprudência brasileira e no direito comparado. Propõe-se, ainda, o reconhecimento da união homossexual como forma de entidade familiar a partir da ideia isonômica contida Constituição da República de 1988. Por fim, apresenta-se um breve estudo acerca da união homossexual e da união estável, cujas disposições sobre

o tema são *de lege ferenda* e o estudo de duas ações em tramitação junto ao STF visando o reconhecimento da união homossexual. Tudo, com o fito de se fazer um estudo acerca das uniões homossexuais sob a ótica do Estado Democrático de Direito.

## I A FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

### I.1 O CONCEITO CONSTITUCIONAL DE FAMÍLIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, batizada por Ulisses Guimarães como “Constituição Cidadã”, é um marco na história do Brasil ao representar uma ruptura com o antigo regime autocrático e ditatorial, inspirado em anseios liberais, e instaurar uma nova ordem jurídica, afirmando direitos e garantias individuais compatíveis com os ideais democráticos.

É neste contexto que principia o artigo 1º da Carta Constitucional:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana; [...] (grifo nosso) (BRASIL, 2008, p. 7)

Faz-se mister salientar, contudo, que os princípios basilares desta nova ordem jurídica estão dispersos ao longo do texto constitucional, exigindo-se para sua devida apreciação uma interpretação sistemática e coerente de seus institutos, assegurando, destarte, a harmonia de todo o ordenamento jurídico, cujas diretivas despontam na Constituição de 1988.

Notório pela sua extensão, e bem mais pelas garantias que encerra, apregoa o *caput* do artigo 5º da Constituição da República de 1988:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, à inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] (BRASIL, 2008, p. 7).

Neste momento, percebe-se a desafiadora missão dos intérpretes do direito que tem por escopo apreender o ordenamento jurídico vigente a partir das prerrogativas consagradas no texto constitucional, cuja finalidade precípua é a promoção da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito. Neste sentido, corrobora Cesar Fiúza (2003, p. 29), ao ponderar que:

Vive-se hoje no Brasil os alvares do Estado Democrático de Direito. Este é o momento da conscientização desse novo paradigma. Só agora assumem a devida importância os princípios e os valores constitucionais por que se deve pautar todo o sistema jurídico. Constitucionalização ou publicização do Direito Civil entram na temática do dia. [...] Diz-se que os pilares de sustentação do Direito Civil, família, propriedade e autonomia da vontade, deixaram de sê-lo. O único pilar que sustenta toda a estrutura é o ser humano, a dignidade da pessoa, sua promoção espiritual, social e econômica.

É neste sentido que se anuncia, no momento presente, uma crise do direito concernente à apreensão e interpretação de seus institutos, uma vez que a Constituição de 1988 propõe uma nova visão acerca de temas outrora estratificados pela doutrina tradicional.

Movimento diverso não ocorreria no direito das famílias, especificamente contemplado pelo artigo 226 da Constituição da República, mas cujos postulados e princípios não são outros senão aqueles que conformam o Estado Democrático de Direito e promovem a efetivação dos direitos e garantias estabelecidos na Magna Carta, conforme explicita o mencionado Fiuza (2003, pp. 28-29):

O direito de família está em crise. A mesma Revolução Industrial que gerou a crise do Direito das Obrigações, esta mesma Revolução conduz a mulher para o mercado de trabalho, retira o homem do campo, proletariza as cidades, reduz o espaço de coabitação familiar, muda o perfil da família-padrão.

Em consonância com as mudanças sociais ocorridas nos últimos tempos, a Constituição de 1988 propõe um novo conceito de família, cujo conteúdo deve implicar a inclusão de novos arranjos familiares, ao reconhecer o pluralismo fático em que estes se desenvolvem. Ressalve-se, ainda, o compromisso com o bem de todos e com respeito à diferença, consectários da nova ordem jurídica, que não deve sucumbir a juízos retrógrados de natureza moral e religiosa, não compatíveis com os princípios conformadores do Estado Democrático de Direito.

Outrossim, o Estado Democrático de Direito exige a garantia de iguais liberdades fundamentais (HABERMAS, 2003, p. 128-131.), o que implica a co-existência de vários projetos de vida.

Neste cenário, despontam os novos modelos familiares, designados de entidades familiares pela Constituição de 1988, como a família monoparental e a família anaparental. Entretanto, como brevemente se discorrerá neste trabalho, o rol apresentado pelo artigo 226, parágrafo 4º, da Constituição, afigura-se eminentemente exemplificativo, comportando outros arranjos, ainda que alguns deles sejam alvo recorrente de polêmicas e controvérsias.



Por isso, não se fala mais em direito de família e sim em direito das famílias!

### 1.2 OS MODELOS DE FAMÍLIA INSERIDOS PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Os modelos de família inseridos pelo Código Civil de 2002 são o casamento e a união estável. O casamento, conforme o artigo 1.511 do referido Código, estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

A partir desta disposição, existem várias correntes que definem a natureza do casamento. Uma primeira, de natureza institucionalista, para qual o casamento é uma instituição social, na medida em que é conjunto de regras aceitas por todos para regular as relações entre os cônjuges. Para uma segunda, de natureza contratual, o casamento é um acordo de vontades, sendo um certo tipo de contrato especial, em relação aos direitos e deveres peculiares que possui. Há, ainda, alguns autores que entendem que, enquanto celebração, o casamento é contrato, e, enquanto vida comum, é uma instituição social (FIUZA, 2006, p. 944).

Prosseguindo-se o estudo, de acordo com o artigo 1.514 do Código Civil, “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz declara casados.”

Assim, afirma César Fiúza (2006, p. 943) que: “Segundo nosso Direito em vigor, casamento é a união estável e formal entre homem e mulher, com o objetivo de satisfazer-se e amparar-se mutuamente, constituindo família.”

Desta forma, este dispositivo infraconstitucional não abre espaço para o casamento entre pessoas do mesmo sexo, como também não o faz correlato constitucional que exige a diversidade de sexos.

Com o advento do Código Civil de 2002 houve algumas inovações, em especial a diminuição dos objetivos do casamento, que aboliu a finalidade da procriação, da satisfação sexual e de constituir ou legitimar a família, através do reconhecimento da união estável como entidade familiar, conforme disposto em seu artigo 1.723, que será tratada logo abaixo.

Também, não é mais finalidade do casamento o tratamento adequado dos filhos, com a proteção de seus direitos, visto que de acordo com o artigo 1.596, os filhos havidos ou não na constância do casamento possuem as mesmas proteções e prerrogativas.

Ainda que o Código Civil de 2002 tenha inovado, no sentido do reconhecimento da união estável, o casamento possui formalidades que lhe asseguram certos direitos, como a possibilidade dos cônjuges adotarem o nome um do outro.

No que tange à união estável, o *caput* do artigo 1.723 do Código Civil de 2002, prevê que: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

Para César Fiúza (2006, p. 969):

União estável é a convivência pública, contínua e duradora sob o mesmo teto ou não, entre homem e mulher não ligados entre si pelo casamento, com a intenção de constituir família. O entendimento mais moderno é que seja dispensável o *mos uxoris*, ou seja, a convivência idêntica ao casamento. Bastam a publicidade, a continuidade e constância das relações, para além de simples namoro ou noivado [...]. Pode haver, portanto, união estável sem que haja coabitação e vida idêntica à do casamento, embora deva estar presente a intenção de constituir família. Esta intenção traduz-se na prática de viver juntos, compartilhando o dia a dia, criando uma cumplicidade, uma comunhão de vida, amparando-se e respeitando-se reciprocamente [...].

A união estável é permitida aos solteiros, viúvos, divorciados, separados judicialmente, e tem como inovação inserida no Código Civil de 2002, a possibilidade de pessoas separadas de fato constituírem união estável válida, o que não era possível anteriormente pela Lei n. 8.791/94.

São assegurados aos companheiros o direito de prestar alimentos reciprocamente, direitos sucessórios, porém reduzidos em relação ao casamento em regra, e o regime de comunhão parcial de bens.

O referido código não estabelece tempo para a configuração da união estável, basta somente o preenchimento dos requisitos do artigo 1.723 do Código Civil.

Ainda, os companheiros poderão obter, a qualquer tempo e de comum acordo, a conversão da união estável em casamento, mediante requerimento ao juiz, com o assento no Registro Civil.

Assim como no casamento, a união estável não está prevista para pessoas do mesmo sexo, onde é reconhecida entre homem e mulher, de acordo com o art. 1.723 do Código Civil de 2002, não abrindo nem mesmo brechas para algum tipo de direito ou mesmo a possibilidade da união homossexual, no que tange aos seus efeitos, por se tratarem de entidades familiares distintas.

Conclui-se que o Código Civil de 2002 não trouxe os avanços pertinentes ao direito das famílias, estando em desacordo com o artigo 226 da Constituição da República de 1988, pois não prevê a união homossexual e outras formas de entidades familiares, tais como a monoparental, formada por qualquer dos pais, e a anaparental, formada pelos seus descendentes. Afinal, o referido artigo de nossa Constituição é uma cláusula aberta, não excluindo qualquer forma de entidade familiar.

## **2 AS UNIÕES HOMOSSEXUAIS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**

Em que pese as uniões homossexuais ainda não gozarem de previsão legal, o seu reconhecimento e amparo encontra lugar junto a algumas manifestações do Poder Judiciário, em casos litigiosos que lhe são submetidos.

Afinal, vivemos o pós-positivismo jurídico, onde o ordenamento jurídico é tido como um sistema aberto de princípios e regras, todos aptos a amparar os direitos que surgem<sup>1</sup>. Ademais, o Estado Democrático de Direito, nos garante e co-vivência de vários projetos de vida e iguais liberdades fundamentais (HABERMAS, 2003, pp. 128-131).

Assim, para fins de reconhecimento junto ao judiciário, a união homossexual segue (ou seguiu) o mesmo caminho que a união estável. A partir de reiteradas decisões judiciais reconhecendo este modelo de entidade familiar, o Poder Legislativo, posteriormente, conferiu a legalidade à união estável.

No entanto, a união homossexual ainda não logrou tal patamar. Esta busca, na tentativa de superação de várias barreiras e do preconceito, visa alcançar a sua legitimação e o reconhecimento por toda a sociedade. A jurisprudência brasileira, contudo, é minoritária no sentido do reconhecimento das uniões homossexuais, sendo que a maioria ainda a considera como sociedade de fato. A partir desta premissa o autor Guilherme Calmon Nogueira da Gama (1998, p. 491) entende que é possível:

[...] o reconhecimento do direito do partícipe da relação que for prejudicado em decorrência da aquisição patrimonial em nome tão somente do outro, ao partilhamento dos bens adquiridos durante a constância da sociedade de fato, na medida da sua efetiva contribuição para a formação ou o incremento patrimonial.

Não obstante, a força política e coesão dos grupos em defesa dos direitos dos homossexuais e a abertura cada vez maior da mídia tratando da homossexualidade põe em discussão o tema. À espera da normatização, elege-se a via judiciária no clamor ao reconhecimento da união homossexual, bem como os direitos advindos desta.

As primeiras decisões favoráveis à união homossexual ocorreram no Rio Grande do Sul, onde pioneiramente julgou-se que a competência para casos semelhantes seria das Varas de Família e não mais da Vara Cível (RIO GRANDE DO SUL, 1999).

A partir daí, surgiram novos julgados reconhecendo vários direitos à “entidade familiar homossexual”, principalmente quanto aos direitos sucessórios, vindo a união homossexual a ser reconhecida por um tribunal brasileiro em 2001, novamente no Tribunal do Rio Grande do Sul (RIO GRANDE DO SUL, 2001).

Deve-se mencionar também o reconhecimento da inelegibilidade em razão de uniões homossexuais, conforme determinou o Tribunal Superior Eleitoral (BRASIL, 2004) ao reconhecer que a união entre duas pessoas do mesmo sexo é uma “entidade familiar” e que se sujeita ao impedimento eleitoral existente em qualquer relação familiar.

Assim, Maria Berenice Dias (2008, p. 190) afirma que “[...] se estão sendo impostos ônus aos vínculos homoafetivos, faz-se mister sejam assegurados também

todos os direitos e garantias a essas uniões no âmbito do Direito das Famílias e do Direito Sucessório”.

Consoante estes avanços jurisprudenciais, mas, ainda minoritários, colacionam-se duas jurisprudências brasileiras, uma do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e outra do Superior Tribunal de Justiça, as quais julgaram favorável o reconhecimento da união homossexual.

O processo n. 1.0024.06.9303247-6/001(1), julgado em 22.05.2007, pela desembargadora Heloísa Combat, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (MINAS GERAIS, 2007), trata do reexame e recurso de apelação interposto pelo Estado de Minas Gerais, contra a sentença proferida pelo juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, que julgou procedente pedido em ação ordinária, no que se refere à assistência médica e previdenciária ao companheiro homossexual.

A sentença de 1ª instância teve como fundamento os princípios da igualdade e isonomia, que, por extensão, possibilita às pessoas de mesmo sexo, que vivem em união homoafetiva, os mesmos direitos que àquelas que vivem em uniões heterossexuais.

Assim, o mencionado acórdão corroborou o entendimento da decisão de 1º grau, julgando procedente o pedido da autora. Fundamentou que à união homoafetiva deve ser conferido o caráter de entidade familiar, pois preenche os requisitos da união estável entre casais heterossexuais, impondo-se reconhecer os direitos advindos daquela, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Ainda, que o artigo 226 da Constituição da República não pode ser analisado isoladamente, devendo respeitar os referidos princípios.

Segue este entendimento Luiz Edson Fachin ao afirmar que:

Tendo indiscutível valia instrumento que preenche vazio legislativo para expressar uma forma mais ampliada de compreensão das relações sociais apreendidas pelo Direito. O pronunciamento legislativo tem importância à medida que preenche um espaço jurídico de definição de valores e vincula o próprio julgador. Com virtudes e defeitos, toda manifestação legislativa pode ser um veículo situado no reconhecimento de uma mudança de padrões dentro e fora da família. (FACHIN, 1999, p.99).

Já o Recurso Especial n. 820.475, julgado em 02 de setembro de 2008, pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2008), julgou uma demanda em que se pede o reconhecimento da união homoafetiva. O processo teve origem na 4ª Vara de Família de São Gonçalo, no Rio de Janeiro, onde “A.C.S e Outro” ajuizaram ação declaratória de união estável sob a alegação de preencherem os mesmos requisitos deste modelo de entidade familiar. A razão do pedido se justificava devido a um dos dois companheiros ser canadense e que tal reconhecimento garantiria o visto permanente a ele, uma vez que o outro é brasileiro.

A sentença de 1ª instância extinguiu o processo sob o fundamento de falta de previsão legal, conforme o artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil. Em sede de apelação, a decisão de 1º grau foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Assim, as partes aviaram o Recurso Especial junto ao Superior Tribunal de Justiça.

Os recorrentes fundamentaram o recurso sustentando que o Tribunal *a quo* violou o princípio da identidade física do juiz, conforme artigo 132 do Código de Processo Civil, além da infringência aos artigos 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e 126 do Código de Processo Civil, sob o argumento que o ordenamento jurídico não veda o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento. O voto do relator, Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, teve como fundamento o fato da inocorrência de ofensa ao princípio da identidade física do juiz. No entanto, no que se refere à impossibilidade jurídica do pedido ele declarou “ser pacífico o entendimento, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, de que esta só se configura quando há expressa vedação dada pelo ordenamento jurídico.”

Afirma o Ministro que não há vedação expressa da união entre pessoas do mesmo sexo nos artigos 226, § 3º da Constituição da República de 1988; e 1.723 e 1.724 do Código Civil de 2002. Assim, em que pese não existir uma regulação específica, o caso não deve ficar sem solução jurídica, devendo-se, portanto, aplicar a analogia, conforme os artigos 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e 126 do Código de Processo Civil.

Recorrendo novamente ao autor Luiz Edson Fachin, tem-se que:

Essa dedução, se de um lado pode gerar alguma perplexidade para a sustentação dos valores informativos das uniões tradicionais, por outro, pode ser um caminho, enquanto a norma específica não vier, para que os resultados buscados, dentro ou fora do Judiciário, sejam mais justos (FACHIN, 1999, p.100).

No mesmo raciocínio, afirma Maria Berenice Dias que:

O caminho está aberto, sendo imperioso que os juízes cumpram com a sua verdadeira missão: fazer Justiça. Acima de tudo, precisam ter sensibilidade para tratar de temas tão delicados como as relações afetivas, cujas demandas precisam ser julgadas com mais sensibilidade e menos preconceito. Os princípios de justiça, igualdade e humanismo devem presidir as decisões judiciais (DIAS, 2008, p.191).

Estas foram algumas jurisprudências apresentadas que demonstram o avanço significativo de nossos tribunais, que evoluem não só a nível estadual como também

nacional. É um marco significativo na realidade dos homossexuais no Brasil e que abre precedentes não só para mais julgamentos favoráveis no reconhecimento das uniões homossexuais, bem como justifica a implementação de um dispositivo legal próprio que regule estas relações.

Entretanto, conforme será demonstrado no capítulo 5 do presente trabalho, a união homossexual encontra-se amparada pelo ordenamento jurídico através da cláusula aberta de entidades familiares da Constituição da República de 1988, não sendo necessário, para seu reconhecimento o recurso à analogia com os dispositivos legais referentes à união estável.

### **3 AS UNIÕES HOMOSSEXUAIS NO DIREITO ESTRANGEIRO**

Em contra partida à ausência de tratativa legal específica das uniões homossexuais no Brasil, outros países já avançaram no sentido de conferir a elas proteção e eficácia jurídica.

A pioneira, neste caso, foi a Dinamarca, que por meio da Lei nº 372, de 1º de junho de 1989, permitiu a aplicação da lei do casamento às uniões homossexuais, proibindo, contudo, a adoção. Exigia-se, ainda, que um dos parceiros tivesse residência permanente e nacionalidade dinamarquesa (REIS, 2005, p. 55).

Em 1993, a Noruega admitiu as uniões homossexuais com a edição da Lei nº 40, possibilitando a participação conjunta da autoridade parental (AZEVEDO, 2004, p. 44).

Através do *partenariat*, o parlamento sueco oficializou as uniões homossexuais, a partir de 1º de janeiro de 1995, estabelecendo a intervenção obrigatória quando da dissolução da parceria. Em 1996, foi seguido pela Islândia, nos mesmos moldes dinamarqueses (AZEVEDO, 2004, p. 44).

Na Holanda, em 1991, passou-se a admitir o registro de uniões homossexuais em alguns municípios (REIS, 2005, p. 55).

Em 27 de fevereiro de 2004, a Suprema Corte da Califórnia negou liminarmente o pedido do Procurador-Geral Billy Lockyer, que requeria a suspensão imediata dos casamentos entre homossexuais e a anulação de mais de 3.500 realizados desde o dia 12 daquele mês (AZEVEDO, 2004, p. 44). Pendente a decisão definitiva, a questão do reconhecimento da união homossexual foi submetida a um plebiscito, sendo rejeitada pela população daquele estado norte-americano. Diante de tal fato, a Suprema Corte referendou a opção popular no sentido de não permitir novas uniões, garantindo-se, entretanto, a validade das realizadas anteriormente (FOLHA *on line*, 2009).

Em 20 de julho de 2005, o Canadá se tornou o primeiro país na América a legalizar as uniões homossexuais, com a promulgação da Lei de Casamento Civil.

Contrariando os protestos da Igreja Católica, em abril de 2005, a Espanha aprovou o projeto que legalizou o casamento entre homossexuais, concedendo os mesmos direitos previstos para as uniões heterossexuais, inclusive com direito à herança, pensão e

adoção de filhos (REIS, 2005, p. 55). Em maio deste ano, foi sancionada em Portugal a lei que regulamenta as uniões homossexuais, aprovada desde janeiro último no Parlamento (G1, 2010).

Em relação à América Latina, é aprovado o casamento homossexual na Cidade do México, em 21 de dezembro de 2009, com a adoção de crianças, a herança, a união patrimonial para obtenção de crédito bancário e a possibilidade de receber benefícios do seguro social (FOLHA *online*, 2009). Em 15 de julho de 2010, após 14 horas de discussão, o Senado da Argentina aprovou a lei que autoriza o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo (G1, 2010).

Essa breve explanação acerca da situação das uniões homossexuais no ordenamento jurídico de outras nações permite conjecturar que, não obstante existam posicionamentos desfavoráveis a respeito do tema ou uma maior ou menor flexibilidade para tratar do assunto conforme a cultura em que esteja inserido, os Estados têm se posicionado no sentido de resguardar estas uniões, tutelando-as pela ordem normativa.

Neste aspecto, aproximam-se dos ideais propostos à construção de um Estado Democrático, em que as liberdades conferidas aos seus cidadãos apresentam-se como um dos objetivos mais caros a serem concretizados no âmbito nacional.

#### 4 AS UNIÕES HOMOSSEXUAIS COMO NOVA FORMA DE ENTIDADE FAMILIAR RECONHECIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Não obstante a recorrente menção de alguns doutrinadores ao Princípio da Afetividade, de forma direta ou presumível, ao tratar do tema família no âmbito jurídico, com a devida vênia, salienta-se que neste presente trabalho optou-se por posição diversa.

Adotou-se, portanto, o entendimento de que o *afeto*, pertencente à esfera existencialista e subjetiva do indivíduo, não deve ser considerado elemento indispensável à constituição das relações familiares, ainda que desejável do ponto de vista moral, nem tão pouco elencado ao patamar de princípio pela ordem jurídica vigente. Neste sentido, é irrefutável a constatação de que a extinção do *afeto* entre os indivíduos nem sempre acarretará o fim de seu relacionamento.

A retórica que sustenta a importância do afeto para o *reconhecimento* das relações ditas familiares, desconsidera, sensivelmente, a realidade fática, e nem sempre romântica, sob a qual se estabelece o direito.

Nesse sentido, prelecionam Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior:

Que o afeto é aspecto inerente às relações familiares, consistindo num dos elementos caracterizadores da família e que, neste sentido, alcança importância considerável, parece indiscutível. O mesmo não se pode dizer, porém, acerca de sua qualidade de princípio jurídico, como defendem alguns.

Imputar a afetividade tal predicado induz conferir a mesma característica imperativa, exigibilidade. Saliente-se, mais uma vez, que os princípios jurídicos são norma e, por isso, de obrigatoria observância. Nisso se assenta a dúvida. A afetividade é passível de cobrança? Pode-se impor a alguém que tenha e preste afeto a outro(s)?

A resposta, crê-se, só pode ser negativa. Se o afeto é um sentimento de afeição para com alguém, soa intrínseco ao mesmo a característica de espontaneidade. É uma sensação que se apresenta, ou não, naturalmente. É uma franca disposição emocional para com outro que não tolera variações de existência: ou há ou não há; e tanto numa como noutra hipótese, o é porque autêntico. Isso impede que, ainda que se pretenda, se possa interferir sob o propósito de exigibilidade nas situações em que ele não se apresentar autonomamente. Insistir nisso é desvirtuar a virtude do afeto. Uma vez imposto não é sincero e, assim, não congrega as qualidades que lhes são próprias, dentre as quais o incentivo a sadia conformação da identidade pessoal dos envolvidos.

Em face de tudo isso, a conclusão emerge por si. A afetividade, embora merecedora de atenção jurídica, o é porque elemento-constitutivo da família e, assim, geradora de certos efeitos na orbita do Direito – como o é nascimento com vida, por exemplo. É elemento fático; porém, não jurídico. (ALMEIDA; RODRIGUES JUNIOR, p. 46)

Todavia, é certo que o texto constitucional de 1988 estabelece uma ordem jurídica que prima pelo respeito às garantias e direitos individuais, cujo objetivo é a construção de uma *sociedade livre, justa e solidária*.

Ao tratar da família, o texto constitucional, assim dispõe:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] §4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (BRASIL, 2008, p.68).

Uma leitura desatenta do dispositivo retro-mencionado refutará o argumento de que ele deve ser compreendido como cláusula aberta de interpretação, cujo rol de possibilidades apresentado é citado a título de exemplificação, devendo seu conteúdo ser integrado pelos demais princípios e garantias estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

Deve-se atentar, todavia, que a apreciação do capítulo constitucional dedicado à família encontra assento no Princípio da Dignidade Humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, e no Princípio da Igualdade e da Liberdade, ambos expressamente consubstanciados no artigo 5º da Constituição de 1988.



Com base nesta exposição, entende-se cabível e acertado afirmar que as uniões homossexuais são reconhecidas como entidades familiares pela nova ordem jurídica, visto que o preconceito que há tempos tem sido óbice à concretização deste direito não se coaduna com os princípios norteadores da Carta Constitucional, como bem prenuncia Paulo Luiz Netto Lobo (2002, p. 44-45):

No *caput* do art. 226 operou-se a mais radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições brasileira anteriores. Ao suprimir a locução “constituída pelo casamento” (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional “a família”, ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu. O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas conseqüências jurídicas, não significa que reinstituíu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução “a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos”. A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos.

No que tange especificamente ao reconhecimento das uniões homossexuais, o autor afirma que, além de invocar as citadas normas da Constituição que protegem as relações familiares, a doutrina também tem se apoiado nos direitos e garantias fundamentais previstos no Artigo 5º, notadamente os que tutelam a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (LOBO, 2002, p. 54).

Urge, portanto, considerar que os novos postulados jurídicos, consubstanciados na Constituição Federal de 1988, apontam para necessidade de se repudiar o preconceito, que é fruto da intolerância e do desconhecimento, que em muito contribui para o cerceamento dos direitos decorrentes da constituição das uniões homossexuais. Estas são, por sua vez, abarcadas pela cláusula que institui as entidades familiares e, portanto, destinatárias das garantias tuteladas pelo ordenamento jurídico pátrio.

## 5 A EQUIPARAÇÃO DAS UNIÕES HOMOSSEXUAIS À UNIÃO ESTÁVEL

Pelo disposto no Artigo 226, § 3º, da Constituição da República de 1988, “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Com base neste pressuposto a doutrina divide-se em dois entendimentos.

O primeiro que inclui a união homossexual dentro do âmbito da união estável, através de uma interpretação extensiva dos direitos fundamentais, pelo recurso da analogia, através do dispositivo constitucional mencionado.

Já o segundo entendimento defende a inconstitucionalidade do referido artigo, pela infringência aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, como objeto de manifestação da atividade originária constituinte.

Seguindo a primeira corrente, Roger Raupp Rios entende que:

A equiparação das uniões homossexuais à união estável, pela via analógica, implica a atribuição de um regime normativo destinado originariamente a situação diversa, ou seja, comunidade formada por um homem e uma mulher. A semelhança aqui presente, autorizadora da analogia, seria a ausência de vínculos formais e a presença substancial de uma comunidade de vida afetiva e sexual duradora e permanente entre os companheiros do mesmo sexo, assim como ocorre entre os sexos opostos (RIOS, 2000, p.122).

Por outro lado, aqueles que se filiam ao segundo entendimento, defendem que o Supremo Tribunal Federal, nos termos do *caput* do artigo 102 da Constituição da República de 1988, deve verificar se o artigo 226, § 3º, da Carta Magna, viola os princípios constitucionais e direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e a igualdade, presentes no próprio texto constitucional. No que, portanto, deveria julgar a inconstitucionalidade do referido dispositivo constitucional.

Tratar-se-ia de uma inconstitucionalidade da norma constitucional originária.

Tal tese, contudo, é rechaçada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de que no sistema de Constituição rígida, como é o da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por meio do qual é exigido um processo solene de alteração constitucional, não coaduna com a ideia de normas constitucionais inconstitucionais. Isto é, não há que se falar em hierarquia de normas constitucionais.

De fato, tal entendimento é o que pode ser extraído da emenda da decisão da ADI n. 815 de relatoria do Ministro Moreira Alves:

EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. - *A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida.* - Na atual Carta Magna “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (artigo 102, “caput”), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio

havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido (BRASIL, 1996).

Ademais, entende-se que não é aplicável a inconstitucionalidade do artigo 226, § 3º da Constituição, pois a interpretação da norma constitucional não deve se dar através da extração de significados de expressões isoladas, mas de acordo com a harmonização de princípios e regras em que ela está vinculada.

Como linha de pensamento, adota-se parcialmente a primeira corrente, lançando mão da analogia entre uniões estáveis e uniões homossexuais apenas quanto aos efeitos legais. No que tange ao reconhecimento como entidade familiar, a união homossexual encontra amparo diretamente na cláusula aberta de entidades familiares do texto constitucional (artigo 226, §4º), uma vez que tal interpretação é a mais adequada no contexto de Estado Democrático de Direito.

Corroborando o fato de a Constituição de 1988 trazer uma cláusula aberta de entidades familiares junto ao seu Artigo 226, Paulo Luiz Netto Lôbo (2002, pp.43/46) conclui que:

[...] Além do princípio da igualdade das entidades, como decorrência natural do pluralismo reconhecido pela Constituição, há de se ter presente o princípio da liberdade de escolha, como concretização do macro princípio da dignidade da pessoa humana. Consulta a dignidade da pessoa humana a liberdade de escolher e constituir a entidade familiar que melhor corresponda à sua realização existencial. Não pode o legislador definir qual a melhor e mais adequada.

[...] Não é a família *per se* que é constitucionalmente protegida, mas o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana. Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana.

Defende-se a assertiva acima respaldada pelo princípio da máxima efetividade da interpretação constitucional, nos termos dos ensinamentos de J. J. Gomes Canotilho:

[...] a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais) (CANOTILHO, 1993, p.227).

Portanto, se forem atribuídos dois sentidos possíveis ao artigo 226 da Constituição, deve ser aplicado aquele que alcança a inclusão de todas as entidades familiares, devido dar maior eficácia ou eficiência aos princípios de “especial proteção do Estado”, no *caput* deste artigo, e da dignidade da pessoa humana “de cada um que a integram”, disposto no §8º do referido dispositivo. Deve-se também ter em vista que tal interpretação é a que melhor atende às garantias e os direitos fundamentais contidos no texto constitucional.

Não se olvida, porém, que é viável um regramento específico para as uniões homossexuais. Afinal, os direitos e deveres a serem conferidos a elas não devem ser os mesmos das uniões estáveis entre pessoas de sexos opostos, e, uma vez que a lei não discrimina, é defeso ao legislador e ao intérprete o fazerem, salvo se a discriminação estivesse expressamente prevista na Constituição, o que não é o caso.

Afinal, admitir que a aplicação analógica dos artigos 1.723 a 1.727 do Código Civil de 2002 e dos dispositivos constitucionais que tratam da união estável possam ficar ao arbítrio do poder discricionário dos juízes e tribunais, no que tange ao reconhecimento dos direitos dos indivíduos que compõem a união homossexual, é violar direitos fundamentais destes indivíduos.

Justifica-se tal entendimento em referência aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, previstos, respectivamente, nos artigos 5º, *caput* e 1º, inciso III da Constituição da República de 1988. Afinal, a união homossexual, como nova configuração de entidade familiar, enseja que todos os seus aspectos sejam regulamentados por meio de lei infraconstitucional, fixando todos os direitos e deveres que integram os indivíduos que a compõem, tais como o regime de comunhão, os direitos sucessórios, a adoção dentre outros.

De acordo com Roger Raupp Rios:

[...] a união estável distingue-se das uniões homossexuais precisamente em virtude do requisito da diversidade sexual entre os companheiros, expressamente consignado no texto do art. 226, § 3º, bem como na determinação constitucional de se facilitar sua conversão em casamento, aspecto que também afasta as uniões homossexuais da união estável (RIOS, 2002, p.513).

Conclui-se que, devido à peculiaridade em que tal entidade familiar é a união homossexual, entende-se que é mais adequado às suas tratativas em um dispositivo legal próprio, justificado pelo Estado Democrático de Direito, e os princípios basilares de nossa Constituição, onde o seu reconhecimento se dá pela cláusula aberta do artigo 226 do texto constitucional.

## 6 O PROJETO DE LEI 1.151/95: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

O Projeto de Lei n. 1.151, de autoria da ex-deputada Marta Suplicy – PT/SP, permanece sujeito à apreciação pelo Plenário da Câmara dos Deputados desde o dia 14 de agosto de 2007.

O referido projeto visa disciplinar a união civil entre pessoas do mesmo sexo, regulamentando, por exemplo, “a transmissão de bens patrimoniais quando da abertura da sucessão, benefícios previdenciários, seguro-saúde, declaração conjunta do imposto de renda, direito à curatela e à nacionalidade brasileira, no caso de estrangeiros” (REIS, 2005, p. 54).

Ao justificar a propositura do Projeto de Lei n. 1.151/95, a deputada assim ponderou acerca de seus aspectos jurídicos:

O projeto de lei que disciplina a união civil entre pessoas de mesmo sexo vem regulamentar, através do direito, uma situação que há muito, já existe de fato. E, o que de fato existe, de direito não pode ser negado.

A criação desse novo instituto legal é plenamente compatível com o nosso ordenamento jurídico, tanto no que se refere a seus aspectos formais quanto de conteúdo. É instituto que guarda perfeita harmonia com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil - constitucionalmente garantidos - de construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art.3º, I e IV CF) (BRASIL, 1995).

Com relação à natureza do Projeto de Lei em comento, alvo de polêmicas e equívocos no meio social, a autora esclarece:

A figura da união civil entre pessoas do mesmo sexo não se confunde nem com o instituto do casamento, regulamentado pelo Código Civil Brasileiro, nem com a união estável, prevista no parágrafo 3º, do art.226 da Constituição Federal. É mais uma relação entre particulares que, por sua relevância e especificidade, merece a proteção do Estado e do Direito (BRASIL, 1995).

Percebe-se, neste diapasão, ser a posição apresentada acima a mesma adotada neste

trabalho, ou seja, de que a união homossexual apresenta particularidades que as distingua das demais explicitadas no ordenamento jurídico, não podendo, portanto, ser tratada como união estável ou outro tipo.

Em seus artigos 1º e 2º, o Projeto de Lei n. 1.151/95 estabelece que:

Art. 1º - É assegurado a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua união civil, visando a proteção dos direitos à propriedade.

Art. 2º - A união civil entre pessoas do mesmo sexo constitui-se mediante registro em livro próprio, nos Cartórios de Registros Civil de Pessoas Naturais (BRASIL, 1995).

Caso seja aprovado o projeto de lei mencionado, deverá ser o registro da união feito em livro próprio, afastada a hipótese de mudança no estado civil dos envolvidos na relação. Caso seja realizado com mais de uma pessoa, o contrato será nulo, podendo o infrator responder penalmente por falsidade ideológica. Portanto, somente poderá ser celebrado novo contrato se o anterior for desfeito, conforme dispõe o artigo 4º do Projeto de Lei n. 1.151/95 (REIS, 2005, p. 54).

Sobre o tema, preleciona Álvaro Villaça Azevedo sobre o Projeto de Lei:

O art. 9º institui o bem de família, como disciplinado pela lei nº 8.009, de 1990. Já os artigos 10 e 11 estabelecem, respectivamente, o direito à inscrição do parceiro como beneficiário do Regime Geral de Previdência Social, na qualidade de dependente, e como beneficiário de pensão, nos moldes da Lei nº 8.112/90.

Em seus artigos 16 e 17, a proposta mostra-se de grande utilidade social, porquanto prevê a composição de rendas para a aquisição de casa própria; reconhece o direito dos parceiros a plano de saúde e seguro de vida em grupo e autoriza a inscrição de um e de outro como dependente, com efeitos na legislação tributária (deduções, principalmente) (AZEVEDO, 2004, p. 44).

Entretanto, é mister salientar que o referido Projeto de Lei falha ao não contemplar no âmbito das uniões homossexuais a possibilidade de obter a guarda ou tutela, em conjunto, de crianças ou adolescentes, ainda que sejam filhos biológicos de um dos contraentes, não obstante a jurisprudência tenha avançado neste sentido.

Com o objetivo de requerer a inclusão na ordem do dia, junto ao processo legislativo do Projeto de Lei n. 1.151/95, que foi retirado da pauta em razão de acordo entre lideranças desde 31 de maio de 2005, o Deputado Celso Russomanno ofereceu o requerimento n. 1447/2007, em que aduz:

[...] Um País que estabeleceu em sua Constituição Federal o respeito à diversidade cultural e de pensamento, a proteção à intimidade e à vida privada e à liberdade de expressão não pode omitir-se na luta de milhões de brasileiros que seguem uma orientação sexual diferente da maioria.

O respeito à dignidade da pessoa humana impede ao Estado a imposição de uma moral determinada. Ao invés, é dever dos governantes garantir um âmbito de autonomia e liberdade para que cada um possa desenvolver a própria personalidade. [...] (BRASIL, 2007)

Não obstante o Projeto de Lei n. 1.151/95 represente um passo significativo do Legislador na concretização dos direitos decorrentes da constituição das uniões homossexuais, é prudente considerar que o mesmo necessita ser discutido com seriedade e compromisso pelos parlamentares cuja participação deve gerar emendas no sentido de melhor alinhá-lo com as garantias previstas na Carta Constitucional.

### **7 AS UNIÕES HOMOSSEXUAIS E A ADPF 132 E ADI 4.277**

Como mais uma forma de fundamentar e legitimar a união homossexual, destacamos a ADPF 132 e ADI 4.277. Elas pretendem o reconhecimento das uniões homossexuais pela ordem jurídica, no sentido de que não é necessária uma lei para que a união seja reconhecida, conforme defendido no presente trabalho.

A ADPF é um instrumento de controle de constitucionalidade previsto no artigo 102, §1º da Constituição da República de 1988 e disposta nos artigos 1º e seguintes da Lei n. 9.882/1999, com o fim de arguir descumprimento de preceito fundamental.

A ADPF 132, ajuizada pelo governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, em 27 de fevereiro de 2008, indica como violação os preceitos fundamentais do direito da igualdade, conforme artigo 5º *caput*, o direito de liberdade, pela autonomia da vontade, conforme artigo 5º, inciso II; e o princípio da segurança jurídica, conforme artigo 5º *caput*, todos previstos na Constituição da República de 1988.

Ela indica como atos do poder público causadores da lesão o Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro, interpretado de maneira discriminatória contra os homossexuais; e o conjunto de decisões proferidas pelos tribunais estaduais, em ênfase o do Rio de Janeiro, que negam às uniões homoafetivas o mesmo regime jurídico que as uniões estáveis. A ADPF 132 utiliza a expressão união homoafetiva, o que entendemos não ser a expressão mais adequada, pois a afetividade não é um princípio jurídico, conforme já trabalhado neste estudo.

As teses postas na ADPF ilustram a evolução da sociedade, evidenciando as relações homossexuais como fatos do cotidiano. Afinal, tais uniões sempre existiram e vão existir independente do seu reconhecimento jurídico. Entretanto, torna-se

necessária sua proteção, a fim de evitar insegurança nas decisões judiciais e garantir o livre desenvolvimento da personalidade de seus membros.

Como fundamento jurídico a ADPF trata da equiparação da união homoafetiva à união estável regulamentada no artigo 1.723 do Código Civil de 2002, pretendendo, em recurso à analogia, evitar discriminação inconstitucional, devido à afetividade, que merece tutela do direito. A ADPF faz menção de jurisprudências e que a maioria delas não reconhece a união homoafetiva à união estável.

A ADPF 132 também tem como fundamento à proteção jurídica aos servidores públicos do Estado Rio de Janeiro que mantém união homoafetiva, e que, portanto sentem-se no direito de terem os seus direitos reconhecidos, no sentido das mesmas garantias dos servidores que possuem relacionamentos heterossexuais.

Ela apresenta como solução os seus fundamentos jurídicos, sob pena de produzir violação a preceitos fundamentais. Portanto, pelo emprego da analogia, deve-se estender o regime jurídico da união estável, previsto no art. 1723 do Código Civil, às uniões entre pessoas do mesmo sexo, pois esta apresenta os mesmos elementos para a configuração daquela, justificada pela interpretação da legislação ordinária à luz dos princípios constitucionais.

Junto aos seus pedidos, a ADPF 132 contempla medida liminar a fim de evitar mais decisões que possam gerar a frustração dos direitos fundamentais dos homossexuais, bem como a validação de decisões administrativas no sentido de equiparar as uniões homossexuais à união estável. Por pedido principal, reconhecer a união homoafetiva à união estável, em recurso à analogia pelo artigo 1723 do Código Civil de 2002. E, por fim, por pedido subsidiário, em caso de descabimento da ADPF a sua conversão em Ação Direta de Inconstitucionalidade, pois o que se pretende é a interpretação conforme a Constituição.

A ADPF 132 está em tramitação no Supremo Tribunal Federal, cujo andamento processual está conclusos ao relator em 02 de outubro de 2009 (BRASIL, 2008).

Maria Berenice Dias, em encontro com o Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, em 26 de março de 2009, de acordo com o site do direito, afirmou que:

[...] o preconceito é uma das razões que impedem o avanço desse tema no âmbito do Legislativo. As pessoas que se envolvem nesse tema, que defendem de alguma maneira, acabam sendo rotulados de homossexuais; como se as pessoas não pudessem defender causas que não lhe dissessem pessoalmente. (AT/AM, 2009).

A ADPF 132 é um avanço na busca da conquista dos direitos dos homossexuais, que mesmo se julgada desfavorável, abrirá, se já não abriu, precedentes para várias outras conquistas dos direitos humanos, a fim de equalizar a diversidade sexual objetivando o Estado Democrático de Direito, conforme preceitua nossa Constituição.



Por outro lado, A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 178, proposta pela Procuradoria Geral da República, que versa acerca do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, foi reatuada como Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277, segundo determinação do Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, em 21 de julho de 2009.

Em seu preâmbulo, a Procuradoria Geral esclarece o objetivo deste instrumento é obter da Suprema Corte a declaração:

[...] (a) que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição de união estável entre homem e mulher; e (b) que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. [...] (BRASIL, 2009)

Ao expor os fatos que ensejam a propositura da presente ação, a Procuradoria Geral da República argumenta que as uniões homossexuais são uma realidade fática inegável em todo mundo, existido desde os primórdios da humanidade. Entretanto, com a liberalização dos costumes e com o fortalecimento dos movimentos que lutam pelos direitos atinentes aos homossexuais, a visibilidade do tema e a discussão acerca do assunto acentuou-se, com sensível diminuição do preconceito que historicamente o envolvia (BRASIL, 2009).

Ressalve-se, ainda, a importante reflexão exarada neste instrumento, ao propugnar que certas visões preconceituosas e anacrônicas sobre a homossexualidade devem ser superadas, como, por exemplo, aquela que, sustentada pela Igreja, a compreendia como ‘pecado’, posicionamento este incompatível com os princípios da liberdade de religião e da laicidade (Constituição da República artigos 5º, inciso VI e 19, inciso I) ou, ainda, a que a tratava como doença, ideia hoje rechaçada pela Medicina e pela Psicologia (BRASIL, 2009).

Ao apresentar os fundamentos que ensejam a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277, a Procuradoria Geral da República compreende que a inserção das uniões homossexuais na cláusula aberta das entidades familiares tem como escopo uma interpretação harmoniosa e integrativa dos princípios esculpidos na Constituição da República de 1988. Em seguida, aponta uma alternativa hermenêutica para sanar a omissão legislativa acerca do tema:

A tese sustentada nesta ação é a de que se deve extrair diretamente da Constituição de 88, notadamente dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da igualdade (art. 5º, *caput*), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV), da liberdade (art. 5º, *caput*) e da proteção à segurança jurídica, a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre

pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. E diante da inexistência de legislação infraconstitucional regulamentadora, devem ser aplicadas analogicamente ao caso as normas que tratam da união estável entre homem e mulher (BRASIL, 2009).

Reitera, portanto, a necessidade de tratamento legal específico das uniões homossexuais para efetivação dos direitos-garantias previstos na Carta Constitucional, visto que esta ausência de regulamentação legal vem comprometendo, na prática, o exercício de direitos fundamentais pelos homossexuais, em contraposição à situação vivida pelos casais heterossexuais.

Outrossim, é mister observar que Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277, proposta pela Procuradoria Geral da República coaduna com os princípios basilares do Estado Democrático de Direito inserido pela Constituição Federal de 1988, e que tem como fundamento o *princípio da dignidade da pessoa humana* e como finalidade a construção de uma *sociedade livre, justa e solidária*. Ao provocar o posicionamento da Suprema Corte sobre as uniões homossexuais, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277, ainda pendente de julgamento, sinaliza o advento de importante precedente no cenário jurídico, cujo alcance será de relevante importância na interpretação e concretização dos direitos em debate.

## CONCLUSÃO

A Constituição da República de 1988 anuncia o fim de um período de ostracismo e atrofiação do exercício da cidadania e o início de uma nova ordem jurídica, que ao instituir o Estado Democrático de Direito, tem como fundamento a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana e preceitua a defesa dos direitos e garantias individuais esculpidos no texto constitucional.

Neste contexto, surge a constatação de que o ordenamento jurídico necessita ser reinterpretado a partir de uma hermenêutica constitucional, de forma a se assegurar a harmonia do sistema mediante as diretrizes principiológicas inseridas pela Constituição de 1988.

Outrossim, fala-se em crise do direito, uma vez reconhecidos os novos paradigmas constitucionais que conformam a atuação do operador do direito na interpretação das normas que compõem o ordenamento jurídico.

No direito das famílias, tal crise se instala a partir do reconhecimento de arranjos familiares que se afastam do modelo tradicional, mas que são abarcados pela cláusula aberta das entidades familiares instituída no artigo 226, § 4º, da Constituição de 1988.

Neste sentido, conclui-se, portanto, que as uniões homossexuais devem ser consideradas entidades familiares, por força do dispositivo supracitado, e que deve o legislador, dirigido pelos princípios presentes na Carta Constitucional, assegurar a efi-

cácia dos direitos e garantias decorrentes da constituição destas uniões, não se deixando levar por juízos morais e religiosos incompatíveis com a nova ordem jurídica vigente.

Portanto, entende-se que está vedado ao Estado a imposição de uma pretensa moral comum a todos em uma democracia. Destarte, garantem-se iguais liberdades fundamentais e a co-vivência de vários projetos de vida.

: ARTIGO APROVADO (21/08/2010) : RECEBIDO EM 30/07/2010

#### NOTAS

1 Segundo explica Gregório Assagra de Almeida (2008, pp. 18-19), “O pós-positivismo pretende superar a legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. [...] Nesse conjunto de concepções ricas e heterogêneas, ainda em construção, estão a atribuição de normativa aos princípios e a fixação de suas relações com os valores e as regras”.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Curso de direito das famílias*. No prelo.
- ALMEIDA, Gregório Assagra. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: Perfil Constitucional e Alguns Fatores de Ampliação de sua Legitimação Social. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. *Temas atuais do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 17-59.
- AT/AM. *Direitos dos homossexuais é tema de reunião com presidente do STF*. Direito2, 26 de março de 2009. Disponível em: <http://www.direito2.com.br/stf/2009/mar/26/direitos-dos-homossexuais-e-tema-de-reuniao-com-presidente-do-stf>. Acesso em: 09 out. 2009.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. União homoafetiva. *Consullex: Revista Jurídica*, Brasília, v.8, n.181, p.42-44, jul.2004.
- BENCKE, Carlos Alberto. Partilha dos bens na união estável, na união homossexual e no concubinato impuro. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 4, n. 14, pp. 20-42, jul-set 2002.
- BRASIL. Projeto de Lei 1.151 de 1995. *Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências*. Disponível em: [http://www2.camara.gov.br/proposicoes/loadFrame.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/prop\\_lista.asp?Mode=1&btnPesquisar=OK&Ano=1995&Numero=1151&sigla=PL](http://www2.camara.gov.br/proposicoes/loadFrame.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/prop_lista.asp?Mode=1&btnPesquisar=OK&Ano=1995&Numero=1151&sigla=PL). Acesso em: 28 ago. 2009.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 820475/RJ*. 4ª Turma julgadora. Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Data do julgamento em 02/09/2008. Data da publicação em 06/10/2008. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&livre=Recurso+Especial+820475&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=Recurso+Especial+820475&b=ACOR). Acesso em: 10 out. 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 815*. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(ADI\\$.SCLA. E 815.NUME.\) OU \(ADI.ACMS. ADJ2815.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(ADI$.SCLA. E 815.NUME.) OU (ADI.ACMS. ADJ2815.ACMS.)&base=baseAcordaos). Acesso em: 14 nov. 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4.277*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4277&processo=4277>. Acesso em: 28 ago. 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 132*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=132&processo=132>. Acesso em: 28 ago. 2009.

- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Especial n. 24564*. Relator. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 01/10/2004. Data da publicação em 01/10/2004. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=true&docIndex=0&httpSessionName=brsstateSJT28400416&sectionServer=TSE>>. Acesso em: 10 out. 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. 1228p.
- COSTA FREIRE, Jurandir. A questão psicanalítica da identidade sexual. In: Graña, Roberto (org.). *Homossexualidade*. Formulações psicanalíticas atuais. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998, pp. 15-27.
- DAGNESE, Napoleão. *Cidadania no armário: uma abordagem sócio-jurídica acerca da homossexualidade*. São Paulo: LTR, 2000.
- DIAS, Maria Berenice. Família Homoafetiva. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey e Mandamentos, 2008, pp. 169-191.
- \_\_\_\_\_. *Manual de direito das famílias*, 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 608p. (da homossexualidade). São Paulo: LTR, 2000.
- \_\_\_\_\_. *União homoafetiva: o preconceito e a justiça*, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- \_\_\_\_\_. União homoafetivas: uma realidade que o Brasil insiste em não ver. *Revista Justiça & História*, v.2, n. 3, 2002, pp. 399-414.
- FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 3, n. 5 e 6, 2000, pp.147-153.
- FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 346p.
- FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*, 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 1083p.
- FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 331p.
- FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1993.
- FOLHA on line. *Em decisão inédita na América Latina, Cidade do México aprova união gay*. 21 dez 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u669841.shtml>>. Acesso em: 12 jan. 2010.
- FOLHA on line. *Corte Suprema da Califórnia proíbe casamento gay no Estado*. 26 maio 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u571864.shtml>>. Acesso em: 14 nov. 2009.
- G1, mundo. *Após 14 horas de debate, Senado da Argentina aprova casamento gay*. 15 jul. 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2010/07/senado-da-argentina-aprova-o-casamento-gay.html>>. Acesso em: 20 out. 2010.
- G1, mundo. *Portugal faz seu 1º casamento gay*. 07 jun. 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2010/06/portugal-faz-seu-1-casamento-gay.html>>. Acesso em: 20 out. 2010.
- GOMES, Andréa Barroso. *Regulamentação da união entre o par homoafetivo*. 2003. 51f. Monografia (Conclusão de Especialização) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Instituto de Educação Continuada
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, 2. ed., v.1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. pp. 128-131.
- LIMA, Giselli de Almeida Tamarozzi. A família homossexual: demandas e desafios para o serviço social. *Construindo o Serviço Social*, v.16, jul-dez 2005, pp. 31-58.
- LÓBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 3, n. 12, jan-mar 2002, pp. 40-55.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. Direitos previdenciários na união homoafetiva. *Revista IOB de Direito de Família*, v. 9, n. 52, fev-mar 2009, p.07-11.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação cível n. 10024069303246/001(1). Relator. Des. Heloísa Combat. Data da publicação em 27/07/2007. <[http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/juris\\_resultado.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0024&ano=06&txt\\_processo=930324&dv=6&complemento=001&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=&tipoFiltro=and&orderByData=0&relator=&dataInicial=&dataFinal=16%2F10%2F2009&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&pesquisar=Pesquisar](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0024&ano=06&txt_processo=930324&dv=6&complemento=001&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=&tipoFiltro=and&orderByData=0&relator=&dataInicial=&dataFinal=16%2F10%2F2009&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&pesquisar=Pesquisar)>. Acesso em: 10 out. 2009.
- MIRANDA, Fábio Guimarães. *União civil homoafetiva no direito brasileiro*, 2006. 69f. Monografia (Conclusão de Curso) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito.
- MOTT, Luiz R. B. *Homossexualidade: mitos e verdades*. Salvador: Grupo Gay da Bahia, 2003. 132p.
- OLIVEIRA, Basílio de. *Concubinato*. Rio de Janeiro: Novos Rumos, 1997. 397p.
- PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (Org.). *Vade mecum Saraiva 2008*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 1738 p.
- POLI, Leonardo Macedo. *Aspectos civis da homossexualidade*, 2004. 39f. Projeto de pesquisa - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito.

- REIS, Roberta Ferreira. Legítimo direito de cidadania: uma tentativa de justificar a homossexualidade. *Revista Jurídica Consulex*, v. 9, n. 205, jul. 2005, p. 52-55.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. *Agravo de Instrumento n. 599075496*. Rel. Des. Breno Moreira Mussi. Julgado em 17/06/1999. Data da publicação: Diário da Justiça do dia <[http://www.tjrs.jus.br/site\\_php/jprud2/ementa.php](http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php)>. Acesso em: 10 out. 2009.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. *Apelação cível n. 70002355204*. Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 11/04/2001. Data da publicação: Diário da Justiça do dia <[http://www.tjrs.jus.br/site\\_php/jprud2/ementa.php](http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php)>. Acesso em: 10 out. 2009.
- RIOS, Roger Raupp. Dignidade da pessoa humana, homossexualidade e família: reflexões sobre as uniões de pessoas do mesmo sexo. In: COSTA, Judith Martins. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 483-517.
- SILVA, Tatiana Nascimento da. Um novo paradigma para atribuição de efeitos jurídicos às uniões entre homossexuais. *Justiça do Direito*, v.16, n. 2, jan. 2002, pp. 433-439.
- TOURAINÉ, Alain. O direito ao casamento gay. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 21 mar. 2004. Mais, n. 631, p. 3.

### Fernando Horta Tavares

Avenida do Contorno, 7069  
Santo Antônio - 30110-043  
Belo Horizonte - MG - Brasil  
[fernandohorta@hotmail.com](mailto:fernandohorta@hotmail.com)

PÓS-DOUTOR EM DIREITO CONSTITUCIONAL  
PELA UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA  
DOUTOR E MESTRE EM DIREITO E EM DIREITO PROCESSUAL  
PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA  
DE MINAS GERAIS (PUC/MG)  
PROFESSOR DA GRADUAÇÃO E DA PÓS-GRADUAÇÃO  
DA FACULDADE MINEIRA DE DIREITO DA PONTIFÍCIA  
UNIVERSIDADE CATÓLICA MINAS GERAIS (PUC/MG)  
ADVOGADO

### Iara Antunes de Souza

Avenida Afonso Pena, 4114, 401  
Cruzeiro - 30130-009  
Belo Horizonte - MG - Brasil  
[iasbhz@gmail.com](mailto:iasbhz@gmail.com)

MESTRANDA EM DIREITO PRIVADO PELA PONTIFÍCIA  
UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS (PUC/MG)  
ESPECIALISTA EM DIREITO CIVIL PELA UGF/CAD  
ESPECIALISTA EM DIREITO PROCESSUAL PELA UNAMA/LFG  
MEMBRO DO CENTRO DE ESTUDOS EM BIODIREITO (CEBID)  
PROFESSORA DA FACULDADE PITÁGORAS – UNIDADE BETIM  
ADVOGADA

### Isaac Espíndola Vitorino Ferreira

Rua Santo Antônio, 29  
São Paulo - 31910-290  
Belo Horizonte - MG - Brasil  
[isaac.espindola@yahoo.com.br](mailto:isaac.espindola@yahoo.com.br)

GRADUANDO DA FACULDADE MINEIRA DE DIREITO DA PONTIFÍCIA  
UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS (PUC/MG)

### Tiago Vieira Bomtempo

Rua Castelo de Edimburgo, 184  
Castelo - 31330-240  
Belo Horizonte - MG - Brasil  
[15@bol.com.br](mailto:15@bol.com.br)

GRADUANDO DA FACULDADE MINEIRA DE DIREITO DA PONTIFÍCIA  
UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS (PUC/MG)



## O DIREITO COMPARADO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Gustavo Vitorino Cardoso

THE COMPARATIVE LAW IN THE CONSTITUTIONAL ADJUDICATION

### RESUMO

ESTE ESTUDO ABORDA O CRESCENTE USO DO DIREITO COMPARADO NA RACIONALIDADE DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS. TEMA EXTREMAMENTE INTERESSANTE E ATUAL, A APROXIMAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL AO DIREITO COMPARADO É ILUSTRADA A PARTIR DE CASOS JULGADOS EM PORTUGAL, ESTADOS UNIDOS E ÁFRICA DO SUL E QUE RECEBERAM ATENÇÃO ESPECIAL DA DOCTRINA, DESTACANDO-SE, NOMEADAMENTE, OS CONTOURNOS HISTÓRICOS E JURÍDICOS CARACTERIZADORES DESSES ORDENAMENTOS JURÍDICOS. O PRIMEIRO OBJETIVO PERFAZ A VERIFICAÇÃO DO ALINHAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À TENDÊNCIA COMPARATIVA, O QUE É FEITO MEDIANTE A ANÁLISE MATERIALMENTE DIRECIONADA DA SUA JURISPRUDÊNCIA COLHIDA NO SÍTIU OFICIAL. A SEGUNDA ETAPA TEM COMO ESCOPO UMA EXPLICAÇÃO POSSÍVEL PARA O PROBLEMA INTRÍNSECO À INTERPRETAÇÃO/CONCRETIZAÇÃO DE REGRAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, LANÇADA NA FUNDAMENTAÇÃO DE UMA DECISÃO COM BASE EM ELEMENTOS APURADOS EM OUTRA ORDEM JURÍDICA, TAREFA ESSA QUE É LEVADA A EFEITO COM APOIO NA CARACTERIZAÇÃO DO DENOMINADO ESTADO CONSTITUCIONAL. TODAS AS ETAPAS CUMPREM A FUNÇÃO MAIS GERAL DE INDAGAÇÃO ACERCA DO PAPEL QUE A COMPARAÇÃO DE DIREITOS TEM ALCANÇADO NO CONSTITUCIONALISMO DO PRESENTE.

### PALAVRAS-CHAVE

DIREITO CONSTITUCIONAL; DIREITO COMPARADO; ESTADO CONSTITUCIONAL; TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

### ABSTRACT

THIS STUDY ADDRESSES THE GROWING USE OF THE COMPARATIVE LAW PERSPECTIVE IN THE RATIONALITY OF DECISIONS AT CONSTITUTIONAL COURTS. A MUCH INTERESTING AND ACTUAL TENDENCY, THE CORRELATION BETWEEN COMPARATIVE LAW AND CONSTITUTIONAL LAW IS REVEALED BY CASES DECIDED IN PORTUGAL, UNITED STATES AND SOUTH AFRICA, WHICH HAS GATHERED GREAT SCHOLARLY ATTENTION, WITH SPECIAL FOCUS IN THE HISTORICAL AND LEGAL CONTOURS OF THESE JURISDICTIONS. THE FIRST AIM IS TO EXAMINE THE ALIGNMENT OF THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT TO THE COMPARATIVE TREND, WHICH IS CARRIED OUT BY JURISPRUDENCE ANALYSIS OF DOCUMENTS AVAILABLE ON THE OFFICIAL WEBSITE OF THE INSTITUTION. IN ADDITION, IT WAS CONCEIVED A POSSIBLE EXPLANATION FOR THE INTRINSIC PROBLEM OF THE INTERPRETATION/CONCRETIZATION OF CONSTITUTIONAL RULES AND PRINCIPLES BASED ON DATA GATHERED IN ANOTHER LEGAL ORDER, A TASK SUPPORTED BY THE SO CALLED CONSTITUTIONAL STATE. THIS APPROACH HAS IN MIND TO INQUIRE THE ACTUAL ROLE THAT THE COMPARISON OF RIGHTS HAS REACHED IN THE PRESENT CONSTITUTIONALISM.

### KEYWORDS

CONSTITUTIONAL LAW; COMPARATIVE LAW; CONSTITUTIONAL STATE; CONSTITUTIONAL COURTS; BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT.

### INTRODUÇÃO

Não é recente o reconhecimento do intenso aproveitamento das utilidades fornecidas pelo direito comparado para fins teóricos ou eminentemente doutrinários, cuja

consequência mais saudável foi e continua sendo o desenvolvimento de abordagens contextualizadas de problemas comuns a vários sistemas jurídicos. Mas se percebe uma mudança nos domínios da comparação: atualmente, a argumentação comparada faz-se presente na racionalidade das decisões dos tribunais superiores de vários países, notadamente daqueles tribunais que precipuamente devem zelar pelo texto constitucional, “nova” realidade essa que não deixa de originar indagações de várias ordens e acaba mesmo por convidar à reflexão. Afinal, se os textos constitucionais conformam parte primordial da ordem jurídica do Estado e da sociedade a que se referem, qual é o fundamento para se registrarem no bojo da fundamentação de uma sentença elementos apurados em outra(s) ordem(ns) jurídica(s) a respeito de uma questão constitucional? Estaria o Supremo Tribunal Federal brasileiro alinhado a essa tendência interpretativo-concretizadora? Qual é a função que a comparação jurídica tem logrado manter no constitucionalismo do presente? Essas são as principais questões a que nos propomos enfrentar.

No presente estudo, as respostas a essas indagações são perseguidas em um percurso de quatro etapas. Primeiro, são feitas algumas elucidações a respeito do direito comparado, a sua origem, o seu desenvolvimento e uma breve consubstanciação teórica, chegando-se à expressão “comparação de direitos” como melhor representante do seu propósito fundamental. Em seguida, procuramos ilustrar a realidade judicativo-constitucional de Portugal, Estados Unidos e África do Sul, através das decisões mais comentadas pela doutrina especializada.<sup>1</sup> A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é discutida em seguida, para demonstrar que os ministros brasileiros também se voltam à tendência comparativa. Na busca do fundamento teórico para a virada rumo à comparação jurídica, apresentamos a teoria da Constituição como ciência da cultura do jurista alemão Peter Häberle, que inculca a noção da comparação jurídica como quinto elemento de interpretação-concretização constitucional.<sup>2</sup>

### **I BREVES ANOTAÇÕES SOBRE O DIREITO COMPARADO<sup>3</sup>**

Entendido por parte da doutrina como evolução do processo sistêmico e resultante da Escola Histórico-evolutiva (MAXIMILIANO, 2003), o Direito comparado era visto como moderníssimo até meados do século passado, à altura do império da Escola da Exegese. Invocado prioritariamente no campo da hermenêutica e menos na organização jurídica, esse processo de interpretação se desenvolveu, especialmente, sobre as tramas do direito privado,<sup>4</sup> por se mostrar mais próspero ao postulado de aplicação uniforme, de modo que os encantos do novo processo pareciam permitir um direito privado comum de toda a sociedade civilizada (MAXIMILIANO, 2003).

Na sua origem, via-se que os povos cultos da época em condições análogas de regime político, organização social e cultura serviam-se dos mesmos organismos para estabelecer a mesma função com vistas ao mesmo fim. Assim, a pretensão de



impingir ao estudo do fenômeno jurídico um verdadeiro caráter científico fez que os jurisconsultos se ocupassem do direito comparado, diferenciando-o, outrossim, da simples “legislação comparada” (MAXIMILIANO, 2003, p. 109), que já era percebida, mas como algo menor do que a ciência completa que se pretendia com a comparação.

No seu desenvolvimento, a disciplina passou a desempenhar papel cultural de grande valia. O estudo dos “direitos estrangeiros” constituiu fonte inegável de enriquecimento cultural, com notória utilidade para o melhor conhecimento do direito nacional e para o seu aperfeiçoamento (DAVID, 1986). Notou-se que problemas e soluções de outros sistemas poderiam esclarecer as complicações domésticas. Assim:

[...] as vantagens que o direito comparado oferece podem, sucintamente, ser colocadas em três planos. O direito comparado é útil nas investigações históricas ou filosóficas referentes ao direito; é útil para conhecer melhor e aperfeiçoar o nosso direito nacional; é, finalmente, útil para compreender os povos estrangeiros e estabelecer um melhor regime para as relações da vida internacional. (p. 3)

Nesse contexto, a interdependência das nações e as mostras da solidariedade que envolve o gênero humano, tendo se convolado em fatos evidentes no mundo contemporâneo – o mundo agora como um só, sem o isolamento de outrora – acabaram por impor, tanto aos políticos quanto aos economistas e aos juristas, uma nova visão dos problemas que lhes dizem respeito (DAVID, 1986).

Entendida como verdadeira ciência<sup>5</sup> ou ainda apenas como um método (CANOTILHO, 2003), o direito comparado passou a se identificar com a pesquisa de um modelo melhor, conduzida mediante a análise temporal e materialmente recortada do modelo estrangeiro, as suas semelhanças e dessemelhanças (DANTAS, 1997) e, assim, avessa à mera especulação pendente de objetivo acerca dos padrões jurídicos de diversos ordenamentos, o que constituiria puro empirismo ou um exercício erudito (SACCO, 2001). Enfim, a comparação voltou-se para problemas práticos.

A tendência que intentamos demonstrar a seguir é o intenso uso do direito comparado, pelos juízes constitucionais nacionais, como método de interpretação-concretização (e de realização) constitucional,<sup>6</sup> fenômeno que se desenvolve em várias intensidades e compreende doutrina, legislação e decisões estrangeiras. É importante destacar que o recurso a elementos exógenos já existia, por exemplo, nas colônias. A novidade é que atualmente não mais se verifica a recepção, e sim o diálogo enriquecedor do próprio direito interno, em que se percebe que os juízes citam outros sistemas não só para preencher as lacunas ou para tratar de algo novo tal como era feito no período colonial, mas para “*find out how other judges have responded when faced with a comparable issue*” (SLAUGHTER, 2003, p. 197).

A seguir, com a ressalva de que, para nós, a ideia perseguida pelo comumente denominado direito comparado é mais bem representada pela expressão “comparação de direitos” – já que a dialética almejada não ocorre somente a partir da norma em si, mas também em razão do substrato social, econômico e cultural no qual ela se aloca –, ilustraremos a matéria em foco a partir de estudos de juristas em torno da jurisdição constitucional de Portugal, dos Estados Unidos e da África do Sul e, por último, apresentaremos alguns casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro.<sup>7</sup> Em seguida, demonstraremos a importância da abertura das possibilidades interpretativas no nível constitucional a partir das noções desenvolvidas por Peter Häberle e sua teoria da Constituição como ciência da cultura, tudo para chegarmos em condições de, ao final, identificar elementos importantes no tocante ao argumento comparado na atividade decisória própria dos tribunais constitucionais.

## 2 O ARGUMENTO COMPARADO NA LAVRA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS

Desde a sua institucionalização formal,<sup>8</sup> o Tribunal Constitucional Português (TCP) sempre se posicionou numa linha favorável ao uso do argumento comparado,<sup>9</sup> apesar de inexistir no ordenamento jurídico<sup>10</sup> qualquer determinação legal nesse sentido.<sup>11</sup> Isso se deu, em primeiro lugar, a fim de galgar legitimação material dentro do quadro de poderes e esquema judiciário no qual o TCP foi implantado, para o que contribuiu uma argumentação mais ampla e conexa com os avanços doutrinários. Ademais, em um contexto em que o controle de constitucionalidade das normas do tipo misto complexo (CANOTILHO, 2003) se revelou como fonte de conflitos entre as várias instâncias do Poder Judiciário, o recurso ao elemento comparado contribuiu para o reconhecimento da autoridade do próprio Tribunal em consolidação, bem como para evitar exageros de autorreferência em um país de pequenas extensões e de pouca idade na vida liberal-democrática.

A notável abertura do TCP verificada no plano interpretativo material externo não se limitou aos primeiros anos da sua existência, persistindo até a atualidade. O resultado foi a sua entrada na conjuntura de participação de Cortes constitucionais na construção de orientações comuns, tendencialmente universais, processo no qual o órgão judicial se torna, ao mesmo tempo, sujeito ativo e passivo, embora com desigualdades no fornecimento dos parâmetros. Além disso, a jurisprudência portuguesa afirma a comparação como um meio para melhor compreensão das questões e das normas em exame e também como caminho para aprimorar a qualidade das suas próprias decisões, mantendo especialmente normas constitucionais e supraconstitucionais de outros países europeus como sustentáculos de uma espécie de *tertium comparationis*.<sup>12</sup>

Se em um primeiro instante a análise jurisprudencial permite aduzir que as citações estrangeiras são empregadas mais como componente acessório do que como

exigência de fundamentação das decisões, verifica-se que em algumas decisões o Direito comparado é levado em conta inclusive na parte conclusiva da sentença.<sup>13</sup> Tanto é verdade que, em decisão recente, o dado comparado surgiu como importante para a afirmação de que a norma portuguesa referente ao direito à revisão de sentenças não gozava de “fundamento suficientemente relevante na óptica constitucional para a solução normativa impugnada”,<sup>14</sup> obrigando a norma impugnada a ceder diante do resultado da interpretação comparada.

O TCP privilegia a comparação dos sistemas jurídicos tidos como próximos, eminentemente o alemão, muito em razão do reconhecimento de uma sobreposição substancial entre os ordenamentos.<sup>15</sup> Os sistemas jurídicos mais citados são o alemão, o espanhol, o italiano, o norte-americano, o francês, o belga, o austríaco, o inglês e, finalmente, por razões histórico-culturais, o brasileiro (ORRÚ, 2006),<sup>16</sup> sendo que os quatro primeiros são mais seguidos em termos de justiça constitucional.

Finalmente, o firme propósito do TCP em utilizar o argumento comparado é acompanhado do uso também constante do direito internacional, especialmente a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, estabelecendo, mormente nos julgados mais recentes, relações firmes com as sentenças proferidas pela Corte de Estrasburgo, que opera no âmbito da CEDU, de modo a quase fixar um ponto de referência irrenunciável e que acaba por demonstrar a inclinação pluralista dos juízes da Corte portuguesa (ORRÚ, 2006).<sup>17</sup>

### 3 O DIREITO COMPARADO NA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos, país marcado por uma forte tradição jurisprudencial sempre mais próxima do unilateralismo de suas próprias fórmulas jurídicas e com alta valorização dos precedentes jurisprudenciais, os métodos de trabalho da Corte Suprema parecem ter sofrido as consequências do contexto da afirmação plena do modelo político, econômico e cultural hasteado pelo país e que culminou na globalização, de modo que parte dos *justices* passou a empregar nas suas decisões fontes jurisprudenciais estrangeiras, embora de forma esporádica e intermitente, geralmente de países europeus ou de Estados partidários do sistema da *Common Law* (FERRARI, 2006).

Ainda que ao alvedrio de qualquer determinação legal no tocante ao uso da comparação, a abertura aos materiais externos se aprofundou sensivelmente a partir do fim do século XX e início do século atual,<sup>18</sup> especialmente em temas como a moral sexual e a pena capital, mas sempre destinada ao combate de alguns componentes da própria Corte. É paradigmático a esse respeito o caso “Printz versus Estados Unidos”,<sup>19</sup> de 1997, no qual se discutiu a constitucionalidade do “*Brady Handgun Violence Prevention Act*”, que instituiu um sistema nacional de controle de armas de fogo. Contraditado a respeito da sua compatibilidade com o federalismo e a vontade dos *founding fathers*, manifestou-se no caso o juiz Stephen Breyer,<sup>20</sup> que também em nome do juiz Stevens

suscitou o federalismo suíço e alemão, bem como a própria experiência europeia, recordando sempre que ele estava consciente de que o objeto de interpretação era a Constituição norte-americana, mas que a comparação se fazia importante para abrir o leque de possibilidades de soluções a problemas comuns. Tal posicionamento sofreu duras críticas do juiz Antonin Scalia, com sua “*nationalist jurisprudence*” (FERRARI, 2006, p. 322), sob o argumento de que a comparação seria importante apenas no momento de redigir a Constituição, jamais na sua interpretação.

Mas já antes a comparação de direitos havia alçado lugar de destaque no judiciário constitucional norte-americano, na época do chamado “constitucionalismo repulsivo” (“*aversive constitutionalism*”).<sup>21</sup> Nas décadas de 1940 e 1950, o país foi diretamente confrontado às teorias e práticas da Alemanha nazista e da União Soviética. Assim, o anseio voluntarista de articular normas capazes de frontalmente distinguir os usos e as práticas do país daqueles modelos totalitaristas em voga na Europa contribuiu para um longo percurso liberal da Suprema Corte, o que ajudou a fortalecer, inclusive, os direitos e as liberdades civis, mormente no campo penal.

A história constitucional estadunidense recente remete também ao caso “*Roper versus Simons*”,<sup>22</sup> de 2005. A sentença proibiu a pena capital aos menores de 18 anos, com fulcro na maturação da noção dos “*standards of decency*”, presente na sociedade norte-americana, nas literaturas psicológica e criminológica, estas a demonstravam a ineficácia da medida. Ocorre que foram jungidas à decisão inúmeras legislações e jurisprudência estrangeiras, bem como normas de direito internacional, com o fito de demonstrar que a prática não se coadunava com a experiência comum no mundo, bem como que ela se mostrava contrária aos próprios valores culturais nacionais. Novamente, o juiz Scalia reagiu contrariamente ao manejo de argumentos comparados, por entender que tal argumentação estava sendo utilizada para colocar de lado as práticas difusas na história do país.

O interessante é notar que a adoção dessa metódica suscitou reações tanto negativas quanto positivas. Aquelas ensejaram a reprimenda de congressistas que propuseram leis contra o manejo do direito estrangeiro nas sentenças.<sup>23</sup> A recepção positiva deu-se eminentemente na doutrina, do que são exemplares as teorizações de Ackerman (1997) acerca do “*world constitutionalism*”; de Tushnet (1999) sobre as possibilidades do constitucionalismo comparado; de Harold Koh (2004) sobre “*community standards*”; e, finalmente, de Anne-Marie Slaughter (2003) sobre a “*global community of courts*”.

#### 4 O ARGUMENTO COMPARADO NA PRÁTICA DA CORTE CONSTITUCIONAL SUL-AFRICANA

Examinando a realidade jurídica do maior país do continente africano, Rinella (2006) mostra que o uso do direito comparado pelos juízes da Corte constitucional possui legitimação expressa em razão do artigo 39, 1,<sup>24</sup> da Constituição da República da

África do Sul de 1996, o que alça a comparação jurídica à condição de instrumento de interpretação e concretização da carta de direitos e das liberdades fundamentais. Naquele país, os juízes promovem especialmente a comparação com os ordenamentos jurídicos que serviram de fonte para os textos constitucionais recentes (a Constituição provisória de 1993–1994 e a atual, acima referida). Rinella aduz que em algumas decisões não se faz possível distinguir quando a abordagem se dá com foco nas leis estrangeiras ou casos estrangeiros, o que permite aos magistrados se moverem sabiamente entre o “*Law in the books*” e o “*Law in action*”.

É ilustrativa a sentença do caso “Zuma versus Estado”, a primeira a tratar da interpretação do texto constitucional provisório e que versou sobre a distribuição do ônus de provar a espontaneidade de uma confissão nos termos da lei processual penal em face da presunção de inocência estatuída pelo regramento constitucional, na qual já se sentiu forte influência do direito canadense tanto no estudo técnico (*two stages*, balanceamento) quanto na metódica da interpretação constitucional.<sup>25</sup> É válida também a referência ao caso “Makwanyane”, julgado em 1995, em que se controverteu a inconstitucionalidade da pena de morte e fez que o Tribunal analisasse o catálogo de direitos e liberdades, a pena de morte e a cláusula de limitação dos direitos a partir de vários outros ordenamentos jurídicos. Em suma, pode-se afirmar que as principais fontes de comparação se referem aos sistemas jurídicos canadense, norteamericano e alemão, preponderando a utilização racional e equilibrada do argumento comparado, sem vinculação da *ratio decidendi*.<sup>26</sup>

É importante observar que a África do Sul, país de língua inglesa e que tem experimentado nos últimos anos, desde que se soltou dos grilhões do *apartheid*, uma fase de profunda transição rumo à abertura democrática, fomentada também por uma renovação de seus quadros judicantes,<sup>27</sup> apegou-se às experiências jurídico-constitucionais de Estados de cultura ocidental, de tradição democrática e vigilantes na proteção efetiva dos direitos fundamentais, adotando nomeadamente o modelo alemão da *Grundgesetz* (RINELLA, 2006), mas o fez sem perder de vista as suas especificidades internas, uma autolimitação forjada pelos próprios magistrados diante da norma constitucional que apenas lhes facultou o manejo de material externo.<sup>28</sup>

Também se percebe que a comparação, além de contar com a inédita permissividade legal já referida, possui em seu favor a própria formação cultural e científica dos juízes,<sup>29</sup> o que faz Rinella (2006) considerar a possibilidade de que a formação dos membros do Tribunal os tornou mais propensos a considerar o direito de outras jurisdições na construção da própria Constituição.

## 5 O USO DA COMPARAÇÃO DE DIREITOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>30</sup> permite afiançar que o direito comparado é manejado pelos ministros,volvendo-se como instrumento

enriquecedor das decisões, embora ele não seja decisivo na formação da jurisprudência, e, assim como se dá nos Estados ditos “constitucionais” da atualidade, à exceção da África do Sul, como visto acima, não exista qualquer regramento, seja legal ou regimental, para o exercício da comparação pela Corte, fato que não tem impedido a consciente articulação da realidade dos casos com os direitos estrangeiros.

Tanto a doutrina como a jurisprudência de outros países são constantemente invocadas nos votos proferidos pelos ministros da Corte Suprema brasileira, principalmente os votos exarados pelos ministros Gilmar Ferreira Mendes, Celso de Mello, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Eros Grau,<sup>31</sup> que o fazem como forma de qualificação do debate e de aprofundamento das análises e argumentações desenvolvidas nos julgamentos, elidindo que o uso da comparação seja considerado mera citação decorativa. O resultado pode ser observado em decisões interessantemente fundamentadas e ricas culturalmente, alcançando, por conseguinte, a própria melhora da jurisprudência interna.

O STF mantém em seu sítio na rede mundial de computadores uma área específica destinada à publicação das traduções, nas línguas inglesa e espanhola, de resumos da sua jurisprudência mais significativa, o que tem o condão de promover o intercâmbio de informações legislativas e jurisprudenciais entre os diversos países. Ademais, é nesses casos mais significativos, entendidos aqui como polêmicos,<sup>32</sup> que o direito comparado é mais habitualmente empregado. Não se trata de fenômeno muito recente no Tribunal, tendo crescido nos últimos anos o número de decisões que trazem a comparação no seu bojo.<sup>33</sup>

Recentemente, por ocasião da discussão do exercício do direito de greve por parte dos servidores públicos civis,<sup>34</sup> o argumento comparado ajudou a garantir a evolução do tema na jurisprudência do Tribunal, tanto que o ministro e relator para o caso, Gilmar Ferreira Mendes, fez constar da ementa do acórdão que:

[n]a experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2º).

O recurso ao argumento comparado mostrou que a experiência alemã sobre a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, tendo em vista especialmente as omissões legislativas parciais, assim como as sentenças aditivas do direito italiano, denotava que, em se tratando do direito de greve dos servidores públicos civis, estava-se diante de hipótese na qual a omissão constitucional reclamaria uma solução diferenciada.

No voto que proferiu, o ministro Celso de Mello teve oportunidade de destacar os modelos normativos do direito de greve dos servidores públicos no âmbito

comparado, demonstrando, com tal exposição, o gritante e injustificado atraso do legislador brasileiro no concretizar da norma constitucional.

Outro caso de grande importância para o constitucionalismo brasileiro e no qual a comparação de direitos ganhou relevância foi o que discutiu a condenação do escritor e sócio de editora por delito de discriminação contra os judeus por ter publicado, distribuído e vendido ao público obras antissemitas, delito ao qual foi atribuída a imprescritibilidade prevista no artigo 5º, XLII, da Constituição Federal.<sup>35</sup>

Na decisão do caso, a extensa referência a instrumentos internacionais, especialmente a Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi acompanhada da comparação jurídica mediante a análise e a articulação da lei francesa nº 90.615/90; do artigo 416 do Novo Código Penal da França; da lei espanhola contra o racismo de 1995; do artigo 240 do Código Penal português; da Lei Gaysott, da França, de 1990; do “*Licensing Act*”, da Inglaterra, de 1695; da Emenda nº 1 da Constituição Americana de 1787; da “*Race Relations Act*”, de 1976. Também houve o registro de inúmeras decisões estrangeiras: os casos “Estados Unidos *versus* Lemrick Nelson”, da Corte de Apelação da Califórnia, de agosto de 1999; “Mandla e outro *versus* Dowell Lee e outro”, da Câmara dos Lords, na Inglaterra, de 1983; “Shaare Tefila Congregation *versus* Cobb” (US 615), da Suprema Corte norte-americana, de 1987; “Lüth”, da Corte Constitucional Alemã (BverfGE 7, 198), julgado em 15 de janeiro de 1958; “Livro sobre a Guerra”, da Corte Constitucional Alemã (BverfGE 90, 1-22), julgado em 11 de janeiro de 1994; “Soldados assassinos”, da Corte Constitucional alemã (BverfGE 93, 266-312), julgado em 10 de outubro de 1995; “Romance Pornográfico”, também da Corte Constitucional alemã (BverfGE 83, 130), julgado em 27 de novembro de 1990; “Terminiello *versus* Chicago” (337 US 1), da Suprema Corte norte-americana, julgado em 16 de maio de 1949; “R.A.V. *versus* City of St. Paul” (505 US 377), da Suprema Corte, julgado em 22 de junho de 1992; “Texas *versus* Johnson” (491 U.S. 397), também da Suprema Corte norte-americana, julgado em 21 de junho de 1989; “Publicação cômica contra o povo judeu”, julgado pelo Tribunal Constitucional espanhol, sentença 176/1995, de 1995; “Schenck *versus* United States” (249 U.S. 47, 52), com o voto do Juiz Oliver Wendell Holmes Jr., proferido em 1919; “Virginia *versus* Black et al.”, da Suprema Corte dos Estados Unidos; e, finalmente, o caso “Jersild *versus* Dinamarca”, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em setembro de 1994.<sup>36</sup>

Na Questão de Ordem na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF, novamente através da lavra do ministro Gilmar Ferreira Mendes, ponderou-se a respeito da “*Roe versus Wade*”, da Suprema Corte dos Estados Unidos; de inúmeras decisões da Corte alemã e da Corte Constitucional italiana; da Constituição de Weimar; dos artigos 123, inciso I, e 178, inciso II, da Constituição de Bonn; do artigo 282, parágrafo 4º, da Constituição portuguesa de 1976; dos artigos 33, e 44, I, “A”, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol; do artigo 44, parágrafo 90, incisos I e II, da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã; do

capítulo 3, artigos 2213-1 a 2213-4, do livro 2 do Código de Saúde Pública da França; do artigo 140 da Lei Constitucional da Áustria; do artigo 134 da Constituição da Itália; e da Lei Constitucional de 9 de fevereiro de 1948, da Itália.

Todo esse esforço se deu, em parte, para demonstrar que a maior parte dos Estados constitucionais assegurava aos seus respectivos tribunais constitucionais competência para aferir a constitucionalidade das leis pré-constitucionais em face da Constituição vigente e, também, para reprochar uma introdução acrítica no ordenamento brasileiro da cláusula de subsidiariedade na forma como existe no direito alemão (recurso constitucional) e no direito espanhol (recurso de amparo), para fins de admissibilidade da arguição de preceito fundamental nos termos da Lei nº 9.882/99.

No mesmo caso, a ministra Ellen Gracie frisou o valor da comparação jurídica por se estar diante de um instituto novo, em boa parte influenciado pela experiência constitucional europeia, enquanto o ministro Carlos Veloso citou apenas a legislação francesa para demonstrar a complexidade do caso submetido à apreciação do STF.

A habitualidade com que o STF se mune da comparação não é, atualmente, confrontada pelos juristas atentos aos trabalhos do Tribunal. No tocante à doutrina, é importante frisar o constante uso de estudos estrangeiros nas decisões da Corte brasileira, especialmente os provenientes da ciência jurídica espanhola, alemã, italiana e francesa.<sup>37-38</sup>

Pode-se, assim, afirmar que o argumento comparado não é de modo algum ignorado pela prática judicativa. Pelo contrário, pois é explorado a fundo pelos juízes constitucionais de vários países, tendência da qual os juízes do STF não se afastam, ainda que neste a comparação não seja de fundo, isto é, não venha acompanhada da discussão sobre os alicerces contextuais da lei, do precedente ou da doutrina estrangeira. Respondida positivamente a pergunta acerca da disposição brasileira à comparação jurídica em sede constitucional, resta-nos aprofundar no exame dela e perscrutar um fundamento hábil para que se justifique o registro e a articulação, no bojo da fundamentação de uma sentença, de elementos de outras ordens jurídicas a respeito de uma questão constitucional.

## **6 UM FUNDAMENTO POSSÍVEL: A ABERTURA DE POSSIBILIDADES E O DIREITO COMPARADO COMO QUINTO ELEMENTO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO COMO CIÊNCIA DA CULTURA**

Antagonicamente, exige-se que a Constituição de um país se valha concomitantemente de duas pretensões: de estabilidade e de dinamicidade (CANOTILHO, 2003, p. 1.435).<sup>39</sup> Entretanto, tal antagonismo dilui-se à medida que se percebe que ele é apenas aparente, porquanto é muito desejável que a Constituição, na sua condição de ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade (HÄBERLE, 2003, p. 165), ofereça-se tanto à rigidez naquilo que a estrutura – a fim de garantir já aqui a sua



sobrevivência –, quanto à abertura ao futuro e às inevitáveis movimentações sociais, políticas e culturais – coroando o seu movimento de autoconservação.

Nessa sua condição de ordem aberta<sup>40</sup> é que assenta a noção da Constituição como ordem-quadro, de característica notadamente não exaustiva (CANOTILHO, 2003, p. 1.436), desenvolvida mediante processo público em uma sociedade aberta e favorável ao pluralismo social, econômico e político, tendo diante de si – e com a tarefa de assimilá-los – os fenômenos organizativos supranacionais, bem como a própria globalização, econômica e jurídica, aos quais se acrescenta a pluralidade cultural interna.

Nessa mesma senda, sabe-se que preceitos constitucionais, ainda que escritos em idênticos termos, não necessariamente têm o mesmo significado, variando tanto em razão do tempo quanto do espaço. A cultura parece ser, portanto, o elemento que explica essa variação. Por outro lado, as contribuições de cada comunidade, em cada etapa histórica, tendem a incorporar-se à cultura compartilhada, sem prejuízo de que cada conjunto social no exercício de interiorização das experiências exteriores o faça incluindo os seus próprios elementos específicos, gerando, com isso, novidades as quais se incorporam ao intercâmbio crescente de padrões culturais, o que torna os Estados constitucionais cada vez mais homogêneos e codeterminados, de maneira que eles podem ser concebidos como um produto multicultural (VALADÉS, 2003, p. xxxvi). Nesse diapasão, a cultura pode ser observada como verdadeiro fator constitutivo da Constituição (ZAGREBELSKY, 2006, p. 370).

Ademais, não se pode perder de vista que, segundo Häberle (*apud* MENDES, 2009) “*es gibt keine Rechtsnormen, es gibt nur interpretierte Rechtsnormen*. Interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública”.<sup>41</sup> Daí decorre a importância de melhorar a interpretação jurídica como elemento constitutivo da própria concretização constitucional.

E, por estarem os juízes vinculados a essa ordem viva, acreditamos que a função deles, especialmente daqueles que ocupam as posições cimeiras dos sistemas jurisdicionais dos países, é decisiva e preponderante para o reclamado processo de interpretação e densificação de regras e princípios constitucionais, bem como da própria evolução constitucional, o que pode ser levado a efeito especialmente através do direito comparado. De fato, independente do sistema invocado, compete ao Judiciário a função de intérprete supremo da Constituição (MAXIMILIANO, 2003, p. 255).

A leitura atenta da jurisprudência estrangeira confirma que os juízes nacionais têm, de fato, deixado de afivelar as máscaras de meros aplicadores da lei para se tornarem guias da dinamização da Constituição, dado que eles conservam na atualidade a última palavra em matéria de interpretação (COELHO, 1998, p. 188). A crise do constitucionalismo, na qual também se verifica uma relativização do estatismo em matéria de fontes do direito (HÄBERLE, 2003, p.128), lança luzes sobre a atuação

jurisdicional-constitucional em um tipo de Estado constitucional cultural cuja arma mais disseminada está a ser o direito comparado, em razão da sua vocação ao estabelecimento de comunicação entre as várias Constituições e à melhor apuração da decisão para o caso concreto (CANOTILHO, 2003, p. 1.214).

Para viabilizar a ideia de um Estado constitucional cultural, Häberle propõe, no que é apoiado por Pablo Lucas Verdú (1998), uma teoria da Constituição como ciência da cultura. É o próprio jurista alemão quem condensa em dez teses as ideias apresentadas em seu livro, cujo objetivo é apresentar as diretrizes para uma teoria constitucional apoiada na cultura (HÄBERLE, 2000).

A teoria da Constituição como ciência da cultura possui o mérito de primeiro ter compreendido a necessidade de pôr em causa os métodos tradicionais de estudo do direito constitucional, fomentando a necessidade de uma análise realista do novo papel dos juristas na sociedade contemporânea, globalizada, em particular a importância da jurisprudência dos tribunais constitucionais e dos processos de integração. A disciplina como produto da cultura característica de uma era se faz compreensível como “parte de la cultura” (HÄBERLE, 2003, p. 21), deixando no passado o seu entendimento como uma disciplina puramente técnica, o que permite identificar um novo modelo de Estado constitucional, diferente do Estado liberal do século XIX. Desafivelando-se do tecnicismo de outrora, a teoria da Constituição como ciência da cultura destaca métodos e princípios que se encontram em clara oposição ao conceito que considera a lei constitucional como voltada, sobretudo, para o estudo da hierarquia das fontes e para a reconstrução voluntarista da lei constitucional. A teoria cultural traz em consideração a evolução atual das Constituições liberais-democráticas (não apenas as europeias), observando os níveis textuais no sentido estrito (ou seja, as disposições das Constituições diferentes em vigor), mas sem olvidar da análise de tais sistemas em todas as manifestações da cultura, incluindo a filosofia, a literatura e a arte.

Abrem-se os critérios de interpretação, o que ocorre, na proposta de Häberle, à medida que a sociedade se mostra pluralista, negando a existência de *numerus clausus* de intérpretes constitucionais (HÄBERLE, 2003, p. 150), diante do que se afirma que, no atual estágio de desenvolvimento de muitos sistemas jurídicos nos quais se verificam sociedades abertas de intérpretes constitucionais, as Constituições representam o saldo de um processo plural, que não termina com a sessão de encerramento da Assembleia Constituinte, mas permanece constantemente aberto.

Segundo essa concepção, o círculo de intérpretes da Constituição deve ser amplo, com o fim de abarcar não somente as autoridades públicas e os intérpretes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais que de uma ou outra forma vivem a realidade constitucional (MENDES, 2009, p. 67). É por isso que afirma Häberle (2003, p. 150): “*quien vive la norma, también la interpreta*”.

Häberle (2003, p. 124) ressalta que na sociedade aberta de intérpretes da Constituição não é necessário enfatizar a noção dogmática de “fonte de direito”, por referir-se esta unicamente ao nível textual, devendo ser considerados todos os demais elementos que contribuem para a compreensão do desenvolvimento do direito constitucional contemporâneo, proporcionando um significado adequado aos diversos fenômenos concorrentes no processo de concretização constitucional, carecendo destacar o recurso aos clássicos considerados em seus contextos<sup>42</sup> e a referência às mesmas noções na memória dos constituintes e dos intérpretes da Constituição.

Ao adotar a visão de que o direito constitucional possui natureza não técnica, mas intimamente cultural, torna-se necessário destacar ser essa verdadeiramente uma escolha metodológica no estudo da disciplina. Häberle propõe, de fato, um uso mais significativo de textos e de seu conteúdo valorativo, a fim de compreender a dinâmica do direito vivo. Mas o autor considera ser preciso romper com os conceitos tradicionais com os quais a doutrina tem abordado os textos constitucionais. Os cânones de interpretação não devem ser manejados como uma técnica para buscar a vontade do constituinte, mas para fazer emergir conceitos de avaliação e as orientações culturais que se afirmam na sociedade contemporânea e que constituem a base de toda a legislação constitucional existente. Assim, a cultura revela-se na essência do direito constitucional e da Constituição, devendo esta, portanto, ser vista como uma expressão do estado cultural de um povo. Assim vistas as coisas, é óbvio que a Constituição não pode ser identificada mais como um ato estatal somente. As Constituições escritas revelam-se níveis textuais da cultura constitucional, com a consideração de ser a autêntica Constituição a Constituição viva.

A Constituição do Estado constitucional convola-se, assim, em uma Constituição integrada por numerosos elementos, sobrepondo-se a toda a dimensão cultural, atingindo até mesmo a tradicional doutrina acerca dos elementos do Estado.

Da leitura da doutrina que estabelece a noção cultural da Constituição, percebe-se o apreço por todas as culturas do planeta, não sendo ela de modo algum limitada às experiências constitucionais europeias, deixando transparecer uma preferência pela cultura política liberal-democrática que se funda sobre uma vinculação aos pressupostos valorativos e culturais da filosofia política ocidental, especialmente a alemã e em parte a norte-americana, assim como pelos clássicos que se aprofundaram nos valores culturais. Essa opção permite compreender o conteúdo do modelo de Estado constitucional que remete os juristas contemporâneos ao projeto de futuro para o mundo. Este seria um modelo em que concorreriam um elemento normativo, no sentido de um dever-ser que exige primeiramente a manutenção de algumas das realizações da cultura jurídica e política ocidentais, um elemento realista, em que se consideram as condições objetivas que limitam as ações dos protagonistas do direito constitucional, e, finalmente, um terceiro elemento, representado por aquilo que Häberle (2003, p. 301) chama de “pensamento das possibilidades”.

Este último, representativo de um pensamento constantemente aberto a alternativas, parece ser o mais significativo para a compreensão de todo o conceito de Constituição aberta. Trata-se de um elemento que remete à mesma noção de uma cultura jurídica que assume o pluralismo como princípio fundamental da ordem constitucional e ajuda a entender a normatividade constitucional a partir de um processo dialético de contínua transformação do direito constitucional, o qual permite à normalidade – realidade – se converter em normatividade e permite à norma se volver em normalidade.

Compreende-se, portanto, haver na teoria da Constituição como ciência da cultura um otimismo evolutivo acerca do direito constitucional, pautado na promessa de uma expansão gradual do modelo de Estado constitucional a partir da convicção de que tal modelo oferece uma noção mais aberta e pluralista da cultura constitucional, inspirado sempre por um reconhecimento da dignidade humana.

Importa sublinhar que tal concepção oferece uma leitura da experiência constitucional contemporânea em moldes não formalistas, subvertendo a tradicional primazia do Estado sobre a Constituição, atenta aos conteúdos valorativos dos desenvolvimentos mais atuais da disciplina, dando azo a reflexões sobre a cultura e a história constitucional sem pretensão de servir como condicionante dogmático, sendo ela verdadeiramente aberta ao futuro.

Vista a cultura como fator essencial para compreensão das experiências constitucionais, abre-se também o espaço para uma nova análise dos níveis textuais, agora de uma forma diferente daquela experimentada pela exegese positivista. Na teoria cultural, mostra-se imprescindível a consciência da importância da cultura para o direito constitucional, consciência essa que impede que se veja nos textos a única e verdadeira fonte de direito, garantindo menos rigidez e mais flexibilidade no trato constitucional, tudo como resultado da sociedade aberta de intérpretes constitucionais, na qual todas as opiniões, todas as correntes jurídicas (mesmo as das minorias) possuem significado jurídico. É por isso que a preferência é pela utilização da expressão fontes de direito pontuada por interrogações e entre *comillas* (HÄBERLE, 2003).<sup>43</sup>

Igualmente importante para a compreensão do novo tipo de Estado constitucional pluralista, a abertura às alternativas pressupõe um modo diverso de pensar a lógica jurídica e a argumentação. O pensamento das possibilidades se baseia na abertura às alternativas, ao que se opõe a lógica de um dever-ser absoluto: a dúvida é bem-vinda, favorece a possibilidade de pensar em função de alternativas contrárias a qualquer absolutismo e sempre aceita a possibilidade do “outro”. A consideração da alternativa deve ser real, o que exige do Estado constitucional o fornecimento de meios procedimentais para tanto.

Essa ideia da Constituição como realidade complexa, como processo aberto que se desenvolve em múltiplos níveis e garantidor da participação de um número cada

vez maior de pessoas, unida à convicção de que nenhuma ordem constitucional pode ser concebida hoje como uma estrutura fechada ao exterior, implica em alterações no próprio método de estudo da disciplina. Para tanto, o direito comparado aparece com toda a força para o estudo dos diferentes ordenamentos jurídicos, a fim de possibilitar a compreensão das diversas experiências jurídicas, fazendo ascender a imagem das trocas culturais e mudanças sociais no mundo contemporâneo.

O direito comparado aparece, assim, com mais importância do que a construção de um sistema jurídico geral de conceitos jurídicos o qual busque fornecer valores cuja essencialidade seja intangível, mormente quando se verifica que somente através da comparação e da análise histórica dos diversos valores constitucionais é que se alcança uma consciência da essencialidade. Com efeito, cotejar as experiências jurídicas no espaço é também uma maneira de pensar sobre o direito que se caracteriza por se manter aberto às alternativas, que não considera a ciência jurídica como um conjunto compacto de questões a propósito da vontade do legislador de um único país.

Com base nesse método interpretativo, Häberle insere nas suas construções a comparação dos textos normativos e apresenta indícios de um processo mais profundo de difusão da cultura constitucional e de alguns modelos constitucionais, mostrando também que a mera comparação de textos é ineficiente, clamando a imprescindibilidade de que se alcance uma fase ulterior de comparação constitucional substancial: os contextos culturais, o que permite ao autor designar a sua teorização como “ciência jurídica dos textos e da cultura” (HÄBERLE, 2003, p. 83).

Na sua obra, Häberle aprecia especialmente a riqueza das formas dos textos constitucionais, a multiplicidade das possíveis Constituições, a sua complexidade, inclusive a linguística e variedade de funções, insistindo em explicar o seu próprio método de estudo por não ignorar os riscos de que seu pensamento se alie a uma leitura com ares dogmáticos. Antes de tudo, o método comparado no Estado constitucional convida à reflexão sobre a diversidade dos sistemas jurídicos e o significado das experiências jurídicas, confrontando-os entre si, assim como intenta aprofundar a análise nos diversos contextos culturais como pano de fundo para a descoberta da razão das mudanças que sofrem as instituições (tanto no espaço quanto no tempo), reagindo ao desafio da proposição de uma Constituição que seja modelo único e universal.

A consideração do método comparado como quinto elemento de interpretação no Estado constitucional como marco metodológico se deve à conclusão de que aquele se apresenta como a via mediante a qual as diversas Constituições podem comunicar entre si, possibilitando que se adquira para cada uma e todas elas uma maior eficácia, em virtude da conformação do Estado constitucional (FERNANDÉZ SEGADO, 2003, p. XLIII).

Bem se vê, portanto, que a doutrina da teoria da Constituição com fulcro na ciência da cultura, para além de propor a teoria que embasa o seu pensamento, também

se preocupa com o procedimento que viabiliza a prática das suas postulações teóricas, oferecendo, com isso, não apenas o caminho epistemológico, mas também e, principalmente, a fórmula de reconhecimento do contexto real em que as conquistas teóricas da doutrina poderão ser vivenciadas.

Para Häberle (2003), a comparação jurídica deve ser praticada como comparação de culturas:

*Sin importar lo que se piense de la sucesión de los métodos tradicionales de la interpretación, en el Estado constitucional de nuestra etapa evolutiva la comparación de los derechos fundamentales se convierte en 'quinto' e indispensable método de la interpretación. (p. 162)*

Fernández Segado (2003), ao anotar que as reflexões científico-culturais oriundas do direito constitucional comparado podem servir, em parte, para esclarecer e justificar as diferenças e, também, para encontrar elementos comuns, observa que Häberle acredita que o comparativismo constitucional pode produzir frutos imensuráveis tanto no plano da exegese, das modificações pela interpretação, quanto na própria realidade circundante da Constituição. Segado registra que, dessa forma, o direito comparado de cunho científico-cultural se revela especialmente adequado na seara das políticas legislativa e constitucional, apresentando-se também como de grande utilidade no âmbito da simples interpretação do direito constitucional vigente (direito positivo).

É preciso ter em mente que a expressão direito comparado se refere, antes de tudo, a um modo de conceber o direito como experiência real baseada na consideração de suas possíveis alternativas, destacando uma atenção mais incisiva à historicidade de toda a construção do pensamento jurídico. Por outro lado, não se trata de estabelecer afinidades ideológicas entre ordenamentos constitucionais, mas sim de utilizar o método comparado para iluminar o significado valorativo dos diversos modelos institucionais, sem pretender anular a diversidade cultural entre os países. Pela teoria da cultura, é fundamental que se volte a uma comparação valorativa entre institutos, instrumentos conceituais, modelos de solução de controvérsias jurídicas, restabelecendo a exigência de um rigoroso estudo comparado dos diversos ordenamentos jurídicos, com o fim de aprofundar o significado da diversidade e das orientações valorativas. É útil a esse propósito realçar que o direito constitucional do nosso tempo tem, antes de tudo, a necessidade de manter abertas as expectativas que nutrem o próprio direito desde a Revolução Francesa: esperança, tolerância e responsabilidade (HÄBERLE, 1998).

Considerada a definição de Häberle de Constituição como espelho da herança cultural de um povo e fundamento de esperanças, ela pode representar um bom ponto de partida para a reflexão sobre a utilização do método comparado no direito

constitucional, já que pressupõe a renúncia a qualquer pretensão de imposição de uma única doutrina científica sobre a disciplina. Com base nisso, o jurista alemão ressalta que a amplitude dos direitos fundamentais não depende tanto dos enunciados textuais quanto do seu sucessivo desenvolvimento, indicando que os caminhos para a ampliação da tutela dos mesmos podem se dividir em uma via de ampliação da comparação no interior do próprio ordenamento e em outra na qual a comparação se volta à variedade dos exemplos dos demais Estados constitucionais.

A exigência de ter em conta métodos de estudo mais abertos e fundados no recurso à comparação de ordenamentos jurídicos se desenvolve sobre planos diferentes daquele de tipo lógico-dedutivo, já que a mesma ideia de comparação exclui a simplificação e a eliminação da diversidade, com também exclui a utilização de esquemas universais ou métodos formalistas no estudo do direito. Excluída está a adoção de qualquer dogma jurídico como absoluto e incontroverso, restando fundado o método comparativo na exigência de concretização que necessariamente o deve inspirar.

Comum a todos os Estados constitucionais, o tema dos direitos fundamentais postula uma identificação de tais direitos, o que constitui uma atividade cognitiva que repousa eminentemente nos juízes nacionais, realidade que só aumenta a utilidade dos estudos comparados para esses, não somente sobre os modelos argumentativos e sobre as categorias conceituais utilizadas pela jurisprudência, mas também para facilitar a percepção das diversas culturas jurídicas e antropológicas implicadas em cada um dos modelos de tutela dos direitos fundamentais.

Não se pode perder de vista que a consagração da comparação jurídica como quinto método de interpretação no contexto do Estado constitucional se revela como uma consequência histórica da própria doutrina da interpretação jurídica. Isso porque, se na Escola Histórica de Savigny era natural que o método histórico de interpretação tivesse lugar de destaque, da mesma forma se apresenta lógico que, no paradigma de uma teoria do Estado constitucional, o método comparativo se revele proeminente, considerando que ele constitui a via pela qual as diversas Constituições nacionais podem comunicar entre si, enriquecendo-se mutuamente e aumentando o leque de vias interpretativas.

Por fim, é importante registrar que o método comparativo, proposto como caminho metodológico adequado para a concretização das Constituições neste século recém iniciado, não implica em desconsideração das peculiaridades nacionais, em prol de uma ordem universal, mas exige a busca constante, de maneira aberta e sensível, do particular e do individual em contraponto com o paradigma do “outro”. O que fica dessa lição é que o excesso, a favor ou adversariamente à comparação jurídica, pode afastar o magistrado da conjuntura social, econômica e cultural em que se insere o dilema jurídico-constitucional em julgamento, evidenciando, com isso, a possibilidade de decisões “ruins” também sob o pálio da comparação.

Conclui-se, portanto, que a proposta häberliana de estudar mais a fundo o direito constitucional, fazendo referência aos seus contextos culturais, é de grande interesse para todos os juristas, indo ao encontro do Estado constitucional cultural. Da mesma forma, a proposta favorece o pensamento das possibilidades, a visão do outro, sendo importante frisar que, a partir de uma perspectiva comparada no ato interpretativo, os textos constitucionais poderão prover normas para a esperança, assegurando espaços para a tolerância, para as alternativas e para o pluralismo.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de a termos construído de uma forma nitidamente resumida e sem qualquer pretensão de sistematização,<sup>44</sup> entendemos que a exposição evidenciou o amplo respaldo de que goza a comparação jurídica na racionalidade das Cortes daqueles países unidos por um conceito ocidental de Constituição (SOARES, 1988). É necessário frisar que a realidade não se resume ao apresentado aqui, sendo experimentada em muitos outros tribunais que têm a função precípua de zelar pela ordem constitucional.<sup>45</sup>

Dos casos analisados, conclui-se que a comparação de direitos é muito mais utilizada e melhor trabalhada pelos tribunais português e sul-africano em relação ao que se constata da realidade brasileira e, em nível ainda maior, dos Estados Unidos, mas isso não retira qualquer valor à comparação jurídica e cultural para a evolução constitucional em tempos de Estado constitucional, comum a todos esses países.

No Brasil e nos Estados Unidos, o argumento comparado é, consoante os casos analisados, inservível a qualquer pretensão de vinculação da *ratio decidendi*, sendo manejado apenas no nível de *obiter dictum*, ou seja, constitui-se em um valioso reforço, mas complementar ou retórico. Portanto, o produto da comparação não perfaz o argumento nuclear da decisão. Ainda assim, a comparação tem altíssimo valor para a tarefa inesgotável de abertura do espírito a novas culturas e de expansão do horizonte cultural dos juizes, bem como para manter a abertura das possibilidades interpretativas da norma constitucional, fornecendo meios para sua própria evolução, o que permite concluir que, ainda que o juiz encontre inspiração no direito estrangeiro, no Brasil as razões persuasivas continuam atadas a fontes domésticas, de maneira que os argumentos provenientes da comparação influenciam a interpretação da lei constitucional, mas não de maneira a serem valorados como verdadeiramente decisivos para concretização da Constituição no âmbito judicial.

Quando manejado sabiamente pelas Cortes constitucionais, o argumento comparado põe-se em confronto com a realidade própria de cada país, mesmo no caso em que o direito estrangeiro detém supedâneo normativo para servir à interpretação/aplicação dos direitos fundamentais, como no caso sul-africano. Apesar disso, vimos como o recurso à comparação é mal visto nos Estados Unidos, enquanto nos



demais contextos, até mesmo no Brasil, os cultores da ciência jurídica parecem não se opor ao seu uso.

É certo também que o desenvolvimento dos meios de comunicação, trazendo consigo o rápido acesso a sentenças estrangeiras pela rede mundial de computadores, inclusive com mecanismos de pesquisa, facilitou sobremaneira a possibilidade de acesso a tais decisões, fazendo possível a elevação do número de casos e direitos estrangeiros trabalhados nas decisões dos tribunais. O amplo e cada vez mais considerável uso do argumento comparado pelos tribunais constitucionais dos países ao redor do mundo parece ser corolário do Estado constitucional cultural, forma de Estado que – em sequência natural do Estado de Direito e do Estado Social – emerge primeiramente no âmbito da experiência constitucional europeia no período do pós-guerra e se afirma em um contexto que conduz ao nascimento, em sucessão temporal, depois de 1945, das Constituições francesa, italiana, alemã, portuguesa, espanhola e, mais recentemente, de vários países do leste europeu, sendo que todas essas se juntam às de outros países, a exemplo da Constituição norte-americana e da brasileira, assinalando uma conotação comum, segundo um modelo pautado no liberalismo democrático, na tutela dos direitos fundamentais e da liberdade.

Nesta senda, a comparação jurídica e cultural em tempos de Estado constitucional serve para “abrir a mente e o espírito” e o horizonte cultural do magistrado encarregado de zelar pela Constituição, bem como para franquear a abertura das possibilidades de interpretação e aplicação da norma constitucional, fornecendo meios para sua própria evolução. Importante também é a consideração da tendência de que nesse tipo de Estado constitucional certos valores, particularmente no campo dos direitos humanos, têm se afirmado em nível transnacional, quando não global. Nesse sentido, a comparação operada pela jurisdição constitucional contribui muito para o fenômeno da extensão e da uniformização da garantia dos direitos fundamentais, e, ainda que a comparação forneça parâmetros para aprofundar os argumentos trabalhados em um determinado tipo de conflito de direitos fundamentais, que muitas vezes são comuns à sociedade ocidental como um todo, é prematuro afirmar que haja, neste momento, tendência à convergência jurisprudencial.

Enfim, vimos como é exigível do jurista de hoje um esforço – consciente – de compreensão das possibilidades fornecidas pela comparação jurídica, o que ilide qualquer tentativa desavisada de querer “parar o vento com as mãos” e negar a importância dela para a própria evolução constitucional.

: ARTIGO APROVADO (18/06/2010) : RECEBIDO EM 20/02/2010

**NOTAS**

1 À exceção do Supremo Tribunal Federal, em relação ao qual a pesquisa concentrou-se no seu sítio virtual na rede mundial de computadores, haja vista a tentativa, sem sucesso, de encontrar discussões mais desenvolvidas em textos científicos, em todos os demais tribunais abordados neste estudo as decisões analisadas foram obtidas com apoio na doutrina, nomeadamente a obra coletiva *Corti nazionali e comparazione giuridica*, de Ferrari e Gambaro, a qual serviu também de estímulo científico para aproximar o temário da comparação de direitos à realidade brasileira.

2 Não se trata, como visto, de uma abordagem àquilo que a comparação fornece como metodologia de estudo da disciplina direito constitucional, inquestionavelmente importante e frutífera, mas sim no que propõe – e nas dúvidas que alimenta – em relação à aplicação de decisões e outros juízos às decisões judiciais dos Tribunais constitucionais.

3 É preciso reconhecer a histórica problemática acerca da denominação desse ramo do saber jurídico. Neste estudo, adota-se a expressão direito comparado, sem prejuízo do uso de outras ao longo do texto e sem a intenção de tomar partido da discussão que há tempos ocupa os cultores da comparação jurídica, tal como relatado no estudo de Dantas (1997).

4 Está registrado na obra histórica de Sarfatti (1945, p. 215) o objetivo do direito comparado voltado para a unificação internacional do direito privado. No mesmo sentido, Dantas (1997, p. 243 e s.) mostra que a preocupação com a unificação do direito era frequente na discussão dos comparativistas no tocante à função da disciplina.

5 Dantas (1997, p. 242) acompanha Caio Mário da Silva Pereira para afirmar que o direito comparado não é somente um método, mas ciência.

6 Miranda (2002, p. 651) ensina que “uma clara consciência do interesse ou do interesse específico da interpretação constitucional não surgiu (como não surgiria acerca de outras questões) durante a maior parte do século XX. Apareceu mais tarde, quando [...] se avançou no esforço de construção dogmática dos sistemas constitucionais”.

7 Todos esses países conectam-se ao “conceito ocidental de Constituição” (SOARES, 1986), resultado da evolução de uma concepção – ainda que meramente ideal, o que não significa desprestígio à sua função paradigmática – de “Constituição moderna”, cujas dimensões fundamentais incorporam a) a ordenação jurídico-política plasmada num documento escrito; b) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e suas garantias; c) organização do poder de forma a limitá-lo e moderá-lo. A recolha dos ordenamentos jurídicos deste estudo, apesar de denotar certa aleatoriedade, seguiu limitada por essa concepção paradigma. Além disso, também contribuíram o recente destaque conferido pela doutrina ao texto constitucional sul-africano, a notória importância do constitucionalismo norte-americano e a aproximação científica do autor à ciência jurídico-constitucional lusitana.

8 Aprovada a Lei do Tribunal Constitucional, Lei nº 28/82, somente em 31 de maio de 1982 ano que o Tribunal viria a proferir o seu primeiro acórdão.

9 Influenciado pelos estudos da doutrina portuguesa, que sempre se manteve atenta aos desenvolvimentos científicos e doutrinários das principais tradições jurídicas ocidentais, bem como pela própria origem acadêmica de grande parte dos juízes constitucionais.

10 Cfr. Romano Orrú (2006, p. 11), esse ordenamento é visto como “poroso e particularmente exposto aos influxos externos”.

11 O artigo 16, item 2, da Constituição da República Portuguesa afirma que: “Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”. No nosso entender, tal exigência demonstra a abertura do Estado português à comparação, mas não importa na consideração obrigatória desta como um dos seus pressupostos. Também neste aspecto cumpre assinalar que o Código Civil português, em seu artigo 9º, reproduz preceito atinente à interpretação da lei voltado somente à busca do pensamento legislativo.

12 Orrú (2006, p. 22 e s.) avalia o *modus procedendi* dos juízes portugueses no trato do argumento comparado. Algumas vezes a atenção ao direito comparado se manifesta de forma fugaz e sumária (mera citação), outras de modo analítico (a fim de explicar os possíveis *inputs* judiciário, normativo e doutrinário, a exemplo do Acórdão nº 288/98, ou

quando a maior parte da motivação vem explicitamente composta pelo Direito comparado, como o Acórdão n° 479/94). Às vezes, há um manejo mais cuidadoso do TCP, a partir da seleção de elementos externos com quadro constitucional semelhante ao português. Há casos em que o TCP não demonstra muita exigência técnica, tal como no Acórdão n° 589/04, no qual, sem a mínima prudência classificatória ou justificação teórica, mencionou normas da Carta canadense, da Espanha, Rússia, Bolívia, Itália, Brasil, Chile, Bélgica e Finlândia (ORRÚ, 2006, p. 24–5) acerca da liberdade de associação.

13 É o que se confirma a partir da transcrição de parte do acórdão Acórdão n° 121/79, p. 12: “tendo presente os dados doutrinários e de direito comparado carreados para os autos, importa decidir a questão de constitucionalidade suscitada pelo recorrente”.

14 Acórdão n° 301/06.

15 É o que se verifica da leitura do Acórdão n° 607/03, *verbis*: “Considera-se não ser despendendo dedicar alguma atenção ao tratamento jurisprudencial e dogmático que os casos diários mereceram na Alemanha, referindo-se em particular a discussão do problema no âmbito da jurisdição constitucional germânica, dado reconhecer-se, com fundamento, a ‘afirmação da proximidade’ ou ‘a sobreposição substancial’ entre o direito português e o alemão”.

16 Advoga-se que a Constituições de Brasil e de Portugal dividem a mesma filosofia.

17 A verificação do uso intenso do direito internacional pelo Tribunal Constitucional português e nos demais surgiu como resultado não almejado – embora bem-vindo – da pesquisa. Com efeito, a carga normativa do Direito internacional demandaria investigação própria, muito além dos limites do presente estudo, que foi voltado à interpretação-concretização do texto constitucional mediante aplicação de um método – ou disciplina – específico, o direito comparado. Trata-se, a rigor, de campos de estudo distintos entre si, com efeitos também particulares em relação aos sistemas jurídicos.

18 Slaughter (2003, p. 199) observa que a Corte Suprema estadunidense, acostumada em ser “*source*” para tribunais estrangeiros, caminhou a partir da década de 1980 no sentido de se tornar também “*borrower*”.

19 521 US 898, (1997), n° 95-1478 e n° 95-1503.

20 Segundo Delahunty e Yoo (2005, p. 292 e s.), o Juiz Breyer é explícito defensor do uso do direito estrangeiro, assim como os juízes Stevens, O’Connor e Ginsburg.

21 A teorização se deve a Sheppele (2003), no estudo acerca das influências constitucionais cruzadas a partir de modelos negativos.

22 73 USLW 4.153 (2005), n° 03-633.

23 Em primeiro lugar, a “Reaffirmation of American Independence Act” (H.R.Res. 97, 109th Congr. 2005) e depois o projeto denominado “Constitution Restoration Act” (S.520, 109th Congr. 2005 e H.R. 1070, 109th Congr. 2005), este último prevendo até o *impeachment* no caso de descumprimento.

24 “*When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum: (a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; (b) must consider international law; and (c) may consider foreign law.*”

25 Decidiu-se que o ônus da prova seria da acusação, e não do acusado, tendo o Tribunal observado que a jurisprudência colacionada à decisão, oriunda da Corte Suprema dos Estados Unidos, da Corte canadense, do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, entre outros, provém de tribunais de sociedades abertas e democráticas e estava a indicar que o ônus reverso no caso debatido não era de forma alguma incomum e não era, necessariamente, inconstitucional.

26 Rinella (2006, p. 401) observa que no caso “Zuma *versus* Estado” pode ter havido uma certa vinculação, mas isso não se constituiu em tendência no Tribunal sul-africano.

27 A superação do período de *déficit* democrático trouxe consigo a dúvida acerca da capacidade dos magistrados de assimilarem prosperamente o cumprimento da nova cultura constitucional, o que também foi sentido em Itália, Portugal, Alemanha, entre outros países, suscitando, por exemplo, o tema da “Constituição não atuada”.

28 Observa Rinella (2006) que o objetivo do Tribunal não é imitar um modelo estrangeiro de proteção dos direitos fundamentais, mas fomentar a construção de uma democracia em que os valores constitucionais são estabelecidos e interpretados à luz do seu peculiar sistema jurídico, da história e das condições sociais que constituem o pano de fundo da Constituição da África do Sul e que devem ser constantemente mantidos em conta pelo mesmo.

29 Segundo Rinella (2006), muitos dos juízes que já passaram pelos quadros judicantes da Corte sul-africana completaram seus períodos de estudo jurídico em universidades de outros países, além de participações em seminários e outros eventos que facilitaram a ocorrência da aludida “*attrezzatura culturale*”.

30 A recolha dos julgados que substancializaram a presente análise foi feita através da rede mundial de computadores no sítio do próprio Tribunal. A pesquisa, realizada no mês de janeiro de 2010, teve como parâmetro as seguintes expressões completas e entre aspas: “direito comparado” (sessenta resultados), “argumento comparado” (nenhum resultado), “comparação jurídica” (nenhum resultado), “comparação de/entre direitos” (nenhum resultado) e “direito estrangeiro” (oito resultados). Além disso, foram compulsados os votos e acórdãos dos casos mais polêmicos julgados recentemente pelo STF.

31 A análise quantitativa do resultado da pesquisa indica que são esses os magistrados em exercício que mais comumente fazem uso da comparação em seus votos. É interessante perceber que a atenção constante à comparação entre direitos parece se conectar às respectivas formações acadêmicas dos magistrados, uma vez que todos os ministros mencionados como mais afeitos à comparação têm anotados em seus currículos publicados no sítio do Tribunal momentos de vivência cultural e jurídica em outros países.

32 Destaca-se entre os resultados da consulta textual ao sítio do STF o grande emprego da comparação no julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade, as quais representam cerca de 40% dos casos apurados, seguido pelas questões de ordem em ação penal, *Habeas Corpus*, mandados de injunção e outros.

33 A decisão mais antiga apurada pela pesquisa foi julgada em 1977, pelo então ministro Dajci Falcão, a propósito de um pedido de extradição formulado pelo Governo Suíço contra Raphael Patrola (Pedido de Extradição nº 336). Por outro veio, a maioria das ementas respondidas pela pesquisa textual datam de 1999 em diante e abordam os casos mais polêmicos decididos pelo STF, a exemplo da questão dos fetos anencéfalos, poderes da fiscalização tributária e policial em cotejo com os direitos e as garantias individuais e, mais recentemente, o julgamento da ação popular sobre a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, julgado em 19/03/2009.

34 Mandado de Injunção nº 708/DF, julgado em 25/10/2007.

35 *Habeas Corpus* nº 82424/RS, julgado em 17/09/2003.

36 Entre outros motivos, a citação dos referidos elementos do direito estrangeiro serviu para a conclusão de que o conceito de racismo previsto na Constituição Federal de 1988 contempla a prática de antisemitismo, conclusão essa estampada no voto-vista do ministro Gilmar Mendes. É provável que tenha sido este o caso em que o elemento comparado se fez mais presente na história constitucional brasileira recente.

37 Todas as decisões indexadas pela instituição e publicadas no sítio virtual são acompanhadas de um campo específico junto à ementa denominado “doutrina”, no qual são citadas as obras científicas que confluíram para o julgamento. Esse instrumento, além de haver tornado menos árdua tanto a pesquisa quanto a apuração dos resultados, permitiu obter um resultado quantitativo acerca da origem dos estudos sobre os vários direitos “nacionais” que mais marcadamente assomam para as decisões da Corte brasileira.

38 Qualitativamente, a análise dos textos suscitados nos julgamentos dos ministros brasileiros demonstra que a maioria das citações se refere a obras que abordam a problemática dos direitos fundamentais e, em maior parte, sobre a Teoria da Constituição, além de obras sobre teorias gerais do direito e direito penal.

39 Häberle (2003, p. 125) fala em equilíbrio, no tempo, entre continuidade e mudança, entre estabilidade e flexibilidade, a permitir a conservação do Estado constitucional no curso temporal.

40 Pensamos também na revisão das funções da Constituição realçada por Canotilho (2003, p. 1.450), mirando a função de inclusividade multicultural no bojo de uma sociedade multicultural.

- 41 Tradução livre: “Não existe norma jurídica senão norma jurídica interpretada”.
- 42 É importante destacar que até a noção do que é clássico é relativizada na sociedade aberta de intérpretes: “Nosotros somos el sujeto de referencia de los clásicos” (HÄBERLE, 2003, p. 48).
- 43 Termo do idioma espanhol. Em tradução livre: aspas.
- 44 Referimo-nos ao exame por nós levado a efeito da jurisprudência do STF que transcorreu apenas para fins demonstrativos de uma tendência.
- 45 Vide FERRARI e GAMBARO, *Corti nazionali e comparazione giuridica* (Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006).

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism. *Virginia Law Review*, v. 83, n. 4, maio 1997, p. 771–97.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 2. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais do poder. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 138, abr-jun 1998, p. 185–91.
- DANTAS, Ivo. Direito Comparado como Ciência. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 134, abr-jun 1997, p. 231–249.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1989.
- DELAHUNTY, Robert J.; YOO, John. Against Foreign Law. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 29, n. 1, 2005, p. 291–330.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. In: HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Tradução de Joaquín Brage Camazano. Madri: Dykinson, 2003.
- FERRARI, Giuseppe Franco. La comparazione giuridica nella giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti d’America. In: FERRARI, Giuseppe Franco; GAMBARO, Antonio (Orgs.). *Corti nazionali e comparazione giuridica*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.
- HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madri: Minima Trotta, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Tradução de Emilio Mikunda. Madri: Tecnos, 2000.
- KOH, Harold H. International Law as part of our Law. *The American Journal of International Law*, v. 98, n. 1, jan. 2004, pp. 43–57.
- LUCASVERDÚ, Pablo. *Teoría de la constitución como ciencia cultural*. 2. ed. Madri: Dykinson, 1998.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 2. Brasília: IDP, 2008/2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 15 dez. 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira. La construcción de un derecho común iberoamericano. Consideraciones en homenaje a la doctrina de Peter Häberle y su influencia en Brasil. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ano 6, n. 11, jan.-jun. 2009, pp. 65–86.
- ORRÚ, Romano. La giustizia costituzionale e il paradigma comparato: l’esperienza portoghese. In: FERRARI, Giuseppe Franco; GAMBARO, Antonio (Orgs.). *Corti nazionali e comparazione giuridica*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.
- RINELLA, Angelo. La Corte costituzionale del Sudafrica: il contributo del diritto comparato al consolidamento della democrazia. FERRARI, Giuseppe Franco; GAMBARO, Antonio (Orgs.). *Corti nazionali e comparazione giuridica*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.
- SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. São Paulo: RT, 2001.

- SARFATTI, Mario. *Introducción al estudio del Derecho Comparado*. México: Imprenta Universitaria, 1945.
- SHEPPELE, Kim Lane. Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-constitutional Influence through Negative Models. *ICON*, v. 296, n. 1, 2003.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. *Harvard International Law Journal*, v. 44, n. 1, 2003, p. 191–220.
- SOARES, Rogério Ehrhardt. O Conceito Ocidental de Constituição. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, n. 119, 1986.
- TUSHNET, Mark. The Possibilities of Comparative Constitutional Law. *Yale Law Journal*, v. 108, n. 6, abr. 1999, pp. 1225–1309.
- VALADÉS, Diego. Prólogo. In: HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. Stato costituzionale. In: VALADÉS, Diego; CARBONELL, Miguel (Coords.). *El Estado constitucional contemporáneo*. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Tomo 2. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

*Gustavo Vitorino Cardoso*

Avenida Brasil, n. 3460  
Bairro Brasil – 38400-718  
Uberlândia – MG – Brasil  
[gvc.pesquisa@gmail.com](mailto:gvc.pesquisa@gmail.com)

MESTRANDO EM DIREITO CONSTITUCIONAL NA  
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

## A COMPENSAÇÃO AMBIENTAL PREVISTA PELO SISTEMA NACIONAL DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO (SNUC): A ADI Nº 3.378 E O DECRETO Nº 6.848/09

*José Marcos Domingues e Júlia Silva Araújo Carneiro*

THE ENVIRONMENTAL COMPENSATION CONCERNING THE NATIONAL SYSTEM OF CONSERVATION UNITS ("SNUC"): THE UNCONSTITUTIONALITY ACTION ADI N. 3,378 AND THE DECREE N. 6,848/09

### RESUMO

O TRABALHO TRAÇA A TRAJETÓRIA DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL INSTITUÍDA PELA LEI DO SISTEMA NACIONAL DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO (SNUC), DA SUA CRIAÇÃO, PASSANDO PELO JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI Nº 3.378/DF (QUE A JULGOU PARCIALMENTE INCONSTITUCIONAL, COM REDUÇÃO DE TEXTO), ATÉ A ÚLTIMA REGULAMENTAÇÃO DA MATÉRIA PELO PODER EXECUTIVO (DECRETO Nº 6.848, DE 2009), PRETENSAMENTE EM CONSONÂNCIA COM A DECISÃO DA CORTE. DA ANÁLISE DESTES DECRETOS, DEPREENDE-SE QUE FORAM PREVISTOS CRITÉRIOS PARA O CÁLCULO DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL OS QUAIS, NA VERDADE, RETOMAM A NOÇÃO DE PERCENTUAL E VÍNCULO AO CUSTO DO EMPREENDIMENTO IMPACTANTE, EM AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA PELO STF, CONFIGURANDO VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DE PODERES. POR OUTRO LADO, A NOVA REDAÇÃO DO ART. 31 DO REGULAMENTO ANTERIOR, INTRODUZIDA PELO DECRETO CITADO, PREVÊ A COMPETÊNCIA DO IBAMA, ÓRGÃO FEDERAL DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL, PARA A FIXAÇÃO DO VALOR DA COMPENSAÇÃO, DAÍ SE DEDUZINDO QUE APENAS AOS EMPREENDIMENTOS SUJEITOS A LICENCIAMENTO PELO IBAMA, NO EXERCÍCIO DE COMPETÊNCIA FEDERAL EXCLUSIVA, PODERÁ SER APLICADA A COMPENSAÇÃO AMBIENTAL. EM SÍNTESE, ESTE ENSAIO ANALISA AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO DECRETO Nº 6.848/09, ASSIM COMO SUSTENTA A NATUREZA TRIBUTÁRIA DA COMPENSAÇÃO SNUC, AINDA NÃO DEBATIDA PELO STF, MAS QUE NÃO DEVE SER OLVIDADA.

### PALAVRAS-CHAVE

COMPENSAÇÃO AMBIENTAL; COMPENSAÇÃO SNUC; REGULAMENTAÇÃO; MEIO AMBIENTE; IMPACTO AMBIENTAL.

### ABSTRACT

THE WORK FEATURES THE ENVIRONMENTAL COMPENSATION ESTABLISHED BY THE LAW ON THE NATIONAL SYSTEM OF CONSERVATION UNITS (SNUC), SINCE ITS CREATION, THE SUPREME COURT RULING OF THE UNCONSTITUTIONALITY DIRECT ACTION-ADI Nº 3.378/DF (THAT DECLARED ITS PARTIAL UNCONSTITUTIONALITY WITH TEXT REDUCTION), AND THE LAST REGULATION ON THE MATTER BY THE ADMINISTRATION AS PER DECREE Nº 6.848/09, INTENDED TO BE IN HARMONY WITH THE SUPREME COURT DECISION. FROM THE ANALYSIS OF THE DECREE, WE CAN INFER THAT SOME STANDARDS SET FOR THE ENVIRONMENTAL COMPENSATION CALCULATION, IN FACT RETAKE THE NOTION OF A PERCENTAGE RELATED TO THE COST OF THE BUSINESS IMPACTING THE ENVIRONMENT, THEREBY VIOLATING THE SUPREME COURT DECISION AND THE PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS. ON THE OTHER SIDE, THE NEW TEXT OF ART. 31 OF THE PREVIOUS REGULATION, AS AMENDED BY DECREE Nº 6.948 PROVIDES FOR THE COMPETENCE OF IBAMA (THE FEDERAL ENVIRONMENTAL AGENCY) FOR DETERMINING THE COMPENSATION AMOUNT, SO THAT ONE MAY CONCLUDE THAT ONLY BUSINESSES THAT DEPEND ON IBAMA'S LICENSING (ACTING ON THE EXERCISE OF ITS EXCLUSIVE FEDERAL COMPETENCE) MAY BE LIABLE FOR THE ENVIRONMENTAL COMPENSATION. SUMMING UP, THE TEXT ANALYZES THE INNOVATION INTRODUCED BY DECREE Nº 6.848 AND ALSO ADVOCATES THE JURIDICAL NATURE OF A TAX FOR THE SNUC COMPENSATION, WHICH SO FAR HAS NOT BEEN TESTED BY THE SUPREME COURT, ALTHOUGH IT SHOULD NOT BE NEGLECTED.

### KEYWORDS

ENVIRONMENTAL COMPENSATION; SNUC COMPENSATION; REGULATION; ENVIRONMENT; ENVIRONMENTAL IMPACT.

## INTRODUÇÃO

A Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), previu, em seu artigo 36, uma compensação ambiental devida por ocasião do licenciamento ambiental de empreendimentos que causem significativo impacto ambiental, ou seja, sempre que houver a necessidade da realização de estudo de impacto ambiental e o relatório de impacto ambiental (EIA/RIMA), conforme preceitua o artigo 225, §1º, IV, da Constituição Federal. Em sua redação original, assim estabelecia o artigo da Lei 9.985/00:

Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório – EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.

§ 1º O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento.

§ 2º Ao órgão ambiental licenciador compete definir as unidades de conservação a serem beneficiadas, considerando as propostas apresentadas no EIA/RIMA e ouvido o empreendedor, podendo inclusive ser contemplada a criação de novas unidades de conservação.

§ 3º Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento a que se refere o *caput* deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo.

Desse modo, a Lei nº 9.985/00 estabeleceu que o empreendedor possui o dever legal de apoiar a implantação e a manutenção de unidade de conservação de proteção integral, através de uma quantia a ser paga a título de compensação, que, conforme o artigo 36, § 1º, não seria inferior a 0,5% do custo total do empreendimento. No entanto, não obstante a previsão de um valor mínimo a ser devido, não houve a fixação de um percentual máximo, tendo em vista que este seria definido pelo órgão ambiental, segundo o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento.

Em seguida, o Decreto nº 4.340, de 22 de agosto de 2002, veio regulamentar a Lei nº 9.985/00 e, em seus artigos 31 a 34, estabeleceu diretrizes a serem



seguidas para o pagamento da compensação ambiental. Originalmente, previa o artigo 31 que:

[...] para os fins de fixação da compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei nº 9.985, de 2000, o órgão ambiental licenciador estabelecerá o grau de impacto a partir dos estudos ambientais realizados quando do processo de licenciamento ambiental, sendo considerados os impactos negativos, não mitigáveis e passíveis de riscos que possam comprometer a qualidade de vida de uma região ou causar danos aos recursos naturais [...]

Sendo certo que, em seu parágrafo único, estabeleceu que a fixação dos percentuais se daria gradualmente, a partir de 0,5% dos custos totais para implantação do empreendimento, considerando-se a amplitude dos impactos gerados.

Nesse contexto, em 16 de dezembro de 2004, foi ajuizada pela Confederação Nacional das Indústrias (CNI) a ADI nº 3.378, para impugnar o artigo 36 da Lei 9.985/00 e seus §§ 1º, 2º e 3º, alegando, para tanto, que esses dispositivos feririam os princípios da legalidade, da separação de poderes, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Em 2005, a redação do *caput* do artigo 31 do Decreto nº 4.340/02 foi alterada pelo Decreto nº 5.566, de 26 de outubro de 2005, que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 31. Para os fins de fixação da compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei nº 9.985, de 2000, **o órgão ambiental licenciador** estabelecerá o grau de impacto a partir de estudo prévio de impacto ambiental e respectivo relatório – EIA/RIMA realizados quando do processo de licenciamento ambiental, **sendo considerados os impactos negativos e não mitigáveis aos recursos ambientais.** (Grifos nossos)

Como se depreende da leitura do dispositivo, houve supressão da expressão “passíveis de riscos que possam comprometer a qualidade de vida de uma região ou causar danos aos recursos naturais”, que, de acordo com o artigo 31 do Decreto nº 4.340, de 2002, integrava o conceito de impacto ambiental para fins de pagamento da compensação. O novo texto parecia ampliar as lindes da competência do órgão ambiental para fixar a compensação.

Logo após, em 13 de fevereiro de 2006, foi concedida liminar em agravo<sup>1</sup> em mandado de segurança pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, limitando a aplicação do percentual em relação à compensação ambiental em 0,5% para todos os empreendimentos passíveis de causar significativo dano ambiental. Em razão disso, em 15 de fevereiro de 2006, foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal a Suspensão

de Segurança nº 2.875, pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), alegando a legitimidade da fixação do percentual mínimo de 0,5% e, além disso, a ocorrência de grave lesão à ordem e à economia pública.

Em 5 de abril de 2006, antes da apreciação da Suspensão de Segurança pelo STF, foi editada a Resolução CONAMA nº 371, que fixou o valor da compensação ambiental em 0,5% dos custos previstos para a implantação do empreendimento, até que o órgão ambiental estabelecesse e publicasse metodologia para definição do grau de impacto ambiental (artigo 15). Assim, a resolução deu tratamento igual a todos os empreendimentos, sem considerar o grau de impacto ambiental causado pelos mesmos, acatando, na prática, o pleito do Mandado de Segurança deferido liminarmente pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região e objeto de pedido de Suspensão de Segurança.

Observe-se que, em 7 de abril de 2006, a presidência do STF houve por bem acolher a Suspensão de Segurança, deixando em vigor o percentual mínimo de 0,5%, de acordo com o artigo 36 da Lei nº 9.985/00, apesar de a matéria já restar a rigor prejudicada, em virtude do tratamento em sentido contrário despendido pela autoridade normativa ambiental, através da Resolução CONAMA supracitada.

Dado esse quadro, voltemos ao exame da ADI nº 3.378. Em sessão de 9 de abril de 2008, o Tribunal Pleno do STF julgou, por maioria, parcialmente procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade da expressão “não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais para implantação do empreendimento”, prevista no § 1º do artigo 36 da Lei nº 9.985/00. O valor da compensação, desse modo, deverá ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, em consonância com o EIA/RIMA, quando serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, nos termos da decisão do STF.

Verifica-se que o V. acórdão do STF inadmitiu a vinculação da base de cálculo da compensação ambiental ao custo total do empreendimento, haja vista que o montante de recursos há de ser compatível e proporcional ao grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento. Sendo assim, o texto legal passou a ser: “o montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade, sendo fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento”.

Essa decisão se encontra atacada por Embargos de Declaração opostos por ambas as partes litigantes – Confederação Nacional da Indústria, autora, e Presidente da República, réu –, com pedido de efeitos modificativos do resultado do julgamento.

## **I QUESTÃO PRELIMINAR: A NATUREZA TRIBUTÁRIA DA COMPENSAÇÃO SNUC**

A compensação SNUC, como visto anteriormente, está positivada como uma prestação pecuniária obrigatória, devida ao Estado por empreendedores cujos

empreendimentos sejam considerados, pelo órgão ambiental competente, de significativo impacto ambiental.

Assim, como hoje configurada, a hipótese em que é devido esse *apoio financeiro* ao Estado recai na definição de tributo do artigo 3º do Código Tributário Nacional (CTN), que tem *status* de lei complementar, não podendo ser derogado pela Lei Ordinária nº 9.985/00. Prescreve o CTN, consolidando a doutrina universal a respeito, que “toda prestação pecuniária, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada por atividade administrativa permanente vinculada” é tributo.

Ora, a obrigação *ex lege* não deriva de uma ilicitude, pois o empreendedor atua na chamada “zona de tolerância”, que se situa a meio caminho da “zona livre” e da “zona proibida” de utilização da natureza (HERRERA MOLINA, 2005). Aliás, a Lei do SNUC invoca como seus fundamentos os incisos I, II, III e VII do artigo 225, § 1º, da Constituição Federal, e não o § 3º desse dispositivo, que é aquele que funda o combate, por meio de sanções e reparações de danos causados, à ilicitude ambiental.

Desse modo, por se tratar de perda ambiental não mitigável, gerada pela ação lícita do empreendedor, objeto de licenciamento administrativo ambiental, não se pode falar em *indenização* de dano. Ademais, não se olvide que indenização só pode ser devida pela ocorrência de um dano real, efetivo. No entanto, a Lei do SNUC institui a necessidade de pagamento prévio, em dinheiro, em contemplação a um dano meramente potencial, não ocorrido, razão pela qual a sua natureza jurídica não pode ser considerada indenizatória, como é defendido por alguns (RODRIGUES, 2007).

Ora, a compensação SNUC é uma prestação legalmente obrigatória em dinheiro (obrigação de apoiar), não sendo destinanda a punir ilicitude, restando evidente, assim, a sua natureza jurídica de tributo.

Nesse sentido, a natureza tributária da compensação ambiental foi proposta pelo *amicus curiae* na ADI nº 3.378, o Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás (IBP). Contudo, esse tema fundamental trazido aos autos pelo IBP não foi sequer discutido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI, assim como não houve a apreciação da proposta feita pela Autora quanto à natureza jurídica indenizatória da compensação, devendo a omissão, desse modo, ser sanada de ofício pelo Tribunal, ao reavaliar a decisão embargada.

Ademais, a par de sua natureza genérica tributária, a compensação SNUC apresenta-se como imposto, tendo em vista que recai na respectiva definição doutrinária, positivada no artigo 16 do CTN, isto é, uma obrigação tributária que tem por “fato gerador uma situação independente de qualquer atuação estatal específica, relativa ao contribuinte”. Em verdade, o fato gerador da compensação ambiental é um *fato do contribuinte*, qual seja, presumidamente causar degradação ambiental em função de um empreendimento. Além disso, a atuação estatal, no caso, faz-se em prol da comunidade, e não em face do empreendedor-contribuinte.

Essa última verificação permite afirmar também que a compensação em questão não se apresenta como Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE), como defendido por parte da doutrina (GUERRA, 2005), porque não há grupo particular (“categoria específica de usuários”) ao qual se estenda um benefício específico ou ao qual se dirija uma especial atuação estatal, pois esta consiste na criação de uma unidade de conservação que será usufruída por toda a população.

Trata-se, portanto, de típico imposto inominado, novo, que teria por fato gerador um significativo impacto ambiental ou a implantação de empreendimento que gere significativo impacto ambiental; em suma, a atividade contaminante, não mitigável (DOMINGUES, 2007). No direito constitucional tributário brasileiro, tal situação recai na competência residual de que trata o artigo 154, I, da Carta Magna, e, não possuindo “fato gerador ou base de cálculo próprios dos [impostos] discriminados” na Constituição, a compensação SNUC deveria ter sido prevista em Lei Complementar, o que não foi feito, dando-se assim a inconstitucionalidade formal do artigo 36 da Lei do SNUC.

## **2 O DECRETO Nº 6.848/09**

Um ano após a decisão do STF que considerou inconstitucional a fixação, para a compensação ambiental, do piso de 0,5% do custo total do empreendimento, e ainda pendentes de julgamento ambos os Embargos de Declaração acima citados, foi editado, em 14 de maio de 2009, o Decreto nº 6.848, visando à alteração dos artigos 31 e 32 do Decreto nº 4.340, de 2002. Assim, passou a dispor o artigo 31 do regulamento da compensação SNUC:

Art. 31. Para os fins de fixação da compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei nº 9.985, de 2000, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA estabelecerá o grau de impacto a partir de estudo prévio de impacto ambiental e respectivo relatório – EIA/RIMA, ocasião em que considerará, exclusivamente, os impactos ambientais negativos sobre o meio ambiente.

§ 1º O impacto causado será levado em conta apenas uma vez no cálculo.

§ 2º O cálculo deverá conter os indicadores do impacto gerado pelo empreendimento e das características do ambiente a ser impactado.

§ 3º Não serão incluídos no cálculo da compensação ambiental os investimentos referentes aos planos, projetos e programas exigidos no procedimento de licenciamento ambiental para mitigação de impactos, bem como os encargos e custos incidentes sobre o financiamento do empreendimento, inclusive os relativos às garantias, e os custos com apólices e prêmios de seguros pessoais e reais.

§ 4º A compensação ambiental poderá incidir sobre cada trecho, naqueles empreendimentos em que for emitida a licença de instalação por trecho.

Ademais, foram acrescentados ao Decreto nº 4.340, de 2002, os artigos 31-A e 31-B. O 31-A previu que o valor da compensação ambiental (CA) será calculado pelo produto do grau de impacto (GI) com o valor de referência (VR). *OVR corresponde ao somatório dos investimentos necessários para a implantação do empreendimento*, ressalvando-se os investimentos previstos no § 3º do artigo 31. Por sua vez, *o GI poderá atingir os valores de 0% a 0,5%*, observados os critérios previstos no Anexo, quais sejam: o impacto sobre a biodiversidade, o comprometimento de área prioritária e a influência em unidades de conservação, calculados conforme os parâmetros estabelecidos no Anexo e de acordo com as informações previstas no EIA/RIMA.

Além disso, o artigo 31-B prevê a possibilidade de recurso da decisão do cálculo da compensação ambiental, no prazo de dez dias, dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, não a reconsiderando em cinco dias, encaminhará o recurso à autoridade superior, devendo esta julgá-lo em trinta dias, salvo prorrogação por igual prazo expressamente motivada.

Ressalte-se, ainda, que, apesar da retirada da expressão “não mitigáveis” do *caput* do artigo 31, que caracterizava os impactos ambientais negativos os quais ensejariam o pagamento da compensação, o seu § 3º ressaltou a exclusão dos custos para a mitigação dos impactos ambientais do cômputo dessa compensação.

Isso posto, analisaremos algumas modificações trazidas pelo Decreto nº 6.848, de 2009, em relação à compensação ambiental.

### 3 OS NOVOS CRITÉRIOS DE CÁLCULO DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL

Conforme exposto acima, o artigo 31-A, acrescentado pelo Decreto nº 6.848, de 2009, previu que o valor da compensação ambiental será calculado pelo produto do grau de impacto (entre 0% e 0,5%) com o valor de referência, este correspondente ao somatório dos investimentos necessários para a implantação do empreendimento.

Assim, verifica-se que, em uma clara afronta à decisão do STF a qual declarou a inconstitucionalidade da expressão “não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais para implantação do empreendimento”, retirando da base de cálculo da compensação ambiental a noção de custo total do empreendimento e a referência ao percentual, o Poder Executivo acrescentou o artigo supracitado ao texto do Decreto nº 4.340/02, que regulamenta o artigo 36 da Lei nº 9.985.

Isso se depreende da instituição do critério “VR – valor de referência”, que corresponde exatamente ao custo total do empreendimento, excluindo-se deste as medidas ambientais mitigadoras. Em outras palavras, em evidente violação ao princípio da separação de poderes, o Poder Executivo, através dos meios a ele atribuídos

para editar normas regulamentares, retomou a consideração do custo do empreendimento no cálculo da prestação, bem como a aplicação de um percentual para este, ambas suprimidas através da decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Desse modo, o Decreto em questão apenas dissimulou os critérios julgados inconstitucionais pelo Supremo, através de subterfúgios, ignorando, assim, a imposição da fixação do montante dos recursos a serem destinados pelo empreendedor em consonância com o impacto ambiental negativo que possa ser gerado por seu empreendimento.

Nesse sentido, o Instituto Socioambiental (ISA) e a ONG Amigos da Terra – Amazônia Brasileira, em 18 de junho de 2009, protocolaram a Reclamação nº 8.465, na qual alegam que o novo decreto afronta a decisão do STF, proferida na ADI nº 3.378.<sup>2</sup>

Sem prejuízo da crítica fundamental acima, é de se louvar a iniciativa do Decreto em questão de considerar como elementos de medição do significativo impacto ambiental, por exemplo, a influência em Unidades de Conservação, o impacto sobre a biodiversidade e o comprometimento de área prioritária, todos esses fixados de acordo com critérios minuciosos, estabelecidos no Decreto, o que representa, de certa forma, um avanço do administrador na tentativa de diminuir a insegurança jurídica causada pela ausência de critérios para o cálculo da prestação.

#### **4 A COMPETÊNCIA DO IBAMA, ÓRGÃO FEDERAL DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL, PARA FIXAR O VALOR DA COMPENSAÇÃO SNUC**

Por outro lado, a nova redação do artigo 31, introduzida pelo Decreto nº 6.848, de 2009, prevê a competência do IBAMA – órgão administrativo encarregado da execução da Política de Meio Ambiente – para estabelecer o grau de impacto ambiental, de acordo com o EIA/RIMA, com o fim de fixar o valor devido a título de compensação ambiental.

De acordo com a Lei nº 9.985, de 2000, e o Decreto nº 4.340, de 2002, a competência para a fixação da compensação SNUC seria do “órgão ambiental” responsável pelo licenciamento ambiental, ou seja, não havia, no texto legal, distinção expressa de qual órgão licenciador seria competente para a cobrança da compensação.

Assim, a mudança introduzida pelo Decreto nº 6.848 deixa clara uma limitação natural do âmbito de aplicação da compensação SNUC aos empreendimentos sujeitos a licenciamento pelo IBAMA.

No entanto, ressalte-se que não é qualquer empreendimento licenciado pela autarquia federal que pode ser obrigado a pagar a compensação SNUC. Apenas e tão somente aqueles empreendimentos que ontologicamente recaírem na competência (federal) exclusiva do IBAMA, ou seja, aqueles cujo impacto ultrapasse o território de determinado Estado, devem se sujeitar ao pagamento da compensação ambiental.

Ademais, a lei do SNUC preconiza uma receita pública, independente de qual seja sua natureza jurídica. Desse modo, como se trata de uma lei federal, esta só poderia

prever uma receita federal, ou seja, determinado Estado ou Município não poderia pretender aplicar uma compensação SNUC local, com base na lei federal. Para que pudesse ser estabelecida a obrigação de pagamento de uma compensação ambiental no âmbito estadual, far-se-ia necessária previsão em lei estadual, sob pena de violação do princípio da autonomia financeira local (artigos 24 e 30 da Constituição Federal). E assim também na hipótese de se considerar a compensação uma indenização, pois, em se tratando de tributo, a competência para instituí-la seria privativamente federal *ex vi* do artigo 154, I, da Constituição da República.

## 5 À GUIA DE CONCLUSÃO

Sem prejuízo da análise da natureza jurídica da compensação SNUC, pelo ângulo tributário, que nos pareceria o correto (DOMINGUES, 2009), o histórico acerca do instituto demonstra uma série de evoluções e retrocessos na regência da matéria. Atualmente, com o Decreto nº 6.848, de 2009, verifica-se uma tentativa do Poder Executivo de manter, por meio do seu poder regulamentar, o tratamento pleiteado pela parte ré – Presidente da República – no bojo da ADI nº 3.378, mesmo após decisão em sentido contrário do Supremo Tribunal Federal.

A compensação SNUC constitui importante fonte de receita pública federal e um encargo relevante para aqueles que pretendem implantar empreendimentos os quais causem significativo impacto ambiental, devendo, portanto, ser estabelecida de acordo com critérios determinados e estáveis, de modo a não violar a segurança jurídica indispensável ao administrado.

A declaração de inconstitucionalidade pelo STF, com redução de texto, em sede de controle de constitucionalidade concentrado, determinou que a base de cálculo da compensação ambiental não deveria se vincular ao custo total do empreendimento, mas ser fixada de acordo com o significativo impacto ambiental passível de ocorrência.

Apesar de os efeitos da decisão se encontrarem suspensos, em razão dos Embargos de Declaração opostos pelas partes autora e ré, não poderia o Poder Executivo, por outros meios, pretender fazer valer sua pretensão, como o fez, através do Decreto em questão. Desse modo, o Decreto nº 6.848/09 representa uma clara afronta<sup>3</sup> à decisão do Supremo Tribunal Federal, ao restabelecer a vinculação da base de cálculo da compensação ao custo total do empreendimento.

Não obstante, o Decreto nº 6.848/09 deixou clara a competência exclusiva do IBAMA para a fixação e cobrança da compensação SNUC, acabando com quaisquer dúvidas que poderiam surgir acerca de qual seria o órgão ambiental licenciador competente para tal.

**NOTAS**

- 1 Agravamento de Instrumento nº 2005.01.00.060479-0/DF.
- 2 Segundo Raul Silva Telles do Valle, Coordenador Adjunto do Programa de Política e Direito Socioambiental do ISA, um dos advogados que assinam a ação, “O Decreto nº 6.848 claramente contraria a decisão do STF, que diz que não se pode basear o valor da compensação no valor da obra, nem como piso e nem como teto” (ISA, 2010).
- 3 Contra: SILVA, Anderson Bitencourt, “Compensação Ambiental: Tributo ou Indenização por Danos Causados ao Meio Ambiente? Comentários ao Acórdão Proferido pelo STF no âmbito da ADIn nº 3.378/DF e ao Decreto Federal nº 6.848/09”, em *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, v. 169, p. 7–20, 2009.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- DOMINGUES, José Marcos. O Supremo Tribunal Federal e a Compensação SNUC – A ADI 3.378-DF. *Revista DIREITO GV*, v. 5, n. 1, jan.-jul. 2009, p. 125–146.
- \_\_\_\_\_. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 181–231, especialmente p. 199.
- GUERRA, Sérgio. Compensação Ambiental nos Empreendimentos de Significativo Impacto. Em WERNECK, Mário (Coord.). *Direito Ambiental: visto por nós, advogados*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 129–46.
- HERRERA MOLINA, Pedro Manuel. Principios y Valores de la Fiscalidad Ambiental (Especial referencia a los tributos de tolerancia). Em CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO DO RIO DE JANEIRO, 2005, Rio de Janeiro, *Apresentação...* Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Tributários, 2005.
- INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). *ONGs vão ao STF para derrubar nova regra sobre compensação ambiental*. 2010. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=2916>>.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Aspectos jurídicos da compensação ambiental do art. 36, § 1º da Lei Brasileira das Unidades de Conservação (Lei 9.985/2000). *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 46, 2007.
- SILVA, Anderson Bitencourt. Compensação Ambiental: Tributo ou Indenização por Danos Causados ao Meio Ambiente? Comentários ao Acórdão Proferido pelo STF no âmbito da ADIn nº 3.378/DF e ao Decreto Federal nº 6.848/09. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, v. 169, p. 7–20, 2009.

*José Marcos Domingues*

Rua São Francisco Xavier, 524, 7º andar  
Maracanã - 20550-011  
Rio de Janeiro - RJ - Brasil  
[jm.domingues@globo.com](mailto:jm.domingues@globo.com)

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO FINANCEIRO  
DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (UERJ)

*Júlia Silva Araújo Carneiro*

Rua Oscar Valditaro, 94, apto. 604  
Bairro da Tijuca - 22793-670  
Rio de Janeiro - RJ - Brasil  
[juliasacarneiro@terra.com.br](mailto:juliasacarneiro@terra.com.br)

BACHARELADA EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (UERJ)



## DESENVOLVIMENTO, MEIO AMBIENTE E DIREITOS DOS ÍNDIOS: DA NECESSIDADE DE UM NOVO ETHOS JURÍDICO

Violeta Refkalefsky Loureiro<sup>1</sup>

DEVELOPMENT, ENVIRONMENT AND INDIAN RIGHTS:  
WHERE IS THE PRIORITY?

### RESUMO

DISCUTE ASPECTOS DA POLÍTICA INDIGENISTA BRASILEIRA RECENTE, DESTACANDO A POSIÇÃO OSCILANTE DO ESTADO E SUA POSTURA AO LONGO DA HISTÓRIA, ADVERSA À CONVIVÊNCIA COM GRUPOS SOCIAIS MULTICULTURAIS, EM ESPECIAL COM OS GRUPOS INDÍGENAS. APESAR DO DISPOSTO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 QUANTO AOS DIREITOS DOS ÍNDIOS E À PRESERVAÇÃO DE SUAS CULTURAS, SETORES DA SOCIEDADE CIVIL E ESTADO, SEGUIDAS VEZES, DEMONSTRAM ENCARÁ-LOS COMO AMEAÇAS À UNIDADE E À SEGURANÇA NACIONAL, QUANDO SITUADOS EM ÁREAS DE FRONTEIRA; OU COMO ENTRAVES AO DESENVOLVIMENTO NACIONAL. IDENTIFICA TRÊS LINHAS BÁSICAS DE PENSAMENTO FACE À QUESTÃO INDÍGENA: EM FAVOR DA INTEGRAÇÃO (COMPULSÓRIA OU NÃO DOS ÍNDIOS), A QUE DEFENDE OS DIREITOS A UMA CULTURA DIFERENTE DA HEGEMÔNICA E UMA TERCEIRA, À QUAL DÁ DESTAQUE. TRATA-SE DE UM DESLOCAMENTO DO EIXO DA QUESTÃO – DA IDENTIDADE INDÍGENA, ANTES QUESTIONADA, PARA UMA DISCUSSÃO SOBRE A TERRA, COMO SE ESTA FOSSE UM ELEMENTO DESCOLADO DA CULTURA INDÍGENA. DESTACA A RESPONSABILIDADE AO JUDICIÁRIO (ESPECIALMENTE DO STF), QUANTO AOS DIREITOS DOS ÍNDIOS À MULTICULTURALIDADE DENTRO DO ESPAÇO NACIONAL. RECLAMA A NECESSIDADE DE UM NOVO ETHOS JURÍDICO-SOCIAL PARA TRATAR A QUESTÃO INDÍGENA.

### PALAVRAS-CHAVE

DIREITO INDÍGENA; TERRA INDÍGENA; POLÍTICA INDIGENISTA.

### ABSTRACT

IT DEALS WITH THE RECENT BRAZILIAN INDIAN POLITIC, SHOWING IN ITS ANALYSIS THE OSCILLATING POSITION OF THE STATE AND ITS ADVERSE POSITION ALONG THE HISTORY, AS TO ITS ACQUAINTANCESHIP WITH THE MULTICULTURAL GROUPS, ESPECIALLY WITH INDIAN GROUPS. IN SPITE OF THE 1988 BRAZILIAN CONSTITUTION RULE REGARDING THE INDIAN RIGHTS AND THE PRESERVATION OF THE INDIAN CULTURE, SECTIONS OF THE CIVIL SOCIETY AND OF THE STATE HAVE SEEN THEM, SEVERAL TIMES, AS THREATS TO ITS UNITY AND NATIONAL SECURITY AS WELL; SPECIALLY AROUND THE BORDERING AREAS OR SOMETIMES SEEN AS HINDRANCES TO THE NATIONAL DEVELOPMENT. THREE BASIC THOUGHTS REGARDING THE INDIANS HAVE BEEN IDENTIFIED: ONE IN FAVOUR OF THE INDIAN INTEGRATION (COMPULSORY OR NOT); THE OTHER REFERS TO THE PROTECTION OF THEIR RIGHTS TO HAVE A CULTURE DIFFERENT FROM THE HEGEMONIC ONE; AND A THIRD ONE TO BE OUTSTANDING. THIS ONE TRANSFERS THE MAIN POINT OF THE INDIAN IDENTITY WHICH HAS BEEN QUESTIONED BEFORE TO THE QUESTION RELATED TO THE INDIAN LAND AS IF THE LAND DIDN'T TAKE PART OF THEIR CULTURE. SHOWS THE RESPONSIBILITY OF THE JUDICIARY (SPECIALLY THIS ONE OF THE STF) ABOUT THE GARANTEE OF THE INDIAN RIGHTS TO ITS CULTURE WITHIN THE NATIONAL AREA. THEREFORE THE NECESSITY FOR A NEW SOCIAL-JURIDICAL ETHOS TO DEAL WITH INDIAN PROBLEMS HAS BEEN CLAIMED.

### KEYWORDS

INDIAN RIGHTS; INDIAN LAND; POLITICS FOR INDIANS.

## INTRODUÇÃO

A história evidencia que o Estado, as elites e mesmo uma parte expressiva da sociedade brasileira jamais aceitaram conviver, com tranquilidade, com culturas diferentes e grupos minoritários dentro do território nacional, respeitando-os em sua autonomia e dignidade próprias. As políticas indigenistas concebidas têm desencadeado ações de caráter ambíguo e, muitas vezes contraditório, ao longo da formação histórica do País, que se estende do período colonial aos dias atuais. Elas são inspiradas em posturas teórico-filosóficas distintas.

A postura assimilacionista (mas também a evolucionista, que leva às mesmas consequências da anterior), tem predominado desde que, no século XVIII, o Marquês de Pombal instituiu este procedimento nos Diretórios dos Índios (documentos emanados da Corte portuguesa, que consagravam a forma de tratar e se relacionar com os índios). Em sua longa gestão Pombal estimulava o casamento entre portugueses e índias, como estratégia política de povoamento e desenvolvimento da Colônia, o que consolidou grandemente a ideia de integração à sociedade maior e da “evolução” dos índios, decorrente do casamento com brancos. As missões religiosas, seja no período colonial, seja posteriormente (e elas existem até hoje na região), seguem na mesma direção – alterando-lhes a cultura e “civilizando-os”; o mesmo ocorreu durante a existência do SPI – Serviço de Proteção aos Índios, órgão que antecedeu a Funai.

A ideia de integração do índio à sociedade nacional funda-se, portanto, em princípios ético-valorativos de origem mais que secular, que pregam o assimilacionismo cultural do índio à sociedade maior como algo necessário, inevitável e como resultado do inexorável progresso das sociedades ocidentais. É que o pensamento moderno assimilou, desde o Iluminismo, importantes princípios, dentre os quais se destacam : a ideia de progresso e de evolução permanentes das sociedades; e a crença na capacidade da ciência que, além de trazer incontáveis benefícios à humanidade, seria capaz inclusive, de sanar problemas involuntários e inesperados, gerados por ela própria (HORKHEIMER-ADORNO, 1980). essa corrente se sustenta numa vertente de caráter ideológico: a ideia, ora clara ora disfarçada – de que a forma de vida da moderna sociedade ocidental é mais desenvolvida, melhor e, por isto, hierarquicamente superior à das minorias étnicas; assim sendo, ser assimilado por ela significa “evoluir”, “progredir”, passando a integrar o mundo moderno, podendo então gozar dos avanços da civilização. Em consequência, se os índios não aderem ao progresso inevitável da sociedade industrial que esta linha defende, num embate entre as duas culturas (uma civilizada e a outra supostamente arcaica), a forma de vida da sociedade ocidental e moderna teria prevalência sobre a das minorias étnicas. O progresso da cultura moderna não pode ser impedido ou dificultado por causa delas, em detrimento do bem-estar dos ditos civilizados – os que, implícita ou explicitamente, se consideram como partícipes e portadores de uma cultura superior. E se grande parte das ações que visava o assimilacionismo dos índios foi, aparentemente abandonada

após a ditadura militar (1964/85), a ideia da assimilação dos índios pela sociedade nacional permanece viva em numerosos setores da vida política brasileira e, em especial nas políticas públicas de caráter desenvolvimentista.

O Estatuto do Índio (Lei no. 6001, de 1973), concebido no período da ditadura militar, à luz do projeto de um *Brasil Grande*, desenvolvido e hegemônico na América Latina -, continua vigindo até os dias atuais, em completo desacordo com o disposto na Constituição brasileira de 1988. Em seu artigo primeiro, ele “regula a situação jurídica dos índios e silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar sua cultura e integrá-los (sic), progressiva e harmoniosamente, à comunidade nacional”. Tal dispositivo carrega consigo uma contradição essencial: ou se preserva a cultura em sua integralidade, com seu caráter identitário, tal como dispõe a Carta Magna, ou ela fica subsumida se assimilada à sociedade; mas as duas posturas não podem conviver simultaneamente como linhas balizadoras das políticas públicas.

Em um outro extremo, situa-se a linha teórico-ideológica (com as políticas que a ela se vinculam) francamente oposta à primeira. A esta forma de pensar aderem os que reconhecem os índios como culturas próprias e defendem suas maneiras diferenciadas de viver em seu habitat e em suas respectivas terras. Ela se mostra em favor da proteção dos direitos indígenas coletivos, o que implica na defesa da terra. Mas esses direitos não se restringem a ela; estendem-se aos direitos humanos fundamentais, aos econômicos, sociais, culturais e ambientais, sem os quais a cultura indígena não tem condições de sobreviver. E é este o espírito da Constituição de 1988 quando reconhece e garante o direito à multiculturalidade e o respeito às minorias.

Esta segunda linha de pensamento é claramente minoritária. Pode-se constatar isto através do grande e frequente número de ações que afetam os grupos indígenas, sejam elas de iniciativa do Estado ou de particulares. Em contrapartida, os protestos contra essas ações são raros e localizados, partindo em geral, de organizações específicas de defesa dos índios ou dos direitos humanos, sem motivar e mobilizar segmentos mais amplos da sociedade civil.

E, finalmente, uma terceira postura, que designo pelo termo *versão nova de uma velha ideia*. Trata-se de uma variante da corrente assimilacionista, embora apresentada sob um discurso renovado e aparentemente neutro em relação às minorias indígenas. Mesmo não se negando a reconhecer as diferenças étnico-culturais do povo brasileiro (o que evita parecer retrógrada ou afrontar a lei), ela é tão danosa quanto a primeira. Embora não conteste o direito à diferença, argumenta pela desnecessidade de terras extensas para os índios. Apresenta-se com uma frequência cada vez maior e se funda em vários pressupostos nos quais a rejeição ao índio fica desfocada ou deslocada, já que os elementos argumentativos passam a girar exclusivamente em torno de três pontos: a) a extensão da terra indígena; b) a aspiração ao desenvolvimento econômico (independentemente da forma como ele se processe); c) e a pressuposição de que os dois pontos anteriores são incompatíveis. Esta posição esconde o preconceito e

intolerância cultural, quando centra a discussão na terra, evitando sempre questionar a identidade indígena, já que esta é garantida por lei. Amplos setores da elite entendem que o País não pode “desperdiçar” terras com segmentos minoritários da sociedade que não geram impostos e imobilizam terras que seriam mais produtivas com outra e melhor destinação econômica; além disso, as terras indígenas representariam obstáculos frente a empreendimentos produtivos de particulares ou de infraestruturas pretendidas pelo Estado.

### **I DUAS CONCEPÇÕES SOBRE A TERRA:**

#### **UM RECURSO NATURAL OU UM LUGAR DE VIDA E CULTURA**

Pode-se identificar duas lógicas ou racionalidades distintas que orientam e movem segmentos da sociedade brasileira com posições e interesses antagônicos frente à terra indígena: uma racionalidade desenvolvimentista, de caráter exclusivamente econômico, que visa o mercado e a geração do lucro individual, já que a terra é considerada como um simples recurso natural sujeito à exploração; e uma outra, de natureza comunitária, que valoriza os direitos humanos, respeita a pluriculturalidade da Nação brasileira e entende a terra indígena como lugar de vida e cultura. O predomínio da primeira fica claro quando as elites e grupos econômicos não protestam, e mesmo valorizam o sucesso de empresários que, assumindo uma vasta extensão de terra, exploram-na em benefício próprio e assim acumulam e concentram capitais; mas questionam a legitimidade da terra indígena quando ela é igualmente extensa (proporcionalmente ao número de beneficiários).<sup>2</sup> E mais claro ainda, a cada momento histórico em que, na Amazônia, projetos de impacto sobre culturas indígenas são considerados como prioritários, porque portam consigo a mensagem do progresso e do desenvolvimento.

Da década de 1970 aos dias atuais, os habitantes da região vivenciam as consequências dos numerosos exemplos de agressões e violações de direitos das minorias que nela habitam (em especial índios e populações tradicionais); estas questões vem sendo fartamente estudadas, denunciadas pela imprensa e por organizações de defesa dos direitos humanos (desde a Transamazônica no início dos anos 1970, à atual hidrelétrica de Belo Monte, ambas no Pará). E constatado que, além de seus numerosos efeitos perversos, essas ações não tem trazido o desenvolvimento esperado.<sup>3</sup>

As duas racionalidades (de mercado e comunitária) estão igualmente presentes no Judiciário, razão pela qual este decide, ora movido pela lógica de natureza econômica, ora buscando respeito a uma democracia profunda e humanizada, que leva em conta a identidade coletiva e a herança cultural dos grupos sociais diferenciados. Mas, é principalmente na prática cotidiana do aparelho administrativo-burocrático do Estado (e isto ocorre nas três esferas), que a integração forçada dos índios vem se processando. Isto porque são as ações concernentes às políticas públicas desenvolvimentistas do Executivo (as quais, com muita frequência, recebem o apoio do Judiciário, noutras se

processam como simples rotina dos órgãos), que acabam prevalecendo sobre a integridade das culturas e terras indígenas; ou resultam de ações de particulares, que passam ao largo do Judiciário. Deve-se também levar em conta, que parte das decisões oscilantes do Judiciário face à matéria não decorre somente de posições ético-ideológicas distintas de quem julga, sentencia ou revoga um ato, ora a favor, ora contra o mesmo nas diversas instâncias, mas de contradições entre dispositivos legais, especialmente entre os de proteção ambiental e os indígenas (tratadas noutro item), que (des)nor-teiam as políticas dos órgãos. Mas, em todos os casos, a terra é atingida.

## **2 VELHAS HERANÇAS NUM BRASIL NOVO: A CONSOLIDAÇÃO DO ESPAÇO NACIONAL**

A construção política do Estado brasileiro implicou, em todas as épocas, em esforços de várias ordens. O primeiro e mais persistente parece ter sido aquele relativo à formação e à dominação territoriais, dando continuidade às práticas expansionistas e de controle do território que caracterizaram a história do Brasil colonial. A expansão territorial marcou profundamente a vida política brasileira, estendendo-se até o século XX, quando a questão do Acre desacelerou a expansão pela via das fronteiras externas. Mas prosseguiu até os dias atuais, através da dominação interna exercida sobre as terras dos diferentes povos que ocupam os espaços do solo nacional, especialmente os índios.

O enfoque exacerbado na consolidação do território levou a que a formação da sociedade brasileira ficasse subsumida grandemente à questão territorial. O Estado tomou para si, em prioridade, a missão relativa à geopolítica de controle das terras e foi, gradativamente, delegando poderes às elites ou facilitando a elas a consolidação dessa meta em seu favor. Assim, Estado e elites durante o período de quase dois séculos que se estende da Independência aos dias atuais, exerceram o controle quase absoluto sobre a distribuição de terras no Brasil, através de dispositivos e procedimentos legais, administrativos e burocráticos. E o fizeram de forma antidemocrática, do que resultou uma estrutura social fortemente distorcida (SCHWARTZMAN, 1988). Na verdade, isto ocorreu durante todo o período colonial, estendendo-se como traço político-social do Brasil moderno, conforme demonstrou Raymundo Faoro (FAORO, 1975) numa obra clássica sobre a questão. Para o Estado brasileiro as terras (e os recursos naturais) tem sido consideradas historicamente como mais importantes que os povos que nelas se estabeleceriam e nelas construiriam suas vidas.

## **3 VELHAS HERANÇAS NUM BRASIL NOVO: O MITO DO POVO ÚNICO**

Outro esforço, igualmente marcante, refere-se à formação de uma imaginada identidade nacional, que acompanhou a construção do Brasil como nação desde a

Independência. Esta identidade pressupunha pelo menos três vetores norteadores: (a) a busca persistente da constituição de *um povo único – o povo brasileiro*, embora este seja puramente idealizado (ALVES, 2005); (b) a negação sistemática do reconhecimento da multiculturalidade dos diferentes povos que integram a sociedade nacional (RIBEIRO, 1970); (c) um tratamento desigual, inferiorizante de índios (e negros) em relação à população branca, que assumiu e, às vezes assume formas violentas, chegando ao massacre em numerosos casos (VIDAL, 1977; MARTINS, 1997; RICARDO, 1996, 2000).

A ideia de uma nação formada por vários povos distintos, compartilhando o mesmo espaço nacional foi sempre rejeitada, por ser compreendida como uma oposição à unidade nacional e uma ameaça à segurança nacional. No caso dos índios, em especial, além da diferença cultural pela qual são frequentemente vistos como estranhos, perigosos e bárbaros, eles têm sido também estigmatizados pela condição de representantes do atraso, do primitivismo, enfim, por serem povos que estariam, por suas próprias existências, negando a entrada do Brasil na modernidade do mundo ocidental na qual o País pretende se inserir (LOUREIRO, 1992).

#### **4 A FRONTEIRA ECONÔMICA AVANÇA SOBRE POPULAÇÕES TRADICIONAIS E GRUPOS INDÍGENAS COM A PROMESSA DO DESENVOLVIMENTO DA REGIÃO**

A integração forçada dos índios à sociedade nacional é clara, algumas vezes, implícitas noutras. Resulta de uma série de fatores combinados: o mito de um povo único, a inaceitação da multiculturalidade; mas, a partir da década de 1970 ela se deve também (e muito fortemente), à ideologia do progresso e do desenvolvimento (sem atenuantes). E, em consequência, o uso da terra como recurso natural explorável, nutre as ações governamentais (através dos grandes projetos de infraestruturas). E a Amazônia, como fronteira de recursos tem sido o lócus privilegiado dessa exploração. Ou de empresários que expandem a fronteira de recursos em várias direções: Roraima; sudeste, sul e oeste do Pará; sul de Rondônia, sul do Tocantins, parte do Amapá e Acre.<sup>4</sup> A fronteira avança estimulada, principalmente por novas atividades produtivas para o mercado global – as chamadas *commodities*, como os grãos, especialmente a soja, a siderurgia a carvão vegetal e outras, que atraem migrantes; a eles se somam os que buscam emprego em frentes de desmatamento, garimpos, grilagem e venda de terras e outras atividades legais ou ilegais, geridas por novos capitais. E estes em suas marchas de penetração deparam-se com os índios. A fricção é inevitável. A expansão dessas atividades vem acompanhada de conflitos. Roraima é o caso mais exemplar. Enquanto a população era reduzida, não havia conflitos e as terras indígenas jamais tinham sido questionadas. O problema se instalou depois que intensas correntes migratórias do nordeste do Brasil e do Rio Grande do Sul, a partir da década de 1980, procuraram aquelas terras como novo lugar de fixação, com ativi-

dades de uso extensivo como o plantio de arroz ou projetos de assentamento. Em menos de 30 anos, a população cresceu mais de 400%, passando de 79.159 em 1980 a 412.783 habitantes em 2008 (IBGE/estimativa), sendo a mais recente frente de expansão da fronteira econômica da região. O avanço sobre as terras indígenas intensificou-se e a oposição entre a atividade econômica e o “primitivismo” dos índios instalou-se na vida do estado.

## 5 OS ÍNDIOS COMO AMEAÇA À INTEGRIDADE NACIONAL

Alguns segmentos da sociedade, partidários da linha integracionista, defendem a fragmentação das terras indígenas contínuas quando em áreas de fronteiras, em especial aquelas que se estendem sobre dois países contíguos (é o caso de vários grupos indígenas da região). Enxergam aí um elemento facilitador da independência dos grupos indígenas, constituindo-se, portanto, em ameaça à soberania nacional, por conferir a eles a possibilidade de se estruturar, no futuro, como territórios independentes, formando novas nações; daí as tentativas de evitar tais continuidades de terras. Também neste caso Roraima apresenta a situação mais conflitada porque de suas 32 terras indígenas, que totalizam 103.415 km<sup>2</sup>, apenas três não se localizam em área de fronteira.<sup>5</sup>

O argumento de um suposto separatismo retorna ciclicamente. Ele foi fartamente veiculado pela mídia em desfavor da homologação da terra dos Yanomami na década de 1990, assim como no conflitado caso Raposa Serra do Sol, também em Roraima (na fronteira com a Venezuela e a Guiana), habitada por 18.992 índios de 5 etnias – Macuxi, Tapamona, Wapixana, Ingaricó e Taurepang. Elites locais, autoridades (governador, senador, prefeitos), deslocaram-se a Brasília para prevenir o Congresso, o Judiciário e a imprensa sobre a possibilidade de se criar ali o embrião de um território independente. Daí porque propuseram a fragmentação da área em partes descontínuas. Ora, obstaculizar ou fazer restrições à demarcação de uma terra contínua, fracionando-a em áreas menores dificulta a circulação dos índios quando de suas visitas a parentes noutras malocas, assim como a participação em festas, colheitas, rituais etc, já que um fazendeiro de soja, arroz ou outra cultura, instalado nos interstícios das partes fragmentadas não permitirá que índios circulem em suas plantações e, menos ainda, que abram caminhos entre elas para se locomover de uma fração de terra a outra.

Some-se a isto o fato de que a fragmentação vai na direção oposta do que recomenda o parágrafo 2 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, da qual o Brasil é signatário, quando esta dispõe que os Estados devem facilitar a circulação dos índios entre si para preservar suas culturas. Por fim, nega direitos e desrespeita o referido tratado internacional que, em seu Artigo 36, assim dispõe:

1. Os povos indígenas, em particular os que estão divididos por fronteiras internacionais, têm o direito de manter e desenvolver contatos, relações e cooperação, incluindo atividades de caráter espiritual, cultural, político, econômico e social, com seus próprios membros, assim como com outros povos através das fronteiras. 2. Os Estados, em consulta e cooperação com os povos indígenas, adotarão medidas eficazes para facilitar o exercício e garantir a aplicação desse direito.

Em Roraima, fazendeiros protestaram, queimaram pontes, obstruíram estradas e ameaçaram defender com armas as terras conquistadas aos índios, para legitimar a situação das fazendas de apenas seis grandes produtores de arroz. Políticos mobilizaram a mídia e a população urbana. Os fazendeiros questionaram as terras na justiça, chegando ao STF em meio a conflitos e divisões internas, em protestos que ganharam repercussão nacional. O Judiciário se viu pressionado pela rebeldia, a afronta, a força do poder político e econômico e as adesões que as partes contrárias à demarcação contínua conseguiram. Mas optou pelo direito dos índios, ao invés de negar-lhes isso, influenciado por um imaginário temor de independência ou pela força do capital. Sobre a questão o Ministro-relator do Supremo Tribunal Federal-STF, Carlos Ayres de Brito, ao apresentar em 2008 seu voto expressou um irrefutável ponto de vista: “é preciso que o Estado brasileiro defenda os direitos à vida, à natureza e à cultura dos seus índios para que eles queiram o Brasil como o país para ser o deles e (queiram nele) viver para todo o sempre”. O episódio evidenciou a responsabilidade do Estado de salvaguardar o direito dos índios de viver em suas terras, sejam elas fronteiriças ou não; e se o fato não for paradigmático como conduta para casos futuros, é emblemático em termos de posição do Judiciário superior quanto à matéria.

## **6 A REDUÇÃO DA TERRA OU REMOÇÃO DE ÍNDIOS IMPLICA NA PERDA DA CULTURA E DA IDENTIDADE**

A questão da terra envolve e afeta, profundamente, a identidade cultural do índio, posto que a cultura indígena não se dissocia da natureza em que eles vivem. E não apenas em relação aos mitos, embora estes possam ajudar a compreender suas relações com a natureza. Os Ianomami, por exemplo, entendem a floresta como uma região habitada por espíritos guardiões (os de seus antepassados). Dependendo da forma como eles tratem a floresta em que estes vivem, a natureza será mais pródiga, menos pródiga ou mesmo avara; e eles, por sua vez, serão beneficiados com saúde e fartura, ou penalizados com escassez e doenças. Há portanto, uma integração profunda entre índios e natureza e uma continuidade nesta integração mútua. Ser índio é ser índio enquanto ser inserido na natureza. E é da inseparabilidade desses dois elementos combinados que se origina uma cultura própria – a sua.



A redução da terra indígena pela perda de partes dela, seja como decorrência da disputa do capital sobre elas, seja como consequência da ideologia de integração dos índios à sociedade nacional como um processo “natural” e irrenunciável, seja através da remoção, implica, de início, em doenças e mortes que, certamente, diminuirão o contingente populacional já minoritário.<sup>6</sup> O mesmo ocorre quando o ecossistema é alterado pelo impacto de grandes obras, cortado por estradas ou diminuído. Estudos (ORLOVE; BRUSH, 1996) mencionam que as políticas de conservação da natureza incluem três níveis de esforços: (a) preservar espécies específicas; (b) estabelecer áreas reservadas; (c) proteger ecossistemas, diminuindo o mais possível os hiatos entre as partes. Num segundo momento, e a história vem demonstrando isto, implica na perda da biodiversidade nesses espaços reduzidos ou alterados. O mesmo ocorre quanto às áreas fragmentadas, descontinuadas.

Como consequência da redução ou da fragmentação de uma área antes contínua, pela interferência de estradas, fazendas de gado ou por outros motivos, segue-se o risco ou a perda efetiva das condições de sobrevivência com base nos costumes tradicionais, a diminuição da biodiversidade pelo empobrecimento da natureza, a escassez de produtos alimentares e dos elementos da medicina indígena – dependente do aproveitamento de produtos da floresta –, a contaminação de cursos d’água por inseticidas oriundos de culturas que se instalam às proximidades e por outras razões.

Por fim, também as manifestações culturais como festas, rituais, práticas alimentares, organização da família e do trabalho ficam dificultados ou impossibilitados de se exercerem plenamente. A lógica que sustenta o comportamento e os valores dos índios privilegia a conservação da biodiversidade do ecossistema em que vivem e onde desenvolvem sua cultura. Trata-se de uma lógica diferente daquela que é hegemônica no mundo ocidental – mercadológico e industrializado -, razão porque nem sempre as demandas dos índios são compreendidas e acabam por se afigurar como descabidas ou intransigentes.

A remoção de grupos indígenas também não se processa sem dificuldades. Em primeiro lugar, ela implica no abandono de lugares sagrados, onde residem os espíritos de seus antepassados e deuses. Em segundo lugar, o saber relativo à natureza – com a qual tem uma relação essencial e existencialmente associada – torna-se desnecessário e inútil noutro ambiente que não o seu próprio, onde esses saberes fazem sentido, têm utilidade, são reconhecidos e valorizados socialmente. O rompimento do elo milenar que os liga à terra e à natureza e do qual decorrem seus saberes e a partir dos quais articulam sua forma de vida, abala os índios não apenas física, mas também social e intelectualmente; ele provoca um vazio identitário e um visível desalento existencial, que tem sido claramente observado e pode ser constatado em grupos que, em décadas anteriores, vivenciaram ou vivenciam ainda este processo de perda, conforme estudos feitos por José de Souza Martins (MARTINS, 1997). Não há, portanto, a possibilidade, tantas vezes cogitada por não-índios, de que eles sobrevivam numa natureza pobre,

numa terra de dimensão reduzida ou que sejam removidos para uma terra estranha, sem haver um sério comprometimento de suas culturas.

### **7 DA AUDÁCIA DE PARTICULARES CONTRA A INTEGRIDADE DOS ÍNDIOS E DA INCAPACIDADE DO ESTADO EQUACIONAR E DE MINIMIZAR PROBLEMAS**

À medida que a fronteira econômica avança na região, seja como decorrência das políticas governamentais, seja pela ação de terceiros, mais a integridade dos índios é ameaçada. Se poucas mediações tem sido intentadas no sentido de conciliar as questões, muitas tem sido as omissões do Estado, mesmo quanto a alterar projetos, buscando alternativas menos impactantes. São numerosas as situações conflituosas e complexas que decorrem das políticas dos órgãos governamentais nas diversas esferas político-administrativas, bem como a omissão quanto a ações de particulares, em especial no que tange à garimpagem, à extração de madeiras e à grilagem de terras, mesmo quando se trata da terra pública; governos municipais, com frequência, abrem estradas cortando ou margeando terras indígenas, o que facilita a entrada de posseiros e invasores de diversas ordens; órgãos federais e estaduais assentam colonos ou implantam infra-estruturas (estradas, hidrelétricas etc), obrigando à remoção de populações indígenas, quando soluções mitigadoras ou alternativas menos danosas poderiam ser discutidas e intentadas desde o momento da concepção dos projetos, isto é, bem antes que o conflito entre as partes já se houvesse instalado. Todas essas formas de agressão às culturas indígenas são frequentes e numerosas na região amazônica, que não cabe aqui relacioná-las. E pelo menos as de maior impacto acabam por bater às portas do Judiciário, movidas por grupos econômicos disputando interesses ou por pedidos de socorro de populações tradicionais ou minorias étnicas.

No caso do asfaltamento da rodovia Santarém-Cuiabá (BR-163), madeireiros e grileiros ameaçam os índios Parakanã e criam dificuldades para que a Funai realize seus trabalhos de demarcação e outros serviços na área, que já sofreu, recentemente, uma redução considerável. Em Óbidos (no Pará - Calha Norte do rio Amazonas), as terras dos índios Zoe, da terra indígena Tumucumaque e Paru d'Este, tem sido alvo de desmatamentos e os índios são ameaçados por madeireiros<sup>7</sup>. No Amapá os madeireiros entram em terras indígenas pela BR-156, que liga Macapá ao Oiapoque, já que a mesma faz limite com os povos Galibi Marworno, Karipunás e Palikur. Ainda no Amapá, o eixo da rodovia Perimetral Norte, que liga Macapá à Serra do Navio, corta terras dos Waiãpi e, quando beneficiada, propiciará, também, a entrada de madeireiros.<sup>8</sup>

Desde fins da década de 1980, empresas madeireiras entravam em terras indígenas dos Apiterewa-Parakanã para extrair madeira e, em alguns casos, o ouro. Na década de 1990, para agravar a já conflituosa situação, o próprio Incra doou terras indígenas dos Apiterewa-Parakanã, reconhecendo e legitimando terras invadidas e

apropriadas por fazendeiros, marginais e aventureiros e destacando lotes da terra indígena para trabalhadores rurais, arrematados às pressas, com a finalidade de simular um projeto de assentamento, quando a situação foi denunciada (PINTO, 2005, p. 157).<sup>9</sup>

Apesar do caos social e fundiário instalado na região, grandes empresas mineradoras continuam ampliando e multiplicando os projetos de exploração na área – sem serem obrigadas a corrigir o modelo implantado desde a ditadura militar - siderurgia a carvão vegetal, produção de minérios exportada sob a forma de semi-elaborados (lingotes), internalizando poucos benefícios, gerando poucos empregos, acarretando graves danos ambientais, em especial quanto ao desmatamento (ferindo abertamente a legislação vigente) e conflitando com populações tradicionais e índios. A disputa pela terra espelha o antagonismo que se estabelece entre as terras de uso comum, tradição imemorial, pouca ou nenhuma rentabilidade econômica e a ideologia do progresso e do desenvolvimento; embora o prometido e esperado desenvolvimento venha apresentando poucos resultados sociais. É o que os indicadores econômicos e sociais vem demonstrando há mais de três décadas, sem que o modelo econômico se altere em favor da região ou, ao menos, deixe de afrontar a legislação ambiental, preservando a natureza e a biodiversidade da região para o usufruto das gerações futuras (com as quais temos responsabilidade, hoje).<sup>10</sup> Esses temas tem sido estudados cientificamente e fartamente denunciados, sem motivar uma ação enérgica do Executivo ou do Judiciário, no sentido de sustar empreendimentos que ferem leis ambientais e direitos humanos, salvo em casos muito específicos.

A postura ética que põe as terras como elemento central da disputa se exercita por variadas formas; uma delas é a simples execução de decisões do Judiciário que incidem sobre a redução das terras indígenas; ou quando este autoriza a execução de empreendimentos que afetam as populações, sem obrigar o Executivo a adotar alternativas menos danosas. É o caso da rodovia Santarém-Cuiabá, que afetará várias etnias, entre elas os Kaiapó e os Parakanã. Cabe perguntar por que, ao invés de uma rodovia, não foi cogitada a construção de uma ferrovia – que certamente, reduziria a ocupação populacional e a exploração madeireira às margens da estrada? Mapas de desmatamento da região do INPE/PRODES (Prog. de Monitoramento da Floresta Amazônica por Satélite) deixam evidentes as já extensas áreas desmatadas às margens da rodovia, antes mesmo de completar o asfaltamento da estrada; enquanto isto ocorre, os órgãos de terras dos Estados do Pará e de Mato Grosso recebem cotidianamente informações sobre o aumento da grilagem às margens da mesma.

Convém lembrar que é no exercício cotidiano do direito que as reivindicações objetivas dos grupos sociais podem ser socialmente asseguradas, estabelecendo uma ruptura positiva com o pesado passado de dívidas sociais que o Brasil acumulou. Escondidos nos processos e outros papéis que tramitam pelas diversas unidades e instâncias do Judiciário brasileiro encontram-se pessoas, vidas e destinos; e é no cotidiano

da burocracia e pela via de papéis os mais diversos que o Direito pode construir uma dimensão societária, ampla e humanizada.

Mas é também pela via dos mesmos papéis que os direitos das pessoas podem converter-se em elementos reforçadores de desigualdades. E quando isto ocorre (e ocorre com frequência), a democracia real e a justiça social esperadas convertem-se apenas em ideias difusas e abstratas de democracia, que jazem confinadas nos textos teóricos, mas permanecem ausentes da vida social. E que reforçam um paradoxo tão conhecido da sociedade brasileira – quando se afirma que o país é dotado de uma legislação adequada, e mesmo avançada em muitos sentidos –, mas que não atende plenamente quando se trata de realizar, no cotidiano, uma justiça social mais inclusiva e plural, capaz de realizar os anseios dos pobres, dos marginalizados e dos etnicamente diferentes.

## **8 AS INCONGRUÊNCIAS DAS POLÍTICAS PROTECIONISTAS AUMENTAM O CAOS FUNDIÁRIO**

O agravamento da questão ambiental amazônica tem levado o Congresso e o Governo Federal a tomarem várias medidas. Uma delas foi a criação do Sistema Nacional de Proteção de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC.<sup>11</sup> Diferentemente do esperado, a lei não apaziguou inúmeras situações conflitantes. Uma das mais graves incongruências das políticas protecionistas (ambientais e indígenas) ocorre, por exemplo, quando o órgão público federal ou estadual responsável declara uma área como sendo de conservação ambiental, superpondo-a a uma área indígena, pressupondo que a convivência das duas situações se dê harmoniosamente e sem conflitos. Frequentemente, o que ocorre é o oposto disto. A sobreposição de uma unidade de conservação sobre uma terra indígena, longe de duplicar a proteção de um determinado território, muitas vezes introduz ali o gérmen do conflito. São inúmeros os casos como este, que mais confundem que auxiliam, seja a política indigenista, seja a ambiental. A condição de unidade de conservação ambiental (UC) confere à terra indígena um uso novo, diferente e, muitas vezes, conflitante com o modo habitual de vida dos índios e ferindo o direito originário que lhes foi conferido pela Constituição. E não são raros esses casos; há pelo menos 55, dos quais 31 são UCs de uso sustentável, 23 são UCs de proteção integral, e num caso ocorre a sobreposição de uma UC de uso sustentável e uma de proteção integral sobre uma terra indígena (ROLLA; RICARDO, 2004:592). A situação é mais grave quando uma unidade de proteção integral se sobrepõe à terra indígena, dado que nela não pode haver alteração do habitat pela ação humana e assim, a caça, a pesca e o extrativismo vegetal não podem ser praticados; e é especialmente dessas atividades que os índios sobrevivem e secundariamente da roça e de outras atividades produtivas complementares. Mas, nas unidades de uso sustentável (mesmo quando não sobrepostas) a situação também não

é pacífica, porque as populações tradicionais e outras não indígenas (como colonos), que até então desenvolviam atividades na área se sentem cerceadas em seus direitos. Uns poucos exemplos ilustram essas complexidades.

A terra indígena Yanomami, como outras, estava protegida pela Constituição de 1988, como terra de posse imemorial. Contudo, em 1989 havia sido invadida por quase quarenta mil garimpeiros, de maneira que no ano seguinte foram autorizadas três áreas para uso por cooperativas de garimpeiros; posteriormente, elas foram canceladas pelo mesmo Governo Federal, após a morte de quase 1/5 da população indígena, face ao fato de que os garimpeiros carregam consigo alguns males do mundo “civilizado”, como o mercúrio e a malária, dos quais os índios não conseguem se defender. Em 2005, novamente os garimpeiros voltam às terras Yanomami trazendo novas doenças. Correspondência dirigida ao Ministro da Justiça e ao Ministério Público Federal pela Fundação Nacional da Saúde/Distrito Sanitário Especial Indígena Yanomami e Ye'kuana denuncia o fato e pede socorro, dado que a situação havia saído de controle quanto às condições sanitárias e ao número de garimpeiros entrados na área.<sup>12</sup>

No final da década de 1990, um decreto presidencial definiu a extensão da terra indígena, mas ignorou e não equacionou o fato de que dentro dela já haviam sido criadas anteriormente duas florestas nacionais e um parque nacional, esta última, uma unidade de uso incompatível com a vida indígena. Uma floresta nacional permite a exploração madeireira, o que já leva a conflitos, não só devido à interpretação que certos grupos (como os Yanomami) dão à floresta, mas também pela abertura de estradas, entrada de máquinas pesadas e outras alterações necessárias à exploração florestal; além disso, a caça, a pesca e outras atividades tradicionais dos índios são interditas em parques nacionais, embora elas não costumem abalar o ecossistema porque o consumo é reduzido.

Situações como essa são frequentes na Amazônia. Na Terra do Meio (extremo sul do Pará, entre dois grandes rios, Xingu e Iriri) concentram-se numerosos grupos e terras indígenas, a saber: as Terras Indígenas Cachoeira Seca, Kararaô, Arara, Baú, Kayapó (parte dela), Mekrañotire, Panará (parte no Pará e parte em Mato Grosso), Caiabi, Curuá, Xipaia, Munduruku, Sai Cinza e outros grupos situados em terras menores como Pimental, São Luís do Tapajós, Praia do Índio e Praia do Mangue, as duas últimas muito próximas da cidade de Itaituba, no Pará<sup>13</sup>. Além desses grupos indígenas, na Terra do Meio registram-se 5 Áreas de Proteção Ambiental (APA), duas Reservas Extrativistas (RESEX), sete Florestas Nacionais (FLONAs) e um Parque Nacional, compondo um complexo quadro de gente vivendo em terras sobrepostas e leis conflitantes.

Acresce que os cadastros de terras dos órgãos federais – Funai, Incra, Ibama e outros – não se conectam uns com os outros, ainda que pertencendo à mesma esfera de governo. E menos ainda com os cadastros dos órgãos de terra estaduais. Este

fato provoca novas sobreposições em cima das já existentes, agora envolvendo unidades de conservação estaduais, criadas por instituições diferentes, dando a elas usos distintos e, novamente, em muitos casos, antagônicos. Segundo o Ministério do Meio Ambiente, perto de um terço das áreas de conservação sofre problemas de sobreposições e, na maior parte dos casos, os usos legalmente permitidos por um ato legal competem com aqueles autorizados pelo de outra instituição sobre a mesma área. Do ponto de vista legal, a matéria é ainda apresenta pontos obscuros.

Entendo que, se o § 1º do Art. 231 da Constituição dispõe que são terras indígenas “[...] d) as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”; e que, da mesma forma, a Lei no. 6001 (Estatuto do Índio) não foi revogada, e seu artigo 22 estabelece caber “aos índios ou silvícolas a posse permanente das terras que habitam e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes”, a se levar em conta a hierarquia das leis, os atos legais posteriores e de nível hierárquico inferior que vedam tais práticas (caça, pesca, extrativismo vegetal) passam a ser nulos, sendo permitidas tais atividades.

No caso da ADI-MC 3540-1-DF. Relator: Min. Celso de Mello. Diário Oficial da União de 03.02.2006, o STF levou em conta o art. 225 § 1º, III da Constituição, que estabelece o direito dos originários índios, pelo que, entendeu que as Unidades de Conservação criadas posteriormente são nulas. Entretanto, esclarece o relator que aquela decisão resguarda somente a terra indígena já homologada (FISHER, 2007).

Fisher (op.cit.) menciona ainda outras posições sobre a matéria. A Funai, organizações e movimentos de defesa dos direitos indígenas e antropólogos defendem que todos os atos legais restringindo os direitos indígenas (o que inclui as Unidades de Conservação) são nulos, face ao que dispõe o art. 231 da Constituição. Mas, Carlos F. Marés de Souza Filho (SOUZA FILHO, 1998, p. 148, *apud* FISHER) alerta para o fato de que há lugares nos quais a preservação deve ser mantida e que, além disso, eles são anteriores à ocupação indígena. É o caso de “sítios arqueológicos e paleontológicos e cavidades naturais [...], a primeira fundamental à cultura e a última à natureza [...]”.

O Ibama dispõe a matéria em duas situações distintas: (a) no caso das terras indígenas já homologadas, em virtude do § 6º do art. 231, as partes das unidades de conservação sobrepostas às indígenas devem ser consideradas nulas; (b) no caso das partes das unidades que se sobrepõem a terras não homologadas, prevaleceria a hierarquia das leis.

## **9 A TERRA INDÍGENA NO DIREITO BRASILEIRO RECENTE**

Atualmente, as ações governamentais concernentes à terra indígena refletem a influência de uma política indigenista pendular e inconstante do Estado brasileiro, que oscila sob a influência maior ou menor de determinados segmentos da sociedade, que

pressionam num sentido ou noutro, dependendo do momento histórico em que vive o país e dos interesses dos grupos hegemônicos.

Embora a Constituição/88 estabeleça que as terras indígenas são aquelas tradicionalmente habitadas por eles, aquelas onde desenvolvem atividades produtivas e aquelas necessárias à sobrevivência física e cultural dos índios (art. 231); e no § 4º do mesmo artigo mencione que os direitos dos índios sobre essas terras são imprescritíveis, a questão não é tão simples quanto o dispositivo legal pretende. E o exercício do Direito quanto ao tema exhibe os caminhos e, também os descaminhos que uma ação pode tomar. Para uma análise mais completa, revendo os direitos dos índios desde o passado aos dias atuais, ver Souza Filho (SOUZA FILHO, 2004, 2006). A primeira dificuldade a enfrentar no que concerne à definição do espaço que constituirá uma terra indígena reside na comprovação de que ela é tradicionalmente ocupada pelo grupo e este é um ponto nevrálgico que tem provocado muitas questões na justiça.

O crescimento, a intensa mobilidade espacial da população brasileira e a rápida expansão da fronteira econômica na Amazônia tornam as terras indígenas sujeitas a invasões de toda a ordem, especialmente em decorrência da prática dos índios de deixar as terras por 20/30/40 anos em descanso, enquanto aguardam a recuperação da natureza. Esta prática vulnerabiliza as terras porque configura para fazendeiros, colonos, madeireiros, garimpeiros e outros que nelas pretendem se estabelecer, como se as terras estivessem abandonadas, o que não é o caso. O problema se agrava, sufocando os reclamos dos índios porque, dada a condição de minoria étnico-cultural, seus interesses se afiguram como menores ou secundários frente aos interesses econômico-financeiros da União, como a exploração de minérios (mas este não é o único caso), que gera recursos considerados necessários ao equilíbrio das contas nacionais, embora represente uma flagrante ameaça à integridade cultural e física dos índios da região.

Embora os direitos às suas terras sejam imprescritíveis, é preciso que os índios comprovem que as terras então ocupadas por terceiros, lhes pertenceram no passado, o que nem sempre é fácil ou possível quando outras atividades já se fixaram sobre elas, destruindo vestígios de uma cultura que não se caracteriza por construções físicas duradouras. Foi o que sucedeu com os índios Tembé, no Pará (e com muitos outros), que já vinham perdendo sucessivas parcelas de terra para posseiros que disputavam com eles partes das terras, além de pequenos e médios produtores rurais. A situação agravou-se quando a prefeitura municipal construiu uma estrada nas bordas da reserva, possibilitando a entrada de madeireiros. E tornou-se crítica quando o Incra instalou um assentamento dentro da reserva, que já estava demarcada desde a década de 1940. Face à impossibilidade de manterem nas parcelas reduzidas de terra a forma de vida anterior, acabaram por se converter em agricultores pobres.

Na justiça, a situação é igualmente difícil. Aí também, dois estatutos legais incidem sobre a terra – a posse agrária e a posse indígena e, com frequência um terceiro – relativo às áreas de proteção ambiental – se adita aos dois anteriores.

Os índios detêm a posse do solo e da cobertura vegetal das terras em que vivem, tendo, na condição de posseiros, direitos condicionados sobre elas, enquanto a União detém o domínio sobre o solo (terras) e o subsolo, sendo assim, proprietária legal de ambos. Mas, a tensão estabelecida em torno da terra indígena não se esgota na decisão quanto ao uso do solo e o usufruto da natureza que lhe recobre. Ela se desdobra em pelo menos dois níveis: o primeiro diz respeito ao solo, envolvendo a natureza visível, em que vivem os índios, já referido anteriormente; o outro se refere ao subsolo que, se não apresenta interesse direto para os índios, os afeta profundamente, na medida em que o subsolo interessa a garimpeiros e a grupos mineradores nacionais e internacionais.

A terra indígena tem sido objeto de contestação permanente por inúmeros setores da sociedade, em especial, o agrícola exportador (mas não apenas ele), o minerador, segmentos conservadores da sociedade, ligados a atividades econômicas ou não, o que inclui incontáveis profissionais liberais e amplos segmentos da classe média. Têm eles, de uma forma ou de outra, e fundados em razões diversas, defendido a apropriação privada das terras indígenas e uma destinação delas mais diretamente articulada ao mercado. A exploração do subsolo (mineração e garimpos) e dos recursos hídricos (inclusive para fins energéticos) em terras indígenas requer autorização concedida pelo Congresso Nacional, “ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada a participação nos resultados da lavra, na forma da lei” (Art. 231, § 3º). Mas, apesar da Constituição resguardar o direito dos índios às suas terras, a realidade concreta torna-as vulneráveis atingindo-as nos dois níveis – solo e subsolo. Em 1996 o Governo Federal, através do Decreto-lei no. 1775, passando ao largo do disposto na Carta Magna, retrocede em relação à matéria e, com uma simples mudança em procedimentos administrativos, abre possibilidades para inúmeros questionamentos quanto ao reconhecimento, à demarcação e à regularização de terras indígenas.

É que, no art. 2º, § 8º, o referido decreto dispõe que, desde o início do procedimento demarcatório os mais diversos interessados podem manifestar-se, apresentando razões instruídas com as provas pertinentes. Dessa forma, títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, podem servir, não apenas como motivo para pleitear indenização, demonstrar vícios no processo, mas também para questionar áreas indígenas, inclusive aquelas já homologadas. Assim, na prática, as terras indígenas sobre as quais a Constituição estabelece direitos imprescritíveis, ficam susceptíveis de questionamentos de várias ordens, da etapa inicial de novas demarcações até aquelas já homologadas anteriormente.

## **10 CONSIDERAÇÕES FINAIS – POR UM NOVO ETHOS SOCIAL E JURÍDICO PARA PENSAR OS ÍNDIOS**

Pensar o desenvolvimento do Brasil e da Amazônia (onde se situam mais de 90% das terras indígenas), e numa forma nova de alcançá-lo, implica em transitar no meio



dessa intrincada rede de interesses e de relações, o que não é fácil para nenhuma das partes nela envolvida. Mas a sociedade brasileira e da região amazônica precisam fazer novos percursos históricos na busca do desenvolvimento, sem encarar índios e outras populações tradicionais como bárbaros ou atrasados, nem tampouco como obstáculos em seu caminho. Bárbaros são aqueles que não reconhecem nem respeitam a humanidade e a individualidade do outro em sua diferença. Ou ainda “[...] o verdadeiro bárbaro é aquele que acredita na barbárie do outro” (WOLFF, *apud* NOVAES, 2004, p.42).

Ao invés disso, um novo conceito de desenvolvimento deve incorporar o direito que têm todas as coletividades de expressarem amplamente e em sua plenitude as particularidades que as caracterizam; o direito às várias gerações futuras de usufruir e de apreciar a natureza ímpar da região; de encarar populações tradicionais, natureza e direitos humanos como aliados na construção de uma sociedade multicultural e mais humanizada.<sup>14</sup>

Walzer (WALZER, 2003, p. 22), entende que numa sociedade plural não pode haver uma justiça única e um único critério legal para agir. E isto fica claro quando o mesmo diz que “uma distribuição é justa ou injusta em relação aos significados sociais dos bens de que se trate”. Ora, a terra para os índios tem um valor, uma representação, um significado cultural e histórico muito diferente da simples terra-mercadoria que a mesma tem para a sociedade capitalista. Daí porque ela não pode ser tratada no âmbito da Justiça, em nenhum caso, como um equivalente da terra como valor de mercado ou da terra como insumo na produção de lucros futuros. Mas ela o é, frequentemente, como decorrência da visão de mundo e da concepção de sociedade de quem decide. E, sobretudo, do tipo de racionalidade prevalecente de quem assume uma ação decisória – racionalidade capitalista, instrumental, de mercado, ou humanista e solidária. Vale lembrar Lévy Strauss (STRAUSS, 1993), ao mencionar que o verdadeiro conflito do encontro de diferentes culturas reside na forma de conceber e de lidar com as diferenças. Este é um primeiro ponto.

O segundo, decorrente do anterior, diz respeito às decisões quanto às terras indígenas no âmbito do Judiciário. Um exemplo é ilustrativo disso. Desde os anos 80 a construção a hidrelétrica de Belo Monte (no Pará/rio Xingu), vinha sendo adiada por falta de recursos; após a crise energética do final da década de 1990 entrou na pauta das prioridades. A usina hidrelétrica, se construída terá enormes proporções, devendo ser a terceira maior do mundo em potência, com 11 milhões de megawats, e deverá afetar a vida de vários grupos indígenas; prevê-se grandes danos ambientais, prejudicará sítios arqueológicos importantes e, se seguir o exemplo das demais, acabará deixando milhares de famílias desabrigadas ou migrantes desempregados após o término dos serviços de desmatamento e obras civis. Além disso, os benefícios para a região são irrisórios (no caso de Tucuruí, a maior parte da energia é subsidiada para as grandes mineradoras e os municípios no entorno ficaram altamente prejudicados<sup>15</sup>).

E, em meio a pouca discussão entre os interessados e as partes afetadas e muitos protestos, o Executivo vem lutando na justiça pelo direito de construí-la. Como as experiências da construção de hidrelétricas na região, tem sido desastrosas sob todos os pontos de vista – social, econômico, ambiental e mesmo quanto à utilidade (a de Balbina é praticamente inservível), a de Belo Monte, pela magnitude do projeto e dos impactos, tem sido a mais polêmica.

O Ministério Público Federal, movido por instituições de defesa dos direitos dos índios, populações tradicionais e populações afetadas, entrou com ação (na verdade com 3 ações) na Justiça Federal tentando impedir a continuidade dos trabalhos que estavam sendo feitos sem obediência aos trâmites legais, e também, alegando questão maior (de direitos humanos). Curiosamente, os estudos até então realizados mencionavam esforços para preservar os *tabuleiros de tartarugas* (praias de desova no rio Xingu), mas em nenhum momento referiam-se às várias etnias que vivem na área a ser inundada ou sob sua área de influência, às populações ribeirinhas e outras.

A Justiça Federal acatou a ação de embargo (e não é a primeira e talvez nem seja a última, já que ainda cabem recursos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal), mas em seguida os estudos foram sendo liberados. No curso do processo vários outros problemas surgiram, seguidos de novas ações e novos recursos. Ações de embargo, liberação, embargo, liberação, etc vêm sendo sucessivamente interpostas, removidas e renovadas ao longo de anos de luta judicial travada entre Governo Federal (Executivo), Justiça Federal, índios e organizações de defesa dos índios, movimentos de remanejados de barragens e outros segmentos. Em março de 2006, a Justiça Federal cancelou a liminar que impedia a realização de estudos ambientais, de engenharia e outros, necessários à implantação da hidrelétrica, alegando necessidade de aumentar o fornecimento de energia, permitindo, assim, o prosseguimento dos estudos visando a execução das obras. Posteriormente foi embargada e em 2009 novamente liberada.

Estudos realizados por cientistas ligados à área de energia elétrica têm divulgado amplamente e sem resultados, a possibilidade de uso de outras fontes de energia em substituição a este (quando seu uso não for aconselhável), como o gás natural, do qual o Brasil é um dos maiores detentores de reservas; ou ainda, através da renovação das redes de transmissão e distribuição de energia que, pela sua ancianidade, provocam enormes perdas de energia, que poderiam ser evitadas, compensando grandemente as possíveis faltas de energia (ANEEL, *apud* ARAÚJO, 2005),<sup>16</sup> o que resolveria vários problemas simultaneamente. Mas igualmente, eles não foram levados em conta, face ao interesse empresarial que estimula e pressiona em favor da construção de hidrelétricas. Novos estudos apontaram mais dois aspectos negativos da hidrelétrica: seu alto custo (cerca de 19 bilhões, segundo o jornal O Estado de São Paulo, 21.04.2010, caderno Economia, p. B6) e o fato de que a mesma ficará 4 meses praticamente sem funcionar devido ao período de estiagem anual na Amazônia, que

provoca a seca do rio Xingu. E, em meio a críticas e protestos, idas e vindas do Judiciário nas várias instâncias, seguidas de estudos científicos demonstrando os equívocos e riscos do projeto, a hidrelétrica é considerada como superior ao direito das populações e aos danos ambientais previstos.

A forma como os índios são vistos face ao projeto fica evidente quando se analisa alguns trechos da sentença que revogou o pedido de suspensão de uma das 3 ações civis públicas interpostas pelo MPF:<sup>17</sup>

[...] os interesses indígenas não poderão jamais soterrar o interesse público nacional. [...] o índio é só mais um brasileiro e assim deverá ser tratado. [...] se o Brasil não incluir os povos indígenas em um processo de integração (respeitando-se os aspectos culturais envolvidos), outros países o farão. [...] sob o pretexto de serem 'desvirtuados culturalmente', estas pessoas (os índios) são, na prática, submetidas a condições precárias de habitação e saúde, não lhes sendo permitido sequer terem noção dos direitos que possuem. E sugere, mais uma vez, a integração dos índios à sociedade para que tais culturas [...] sejam integradas e não petrificadas.

Portanto, a ideia de integração, a ideologia do progresso da região (que os números desmentem), estão muito presentes no Judiciário e em todos os níveis. Daí porque o projeto segue sem grandes alterações, passando ao largo da (já legalmente) reconhecida multiculturalidade brasileira. O Ministro-relator do processo Raposa Serra do Sol, citado neste artigo, ainda no mesmo voto relativo à matéria, menciona que os índios brasileiros não precisam se apoiar em tratados internacionais para resguardar seus plenos direitos porque:

[...] o nosso Magno texto federal os protege por um modo tão próprio quanto na medida certa [...] É a nossa Constituição que os índios brasileiros devem reverenciar como sua carta de alforria no plano sócio-econômico e histórico-cultural, e não nessa ou naquela declaração internacional de direitos, por bem intencionada que seja.

Se o ministro tem razão ao dizer que a legislação brasileira assegura plenos direitos aos índios (e seu ponto de vista está longe de ser isolado), como explicar decisões tão distintas do Judiciário sobre uma mesma questão?

No meu modo de ver a questão, se as dúvidas e discordâncias entre membros do Judiciário, nas mais diversas instâncias, não decorrem da legislação - posto que esta seria abrangente o suficiente para albergar as mais variadas situações -, então, há que se reconhecer a existência de uma fragilidade no ethos jurídico-social em que se apóiam os executores do direito. Não consigo ver no presente momento da vida brasileira, face à diversidade de decisões quanto aos direitos indígenas, no âmbito do

Judiciário, um ethos claro e inequívoco, capaz de proteger amplamente o índio e sua terra, entendendo-a a um só tempo como herança cultural e condição de sobrevivência social do grupo, e sem a qual, a etnia se vê desprovida de um elemento fundamental de sustentação. Ao contrário, vejo uma justiça que tem oscilado na questão, e que decide ora fundada em princípios humanistas mais duradouros, que buscam uma justiça compreensiva e plural; ora influenciada por uma lógica desenvolvimentista sem nuances e atenuantes e sujeita à variação das conjunturas sócio-econômicas e políticas que afetam o País. No caso de Belo Monte, tem ficado claro que os órgãos do Executivo responsáveis pelo projeto tem saltado etapas, abreviado outras legalmente instituídas e aberto poucos canais de comunicação e negociação com os atingidos; mas o projeto prossegue incólume, apesar das várias ações interpostas e sucessivamente rejeitadas.

É preciso lembrar que as teorias sobre a justiça social não podem estar desacompanhadas de um ethos próprio que possibilite sua concretização. No caso brasileiro, as permanentes controvérsias nas decisões do Judiciário, com deliberações seguidas de embargos e liberações em quase todos os casos de grande impacto sobre minorias, obrigam a inferir pela necessidade de se estabelecer um novo *ethos* (quando se trata da terra indígena), capaz de penetrar profundamente nos órgãos do Estado, orientando, assim, o exercício quotidiano da justiça em todas as instâncias, bem como a prática administrativa dos órgãos públicos quanto aos direitos das minorias.

Sucessivas decisões em favor e contrárias à execução de obras, fundadas em interpretações jurídicas diferentes, mas baseadas nos mesmos dispositivos legais, levam à conclusão necessária de que existe uma lacuna ética e epistemológica quanto à forma de pensar a cultura indígena pelo judiciário, o que possibilita avanços e recuos que, mesmo involuntariamente, provocam insegurança, pânico e desesperança no seio das minorias. Daí porque postulo a necessidade do estabelecimento de um novo ethos jurídico e social, a ser desenvolvido pelo Judiciário, e em especial pelo STF, de forma a irradiar por todo o sistema jurídico um novo sentido de democracia – amplo, profundo, sem ambiguidades, apoiado em novos princípios de sociabilidade e igualdade –, capaz de derramar sua grandeza social sobre as minorias, mesmo aquelas que, como os índios, desde séculos se refugiaram nos confins das matas amazônicas fazendo delas seu último refúgio.

Um terceiro ponto diz respeito à sociedade nacional e à identidade indígena. Dois aspectos precisam ser destacados: fazer parte da sociedade nacional como protagonista de sua própria vida não deve implicar para os índios na perda da própria identidade. Ao contrário, é preciso compreender que a riqueza de um país não está representada nos seus recursos naturais, especialmente os minerais, como pensavam os teóricos mercantilistas do passado; ou como os liberais clássicos dos quais Adam Smith foi o mais destacado (séc. XVIII), segundo o qual a *riqueza das nações* estava na produção, na iniciativa individual dos empresários e no mercado que, com sua *mão invisível*, zelaria

pelo bem-estar social. Ao contrário, um dos ganhos do pensamento filosófico do século XX foi nos fazer compreender que a verdadeira *riqueza das nações* consiste em derramar sobre os cidadãos de cada país uma democracia plena, enraizada numa justiça social profunda. Assim, ser verdadeiramente moderno não implica em ser um país rico materialmente, mas em dotar seus cidadãos de uma plenitude de direitos.

Para finalizar, creio caber ao judiciário a iniciativa de explicitar e de imprimir este novo ethos jurídico-social, no cotidiano de suas decisões relativas aos índios e demais grupos minoritários. Este papel concerne especialmente ao Supremo Tribunal Federal por duas razões, pelo menos. Em primeiro lugar, porque o poder que emana do mesmo nas decisões comuns, mas sobretudo, quando se trata de firmar jurisprudência sobre uma questão controvertida como a questão indígena, torna possível fazer com que tais decisões preencham os poros do Judiciário em todas as demais instâncias secundárias, clarificando temas e pacificando querelas, definindo um novo ethos. E, em segundo lugar, cabe ao STF este relevante papel face à respeitabilidade de que se revestem as decisões que dele emanam.

Imprimir um novo *ethos* em todos os campos do direito e da justiça é, sem dúvida, uma tarefa árdua, difícil e incessante; mas humana e gratificante. A complexidade atual da vida brasileira desafia e exige do Judiciário a responsabilidade de estabelecer um novo pacto social, a ser instituído com o fim de construir uma democracia multicultural, profunda e ampla, para que ela se derrame e se exerça desde as grandes cidades até os rincões mais afastados do poder e da justiça, como os povoados, vilas e aldeias amazônicas. É pugnando no cotidiano contra os interesses e pressões dos grupos econômicos ou conservadores que o Judiciário brasileiro conseguirá outorgar uma cidadania plena e profunda à sociedade – uma sociedade reconhecidamente complexa e plural; que exige do Judiciário um esforço extraordinário para compreender as necessidades distintas de cada grupo social em cada canto do País. É preciso um contrato social moderno, que faça a filosofia do direito descer das páginas dos livros para as folhas dos processos que circulam no Judiciário; missão difícil mas realizável, como demonstrou a Itália nas décadas de 1970 e 1980, quando desencadeou o movimento “Mãos Limpas”. Apoiado num novo *ethos* jurídico-social – que se viabilize pelas vias administrativo-burocráticas do dia-a-dia, o Judiciário conseguirá que as ideias difusas de democracia convertam-se em direitos concretos, capazes de alcançar individualmente cada brasileiro, de qualquer etnia, transformando o Brasil, de fato, num país pluricultural e pluriétnico. Quando alcançar este objetivo, o Brasil poderá se dizer realmente moderno; não pelos avanços tecnológicos que conseguir desenvolver e exibir como resultado da acumulação de capitais e bens materiais diversos; mas como um país que abriga a todos em seu espaço multicultural, diferenciado e igualitário.

**NOTAS**

1 Doutora em Sociologia pelo Institut des Hautes Études de L'Amérique Latine - Universidade de Paris III; Mestre em sociologia pela UNICAMP; Profa. do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais e do Programa de Pós-Graduação em Direito, ambos da Universidade Federal do Pará.

2 Dados cadastrais do Incra e IBGE, trabalhados em pesquisa realizada pela FAPESP/UNESP e apresentados no *Atlas da Questão Agrária Brasileira*, mostram que em 2003/Brasil havia 22 imóveis rurais (registrados) com mais de 100.000 ha; de 50 000 a 100000 havia 32; de 20.000 a menos de 50.000 havia 294; e de 10.000 a 20.000 havia 635 imóveis. Os dados não mostram a junção de várias fazendas por um mesmo proprietário, nem as imensas fazendas existentes na Amazônia, formadas com origem em grilagem de terra, que ultrapassam de muito essas dimensões. No ano 2000 somente em terras federais havia 1438 imóveis (pessoas físicas e jurídicas) que somavam 46.156.619 ha com suspeita de grilagem, sendo 479 na Amazônia, somando 24.399.977 ha. (Fonte: Incra: Proj. Coop.Técnica INCRA/FAO-Proj.UITF/BRA/051/BR; disponível em [www.greenpeace.org.bra.perfil.de.prop.rurais.INCRA-FAO.pdf](http://www.greenpeace.org.bra.perfil.de.prop.rurais.INCRA-FAO.pdf) (Acesso em 21.10.2009). A estimativa é a de que nos estados as fraudes sejam muito maiores e mais numerosas.

3 Segundo dados do PNUD/2005 os estados da região apresentavam IDHs muito baixos: Amazonas – 0,780, Pará – 0,755, Amapá – 0,780, Roraima – 0,750, Acre – 0,751, Rondônia – 0,776, Tocantins – 0,756, estando muito próximos dos índices dos estados do nordeste, exceto os do Maranhão e Alagoas, que se apresentavam entre os mais baixos IDHs do Brasil (0,683 e 0,667, respectivamente). Disponível em: [www.scrbd.com/doc/6080766-Indice-de-Desenvolvimento-Humano-dos-Estados-Brasileiros](http://www.scrbd.com/doc/6080766-Indice-de-Desenvolvimento-Humano-dos-Estados-Brasileiros). Acesso em: 01.10.2009.

4 O Amazonas sofre menos impactos porque a Zona Franca de Manaus concentra população, emprego e renda, evitando a expansão da fronteira dentro do estado.

5 O total de terras indígenas no Brasil é de 673 (1.099.744 km<sup>2</sup>, ou 12,92% de todo o território nacional), das quais 409, ou seja, 98,61% localizam-se na Amazônia e destas 187 encontram-se em faixas de fronteira. Disponível em: <http://pib.socioambiental.org/pt/c/terras-indigenas/demarcacoes/localizacao-e-extensao-das-tis>. Acesso em: 01 set 2009.

6 Os Kayapó da Terra Baú perderam 300 mil ha quando tiveram que assinar em 2003 um Termo de Conciliação e Ajuste de Conduta (HECK; LOEBENS; CARVALHO, 2005). E agora vão ser novamente afetados pela construção da hidrelétrica de Belo Monte, assim como os Juruna, os Xikrin (mais próximos da barragem) e talvez outros que devem ser removidos para outras áreas. Vários grupos tem perdido terras quando, de acordo com o art. 225 § 1º, III da Constituição, as alterações e reduções de áreas especialmente protegidas (é o caso das indígenas, de quilombolas e outras) só são válidas mediante leis, mas nunca através de acordos ou outro instrumento.

7 Denúncia do prefeito de Óbidos ao jornal *O Liberal*, Belém, p.5, 30 de maio de 2005, cad. Atualidades.

8 Entrevista realizada com técnicos da Secretaria de Estado de Meio Ambiente do Amapá em 2008.

9 Conforme denúncia da Comissão Pastoral da Terra/Marabá, 2001; In: PINTO, Jax Nildo Aragão. *Terra do Meio: estudo de caso na nova fronteira amazônica*. Belém: Universidade Federal do Pará, 2005, originalmente apresentado como dissertação de Mestrado no Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas.

10 A composição do PIB per capita, segundo grandes regiões em 2004 era a seguinte, em milhões: Sudeste: 970.245; Nordeste: 248.445; Sul: 321.781; Centro-Oeste: 132.727 e finalmente a Região Norte com apenas – 93.423. (Fonte: IBGE/Diretoria de Pesquisas/Contas Regionais do Brasil, Tabela 4). Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/contasregionais/2004/notastecnicas.pdf>. Acesso em 10.05.2010.

11 A Lei no. 9985/2000 (regulamentada pelo Decreto no. 4.340/2002), cria o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e divide as unidades em duas categorias: *de proteção integral* (não podem ser alteradas pela ação humana; são elas: Estações Ecológicas, Reservas Biológicas, Parques Nacionais, Monumentos Naturais e os Refúgios de Vida Silvestre) e *de uso sustentável* (podem ser manejadas sob critérios estabelecidos; são elas: Áreas de Proteção Ambiental, Áreas de Relevante Interesse Ecológico, Florestas Nacionais, Reservas Extrativistas, Reservas de Fauna, Reservas de Desenvolvimento Sustentável e as Reservas Particulares do Patrimônio Natural). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9985.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9985.htm). Acesso em: 01.07.2009.

- 12 Texto integral da mesma disponível em: [www.ocioambiental.org.nsa/doc/20072005/html](http://www.ocioambiental.org.nsa/doc/20072005/html). Acesso em 18.10.2010.
- 13 Consulta direta aos técnicos, arquivos e mapas da Funai-Belém, 2005.
- 14 Sobre a epistemologia multicultural ver SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. São Paulo-Bauru: Edusc, 1999.
- 15 Em 1980, antes da construção da hidrelétrica, a população de Tucuruí era de 61.140 hab. Em 1991 havia alcançado 111.667 hab e a crise de emprego, escola, saúde, segurança e outros serviços era enorme. Fonte: Censos Demográficos 1980 e 1991. R.J.: IBGE. Os índios Parakanã, Araweté e Assurini haviam sido removidos e as populações não índias não haviam sido reassentadas, tal como fixado nos acordos; as populações dos municípios próximos continuavam sem energia da usina porque esta havia sido direcionada para as mineradoras e para Belém e a Eletronorte não havia feito as redes rebaixadoras de energia para atendê-las por considerar anti-econômico, dado o baixo consumo das populações pobres do entorno. Este tem sido o modelo das várias hidrelétricas construídas na região. Dados disponíveis em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/contasregionais/2004/notastecnicas.pdf> e inúmeras outras fontes.
- 16 As perdas globais de energia no Brasil em 2005 correspondiam a 15% do total produzido, sendo a maior parte decorrente da energia dissipada entre a usina e o ponto de fornecimento, das redes de distribuição urbanas e transformadores antigos ou deficientes, de problemas de administração das empresas e de eventuais questões climáticas. ARAÚJO, 2007. Fonte dos dados básicos: ANEEL, 2005.
- 17 Sentença. Proc. 2006.39.03.000711-8 (fl.41,43). Herculano Martins Nacif, Juiz Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Altamira/Pa. In: ARAÚJO, op.cit. pp.111-120.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Antônio Carlos Marques de. *Perdas e Inadimplência na Atividade de Energia Elétrica no Brasil*. Disponível em: [http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Tese\\_AntonioCarlos.pdf](http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Tese_AntonioCarlos.pdf). Acesso em: 16 out 2010. Originalmente apresentada como tese de doutoramento: UFRJ/COPPE, 2007.
- ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos na pós-modernidade*. São Paulo: Perspectiva, 2005.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato brasileiro*. São Paulo: Edusp, 1975.
- FISHER, Luly R. da Cunha. *Os recortes na terra dos "Filhos do Guaraná": implicações jurídicas das sobreposições de Unidades de Conservação na terra indígena Andirá-Maraú*. Belém. Seminário Formação Jurídica e Povos Indígenas – Desafios para uma educação superior. 2007. Disponível em: [www3.ufpa.br/juridico/Os\\_Recortes\\_Na\\_Terra\\_dos\\_Filhos\\_Do\\_Guaraná](http://www3.ufpa.br/juridico/Os_Recortes_Na_Terra_dos_Filhos_Do_Guaraná). Acesso em: 23 jun 2009.
- HECK, E; LOEBENS, F; CARVALHO, P. Amazônia indígena: conquistas e desafios. *Estudos Avançados – Dossiê Amazônia Brasileira I*. vol. 19, no. 53, jan-abr, 2005.
- HORKHEIMER-ADORNO. Conceito de Iluminismo. In: BENJAMIN, Walter; HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W.; HABERMAS, Jurgen. *Textos escolhidos*. São Paulo : Abril Cultural, 1980, pp. 89-116 (*Os Pensadores* ; n. 48).
- LÉVY-STRAUSS, Claude. *História de Lince*. São Paulo: Cia. das Letras, 1993.
- LOUREIRO, Violeta R. *Amazônia: Estado, homem, natureza*. Belém: Cejup, 1992.
- MARTINS, J. S. *Fronteira – a degradação do outro nos confins do humano*. São Paulo: Hucitec, 1997.
- ORLOVE, Benjamin; BRUSH, Stephen. Anthropology and Conservation of Biodiversity. *Annual Review of Anthropology*, vol. 5, 1996, pp. 329-352.
- PINTO, Jax Nildo Aragão. *Terra do Meio: estudo de caso na nova fronteira amazônica*. Belém: Universidade Federal do Pará, 2005. Originalmente apresentado como dissertação de Mestrado no Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais, Instituto de Fil. e Ciências Humanas, 2005.
- POUTIGNAT, P.; STREIFF-FENART, J. *Teorias da etnicidade*. São Paulo: Editora da Unesp, 1998.
- RIBEIRO, Darcy. *Os Índios e a civilização – a integração das populações indígenas no Brasil moderno*. Petrópolis: Vozes, 1970.
- RICARDO, C. A. (org.). *Povos indígenas do Brasil 1991-1995*. São Paulo: Inst. Socioambiental, 1996.
- \_\_\_\_\_. (org.). *Povos indígenas do Brasil 1996-2000*. São Paulo: Inst. Socioambiental, 2000.
- ROLLA, Alicia; RICARDO, Fanny. *Terras indígenas & unidades de conservação: o desafio das sobreposições*. São Paulo: Instituto socioambiental, 2004.

- SCHWARTZMAN, Simon. *Bases do autoritarismo brasileiro*. Rio de Janeiro: Campus, 1988.
- SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. São Paulo-Bauru: Edusc, 1999.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marès. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Reconhecer para Libertar*. Porto: Afrontamento, 2004.
- SOUZA FILHO, C. F. M. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2006.
- VIDAL, Lux. *Morte e vida de uma sociedade indígena brasileira*. São Paulo: Hucitec /Edusp, 1997.
- WALZER, M. *Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003 (Coleção Justiça e Direito).
- WOLFF, Francis. Quem é bárbaro? In: NOVAES, Adauto (org.). *Civilização e barbárie*. São Paulo: Cia das Letras, 2004, pp. 19-43.

*Violeta Refkalefsky Loureiro*

Rua Augusto Corrêa, n. 1  
Guamá – 66035-400  
Belem – PA – Brasil  
[violeta.loureiro@ig.com.br](mailto:violeta.loureiro@ig.com.br)

DOUTORA EM SOCIOLOGIA PELO INSTITUT DES HAUTES ÉTUDES  
DE L'AMÉRIQUE LATINE - UNIVERSIDADE DE PARIS III.  
MESTRE EM SOCIOLOGIA PELA UNICAMP.  
PROFESSORA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS  
SOCIAIS E DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ (UFPA).



## THE IMPACT OF THE NEW LABOR LAW IN CHINA: NEW HIRING STRATEGIES FOR FOREIGN FIRMS?

*Gayle Allard and Marie-José Garot*

O IMPACTO DO NOVO DIREITO TRABALHISTA NA CHINA: NOVAS ESTRATÉGIAS DE CONTRATAÇÃO PARA EMPRESAS ESTRANGEIRAS?

### RESUMO

O NOVO DIREITO TRABALHISTA CHINÊS TRANSFORMOU AS RELAÇÕES DE TRABALHO FORMAIS CRIANDO PADRÕES SIMILARES AOS DE MUITOS PAÍSES EUROPEUS. SE ESTE DIREITO FOR POSTO EM PRÁTICA DE MANEIRA CONSISTENTE, PODERÁ SIGNIFICAR ALTA INFLAÇÃO, O SURGIMENTO DE UM MERCADO DE TRABALHO DUAL E DE UM AUMENTO DAS DESIGUALDADES, ALÉM DE NOVAS ESTRATÉGIAS PARA INVESTIDORES ESTRANGEIROS.

### PALAVRAS-CHAVE

CHINA; DIREITO TRABALHISTA; RELAÇÕES DE TRABALHO.

### ABSTRACT

CHINA'S NEW LABOR LAW TRANSFORMS THE FORMAL WORK RELATIONSHIP TO STANDARDS THAT ARE SIMILAR TO MANY MODERN EUROPEAN COUNTRIES. IF IT IS CONSISTENTLY ENFORCED, IT COULD MEAN HIGHER INFLATION, A DUAL LABOR MARKET AND HIGHER INEQUALITIES FOR CHINA, AND NEW STRATEGIES FOR FOREIGN INVESTORS.

### KEYWORDS

CHINA; LABOR LAW; WORK RELATIONSHIP.

### INTRODUCTION

China enacted in 2007 three laws that reform its labor market and amend specifically the 1994 Labor Law: the Labor Contract Law, the Law on Mediation and Arbitration of Labor Disputes, and the Labor Promotion Law. The objective was to promote “social harmony” and end widespread abuse of workers who had no contracts and hence no rights. Together, the laws make China’s labor market more rigid and transform the formal work relationship to standards that are similar to many modern European countries. While the laws now extend basic rights to all Chinese workers, if they are consistently enforced, they could cause higher inflation or lower employment, and pressures toward a dual labor market, aggravating inequalities in China and leading foreign investors to select different approaches to hiring.

We propose to deal first with the social and legal context that explains why the 1994 Labor Law in China needed reform. Second, we focus on the changes introduced

by the three laws that affect the labor market. Finally, we discuss how the new labor context may affect business strategy and economic outcomes in China.

### **I THE SOCIAL AND LEGAL CONTEXT**

As rapid economic growth and urbanization transformed the Chinese labor landscape and ended lifelong jobs in the state sector, millions of workers—supposedly the core of the political system—were left unprotected. Nonpayment or irregular payment of wages was widespread,<sup>1</sup> workers without contracts lacked any guarantee of basic rights in the workplace, and severe competition clauses as well as “bond” payments to their employers limited their ability to change jobs.

Chinese authorities had already made an effort to protect workers with a 1994 law (the Labor Law of the People’s Republic of China, effective January 1, 1995), which marked a great change in Chinese labor policy. As Kinglun Ngok (2008) explains:

[...] the last two decades of the last century witnessed the most important changes in China’s labor policy, that is, the replacement of lifelong employment with contract-based employment and the replacement of government job assignment with the labor market. Such changes indicate the paradigmatic shifts of China’s labor policy in the reform era.

The 1994 labor law established rules on working time (maximum of 44 hours and six days of work per week), paid holidays (at least four) and annual vacations (amount unspecified), paid maternity leave (90 days), overtime pay and settlement of labor disputes. It protected women and underage children (under 16) from doing certain types of work, and established the principle that there should be no discrimination in hiring on the basis of religion, sex, nationality or race (but not political beliefs). It also created minimum wages. The law defined three types of labor contracts: fixed-term contracts, flexible-term or indefinite contracts, and contracts for a specified amount of work. It set out some basic parameters for those contracts, although it left the amount of compensation for dismissal to the specific terms of the private contract.

The law, however, left many gaps that needed to be addressed. First of all, it discussed termination of the labor contract but failed to specifically regulate the creation of the contract, such as when it was considered legally valid or how it could be changed. Nor did it regulate some of the most problematic practices, such as the payment of “bonds” or deposits by workers to their employers that were nonrefundable if they left the firm, the practice of hiring workers for long periods on successive fixed-term contracts, and some practices such as non-competition clauses that barred workers from seeking jobs with competing firms. The 1994 law gave no protection to workers with-

out contracts, and did not regulate specifically part-time work. Since contracts were not explicitly required for all jobs, private companies and State-Owned Enterprises (SOEs) alike hired many workers without giving them contracts (Kinglun Ngok, 2008). Moreover, the 1994 Labor Law had no efficient enforcement mechanisms.<sup>2</sup>

As often occurs with Chinese legislation, the law also lacked precision and clarity, and local governments in many cases stepped into the gap, passing regulations that caused the law to be applied differently in different jurisdictional areas. As Cooney and others note (2007), “this has meant that there are significant inconsistencies between labor laws in different parts of China, despite the fact that China is, constitutionally, a unitary state, with uniform laws throughout the mainland area.”

Most importantly, the 1994 law left millions of workers unprotected, especially internal migrant Chinese who enjoyed few rights and often did not have work contracts.<sup>3</sup> Many authors highlighted the frequent mistreatment of workers,<sup>4</sup> especially these migrants. Besides unsafe working conditions, some of the key problems were irregular payment of wages<sup>5</sup> and excessive working hours (in the construction sector, for instance, hours per week were often closer to 80). To end these abuses and head off widespread dissatisfaction and potential social unrest, the Chinese authorities in 2007 adopted in rapid succession three laws aimed basically at strengthening workers’ rights.

## 2 THREE NEW LAWS TO IMPROVE LABOR LEGISLATION IN CHINA

The three laws issued in 2007 and taking effect in 2008 were aimed at addressing the shortcomings of the earlier labor law, promoting the government’s vision of “social harmony” (Harper Ho, 2009; YU-Fu Chen and Michael Funke, 2008) and defending the rights of workers, paradoxically the less favored class in a still officially Socialist country.<sup>6</sup> The Labor Contract Law<sup>7</sup> was adopted by the Standing Committee of the National People’s Congress on June 29, 2007 and became effective on January 1, 2008. The Law on Mediation and Arbitration of Labor disputes was adopted by the Standing Committee on December 29, 2007 and came into force on May 1, 2008, and the Labor Promotion Law was approved on August 30, 2007 and became law on January 1, 2008. Additionally, the State Council enacted a Regulation on Paid Annual Leave for Employees on December 7, 2007 that took effect on January 1, 2008. The most important of the three is the Contract Labor Law, which was unusually visible to the public in its drafting phase, probably indicating that the government wanted to give it wide public coverage.<sup>8</sup>

### 2.1 THE LABOR CONTRACT LAW

Rather than replacing the earlier law, the Labor Contract Law attempts to fill its gaps. The law requires that basically any labor relationship should have a written contract (fixed term, continuing, or contract for a specific task). Any employment

relationship must be formalized in writing within a month after work begins, with penalties if the procedure is not respected: the employee receives double pay starting in the second month until the contract is drawn up and signed. If there is still no contract after a year, the labor relationship is automatically considered to be indefinite or open-ended, with all the rights (especially regarding layoffs) associated with this kind of contract. The new law also requires that fixed-term contracts should be transformed into indefinite or open-ended contracts after the second renewal.<sup>9</sup> Contracts must cover working hours, overtime payment, remuneration, social insurance, working conditions, probationary period, and training.

The new law thus promotes a series of rights that stem from a contractual employment relationship: remuneration, social security and welfare benefits (retirement, illness or injury, work-related disabilities or occupational disease, unemployment, maternity leave), payment of overtime work and severance pay.

One change especially important for employers is that the new law specifies required severance payments for dismissals. Any dismissed worker is to be paid one month's wages for each full year or fraction of the year that he/she has been employed. (Previously, these payments were required but no amount was specified; their size was agreed privately in the contract between the employer and employee.) To keep severance payments from rising too high, a cap is placed on the amount for employees earning higher wages: if the monthly wage is more than three times the average in the region, severance pay is capped at 12 months times three times the regional average monthly wage. The law also regulates temporary work agencies or "staffing firms" for the first time, with few limitations except that pay cannot be lower than the minimum in the company where the workers are being placed; and that the period of the contract cannot be less than two years. The law sets a new requirement, which is that firms that are found to have dismissed workers unfairly must readmit them or pay additional compensation.

Another novelty of the 2007 law is its restrictions on collective dismissals, which begin when an employer dismisses 10% or more of the work force (or 20 or more employees). (It is not clear whether all layoffs must occur at the same time to be considered collective, or whether the terms of the law apply if 10% of the work force is dismissed over a period of months.) A mass layoff can be conducted if the company is experiencing severe financial, production or operations problems or is undergoing a major transformation; or if there has been a material change in the objective economic circumstances that existed when the original contracts were signed. The new law requires companies to 1) make a layoff plan specifying who is to be affected; 2) consult for 30 days with unions or workers' representatives; and 3) report the proposed layoffs to local labor authorities before 4) implementing them. No approval is necessary under the law, although some regions (*e.g.* Shanxi province) are now requiring official approval for large mass layoffs.

The 2007 law specifically mentions workers' bonds, non-competition requirements and non-solicitation of workers by competitors, and confidentiality rules. It strengthens enforcement with new mechanisms affecting both workers and employers. In some cases, noncompliance is not only a civil liability but also a penal liability.<sup>10</sup>

As the global crisis erupted and unemployment rose,<sup>11</sup> and as some employers complained about the excessive burdens of the new law, steps were taken at national and local levels to seek a balance between the newly enhanced protection of workers and the interests of employers. In September 2008, the State Council implemented "regulations for the PRC Employment Contract Law" in an effort to clarify some ambiguities over the termination of employment contracts and placement and introduce flexibility, in hopes of avoiding layoffs. The Supreme People's Court<sup>12</sup> in 2009 explicitly invited local people's courts to consider the global economic context as well as social harmony when handling labor disputes, which had increased dramatically. The implication was that they should be less strict in applying the provisions of the new law if it could result in company shutdowns. Some local governments (Guangdong<sup>13</sup> was the first) have also adopted local regulations to provide clarification and details on some issues of the law. Joanna Law (2008) explains:

Article 1 in fact addresses just what the Employment Contract Law failed to. On the one hand, the Employment Contract Law's initial aim was to protect both employer and employees benefits; however the consequence of the law was the shutting down of factories. Requirements such as offering employees open term contracts are difficult for employers to comply with. While employees cannot be terminated without specific cause, it is reported that such a requirement significantly increases employers' burden as well as their operational expenses. Employers who cannot afford the sudden increase of expenses face bankruptcy, leaving employees out of work. The intention of the law and the social effect were therefore at opposite ends of the spectrum.

## 2.2 THE LAW ON MEDIATION AND ARBITRATION OF LABOR DISPUTES

To handle labor disputes, the new Law on Mediation and Arbitration of Labor disputes left in force the same approach: "one mediation, one arbitration and two trials",<sup>14</sup> meaning that any labor dispute has to be solved first by mediation, then by arbitration if the mediation fails, and finally by courts (with a two-trial system) if the arbitration fails. It adds some basic changes, however, that benefit workers. It opens the range of disputes that can be referred to arbitration to almost any issue: Article 2 refers to potential disputes arising from the employment relationship, working hours, rest and holidays, medical cost for injury at work, economic compensation or damages. The period of time for bringing a claim is extended from 60 days to one

year from the time a dispute arises (art.27), and no time limit is imposed on claims involving employee remuneration if the employee is still employed by the relevant company. Article 6 and Article 39 increase the burden for employers to provide evidence relating to employment disputes (Jiangang Li, 2008). They both state that “if the employer fails to provide evidence by the specified deadline, such failure shall be held against him”. Finally, employers are only permitted to appeal awards on remuneration, severance pay, damages, working hours and leave and social insurance if they can show that the law was applied erroneously, evidence was false or statutory procedure was not correctly followed.

The new legislation on dispute resolution opened a floodgate of complaints: the Ministry of Human Resources and Social Security stated that labor disputes in 2008 rose to 693,000, a near doubling of cases from a year earlier. According to the 2009 Annual Report of the Congressional Executive Commission on China, “Reports on disputes in 2009 show that this rapid rate of increase is continuing and that the explosion of disputes is particularly apparent in coastal cities and provinces, including Beijing, Shanghai, Jiangsu, Zhejiang and Guangdong”.<sup>15</sup> In the Pearl Delta alone (Law, 2009), “more than 60,000 applications had been made for arbitration by the end of 2008, according to the arbitration office of the Guangzhou Labor and Social Security Bureau”. Joanna Law (2009) says this increase is due not only to the new provisions of both the Contract Labor Law and of the Law on Mediation and Arbitration of Employment disputes, but also because “employees have been encouraged by the fact that they can now file labor arbitration cases free of charge”.

### **2.3 THE LABOR PROMOTION LAW**

In addition to the Labor Contract Law and the Law on Mediation and Arbitration of Labor Disputes, the Standing Committee enacted a “Labor Promotion law” in 2007 that is a further step toward the objective of achieving social harmony in the People’s Republic of China, and a possible reflection that employment in at least some areas was becoming a problem. Article 1 states that “the law has been formulated with a view to promoting employment, promoting the balance between economic development and the expansion of employment opportunities, and promoting social harmony and stability”. Following the Chinese legal tradition of considering law more as a policy tool than a normative act, the two first chapters invite the government at all levels (national, provincial and local) to “treat the expansion of employment as a major objective of economic and social development, include it in the national economic and social development plan and formulate the medium- to long-term plans and annual working plan for employment promotion”. In that sense, Article 11 proclaims that “the people’s government at and above the county level shall prioritize the expansion of employment and shall plan as a whole and coordinate the relevant industrial and employment policies”. Article 17 foresees preferential

tax treatment to encourage companies to comply with the law. The law also outlaws discrimination in the workplace against women, ethnic groups, disabled persons, carriers of infectious diseases and rural workers (Articles 27-31). People's governments at all levels are to provide employment assistance to persons with difficulties obtaining employment and disabled persons (Articles 52 and 55). Workers may present a complaint to the people's court if they encounter discrimination in employment that violates the provisions of this Law (Article 62). Finally, the law obliges firms to set aside training budgets for staff and workers according to relevant state provisions, to provide vocational training and continuing education (Article 47).

### 3 IMPLICATIONS OF THE LAW FOR EMPLOYERS – A SHIFT TO NEW HIRING STRATEGIES?

Although the new Chinese labor law does succeed in better protecting workers, it also marks a major step in the direction of a more rigid labor market for China. From the perspective of employment protection, the 1994 law was relatively flexible. Although it was more restrictive than modern U.S. law, it was similar in overall impact to modern Canada, or to several European states (Germany, Italy, Austria) in the 1950s, before successive regulation made their labor markets rigid.

In contrast, the 2007 Labor Contract Law moves China into the range of countries that are considered to have highly regulated labor markets, such as present-day Spain, Belgium, the Netherlands, Finland or Germany. Nearly all of its provisions make contracts more restrictive. The law's limits on temporary hiring are a further constraint. Previously, any employee who had worked under fixed-term contracts for 10 years – a long period compared to modern European legislation – could demand and receive an open-ended, or indefinite, labor contract. Under the new law, no more than two temporary contracts can be agreed between a worker and an employer before the worker has the right to demand an indefinite contract. This is more restrictive than in many European nations.

The severance payments which are set for the first time by the new law are also relatively high: they are comparable to those required in Spain and Portugal, which are among the OECD's most rigid labor markets. The restrictions on collective dismissals do not add to the severance payments, but they do introduce delays and administrative procedures that make layoffs more costly for businesses. As noted above, some regions (*e.g.*, Shanxi province) are now requiring official approval for large mass layoffs, which will make procedures even more cumbersome. Again, these provisions will cause companies to think twice before expanding their permanent work force, since the cost of adjusting it is now both higher and more uncertain.

At least on paper, then, China's new law marks a change in its labor regulations toward a rigid labor market. Compared with other Asian developing countries like

Vietnam, it is now more regulated: although Vietnam has more onerous severance pay requirements, temporary work, temporary work agencies and collective dismissals are basically unregulated in Vietnam. Both countries now do require firms to reinstate employees who are dismissed unfairly.

Table 1 below provides our calculation of what the score for China would be on the Employment Protection Legislation (EPL) indicator, which was developed by the OECD to gauge the strictness of labor laws on a scale of 0 to 5 (0 would represent a completely deregulated market and 5 would indicate extreme rigidity). As the table shows, the 2007 law moves China from a fairly deregulated market to one that could be considered as restrictive as some of the most protective European economies, and much more restrictive than the United States.

**Table 1:** Employment-Protection Legislation score for China and selected countries using OECD methodology

	CHINA 1994	CHINA 2007	USA	VIETNAM	ITALY	FRANCE	SPAIN	GERMANY
<b>OVERALL EPL SCORE</b> (higher = more restrictive)	1.2	2.38	0.65	1.96	2.09	2.74	3.33	3.41

Source: OECD *Employment Outlook 2004*, National laws, own calculations. Original EPL indicator presented in *OECD Jobs Study 1994*.

How could the law affect companies doing business in China? There is debate over how sensitive foreign investors are to labor-market rigidities. The United Nations World Investment Report in 1998 set out labor market regulations as one of the determinants of FDI, along with social and economic factors. Some studies have found a clear negative association between labor costs and FDI (see, for instance, Cooke and Noble, 1998 or OECD, 2000). Rigid labor market regulations are often considered to be a negative feature of countries in the eyes of potential foreign investors (see Dewit *et al* 2003). There is also evidence that labor-market flexibility improves financial performance and raises productivity at the firm level (see Ichniowski et al., 1996). However, it is impossible to overlook the fact that much of the world's FDI flows to countries with strong employment rights and relatively rigid labor markets.

Experience with rigid labor markets in both developed and developing countries suggests that the changes set in motion by the 2007 law in China could have numerous effects on the local economy, which could influence the hiring strategies of multinational investors. These include the dualization of the labor market due to more outsourcing of tasks to staffing firms and greater temporary and part-time employment within the



limits permitted by the law —; higher labor costs due to longer and more cumbersome adjustment processes; greater power to collective bargaining units; and either more layoffs if the economy turns downward, or higher wage inflation if it overheats. All of these changes could have a negative impact on current or potential foreign investors.

### 3.1 DUAL LABOR MARKET

The new Chinese labor law makes it more difficult for companies to rely on fixed-term contracts as an “escape valve” for flexibility in times of adjustment. Rather than the 10-year period of the previous law, employers now must make up their minds by the end of the second successive fixed-term contract whether to retain a worker with an open-ended contract or dismiss him/her. The new regulations will begin to “bite” this year, since they refer only to new contracts signed after January 1<sup>st</sup>, 2008. As a consequence, firms may be forced to choose among three options. They may decide to take on a growing group of permanent workers who may show higher productivity due to their accumulated experience, but who also may resist pressures on their wages and productivity due to their high bargaining power. Such a work force can become a liability in times of declining demand. To avoid this, they may instead decide not to expand activities so they can make do with a smaller work force. Or they may begin either outsourcing production to staffing firms, or starting over periodically with a fresh group of temporary hires, to fill labor shortages when they arise and avoid the liability of eventual severance payments. There is some evidence that companies are already calculating the costs that could lead to this dualization in China. In the Pearl River Delta, for instance, companies report that they could save some Rmb300 a year per staff member if they moved toward short-term contracts or even part-time staff (China Law & Practice, 2009).

These company strategies have been observed in many countries with rigid labor markets (*e.g.*, Spain, Portugal, Italy, France or even Japan). If the second or third options are systematically chosen by most firms — which appears to be the case —, over time the economy develops a dual labor market structure where a privileged majority (or minority, as the case may be) of workers enjoy stable employment contracts which isolate them from pressures for wage restraint or higher productivity, and shield them from layoffs when periods of adjustment arrive. The rest of the workers become “outsiders” in this two-tiered market, since they have more precarious jobs and generally lower pay than the privileged and costly “insiders”. Often the outsiders are mainly women, youth and immigrants, since they join the labor market after the regulations are in place or face more obstacles to holding down the stable, long-term jobs that qualify them for indefinite contracts. In some countries these outsiders hold temporary or part-time contracts, while in others, like Japan, they work in outsourcing firms where wages are lower and conditions are less attractive than in the larger manufacturing or service firms.

Researchers have noted many negative side effects from these labor-market dualities, including lower productivity growth (ALLARD; LINDERT, 2006), lower employment rates (CEPR, 1995), and continued stimulation of the temporary or outsourcing market (GRUBB; WELLS, 1993) and even of informal employment, over time, which deepens the dualities and may eventually relegate the country's youth to jobs that are more precarious and poorly paid. The dualization may also aggravate inequality, which is already a problem in China. These problems may not become evident in the Chinese labor market while it stays at full employment or above, but once the economy slows, the new situation may begin to move into vivid focus.

### **3.2 HIGHER COSTS**

The severance payments which the new law carefully defines for the first time will now enter into companies' labor cost calculations. While the government insists that these cost implications are small – it says they boosted costs by only about 2% in 2008 – some small businesses are claiming that their labor costs have actually risen by between 8% and 20% (China Law & Practice 2009). The full effect will only be seen when the economy turns downward and companies find themselves obliged to dismiss workers. It should also be kept in mind that companies often pay more than the required severance payment in an effort to make the adjustment processes smooth and conflict-free. Hence the stipulations of the law could be seen as a lower bound on the new dismissal costs.

Costs will also be raised by the lengthening of the dismissal process under the new law. Before making mass dismissals, companies are now required to open a one-month consultation with workers' representatives over the terms of the agreement, and to wait for official approval in some regions. This introduces new legal costs and additional months of salary before the adjustment can take place. The spurt of new legal proceedings initiated by workers also introduces an element of uncertainty that can be costly to companies and can dampen formal employment.

As with the tightening of temporary contract rules, these higher costs may oblige companies to choose between growth, outsourcing, a continually renewed temporary force or stagnation.

### **3.3 GREATER UNION INFLUENCE IN FOREIGN FIRMS**

The new labor law refers repeatedly to roles for trade unions in the new working environment: for consultation over planned layoffs, to mediate between employers and employees, or to influence company decisions. This hardly can be seen as a move toward greater union power in China, since the unions are not independent of the ruling Communist party. However, the larger role for unions in company operations could mean less autonomy for foreign-owned firms to conduct business in China. This could be a negative factor to consider when deciding on whether or not to

invest in the country or expand operations there. Already U.S. companies like Kraft and General Electric have reported difficulties with mediation and arbitration mechanisms as they have attempted to adjust production in China.

Taken together, the anticipated effects of the new Chinese labor law, if it is enforced, point toward a less attractive investment environment for foreign firms. Research has shown that a large domestic market, economic growth and other factors can offset the negative impact of labor market regulations and keep FDI flowing into a country (WHYMAN; BAIMBRIDGE, 2006). However, if the Chinese economy slows, its newly rigid labor markets are certain to become a problem for companies and for the society at large, as dismissal costs rise, inequality increases and employment growth declines. If that occurs, the government's attempts to create social peace at the expense of more regulated labor markets could backfire and provoke popular discontent and a more sluggish economy. Multinationals would do well to think through their hiring strategies in preparation for this eventuality.

: ARTIGO APROVADO [30/11/2010] : RECEBIDO EM 23/07/2010

#### NOTAS

1 According to Xinhua News Agency, "Millions upon millions of migrant laborers have had a hard time in getting back their defaulted wages, with the sum estimated at nearly 100 billion yuan (some US\$12 billion) annually in recent years.", 8 March 2005.

2 For a detailed analyze of these shortcomings, see Sean Cooney, Sarah Biddulph, Li Kungang and Ying Zhu (2007).

3 Migrant workers are defined as rural residents who have left their place of residence to seek non agricultural jobs in Chinese cities, sometimes in the same province and sometimes far from home. The Chinese household registration system (*hukou*) restricts easy migration between rural and urban areas in China. Therefore, migrant workers may work in a city for many years but are unable to qualify for city residency.

According to the 2009 Annual Report of the CECC: "without city residency, they are denied many basic public benefits, such as inclusion into the social insurance programs, education for their children and healthcare. As a marginalized urban group, migrant workers are often abused or exploited by their employers who take advantage of their insecure social position and lower levels of education. While the central government has allowed the *hukou* system to relax over time, this system of institutionalized discrimination continues to affect adversely the social, civil and political rights of migrants" p 77.

4 According to the 2007 Annual Report of the Congressional Executive Commission on China, "In 2006–2007, several high-profile incidents underscored the inhumane conditions and weak protections under which many Chinese work. The discovery in 2007 that a massive network of small-scale brick kilns in Shanxi and Hunan provinces were employing forced labor evidenced China's weakness in effectively enforcing even its own labor and workplace safety laws.

## 538 : THE IMPACT OF THE NEW LABOR LAW IN CHINA: NEW HIRING STRATEGIES FOR FOREIGN FIRMS?

The discovery and admission that child labor was being used in the manufacturing of Olympic souvenirs further illustrated the state's failure to enforce worker rights", p 57.

5 Congressional Executive Commission on China (2008 Annual Report); see also Sean Cooney (2008).

6 Thus, the Trade Union Law was amended in 2001, as well as the Law on the Protection of the Disabled Persons in 2008. A Law on Production Safety was adopted in 2002, as well as a Law on Prevention of Occupational Illness in 2001. In this context, the Standing Committee of the National People's Congress issued the 28 December 2008 on draft law on Social Insurance.

7 Depending on the translation, the Labor Contract Law can be called also "Employment Contract Law". "Labor" was replaced by "Employment" in most cases.

8 Virginia E. Harper Ho (2009) explains: "the labor contract law is the centerpiece of the 2007 labor law reforms. Its passage marked the culmination of a lengthy and relatively transparent drafting process that sparked intense policy debates within China's leadership and drew attention from the international community. As with other major draft legislation enacted by the NPC in recent years, its Standing Committee circulated drafts for public comment in 2006 and early 2007 that attracted an unprecedented wave of over 190,000 recommendations from grassroots trade union organizations, foreign and domestic business associations and labor rights organizations. A number of the final provisions adopt a more moderate approach consistent with some of the input received during the comment period".

9 Some authors point out the difficult implementation of that provision. See Law (Oct 2008).

10 For a detailed explanation of the law, see Lauffs (2008)

11 Pieter Bottelier, in "China's Economic Downturn: Employment is the Critical Issue" (China Brief Volume: 9 Issue 3, February 4, 2009) estimated that Chinese unemployment could have been in the 5-8% range rather than the official 4% in 2009.

12 Supreme People's Court Guiding Opinion, 6 July 2009.

13 The Guangdong Provincial Higher people's court and the Guangdong Employment Arbitration Commission issued in June 2008 a Guiding Opinion on Law on the Mediation and Arbitration of Employment Disputes and the Employment Contract Law.

14 For a detailed explanation of the procedure, see Lauffs (2008)

15 Congressional Executive Commission on China, *2009 Annual Report*, p 75. Available at: <http://www.cecc.gov/>.

### SOURCES

ALLARD, Gayle; LINDERT, Peter H. (2006). Euro-Productivity and Euro-jobs since the 1960s: Which Institutions Really Mattered?. *National Bureau of Economic Research Working Paper*, Working Paper 12460, august 2006. Available at: <http://www.nber.org/papers/w12460>.

BLANCHARD, Olivier; WOLFERS, Justin, The role of shocks and institutions in the rise of european unemployment: the Aggregate evidence. *The Economic Journal*, v. 110, n. 462, march 2000, pp. 1-33.

Centre for Economic Policy Research. *Unemployment: Choices for Europe, Monitoring European Integration* 5. London, 1995.

CHEN, Yu-Fu; FUNKE, Michael, China's new labour contract law: no harm to employment?. *BOFIT Discussion Paper* 29/2008 (Bank of Finland), december 2008. Available at: <http://www.bof.fi/NR/rdonlyres/7BD7140D-3D86-4FCE-89F8-5B86344AA7CF/0/dp2908.pdf>.

Congressional-Executive Commission on China (2007), Annual Report (Washington). Available at:

<http://www.cecc.gov/pages/annualRpt/annualRpt07/CECCannRpt2007.pdf>.

Congressional-Executive Commission on China (2008), Annual Report (Washington). Available at:

- <http://www.cecc.gov/pages/annualRpt/annualRpt08/CECCannRpt2008.pdf>.  
Congressional-Executive Commission on China (2009), Annual Report (Washington). Available at:  
<http://www.cecc.gov/pages/annualRpt/annualRpt09/CECCannRpt2009.pdf>  
COOKE, William N.; NOBLE, Deborah S. Industrial Relations Systems and US Foreign Direct Investment Abroad. *British Journal of Industrial Relations*, vol. 36, n. 4, december 1998, pp. 581-609. Available at:  
<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1467-8543.00109/pdf>.  
COONEY, Sean; BIDDULPH, Sarah; ZHUYing; KUNGANG, Li. China's new labour contract law: responding to the Growing Complexity of Labour Relations in the PRC. *University of New South Wales Law Journal*, v. 30, n. 3, 2007, pp. 788-803. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1115550>.  
COONEY, Sean. Making chinese labor law work: the prospects for regulatory Innovation in the People's Republic of China. *Fordham International Law Journal*, v. 30, n. 4, april 2007, 1050-1097. Available at:  
<http://ssrn.com/abstract=1030105>.  
DEWIT, Gerda; LEAHY, Dermot; MONTAGNA, Catia. Employment protection and globalization in dynamic oligopoly. *CEPR Conference on Globalisation and Labour Markets*, Norway, january 2003.  
ESTREICHER, Samuel; GRAY, Michael J.; ZHAO, Winston. Preparing for China's new employment contract law. *The Metropolitan Corporate Counsel*, november 2007, p. 33. Available at:  
<http://www.metrocorpocounsel.com/pdf/2007/November/33.pdf>.  
GRUBB, David; WELLS, William. Employment regulation and patterns of work in EC countries. *OECD Economic Studies*, n. 21, 1993, pp. 7-58. Available at: <http://www.oecd.org/dataoecd/48/9/33942847.pdf>.  
HARPER HO, Virginia E. From contracts to compliance? An early look at implementation under china's new labor legislation. *Columbia Journal of Asian Law*, v. 23, n. 1, 2009, pp. 1-63. Available at:  
<http://ssrn.com/abstract=1432708>.  
ICHNIOWSKI, Casey; KOCHAN, Thomas A., LEVINE, David I., OLSON, Craig A.; STRAUSS, George. What works at work: overview and assessment. *Industrial Relations: a Journal of Economy and Society*, v. 35, n. 3, July 1996, pp. 299-333. Available at: <http://ssrn.com/abstract=3053>.  
Information Office of the State Council (2002), The White Paper: the situation of labor and social security in China.  
LAUFFS, Andreas. Labor Law. In: MOSER, Michael J.; YU, Fu (eds.). *Doing business in China*. New York: Juris Publishing, 2008.  
LAW, Joanna. Employment regulations may prove a burden for employers. *China Law and Practice*, october 2008. Available at: <http://www.chinalawandpractice.com/Article/2029180/Employment-regulations-may-prove-a-burden-for-employers.html>.  
\_\_\_\_\_. Labour law: State Council delays, as Guangdong makes it better. *China Law and Practice*, september 2008. Available at: <http://www.chinalawandpractice.com/Article/2008044/Channel/9929/Labour-Law-State-Council-delays-as-Guangdong-makes-it-better.html>.  
\_\_\_\_\_. Employers, prepare for tribunal trouble. *China Law and Practice*, february 2009. Available at:  
<http://www.chinalawandpractice.com/Article/2097551/Channel/9929/Employers-prepare-for-tribunal-trouble.html>.  
LAYARD, Richard; LAYARD, P. Richard G.; NICKELL, S. J.; JACKMAN, Richard. *Unemployment: macroeconomic performance and the labour market*. Oxford: Oxford University Press, 1991.  
Li, J. PRC law on mediation and arbitration of labour disputes: further improvement on handling labour issues in China. *China Law and Practice*, may 2008. Available at:  
<http://www.chinalawandpractice.com/Article/1927921/Channel/9930/PRC-Law-on-Mediation-and-Arbitration-of-Labour-Disputes-Further-Improvement-in-Handling-Labour-Issues.html>.  
NGOK, Kinglun. The changes of chinese labor policy and labor legislation in the context of market transition. *International Labor and Working Class History*, v. 73, n. 1, 2008, pp. 45-64. Available at:  
<http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?aid=1875316>.  
NICKELL, Stephen John. Unemployment and labor market rigidities: Europe vs. North America, *Journal of Economic Perspectives*, v. 11, n. 3, 1997, pp. 55-74.  
OECD. *The OECD jobs study: evidence and explanations*. Paris: OECD, 1994, p. 80.  
ROBINSON, Peter. Insecurity and the flexible workforce: measuring the Ill-Defined. In: HEERY, Edmund; SALMON, John (eds.). *The insecure workforce*. London: Routledge, 2000.  
SUN, Nancy; GAO, Kirsten. Laying off is hard to do. *China Law and Practice*, march 2009, pp. 23,2, 14-15. Available at: <http://www.chinalawandpractice.com/Article/2125157/Channel/9931/Laying-off-is-hard-to-do.html>.  
UNCTAD. World Investment Report. UNCTAD: Geneva, 1998 and other years.  
WHYMAN, P.; BAIMBRIDGE, Mark. Labour market flexibility and foreign direct investment. *Employment Relations Occasional Paper*. United Kingdom: Department of Trade and Industry, 2006. Available at:  
<http://www.bis.gov.uk/files/file33254.pdf>.

*Gayle Allard*

María de Molina, 11  
28006  
Madrid – Espanha  
*gayle.allard@ie.edu*

PROFESSORA DE ECONOMIA ADMINISTRATIVA  
DA IE BUSINESS SCHOOL (ESPANHA)

*Marie-José Garot*

María de Molina, 11  
28006  
Madrid – Espanha  
*marie.jose.garot@ie.edu*

PROFESSORA DE DIREITO CHINÊS DA IE LAW SCHOOL (ESPANHA)

## CRISE FINANCEIRA INTERNACIONAL E ESTATIZAÇÃO BANCÁRIA NA ALEMANHA

Roberto Chacon de Albuquerque

INTERNATIONAL FINANCIAL CRISIS AND  
BANK STATIZATION IN GERMANY

### RESUMO

ENFRENTANDO UMA CRISE FINANCEIRA INTERNACIONAL QUE PODE LEVAR AO COLAPSO DE SEU PRÓPRIO SISTEMA FINANCEIRO, O GOVERNO ALEMÃO PRECISOU DEMONSTRAR VONTADE POLÍTICA PARA SALVAR INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS EM SITUAÇÃO DE RISCO. ESTE ARTIGO ANALISA AS ESTRATÉGIAS LEGAIS UTILIZADAS NO RESGATE DO SISTEMA FINANCEIRO, INCLUINDO A ESTATIZAÇÃO DE INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS COMO *ULTIMA RATIO*. ANTES DA LEI DE ESTATIZAÇÃO BANCÁRIA, DA LEI DE RESGATE DE EMPRESAS PARA A ESTABILIZAÇÃO DO MERCADO FINANCEIRO, A LEI DE ESTABILIZAÇÃO DO MERCADO FINANCEIRO PREVIA UM AUMENTO DO CAPITAL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS COM CONTROLE ESTATAL SEM ESTATIZAÇÃO. ESTA LEI, NO ENTANTO, NÃO FOI CONSIDERADA SUFICIENTE PARA EVITAR O COLAPSO DE UMA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA RELEVANTE PARA TODO O SISTEMA FINANCEIRO COMO O HYPO REAL ESTATE (HRE).

### PALAVRAS-CHAVE

CRISE FINANCEIRA INTERNACIONAL; SISTEMA FINANCEIRO; INSTITUIÇÃO BANCÁRIA; ESTATIZAÇÃO; ALEMANHA.

### ABSTRACT

FACING AN INTERNATIONAL FINANCIAL CRISIS THAT COULD LEAD ITS OWN FINANCIAL SYSTEM TO THE BRINK OF COLLAPSE, THE GERMAN GOVERNMENT NEEDED TO SHOW POLITICAL WILL IN ORDER TO SAVE FINANCIAL INSTITUTIONS IN RISKY SITUATIONS. THIS ARTICLE ANALYZES THE LEGAL STRATEGIES USED TO RESCUE THE FINANCIAL SYSTEM, INCLUDING THE STATIZATION OF BANKING INSTITUTIONS AS AN *ULTIMA RATIO*. PRIOR TO THE BANK STATIZATION ESTABLISHED BY THE RESCUE TAKEOVER ACT, THE FINANCIAL MARKET STABILIZATION ACT FORESAW AN INCREASE IN THE CAPITAL OF FINANCIAL INSTITUTIONS BY MEANS OF STATE CONTROL WITHOUT STATIZATION. THIS LAST ACT, NONETHELESS, HAS NOT BEEN CONSIDERED ENOUGH TO AVOID THE COLLAPSE OF A BANKING INSTITUTION THAT IS RELEVANT FOR THE WHOLE FINANCIAL SYSTEM SUCH AS HYPO REAL ESTATE (HRE).

### KEYWORDS

INTERNATIONAL FINANCIAL CRISIS; FINANCIAL SYSTEM; BANK INSTITUTION; STATIZATION; GERMANY.

## INTRODUÇÃO

Pela primeira vez desde o final da 2ª Guerra Mundial, a Alemanha aprovou uma lei de estatização bancária.<sup>1</sup> Essa lei tem como objetivo primordial salvar da falência o banco de crédito hipotecário Hypo Real Estate (HRE).<sup>2</sup> O projeto de lei que resultou nessa lei não foi apresentado por um governo de esquerda. Desde 1930, durante a República de Weimar, nenhum banco alemão havia sido objeto de estatização. O HRE, grande agência financiadora de hipotecas imobiliárias, em situação crítica pré-falimentar desde

2007, é o primeiro banco a ser estatizado, mas pode não ser o último. Não restavam alternativas à sua estatização. O HRE recebera dezenas de bilhões de euros de ajuda governamental para reerguer-se, mas os recursos públicos não foram suficientes para que retomasse seu funcionamento normal, impedindo o aprofundamento da crise na qual ele se encontrava.

Para o governo alemão, a lei de estatização bancária evitará que se desperdicem recursos públicos. Bancos em estado falimentar não serão mais indefinidamente objeto de ajuda governamental. Mas a lei de estatização bancária exige que o governo continue a injetar recursos em instituições bancárias, endividando-se ao adquirir ações podres. No caso do HRE, o governo deverá assumir o controle de 95% de seu capital social. Embora o governo alemão apresente a lei de estatização como casual e temporária, ela pode inaugurar uma nova era, dependendo do desenrolar da crise financeira internacional, com a estatização de outros bancos.

A estatização do HRE foi considerada estratégica, sob o ponto de vista econômico e político, para a Alemanha. Concentrando a maior parte das hipotecas falidas, ele foi considerado como sendo de relevância estratégica para o sistema financeiro. Se essas hipotecas fossem objeto de execução judicial, haveria o risco de colapso do próprio sistema financeiro, com consequências severas para toda a União Europeia. A estatização do HRE pode significar que o governo alemão tenha de assumir pereneamente o passivo de uma instituição bancária estruturalmente deficitária. Como principal instituição financeira alemã com foco de atuação no crédito imobiliário, o HRE não para de apresentar prejuízos num contexto duradouro de falência.

Diante da gravidade da situação, o governo alemão, ao aprovar a lei de estatização bancária, abandonou sua relutância a respeito do polêmico tema do confisco da propriedade privada. Como a mais recente intervenção governamental para enfrentar a crise financeira internacional, essa lei pode romper paradigmas. Antes da estatização, será preciso esgotar todos os meios alternativos para a estabilização de uma instituição bancária. A estatização, de acordo com o previsto na respectiva lei, não é definitiva. Ela seria por tempo específico, com o objetivo de evitar a ruína de uma instituição financeira que possa acarretar o colapso do sistema financeiro. Em princípio, apenas o HRE estaria nessa situação.

A lei de estatização bancária despertou reações contrárias da parte dos acionistas de sociedades anônimas de capital aberto. A estatização bancária, em última análise, significa expropriar acionistas de instituições financeiras. Da mesma maneira que no Brasil, a Constituição alemã assegura a proteção da propriedade privada. Para evitar a estatização bancária, poderia recorrer-se ao aumento de capital das instituições bancárias. Em outros países da União Europeia, o governo já assumiu o controle de bancos. Em todo o mundo, governos têm precisado encontrar soluções próprias para enfrentar a crise financeira internacional, recorrendo a mecanismos que podem colocar em xeque a economia de mercado, com crescente intervenção estatal e protecionismo comercial.



Para a lei de estatização bancária, devem ser nacionalizadas instituições bancárias afetadas conjuntamente pela crise financeira mundial. Embora ela deva vigorar por prazo limitado, não se pode descartar a hipótese de ela transformar-se num precedente que pode balizar ações futuras. Ao assumir o controle do HRE, evitando sua falência – o que poderia levar ao colapso do sistema financeiro alemão –, o governo demonstrará sua vontade política de garantir a dívida de instituições bancárias em situação de risco. Até agora, a estatização só deve ocorrer em caso de necessidade, em último caso. É a *ultima ratio* para a salvação do sistema financeiro, com a assunção do controle de instituições bancárias da parte do Estado. Outros mecanismos para a salvação do sistema financeiro têm preferência absoluta. Antes da lei de estatização bancária – da Lei de Resgate de Empresas para a Estabilização do Mercado Financeiro –,<sup>3</sup> o governo alemão aprovou a Lei de Estabilização do Mercado Financeiro, prevendo o aumento do capital das instituições bancárias com recursos públicos sem estatização. Essa lei, no entanto, não foi considerada suficiente para evitar o colapso de uma instituição bancária relevante para todo o sistema financeiro como o HRE.

Não há dúvida de que a estatização, à luz do previsto na Lei de Resgate de Empresas para a Estabilização do Mercado Financeiro, não é uma opção de longo prazo. Acionistas terão direito a indenização, que será paga em dinheiro de uma só vez. Tão logo a instituição bancária tenha sido estabilizada de forma sustentável, o governo alemão deverá reprivatizá-la. Os acionistas da empresa estatizada terão direito de preferência na compra de ações da empresa uma vez saneada. Mas a lei de estatização bancária representa a quebra de um tabu. Dependendo do seguimento que lhe for conferido, ela pode inaugurar uma nova era para o direito público.

## I LEI DE ESTABILIZAÇÃO DO MERCADO FINANCEIRO

A Lei de Estabilização do Mercado Financeiro, de 17.10.2008, não prevê a estatização de instituições bancárias. Para controlar os efeitos da crise financeira internacional, ela colocou em prática um pacote de medidas para a estabilização do mercado financeiro. Seus objetivos são claros. Assegurar a liquidez e solvabilidade do sistema financeiro alemão, evitando um colapso generalizado do crédito. O principal agente desse processo de estabilização do mercado financeiro é o Instituto de Estabilização do Mercado Financeiro (IEMF),<sup>4</sup> a entidade gestora de direito público do fundo de resgate. O Fundo de Estabilização do Mercado Financeiro (art. 1º)<sup>5</sup> constitui um patrimônio especial, *sui generis*, da União (art. 2º, § 2º).<sup>6</sup> Seu objetivo principal não suscita dúvidas.

O Fundo presta-se à estabilização do mercado financeiro através da superação de crises de liquidez e através da criação de condições gerais para um fortalecimento

da base de capital próprio de institutos no sentido do artigo 1º, § 1b, da Lei do Sistema de Crédito, Empresas de Seguro e Fundos de Pensão no sentido do artigo 1º, § 1º, item 1 e item 2, da Lei de Supervisão de Seguros, sociedades de investimento de capital no sentido da Lei de Investimento, bem como operadores de títulos de crédito e derivativos e suas respectivas empresas controladoras, desde que estas sejam sociedades de *holding* financeira, sociedades de *holding* financeiras mistas, sociedades de *holding* de seguros ou sociedades de *holding* de seguros mistas, e as empresas mencionadas anteriormente tenham sua sede no país (empresas do setor financeiro). Como empresas do setor financeiro no sentido da primeira parte também estão compreendidos detentores privados de garantias hipotecárias de bancos estaduais organizados de acordo com o direito público, mesmo quando os detentores não forem sociedades de *holding* financeira” (artigo 2º, § 1º).<sup>7</sup>

Ele não se vincula diretamente ao orçamento da União. Após sua dissolução, esta arcará com 65% do *deficit* remanescente, e os Estados, com 35% (art. 13, § 2º).<sup>8</sup> O Fundo de Estabilização do Mercado Financeiro vigorará até 31.12.2009, e sua meta do é adquirir ativos problemáticos para a recapitalização de instituições financeiras. Ele pode revigorar o empréstimo interbancário, proporcionando capital novo para as instituições financeiras em dificuldade.

As empresas com sede na Alemanha que podem beneficiar-se dos recursos públicos do Fundo são as seguintes:

1. Instituições no sentido do art. 1º, § 1b, da Lei das Instituições de Crédito;
2. Empresas de seguro e fundos de pensão de acordo com o art. 1º, § 1º, item 1 e item 2 da Lei de Supervisão de Empresas de Seguro;
3. Empresas de investimento de capital no sentido da Lei de Investimento;
4. Operadores de crédito e de derivativos;
5. As respectivas empresas controladoras.

Para que o Fundo de Estabilização do Mercado Financeiro fosse adotado, o governo alemão aprovou ainda dois outros instrumentos normativos, a Lei do Fundo de Estabilização do Mercado Financeiro<sup>9</sup> e o Regulamento para a Execução da Lei do Fundo de Estabilização do Mercado Financeiro.<sup>10</sup> Sob a jurisdição do Ministério Federal das Finanças, o Fundo é administrado por um Conselho Diretivo e por uma Comissão Diretiva. O primeiro é convocado para deliberar a respeito da concessão de ajuda governamental em casos de importância fundamental. A decisão a respeito da concessão de ajuda é objeto de votação na Comissão Diretiva, presidida pelo secretário de Estado.<sup>11</sup> Três representantes de ministérios federais e um representante da Chancelaria Federal<sup>12</sup> fazem parte da Comissão. Ao deliberar, o Conselho

Diretivo pode basear suas decisões em pareceres de especialistas. As propostas apresentadas ao Conselho devem ser submetidas a uma sociedade de análise econômica, a PricewaterhouseCoopers (PwC), para pesquisa e avaliação. Se uma proposta para tomada de crédito for apresentada, esta será analisada pelo Instituto de Crédito para a Reconstrução<sup>13</sup> (art. 3a).<sup>14</sup> Quando a ajuda superar 300 milhões de euros, há uma reserva parlamentar. A instância competente da União Europeia deve manifestar-se favoravelmente à concessão da ajuda governamental.

A Lei de Estabilização do Mercado Financeiro deve ser compreendida no âmbito da crise financeira internacional de 2007/2008 e da falência do banco de crédito hipotecário Hypo Real Estate (HRE), ao final de setembro de 2008. Para evitar o contágio sistêmico, o governo alemão decidiu preparar um inédito plano de resgate do sistema financeiro com 500 bilhões de euros. Com grande velocidade, o Parlamento alemão aprovou esse plano de resgate, com um pacote de medidas para restaurar a confiança da população no mercado financeiro. A Lei de Estabilização do Mercado Financeiro não foi aprovada de *motu proprio*. Antes de sua aprovação, a União Europeia e o G-7 foram consultados com antecedência à luz da necessidade de assegurar o refinanciamento das instituições financeiras. Com a Lei do Fundo de Estabilização do Mercado Financeiro e o Regulamento para a Execução da Lei do Fundo de Estabilização do Mercado Financeiro, o governo especificou as obrigações impostas às instituições financeiras que receberem ajuda governamental. A solicitação de ajuda governamental é voluntária.

§ 1º Com relação às medidas de estabilização a serem adotadas pelo Fundo de acordo com o artigo 5º ao artigo 8º, o Ministério Federal das Finanças decide nos casos do artigo 6º ao artigo 8º por solicitação da empresa do setor financeiro de acordo com uma avaliação obrigatória levando em consideração o significado da respectiva empresa do setor financeiro objeto da medida de estabilização para a estabilidade do mercado financeiro, considerando a urgência e o princípio da máxima utilização possível, efetiva e econômica, dos recursos do Fundo. Desde que se trate de questões fundamentais, situações de significado especial, bem como de decisões sobre condições essenciais de acordo com o previsto num regulamento jurídico aprovado à luz do artigo 10 desta Lei, uma comissão interministerial decide (Comissão Diretiva) por proposta do Instituto de Estabilização do Mercado Financeiro [...]

§ 3º A Comissão Diretiva é composta por um representante da Chancelaria Federal, um representante do Ministério Federal das Finanças, um representante do Ministério Federal da Justiça, um representante do Ministério Federal da Economia e Tecnologia, bem como um membro por proposta dos Estados. À Comissão Diretiva pertence como membro adicional um representante consultivo do Banco Federal alemão. Podem pertencer à Comissão Diretiva outros membros consultivos” (artigo 4º).<sup>15</sup>

Perfazendo os 500 bilhões de euros do plano de resgate, colocados à disposição do Fundo, a Lei de Estabilização do Mercado Financeiro admite estas modalidades de ajuda governamental para o mercado financeiro:

1. 400 bilhões de euros para garantias de crédito;<sup>16</sup>
2. 70 bilhões de euros para injeção direta de capital e, se for necessário, para a aquisição de títulos de risco;<sup>17</sup>
3. 20 bilhões de euros para evitar moratórias;<sup>18</sup>
4. 10 bilhões de euros adicionais para processos de recapitalização e aquisição de títulos de risco, com a aprovação do Parlamento.<sup>19</sup>

A principal estratégia do governo alemão na estabilização do mercado financeiro, à luz dos valores consignados supra, vincula-se à emissão de garantias de crédito e à injeção direta de capital. Apenas as instituições financeiras que tenham obtido garantias de crédito e injeção direta de capital, mas que, mesmo assim sejam incapazes de funcionar normalmente, poderão oferecer títulos de risco ao Fundo de Estabilização do Mercado Financeiro. Além de instituições financeiras alemãs, subsidiárias alemãs de instituições financeiras estrangeiras podem recorrer àquele. Não há *a priori* direito à ajuda governamental, tampouco o dever de recorrer a esta. As instituições financeiras podem recorrer ao Fundo, mas não estão obrigadas a fazê-lo. Para que as instituições financeiras tenham o direito de receber garantias de crédito, elas não podem encontrar-se numa situação de insolvência. Essa exigência pode estimular instituições financeiras insuficientemente capitalizadas próximas da insolvência, em situação de risco, a buscarem deliberadamente capital extra junto ao Fundo de Estabilização do Mercado Financeiro. A concessão de ajuda governamental é um ato político que leva em consideração o interesse público.<sup>20</sup>

Como principal modalidade de ajuda governamental, o montante das garantias de crédito a serem emitidas em benefício de uma instituição financeira será definido de acordo com sua necessidade de capital. Ao emití-las, o Fundo levará em consideração a necessidade de refinanciamento da própria instituição financeira. A forma e as condições das garantias de crédito serão determinadas caso a caso, mas o prazo de validade de qualquer garantia não excederá 36 meses. Todas as garantias de crédito expirarão em 31.12.2012. Como retorno pelas garantias de crédito, o Fundo cobrará uma taxa de juros baseada no mercado, levando em consideração o risco de moratória.

O Fundo de Estabilização do Mercado Financeiro pode recapitalizar instituições financeiras utilizando vários instrumentos jurídicos. Como, por exemplo, ações preferências sem direito de voto para fortalecer seu capital. Ele pode revender ou transferir o capital adquirido, desde que não perturbe o funcionamento do mercado financeiro. A injeção direta de capital pode ser condicionada à participação acionária

na respectiva instituição financeira. A aquisição de ativos de risco não é estimulada. Seu principal pressuposto é remover uma fonte persistente de insegurança para uma instituição financeira específica. Apenas ativos e títulos adquiridos antes de 13.10.2008 podem ser adquiridos pelo Fundo de Estabilização do Mercado Financeiro.<sup>21</sup> Para o governo alemão, a aquisição de ativos de risco é uma *ultima ratio*. As condições de tais aquisições podem ser deliberadamente pouco atrativas para a instituição financeira. Os ativos de risco podem ser adquiridos a um preço inferior ao valor declarado em relatórios da instituição financeira vendedora. O Fundo poderá revender ou transferir quaisquer ativos de risco adquiridos. A instituição financeira pode ser obrigada a compensar o Fundo por qualquer prejuízo incorrido em função de tais vendas ou transferências. Os processos de recapitalização também estão sujeitos a condições determinadas caso a caso pelo Fundo de Estabilização do Mercado Financeiro.

A instituição financeira que recorrer à ajuda governamental prevista pela Lei de Estabilização do Mercado Financeiro se submete a um processo de intervenção estatal em seus negócios. Para ter acesso ao pacote de resgate, é preciso assumir várias condições e obrigações estabelecidas pelo Estado. Qualquer instituição que solicitar alguma modalidade de ajuda governamental precisa submeter sua estratégia de negócios à aprovação. Não se especifica clara e univocamente na Lei quais são os compromissos que precisam ser assumidos. À medida que pacotes de resgate sejam negociados entre governo e instituições financeiras, diretrizes mais objetivas poderão ser formuladas. O governo alemão deverá, em todo caso, examinar estratégias de negócio com o objetivo de vetar o envolvimento em atividades de risco. Para o governo alemão, elas são responsáveis pela crise financeira. O Fundo de Estabilização do Mercado Financeiro pode exigir das instituições financeiras que elas reduzam sua exposição a atividades de risco previstas na Diretiva da União Européia n. 2006/48/CE relativa ao Acesso à Atividade das Instituições de Crédito.

As instituições financeiras que procurem beneficiar-se de processos de recapitalização e da aquisição de títulos de risco devem observar as seguintes condições:

1. As remunerações dos executivos não devem ser exorbitantes;
2. Todos os bônus de remuneração que não eram devidos juridicamente quando da solicitação de ajuda governamental não devem ser pagos;
3. Enquanto as medidas de estabilização estiverem em efeito, dividendos ou distribuições devem ocorrer em benefício do Fundo de Estabilização do Mercado Financeiro;
4. Em sede de processo de recapitalização, a instituição financeira deve assumir o compromisso de manter o empréstimo a pequenas e médias empresas de acordo com condições justas de mercado;
5. Para assegurar o cumprimento das condições estabelecidas, o Fundo pode

impor auditorias, bem como garantias contratuais às instituições financeiras, incluindo indenização, penalidades e cessação da ajuda governamental.

Não são todas as instituições financeiras que podem recorrer à ajuda governamental prevista pela Lei de Estabilização do Mercado Financeiro. “§ 1º Empresas do setor financeiro que recorrem às medidas de estabilização do Fundo de acordo com o artigo 6º ao artigo 8º desta Lei precisam oferecer a garantia de uma política comercial sólida e cuidadosa” (art. 10, § 1º).<sup>22</sup> O Fundo de Estabilização do Mercado Financeiro é submetido a um controle político.

§ 1º A Câmara de Deputados alemã elege para a duração de uma legislatura um comitê composto por membros da Comissão de Orçamento. O Comitê será submetido à Comissão de Orçamento e terá nove membros. A Câmara de Deputados alemã determina sua composição e seu sistema de trabalho. O Comitê encerra suas atividades com a dissolução do Fundo.

§ 2º O Comitê será informado pelo Ministério Federal das Finanças acerca de todas as questões relacionadas ao Fundo. Autoriza-se convidar membros da Comissão Diretiva e da Comissão Gestora. O Comitê discute ainda questões fundamentais e estratégicas e a evolução de longo prazo da política do mercado financeiro.

§ 3º As sessões do Comitê serão secretas. Os membros do Comitê são obrigados a manter segredo de todos os assuntos dos quais tiverem conhecimento com sua atividade. Isto se aplica a todos os participantes das sessões” (art. 10a).<sup>23</sup>

Há um processo de prestação de contas anual e de informação parlamentar. “§ 1º O Ministério Federal das Finanças prepara ao final de cada ano fiscal a prestação de contas do Fundo [...] § 3º [...] A Comissão de Orçamento e a Comissão de Finanças da Câmara de Deputados alemã são informadas regulamente a respeito de sua situação atual” (art. 11).<sup>24</sup>

A Lei de Estabilização do Mercado Financeiro constitui uma iniciativa importante para o resgate de instituições financeiras, capitaneando o maior pacote financeiro da história da Alemanha. Muitas das medidas adotadas não têm precedentes, podendo ser contestadas judicialmente. O Ministério Federal das Finanças e o Fundo de Estabilização do Mercado Financeiro decidirão caso a caso o destino de instituições financeiras com base em condições potencialmente ambíguas. Exercitando o poder discricionário, eles estruturarão pacotes de resgate de forma potencialmente aleatória. Embora as medidas de estabilização vigorem apenas até 31.12.2009,<sup>25</sup> a Lei de Estabilização do Mercado Financeiro não determina com clareza o lapso de tempo no qual o Fundo poderá manter sob seu controle o capital ou os ativos adquiridos de instituições financeiras. Essa Lei abre deliberadamente espaço para a negociação caso a caso das condições de cada pacote de resgate. Isso demonstra o interesse do governo

alemão de reter o máximo de flexibilidade possível, ajustando-os às reações do mercado financeiro. Mas nem todas as instituições financeiras podem ser salvas com garantias de crédito e injeção de capital. Para que algumas sobrevivam, elas precisam ser estatizadas.

## 2 LEI DE RESGATE DE EMPRESAS PARA A ESTABILIZAÇÃO DO MERCADO FINANCEIRO

Insuficiente para salvar da falência o banco de crédito hipotecário Hypo Real Estate (HRE), o governo alemão precisou aprovar uma emenda à Lei de Estabilização do Mercado Financeiro para permitir sua estatização, a Lei de Resgate de Empresas para a Estabilização do Mercado Financeiro, de 07.04.2009. Para que a estatização bancária não se tornasse um confisco, os respectivos acionistas têm o direito de receber “indenização justa” em dinheiro. “A desapropriação será indenizada. Pode requerer indenização quem for prejudicado em seus direitos com uma desapropriação e que sofrer, assim, um prejuízo patrimonial” (art. 4º, § 1º).<sup>26</sup> A indenização será paga de uma só vez.

A desapropriação ocorrerá através de um pagamento numa só vez de uma importância em dinheiro. O pagamento da indenização é devido a partir do transcurso do dia em que houver o momento da transferência. Em se tratando de instituições bancárias cotadas na Bolsa de Valores, o valor da indenização justa será determinado conforme a cotação das respectivas ações durante as últimas duas semanas prévias à estatização. Se o objeto da desapropriação for comercializado numa Bolsa de Valores nacional, aplica-se o seguinte para a determinação do valor de mercado: 1. O valor de mercado calcula-se como regra de acordo com o preço médio na Bolsa de Valores nacional do objeto da desapropriação durante as últimas duas semanas antes do dia da decisão de abertura, salvo se o preço médio nos últimos três dias antes da decisão de abertura for mais baixo; no último caso mencionado, este preço mais baixo cotado na Bolsa de Valores deve ser utilizado” (art. 4º, § 4º).<sup>27</sup> (...) O montante da indenização será tornado conhecido separadamente no regulamento de acordo com o art. 2º, § 1º, ou pelo Ministério Federal das Finanças (art. 4º, § 5º).<sup>28</sup>

O governo compromete-se a reprivatizar as instituições bancárias quando elas tiverem sido estabilizadas.

Empresas cujas ações foram desapropriadas de acordo com esta Lei serão imediatamente reprivatizadas, tão logo a empresa tenha sido estabilizada de forma sustentável. Isto pode ocorrer em especial através de uma alienação de ações, um

aumento de capital ou de outros meios. Os titulares de participações, cujas ações tiverem sido transferidas de acordo com o artigo 2º, devem ter o direito preferencial de aquisição (art. 6º, § 2º).<sup>29</sup>

Os antigos acionistas terão prioridade na aquisição das ações da instituição bancária estabilizada. Caso se oponham ao processo de estatização, eles podem recorrer ao Supremo Tribunal Federal Administrativo em até duas semanas após a publicação da respectiva decisão. A estatização é uma *ultima ratio*, a ser adotada em último caso. Ela pode ocorrer apenas se se houver esgotado todas as outras alternativas.

A desapropriação de acordo com o previsto nessa Lei deve ocorrer de forma subsidiária a outros meios disponíveis: 1. A desapropriação só é admitida quando ela for necessária à proteção da estabilidade do mercado financeiro e quando não estiverem mais disponíveis no período de tempo necessário outras soluções jurídicas e econômicas possíveis, com as quais a estabilidade do mercado seja igualmente alcançada, mas de modo menos seguro (art. 1º, § 4º).<sup>30</sup>

Não pode ser estatizada qualquer espécie de instituição bancária, mas apenas aquelas que se encontrem em grandes dificuldades, colocando em risco o mercado financeiro como um todo. Além da estatização, o governo dispõe de outros meios para assumir o controle de uma instituição bancária. A estatização bancária não deve colocar em xeque a economia de mercado, mas contribuir para fazê-la funcionar novamente numa base sustentável.

O previsto no direito civil e comercial não foi considerado suficiente para estabilizar o mercado financeiro, tampouco a Lei de Estabilização do Mercado Financeiro, com o Fundo de Estabilização do Mercado Financeiro. Não teria restado alternativa senão a estatização bancária. A estatização será completa, mas em princípio temporalmente limitada. Tão logo uma instituição bancária volte a estabilizar-se sustentavelmente, ela deverá ser reprivatizada. A possibilidade de dar início a um processo de desapropriação expira em 30.06.2009. “Uma decisão de acordo com o art. 3º, § 2º, primeira parte pode ocorrer apenas até 30.06.2009. Um regulamento de acordo com o art. 2º, § 1º, primeira parte pode ser adotado apenas até 31.12.2009” (art. 6º, § 1º).<sup>31</sup> Para a Lei de Resgate de Empresas para a Estabilização do Mercado Financeiro, não há estatização definitiva, mas apenas estatização temporária para controlar os efeitos da crise financeira internacional. A desapropriação de instituições bancárias que forem “relevantes para o sistema” tem como objetivo exclusivo evitar que haja mais danos ao mercado financeiro, resguardando-se a ajuda governamental anteriormente recebida por essas instituições bancárias.

Embora a estatização bancária não seja definitiva, ela torna-se obrigatória em vista do fim maior da Lei de Resgate de Empresas para a Estabilização do Mercado Financeiro



– evitar o colapso do sistema financeiro alemão em consequência de uma crise sistêmica. Em princípio, nenhuma outra instituição bancária enfrenta problemas similares aos do HRE, mas o governo alemão tem considerado várias opções de resgate para outras instituições bancárias. Nenhuma opção pode ser descartada no futuro, se houver um agravamento da crise financeira internacional, incluindo a estatização. Com 95% do capital acionário do HRE, o governo alemão deterá seu controle acionário absoluto.

Para que uma instituição bancária seja estatizada, à luz do previsto pela Lei de Resgate de Empresas para a Estabilização do Mercado Financeiro, três condições devem ser observadas:

1. Deve ser comprovado que não há como promover o controle da maioria do capital acionário da instituição bancária de forma menos traumática, sem sua estatização;
2. Convocando uma assembleia geral, na qual os acionistas devem estar presentes, o governo apresentará seu projeto de controle da maioria do capital acionário da instituição bancária. Os acionários que adiarem ou frustrarem esse projeto, poderão ser obrigados a pagar uma indenização civil. Para que o Estado obtenha o controle da maioria do capital acionário, nessa fase, ele deve efetuar uma injeção direta de capital. As decisões da Assembleia Geral serão imediatamente registradas na Junta Comercial;
3. Se não for possível obter o controle do capital acionário com uma injeção direta de capital, o Estado deverá proceder à estatização. Como ressaltado anteriormente, esse processo pode ser iniciado apenas até 30.06.2009. Deve ser encerrado até 31.10.2009. Cabe ao Supremo Tribunal Federal Administrativo comprovar se a estatização é admissível.

## CONCLUSÃO

O sistema financeiro internacional pode tornar-se instável rapidamente, surtindo efeitos diretos na economia real. Num contexto de crise sistêmica, a própria estabilidade do sistema político pode ser abalada, colocando em risco postos de trabalho e a própria renda do trabalhador. Para a Alemanha, a estatização bancária constitui uma solução política para remediar as consequências econômicas da crise financeira internacional.

Podemos resumir as principais características da estatização bancária aprovada na Alemanha como sendo as seguintes:

### I ESTATIZAÇÃO BANCÁRIA COMO ÚLTIMO RECURSO

A estatização bancária somente deve ocorrer como *ultima ratio*, em último caso, para a salvação do sistema financeiro, com a assunção do controle de instituições bancárias

da parte do Estado. Outras medidas aptas a salvar bancos devem ter precedência absoluta. Além da estatização, o governo dispõe de outros meios para assumir o controle de uma instituição bancária. Antes da estatização, é preciso esgotar todos os meios alternativos para sua estabilização.

### **2 ESTATIZAÇÃO DE INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS QUE FOREM “RELEVANTES PARA O SISTEMA”**

Devem ser estatizadas instituições bancárias afetadas conjuntamente pela crise financeira internacional. Com a estatização bancária, não se deve ter como objetivo aumentar a influência estatal na economia de forma duradoura, mas evitar o colapso de uma instituição bancária relevante para o sistema financeiro como um todo. A estatização deve ser considerada necessária para o bem-estar geral da economia. Se uma instituição bancária relevante para o sistema financeiro como um todo falir, outras instituições bancárias podem ter o mesmo destino numa reação em cadeia. A estatização de instituições bancárias que forem “relevantes para o sistema” tem como meta evitar que o mercado financeiro entre em colapso. Não pode ser estatizada qualquer espécie de instituição bancária, mas apenas aquelas que se encontrem em grandes dificuldades, colocando em risco o mercado financeiro. A estatização bancária não deve colocar em xeque a economia de mercado, mas contribuir para fazê-la funcionar novamente numa base sustentável. O fim maior da estatização bancária é evitar o colapso do sistema financeiro em consequência de uma crise sistêmica.

### **3 VALIDADE LIMITADA DA ESTATIZAÇÃO BANCÁRIA**

A estatização bancária para assegurar a estabilidade do mercado financeiro não é uma opção duradoura. Para que uma instituição bancária seja estatizada, devem ser respeitados os prazos terminativos previstos na lei. A estatização bancária vigora por tempo limitado, embora não se possa descartar a hipótese de ela transformar-se num precedente que possa balizar ações futuras.

### **4 OS ACIONISTAS DE INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS ESTATIZADAS DEVEM SER INDENIZADOS**

A estatização de instituições bancárias que forem “relevantes para o sistema” não significa confisco. Os acionistas devem ser indenizados. A indenização cabível deve levar em consideração o valor de mercado da instituição bancária estatizada.

### **5 PRIVATIZAÇÃO DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA ESTATIZADA APÓS SUA ESTABILIZAÇÃO**

A estatização, de acordo com o previsto na respectiva lei, não é definitiva. Ela é por tempo específico, com o objetivo de evitar que a falência de uma instituição bancária acarrete o colapso do sistema financeiro. A instituição bancária estatizada será reprivatizada, tão longo ela tenha sido estabilizada de forma sustentável. Ou seja, ela será reprivatizada quando não constituir mais um risco para o sistema financeiro. A estatização bancária não é uma opção de longo prazo. Ela é temporalmente limitada.

Ao aprovar a estatização bancária, a Alemanha pretendeu salvar da falência o banco de crédito hipotecário Hypo Real Estate (HRE). Mas o HRE, dependendo da amplitude da crise financeira internacional, pode ser o primeiro banco a ser estatizado, mas não necessariamente o último. Em todo o mundo, governos precisaram encontrar soluções próprias para enfrentar a crise financeira internacional, recorrendo a mecanismos que incrementaram a intervenção estatal com o objetivo de salvar a economia de mercado. Se essa crise financeira se agravasse, a estatização bancária seria mais ampla, podendo romper paradigmas. Nenhuma opção de resgate de instituições bancárias “relevantes para o sistema” pode ser necessariamente descartada no futuro em havendo uma nova crise.

: ARTIGO APROVADO (21/09/2009) : RECEBIDO EM 13/06/2009

#### NOTAS

1 A lei prevê, mais especificamente, a estatização de bancos e demais instituições financeiras que estão em situação de falência.

2 O Hypo Real Estate (HRE) vendeu uma grande quantidade de portfólios com os chamados “créditos de alto risco” (“*notleidenden Kredite*”).

3 Gesetz zur Rettung von Unternehmen zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Rettungsübernahmegesetz).

4 Finanzmarktstabilisierungsanstalt (FMSA).

5 Lei de Estabilização do Mercado Financeiro, art. 1º: “*Es wird ein Fonds des Bundes unter der Bezeichnung ‘Finanzmarktstabilisierungsfonds - FMS’ errichtet*” [“Institui-se um Fundo da União com a denominação ‘Fundo de Estabilização do Mercado Financeiro – FMS’”].

6 Lei de Estabilização do Mercado Financeiro, art. 2º, § 2º: “*Der Fonds ist ein Sondervermögen im Sinne von Artikel 110 Abs. 1 und Artikel 115 Abs. 2 des Grundgesetzes*” [“§ 2º O Fundo é um patrimônio especial no sentido do artigo 110, § 1º, e artigo 115, § 2º, da Lei Fundamental”].

7 Lei de Estabilização do Mercado Financeiro, art. 2º, § 1º: “*Der Fonds dient der Stabilisierung des Finanzmarktes durch Überwindung von Liquiditätsempässen und durch Schaffung der Rahmenbedingungen für eine Stärkung der Eigenkapitalbasis von Instituten im Sinne des § 1 Abs. 1b des Kreditwesengesetzes, Versicherungsunternehmen und Pensionsfonds im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 des Versicherungsaufsichtsgesetzes, Kapitalanlagegesellschaften im Sinne des Investmentgesetzes sowie der Betreiber von Wertpapier- und Terminbörsen und deren jeweiligen Mutterunternehmen, soweit diese Finanzholding-Gesellschaften, gemischte Finanzholding-Gesellschaften, Versicherungs-Holdinggesellschaften oder gemischte Versicherungs-Holdinggesellschaften sind und die vorgenannten Unternehmen ihren Sitz im Inland haben (Unternehmen des Finanzsektors). Als Unternehmen des Finanzsektors im Sinne von Satz 1 gelten auch privatrechtliche, beliebige Träger von öffentlich-rechtlich organisierten Landesbanken, auch wenn die Träger keine Finanzholding-Gesellschaften sind*”.

8 Lei de Estabilização do Mercado Financeiro, art. 13, § 2º: “Nach Abwicklung des Fonds wird das verbleibende Schlussergebnis zwischen Bund und Ländern im Verhältnis 65:35 aufgeteilt” [“§ 2º Após a extinção do Fundo, o resultado final remanescente será repartido entre a União e os Estados numa proporção de 65:35”].

9 Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz.

10 Verordnung zur Durchführung des Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetzes, Finanzmarktstabilisierungsfondsverordnung (FMStFV).

11 Staatssekretär.

12 Bundeskanzleramt.

13 Kreditanstalt für Wiederaufbau.

14 Lei de Estabilização do Mercado Financeiro, art. 3º: “§ 1Es wird mit Inkrafttreten des Gesetzes eine ‘Finanzmarktstabilisierungsanstalt – FMSA’ (Anstalt) als rechtlich unselbständige Anstalt des öffentlichen Rechts bei der Deutschen Bundesbank errichtet, die organisatorisch von der Deutschen Bundesbank getrennt ist. § 2Die Anstalt nimmt die ihr auf der Grundlage dieses Gesetzes übertragenen Aufgaben im Namen des Fonds wahr. Sie untersteht der Rechts- und Fachaufsicht des Bundesministeriums der Finanzen. § 3Die Anstalt wird von einem Leitungsausschuss geleitet, der aus drei Mitgliedern besteht, die vom Bundesministerium der Finanzen im Benehmen mit der Deutschen Bundesbank ernannt werden. § 4 Die Anstalt ist von dem übrigen Vermögen der Deutschen Bundesbank, ihren Rechten und Verbindlichkeiten getrennt zu halten” [“§ 1º Será instalada com a entrada em vigor da Lei um ‘Instituto de Estabilização do Mercado Financeiro – IEMF’ (Instituto) como um instituto de direito público não autônomo juridicamente junto ao Banco Central alemão, separado sob o ponto de vista organizacional do Banco Central alemão. § 2º O Instituto assume com fundamento nesta Lei as tarefas que lhe forem transmitidas em nome do Fundo. Ele submete-se à supervisão jurídica e técnica do Ministério Federal das Finanças. § 3º O Instituto será conduzido por uma Comissão Diretiva, a qual se compõe de três membros, os quais serão nomeados pelo Ministério Federal das Finanças com a consulta com o Banco Central alemão. § 4º O Instituto deve ser mantido separado do patrimônio restante do Banco Central alemão, de seus direitos e obrigações”].

15 Lei de Estabilização do Mercado Financeiro, art. 4º: “§ 1Über vom Fonds gemäß den §§ 5a bis 8 vorzunehmende Stabilisierungsmaßnahmen entscheidet das Bundesministerium der Finanzen in den Fällen der §§ 6 bis 8 auf Antrag des Unternehmens des Finanzsektors, nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung der Bedeutung des jeweils von der Stabilisierungsmaßnahme erfassten Unternehmens des Finanzsektors für die Finanzmarktstabilität, der Dringlichkeit und des Grundsatzes des möglichst effektiven und wirtschaftlichen Einsatzes der Mittel des Fonds. Soweit es sich um Grundsatzfragen, Angelegenheiten von besonderer Bedeutung sowie um Entscheidungen über wesentliche Auflagen nach Maßgabe einer zu § 10 dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung handelt, entscheidet ein interministerieller Ausschuss (Lenkungsausschuss) auf Vorschlag der Finanzmarktstabilisierungsanstalt. [...] § 3 Der Lenkungsausschuss ist besetzt mit je einem Vertreter des Bundeskanzleramts, des Bundesministeriums der Finanzen, des Bundesministeriums der Justiz, des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie sowie einem Mitglied auf Vorschlag der Länder. Dem Lenkungsausschuss gehört als weiteres Mitglied ein Vertreter der Deutschen Bundesbank beratend an. Dem Lenkungsausschuss können weitere Mitglieder beratend angehören”.

16 Lei de Estabilização do Mercado Financeiro, art. 6º, § 1º: “Der Fonds wird ermächtigt, für den Fonds Garantien bis zur Höhe von 400 Milliarden Euro für ab Inkrafttreten dieses Gesetzes und bis zum 31. Dezember 2009 begebene Schuldtitel und begründete Verbindlichkeiten von Unternehmen des Finanzsektors, die eine Laufzeit von bis zu 60 Monaten haben, zu übernehmen, um Liquiditätsempässe zu beheben und die Refinanzierung am Kapitalmarkt zu unterstützen” [“§ 1º O Fundo será autorizado a assumir garantias para o Fundo de até 400 bilhões de euros a partir da entrada em vigor desta Lei e até 31.12.2009 com relação a títulos de dívida emitidos e obrigações fundadas de empresas do setor financeiro que tenham uma duração de até 60 meses para corrigir restrições de liquidez e para apoiar o refinanciamento do mercado de capitais”].

17 Lei de Estabilização do Mercado Financeiro, art. 9º, § 1º: “Das Bundesministerium der Finanzen wird ermächtigt, für den Fonds zur Deckung von Aufwendungen und von Maßnahmen nach den §§ 5a, 7 und 8 dieses Gesetzes und von Maßnahmen nach den §§ 1 und 4 des Rettungsübernahmegesetzes Kredite bis zur Höhe von 70 Milliarden Euro aufzunehmen” [“§ 1º O Ministério Federal das Finanças será autorizado a contrair em benefício do Fundo para a cobertura de despesas e de medidas de acordo com os artigos 5a, 7º e 8º desta Lei e de medidas de acordo com os artigos 1º e 4º da Lei de Assunção para Resgate créditos até o montante de 70 bilhões de euros”].

18 Lei de Estabilização do Mercado Financeiro, art. 9º, § 5º: “Das Bundesministerium der Finanzen wird ermächtigt, für den Fonds im Falle der Inanspruchnahme aus einer Garantie nach § 6 dieses Gesetzes weitere Kredite in Höhe von bis zu 20 Milliarden Euro aufzunehmen” [“§ 5º O Ministério Federal das Finanças será autorizado a contrair para o Fundo no caso de uma exigência de garantia de acordo com o artigo 6º desta Lei créditos adicionais no montante de até 20 bilhões de euros”].

19 Lei de Estabilização do Mercado Financeiro, art. 9º, § 4º: “Unter den Voraussetzungen des § 37 Abs. 1 Satz 2 der Bundeshaushaltsordnung kann der in Absatz 1 festgelegte Ermächtigungsrahmen mit Einwilligung des Haushaltsausschusses des Deutschen Bundestages um bis zu 10 Milliarden Euro überschritten werden” [“§ 4º Com base nos pressupostos do artigo 37, § 1º, segunda parte do Regulamento Orçamentário Federal, os dispositivos de autorização estabelecidos no § 1º podem ser ultrapassados em até 10 bilhões de euros com autorização da Comissão de Orçamento da Câmara de Deputados alemã”].

20 Lei de Estabilização do Mercado Financeiro, art. 7º, § 1º: “Der Fonds kann sich an der Rekapitalisierung von Unternehmen des Finanzsektors beteiligen, insbesondere gegen Leistung einer Einlage Anteile oder stille Beteiligungen erwerben und sonstige Bestandteile der Eigenmittel dieser Unternehmen, einschließlich solcher, die durch Landesrecht geschaffen werden, übernehmen. § 2º Das Bundesministerium der Finanzen entscheidet über die Übernahme und Veräußerung von Beteiligungen nach Absatz 1. Eine Beteiligung durch den Fonds soll nur dann erfolgen, wenn ein wichtiges Interesse des Bundes vorliegt und der vom Bund angestrebte Zweck sich nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen lässt” [“§ 1º O Fundo pode participar da recapitalização de empresas do setor financeiro, em especial adquirindo ações ou participações passivas de uma instalação contra indenização e outras partes integrantes do capital próprio destas empresas, inclusive assumindo as que foram criadas através do direito estadual. § 2º O Ministério Federal das Finanças decide sobre a aquisição e a alienação de participações à luz do § 1º. Uma participação mediante o Fundo só deve ocorrer quando houver um interesse relevante da União, e o objetivo perseguido pela União não puder ser atingido de forma melhor e mais econômica de outra maneira”].

21 Lei de Estabilização do Mercado Financeiro, art. 8º, § 1º: “Der Fonds kann von Unternehmen des Finanzsektors vor dem 13. Oktober 2008 erworbene Risikopositionen, insbesondere Forderungen, Wertpapiere, derivative Finanzinstrumente, Rechte und Pflichten aus Kreditzusagen oder Gewährleistungen und Beteiligungen, jeweils nebst zugehöriger Sicherheiten, erwerben oder auf andere Weise absichern. Dasselbe gilt gegenüber Zweckgesellschaften, die Risikopositionen eines Unternehmens des Finanzsektors übernommen haben” [“§ 1º O Fundo pode adquirir ou de outra maneira assegurar posições de risco contraídas por empresas do setor financeiro antes de 13.10.2008, em especial créditos, títulos de crédito, instrumentos financeiros derivativos, direitos e deveres relacionados a promessas de crédito ou garantias e participações, bem como as respectivas garantias correspondentes. O mesmo aplica-se com relação às sociedades de propósito especial que tenham assumido posições de risco de uma empresa do setor financeiro”].

22 Lei de Estabilização do Mercado Financeiro, art. 10, § 1º: “Unternehmen des Finanzsektors, die Stabilisierungsmaßnahmen des Fonds nach den §§ 6 bis 8 dieses Gesetzes in Anspruch nehmen, müssen die Gewähr für eine solide und umsichtige Geschäftspolitik bieten”.

23 Lei de Estabilização do Mercado Financeiro, art. 10a: “§ 1 Der Deutsche Bundestag wählt für die Dauer einer Legislaturperiode ein Gremium, das aus Mitgliedern des Haushaltsausschusses besteht. Das Gremium wird dem Haushaltsausschuss zugeordnet und hat neun Mitglieder. Der Deutsche Bundestag bestimmt die Zusammensetzung und die Arbeitsweise. Das Gremium beendet seine Tätigkeit mit der Auflösung des Fonds. § 2 Das Gremium wird vom Bundesministerium der Finanzen über alle den Fonds betreffenden Fragen unterrichtet. Es ist befugt, Mitglieder des Lenkungs Ausschusses und Leitungsausschusses zu laden. Das Gremium berät ferner über grundsätzliche und strategische Fragen und langfristige Entwicklungen der Finanzmarktpolitik. § 3 Das Gremium tagt geheim. Die Mitglieder des Gremiums sind zur Geheimhaltung aller Angelegenheiten verpflichtet, die ihnen bei ihrer Tätigkeit bekannt geworden sind. Dies gilt für alle Teilnehmerinnen und Teilnehmer der Sitzungen”.

24 Lei de Estabilização do Mercado Financeiro, art. 11: “§ 1 Das Bundesministerium der Finanzen stellt am Schluss eines jeden Rechnungsjahres die Jahresrechnung für den Fonds auf. Sie ist als Anhang der Haushaltsrechnung des Bundes beizufügen. (...) § 3 Ein Haushalts- oder Wirtschaftsplan wird nicht aufgestellt. Der Haushaltsausschuss und der Finanzausschuss des Deutschen Bundestages sind regelmäßig über den aktuellen Sachstand zu unterrichten. Das Gremium nach § 10 a dieses Gesetzes ist in allen Fällen von wesentlicher Bedeutung unverzüglich zu unterrichten”.

25 Lei de Estabilização do Mercado Financeiro, art. 13, § 1º: “Stabilisierungsmaßnahmen des Fonds sind bis zum 31. Dezember 2009 möglich. Anschließend ist der Fonds abzuwickeln und aufzulösen” [“§ 1º As medidas de estabilização do Fundo continuam em vigor até 31.12.2009. A partir desta data, Fundo será extinto e dissolvido”].

26 Lei de Resgate de Empresas para a Estabilização do Mercado Financeiro, art. 4º, § 1º: “Für die Enteignung ist eine Entschädigung zu leisten. Eine Entschädigung kann verlangen, wer in seinem Recht durch die Enteignung beeinträchtigt wird und dadurch einen Vermögensnachteil erleidet”.

27 Lei de Resgate de Empresas para a Estabilização do Mercado Financeiro, art. 4º, § 4º: “Sind Enteignungsgegenstände zum Handel an einer inländischen Börse zugelassen, so gilt für die Ermittlung des Verkehrswertes Folgendes: 1. Der Verkehrswert bemisst sich in der Regel nach dem gewichteten durchschnittlichen inländischen Börsenpreis des Enteignungsgegenstandes während der letzten zwei Wochen vor dem Tag der Eröffnungsentscheidung, es sei denn, dass der Durchschnittspreis innerhalb der letzten drei Tage vor der Eröffnungsentscheidung niedriger ist; in dem zuletzt genannten Fall ist dieser niedrigere Börsenpreis zugrunde zu legen”.

28 Lei de Resgate de Empresas para a Estabilização do Mercado Financeiro, art. 4º, § 5º:“(…) Höhe der Entschädigung wird in der Rechtsverordnung nach § 2 Absatz 1 oder durch das Bundesministerium der Finanzen gesondert bekannt gemacht”.

29 Lei de Resgate de Empresas para a Estabilização do Mercado Financeiro, art. 6º, § 2º: “Unternehmen, deren Anteile nach diesem Gesetz enteignet wurden, sind unverzüglich wieder zu privatisieren, sobald das Unternehmen nachhaltig stabilisiert worden ist. Dies kann insbesondere durch eine Veräußerung von Anteilen, eine Kapitalerhöhung oder in sonstiger Weise erfolgen. Den Anteilsinhabern, deren Anteile nach § 2 übertragen wurden, soll ein Recht auf bevorzugten Erwerb eingeräumt werden”.

30 Lei de Resgate de Empresas para a Estabilização do Mercado Financeiro, art. 1º, § 4º: “Die Enteignung ist entsprechend den folgenden Regelungen nachrangig gegenüber anderen Mitteln. 1. Die Enteignung ist nur zulässig, wenn sie für die Sicherung der Finanzmarktstabilität erforderlich ist und andere rechtlich und wirtschaftlich zumutbare Lösungen in dem für die Sicherung erforderlichen Zeitraum nicht mehr zur Verfügung stehen, mit denen die Finanzmarktstabilität gleichermaßen, aber auf weniger einschneidende Weise gesichert werden kann”.

31 Lei de Resgate de Empresas para a Estabilização do Mercado Financeiro, art. 6º, § 1º: “Eine Entscheidung nach § 3 Absatz 2 Satz 1 kann nur bis zum 30. Juni 2009 getroffen werden. Die Rechtsverordnung nach § 2 Absatz 1 Satz 1 kann nur bis zum 31. Oktober 2009 erlassen werden”.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BEER, Christina; SEITZ, Franz. *Finanzmarktkrisen im Blickpunkt: Ursachen, Modelle und Erklärungsansätze*. Saarbrücken: VDM Verlag Dr. Müller, 2007.
- BISCHOFF, Joachim. *Globale Finanzkrise: Über Vermögensblasen, Realökonomie und die “neue Fesselung” des Kapitals*. Hamburgo: VSA, 2008.
- BLOSS, Michael; ERNST, Dietmar; HÄCKER, Joachim; EIL, Nadine. *Von der Subprime-Krise zur Finanzkrise: Ursachen, Auswirkungen, Handlungsempfehlungen*. Munique: Oldenbourg, 2008.
- GANTENBEIN, Pascal; SPREMANN, Klaus. *Kapitalmärkte*. Stuttgart: Utb, 2005.
- HELLERFORTH, Michaela. *Die globale Finanzmarktkrise*. Hamburgo: Hammonia, 2009.
- JUBIN, Marius. *Die internationale Finanzkrise. Auslöser und Gefahren für die deutsche Realwirtschaft*. Hamburgo: Diplomica, 2008.
- LOHEIDE, Johannes. *Finanzmarkt ohne Grenzen?: Regionalpolitik und Finanzplätze in der Globalisierung*. Wiesbaden: VS, 2007.
- LUEER, Hermann. *Der Grund der Finanzkrise*. Münster: Monsenstein und Vannerdat, 2009.
- OGGER, Günter. *Der Börsenschwindel*. Munique: Bertelsmann, 2001.
- OTTE, Max. *Der Crash kommt: Die neue Weltwirtschaftskrise und was Sie jetzt tun können*. Berlim: Ullstein, 2008.
- REHKUGLER, Heinz. *Grundzüge der Finanzwirtschaft*. Munique: Oldenbourg, 2007.

## ANEXO

**LEI DE RESGATE DE EMPRESAS PARA A ESTABILIZAÇÃO DO MERCADO FINANCEIRO  
(LEI DE ASSUNÇÃO DE RESGATE)\***

## ARTIGO 1º

Desapropriação para a Proteção da Estabilidade do Mercado Financeiro

§ 1º Para proteger a estabilidade do mercado financeiro, poderão ocorrer desapropriações de acordo com o previsto nesta Lei.

§ 2º Podem ser objeto de uma desapropriação para a proteção da estabilidade do mercado financeiro:

1. Ações de empresas do setor financeiro no sentido do artigo 2º, § 1º, da Lei do Fundo de Estabilização do Mercado Financeiro.
2. Outros ativos que sejam parte do capital próprio de empresas do setor financeiro.
3. Ações de empresas subsidiárias de empresas do setor financeiro, bem como outros ativos que sejam parte do capital próprio de tais empresas subsidiárias.
4. Créditos ou instrumentos financeiros do patrimônio das empresas de acordo com o item (1) ou item (3), bem como obrigações em relação a terceiros cujo cumprimento fique a cargo das empresas atingidas de acordo com o item (1) ou item (3), e que estejam em conexão objetiva com os créditos a serem desapropriados ou títulos de crédito, inclusive créditos e obrigações de derivativos, pensões e transações semelhantes.

O item (1) e o item (3) não se aplicam às empresas do setor financeiro que forem administradas de acordo com a forma jurídica de uma pessoa jurídica de direito público, ou das quais participem apenas direta ou indiretamente pessoas jurídicas de direito público. Se uma empresa do setor financeiro for administrada como uma sociedade comanditária, também se considerarão as participações em bens complementares como participações no sentido do item (1). Aplica-se respectivamente o previsto para empresas subsidiárias no sentido do item (3) quando elas forem administradas sob a forma jurídica de uma sociedade comanditária.

§ 3º O que for objeto de desapropriação será transferido aos beneficiários da desapropriação. São beneficiários da desapropriação:

1. O Fundo de Estabilização do Mercado Financeiro de acordo com o artigo 1º da Lei do Fundo de Estabilização do Mercado Financeiro (Fundo).
2. Pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado cujas ações forem de propriedade exclusiva, direta ou indiretamente, da União ou do Fundo.

§ 4º A desapropriação de acordo com o previsto nesta Lei deve ocorrer de forma subsidiária a outros meios disponíveis:

1. A desapropriação só é admitida quando ela for necessária à proteção da estabilidade do mercado financeiro e quando não estiverem mais disponíveis no período de tempo necessário outras soluções jurídicas e econômicas possíveis, com as quais a estabilidade do mercado seja igualmente alcançada, mas de modo menos seguro.
2. É pressuposto para uma desapropriação de acordo com o item (1) que:
  - a) Ela seja necessária para a proteção da estabilidade do mercado financeiro de acordo com o § 2º, item (1) ou item (3) (relevância do sistema).
  - b) Não sejam suficientes para uma estabilização segura juridicamente e sustentável economicamente as medidas de estabilização previstas pela Lei do Fundo de Estabilização do Mercado Financeiro de acordo com o § 2º, item (1) ou item (3).
  - c) Não seja possível alcançar a proteção da estabilidade do mercado financeiro no período de tempo necessário em condições presumivelmente mais seguras jurídica e economicamente, não podendo ainda ocorrer de modo menos seguro, especialmente não através de medidas de acordo com a Lei de Aceleração da Estabilização do Mercado Financeiro (aquisição alternativa), sem a transferência do objeto da desapropriação ao beneficiário. Uma desapropriação só é admissível quando anteriormente a autoridade de desapropriação tenha em vão envidado esforços pela aquisição alternativa, ou, tendo em vista a urgência, não haja nenhuma perspectiva suficiente de sucesso. É pressuposto para a desapropriação em especial que a necessária maioria para a respectiva medida corporativa na Assembléia Geral não tenha sido alcançada, ou que a resolução não tenha sido registrada no tempo adequado.

#### ARTIGO 2º

##### Ato de desapropriação

§ 1º A desapropriação ocorre através da aprovação de um regulamento do Governo Federal sem a concordância do Conselho Federal. O regulamento precisa no mínimo conter o seguinte:

1. A descrição precisa do objeto da desapropriação.
2. A descrição do beneficiário da desapropriação.
3. A descrição de em qual momento o objeto da desapropriação se transfere ao beneficiário da desapropriação (momento de transferência);



4. A descrição de onde a fundamentação da desapropriação será publicada e disponível eletronicamente;
5. Descrições sobre o montante da indenização, desde que esta já tenha sido fixada no momento da aprovação do regulamento.

A fundamentação do regulamento será publicada no Boletim Oficial do Estado eletrônico.

§ 2º Revertem no momento da transferência do objeto da desapropriação todos os direitos a ele conexos ao beneficiário da desapropriação. Direitos de preferência independentes sobre o objeto da desapropriação, como títulos conversíveis ou de garantia, expiram. Os titulares de direitos de preferência têm direito a uma indenização pecuniária adequada. Se forem entregues documentos sobre ações de empresas de acordo com o artigo 1º, § 2º, item (1) e item (3), ou outros ativos no sentido do artigo 1º, § 2º, item (2), estes comprovam a partir do momento da transferência até sua entrega ao beneficiário da desapropriação apenas o direito à indenização pela desapropriação de acordo com o art. 4º. O momento de transferência será registrado imediatamente pelo órgão na Junta de Comércio.

§ 3º O artigo 19 da Lei de Aceleração da Estabilização do Mercado Financeiro aplica-se respectivamente a uma transferência ocorrida de acordo com o § 2º de ações de empresas de acordo com o artigo 1º, § 2º, item (1) e item (3), ou, respectivamente, de outros ativos no sentido do artigo 1º, § 2º, item (2).

§ 4º Ações de empresas de acordo com o artigo 1º, § 2º, item (1) ou item (3), que tenham sido desapropriadas, permanecem intactas com sua transferência a um instituto de desapropriação legal de acordo com a Lei de Indenização de Investidores e de Garantia de Depósito.

### ARTIGO 3º

#### Procedimento

§ 1º O Ministério Federal das Finanças é competente para a execução do procedimento de desapropriação como autoridade de desapropriação.

§ 2º O procedimento começa com a decisão do Governo Federal de executar um procedimento de desapropriação de acordo com esta lei (decisão de abertura). A decisão de abertura será publicada imediatamente na página da internet do Ministério Federal das Finanças e no Boletim Oficial do Estado eletrônico.

§ 3º A autoridade de desapropriação deve solicitar uma tomada de posição do Instituto Federal para a Supervisão dos Serviços Financeiros, do Banco Central alemão, bem como do Instituto de Estabilização do Mercado Financeiro com relação à desapropriação pretendida, em especial no que diz respeito a se e em que medida, em seu ponto de vista, os pressupostos da desapropriação de acordo com o artigo 1º estão presentes.

§ 4º A autoridade de desapropriação ouvirá em audiência o ou os proprietários de um objeto de desapropriação atingido por uma desapropriação e propiciará de forma apropriada uma oportunidade para a tomada de posição. Ela pode dispensar a audiência, desde que esta envolva gastos desproporcionais ou coloque em risco o objetivo da desapropriação.

#### ARTIGO 4º

##### Indenização

§ 1º A desapropriação será indenizada. Pode requerer indenização quem for prejudicado em seus direitos com uma desapropriação e que sofrer, assim, um prejuízo patrimonial.

§ 2º O beneficiário da desapropriação é obrigado a pagar uma indenização. O pagamento ocorre através do Fundo. Nos casos do artigo 1º, § 3º, item (2), a desapropriação exige o consentimento prévio do beneficiário da desapropriação para que a desapropriação ocorra, em especial à luz do previsto na primeira parte.

§ 3º A indenização é calculada de acordo com o valor de mercado do objeto da desapropriação. Se ações ou outras participações integrantes do capital próprio da empresa de acordo com o artigo 1º, § 2º, item (1) ao item (3) forem desapropriadas, a determinação do valor de mercado tomará como base uma avaliação da empresa. O Conselho de Administração da empresa atingida será obrigado a colocar à disposição da autoridade de desapropriação documentos e prestar as informações que forem necessárias à determinação do valor da empresa.

§ 4º Se o objeto da desapropriação for comercializado numa Bolsa de Valores nacional, aplica-se o seguinte para a determinação do valor de mercado:

1. O valor de mercado calcula-se como regra de acordo com o preço médio na Bolsa de Valores nacional do objeto da desapropriação durante as últimas duas semanas antes do dia da decisão de abertura, salvo se o preço médio nos últimos três dias antes da decisão de abertura for mais baixo; no último caso mencionado, este preço mais baixo cotado na Bolsa de Valores deve ser utilizado. O preço médio cotado na Bolsa de Valores nacional deve estar de acordo com o preço médio avaliado pelo Instituto Federal de Supervisão dos Serviços Financeiros (Instituto Federal) de acordo com o artigo 9º da Lei do Comércio de Títulos de Crédito. O Instituto Federal comunicará imediatamente à autoridade de desapropriação o preço médio em seguida à decisão de abertura.
2. Se a intenção de desapropriar tornar-se conhecida antes do dia da decisão de abertura, e se não puderem ser excluídos efeitos posteriores no preço do objeto da desapropriação cotado na Bolsa de Valores, adota-se em lugar do dia da decisão de abertura o dia em que a intenção de desapropriar se tornou conhecida. Isto será mencionado no regulamento de acordo com artigo 2º, § 1º.

3. Se houver indícios de que um valor de mercado calculado de acordo com o § 3º, segunda parte, do objeto da desapropriação se desviou consideravelmente do valor calculado de acordo com o preço médio da Bolsa de Valores, será reefetuada uma avaliação da empresa de acordo com o § 3º, segunda parte. Se disto resultar um valor do objeto de desapropriação que se desvie consideravelmente do valor medido de acordo com o preço médio cotado na Bolsa de Valores, este valor de mercado deve ter preferência de acordo com o § 3º, primeira parte.

§ 5º A desapropriação ocorrerá através de um pagamento numa só vez de uma importância em dinheiro. O pagamento da indenização é devido a partir do transcurso do dia em que houver o momento da transferência. O montante da indenização será tornado conhecido separadamente no regulamento de acordo com o artigo 2º, § 1º, ou pelo Ministério Federal das Finanças.

§ 6º As importâncias da indenização serão reajustadas anualmente a partir do momento da transferência com 2 pontos percentuais acima da taxa básica de juros de acordo com o artigo 247 do Código Civil.

#### ARTIGO 5º

##### Proteção jurídica

§ 1º O Supremo Tribunal Federal Administrativo decide em primeira e última instância sob solicitação sobre a validade dos regulamentos de acordo com o artigo 2º.

§ 2º A solicitação pode ser apresentada por qualquer pessoa física ou jurídica que invoque haver sido lesada em seus direitos através do regulamento, dentro de duas semanas após sua publicação. Ela será apresentada contra a República Federal da Alemanha. A decisão deverá ser tomada dentro de quatro semanas após a apresentação da solicitação.

§ 3º O Supremo Tribunal Federal Administrativo decide sobre a solicitação mediante sentença, ou, quando considerar que não é necessário um juízo oral, mediante decisão. Se o Supremo Tribunal Federal Administrativo se convencer de que o regulamento é ilegal, então ele o declarará sem efeito. A parte dispositiva da decisão será publicada pela parte contrária dentro de dois dias úteis após o anúncio da decisão do Supremo Tribunal Federal Administrativo.

§ 4º Uma declaração de ineficácia de acordo com o § 3º, segunda parte, não afeta o resultado da transferência dos objetos da desapropriação de acordo com o artigo 2º, § 2º, primeira parte. As pessoas que eram proprietárias dos objetos da desapropriação no momento da transferência e seus sucessores poderão dentro de um mês após a publicação da decisão de acordo com o § 3º, terceira parte, exigir a retrocessão do objeto com o reembolso da indenização concedida pelo artigo 4º; a respectiva solicitação deve ser dirigida ao beneficiário da indenização. O beneficiário da

desapropriação pode exigir das pessoas mencionadas na segunda parte a retrocessão dos objetos da desapropriação em troca do reembolso da indenização concedida de acordo com o artigo 4º.

§ 5º Exclui-se uma pretensão à retrocessão de acordo com o § 4º, segunda parte, quando não for apresentada uma solicitação de acordo com o § 1º dentro do prazo do § 2º, primeira parte, ou quando uma solicitação apresentada for rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal Administrativo dentro do prazo do § 2º, primeira parte.

§ 6º O Supremo Tribunal Federal Administrativo pode admitir sob solicitação uma decisão interlocutória quando isto for recomendado com urgência para evitar desvantagens sérias e inadmissíveis que não poderiam ser eliminadas por uma declaração de sem efeito de acordo com o § 3º, segunda parte. A solicitação deve ser apresentada dentro de duas semanas após o anúncio do regulamento de acordo com o artigo 2º; aplica-se respectivamente o § 2º, terceira parte. O beneficiário da desapropriação não pode adotar nenhuma medida dentro de duas semanas após o anúncio do regulamento que possa acarretar desvantagem no sentido da primeira parte. Uma decisão interlocutória não afeta o efeito de uma transferência já ocorrida dos objetos da desapropriação de acordo com o artigo 2º, § 2º, primeira parte.

§ 7º O Superior Tribunal Federal decide em primeira e última instância sobre conflitos devidos ao montante da indenização concedida de acordo com o artigo 4º.

#### ARTIGO 6º

##### Prazo e reprivatização

§ 1º Uma decisão de acordo com o artigo 3º, § 2º, primeira parte pode ocorrer apenas até 30 de junho de 2009. Um regulamento de acordo com o artigo 2º, § 1º, primeira parte pode ser adotado apenas até 31 de outubro de 2009.

§ 2º Empresas cujas ações foram desapropriadas de acordo com esta Lei serão imediatamente reprivatizadas, tão logo a empresa tenha sido estabilizada de forma sustentável. Isto pode ocorrer em especial através de uma alienação de ações, um aumento de capital ou de outros meios. Os titulares de participações, cujas ações tiverem sido transferidas de acordo com o artigo 2º, devem ter o direito preferencial de aquisição.

§ 3º Sem prejuízo do § 2º, primeira parte, o beneficiário da desapropriação pode a qualquer momento alienar os objetos da desapropriação que lhe forem transferidos de acordo com as disposições gerais, ou efetuar a emissão de novas ações da empresa, quando isto servir para sua estabilização sustentável. As receitas obtidas com a alienação reverterem em benefício do Fundo.

§ 4º A estabilização sustentável da empresa, cujas ações tenham sido desapropriadas de acordo com esta Lei, é avaliada pelo beneficiário da desapropriação à custa da empresa. Uma primeira avaliação deve ser efetuada antes do transcurso de dois anos após a realização da desapropriação. Outras avaliações devem ocorrer em seguida

anualmente. Sobre o resultado da avaliação, o Comitê deve ser informado de acordo com o artigo 10a da Lei do Fundo de Estabilização do Mercado Financeiro pelo Ministério Federal das Finanças.

#### ARTIGO 7º

Direitos do Comitê de acordo com o artigo 10a da Lei do Fundo de Estabilização do Mercado Financeiro e Informação da Comissão de Finanças e Orçamento

§ 1º O Comitê será informado de acordo com o artigo 10a da Lei do Fundo de Estabilização do Mercado Financeiro pelo Ministério Federal das Finanças sobre todas as medidas de desapropriação efetuadas de acordo com esta Lei, bem como sobre a situação das empresas de acordo com o artigo 1º, § 2º, item (1) e item (3), cujas ações tiverem sido desapropriadas. Aplica-se respectivamente o artigo 10a, § 2º, segunda parte e o § 3º da Lei do Fundo de Estabilização do Mercado Financeiro.

§ 2º A Comissão das Finanças e Orçamento da Câmara de Deputados alemã deve ser informada antes da adoção de um regulamento de acordo com o artigo 2º, § 1º, primeira parte sobre seu conteúdo. As prerrogativas do Comitê de acordo com o artigo 10a da Lei do Fundo de Estabilização do Mercado Financeiro permanecem em vigor.

#### ARTIGO 8º

Autorização de regulamento

O Governo Federal pode mediante regulamento, que não necessita de consentimento do Conselho Federal, adotar dispositivos mais específicos sobre:

1. O procedimento de desapropriação de acordo com o artigo 3º.
2. A desapropriação de acordo com o artigo 4º.
3. Outras medidas que sejam necessárias para a proteção dos objetivos desta Lei no âmbito de uma desapropriação para a proteção da estabilidade do mercado financeiro de acordo com o artigo 1º.

#### ARTIGO 9º

Publicação de regulamentos

Regulamentos de acordo com esta Lei também podem, não obstante o previsto no artigo 1º da Lei sobre a Promulgação de Regulamentos, ser publicados no Boletim Oficial do Estado eletrônico. Regulamentos que tiverem sido promulgados no Boletim Oficial do Estado eletrônico devem remeter noticiosamente à indicação do local de sua publicação e ao dia de sua entrada em vigor no Diário Oficial.

Tradução: Roberto Chacon de Albuquerque

SQN 107 – Bloco H – ap. 306  
70743-080  
Brasília – DF – Brasil  
[robertocalbuquerque@yahoo.com](mailto:robertocalbuquerque@yahoo.com)

*Roberto Chacon de Albuquerque*

PROFESSOR DA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE BRASÍLIA  
DOUTOR EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
ADVOGADO

## PANORAMA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO PENAL ALEMÃO VIGENTE

*Nereu José Giacomolli e Pablo Rodrigo Alflen da Silva*

OVERVIEW OF THE LEGALITY PRINCIPLE IN CONTEMPORARY  
GERMAN CRIMINAL LAW

### RESUMO

O ARTIGO ANALISA O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL DESDE A PERSPECTIVA ALEMÃ. NESSE SENTIDO, COM BASE EM UM MÉTODO COMPARADO, DESENVOLVE UM PANORAMA DOS ASPECTOS LEGAIS, DOGMÁTICOS E JURISPRUDENCIAIS RELACIONADOS A ESTE PRINCÍPIO. COM ISSO, TEM POR OBJETIVO PROPORCIONAR AO PÚBLICO BRASILEIRO UMA VISÃO GERAL ACERCA DO PRINCÍPIO, NO QUE DIZ RESPEITO À SUA PREVISÃO LEGAL E À SUA ESTRUTURAÇÃO DOGMÁTICA, TAL COMO DELINEADA PELA LITERATURA JURÍDICO-PENAL ALEMÃ, BEM COMO À SUA APLICABILIDADE NO ÂMBITO JUDICIAL ALEMÃO. SOBRETUDO NO TOCANTE A ESTE ÚLTIMO ASPECTO, PRETENDE-SE APRESENTAR O MODELO ALEMÃO COMO UM EXEMPLO A NÃO SER SEGUIDO, FACE A SUA ATUAL ORIENTAÇÃO NO SENTIDO DE FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

### PALAVRAS-CHAVE

DIREITO PENAL ALEMÃO; PRINCÍPIO DA LEGALIDADE; CÓDIGO PENAL ALEMÃO.

### ABSTRACT

THE ARTICLE ANALYZES THE PRINCIPLE OF LEGALITY FROM THE PERSPECTIVE OF THE GERMAN CRIMINAL LAW. IN THIS APPROACH, BASED ON A COMPARATIVE METHOD, DEVELOP AN OVERVIEW OF THE LEGAL, DOGMATIC AND JUDICIAL ASPECTS RELATED TO THIS PRINCIPLE. WITH THIS, AIMS TO PROVIDE TO THE BRAZILIAN PUBLIC AN OVERVIEW OF THE PRINCIPLE, SINCE ITS LEGAL BASIS UNTIL ITS DOGMATIC STRUCTURE, AS OUTLINED BY THE GERMAN CRIMINAL LITERATURE, AS WELL AS ITS APPLICABILITY IN THE GERMAN COURTS. PARTICULARLY ON THE LATTER ASPECT, WE INTEND TO PRESENT THE GERMAN MODEL AS AN EXAMPLE NOT BE FOLLOWED, DUE ITS CURRENT ORIENTATION TOWARDS RELAXING THE PRINCIPLE OF LEGALITY.

### KEYWORDS

GERMAN CRIMINAL LAW; PRINCIPLE OF LEGALITY; GERMAN CRIMINAL CODE.

## INTRODUÇÃO

O direito penal alemão, indubitavelmente, sempre exerceu forte influência no desenvolvimento da dogmática jurídico-penal dos países, inclusive para além do mundo europeu. Essa influência ocorreu, apropriadamente, em razão do grande desenvolvimento da dogmática jurídico-penal alemã, o que, notadamente, fez com que o direito penal alemão sempre representasse um paradigma a ser seguido.

Contudo, atualmente, a própria dogmática penal alemã tem se orientado pelos modernos movimentos de política criminal (exemplos disso são os chamados *direito penal do risco e do inimigo*), os quais, no entanto, possuem como ponto em comum a

exigência de flexibilização dos princípios penais de garantia e, por conseguinte, o estabelecimento de uma dogmática assentada em estruturas abstratas de punição, em consonância com esses princípios. Um dos princípios é, justamente, o princípio da legalidade penal.

Em razão disso, o presente estudo analisa este princípio, desde a perspectiva alemã, desenvolvendo um panorama dos aspectos legais, dogmáticos e jurisprudenciais relacionados ao mesmo. Por isso, tem por objetivo precípuo proporcionar uma visão geral acerca do postulado, no que pertine à sua previsão legal e à sua estruturação dogmática, tal como delineada pela literatura jurídico-penal alemã, bem como no tocante à sua aplicabilidade no âmbito judicial alemão. Pretende-se, ainda, com esta abordagem, evidenciar o fato de que a estrutura legal e dogmática do princípio da legalidade, apresentada de forma secular pela doutrina alemã, como postulado representativo de um Estado de Direito (*Rechtsstaatsprinzip*),<sup>1</sup> sofre os influxos dos modernos movimentos político-criminais, de forma a afetar fundamentalmente a estrutura legal como um todo, face às tentativas de sua flexibilização.

## I ESFORÇO ESCLARECEDOR

Toda lei penal traduz uma decisão política (político-criminal), ou seja, esta dá origem àquela. Apesar disso, o vínculo existente entre ambas é “quebrado” pelo princípio fundamental da legalidade, de máxima significação à segurança jurídica. O princípio da legalidade, no âmbito jurídico brasileiro, está descrito no artigo 5.º, inciso XXXIX da CF/1988 que expressa, *in verbis*, que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

No código penal brasileiro, o referido princípio encontra seu embasamento no artigo primeiro, o qual apresenta, substancialmente, a mesma redação do preceito constitucional. Segundo este princípio, uma ação somente pode ser punida quando a punibilidade estiver determinada antes da ação ser perpetrada, ou seja, os pressupostos da punibilidade e as consequências jurídicas do ato precisam estar determinados já na época do fato, através de uma lei.

O princípio da legalidade ou da reserva legal possui uma significação mais ampla do que a simples literalidade ou formalidade do *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, na medida em que a essência do princípio, ou seu aspecto material, a partir do *topos* hermenêutico constitucional, está na garantia de proteção dos cidadãos, frente à potestade punitiva estatal. Deste princípio se inferem três garantias básicas de direito material: criminal (tipicidade), penal (sanções) e penitenciária (execução penal) e uma processual: jurisdição. Portanto, é o princípio da legalidade que serve de fundamento ao limite da potestade punitiva, como limite do poder político jurídico, mas não dos direitos e das garantias, do *status libertatis*.<sup>2</sup>



Na medida em que na maioria dos Estados democráticos, de matriz codificadora, tal princípio tem encontrado sua respectiva posituação, é conveniente examinar a própria legislação penal de base e sua correspondente evolução para, só assim identificar o grau de adesão da respectiva cultura jurídica a ideia de legalidade penal. Partindo daí, é importante, antes de analisar a previsão do princípio da legalidade na legislação penal alemã vigente, considerar a própria evolução do código penal alemão.

## 2 O CÓDIGO PENAL ALEMÃO

O StGB (Código Penal Alemão) de 1975, vigente na Alemanha, não é caracterizado como um código integralmente novo, posto que é resultado de uma reforma profunda e incisiva do RStGB (Código Penal do *Reich*), de 15.05.1871.<sup>3</sup> Além disso, formalmente, o StGB tem sido objeto de reformas periódicas e complexas. A última alteração foi em decorrência da Lei de 02.10.2009 (BGBl., I, Nr. 66, de.10.2009).<sup>4</sup> Portanto, o RStGB, de 1871, foi o primeiro Código da Alemanha unificada e representou uma síntese de dois textos precedentes, a saber, o Código Prussiano de 1851, e o Código Bávaro de 1813.

No que tange especificamente ao seu teor, é entendimento assente na doutrina alemã que o Código de 1871 tem por característica fundamental a constituição de tipos penais formulados de maneira clara e concisa<sup>5</sup>. Apesar disso, Palazzo entende que é difícil negar uma clara linha de continuidade no pensamento e na tradição penalística alemã, sobretudo quando se parte da *Constitutio Criminalis Carolina*, de 1532 (o ordenamento do imperador *Carlos V*)<sup>6</sup>, e do Código Bávaro de 1813.<sup>7</sup> E isso é compreensível, na medida em que se parte do fato de que a *Constitutio Criminalis Carolina* deixava o poder de punir, excessivamente, nas mãos do julgador. Apesar de obrigar os órgãos judiciais a atuar conforme determinava a lei, como princípio, também admitia, com uma certa cautela, uma punição extralegal, conforme os “bons costumes”. Além disso, permitiu a aplicação analógica a “casos inominados”.<sup>8</sup>

O código bávaro (o *bayerischen StGB*), elaborado por Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, se opunha à concepção instituída na *Constitutio Criminalis Carolina* e, em virtude disso, representou um dos Códigos mais característicos do direito penal alemão, na medida em que, inclusive, já previa, em seu início, o princípio da legalidade, de acordo com a fórmula apresentada pelo jurista (*nulla poena sine lege*)<sup>9</sup>. Assim dispunha o § 1 do *bayerischen StGB*:

§ 1 “*Wer eine unerlaubte Handlung oder Unterlassung verschulde, für welche ein Gesetz ein gewissen Uebel gedroht hat, ist diesem gesetzlichen Uebel al seiner Strafe unterworfen*”.<sup>10</sup>

O preceito, inclusive, refletia a proposição de legalidade cunhada por Feuerbach, em seu Tratado:

I. Toda inflição de uma pena pressupõe uma lei penal (*Nulla poena sine lege*). Pois a pura e simples ameaça do mal através da lei justifica a idéia e a possibilidade jurídica de uma pena. II. A inflição de uma pena está condicionada à existência da conduta ameaçada (*Nulla poena sine crimine*). Pois através da lei a pena cominada está vinculada ao fato como um pressuposto juridicamente necessário. III. O fato ameaçado legalmente (o pressuposto legal) está condicionado pela pena legal (*Nullum crimen sine poena legali*). Pois através da lei se vincula à determinada lesão ao direito o mal como conseqüência juridicamente necessária.<sup>11</sup>

Por sua vez, o Código prussiano, de 1851, influenciado pelo *Code Napoléon* de 1810, e elaborado sob a liderança de Savigny<sup>12</sup>, era considerado uma típica expressão do pensamento jurídico da primeira metade dos anos oitocentos, com uma clara característica conservadora, além de orientar-se pela ideia de prevenção geral da pena (punição exemplar). Contudo, reportava-se a uma figura de pessoa humana um pouco abstrata, condicionável a processos motivacionais, mediante a aplicação da pena, típica de uma sociedade mecanicista.<sup>13</sup>

O RStGB, de 1871, portanto, registra uma fusão de dois modelos. Compreende um texto de matriz clássica, no qual a ideia de retribuição surge conjuntamente com a de prevenção geral e com poucas referências à prevenção especial. Este Código se insere no movimento codificador e reflete a tendência nacionalista que acompanhava a unificação dos grandes Estados nacionais. Pode-se dizer que se deve às boas experiências de codificações penais, nas quais a legislação alemã já demonstrava tons de perfeição técnica. Porém, manteve certa distância entre suas normas e a realidade econômico-social da nação, caracterizada principalmente ao final do século XIX, por grandes e rápidas mudanças.<sup>14</sup>

Apesar disso, como refere Peter-Alexis Albrecht, na criação do RStGB, de 1871, tinha-se por base a ideia de Estado de Direito e de Constituição, tanto que o § 2 deste Código trazia em seu bojo o mesmo teor do Art. 103, 2 da atual Lei Fundamental (GG), que justamente prevê o princípio da legalidade.

Mas nos primeiros anos do século XX este código foi objeto de projetos de reforma, sobre os quais, inclusive, se confrontaram a escola clássica de Karl Binding e a escola moderna de Franz von Liszt (que no *Marburger Programm* – 1882 – difunde novamente a ideia de prevenção especial, fundada sobre aspectos empíricos e sobretudo sociais da política criminal). Em 1911, Karl Stoos apresenta, por sua vez, um projeto de reforma que prevê o retorno do sistema do “*doppio binario*” como ponto de mediação entre as duas escolas. Porém, um projeto de reforma, particularmente inovador, foi apresentado em 1922, por Gustav Radbruch (que, à época, além de insigne penalista e filósofo, era Ministro da Justiça). Tal projeto foi considerado, no entanto, muito audaz para ser aprovado.

Apesar das insuficiências e das reformas, o Código de 1871 sobreviveu, mesmo após o advento do regime nazista, o qual estabeleceu uma série de leis especiais que deturparam os clássicos princípios de garantia do direito penal, registrando-se, inclusive, a aplicação da pena de morte a alguns crimes. No entanto, no período pós-guerra as maiores barbáries recaíram nas fontes do direito penal, pois, de um lado, afirmou-se o princípio da analogia *in malam partem* e, de outro lado, abriram-se, decisivamente, as fontes extralegais como, por exemplo, a ideia de *são sentimento do povo*, assim como interpretava o *Führer* (e instituída no direito penal alemão por Edmund Mezger, em sua obra *Deutsches Strafrecht*<sup>15</sup>). De outra sorte, instituiu-se um vasto e penetrante sistema de polícia que, de fato, substituiu o rígido direito penal.

É oportuno referir aqui a figura de James Goldschmidt que, em sua tese de habilitação intitulada “o direito penal administrativo”, discutia a respeito das assim denominadas violações (*Übertretungen*<sup>16</sup>), que ainda eram reguladas juntamente com crimes e delitos no Código Penal do Império. Goldschmidt se manifestava pela delimitação entre as violações e os fatos puníveis propriamente ditos e pela conversão do direito das violações em direito administrativo.<sup>17</sup>

O Código de 1871, no entanto, permaneceu em vigor, sendo que no período pós-guerra, com o cancelamento das legislações instituídas pelo delírio nazista, foi aprovada, em 1949, a *Grundgesetz*, isto é, a nova lei fundamental da República Federal Alemã (RFA).<sup>18</sup> Palazzo<sup>19</sup> refere que ela não era propriamente uma Constituição (pois só se pode falar em tal após a reunificação do povo alemão), mas sim uma lei de categoria superior, na qual se consagram formalmente muitos princípios de garantia que interessam diretamente ao direito penal, tais como: a abolição das penas de morte (art. 102); *respeito ao princípio da legalidade* (art. 103, 2) com uma formidável sinteticidade que conduziu a um extraordinário desenvolvimento na doutrina e na jurisprudência, do seu corolário de certeza e determinação; a afirmação solene (ao final do primeiro artigo) da dignidade humana como princípio irrenunciável, absoluto e fundante da ideia de direito.

Com a entrada em vigor da Lei Fundamental alemã se registram pressões direcionadas à reforma do StGB. Não só porque o código vigente teria mais de um século de existência, mas pela necessidade de reafirmar em um texto legislativo, de maneira profunda e organizada, os valores e princípios fundamentais, em face da barbárie que teria representado o nazismo.<sup>20</sup>

Ao final dos trabalhos de uma comissão ministerial, que se reuniu de 1954 a 1959, foi apresentado, em 1962, um projeto de lei orgânica de reforma (o *Entwurf 1962 – E 1962*), relativo somente à parte geral do Código Penal. Tratava-se de um projeto tecnicamente bem aquilatado, que reelaborava e reassumia todo o desenvolvimento científico a partir de 1871, com notável precisão dogmática, mas que, antes de tudo, se caracterizava fortemente por dois aspectos:<sup>21</sup>

(1) Face à orientação pela legalidade, tinha uma forte propensão ao estabelecimento de definições já nas próprias normas. Porém, caso as definições se revelassem eficazes, poderiam conduzir a um bloqueio do pensamento científico, da elaboração doutrinária e jurisprudencial, justificada pelo “ótimo dado positivo” e, se ineficazes, poderiam criar inúmeras confusões, desacreditando as fontes codificadoras do direito penal, acentuando as discussões da doutrina e da jurisprudência, conduzindo a uma substancial incerteza das normas.

(2) Apresentava um traço altamente eticizante, marcantes da história e da tradição alemã, em particular da ideia retributiva da pena, enunciativa de uma visão ética do direito penal.

Klaus Volk, aliás, teceu críticas incisivas ao E 1962, referindo que, no tocante ao sistema de sanções, ele era muito progressista e orientado, de forma evidente, por um pensamento retributivo. Ademais, o projeto estava muito longe dos modernos princípios político-criminais de proteção dos bens jurídicos e da subsidiariedade do direito penal. O conceito de crime, que era a base deste projeto, estava orientado por concepções jusnaturalistas e ontologizadas. O que não poderia ser diferente posto que neste momento o finalismo tinha atingido o seu auge na Alemanha.

Em reação ao E 1962, um grupo de juristas alemães apresentou, em 1966, o *Alternativ Entwurf* (AE 1966), um projeto alternativo de reforma, publicado em três volumes. O projeto refutava a ideia retributiva e de inspiração eticizante, aderiu completamente à orientação preventiva especial, estabelecia um novo impulso no sistema de penas, com inúmeras hipóteses de medidas alternativas. A culpabilidade era estabelecida como limite das garantias invioláveis do sistema sancionatório e não como fundamento justificador da pena.<sup>22</sup>

Com isso, em 1969, o *Bundestag* aprovou as duas primeiras leis de reforma: a primeira, destinada a entrar rapidamente em vigor, prevendo uma série de alterações urgentes na parte especial; a segunda, de fundamental importância, apresentava uma radical modificação na parte geral do código, destinada a entrar em vigor após uma longa *vacatio legis* (de seis anos). O código entrou em vigor em 01 de janeiro de 1975.

Contudo, em consonância com as opções político-criminais que orientavam o AE 1966, com a abolição da categoria de ilícitos penais contravençionais e a redução a somente aqueles que são de relevância penal, foi aprovada outra grande operação de reforma, promulgando uma lei de com grande conteúdo despenalizador, que estabeleceu uma nova e orgânica disciplina dos ilícitos administrativos (idealizada por Goldschmidt<sup>23</sup>). À área dos ilícitos administrativos foram destinados grande parte dos ilícitos antes previstos como contravenções, tendo-se criado, a partir daí, a OWiG (Lei dos ilícitos à ordem).

No início da década de 1970 o legislador alemão criou a “Lei de introdução ao código penal” (EGStGB), que continha uma série de dispositivos de caráter geral (mais especificamente, 326 artigos) que diziam respeito ao âmbito de validade do código penal, disposições comuns, a adaptação das normas penais e modificações no código penal. O fluxo legislativo manteve-se intenso, tendo havido leis relativamente à criminalidade ambiental e econômica, à dita criminalidade organizada, bem como, em janeiro de 1998, uma reforma de conteúdo heterogêneo, denominada de VI Grande Lei da Reforma, contendo três aspectos da parte especial: numeração de hipóteses incriminadoras, ampliação da previsão para alguns delitos e definição do dolo específico nos crimes patrimoniais.<sup>24</sup>

A característica fundamental da parte geral do StGB, como que radicalmente renovado em 1975, compreende três grandes núcleos temáticos: (a) fontes do direito penal, (b) os pressupostos da responsabilidade penal e (c) o sistema de sanções.

### 3 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO PENAL ALEMÃO

Após esta breve incursão de matiz histórico-evolutivo acerca do Código Penal alemão, verifica-se que a ideia de legalidade sempre esteve presente no ordenamento alemão, embora em determinado período tenha sofrido os influxos de um regime autoritário típico de um Estado de Polícia, representado pelo Nazismo. Nesse sentido, cumpre analisar a legislação alemã vigente e a respectiva positivação do princípio da legalidade para, então, por conseguinte, proceder ao exame da estruturação dogmática do princípio.

#### 3.1. PREVISÃO NA LEGISLAÇÃO ALEMÃ VIGENTE

Como analisado, e inclusive ressaltado por Hassemer, o princípio da legalidade, sob a ótica legiferante, nasceu com o *Code Pénal*, de 1810, e chegou ao RStGB de 1871 por meio do Código Prussiano, de 1851. No plano constitucional foi a Constituição de Weimar quem conferiu ao princípio da legalidade a categoria constitucional, ao inseri-lo em seu artigo 116. A partir daí, foi transferido para a Lei Fundamental, encontrando seu embasamento no atual artigo 103, 2.<sup>25</sup>

O direito penal alemão vigente prevê o princípio da legalidade no § 1 do StGB e no artigo 103 da GG. O § 1 do StGB dispõe, na esteira do proposto por Feuerbach em seu famigerado Tratado,<sup>26</sup> expressamente:

§ 1 *Keine Strafe ohne Gesetz: Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.*<sup>27</sup>

Por sua vez, o artigo 103, 2, da GG, dispõe o princípio da legalidade exatamente com a mesma redação, conforme se verifica do teor do dispositivo:

Art. 103, 2: *Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.*<sup>28</sup>

É oportuno referir ainda que o mesmo dispositivo da Constituição alemã, na alínea 3, consagra o princípio “*ne bis in idem*” (proibição da dupla punição) expressamente:

Art. 103, 3: *Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden.*<sup>29</sup>

O princípio da legalidade, no entanto, foi estendido inclusive ao âmbito dos ilícitos administrativos, previstos na OWiG, conforme dispõe o § 3:

§ 3: **Keine Ahndung ohne Gesetz:** *Eine Handlung kann als Ordnungswidrigkeit nur geahndet werden, wenn die Möglichkeit der Ahndung gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde.*<sup>30</sup>

### 3.2 O REGIME CONSTITUCIONAL DA CONCORRÊNCIA LEGISLATIVA EM MATÉRIA PENAL

Há que ser observado o fato de que a Lei fundamental da República Federal da Alemanha prevê a competência da Federação e dos *Länder*<sup>31</sup> para legislar em matéria penal. A *Reichsverfassung* (Constituição do Império Alemão) de 16 de abril de 1871<sup>32</sup> sinalizou a mudança para uma federação com competência geral e não pela reunião das meras competências dos estados singulares. O próprio preâmbulo da *Reichsverfassung* ressaltava que a competência do Império não podia ser desviada para os estados individuais. Contudo, as competências indicadas pela legislação nas disposições isoladas da Constituição do Império autorizavam que se recorresse à administração, sendo que pela lei de reforma constitucional posterior se possibilitou a transferência das competências aos *Länder*.<sup>33</sup>

Isso foi uma decorrência da diferenciação entre a competência exclusiva e facultativa atribuída ao Império, e da qual resultou a idéia de “*konkurrierende Zuständigkeit*” (competência concorrente), inclusive em matéria penal. A concorrência legislativa prevista no artigo 74, 1 da GG, apesar de não excluir a possibilidade do Estado se reserva à produção legislativa (art. 77, 2 GG), autoriza e legitima o recurso à denominada técnica das *leis penais em branco*, pois o artigo 80, 1 da GG estabelece que os *Länder* podem ser autorizados através de lei federal a emitir decretos, embora a lei deva determinar o conteúdo, objetivo e extensão da autorização outorgada. As regras principais encontram-se na Lei de Introdução ao StGB (art. 1-4 EGStGB).<sup>34</sup>

Assim dispõe o art. 74, 1, da GG:

Art. 74: *Die konkurrierende Gesetzgebung erstreckt sich auf folgende Gebiete: 1. das bürgerliche Recht, das Strafrecht und den Strafvollzug, die Gerichtsverfassung, das gerichtliche Verfahren, die Rechtsanwaltschaft, das Notariat und die Rechtsberatung.*<sup>35</sup>

Palazzo ressalta, no entanto, que esta concorrência legislativa entre a Federação e os *Länder* conduz a uma dupla ordem de limites. O primeiro limite recai no artigo 72, 1 da GG, cujo preceito estabelece o princípio da subsidiariedade da legislação dos *Länder* em face da legislação federal, posto que:

*Art. 72, 1: Im Bereiche der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seinem Gesetzgebungsrechte keinen Gebrauch macht.*<sup>36</sup>

Agora, o segundo limite decorre dos artigos 1 a 4 da EGStGB (Lei de Introdução ao Código Penal). Isso porque o artigo 1.º estabelece que a parte geral do Código vale incondicionalmente para o direito penal dos *Länder* e isso assume reflexos no que diz respeito à previsão do artigo 2, que determina, portanto, que o direito penal regional (dos *Länder*) pode prever para os seus ilícitos limites espaciais diversos daqueles estabelecidos no código penal. É possível prever causas particulares de não punibilidade, mais amplas do que as previstas no direito penal federal.

Ademais, o artigo 3 da EGStGB proíbe a cominação de penas privativas de liberdade superiores a dois anos e de penas pecuniárias superiores ao máximo dos limites previstos no StGB. Já o artigo 4 secunda o princípio da subsidiariedade na concorrência legislativa, ressaltando que quando o legislador federal silenciar, intencionalmente, no tocante à intervenção penal, o legislador regional não pode incriminar os comportamentos penalmente lícitos pela vontade do legislador federal.

Palazzo entende que esta série de limites apenas ilustra o modesto papel dos *Länder* na experiência legislativa penal da Alemanha. Contudo, não nos parece ser tão modesto o papel, posto que é justamente esta espécie de concorrência legislativa que torna absolutamente admissível, por exemplo, o emprego de leis penais em branco. De outra sorte, se comparado rigorosamente com o modelo brasileiro, o emprego desta técnica seria absolutamente proscrito.

Nesse sentido, inclusive, manifestou-se recentemente o tribunal constitucional federal alemão:

*Art. 103 Abs. 2 GG erfasst insbesondere Straf- und Bußgeldtatbestände (vgl. BVerfGE 81, 132 135; 87, 399 411). Legt eine Sanktionsnorm – wie § 15 Abs. 1 Nr. 4 LImSchG Bln – das bewehrte Verhalten nicht selbst fest, sondern verweist sie auf eine verwaltungsrechtliche Vorschrift, müssen beide Vorschriften in ihrer Gesamtheit sowie ihre Auslegung und Anwendung im Einzelfall den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 103 Abs. 2 GG genügen (vgl. zu derartigen „Blanketttatbeständen“ BVerfGE 75, 329 340 ff.; 87, 399 407; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 103 Abs. 2 GG, Rn. 208 Bearbeitungsstand Dezember 1992).*<sup>37</sup>

Estabelecida a previsão legal e os limites da concorrência legislativa, passaremos a tratar dos postulados da legalidade, sob a perspectiva da dogmática alemã.

### 3.3 OS POSTULADOS DA LEGALIDADE PENAL SOB A ÓTICA DA DOGMÁTICA ALEMÃ

O princípio da legalidade, conforme entendimento assente na doutrina alemã é típica expressão da ideia de Estado de Direito e determina que este há de proteger o indivíduo não só por meio do Direito Penal, como também em face do direito penal. Em outras palavras, a ordem jurídica deve não só colocar à disposição métodos e meios adequados de prevenção do crime, como também, nas palavras de Roxin, impor limites ao poder de punir do “Estado Leviatã”.<sup>38</sup>

Na República Federal da Alemanha, como visto, o âmbito de aplicação do princípio da legalidade foi estendido aos ilícitos administrativos (§ 3. OWiG), autorizando inclusive “incriminação” por parte de fontes subprimárias das autoridades centrais e periféricas.

Conforme Jakobs,<sup>39</sup> e aqui o jurista alemão segue a doutrina alemã em sua totalidade, a lei no sentido do princípio da legalidade é toda norma jurídica escrita, quer se trate de uma lei formal, um regulamento ou decreto. Contudo, ressalta que se deve ter em vista que o artigo 104, 1 da GG estabelece que somente por lei formal pode ser imposta pena privativa de liberdade.

*Mutatis mutandis*, é entendimento comum o de que a generalização da formação da lei penal determina um risco à segurança jurídica, porque pode ser produzida por meio da vinculação excessiva a *cláusulas gerais*, objetivamente distintas, que anulam a função de garantia da lei penal.<sup>40</sup>

Assim, através do princípio da legalidade realiza-se a *função de garantia* da lei penal<sup>41</sup> como uma “*Magna Charta Libertatum do Cidadão*”,<sup>42</sup> hoje reconhecido, na doutrina alemã, por seus quatro desdobramentos:<sup>43</sup>

- a fundamentação da pena e o agravamento não podem realizar-se por meio do Direito consuetudinário (*lex scripta*);
- a impossibilidade de aplicação analógica da lei penal (*lex stricta*);
- a irretroatividade da lei penal (*lex praevia*);
- a lei penal deve ser precisa, ou seja, seu conteúdo e limites devem ser definidos, na medida do possível, pelo próprio texto de lei (*lex certa*).<sup>44</sup>

Jescheck adverte que os dois primeiros dirigem-se ao juiz e os últimos ao legislador, pois o grau de vinculação do juiz à lei é determinado pelo grau de exatidão com que a vontade comum é expressa na lei.<sup>45</sup> Nesse sentido, como afirma Hassemer, o juiz, na sentença, não tem outra tarefa senão a de concretizar o conteúdo da lei sobre o caso, em decisão, pois a vinculação do juiz à lei é obrigatória,<sup>46</sup> embora, com razão, entenda que o princípio da legalidade vincula o juiz tanto pela proibição da analogia



e da fundamentação e agravamento da pena pelo direito consuetudinário, como também pela proibição da retroatividade.<sup>47</sup>

### 3.4 PANORAMA JURISPRUDENCIAL E PERSPECTIVA CRÍTICA

Palazzo refere que o direito penal alemão tem atribuído amplo espaço operativo aos costumes e à analogia, sobretudo em termos de causas de justificação. Assim, refere que, justamente em razão disso, as causas de justificação previstas na parte geral do código penal são poucas, restringindo-se à legítima defesa (§ 32) e ao estado de necessidade (§ 34). O próprio consenso está previsto, de forma direta, como excludente especial dos crimes (§ 228 do StGB<sup>48</sup>).

Contudo, chama a atenção quanto ao uso de um procedimento muito comum na legislação alemã, considerado hipótese de analogia. Trata-se do uso da regra exemplificativa (*Regelbeispiele*), segundo a qual o legislador formula uma norma substancialmente aberta, elencando uma série de hipóteses. O exemplo que Palazzo aponta é o do § 243 do StGB, o qual tipifica o furto de particular gravidade. Entende Palazzo que, no caso deste delito, o legislador, ao elencar os exemplos, autoriza a interpretação analógica.

Aliás, isso é corroborado por Roxin (assim como por Jescheck)<sup>49</sup> ao tratar das regras exemplificativas, o qual ressalta que nestes casos o juiz poderia aceitar a aplicação da norma quando houvesse um exemplo mais gravoso, assim como ele, ao contrário, poderia afirmar um caso particularmente grave, apesar de não haver um exemplo legal.

Mas, justamente por questões como estas, que Albrecht tem apontado a Alemanha, atualmente, como um *referencial negativo*. Nesse sentido refere o autor que, prescindindo dos postulados da legalidade, “o legislador cria tipos penais que, mesmo para os versados, não são mais compreensíveis. Tipos nos quais mal parece possível distinguir a conduta punível de uma conduta cotidiana normal”.<sup>50</sup>

Na jurisprudência alemã, sobretudo do BVerfG (Tribunal Constitucional Federal), o princípio da legalidade é amplamente utilizado. Porém, muitas decisões têm considerado legítimos os preceitos extremamente genéricos. Assim, por exemplo, é a decisão do BVerfG 1 BvR 2150/08, 2-3:

*Die Vorschrift des § 130 Abs. 4 StGB wurde mit dem Gesetz zur Änderung des Versammlungsgesetzes und des Strafgesetzbuchs vom 24. März 2005 in das Strafgesetzbuch eingeführt und trat mit Wirkung zum 1. April 2005 in Kraft (BGBl I S. 969 970). Sie lautet:*

*(4) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer öffentlich oder in einer Versammlung den öffentlichen Frieden in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise dadurch stört, dass er die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft billigt, verherrlicht oder rechtfertigt.*

*Schließlich laufe § 130 Abs. 4 StGB nicht dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG zuwider. Sämtliche Tatbestandsmerkmale seien entweder aus sich selbst heraus oder aus dem Zusammenhang mit anderen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs, wo sie bereits eine Konkretisierung erfahren hätten, hinreichend bestimmbar.*<sup>51</sup>

Na decisão referida, apesar da total generalidade do preceito, entendeu o Tribunal Constitucional Federal que não há violação à exigência de certeza da lei penal. Daí dizer Albrecht que a jurisprudência não tem corrigido estes problemas. Ao contrário, o Tribunal Constitucional Federal e o Supremo Tribunal Federal alemães acentuam, cada vez mais, a grande margem que o legislador tem na formulação das leis penais.<sup>52</sup>

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Federal<sup>53</sup> tem entendido que as leis penais devem ser elásticas (flexíveis), para poder abarcar a multiformidade da vida:

*Art. 103 Abs. 2 GG verpflichtet den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Anwendungsbereich und Tragweite der Straftatbestände sich aus dem Wortlaut ergeben oder jedenfalls durch Auslegung ermitteln lassen. Das schließt allerdings nicht eine Verwendung von Begriffen aus, die in besonderem Maß der Deutung durch den Richter bedürfen. Auch im Strafrecht steht der Gesetzgeber vor der Notwendigkeit, der Vielgestaltigkeit des Lebens Rechnung zu tragen. Ferner ist es wegen der Allgemeinheit und Abstraktheit von Strafnormen unvermeidlich, dass in Einzelfällen zweifelhaft sein kann, ob ein Verhalten noch unter den gesetzlichen Tatbestand fällt oder nicht. Jedenfalls im Regelfall muss der Normadressat aber anhand der gesetzlichen Vorschrift voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist. In Grenzfällen ist auf diese Weise wenigstens das Risiko einer Bestrafung erkennbar (stRspr, vgl. BVerfGE 92, 1 12).*<sup>54</sup>

Isso, nas palavras de Albrecht, tem contribuído, decisivamente, para que o direito penal passe a ser pautado e caracterizado por uma série de conceitos jurídicos indeterminados. Ademais, os chamados delitos de perigo, sobretudo de perigo abstrato – que envolvem a legislação de trânsito, ambiental e o direito penal econômico –, que eram considerados exceção no plano legiferante, passaram a ser regra. Isso tem produzido uma antecipação da punibilidade.<sup>55</sup> É nesse sentido que o jurista tem referido, ainda, que os postulados clássicos do princípio da legalidade, que formam a base do direito penal do Estado de direito, na prática, têm se apresentado como um ideal irrealizável, um ideal que se pode esquecer no caso do cidadão cair nas mãos do direito penal.<sup>56</sup>

## CONCLUSÃO

O princípio da legalidade no direito penal alemão, sob o ponto de vista de sua previsão legal, segue uma larga tradição. Pode-se dizer que o legislador alemão sempre

considerou a ideia de legalidade como um primado de garantia, no sentido de que a sua previsão legal consolida o seu *status* como horizonte sobre o qual se projeta a estrutura dogmática do direito penal alemão. Já, sob este aspecto, o dogmático, a doutrina alemã tem apontado, como postulados fundamentais do princípio da legalidade, os seguintes: (a) a fundamentação da pena e o agravamento não podem realizar-se por meio do direito consuetudinário (*lex scripta*); (b) a impossibilidade de aplicação analógica da lei penal (*lex stricta*); (c) a irretroatividade da lei penal (*lex praevia*); e d) a lei penal deve ser precisa, ou seja, seu conteúdo e limites devem ser definidos, na medida do possível, pelo próprio texto de lei (*lex certa*).

No entanto, o desenvolvimento legislativo no âmbito alemão e a *praxis* judicial têm caminhado em sentido diverso, isto é, no sentido da flexibilização do princípio da legalidade, na medida em que abdica dos postulados básicos que asseguram a liberdade do cidadão. Em face disso, descortina-se um paradoxo no tocante ao fato de que a cultura que consolidou o princípio da legalidade como “espinha dorsal” do direito penal e, sobretudo, como garantia da liberdade do cidadão, atualmente olvida o que há muito já fora referido por Engisch de que “somente sob o jugo do Estado totalitário aprende o homem a apreciar de novo os perdidos direitos e liberdades fundamentais.”<sup>57</sup>

: ARTIGO APROVADO [07/10/2010] : RECEBIDO EM 12/04/2010

## NOTAS

1 Assim, compare Rudolphi/Horn/Samson/Schreiber. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. § 1, I, 1, p. 23; no mesmo sentido JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrechts*. § 15, p. 76; compare, ainda, Alflen da Silva, Pablo Rodrigo. *Leis penais em branco e o Direito Penal do Risco*. RJ: Lumen Juris, 2005, p. 141 e s.

2 GIACOMOLLI, Nereu José. “O princípio da legalidade como limite do *ius puniendi* e proteção dos direitos fundamentais” em STRECK, L. L. (Org.). *Direito penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 151-166, as origens e os antecedentes do princípio da legalidade, sua delimitação conceitual, seus fundamentos, bem como seus efeitos e garantias (nas fontes do direito penal, no processo tipificador e na individualização da pena).

3 PALAZZO, Francesco; PAPA, Michele. *Lezioni di Diritto Penale comparato*. Torino: Giappichelli Editore, 2005, pp. 59-60.

4 Tal Lei procedeu unicamente à supressão de breve trecho do § 56g, Absatz 2, Satz 1, do StGB.

5 Assim ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, 1992, p. 50.

## 578 : PANORAMA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO PENAL ALEMÃO VIGENTE

6 A “*Constitutio Criminalis Carolina*”, expressão latina que caracteriza o *Peinliche Gerichtsordnung* (Ordenamento Judicial Penal), continha, segundo Maurach e Zipf, tanto regras processuais penais como penais materiais e representava uma síntese da tradicional forma de pensar alemã com o novo direito; compare MAURACH, Reinhart; ZIPE, Heinz. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, 1977, p. 52; a respeito disso veja ainda HAFT, Fritjof. *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., p. 30.

7 PALAZZO, Francesco; PAPA, Michele. *op. cit.*, p. 60.

8 ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*. Madri: Civitas, 1999, p. 141.

9 Conforme ALBRECHT, Peter-Alexis. *Die vergessene Freiheit. Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte*. 2003, p. 54.

10 Quem comete uma ação ou omissão não permitida, para a qual uma lei cominou um determinado mal, estará sujeito a este mal legal como sua pena”, o preceito é citado por ALBRECHT, Peter-Alexis. *op. cit.*, p. 178, nota de rodapé 51.

11 FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 2. Aufl., Gießen: G. F. Heyer, 1803, p. 20.

12 Conforme JESCHECK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts*, 1977, p. 76.

13 PALAZZO, Francesco; PAPA, Michele. *op. cit.*, p. 60.

14 PALAZZO, Francesco; PAPA, Michele. *op. cit.*, p. 61.

15 Assim MEZGER, Edmund. *Deutsches Strafrecht, Ein Grundriß*, 3. Aufl., 1943, p. 28 e s., que, tendo por base o § 2.º do StGB à época, referia que “um fato é punido quando a lei o declara como punível ou quando, de acordo com a ideia fundamental de uma lei penal e de acordo com o são sentimento, ele merece punição.”

16 Hoje chamadas violações à ordem e que são reguladas por legislação específica, a “*Ordnungswidrigkeitengesetz*” (OWiG).

17 Assim o interessantíssimo trabalho intitulado “*Conceito e tarefa de um direito penal administrativo*”, onde Goldschmidt preconizava ser o Direito Penal Administrativo uma disciplina nova e absolutamente autônoma, que teria por objeto regular o “injusto policial” (*polizeilichen Unrechts*) enquanto comportamento causador de “perigo abstrato para bens jurídicos” ou “mera desobediência”, compare GOLDSCHMIDT, James. *Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts*. In: *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1902, Nr. 09, p. 213 e s. Compare, sob a perspectiva processual LOPES JÚNIOR, Aury; ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. Breves apontamentos *in memoriam* a James Goldschmidt e a incompreendida concepção de processo como ‘situação jurídica’, *Revista de Processo*, n.º 176, Out. 2009, p. 349 e ss.

18 Um panorama aprofundado sobre a evolução da legislação penal alemã em: BAUMANN, Jürgen. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., 1964, p. 36 e ss.; também em ROXIN, Claus. *Strafrecht*. Bd. 1., p. 50 e ss.

19 Conforme PALAZZO, Francesco; PAPA, Michele. *op. cit.*, p. 62.

20 Conforme PALAZZO, Francesco; PAPA, Michele. *op. cit.*, p. 62.

21 Conforme PALAZZO, Francesco; PAPA, Michele. *op. cit.*, p. 62 e 63

22 PALAZZO, Francesco; PAPA, Michele. *op. cit.*, p. 63.

23 Vide *supra*, nota de rodapé 17.

24 Em PALAZZO, Francesco; PAPA, Michele. *op. cit.*, p. 64. Uma das críticas feitas, segundo estes autores, na mesma página, diz respeito ao critério de proporcionalidade adotado ao equilíbrio penológico entre os delitos patrimoniais e os contra as pessoas. A harmonia foi obtida com a elevação das penas.

25 Compare HASSEMER, Winfried. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. Aufl., 1990, p. 252 (há tradução portuguesa, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva, sob o título “Introdução aos fundamentos do direito penal”, Porto Alegre: safE, 2005).

26 Conforme ALBRECHT, Peter-Alexis, *op. cit.*, p. 54.

27 “Não há pena sem lei: um fato somente pode ser punido se a punibilidade estiver determinada antes do seu cometimento”.

28 Vide *supra*, nota de rodapé 27.

29 “Ninguém pode ser punido mais de uma vez pelo mesmo fato e com base na mesma lei penal comum.”

30 “Não há ameaça sem lei: uma conduta somente pode ser punida como ilícito administrativo, quando a possibilidade de ameaça estiver determinada legalmente antes da ação ser praticada”.

31 Os “Länder” são considerados como parte própria dos Estados Federados, não derivados da Federação, senão reconhecidos a partir dela, acerca disso compare VOGEL, Hans-Joachim. “Die bundesstaatliche Ordnung des Grundgesetzes”, in: MAIHOFFER, Werner et al. *Handbuch des Verfassungsrechts*. Teil Zwei. S. 1054 ff.

32 Convém observar que, pelos tratados de novembro de 1870, houve a recepção dos estados do sul (os “*süddeutschen Staaten*”, compostos por Baden, Württemberg, Hessen e Bayern) ampliando a Federação alemã do norte (“*Norddeutschen Bund*”) com a criação da Federação alemã (“*Deutschen Bundes*”), à qual logo foi atribuído o título de Império (Reich). Contudo, para unificar o Direito constitucional do Reich, atribuindo-lhe inclusive a própria designação “Império”, era necessário que as leis constitucionais do mesmo fossem unificadas em um único documento, que culminou com a Constituição do Império (Reichsverfassung) de 1871. Paradigmático acerca disso STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. V, p. 333 e ss. Por outro lado, o próprio Código Penal do Império (1871) não foi uma nova criação, mas tão somente ampliou-se a vigência do Código Penal da Federação alemã do Norte aos estados do sul, sobre isso comparar JESCHECK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts*. p. 76.

33 Comparar com detalhes STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. V, p. 364, de modo mais preciso VOGEL, Hans-Joachim. *Die bundesstaatliche Ordnung des Grundgesetzes*. in: MAIHOFFER, Werner, et al. *Handbuch des Verfassungsrechts*. Teil Zwei. p. 1054 e ss, referindo que os Lander são como parte própria dos Estados Federados, não derivados da federação, mas reconhecidos a partir dela.

34 Sobre isso, com detalhes, BLEI, Hermann. *Strafrecht. Allg. Teil*. 12. Aufl., S. 1 ff.

35 “Art. 74. A legislação concorrente restringe-se as seguintes matérias: 1. ao direito civil, ao direito penal e execução penal, a constituição e o procedimento judicial, a advocacia, o notariado e a consultoria jurídica”.

36 Art. 72, 1. No âmbito da legislação concorrente os Estados tem competência para legislar até que a Federação não faça uso de seu direito de legislar”.

37 “O Art. 103, Alínea 2 da Lei Fundamental abarca principalmente tipos penais e de multa (compare as decisões do BVerfG, 81, 132, 135; 87, 399 411). Em uma norma de sanção – como a do § 15, alínea 1, n.º 4 da LImSchG Bln – que não especifica a conduta valorada, senão remete a um preceito administrativo, devem ambos os preceitos, em sua totalidade, bem como a sua interpretação e aplicação ao caso concreto, satisfazer a exigência constitucional do Art. 103, alínea 2 da GG (compare sobre „tipos em branco“ desta espécie as decisões do BVerfG 75, 329 340 e ss.; 87, 399 407; Schmidt-Abmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3, Abs. 2 GG, Rn. 208 Bearbeitungsstand Dezember 1992).

38 Compare ROXIN, Claus, *Strafrecht...*, p. 67; assim também STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2004, p. 42, referindo que desde Locke e Montesquieu o exercício do poder estatal, e também o do juiz, encontra-se estritamente vinculado à lei.

39 Compare JAKOBS. *Derecho Penal*. p. 88; no mesmo sentido, ALBRECHT, Peter-Alexis. *op.cit.*, p. 48.

40 Comparar JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrechts*. § 15, I, 3, p. 76.

41 Sobre isso compare a decisão do BVerfG (Tribunal Constitucional Federal) 25, 269 (272) de 26 de fevereiro de 1969; compare ainda JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrechts*. § 15, p. 77; paradigmático SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar*. § 1, I, 3, p. 26.

42 Compare, ainda, HASSEMER, Winfried. *op. cit.*, p. 252; mencionando von Liszt e sua referência ao Código Penal como a “Magna charta do delinquente” veja STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar, *op. cit.*, p. 46. Porém, desenvolvendo uma brilhante paráfrase, veja NAUCKE, Wolfgang. *Strafrecht. Eine Einführung*, 2002, p. 68.

43 Paradigmático a respeito GROPP, Walter. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., 2005, p. 55-65; expressamente nesse sentido, compare HASSEMER, Winfried. *Op.cit.*, p. 254; ademais, OTTO, Harro, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., 2004, p. 17-23; também ROXIN, Claus, *Strafrecht...*, p. 69-70; não referindo de forma expressa WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 35. Aufl., 2005, p. 12 e ss.; também NAUCKE, Wolfgang. *op. cit.*, p. 66-68.; igualmente, de forma expressa, HAFT, Fritjof, *op.cit.*, p. 32-37; pontualmente ALBRECHT, Peter-Alexis. *op.cit.*, p. 49-53.

44 Porém, como ressaltam RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. § 1, I, 3, p. 27, estes preceitos, no Direito Penal vigente somente são concretizados em parte.

45 JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrechts*. § 15, I, p. 77.

46 HASSEMER. Rechtssystem und Kodifikation. Die Bindung des Richters an das Gesetz. *in: Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart*. p. 194. No entanto, de modo oposto manifestava-se RADBRUCH. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. p. 167, ao afirmar que a vinculação ao texto de lei por meio deste texto limitaria e por isso o tornaria completamente contra o autor, aproveitando métodos de interpretação que circulam o espírito do moderno Direito Penal e representam uma política jurídica de alto grau de risco.

47 HASSEMER. Rechtssystem und Kodifikation. Die Bindung des Richters an das Gesetz. p. 203.

48 Palazzo faz referência ao § 226a do StGB, não mais existente. O atual § 228 refere: “quem causa uma lesão corporal com o consentimento da pessoa lesada, age ilícitamente somente se, apesar do consentimento, o fato violar os bons costumes”.

49 Compare ROXIN, Claus. *Strafrecht...* AT, 1992, p. 163; ademais, JESCHECK, Hans-Heinrich, *op. cit.*, p. 215, ambos apontando o dispositivo citado como hipótese de regra exemplificativa; *o sistema legal brasileiro também comporta esta possibilidade, como, por exemplo, no art. 121, § 2.º, I do CP (“ou outro motivo torpe”), a qual, apesar de ser questionável no que diz respeito à admissibilidade de interpretação analógica (posto que in malam partem), já foi objeto de discussão perante o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 77309/SP, cuja ementa do julgado dispõe: “A qualificadora do motivo torpe para restar configurada, até pela própria redação do Código Penal, deve assemelhar-se ao crime de homicídio cometido “mediante paga ou promessa de recompensa”, porquanto tem-se aí típica hipótese de interpretação analógica. Isso significa que o “outro motivo torpe” a que faz alusão a lei no final do dispositivo deve ter intensidade equiparada às hipóteses constantes no tipo.” (STJ, HC 77309/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, Julgado em 06/05/2008, LEXSTJ vol. 227 p. 324). No mesmo sentido, a decisão do REsp233797/GO, que dispõe: “O artigo 121, parágrafo 2º, inciso I, do Código Penal, após citar fórmulas casuísticas tais como o homicídio mediante paga ou promessa de pagamento, exige, alternativamente, para que incida, por meio de fórmula genérica, que o agente se impulsione à prática delitiva por “outro motivo torpe”, reclamando, assim, motivação tão vil, ignóbil e abjeta quanto aquelas retratadas nas hipóteses previamente determinadas. Trata-se, como se vê, de hipótese de interpretação analógica ou intra legem.” (STJ, REsp233797/GO, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Julgado em 12/03/2002, DJ 19/12/2002 p. 455).*

50 Compare ALBRECHT, Peter-Alexis. *op. cit.*, p. 56.

51 “O preceito do § 130, alínea 4 do StGB foi introduzido no Código Penal pela Lei de Modificação da Lei de Reunião e do Código Penal, de 24 de março de 2005 e entrou em vigência em 01 de abril de 2005 (BGBl I S. 969 970). Ele dispõe: (4) Será punido com pena privativa de liberdade de até 3 anos ou com multa, quem perturba, publicamente ou em uma reunião, a paz pública, de forma lesiva a dignidade da vítima, porque aprova, justifica ou enaltece atos de violência ou arbitrariedade nazista. O § 130, alínea 4 do StGB não viola o mandato de certeza do Art. 103, alínea 2 da Lei Fundamental. Os elementos do tipo integrais são extraídos dele mesmo ou da relação com outras determinações do Código Penal, onde eles já teriam encontrado uma concretização suficientemente determinável.” (Tradução livre)

52 Compare ALBRECHT, Peter-Alexis. *op. cit.*, p. 56.

53 Compare BVerfGE 2BvR 1468/08.

54 O art. 103, alínea 2 da Lei Fundamental obriga o legislador a circunscrever os pressupostos de punibilidade de modo concreto, de forma que o âmbito de aplicação e o alcance dos tipos penais resultem do teor da lei ou, em todo caso, possam ser obtidos pela interpretação. Isso não exclui, no entanto, o emprego de conceitos que necessitem em certa medida da interpretação do juiz. Também no direito penal o legislador se encontra diante da necessidade de levar em conta a multiforiedade da vida. Além disso, é devido a generalidade e a abstração inevitáveis das normas penais que no caso concreto se torna duvidoso se uma conduta ainda é abarcada ou não pelo tipo legal. Mas, em todo caso, o destinatário da norma deve poder prever a partir do preceito de lei se uma conduta é punível. Em casos limítrofes deve-se reconhecer deste modo pelo menos o risco de uma punição (stRspr, vgl. BVerfGE 92, 1 12).

55 Conforme ALBRECHT, Peter-Alexis. *op. cit.*, p. 56.

56 Conforme ALBRECHT, Peter-Alexis. *op. cit.*, p. 57.

57 ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 43.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBRECHT, Peter-Alexis. *Die vergessene Freiheit. Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte*, 2003.
- BAUMANN, Jürgen. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., 1964.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 2. Aufl., Gießen: G. F. Heyer Verlag, 1803.
- GOLDSCHMIDT, James. Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts, in *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1902, Nr. 09.
- GIACOMOLLI, Nereu José. 'O princípio da legalidade como limite do ius puniendi e proteção dos direitos fundamentais', em STRECK, LL. *Direito Penal em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 151 a 175.
- HAFT, Fritjof. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Aufl., München: Verlag C.H. Beck, p. 30.
- HASSEMER, Winfried. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. Aufl., München: Verlag C.H. Beck, 1990.
- HASSEMER. Rechtssystem und Kodifikation. Die Bindung des Richters an das Gesetz. in: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart*. p. 194.
- JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrechts*. München: Duncker & Humblot, 1977.
- LOPES JUNIOR, Aury; ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. Breves apontamentos in memoriam a James Goldschmidt e a incompreendida concepção de processo como 'situação jurídica', in *Revista de Processo*, n.º 176, Out. 2009, p. 349 e ss.
- MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, 1977.
- MEZGER, Edmund. *Deutsches Strafrecht, Ein Grundriß*, 3. Aufl., 1943.
- NAUCKE, Wolfgang. *Strafrecht. Eine Einführung*, Berlin: Luchterhand, 2002.
- OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 7. Aufl., Walter De Gruyter Verlag, 2004.
- PALAZZO, Francesco; PAPA, Michele. *Lezioni di diritto penal comparato*. Torino: Giappichelli Editore, 2005.
- RADBRUCH. *Einführung in die Rechtswissenschaft*.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, München: Verlag C.H. Beck, 1992.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*. Madri: Civitas, 1999.
- RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. München: Verlag Wolters Kluwer, 1973.
- STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, München: C.H. Beck, 1980.
- STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin: Heymanns Verlag, 2004.
- VOGEL, Hans-Joachim. "Die bundesstaatliche Ordnung des Grundgesetzes", em MAIHOFFER, Werner et al. *Handbuch des Verfassungsrechts. Teil Zwei*. München: Walter De Gruyter, 1995.
- WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 35. Aufl., 2005

**ABREVIATURAS**

**AE** – Alternativ Entwurf (Projeto alternativo)

**bayerischen StGB** – bayerischen Strafgesetzbuch (Código Penal Bávaro)

**BGBL** – Bundesgesetzblatt (Diário Oficial)

**BRD** – Bundesrepublik Deutschland (República Federal da Alemanha)

**BVerfG** – Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal)

**E** – Entwurf (Projeto)

**EGStGB** - Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (Lei de Introdução ao Código Penal)

**GG** – Grundgesetz (Lei Fundamental)

**OWiG** – Ordnungswidrigkeitengesetz (Lei dos ilícitos à ordem)

**RStGB** – Reichstrafgesetzbuch (Código Penal do Império)

**StGB** – Strafgesetzbuch (Código Penal alemão)

*Nereu José Giacomolli*

Av. Ipiranga, 6681, p. 11  
Partenon – 90619-900  
Porto Alegre – RS – Brasil  
[giacomolli@giacomolli.com](mailto:giacomolli@giacomolli.com)

DOUTOR EM *ESTUDIOS DE ACTUALIDAD PROCESAL* PELA  
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID.  
PROFESSOR NO Mestrado (DISCIPLINA DE PROCESSO PENAL  
CONTEMPORÂNEO) E DOUTORADO (DISCIPLINA DE SISTEMAS  
JURÍDICO-PENAIIS COMPARADOS) EM CIÊNCIAS CRIMINAIS  
DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE  
DO SUL (PUC/RS)  
DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
DO RIO GRANDE DO SUL

*Pablo Rodrigo Alflen da Silva*

Rua 24 de Outubro, 111, Conj. 501  
Moinhos de Vento – 90510-002  
Porto Alegre – RS – Brasil  
[pabloalflen@terra.com.br](mailto:pabloalflen@terra.com.br)

DOUTORANDO E MESTRE EM CIÊNCIAS CRIMINAIS PELA PONTIFÍCIA  
UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL (PUC/RS)  
PROFESSOR DO DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIIS DA  
FACULDADE DE DIREITO E DA PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS PENAIIS  
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL (UFRGS)  
PROFESSOR CONCURSADO DE DIREITO PENAL  
E PROCESSUAL PENAL DA UNIVATES  
PESQUISADOR CREDENCIADO AO CNPq  
ADVOGADO



## O ICM NA IMPORTAÇÃO MEDIANTE ARRENDAMENTO MERCANTIL<sup>1</sup>

Rafael Brum Silva

THE TAX ON THE CIRCULATION OF GOODS (ICM) IN IMPORTS CONDUCTED BY LEASING

### RESUMO

O PRINCIPAL OBJETIVO DESTA ESTUDO É COMPREENDER A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS – ICM, NAS OPERAÇÕES DE IMPORTAÇÃO, EM ESPECIAL AS REALIZADAS MEDIANTE ARRENDAMENTO MERCANTIL OU LEASING. OS ESTADOS FEDERADOS E DO DISTRITO FEDERAL SEMPRE OBJETIVARAM EFETUAR A COBRANÇA DESTA TRIBUTAÇÃO SOBRE TODA E QUALQUER ENTRADA DE BENS OU MERCADORIAS IMPORTADAS DO EXTERIOR, INDEPENDENTE DA NATUREZA DO NEGÓCIO JURÍDICO EFETUADO FORA DO PAÍS. CONTUDO, ESTA PRÁTICA REALIZADA PELOS ESTADOS TEM GERADO MUITA DISCUSSÃO NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO, ONDE OS CONTRIBUÍNTES TÊM SE INSURGIDO CONTRA ESTA COBRANÇA. QUASE QUE A TOTALIDADE DA DOUTRINA TEM SE POSICIONADO NO SENTIDO DE QUE O ICM SOMENTE INCIDIRÁ NA IMPORTAÇÃO, DESDE QUE NESTA OPERAÇÃO SE CONCRETIZE A TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE DO BEM OU MERCADORIA IMPORTADA DO EXTERIOR. ISTO PORQUE, O EVENTO IMPORTAÇÃO É TÃO SOMENTE UM ALARGAMENTO DA INCIDÊNCIA DO ICM, DEVENDO ESTAR VINCULADO À MATRIZ CONSTITUCIONAL DESTA TRIBUTAÇÃO. HÁ TAMBÉM DE SE RESSALTAR A EXISTÊNCIA DE UM POSICIONAMENTO MINORITÁRIO DA DOUTRINA, SEGUNDO O QUAL O ICM NA IMPORTAÇÃO É UMA NOVA INCIDÊNCIA DO IMPOSTO, OUTORGADO AOS ESTADOS FEDERADOS E AO DISTRITO FEDERAL PELO LEGISLADOR CONSTITUINTE, ADUZINDO A INCIDÊNCIA DO TRIBUTO SOBRE TODA E QUALQUER ENTRADA DE BEM OU MERCADORIA DO EXTERIOR. FRENTE A ESTE ÚLTIMO POSICIONAMENTO DA DOUTRINA É QUE OS ESTADOS SE FUNDAMENTAM PARA EFETUAR A COBRANÇA DO TRIBUTO SOBRE TODA E QUALQUER OPERAÇÃO DE IMPORTAÇÃO, INDEPENDENTEMENTE DE HAVER OU NÃO A TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE DO BEM OU MERCADORIA, QUANDO DA IMPORTAÇÃO. TODAVIA, OS TRIBUNAIS SUPERIORES TEM AFASTADO A COBRANÇA DESTA TRIBUTAÇÃO QUANDO NAS OPERAÇÕES DE IMPORTAÇÃO NÃO OCORREM A TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE DO BEM OU MERCADORIA, COMO NOS CONTRATOS DE IMPORTAÇÃO MEDIANTE ARRENDAMENTO MERCANTIL, OU LEASING. NESTES CONTRATOS, O BEM IMPORTADO MEDIANTE LEASING CONTINUA COMO PROPRIEDADE DO ARRENDADOR, SENDO QUE O ARRENDATÁRIO TÃO SOMENTE DETÉM A POSSE IMEDIATA DO BEM OU MERCADORIA, OU

### ABSTRACT

THE MAIN PURPOSE OF THIS STUDY IS TO UNDERSTAND THE TAX INCIDENCE ON THE CIRCULATION OF GOODS (ICM) RELATED TO IMPORTS, PARTICULARLY THOSE CONDUCTED BY LEASING. THE FEDERATED STATES AND THE FEDERAL DISTRICT HAVE ALWAYS AIMED TO MAKE THE TAXES COLLECTION OF ANY IMPORTED GOODS, REGARDLESS OF THE LEGAL BUSINESS NATURE DONE OUTSIDE THE COUNTRY. HOWEVER, THESE STATES' PRACTICE HAS GENERATED A DISCUSSION IN THE JUDICIARY, AS THE TAXPAYERS HAVE PROTESTED AGAINST THESE CHARGES. ALMOST ALL THE DOCTRINE BELIEVES THAT ICM WILL JUST FOCUS ON IMPORTATION - BUT ONLY IF IN THIS OPERATION THE IMPORTED GOODS OWNERSHIP TRANSFERENCE TAKES PLACE. THIS UNDERSTANDING IS BASED ON THE FACT THAT THE IMPORTATION IS ONLY AN ICM IMPACT EXTENSION. FOR THIS REASON, IT SHOULD BE BOUNDED TO THE CONSTITUTIONAL LAW OF THIS TAX. IT IS ALSO IMPORTANT TO EMPHASIZE THE EXISTENCE OF A MINORITY DOCTRINE POSITION, WHICH BELIEVES THAT THE ICM OF IMPORTATION IS A NEW INCIDENCE OF TAX (ICM), GRANTED TO THE FEDERAL STATES AND THE FEDERAL DISTRICT BY THE CONSTITUTIONAL LEGISLATOR, ADDING THE IMPACT OF TAXES ON ANY AND ALL INPUT OF GOODS FROM ABROAD. DUE TO THIS POSITIONING OF THE DOCTRINE IS THAT STATES HAVE THE LEGAL SUPPORT TO MAKE THE COLLECTION OF TAX ON ANY IMPORT TRANSACTION, REGARDLESS OF WHETHER OR NOT THERE IS TRANSFER OF OWNERSHIP OF THE GOODS UPON IMPORTATION. HOWEVER, THE SUPREME COURT HAS DISMISSED THE COLLECTION OF THE TAX WHEN IN THE IMPORT OPERATIONS DO NOT OCCUR A TRANSFER OF OWNERSHIP OF THE PROPERTY, AS IN CONTRACTS FOR IMPORTS THROUGH LEASING. IN THESE CONTRACTS, THE PRODUCTS IMPORTED BY LEASING REMAIN WITHIN THE PROPERTY OF THE LESSOR, AND THE LESSEE ONLY HAS THE IMMEDIATE POSSESSION OF THE PROPERTY. IN OTHER WORDS, IN THESE OPERATIONS

SEJA, SÃO OPERAÇÕES EM QUE NÃO OCORRE A TRANSFERÊNCIA DA TITULARIDADE DO PRODUTO, NÃO HAVENDO INCIDÊNCIA DO ICM NESTAS OPERAÇÕES DE IMPORTAÇÃO.

**PALAVRAS-CHAVE**

DIREITO TRIBUTÁRIO; ICM; IMPORTAÇÃO; ARRENDAMENTO MERCANTIL; LEASING.

THE TRANSFER OF OWNERSHIP OF THE PROPERTY DOES NOT OCCUR, CONSEQUENTLY, THERE ISN'T THE INCIDENCE OF ICM IN THESE OPERATIONS.

**KEYWORDS**

TAX LAW; TAX ON THE CIRCULATION OF GOODS; IMPORT; LEASING.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo principal demonstrar e compreender a cobrança e, especificamente, a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias – ICM nas operações de importação, em especial as realizadas mediante arrendamento mercantil, ou *leasing*, como é usualmente denominado na prática empresarial.

A importância do tema se justifica na clara tendência dos Estados Federados e do Distrito Federal, em efetuar a cobrança do ICM sobre toda e qualquer entrada de bens ou mercadorias importadas do exterior, independente da natureza do negócio jurídico entabulado fora do país.

Nesse aspecto, a análise da incidência do ICM nas importações terá como objetivo compreender a real extensão do tributo nestas operações, destacando-se o estudo da norma jurídica tributária do imposto, prevista na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 155, inciso II, § 2º, IX, alínea *a*.

Para tanto, em um primeiro momento, efetuar-se-á uma análise da regra matriz de incidência fiscal do ICM, demonstrando todos os elementos que a compõem, dando-se maior ênfase ao critério material de sua hipótese tributária, o qual é de fundamental importância para se compreender a incidência do tributo no presente caso.

Em seguida, frente à regra matriz constitucional do ICM, voltar-se-á o estudo, especificamente, para as operações de importação. Neste aspecto, será realizada uma análise dos posicionamentos principais da doutrina sobre o tema, a fim de identificar se o ICM na importação é uma nova incidência do imposto, outorgado aos Estados Federados e ao Distrito Federal pelo legislador constituinte, ou ainda, se o evento *importação* é tão somente um alargamento da incidência do ICM, devendo estar vinculado à matriz constitucional deste tributo.

Com a identificação da forma de incidência do ICM nas operações de importação, será possível compreender a incidência deste tributo nas entradas de bens ou mercadorias do exterior, realizadas mediante arrendamento mercantil ou *leasing*. Para isso, no presente trabalho, será imprescindível o estudo das operações de arrendamento mercantil ou *leasing*, frente ao direito empresarial, bem como o direito do comércio exterior.

E, por fim, após a verificação de como ocorre a incidência do ICM nas operações de importação mediante arrendamento mercantil ou *leasing*, será estudado o entendimento dos Tribunais Superiores sobre a matéria. Neste ponto, destaca-se a

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que em recentes julgados analisou a incidência deste tributo nas operações de importação efetuadas por meio do arrendamento mercantil ou *leasing*.

## I REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA FISCAL DO ICM

Antes de se aprofundar na apresentação da *regra matriz de incidência fiscal* do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias (ICM), estudo imperativo para se compreender a cobrança e, especificamente, a incidência deste tributo nas operações de importação, com destaque para as realizadas mediante arrendamento mercantil, faz-se necessário um estudo do que seja a *regra matriz de incidência fiscal*.

Para elucidar o estudo necessário dizer que a *regra matriz de incidência fiscal* é uma concepção doutrinária de Professor Doutor Paulo de Barros Carvalho, apresentada em sua tese de Doutorado, reproduzida na sua obra *Teoria da Norma Tributária*, de 1974. Neste estudo, utilizando-se da filosofia jurídica e da teoria geral do direito, seguindo a doutrina neopositivista de Norberto Bobbio, e sua análise linguística da ciência do direito, aplicada sobre o prisma da teoria da linguagem de Jürgen Habermas, o Professor Paulo de Barros Carvalho descreveu os preceitos a serem observados para que o fenômeno da incidência da *norma jurídica tributária* se concretize em determinado evento passível de tributação, propagando seus efeitos no universo do direito.

Segundo a doutrina de Norberto Bobbio, elucidada através de suas obras *Teoria da norma jurídica* (1958) e *Teoria do ordenamento jurídico* (1960), existem dois tipos de normas em um ordenamento jurídico: as *normas de conduta*, que são voltadas para as condutas e os comportamentos das pessoas, nas suas relações intersubjetivas. Para o autor:

A nossa vida se desenvolve em um mundo de normas. Acreditamos ser livres, mas na realidade, estamos envolvidos em uma rede muito espessa de regras de conduta que, desde o nascimento até a morte, dirigem nesta ou naquela direção as nossas ações.<sup>2</sup>

Além das *normas de conduta* citadas acima, Bobbio descreveu, ainda, a existência das *normas de estrutura*, que dispõem de que maneira as normas devem ser criadas, transformadas ou expulsas do ordenamento jurídico. Nas palavras do próprio autor:

Em todo o ordenamento, ao lado das normas de conduta, existe um outro tipo de normas, que costumamos chamar de normas de estrutura ou de competência. São aquelas normas que não prescrevem a conduta que se deve ter ou não ter, mas as condições e os procedimentos através dos quais emanam normas de conduta válidas.<sup>3</sup>

Utilizando-se desse aspecto, Carvalho<sup>4</sup> conceitua a *regra matriz de incidência fiscal* como sendo uma norma de conduta, que disciplina o comportamento do sujeito devedor da prestação fiscal, perante o sujeito credor, titular do direito de crédito.

Vale dizer que a *norma jurídica tributária*, como todas as outras normas de conduta do ordenamento jurídico, prescreve um mandamento geral e abstrato de determinado evento do universo dos fatos. Este evento, passível de tributação, o autor denomina de *hipótese tributária*, a qual, concretizando-se no campo das realidades materiais, torna-se uma norma concreta e individual, e o evento, antes apenas uma hipótese, um *fato jurídico tributário* que irradiará efeitos no universo jurídico.<sup>5</sup>

Neste ponto, deve-se esclarecer que a propagação destes efeitos não ocorre com a simples concretização de um evento previsto em uma norma jurídica. Tal fato não é suficiente para gerar efeitos no mundo do direito. O evento ocorrido no mundo das realidades materiais deve ser de conhecimento do universo jurídico para que tal concretização possa irradiar os efeitos pretendidos pela norma jurídica. Nesse aspecto, conforme preleciona o autor, utilizando-se a Teoria da Linguagem de Jürgen Habermas, o mundo do direito apenas pode ter conhecimento do evento ocorrido no mundo dos fatos através de uma *linguagem competente*,<sup>6</sup> a qual, no campo do direito tributário, ocorre através do lançamento tributário.

Feita esta ressalva, relevante expor a conceituação de *hipótese tributária* elaborada pelo Professor Geraldo Ataliba, que prefere denominar *hipótese de incidência* (h.i.):

A h.i., é primeiramente a descrição legal de um fato: é a formulação hipotética, prévia e genérica, contida na lei, de um fato (é o espelho do fato, a imagem conceitual de um fato; é seu desenho).

É, portanto, mero conceito, necessariamente abstrato. É formulado pelo legislador fazendo abstração de qualquer fato concreto. Por isso é mera “previsão legal” (a lei é, por definição, abstrata, impessoal e geral).<sup>7</sup>

Na sequência, Ataliba também conceitua *fato jurídico tributário*, o que denomina de *fato imponível*:

A lei (h.i) descreve hipoteticamente certos fatos, estabelecendo a consistência de sua materialidade. Ocorridos concretamente estes fatos *hic et nunc*, com a consistência prevista na lei e revestindo de forma prefigurada idealmente na imagem legislativa abstrata, reconhece-se que desses fatos nascem obrigações tributárias concretas. A esses fatos, a cada qual, designamos “fato imponível (ou fato tributário).<sup>8</sup>

Importante destacar que o evento do mundo dos fatos descrito na norma jurídica tributária de forma geral e abstrata (*hipótese tributária*), passível de tributação,

possui várias denominações, assim como a concretização do evento previsto na norma (*fato jurídico tributário*). Varia-se a denominação conforme a preferência de cada doutrinador. Muitas vezes a *hipótese tributária* é denominada de *situação-base*, *pressuposto de fato tributário*, *suporte fático*, *hipótese de incidência*, *fato gerador*, etc. Contudo, no presente estudo, seguindo o pensamento do professor Paulo de Barros Carvalho, na obra *Teoria da norma tributária*, optou-se pela denominação de *hipótese tributária*, pois esta constitui a expressão que melhor conceitua o evento previsto na norma jurídica tributária. Da mesma forma, seguindo o pensamento do mesmo autor, no presente estudo adota-se a denominação *fato jurídico tributário*, para descrever a concretização do evento previsto na norma como um acontecimento da realidade material.

Feita a observação, pode-se dizer, em apertada síntese, que, o evento geral e abstrato, previsto na norma jurídica tributária (*hipótese tributária*), concretizando-se como um acontecimento no mundo das realidades materiais, através de linguagem competente, torna-se um *fato jurídico tributário*.

O *fato jurídico tributário*, no entanto, para que venha nascer é preciso que ocorra a chamada subsunção do fato a norma, ou seja, é necessário que o evento passível de tributação ocorra de modo a se adequar perfeitamente ao descrito na hipótese da norma jurídica tributária, satisfazendo todos os critérios impostos pela norma jurídica. Ataliba ensina que:

Subsunção é o fenômeno de um fato configurar rigorosamente a previsão hipotética da lei. Diz-se que um fato se subsume à hipótese legal quando corresponde completa e rigorosamente à descrição que dele faz a lei.<sup>9</sup>

Para Carvalho:

É aquilo que se tem por tipicidade, que no Direito Tributário, assim como no Direito Penal, adquire transcendental importância. Para que seja tido como fato jurídico tributário, a ocorrência da vida real, descrita no suposto da norma individual e concreta expedida pelo órgão competente, tem de satisfazer a todos os critérios identificadores tipificados na hipótese da norma geral e abstrata. Que apenas um não seja reconhecido, e a dinâmica que descrevemos ficará inteiramente comprometida.<sup>10</sup>

Seguindo este raciocínio, para que nasça o *fato jurídico tributário*, o evento passível de tributação, o qual é descrito na norma jurídica tributária, no momento de sua ocorrência no mundo das realidades materiais, deverá preencher todos os critérios da hipótese tributária prescrita na norma. Carvalho destaca a importância dos critérios que compõem a hipótese tributária:

Daí dizermos que as hipóteses são conjuntos de critérios que nos permitem identificar fatos do universo físico, o que vale a afirmar, com o mesmo significado, que se trata da descrição legal de eventos da realidade tangível. [...]

O conceito que se contém na hipótese haverá de representar o acontecimento de um fato, mediante o oferecimento de critérios que nos permitam identificá-lo. Para tanto, é mister sabermos de sua estrutura central, bem como das circunstâncias de espaço e de tempo que haverão de condicionar seu nascimento.<sup>11</sup>

Neste ponto, importante destacar os critérios mencionados por esse autor, os quais compõem a *hipótese tributária*, haja vista serem essenciais para a configuração dos *fatos jurídicos tributários*.

Tais critérios são divididos em: *critério material*, *critério espacial* e *critério temporal*. O *critério material* é a “estrutura central”, o núcleo da norma jurídica tributária. Nele encontra-se descrito um comportamento de pessoas, físicas ou jurídicas, que o legislador importa relevância em fazer incidir a tributação, devendo ser estudado de forma separada dos critérios espaciais e temporais, a fim de se abstrair sua essência de modo particular, para que se possa compreender, de fato, qual é o comportamento dos indivíduos que a norma jurídica tributária pretende incidir os seus efeitos.<sup>12</sup>

Segundo o mesmo doutrinador, o critério material deve ser composto de “expressões genéricas designativas de comportamento de pessoas, sejam aquelas que encerram um fazer, um dar ou, simplesmente, um ser (estado)”.<sup>13</sup> Dessas expressões, têm-se como exemplos: “vender mercadorias”, “industrializar produtos”, “ser proprietário de bem imóvel”, “auferir rendas”, etc.

Todas as expressões acima mencionadas são compostas por um verbo que designa uma ação (vender, industrializar, ser, auferir), acompanhados de um complemento (mercadorias, produtos, proprietário de bem imóvel, renda). Portanto, a presença do verbo e o seu complemento é de fundamental importância para a configuração do critério material da hipótese tributária, isto porque possibilitará a observância do comportamento no mundo da realidade material que a *norma jurídica tributária* pretende fazer incidir o tributo.<sup>14</sup>

Nesse sentido, Ataliba menciona que o critério material “dá, por assim dizer, a verdadeira consistência da hipótese de incidência”, pois, “contém a indicação de sua substância essencial, que é o que de mais importante e decisivo há na sua configuração”.<sup>15</sup>

Quanto ao *critério espacial*, este se refere ao lugar em que o evento passível de tributação, descrito na norma jurídica tributária de forma geral e abstrata, deve concretizar-se no mundo das realidades materiais, para que esta, a norma jurídica tributária, irradie os seus efeitos jurídicos.

De forma mais simplificada, pode-se dizer que o *critério espacial* possibilita a identificação do local onde o *critério material* deve ocorrer para que a norma jurídica tributária venha gerar seus efeitos.

Nas palavras de Carvalho, através do *critério espacial* “se precisam os elementos necessários e suficientes para identificarmos a circunstância e lugar que condiciona o acontecimento do fato jurídico”.<sup>16</sup> Este autor ainda esclarece:

A descrição normativa não fixa lugares exclusivos, não se detendo por oferecer um rol limitado de postos. Antes, prevê áreas, regiões, intervalos territoriais, extensos e dilatados, dentro dos quais, em qualquer de seus pontos, pode efetivar o evento.<sup>17</sup>

Vale mencionar que o *critério espacial* não pode ser confundido com o campo de validade territorial da norma jurídica tributária. Ou seja, não é só porque a norma jurídica tributária detém aplicação em um determinado território que o *critério espacial* incidirá na integralidade desse campo de aplicação da norma jurídica tributária. Como exemplo, pode-se mencionar o Imposto sobre a propriedade Territorial Rural (ITR), norma de aplicação em âmbito nacional, contudo, que incidirá apenas sobre os territórios rurais, excluindo-se sua aplicação no território urbano.

E, por fim, tem-se o *critério temporal*, que pode ser definido como o grupo de informações contidas na *hipótese tributária*, as quais possibilitam a verificação do exato instante em que ocorre o evento, geral e abstrato, previsto na norma jurídica tributária. Mais precisamente, é o conjunto de elementos da hipótese tributária que permite a identificação do instante em que ocorre o seu critério material.<sup>18</sup>

Carvalho assim define o critério temporal:

Compreendemos o critério temporal da hipótese tributária como o grupo de indicações, contidas no suposto da regra, e que nos oferecem elementos para saber, com exatidão, em que preciso instante acontece o fato descrito [...].<sup>19</sup>

Muitas vezes o legislador seleciona uma data como identificador do momento exato de ocorrência do evento previsto na norma jurídica tributária. Já em outras, prefere selecionar o instante em que o próprio evento ocorre, ou seja, o momento em que se dá a ocorrência do *critério material* previsto na *hipótese tributária*. Contudo, segundo Ataliba, o *critério temporal* também poderá estar implícito na norma jurídica tributária.<sup>20</sup>

Feitas estas observações quanto aos critérios que compõem a *hipótese tributária* prevista na *norma jurídica tributária*, passa-se à análise dos efeitos que são propagados após a ocorrência dos critérios da *hipótese tributária* no universo das realidades materiais, ou seja, após a subsunção do fato à norma, que se falou anteriormente.

Continuando o raciocínio lógico até aqui despendido, tem-se que, no instante em que a *hipótese tributária* se concretiza no mundo das realidades materiais, ou seja, mais precisamente, no momento em que o *critério material*, previsto na *hipótese tributária*, um evento descrito de forma geral e abstrata, efetiva-se no campo físico, no local e no exato instante previsto na *hipótese tributária* (*critério espacial e temporal*, respectivamente), esta norma, antes geral e abstrata, está apta a, através de uma *linguagem competente*, tornar-se uma norma concreta e individual, fazendo nascer o *fato jurídico tributário*, o qual irradiará efeitos da norma no mundo jurídico.

Buscando a conceituação no direito civil (teoria geral do direito), pode-se afirmar que os fatos jurídicos, na conceituação de Francisco Amaral, são acontecimentos que produzem efeitos jurídicos, causando o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídicas e de seus direitos.<sup>21</sup> Por relação jurídica deve se entender como o vínculo que o direito estabelece entre pessoas ou grupos, atribuindo-lhes poderes e deveres.

O mesmo, por óbvio, ocorre no direito tributário, onde a norma jurídica tributária faz nascer direitos e deveres para as pessoas envolvidas com o acontecimento previsto na *hipótese tributária*, ligando tais pessoas por um vínculo jurídico, ou seja, uma *relação jurídica tributária*.

Para Carvalho, os efeitos gerados pela concretização do *fato jurídico tributário*, qual seja, o nascimento de uma *relação jurídica tributária* é o conseqüente lógico previsto na *norma jurídica tributária*, o qual também deve ser identificado através de critérios estabelecidos na própria *norma jurídica tributária*. Nos ensinamentos do professor:

Se a hipótese, funcionando como descritor, anuncia os critérios conceptuais para o reconhecimento de um fato, o conseqüente, como prescritor, nos dá, também, critérios para a identificação do vínculo jurídico que nasce, facultando-nos saber quem é o sujeito portador do direito subjetivo; a quem foi cometido o dever jurídico de cumprir certa prestação; e seu objeto, vale dizer, o comportamento que a ordem jurídica espera do sujeito passivo e que satisfaz, a um só tempo, o dever que lhe fora atribuído e o direito subjetivo de que era titular o sujeito pretensor.<sup>22</sup>

Os critérios estabelecidos na *norma jurídica tributária* são divididos em *critério pessoal* e *critério quantitativo*, tendo singular importância na identificação da *relação jurídica tributária* surgida pela ocorrência da *hipótese tributária* no campo físico.

Através do *critério pessoal* podem se identificar os sujeitos de direito que fazem parte da relação jurídica nascida pela concretização da *hipótese tributária* no universo real, ou seja, os sujeitos que integram o vínculo jurídico. Tais sujeitos são divididos em: *sujeito ativo* e *sujeito passivo*.

Entende-se por *sujeito ativo* aquele que é titular do direito subjetivo, consistente em exigir determinada prestação pecuniária. É o credor ou pretensor que exigirá o



pagamento do crédito tributário, ou seja, o cumprimento da obrigação tributária nascida pela concretização da hipótese tributária. Esta pessoa, de modo geral, é o Estado, entendido no seu sentido *lato*. No ordenamento jurídico pátrio, o sujeito ativo pode ser identificado, ainda que não ocorra a concretização da hipótese tributária no mundo das realidades materiais. Isso, pois, a constituição federal designa, na maioria das vezes explicitamente, quem é o titular do direito subjetivo de exigir a prestação pecuniária. Ou seja, quando a norma estabelece quem é competente para criar determinado tipo de tributo.<sup>23</sup>

No conceito de Ataliba:

Sujeito ativo é o credor da obrigação tributária. É a pessoa a quem a lei atribui a exigibilidade do tributo. Só a lei pode designar o sujeito ativo. Essa designação compõe a h.i., integrando seu aspecto pessoal.<sup>24</sup>

De outro norte, o *sujeito passivo* da relação jurídica tributária é a pessoa de quem será exigido o cumprimento da prestação pecuniária. Tal pessoa pode ser física ou jurídica, de direito privado ou de direito público. É o devedor da prestação fiscal. É aquela que tem o dever de pagar o tributo, sendo denominada, via de regra, contribuinte.<sup>25</sup>

Nos ensinamentos de Ataliba, “é sujeito passivo, em regra, uma pessoa que está em conexão íntima (relação de fato) com o núcleo (aspecto material) da hipótese de incidência”.<sup>26</sup> Nesse aspecto, pode-se dizer que sujeito passivo é aquele que concorre, de alguma forma, para a concretização da *hipótese tributária* no universo das realidades materiais, sendo este de quem será exigido o cumprimento da prestação pecuniária.

O segundo critério previsto na *norma jurídica tributária* como parâmetro para o surgimento a *relação jurídica tributária* é o *critério quantitativo*. Através deste critério pode se identificar qual o objeto desta *relação jurídica*. No campo tributário este objeto é o cumprimento de uma prestação pecuniária, o pagamento do tributo.

Com efeito, deve poder-se identificar o *quantum* o *sujeito passivo* deverá pagar de tributo. Nesse aspecto, a norma jurídica tributária deve proporcionar ao intérprete as condições para a fixação do montante a ser pago pelo devedor, *in casu*, o contribuinte. Este montante a ser pago é fixado pela *norma jurídica tributária* através de dois elementos: *base de cálculo* e *alíquota*.<sup>27</sup>

A *base de cálculo* é definida como sendo uma grandeza que se destina a dimensionar a intensidade do comportamento prescrito no núcleo (critério material) da *hipótese tributária*.<sup>28</sup> Ou seja, é a grandeza, atrelada intimamente ao *critério material* da *hipótese tributária*, que a *norma jurídica tributária* elege para auferir o valor do tributo a ser pago pelo *sujeito passivo*.

Ataliba assim conceitua a *base de cálculo*, que ele denomina de *base imponible*:

Base imponible é uma perspectiva dimensível do aspecto material da h.i. que a lei qualifica, com a finalidade de fixar critério para a determinação, em cada obrigação tributária concreta, do quantum debetur.<sup>29</sup>

A *alíquota*, por sua vez, é o fator que deve ser aplicado sobre esta grandeza (*base de cálculo*), a fim de se auferir o montante de tributo que o *sujeito passivo* deverá pagar, e, por conseguinte, o *quantum* poderá ser exigido pelo *sujeito ativo* da relação jurídica tributária.<sup>30</sup>

Nesse aspecto, pode-se dizer que a alíquota é um elemento auxiliar para se estabelecer o *quantum* tributário, ou seja, o montante do valor do tributo a ser pago pelo *sujeito passivo* para o *sujeito ativo* da *relação jurídica tributária*.

Na conceituação de Ataliba:

A alíquota é um termo do mandamento da norma tributária, mandamento esse que incide se e quando se consuma o fato imponible, dando nascimento à obrigação tributária concreta.

Deve receber a designação de alíquota só esse termo que se consubstancia na fixação de um critério indicativo de uma parte, fração – sob a forma de percentual, ou outra – da base imponible.<sup>31</sup>

Mister a presença destes elementos que compõem o *critério pessoal* e *quantitativo* para que nasça uma *relação jurídica tributária* apta a propagar seus efeitos no mundo do direito.

Diante do exposto, pode-se afirmar que para a ocorrência do fenômeno da incidência da *norma jurídica tributária* em determinado evento passível de tributação, é imprescindível que os critérios prescritos pela *regra matriz de incidência fiscal* sejam configurados. Apenas diante da constatação destes critérios é que ocorre a propagação dos efeitos da *norma jurídica tributária*, dando ensejo ao nascimento da *obrigação tributária*, ou seja, do dever de pagamento do tributo.

Em breve síntese, para que exista o dever de pagamento do tributo é necessário que a *norma jurídica tributária* apresente todos os critérios exigidos pela *regra matriz de incidência fiscal*. Nesse aspecto, o evento do mundo dos fatos, descrito na *norma jurídica tributária*, de forma geral e abstrata (*hipótese tributária*), concretizando-se no mundo das realidades materiais, deve observar os critérios previstos na *norma jurídica tributária* (*critério material, espacial e temporal*), para, através de uma *linguagem competente*, tornar-se uma norma concreta e individual, dando origem ao *fato jurídico tributário*. Este *fato*, por óbvio, irradiará efeitos no mundo jurídico, fazendo nascer a *relação jurídica tributária*, que também deverá ser composta, obrigatoriamente, pelos critérios previstos na norma jurídica tributária (*critério pessoal* e *critério quantitativo*). Somente com o fechamento completo deste ciclo é que ocorre a incidência da *norma*

*jurídica tributária* apta ao surgimento de uma *obrigação jurídica tributária*, ou seja, ao dever de pagamento da prestação fiscal (pagamento do tributo).

Feitas estas considerações e explanações quanto à *regra matriz de incidência fiscal*, passa-se ao estudo da *regra matriz de incidência fiscal* especificamente do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias (ICM).

Vale ressaltar que este estudo será abordado de forma abrangente, somente para fins de fixação e entendimento geral da regra matriz de incidência fiscal deste tributo. Somente o critério material será analisado com maior ênfase, haja vista sua fundamental importância para a verificação da incidência do ICM sobre as operações de importações, com destaque para as realizadas mediante arrendamento mercantil, ou *leasing*, objeto do presente trabalho.

### 1.1 HIPÓTESE TRIBUTÁRIA DO ICM

Como qualquer outro estudo no âmbito da Ciência Jurídica, o estudo da *regra matriz de incidência fiscal* do ICM deve se iniciar pela norma fundamental do ordenamento jurídico. Dessa maneira, o presente trabalho iniciará a exposição da *regra matriz de incidência fiscal* do ICM conforme os mandamentos e preceitos dispostos na constituição federal de 1988.

A constituição federal não cria ou institui tributos, mas estabelece a competência dos entes federativos (união federal, estados federados, distrito federal e municípios) para sua instituição, ou seja, estabelece quais os tipos e modalidades de tributos os entes federativos podem criar, delegando suas respectivas competências.

Com efeito, a regra matriz de incidência fiscal do ICM encontra-se previsto no artigo 155, inciso II da constituição federal, também denominada pela doutrina como matriz constitucional de incidência do tributo.

Assim dispõe o artigo 155, inciso II da Constituição Federal do Brasil de 1988:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

II – operações relativas à circulação de mercadorias e serviços e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

[...]

No âmbito da legislação infraconstitucional, a norma nacional que dispõe sobre a incidência do ICM é a Lei Complementar n.º 87, de 13 de setembro de 1996, ordinariamente denominada de Lei Kandir, em referência ao parlamentar Antônio Kandir, que propôs o Projeto de Lei que redundou nesta norma.

Conforme ensina o Professor Roque Antonio Carrazza, da análise do artigo 155, inciso II, da Constituição Federal de 1988, bem como da Lei Complementar n.º 87/96,

pode-se extrair cinco modalidades de tributos denominados ICM ou ICMS. Segundo o Professor, isto ocorre por conta do binômio: hipótese tributária e base de cálculo.<sup>32</sup>

Nesse passo, por existirem diferentes critérios materiais que compõem a hipótese tributária destes tributos, e, por conseguinte, diferentes bases de cálculo, havidas da relação jurídica tributária, a incidência da norma jurídica tributária pode ocorrer de cinco maneiras distintas, surgindo, a partir daí, diferentes modalidades de tributos.

Para Carrazza, as modalidades de tributos previstos da norma jurídica tributária do ICM ou ICMS são:

- a) imposto sobre operações mercantis (operações relativas à circulação de mercadorias); b) o imposto sobre serviços de transporte interestadual e intermunicipal; c) o imposto sobre serviços de comunicação; d) o imposto sobre produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis gasosos e de energia elétrica; e e) o imposto sobre a extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais.<sup>33</sup>

No presente trabalho, que busca identificar a incidência do tributo nas operações de importação, com destaque para as realizadas mediante arrendamento mercantil, ou *leasing*, estudar-se-á tão somente a regra matriz de incidência fiscal deste tributo nas operações mercantis relativas à circulação de mercadorias. Por conta disto foi que se optou em denominar o tributo ora em estudo de ICM (Imposto sobre a Circulação de Mercadorias), e não de ICMS (Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços), como este é comumente designado.

A regra matriz de incidência fiscal do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias – ICM, foi introduzido na Constituição Federal através da Emenda Constitucional n.º. 18, de 1º de dezembro de 1965, sendo mantido na Constituição Federal de 1967, e ainda, pela Emenda Constitucional n.º. 1 de 1969.

Desde o surgimento do ICM no ordenamento jurídico pátrio, a regra matriz de incidência fiscal deste tributo vincula o critério material de sua hipótese tributária à figura de *operações relativas à circulação de mercadorias*. Ou seja, o critério material da hipótese tributária do ICM é *operação de circulação de mercadorias*.

Dessa forma, para se compreender o critério material desse imposto, bem como a incidência da norma jurídico tributária, mister se faz o estudo do significado jurídico dos termos: operações, circulação e mercadoria.

Importante que seja observado o disposto no artigo 110 do Código Tributário Nacional:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou

implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Os significados destes termos, portanto, devem ser extraídos dos conceitos próprios do direito privado, em especial do direito empresarial, para que uma maior clareza seja alcançada no estudo da regra matriz de incidência fiscal do ICM.

O conceito de *operações*, nesse aspecto, conforme entendimento majoritário da doutrina sobre a matéria, deve ser definido como sendo *negócio jurídico*. Segundo o Professor Marcelo Viana Salomão, “*operação*, em termos de direito, significa *negócio jurídico*, ou seja, *uma manifestação de vontade que cria, modifica ou extingue direitos*”.<sup>34</sup>

Citando Amaral:

Por *negócio jurídico* deve-se entender a declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece. Tais efeitos são a constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas, de modo vinculante, obrigatório para as partes intervenientes.<sup>35</sup>

No entendimento do Professor Hugo de Brito Machado, *operações* devem ser compreendidas como “*todos aqueles atos, contratos, negócios, que são usualmente praticados na atividade empresarial*”.<sup>36</sup> Para esse autor, o legislador constituinte utilizou-se da palavra *operação* como sendo uma expressão genérica. Nesse ponto, importante relembrar dos ensinamentos de Carvalho sobre o critério material, descritos no tópico anterior, no sentido de que este é formado por expressões genéricas designativas do comportamento dos indivíduos.

*Operação*, portanto, é o corpotamento do indivíduo que se encontra descrito no critério material da hipótese tributária, sendo este comportamento o elemento nuclear do critério material. É sobre este comportamento do indivíduo que deve incidir a norma jurídica tributária do ICM.

É assente na doutrina o entendimento de que o substantivo *operação* é núcleo do critério material da hipótese tributária do ICM. Nesse sentido, relevantes os ensinamentos dos Professores Geraldo Ataliba e Cléber Giardino:

O conceito nuclear da materialidade da hipótese de incidência do ICMS é o de *operações*. Esta é, efetivamente, uma expressão substantiva de descrição constitucional do tributo; é o núcleo em torno do qual se constrói a própria descrição do campo material de competência dos Estados. Os demais termos, constantes dessa locução constitucional, são adjetivos em torno do substantivo *operações*.<sup>37</sup>

Desse modo, o vocábulo *operações* é elemento central que descreve o comportamento do indivíduo previsto no critério material da hipótese tributária, o qual sobre ele deve incidir a norma jurídica tributária. Nesse aspecto, as expressões *circulação* e *mercadorias* são complementos daquele núcleo – *operação* –, ou seja, são estas expressões as quais qualificam os tipos de *operações* que são relevantes para a incidência da norma jurídica tributária do ICM, pois o tributo não incide sobre todo e qualquer tipo de operação.

Para que haja, destarte, a incidência da norma jurídica tributária do ICM sobre *operações*, imprescindível que estas sejam de circulação de mercadorias. Pode-se afirmar, portanto, que este é um tributo incidente tão somente sobre negócios jurídicos realizados na atividade empresarial (*operações mercantis*), desde que, nestes negócios jurídicos ocorra a circulação de mercadorias.

O conceito de *circulação*, para fins jurídicos e para que ocorra a incidência da norma jurídica tributária do ICM, deve ser compreendido como mudança de titularidade. *Circulação* deve ser aquela em que se ocorre a alteração do titular do bem (*in casu*, mercadorias), substituindo-se a pessoa que detém a disponibilidade deste bem por outra, a qual passará a ser o titular, detendo a disponibilidade sobre o mencionado bem (mercadoria).

Nas palavras de Ataliba e Giardino:

Circular significa, para o Direito, mudar de titular. Se um bem ou uma mercadoria mudam de titular, circula para efeitos jurídicos. Convencionou-se designar por titularidade de uma mercadoria a circunstância de alguém deter poderes jurídicos de disposição sobre a mesma, sendo ou não sendo seu proprietário (disponibilidade jurídica).<sup>38</sup>

*Circulação*, portanto, para fins de incidência da norma jurídica do ICM, deve ser considerada como sendo aquela em que ocorra a mudança de titularidade do bem (mercadoria), compreendendo a alteração da pessoa que possui a disponibilidade deste. Conforme o entendimento dos Professores acima citados, esta pessoa pode ser proprietária ou não do bem (como nos casos em que apenas existe a posse *animus dominus*), sendo imperativo, todavia, que esta pessoa detenha a disponibilidade deste bem.

Salomão conclui:

Destarte, apenas uma operação, isto é, um negócio jurídico, que tivesse por objeto a transferência do direito de disposição sobre determinado tipo de bem, é que configurava um fato passível de gerar a incidência do ICM.<sup>39</sup>

A simples circulação física ou econômica de determinado bem (mercadoria) não importa na incidência da norma jurídico tributária do ICM. Carraza, com a clareza que lhe é lapidar, ensina:

É bom esclarecermos, desde logo, que tal circulação só pode ser jurídica (e, não, meramente física). A circulação jurídica pressupõe a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade da mercadoria. Sem mudança da titulariedade da mercadoria, não há falar em tributação por meio de ICMS. Esta idéia, abonada pela melhor doutrina (Souto Maior Borges, Geraldo Ataliba, Paulo de Barros Carvalho, Cleber Giardino etc.), encontrou ressonância no próprio Supremo Tribunal Federal.<sup>40</sup>

Conclui-se que para a incidência da norma jurídica tributária do ICM, a circulação advinda do negócio jurídico (operação) deverá, por óbvio, ser jurídica, ou seja, deve ocorrer a mudança de titularidade da mercadoria.

Finalizando a análise do critério material da hipótese tributária do ICM, tem-se o termo *mercadoria*, o qual seu estudo é fundamental para a determinação da incidência da norma jurídica tributária do ICM.

O conceito de *mercadoria* pode ser definido como sendo aquele bem ou coisa que é posto em mercância. É o bem produzido ou adquirido para ser inserido na atividade mercantil, ou seja, para ser colocado à venda no comércio.

Importante destacar que apenas os bens móveis podem ser considerados como *mercadoria*. Os bens imóveis não são alcançados pela norma jurídica tributária do ICM, mas pela norma jurídica tributária do ITBI – Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (artigo 156, inciso II da Constituição Federal de 1988<sup>41</sup>), de competência dos Municípios. Nesse aspecto, para incidência da norma jurídica tributária do ICM, bens móveis devem ser entendidos como *gênero*, e *mercadorias* como *espécie*. Apenas os bens (ou coisas) móveis do tipo *mercadorias* é que são atingidas pela norma jurídica tributária do ICM, pois a tributação dos bens móveis em geral (entendida como gênero) é atingida pela norma jurídica tributária do imposto sobre doações (artigo 155, inciso I da Constituição Federal de 1988<sup>42</sup>), de competência dos Estados Federados e o Distrito Federal.<sup>43</sup>

Para esclarecer o conceito de *mercadoria*, essencial os ensinamentos de Hugo de Brito Machado:

Todas as mercadorias são coisas, mas nem todas as coisas são mercadorias. O que caracteriza um coisa como mercadoria é a destinação. Mercadorias são as coisas móveis destinadas ao comércio. São coisas adquiridas pelos empresários para revenda, no estado em que as adquiriram, ou transformadas, e ainda as produzidas para a venda.<sup>44</sup>

Por serem coisas móveis produzidas e adquiridas para a venda, com destinação à atividade mercantil, pode-se dizer, sem qualquer receio de errar, que o conceito de *mercadoria* é intimamente ligado à obtenção de lucro, ou seja, são coisas móveis

destinadas a auferir ganho de capital ao empresário. Nas palavras de Aliomar Baleeiro, *mercadoria* é o “bem econômico que alguém, com o propósito deliberado de lucro, produz para vender ou compra para revender”.<sup>45</sup>

José Eduardo Soares de Melo, sobre o tema, ensina que:

“Mercadoria” é bem corpóreo da atividade empresarial do produtor, industrial e comerciante, tendo por objeto a sua distribuição para consumo, compreendendo-se no estoque da empresa, distinguindo-se das coisas que tenham qualificação diversa segundo a ciência contábil, como é o caso do ativo fixo.<sup>46</sup>

O que caracteriza uma *mercadoria*, em sua essência, diferenciando-a dos bens móveis em geral, é a sua destinação. Nesse sentido, somente os bens móveis destinados ao comércio, com o fito de obtenção de lucro pelo empresário, é que pode ser considerado *mercadoria*.

Para rematar eventuais dúvidas existentes sobre o tema, traz-se os ensinamentos de Carrazza, que com clareza singular, ensina:

Não é qualquer bem móvel que é mercadoria, mas tão-só aquele que se submete à mercancia. Podemos, pois, dizer que toda mercadoria é bem móvel, mas nem todo bem móvel é mercadoria. Só o bem móvel que se destina à prática de operações mercantis é que assume a qualidade de mercadoria.<sup>47</sup>

Diante do que foi exposto dos conceitos de *operação*, *circulação* e *mercadoria*, pode-se concluir que o critério material da hipótese tributária do ICM é todo o negócio jurídico praticado na atividade empresarial (operações mercantis), que resulte na alteração de titularidade (circulação), ou seja, na mudança da pessoa possuidora da disponibilidade de determinado bem móvel destinado à atividade mercantil (mercadoria), com o objetivo de auferir ganho de capital ao empresário.

A compreensão do critério material do ICM é de fundamental importância no presente estudo, pois somente através dele poder-se-á auferir a incidência deste tributo nas operações de importação, em especial as realizadas mediante arrendamento mercantil, objeto do presente trabalho.

No que concerne ao critério espacial, importante esclarecer que o ICM é um dos tipos de tributos em que o critério espacial coincide com todo o território do ente político competente para a instituição do tributo.<sup>48</sup> Nesse aspecto, o critério espacial do ICM é todo o território do Estado Federado ou do Distrito Federal, entes federativos competentes para a instituição do ICM, conforme dispõe o art. 156, inc. II da Constituição Federal, anteriormente mencionado.



Mais precisamente, o critério espacial do ICM será todo o território do Estado ou do Distrito Federal, competente para a instituição do tributo, no qual ocorrer o critério material da hipótese tributária do ICM, qual seja, operação de circulação de mercadoria.

Importante mencionar que, em regra geral, o local em que se inicia a operação de circulação, ou seja, o local onde a mercadoria se encontra antes de iniciar a operação de circulação, é considerado como critério espacial da hipótese tributária do ICM. Nas palavras de Machado:

Como regra geral, o lugar em que se considera ocorrido o fato gerador do ICMS é o local do estabelecimento em que se encontra a mercadoria no momento em que se efetiva a operação relativa a sua circulação.<sup>49</sup>

O critério espacial em relação ao ICM incidente sobre operações de importação, objeto deste estudo, será distinto do anteriormente descrito, pois, tendo em vista que a mercadoria, no caso da importação, origina-se do exterior, o critério espacial será o território do Estado, ou do Distrito Federal, em que se localiza o estabelecimento destinatário da mercadoria.

Quanto ao critério temporal da hipótese tributária do ICM, a legislação optou por considerar determinado fato, determinado acontecimento, como sendo o momento em que se concretiza o critério material da hipótese tributária do ICM.

Em regra geral, a saída da mercadoria dos estabelecimentos onde se inicia a operação de circulação foi eleita pela legislação como definição do critério temporal deste tributo.<sup>50</sup> O critério temporal do ICM é, portanto, o momento em que ocorre a saída da mercadoria do estabelecimento vendedor, ou seja, quando se inicia a operação da circulação.

Confome o entendimento de Melo:

A “saída” – eleita pelo legislador como elemento do fato gerador (DL 406-68, art. 1º, I e Lei Complementar nº. 87/96 – art.12, I) – compreende o aspecto de tempo previsto na norma, uma vez que os fatos impositivos ocorreram em um determinado momento, porque, nesse instante, nasce o direito subjetivo para a pessoa de direito público e, correlatamente, uma obrigação para o sujeito passivo.<sup>51</sup>

Com a saída da mercadoria do estabelecimento onde se inicia a operação de circulação, a hipótese tributária da regra matriz de incidência fiscal do ICM concretiza-se, por completo, no universo das realidades materiais, dando nascimento, diga-se, através do lançamento tributário (linguagem competente), ao fato jurídico tributário, o qual estará apto a gerar efeitos no campo do direito.

O efeitos propagados pelo fato jurídico tributário, conforme anteriormente delineado, é o surgimento de uma relação jurídica tributária. Esta relação jurídica tributária será abordada no tópico subsequente, finalizando o estudo da regra matriz de incidência fiscal do ICM, para que, posteriormente, possa-se compreender a incidência deste tributo sobre as operações de importação, em especial para aquelas realizadas mediante arrendamento mercantil, ou *leasing*, que é o objeto principal do presente trabalho.

### **1.2 RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA DO ICM**

A partir da incidência da norma jurídica tributária do ICM, que ocorre após a concretização da hipótese tributária no mundo das realidades materiais, surge, então, o fato jurídico tributário, o qual irradiará efeitos da norma no mundo jurídico. Esses efeitos, conforme anteriormente mencionado, são o nascimento de uma relação jurídica tributária, a qual é identificada através de critérios previstos na própria norma jurídica.

Trata-se dos critérios pessoal e quantitativo, os quais devem estar presentes para que sejam propagados os efeitos da norma jurídica tributária, pois somente através destes critérios pode se precisar quais as pessoas envolvidas na relação jurídica tributária surgida com a concretização da hipótese tributária, bem como seu objeto.

O critério pessoal, como se sabe, é composto pelos seguintes elementos: sujeito ativo e sujeito passivo.

No caso do ICM, o critério pessoal tem como sujeito ativo, ocupando a posição de credor da relação jurídica tributária, o Estado-membro ou o Distrito Federal competente para a instituição do tributo. Para Salomão, “geralmente preenchem este pólo da relação tributária as pessoas políticas de direito constitucional interno, ou seja, quem tem competência tributária”.<sup>52</sup>

Em regra, pode-se dizer que o sujeito ativo do ICM será todo aquele estado-membro, ou o distrito federal, titular da competência tributária, em que está localizado o estabelecimento onde se encontra alocada a mercadoria, quando se concretiza o critério material da hipótese tributária, ou seja, quando se efetiva a circulação desta mercadoria.

Para o professor Hugo de Brito Machado, o ICM será devido “ao Estado em cujo território está sediado o estabelecimento onde se verifica a saída da mercadoria”.<sup>53</sup>

Quanto ao sujeito passivo da relação jurídica tributária do ICM, o qual ocupa a posição de devedor na relação jurídica tributária, deve ser aquele que realizar o critério material da hipótese tributária, ou seja, aquele que efetivar uma operação de circulação de mercadoria.

Por ser a operação de circulação de mercadorias um negócio jurídico perpetrado na atividade empresarial (operações mercantis), pode-se afirmar, de maneira genérica, que o sujeito passivo será todo aquele que exerce atividade empresarial (empresários). Mais precisamente, conforme o entendimento consolidado pela doutrina, apenas poderá ser

sujeito passivo, via de regra, o produtor, o industrial ou o comerciante, ou seja, as pessoas que desenvolvem atividade empresarial.<sup>54</sup>

Pessoa diversa, que não esteja inserida na atividade empresarial, não poderá ser sujeito passivo do tributo, posto que realizem uma venda de um bem móvel qualquer. A atividade realizada por pessoa diversa do empresário não será enquadrada no critério material da hipótese tributária deste tributo, pois estas pessoas não realizam, de forma habitual, atividade empresarial.

Relevantes os ensinamentos de Carrazza:

E quem pode promover a realização de tais operações? Entendemos que só o produtor, o industrial ou o comerciante. O particular (dona de casa, operário, aposentado etc.) que vende um objeto seu não realiza uma operação relativa à circulação de mercadorias; apenas vende um bem móvel qualquer. O mesmo podemos dizer do profissional liberal (médico, dentista, advogado), do professor, do funcionário público, enfim, de todos os que não revestirem uma destas três condições: comerciante, industrial ou produtor.<sup>55</sup>

Pode-se afirmar, de forma geral, que apenas o produtor, o industrial ou o comerciante podem ser sujeito passivo da relação jurídica tributária do ICM, pois atuam na atividade empresarial, de maneira habitual, a qual é o âmbito central da incidência deste tributo.

O segundo critério que identifica a relação jurídica tributária é o critério quantitativo, aquele que caracteriza o objeto da relação jurídica tributária, ou seja, a prestação pecuniária (o valor do tributo). Este critério é composto pelos elementos: base de cálculo e alíquota.

A base de cálculo, por atuar como grandeza que se destina a dimensionar o critério material da hipótese tributária, conforme disposto anteriormente, no que concerne ao ICM, esta deve necessariamente ser uma medida da operação mercantil realizada<sup>56</sup>. Ou seja, a base de cálculo da relação jurídica do ICM deverá ser o valor da operação de circulação de mercadoria, a qual, em regra geral, é o valor da própria mercadoria.

Machado é contundente ao dizer que: “a base de cálculo do ICMS não pode ser algo diverso do *valor da operação* em se tratando de circulação de mercadorias”.<sup>57</sup>

Nas palavras de Melo, “a base deve representar a quantificação compreendida na ‘operação mercantil’”.<sup>58</sup>

A base de cálculo da relação jurídica do ICM, conforme pode se observar, será, necessariamente, o valor da operação de circulação de mercadoria realizada.

Por fim, a alíquota, que é o segundo elemento que compõe o critério quantitativo da relação jurídica tributária. Nesse aspecto, importante relembrar as considerações anteriormente efetuadas quanto à alíquota, principalmente por ela ser um fator

aplicável sobre a base de cálculo, a fim de se auferir o montante de tributo que o sujeito passivo deverá pagar.

No caso do ICM, a alíquota é geralmente um elemento aritmético, o qual, na grande maioria das vezes, se resume em uma porcentagem aplicada sobre a base de cálculo deste tributo.

As alíquotas, no que diz respeito ao ICM, devem ser fixadas por meio de lei ordinária dos entes políticos com competência tributária (Estados Federados e Distrito Federal), devendo ser observado o disposto nas alíneas *a* e *b*, do inciso V, § 2º, do artigo 155 da Constituição Federal,<sup>59</sup> as quais estabelecem a faculdade do Senado Federal em aplicar alíquotas mínimas e máximas nas operações internas, mediante a publicação de resoluções.<sup>60</sup>

Importante que se diga que a alíquota do ICM poderá variar conforme o Estado em que se efetivou a operação de circulação de mercadoria, haja vista a autonomia dos entes federativos. No mesmo sentido, também poderá ocorrer variações das alíquotas conforme os diferentes tipos de mercadorias em que foram efetivadas operações de circulação, em atenção ao princípio constitucional da seletividade a qual a norma jurídica deste tributo deve observar (art. 155, § 2º, inciso III, da Constituição Federal<sup>61</sup>).

Feitas estas considerações quanto à relação jurídica tributária do ICM, bem como diante de tudo o que foi exposto no tópico anterior sobre a hipótese tributária deste tributo, finaliza-se o estudo da regra matriz de incidência fiscal do ICM, a qual será de imperativa importância para análise da incidência deste tributo nas operações de importação, especialmente as realizadas mediante arrendamento mercantil (*leasing*).

Apenas com a finalidade de resumir, em uma breve síntese do que foi exposto, pode-se dizer, de maneira genérica, que a regra matriz de incidência fiscal do ICM deve ser composta por hipótese tributária, cuja concretização enseja uma relação jurídica tributária.

A hipótese tributária do ICM deve ser identificada através dos critérios: (i) material: realizar operação de circulação de mercadoria; (ii) espacial: território do estado-membro ou distrito federal; e (iii) temporal: momento da saída da mercadoria do estabelecimento vendedor.

No que concerne à relação jurídica tributária surgida, esta deve ser identificada pelos critérios: (i) pessoal: tendo como sujeito ativo o Estado-membro e o Distrito Federal, e sujeito passivo os produtores, industriais e comerciantes e (ii) quantitativo: formada pela base de cálculo, que é o valor da operação de circulação de mercadoria, e alíquota, que, em regra, uma porcentagem prevista nas legislações competentes.

Entendida a regra matriz de incidência fiscal do ICM, passa-se, nos próximos tópicos, à análise da incidência deste tributo nas operações de importações, principalmente as realizadas mediante arrendamento mercantil (*leasing*).

## 2 DO ICM NA IMPORTAÇÃO

A incidência do ICM sobre a importação iniciou-se através de uma grande pressão política dos Estados Federados frente ao Governo Federal, exercida no começo da década de 1980, com o intuito de aumentar suas arrecadações.

Nesse período, os estados federados, com fundamento em legislação própria, infraconstitucional, em evidente arrepio à Constituição Federal do Brasil vigente à época, efetuavam a cobrança deste tributo quando ocorria a entrada de mercadorias, e de qualquer outro tipo de bem, no estabelecimento importador.

Esta cobrança, efetuada sem qualquer respaldo constitucional, foi afastada pelo poder judiciário, por meio do Supremo Tribunal Federal. Todavia, é de conhecimento público que os estados federados e o distrito federal, objetivando alargar suas arrecadações, fizeram aprovar a Emenda Constitucional n. 23 de 1983. A emenda trouxe à constituição federal, pela primeira vez, a previsão da incidência do ICM sobre as entradas de mercadorias e bens importados do exterior (importação).

A mencionada emenda constitucional acresceu o § 11 ao artigo 23, da Constituição anterior, de 1967, que dispunha sobre o ICM, trazendo a incidência deste tributo sobre a importação:

Art. 23 [...]

[...]

§ 11. O imposto a que se refere o item II incidirá, também, sobre a entrada, em estabelecimento comercial, industrial, ou produtor, de mercadoria importada do exterior por seu titular, inclusive quando se tratar de bens destinados a consumo ou ativo fixo do estabelecimento.

A pretensão dos estados federados e do distrito federal em efetuar a cobrança do ICM sobre a importação, antes sem qualquer amparo constitucional, a partir daí, efetiva-se com respaldo na norma fundamental do ordenamento jurídico brasileiro.

Mais recentemente, a Constituição Federal do Brasil de 1988 manteve integralmente a previsão disposta na Constituição anterior (1967), com algumas alterações posteriores, advindas da Emenda Constitucional n. 33 de 2001, cuja constitucionalidade é muito discutida entre a doutrina. Contudo, a constitucionalidade ou não desta Emenda não será abordada no presente estudo, por não ser objeto principal deste trabalho.

Assim, dispõe a atual redação da norma constitucional de incidência do ICM, a qual dispõe sobre a incidência do tributo nas operações de importação:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda

que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

[...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

[...]

IX – incidirá também:

a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço;

[...]

A partir da norma constitucional que prevê a incidência do ICM na importação, pode-se iniciar o estudo da regra matriz de incidência fiscal deste tributo, especificamente voltando-se à análise para as operações de importação, a fim de que, posteriormente, possa-se verificar sua incidência nas importações mediante arrendamento mercantil, objeto nuclear do presente trabalho.

Importante esclarecer que, assim como foi efetuado no tópico anterior, a regra matriz de incidência fiscal do ICM nas importações será abordado dando-se maior ênfase ao estudo do critério material da hipótese tributária deste tributo.

Isto ocorre, porque o critério material será determinante para análise da incidência do ICM nas importações realizadas mediante arrendamento mercantil. Os outros critérios existentes também serão abordados, contudo, apenas com a finalidade de fixação e entendimento geral da incidência do tributo na importação.

Por meio da norma constitucional acima mencionada, pode-se visualizar que a hipótese tributária da regra matriz de incidência fiscal do ICM, antes possuindo como critério material somente a figura de *operações relativas à circulação de mercadorias*, agora é mais abrangente, englobando também a *entrada de bens ou mercadorias importados do exterior*, ou seja, a *importação*.

Como elemento central do critério material da hipótese tributária do ICM, incidente sobre a entrada de bens e mercadorias do exterior, tem-se a figura jurídica identificada pelo vocábulo *importação*.

Sobre o tema, válidos os ensinamentos de Carrazza:

Assim, o *elemento nuclear*, a *essência*, do critério material, desvinculado de qualquer outro condicionante (temporal e espacial), na *hipótese de incidência* do ICMS nas importações de mercadorias ou bens, identifica-se com o verbo *importar*.<sup>62</sup>

Buscando o conceito de *importação* no Direito Empresarial, assim como se fez nos

vocábulo operação, circulação e mercadoria, tem-se que importar “é a colocação de produtos ou mercadorias estrangeiras no mercado brasileiro. São as mercadorias que entram para o consumo”.<sup>63</sup>

O ICM sobre a importação, inicialmente, apenas incidia sobre a entrada de *mercadorias* do exterior. Especificamente com as alterações perpetradas pela Emenda Constitucional n. 33/2001, o tributo passou a incidir sobre todo e qualquer bem importado. Ou seja, houve um alargamento do critério material do ICM, nos casos de importação, pois, agora, o tributo incide sobre todo e qualquer tipo de bem importado, e não apenas mercadorias.

A partir da Emenda Constitucional n. 33/2001, o ICM incidente nas importações não estará restrito aos negócios jurídico praticados na atividade empresarial, que objetivam ganho de capital (lucro), como ocorre na incidência do tributo nas operações de circulação de mercadorias, pois, conforme o disposto na norma constitucional, o tributo, nas operações de importação, incide independentemente da finalidade da operação.

Tendo como base este raciocínio quanto ao critério material, pode-se induzir que o ICM incidente nas importações teria o condão de incidir sobre toda e qualquer operação de importação, haja vista que este tributo incide sobre a entrada de qualquer bem ou mercadoria advinda do exterior. Contudo, exatamente neste ponto, a doutrina diverge para entendimentos distintos, os quais são diretamente relacionados a este critério material e à incidência do tributo nas importações mediante arrendamento mercantil, que se verá mais à frente.

O primeiro entendimento, o qual é acompanhado pelos Professores Paulo de Barros Carvalho, Roque Antônio Carrazza, Gabriel Lacerda Troianelli, entre outros, sustenta que o critério material na *importação* está vinculado à necessidade de *transferência de titularidade* do bem ou mercadoria importada, sendo somente estes os casos em que ocorreria a incidência do tributo.

O segundo entendimento decorre dos estudos do professor Marcelo Viana Salomão, o qual sustenta que o ICM na importação, em verdade, seria um novo tributo, possuindo critério material e base de cálculo completamente desvinculados do critério material e da base de cálculo do tradicional ICM (incidente sobre operações de circulação de mercadorias). A este novo tributo o autor prefere denominar de “Imposto de Importação Estadual”.

Um estudo mais aprofundado destas duas perspectivas doutrinárias será efetuada mais adiante (subtópicos 3.1 e 3.2), para que se possa analisar com maior cautela o critério material do ICM nas operações de importação. Por hora, passa-se a identificação dos demais critérios da regra matriz de incidência fiscal do ICM nas operações de importação.

O critério espacial da hipótese tributária deste tributo é definido como sendo o território do Estado-membro ou do Distrito Federal onde se situa o domicílio ou estabelecimento destinatário do bem ou mercadoria importada. Ou seja, é o local do

domicílio ou estabelecimento onde ocorre a entrada do bem ou mercadoria. Nesse sentido, cita-se a doutrina de Machado:

Quando a mercadoria é importada do exterior, o local da operação é aquele em que tem sede o estabelecimento no qual ocorre a entrada física da mercadoria. Mesmo que esse estabelecimento seja diverso daquele que realizou a importação.<sup>64</sup>

Relevante os ensinamentos de Salomão sobre o tema:

Quanto ao critério espacial, hoje ele é precisamente definido em nosso ordenamento jurídico como sendo o limite geográfico dos Estados e, se for o caso, do Distrito Federal, onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física a mercadoria ou bem.<sup>65</sup>

No que concerne ao critério temporal da hipótese tributária do ICM na importação, a Lei Complementar n.º. 87/96, em seu artigo 12, inciso IX,<sup>66</sup> estabelece que este será o momento em que ocorrer o desembaraço aduaneiro do bem ou mercadoria importada.

Nas palavras de Machado, “em se tratando de mercadorias regularmente importadas do exterior, o fato gerador do imposto considera-se ocorrido no momento do respectivo desembaraço aduaneiro”.<sup>67</sup>

Doutrinadores como Marcelo Viana Salomão e José Eduardo Soares de Melo sustentam que o critério temporal deverá ser o momento em que se configura o critério material da hipótese tributária, ou seja, o instante em que ocorre a entrada do bem ou mercadoria importada no domicílio ou estabelecimento do importador.

Segundo este entendimento, o dispositivo da mencionada lei complementar contraria a consituição federal, pois reporta ocorrido o fato jurídico tributário sem que se tenha efetivado o critério material da hipótese tributária, ou seja, sem que se tenha ocorrida a entrada, do bem ou mercadoria importada, no domicílio ou estabelecimento do importador.

Para Melo:

O momento fixado para o nascimento da obrigação tributária – “desembaraço aduaneiro” – é anterior ao instante em que a CF reputa acontecido o tributo – “entrada” (art. 155, § 2º, IX, a) no estabelecimento do contribuinte [...].<sup>68</sup>

No que diz respeito à relação jurídica tributária surgida pela concretização da norma jurídica tributária (do ICM na importação) no universo das realidades



materias, da mesma forma, tem-se como elementos do critério pessoal o sujeito ativo e sujeito passivo.

O sujeito ativo do ICM na importação será o Estado-membro ou o Distrito Federal, competente para a intuição e cobrança do tributo, no qual se localizar o domicílio ou estabelecimento destinatário do bem ou mercadoria importada. Nas palavras de Carrazza, “o tributo é devido, neste caso, ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria”.<sup>69</sup>

Sobre o tema, relevantes são os esclarecimentos de Machado:

Quando a mercadoria é importada por estabelecimento localizado em um Estado, mas é destinada a estabelecimento localizado em outro, é do Estado em cujo território está este último a competência para cobrar o imposto.<sup>70</sup>

Corroborando este entendimento, tem-se a doutrina de Melo, que entende:

[...] a titularidade do imposto (sujeito ativo da relação jurídico-fiscal) não cabe singelamente ao Estado onde ocorreu o mero ato físico o desembaraço, mas ao Estado onde se localiza o sujeito passivo do tributo, isto é, aquele que juridicamente promoveu o ingresso das mercadorias estrangeiras no País, e para onde se destinam.<sup>71</sup>

Quanto ao sujeito passivo do ICM na importação, importante que se diga que este foi absurdamente alargado pela já mencionada Emenda Constitucional n.º. 33/2001. Esta emenda estabeleceu como sujeito passivo deste tributo: “(...) pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto (...)”. Nesse aspecto, pode-se chegar a conclusão que toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, estará sujeita ao tributo, independentemente de exercer atividade empresarial, ou ser contribuinte do tributo, caso realize importação de bem ou mercadoria.

No entendimento de Melo:

Assim, considerando que o novo texto constitucional ampliou o rol de contribuintes, deve ficar prejudicada a postura assumida pelo STF (“não incidência do ICMS nas importações realizadas por pessoas físicas e sociedades civis”), relativamente aos fatos geradores realizados após a edição da legislação ordinária competente, observado o princípio da anterioridade.<sup>72</sup>

Não obstante este entendimento, a título de conhecimento, relevante trazer o posicionamento do Professor Marcelo Viana Salomão, exarado no II Congresso de Direito Tributário do Instituto de Direito Tributário de Londrina (IDTL), em 2007,

quando o professor lecionou sobre o tema “O ICMS na Importação após a Emenda 33 e a Jurisprudência do STJ e STF”.

Para o autor, o dispositivo constitucional, quando menciona “pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto” não deve ser entendido como toda e qualquer pessoa física ou jurídica, mas somente aquela pessoa que seja contribuinte do ICM, ainda que de forma não habitual. Isto, porque, apenas pode ser “contribuinte não habitual”, quem é contribuinte do tributo.

Em outras palavras, o entendimento do Professor é no sentido de que o sujeito passivo do ICM incidente sobre a importação deve ser, necessariamente, contribuinte do ICM, ainda que não habitual, ou seja, deve ser *aquela pessoa cadastrada no ente político como contribuinte, por realizar uma das outras formas de incidência do tributo* (operações mercantis, serviços de transporte interestadual e intermunicipal, serviços de comunicação e etc), *ainda que esta pessoa seja um contribuinte não habitual*.

Portanto, para Salomão, quem não for contribuinte do tributo, não poderá ser considerado sujeito passivo do ICM incidente na importação de bens ou mercadorias do exterior.

Este posicionamento é corroborado por Carrazza, que assim dispõe sobre o tema:

Ou seja, esta hipótese só alcança as importações realizadas por um contribuinte do ICMS, o que é figura semelhante à de incidência do imposto nas operações interestaduais a consumidor final, em que o Estado de destino só tem competência impositiva se o destinatário for contribuinte de ICMS.<sup>73</sup>

No que concerne aos elementos do critério quantitativo da relação jurídica tributária do ICM na importação, tem-se que a base de cálculo deste tributo, de maneira geral, será o valor da operação de importação de mercadoria ou bens. Ou seja, a base de cálculo deve ser o valor pelo qual ocorreu a entrada dos bens ou mercadorias no país.

Cita-se Machado:

Em se tratando de importação de mercadorias, ou bens (...), a base de cálculo do imposto é o custo da importação, como tal entendo o valor da mercadoria ou bem, constante dos documentos de importação, convertido em moeda nacional pela mesma taxa de câmbio utilizada para o cálculo do imposto de importação, [...].<sup>74</sup>

Quanto ao critério quantitativo do ICM incidente na importação, tem-se o seu segundo elemento, qual seja, a alíquota. Sobre a alíquota do ICM na importação, o que importa mencionar é que, assim como no tradicional ICM (incidente sobre operações

de circulação de mercadoria), ela será uma porcentagem estabelecida pela legislação do estado-membro, ou do distrito federal, conforme o caso, competente para a instituição e cobrança do tributo.

Salomão, referindo-se à alíquota do ICM na importação, ensina que ela sempre “deverá ser uma porcentagem definida pela legislação competente, ou a denominada “alíquota específica” prevista no art. 20, I, do Código Tributário Nacional”.<sup>75</sup>

Sendo esta a regra matriz de incidência fiscal do ICM nas operações de importação, pode-se ter uma noção geral de como se dá a incidência deste tributo nas operações de entrada de bens ou mercadorias da exterior.

Nos tópicos seguinte, efetuar-se-á uma análise mais abrangente do critério material da hipótese tributária deste tributo, em relação às operações de importação, conforme anteriormente mencionado, analisando-se os diferentes posicionamentos da doutrina sobre este tema.

## 2.1 ICM SOBRE OPERAÇÕES DE IMPORTAÇÃO

Sobre o tema ora em estudo, doutrinadores como Paulo de Barros Carvalho, Roque Antônio Carrazza, Gabriel Lacerda Troianelli, entre outros, sustentam que o critério material do ICM incidente sobre a *importação* de bens ou mercadorias do exterior, ao contrário do que aparenta, não poderá incidir sobre todo e qualquer bem ou mercadoria importada. Para estes estudiosos, o ICM apenas incide naquelas operações de importação em que ocorre a *transferência de titularidade* do bem ou mercadoria importada.

Nos fundamentos deste posicionamento doutrinário, o ICM não incide sobre a simples importação de produtos (bens ou mercadorias), mas sobre *operações* de importação. Nesse aspecto, o termo *operação*, conforme exposto no subtópico 1.1, deve ser entendido como ato ou negócio jurídico.

Para que sobrevenha a incidência do tributo na importação, assim como se dá no ICM incidente sobre *operações de circulação de mercadorias*, não basta que ocorra qualquer negócio jurídico, mas tão somente aqueles em que haja “circulação”, ou seja, a *transferência de titularidade* do produto (bem ou mercadoria) importado.

No entendimento de Carrazza, isto se dá, pois, a matriz constitucional do tributo incidente sobre *operações de circulação de mercadorias*, ressalva a incidência deste imposto “ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”, o que se dá através da importação (art. 155, inciso II, parte final).

Assim, dispõe Carrazza:

Estamos, em suma, diante de um verdadeiro imposto sobre operações mercantis, embora, como estipula o art. 155, II, “in fine”, da CF, elas “se iniciem no exterior”. Por isso, deve obedecer aos princípios próprios do ICMS, como o da não-cumulatividade.<sup>76</sup>

Para este entendimento doutrinário, não seria a simples entrada do bem ou mercadoria do exterior que ensejaria a incidência do ICM nestas operações, mas somente àquelas em que ocorra a *transferência de titularidade* do produto importado.

Nas palavras de Carraza, “na realidade, o que estamos querendo deixar patenteado é que o fato importação não despe o ICMS ora em estudo de seu caráter mercantil. A importação, no caso, há de ser relativa à circulação de mercadorias”.<sup>77</sup>

Cristiano Maciel Carneiro Leão, em sua tese de Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), em 2007, discorrendo sobre o tema “A emenda constitucional 33/01 e o ‘novo’ ICMS – importação: manutenção da ‘transferência de titularidade’ como núcleo constitucional da materialidade do ICMS – importação”, cita considerações relevantes sobre o tema, efetuadas por Carvalho (*apud* LEÃO, 2007, p. 135):

Nota-se que em nenhum momento o constituinte pretendeu ampliar a hipótese de incidência do ICMS para que este passasse a abranger a mera entrada física do bem, sem a efetiva transferência da sua titularidade (operação de circulação de mercadoria).<sup>78</sup>

Neste mesmo trabalho, Leão, continuando sua explanação sobre o assunto, expõe que: “o novo ICMS – importação somente pode atingir operações de importações calcadas em negócios jurídicos relativos à circulação jurídica dos objetos importados”.<sup>79</sup> E para corroborar seu entendimento, cita considerações de Gabriel Lacerda Troianelli (2002, p. 81, *apud* LEÃO, 2007, p. 136), as quais merecem ser importadas ao presente estudo:

Ora, se o art. 155, § 2º, IX, “a”, continua se referindo, tal qual sua redação original, à entrada de bem ou mercadoria, não há porque se atribuir a esse termo acepção diversa daquela sempre admitida pela jurisprudência para passar a admitir a incidência do ICMS na mera circulação física de um bem.<sup>80</sup>

Como se pode perceber, este posicionamento considera que, para o ICM incidir sobre operações de importação, imperativo que ocorra a *transferência de titularidade* do bem ou mercadoria (circulação), quando da sua entrada do exterior no país.

As operações de importação devem respeitar a matriz constitucional do ICM, a qual prescreve a incidência o imposto somente sobre operações de circulação, ou seja, negócios jurídicos em que ocorra a transferência de titularidade do bem ou mercadoria.

Para esta corrente doutrinária, a incidência do ICM nas importações está vinculado à necessidade de *transferência de titularidade* do bem ou mercadoria importada, sendo somente estes os casos em que ocorreria a incidência do tributo.

## 2.2 IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO ESTADUAL

O segundo entendimento decorre dos estudos do professor Marcelo Viana Salomão, consagrados em sua obra “ICMS na Importação”, originário de dissertação de mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), apresentada em 1997. Dessa maneira, as explanações efetuadas neste tópico são todas consubstanciadas na obra deste autor (pp. 56-85), que defende a incidência do tributo sobre toda e qualquer tipo de entrada de mercadoria importada do exterior, independente de haver ou não a transferência de titularidade do produto importado.<sup>81</sup>

Para Salomão, o ICM na importação, em verdade, seria um novo tipo de incidência deste tributo, possuindo o binômio hipótese tributária/base de cálculo inteiramente desvinculados do binômio do ICM incidente sobre operações de circulação de mercadorias. A este novo tipo de incidência do ICM o autor prefere denominar de “Imposto de Importação Estadual”.

Este novo binômio (hipótese tributária/base de cálculo) tem como critério material da hipótese tributária deste tributo a figura de: *importar mercadorias ou bens do exterior*; e como base de cálculo da relação jurídica tributária: *o valor da mercadoria ou bem importado*.

Para o doutrinador, por averiguar-se um novo binômio hipótese tributária/base de cálculo, pode-se concluir que não se está mais diante de um imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, mas sim de um verdadeiro imposto de importação.

Consubstanciando suas afirmações, Salomão fundamenta que o próprio constituinte deixou evidente que sua intenção era criar uma nova forma de incidência para o ICM, quando inseriu o termo “incidirá também” na norma constitucional do tributo. Dessa maneira, trata-se de uma incidência realmente diferente da descrita no inciso II, do artigo 155, da Constituição Federal, pois, caso contrário, esta menção seria absolutamente desnecessária, pois já estaria compreendida pelas regras deste tributo.

Em sua obra, Salomão apontada uma diferença entre os tipos de incidência do ICM e deste “Imposto de Importação Estadual”, a qual, segundo seu posicionamento, é de fundamental importância, pois se relaciona diretamente com a identificação do critério material do tributo, qual seja: o ICM incide tão somente sobre *mercadorias*, enquanto o “Imposto de Importação Estadual” (ICM na importação) incide sobre *mercadorias e bens*. Diante destes aspectos, que são fundamentais para a identificação do critério material, pode se identificar que tratam-se de tributos completamente distintos.

A expressão “ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior” é intensamente criticada pelo Professor, o qual destaca esta como uma falha redacional do legislador constituinte, devendo ser corrigida pela doutrina, pois o legislador considerou possível a “quase concretização” do fato jurídico tributável,

ou seja, a tributação de um evento antes da sua concretização, haja vista a impossibilidade de se tributar uma operação que ocorre no exterior, fora do campo de competência dos Estados.

Segundo Salomão, em decorrência do princípio da territorialidade, pouco importa onde teve início a operação mercantil tributada pelo ICM, pois os Estados apenas poderão tributar fatos ocorridos dentro do seu território. Dessa maneira, este termo é mais um erro redacional do constituinte, o qual não gera qualquer efeito jurídico em relação ao ICM incidente sobre operações de circulação de mercadorias, tão pouco, quanto ao incidente sobre a importação.

Defendendo seu posicionamento, Salomão sustenta que não fere o *princípio da federação*, o fato do ICM incidir sobre a simples entrada de bem ou mercadoria do exterior (Imposto de Importação Estadual), pois ainda assim a União continua tendo autonomia em relação aos Estados, permanecendo responsável pelas relações internacionais e às referentes ao comércio exterior. Ressalta, ainda, que quem outorgou competência para os Estados Federados e o Distrito Federal para a instituição e um imposto de importação foi o mesmo constituinte que outorgou competência à União para tributar este mesmo evento (importações). Ou seja, ambas as outorgas são decorrentes da mesma fonte: o Poder Constituinte Originário.

Para este posicionamento, portanto, o ICM na importação é um tributo completamente desvinculado do ICM incidente em operações de circulação de mercadorias, não necessitando, para sua exigência, que ocorra a transferência de titularidade dos produtos (bens ou mercadorias) importados. A incidência deste tributo ocorreria pela simples entrada dos bens ou mercadorias do exterior.

### **3 O ICM NA IMPORTAÇÃO MEDIANTE ARRENDAMENTO MERCANTIL**

Muito se discute atualmente quanto à incidência do ICM nas operações de importação realizadas mediante arrendamento mercantil, o qual é comumente denominado, na prática do comércio exterior, de *leasing* internacional. Tal discussão se dá, justamente, por não restar pacífico, na doutrina e jurisprudência, se o ICM incide pela simples entrada do bem ou mercadoria importada do exterior, ou se esta entrada deve, necessariamente, ocorrer a *transferência de titularidade* dos produtos importados, conforme se verificou no tópico anterior.

Antes de se analisar esta incidência, contudo, importante entender, de maneira geral, como funciona o arrendamento mercantil (comumente denominado de *leasing*), em especial, compreendendo o conceito deste instituto para o Direito Empresarial, e sua utilização nas operações de importação.

Existe diferentes modalidades e tipos de arrendamento mercantil ou *leasing* utilizados na prática empresarial, contudo, no presente estudo, esta operação será abordada de maneira genérica, apenas com a finalidade de entendimento e compreensão de seu

conceito, para que se possa analisar a incidência do ICM na importação efetuada mediante este tipo de operação comercial.

A palavra *leasing* é originária do verbo inglês *to lease* que significa “arrendar”, “tomar em arrendamento”, tendo como palavra correlata a expressão *leasehold*, que se traduz como “posse por arrendamento”.<sup>82</sup> Ou seja, o *leasing* nada mais é do que a designação na língua inglesa (a mais utilizada no comércio exterior) para o instituto que no ordenamento brasileiro é conhecido como arrendamento mercantil.

Sobre o arrendamento mercantil ou o denominado *leasing*, traz-se os ensinamentos do professor Roberto de Oliveira Murta:

O contrato de *leasing* tem por objetivo o arrendamento de máquinas ou equipamentos, por tempo determinado, mediante renda estabelecida de modo fixo entre arrendador (*leaser*) e arrendatário (*leased* ou *leaseholder*) ou como porcentagem sobre os lucros auferidos por este. [...] Consiste numa operação realizada entre pessoas jurídicas – arrendador e arrendatário – cujo objeto seja a locação de bens adquiridos a terceiros, pelo arrendador, com a finalidade precípua de utilização dos mesmos pelo arrendatário, de acordo com as suas especificações.<sup>83</sup>

De maneira mais prática, cita-se o Professor Arnaldo Wald, o qual conceitua este instituto como:

[...] um contrato pelo qual uma empresa, desejando utilizar determinado equipamento, ou um certo imóvel, consegue que uma instituição financeira adquira o referido bem, alugando-o ao interessado por prazo certo, admitindo-se que, terminado o prazo locativo, o locatário possa optar entre a devolução do bem, a renovação da locação ou a compra pelo preço residual fixado no momento inicial do contrato.<sup>84</sup>

O arrendamento mercantil ou *leasing*, portanto, assemelha-se muito a um contrato de locação, haja vista que inexistente, a princípio, a venda e compra do bem arrendado. O arrendador (pessoa jurídica especializada neste tipo de operação) realiza a compra de determinado bem, com a finalidade precípua de disponibilizá-lo, ao arrendatário, mediante uma remuneração mensal e por um determinado período de tempo.

Segundo a definição de Maria Helena Diniz, assim tem-se o conceito de arrendamento mercantil ou *leasing*.

É um contrato pelo qual uma pessoa jurídica ou física, pretendendo utilizar determinado equipamento, comercial ou industrial, ou certo imóvel, consegue que uma instituição financeira o adquira, arrendando-o

ao interessado por tempo determinado, possibilitando-se ao arrendatário, findo tal prazo, optar entre a devolução do bem arrendado mediante um preço residual, previamente fixado no contrato, isto é, o que fica após a dedução das prestações até então pagas. Trata-se do financial leasing, norte americano e do creditbail dos franceses.<sup>85</sup>

Relevantes, ainda, os ensinamentos do professor Luiz Mélega:

Seguindo na esteira dos notáveis juristas atrás citados (Profs. Konder Comparato, Oviedo e B. Garcia Hilário), poderíamos definir o leasing, na sua forma por assim dizer ortodoxa, como um contrato bilateral comutativo celebrado entre pessoas (preferencialmente jurídicas), tendo por objeto o arrendamento de bens adquiridos a terceiros por uma delas, denominada arrendadora (empresa leasing), para fins de uso próprio da outra, denominada arrendatária, aquisição esta feita segundo as especificações desta última, a qual, ao fim do prazo contratual, tem as seguintes opções: a) ou devolver o bem à sociedade arrendadora, dele proprietária; b) ou adquiri-lo pelo seu valor residual; c) ou continuar na sua posse por tempo indeterminado, pagando o respectivo aluguel.<sup>86</sup>

O *leasing* ou arrendamento mercantil, como se vê, é um contrato típico, com previsão na Lei n.º. 6.099/74, no qual o arrendador (proprietário) transfere, temporariamente, apenas a posse imediata de um determinado bem ao arrendatário, mediante remuneração periódica, sendo que, ao final, o bem arrendado poderá: (i) retornar ao arrendador, proprietário do bem, (ii) ser adquirido (comprado) pelo arrendatário; ou ainda, (iii) continuar na posse do arrendatário, renovando-se o contrato de arrendamento mercantil ou *leasing*.

Pode-se observar, portanto, que no arrendamento mercantil incoorre a transferência de titularidade do bem arrendado, uma vez que, o arrendador transfere, temporariamente, tão somente a posse imediata de um bem ao arrendatário, sendo que, ao final do contrato, o bem poderá retornar para o arrendador.

A titularidade do bem arrendado, ou seja, a disponibilidade do bem, neste tipo de operação, permanece com o arrendador, ou seja, o arrendador permanece sendo o proprietário (dono) do bem objeto do arrendamento mercantil (*leasing*).

No que concerne ao arrendamento mercantil ou *leasing* realizado em operações internas do país, a doutrina e a jurisprudência já se consolidaram no sentido de que não há a incidência do ICM sobre operações de circulação de mercadorias, justamente porque nestas operações não ocorrem a transferência de titularidade do bem arrendado, o qual é fundamental para caracterização do critério material da hipótese tributária deste tributo.



Em artigo da lavra de Ataliba, no qual é analisada a não incidência do ICM nas operações realizadas mediante arrendamento mercantil (*leasing*), assim restou consignado pelo professor:

Circular significa, para o direito, mudar de titular. Se um bem ou uma mercadoria muda de titular, ocorre circulação para efeitos jurídicos. [...] Vê-se, portanto, que ‘circulação’, tal como constitucionalmente estabelecido (art. 155, I, ‘b’), há de ser jurídica, vale dizer, aquela na qual ocorre a efetiva transmissão dos direitos de disposição sobre mercadoria, de forma tal que o transmitido passe a ter poderes de disposição sobre a coisa (mercadoria).<sup>87</sup>

Nesse sentido, não se materializando a opção de compra do bem pelo arrendatário, não há se falar em incidência de ICM no arrendamento mercantil ou *leasing* realizado em operações internas, posto que não haverá a transferência do domínio do bem para o patrimônio do arrendatário (inocorre a transferência dos direitos de disponibilidade do bem arrendado para o arrendatário). Portanto, nestes tipo de operação não ocorre a circulação de mercadoria para fins de incidência do ICM.

Este posicionamento resta consolidado pela doutrina e jurisprudência, tanto que a própria Lei Complementar n.º. 87/96 prescreveu em seu artigo 3º, inciso VIII, que “o imposto não incide sobre: [...] VIII – operações de arrendamento mercantil, não compreendida a venda do bem ao arrendatário”. Veja-se que, a norma faz a ressalva aos casos em que o bem arrendado é adquirido pelo arrendatário, momento no qual ocorre, de fato, a transferência de titularidade do bem, ou seja, os direitos de disponibilidade do bem, sendo passível, portanto, de incidência do tributo.

Em que pese restar consolidado o entendimento da não incidência do ICM nas operações de arrendamento mercantil realizadas internamente no país, muito se discute quanto à incidência deste tributo nas operações externas realizadas mediante arrendamento mercantil, ou seja, quando são efetuadas importações mediante este tipo de operação.

Conforme se verificou do tópico anterior, a doutrina se divide em dois posicionamentos distintos quanto à incidência do ICM na importação, por conta de diferentes entendimentos quanto ao critério material da hipótese tributária deste tributo, os quais foram abordados no tópico antecedente (subtópicos 2.1 e 2.2).

Autores como Paulo de Barros Carvalho, Roque Antônio Carrazza, Gabriel Lacerda Troianelli, entre outros, sustentam que o critério material na importação está vinculado à necessidade de *transferência de titularidade* do bem ou mercadoria importada, devendo esta incidência respeitar a matriz constitucional de incidência do ICM

(operações de circulação de mercadorias). No entanto, destacou-se também o posicionamento do Professor Marcelo Viana Salomão, o qual sustenta que o ICM na importação, em verdade, seria um novo tributo, possuindo o binômio hipótese tributária/base de cálculo completamente desvinculado do tradicional ICM (incidente sobre operações de circulação de mercadorias), incidindo este tributo pela simples entrada do bem do exterior no país.

A partir daí, já pode se ter uma ideia de como se divide os mencionados doutrinadores, especificamente, em relação à incidência do ICM nas importações realizadas mediante arrendamento mercantil ou *leasing*.

Para o primeiro entendimento, apenas haverá a incidência do imposto quando se efetivar a opção de compra do bem pelo arrendatário, momento em se concretizaria a transferência da titularidade do bem arrendado. Não se concretizando a opção de compra na importação realizada mediante arrendamento mercantil, esta importação não estará sujeita à incidência do ICM.

De outro lado, para a segundo posicionamento, independentemente do tipo de operação realizada, sempre que se concretizar a simples importação do bem do exterior, esta operação estará sujeita à incidência do ICM (ou o denominado Imposto de Importação Estadual). Ou seja, ocorrendo a simples importação do bem ou mercadoria do exterior, haverá a incidência do ICM, independente desta importação ter sido efetuada mediante arrendamento mercantil ou *leasing*.

Por óbvio que os estados federados e o distrito federal aplicam o entendimento deste segundo entendimento. Nesse sentido, estes entes políticos efetuam a cobrança do tributo em toda e qualquer tipo de operação de importação, independentemente de ocorrer a transferência de titularidade do bem ou mercadoria importada.

A título de conhecimento, traz-se a Consulta n. 109, realizada em 1998, por contribuintes do Estado do Paraná, perante a Fazenda Pública, quanto a este tipo de incidência do ICM. Naquele momento, assim se posicionou o entendimento daquele estado-membro:

1. está correto seu entendimento de que não incide ICMS no contrato internacional de arrendamento mercantil – *leasing*?

[...]

Do exposto, responde-se negativamente as indagações da consulente em razão de que:

1. a caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua (art. 2º, § 2º, da LC nº 87/96; [...]).<sup>88</sup>

Dez anos após a referida consulta, verifica-se que o entendimento do Fisco Estadual do Paraná permanece inalterado, conforme pode se observar da Consulta nº. 21, realizada em 2008:

A matéria questionada refere-se à incidência do ICMS em operação de importação com contrato de arrendamento mercantil internacional e sob o regime de admissão temporária.

[...]

Portanto, respondendo ao questionamento da Consulente, tem-se que a importação por ela realizada está sujeita ao ICMS, devendo ser recolhido o imposto no momento do desembaraço aduaneiro [...].<sup>89</sup>

Diante deste posicionamento dos Estados Federados e do Distrito Federal, em efetuar a cobrança do tributo em todo e qualquer tipo de importação de bens e mercadorias, tem-se verificado uma batalha no Poder Judiciário, o qual ainda não se posicionou de maneira consolidada sobre o tema, conforme será abordada a sequência (tópico 4).

Não obstante, pedimos vênias para demonstrar o posicionamento pessoal adotado sobre o tema, após análise dos diferentes posicionamentos da doutrina quanto à esta matéria, realizada através do presente trabalho. Nesse aspecto, seguimos o entendimento dos Professores Paulo de Barros Carvalho, Roque Antônio Carrazza, Gabriel Lacerda Troianelli, exposto no tópico anterior (subtópico 3.1), segundo o qual, para que haja a incidência do ICM na importação, deve-se ocorrer a transferência de titularidade do bem ou mercadoria importada do exterior, pois esta incidência é vinculada ao critério material da hipótese tributária do ICM incidente sobre operações de circulação de mercadorias.

Para demonstrar de forma efetiva este posicionamento, deve-se realizar uma interpretação sistemática, e não apenas literal, do dispositivo constitucional que autoriza a instituição do ICM pelos estados federados e pelo distrito federal, a fim de melhor entender a sua incidência.

Importante restar consignado que em nenhum momento a Constituição Federal outorga, mesmo em sua redação original de 1988, competência para que os estados federados e o distrito federal instituíam imposto sobre a simples importação de bens ou mercadorias do exterior.

A constituição federal outorga competência *apenas* para os estados federados e o distrito federal instituírem impostos sobre os eventos descritos nos incisos I, II, e III, do seu artigo 155.<sup>90</sup> As disposições trazidas nos parágrafos deste artigo devem ser entendidas como complementos destes eventos, e ainda, como diretrizes e princípios norteadores da incidência destes tributos, mas não como sendo um novo tipo de incidência.

Dessa maneira, o § 2º, inciso IX, alínea *a* do artigo 155<sup>91</sup>, deve ser interpretado como um complemento ao inciso II, do mesmo artigo, mas não como uma outorga do legislador constituinte para instituição de impostos sobre a importação.

Importante mencionar que o § 2º, inciso IX, alínea *a* do artigo 155 foi trazido à Constituição Federal (conforme mencionado, através de uma grande pressão política

exercida pelos Estados) como forma de alargar, ou seja, aumentar, majorar a incidência do ICM, para que este tributo também alcance as operações de importação.

Em vista disto que o legislador constituinte trouxe a expressão: “§ 2º - O imposto previsto no inciso II [...] IX – incidirá também”. Ou seja, o termo “incidirá também” apenas demonstra o intuito do legislador constituinte em alargar a incidência do tributo, mas não de instituir um novo tributo, de competência dos Estados Federados e do Distrito Federal, incidente sobre a importação. Até porque, o legislador constituinte já havia outorgado à União Federal, diga-se, acertadamente, a competência para a instituição de imposto sobre estas operações (importação) – art. 153, inciso I, da Constituição Federal.<sup>92</sup>

Quanto à inclusão da incidência do tributo não apenas sobre mercadorias, mas sobre todo e qualquer tipo de bem, destaca-se que esta é mais uma demonstração da intenção do legislador constituinte em alargar a incidência do ICM, ainda que de forma restrita à operações de importação.

Outra demonstração da verdadeira intenção do legislador constituinte em aumentar a incidência do ICM para abranger as importações, também pode ser verificada pela expressão “ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”. Em que pese a discussão quanto à impossibilidade de se tributar um operação que não tenha ocorrido dentro do território do Estado, conforme muito bem fundamentado pelo Professor Marcelo Viana Salomão, esta expressão claramente demonstra a intenção de se alargar a tributação do ICM para seja alcançada as operações de importação.

Por fim, entendo que não se pode considerar que o ICM incide sobre toda e qualquer tipo de importação, independentemente da natureza da operação, pois esta é uma competência outorgada, exclusivamente, à União Federal, conforme dispõe o seu artigo 153, inciso I.

Não merece prosperar o entendimento de que esta incidência seria possível, pois decorrem do mesmo poder constituinte originário. Primeiro, porque, impossível admitir que um mesmo evento seja tributado por entes federativos distintos (União e Estados Federados/Distrito Federal). E, depois, se assim o quisesse o legislador constituinte, este teria previsto o evento importação no rol de impostos descritos nos incisos do artigo 155, da Constituição Federal.

Diante disso, acompanho o posicionamento dos professores Paulo de Barros Carvalho, Roque Antônio Carrazza, Gabriel Lacerda Troianelli, exposto no subtópico 2.1, entendendo que somente nos casos em que ocorra a transferência de titularidade do bem importado é que há exigência do ICM na importação, pois esta incidência deve estar vinculada ao critério material da hipótese tributária do tradicional ICM, a qual se dá apenas sobre *operações de circulação*.

Quanto às importações realizadas mediante arrendamento mercantil ou *leasing*, objeto do presente estudo, pode se dizer que penas haverá a incidência do imposto quando se efetivar a opção de compra do bem pelo arrendatário, momento em que se

concretizaria a transferência da titularidade do bem arrendado. Não se concretizando a opção de compra na importação realizada mediante arrendamento mercantil, esta importação não estará sujeita à incidência do ICM.

Corroborando este posicionamento, traz-se a doutrina do Professor Roque Antonio Carrazza sobre a incidência do ICM na importação mediante arrendamento mercantil:

Reiteramos (v. supra, subitem 2.7.2) que, apesar da EC 33/2001 “permitir” que o ICMS incida “sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja sua finalidade”, o arrendamento mercantil efetuado no exterior passa ao largo deste tributo, por não se encaixar em sua regra-matriz constitucional, originariamente traçada.<sup>93</sup>

Seguindo esse entendimento, o autor também destaca que a não tributação pelo ICM do arrendamento mercantil ocorrido internamente no país, mas somente operações externas, de importação mediante este tipo de operação, estar-se-ia infringindo o princípio da isonomia, consagrado pela Constituição Federal: “como se isto não bastasse, o próprio princípio da igualdade milita no sentido da não-incidência. De fato, seria anti-isonômico tributar apenas o arrendamento mercantil efetuado no exterior”.

Diante das fundamentações acima expostas, acompanhadas pelo forte entendimento dos doutrinadores mencionados anteriormente no subtópico 2.1, pode-se afirmar, que a incidência do ICM nas operações de importação mediante arrendamento mercantil apenas ocorre quando se efetivar a opção de compra do bem pelo arrendatário, momento em se concretizaria a transferência da titularidade do bem arrendado. Isto porque, o ICM incidente na importação deve estar vinculado à regra matriz de incidência fiscal deste tributo, a qual, no critério material da hipótese tributária, prevê a necessidade de transferência de titularidade do bem ou mercadoria.

#### 4 A INTERPRETAÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Como se verificou no tópico anterior, após a previsão constitucional da possibilidade da incidência do ICM nas importações, o que se deu através do alargamento hipotético tributária deste tributo, os estados federados e o distrito federal passaram a exigir o recolhimento do ICM sobre toda e qualquer importação, independentemente do tipo de operação em que esta operação ocorresse.

Diante disso, todas aquelas pessoas que importam bens ou mercadorias do exterior, independente de como esta importação se efetivasse, foram sujeitadas ao pagamento deste tributo, ainda que ausente o requisito de transferência de titularidade do produto importado, como ocorre no arrendamento mercantil ou *leasing*, acima descrito.

Esta cobrança, todavia, afronta diretamente a constituição federal, pois viola a regra matriz de incidência fiscal deste tributo, prevista na norma fundamental do ordenamento jurídico pátrio. Nesse aspecto, a matriz constitucional do ICM na importação exige, para a efetivação de sua incidência, que na operação (negócio jurídico) realizada ocorra a transferência de titularidade do bem ou mercadoria importados do exterior.

Tendo em vista esta flagrante inconstitucionalidade, bem como o fato dos estados federados e o distrito federal insistirem na cobrança do tributo em toda e qualquer operação de importação, independente de haver a transferência da titularidade dos produtos importados do exterior, a presente discussão foi levada à análise do poder judiciário.

Nesse aspecto, importante trazer à colação o julgamento da matéria realizada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário n.º. 206.069/SP, publicada em 1º de setembro de 2006, cuja discussão envolve a incidência do ICM sobre uma operação de importação realizada mediante arrendamento mercantil ou *leasing*.

A Ministra Ellen Gracie, Relatora do mencionado recurso, analisando esta matéria consignou que a importação, independente do tipo de operação realizada, está sujeita à incidência do tributo.

Assim constou do voto da Ministra Ellen Gracie:

A Constituição Federal elegeu o elemento fático “entrada de mercadoria importada” como caracterizador da circulação jurídica da mercadoria ou do bem, e dispensou indagações acerca dos contornos do negócio jurídico realizado no exterior.

Veja-se que, a par de incidir sobre “operações relativas à circulação de mercadorias”, fez o Constituinte de 1988 constar do Texto Constitucional a expressa ressalva da incidência sobre “a entrada” do bem importado.

Como se vê, restou consignado neste julgado, no entendimento da Ministra Relatora, que não é relevante o tipo de operação em que se efetiva a importação do bem ou mercadoria do exterior, devendo incidir o ICM sobre toda e qualquer tipo de importação, ainda que não ocorra a transferência de titularidade do produto importado.

Não obstante, de todo equivocada este entendimento, pois, conforme explanado anteriormente, este tributo só poderá incidir sobre operações de importação em que ocorram a transferência de titularidade do bem ou mercadoria importada do exterior, pois deve-se observar a matriz constitucional de incidência deste tributo.

Importante destacar, ainda, um equívoco no entendimento exarado pela relatora, pois esta considera como sendo o critério material do tributo a expressão “entrada de

bem ou mercadoria importada”, contudo, conforme já estudado, esta expressão se refere, de acordo com o entedimento de grande parte da doutrina, ao critério temporal da hipótese tributária do ICM sobre as operações de importação.

Vale ressaltar que, no julgado acima, os produtos importados passariam a compor, ao final do contrato, o patrimônio do importador, momento em que ocorreria a transferência de titularidade dos produtos importados. Contudo, esta não foi a razão fundamental que consubstanciou a decisão da ministra relatora. Ademais, importante que se diga, ainda nestes casos, apenas ocorrerá a incidência do tributo quando se concretizar a opção de compra do produto pelo importador do bem, não pela mera previsão contratual da destinação do produto.

Continuando a análise do entendimento dos Tribunais Superiores sobre este tema, importante mencionar um segundo julgado do Plenário do Supremo Tribunal Federal, qual seja, o Recurso Extraordinário n.º. 461.968/SP, publicado em 24 de agosto de 2007, de relatoria do Ministro Eros Grau, em que se analisava a incidência do ICM sobre a importação de uma aeronave, realizada mediante arrendamento mercantil ou *leasing*.

Assim, restou consignado no voto do Relator Ministro Eros Grau:

10. O imposto não é sobre a entrada de bem ou mercadoria importada, senão sobre essas entradas desde que elas sejam atinentes a operações relativas à circulação desses mesmos bens ou mercadorias.

11. Digo-o em outros termos: o inciso XI, alínea a, do § 2º do artigo 155 da Constituição do Brasil não instituiu um imposto sobre a entrada de bem ou mercadoria importadas do exterior por pessoa física ou jurídica.

12. O que faz é simplesmente estabelecer que, desde que atinente a operação relativa a sua circulação, a entrada de bem ou mercadoria importadas do exterior por pessoa física ou jurídica sofrerá a incidência do ICMS.

13. Daí porque o tributo não incide sobre a importação de aeronaves, equipamentos e peças mediante contrato de arrendamento mercantil (*leasing*) a que respeita o recurso extraordinário.

[...]

Nego provimento ao recurso extraordinário do Estado de São Paulo, para julgar indevida a incidência do ICMS sobre a importação de equipamentos em virtude de arrendamento mercantil contratado pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea nacionais, de aeronaves por ela construídas e julgo prejudicado o recurso extraordinário da TAM – Linhas Aéreas S.A.

Conforme pode se observar, já no entendimento do Ministro Eros Grau, somente será possível a incidência do tributo nas operações de importação em que ocorram

a transferência de titularidade do bem importado do exterior, não incidindo o ICM, portanto, nos casos de operações de importação realizadas mediante arrendamento mercantil ou *leasing*.

Quanto à dissonância de entendimentos deste julgado para o anterior, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, assim se manifestou o Ministro Eros Grau:

E nem se alegue que se aplica ao caso o precedente do RE nº. 206.069, Relatora a Ministra Ellen Gracie, no bojo do qual se verificava a circulação mercantil, pressuposto da incidência do ICMS. Nesse caso, aliás, acompanhei a relatora. Mas o precedente disse com a importação de equipamento destinado ao ativo fixo da empresa, situação na qual a opção do arrendatário pela compra do bem ao arrendador era mesmo necessária, como salientou a eminente relatora.

Pode-se observar, diante destes dois julgados sobre o tema, que o entendimento da Corte Suprema caminha no sentido de que o ICM apenas incidirá sobre operações de importação em que se efetive a transferência de titularidade do bem ou mercadoria importada, o que não se dá através do arrendamento mercantil ou *leasing*, salvo nos casos em que se concretiza a opção de compra pela arrendatário.

Corroborando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, importante trazer o posicionamento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, que também aplica a incidência do tributo sobre a importação apenas nos casos de transferência e titularidade do produto importado.

Dessa maneira, traz-se à baila as seguintes ementas de decisões o Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO – ARRENDAMENTO MERCANTIL – LEASING -  
DESCARACTERIZAÇÃO DO CONTRATO – ICMS – INCIDÊNCIA NA  
IMPORTAÇÃO DE BENS EM REGIME DE LEASING – PRECEDENTES.

[...]

4. Posição remansosa desta Corte, em vários precedentes, quanto à não-incidência de ICMS na importação de bem sob a modalidade de leasing.

5. Recurso especial improvido.<sup>94</sup>

IMPORTAÇÃO DE AERONAVE PELO REGIME DE LEASING. ICMS. NÃO  
INCIDÊNCIA. ALTERAÇÃO DO ART. 155, § 2º, “a” DA CF PELA EMC  
33/2001. MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO. PRECEDENTE DA  
PRIMEIRA SEÇÃO.

I - A jurisprudência desta Corte sedimentou-se no sentido de que não incide ICMS sobre a importação sob regime de leasing. Precedentes:

REsp nº. 341.423/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 18/02/2002, REsp nº.  
299.674/SP, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJ de 11/06/2001; REsp nº. 58.376/SP,



Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 08/05/95.[...]

III - Mesmo após a alteração que a EC 33/2001 promoveu no art. 155, § 2.º, “a”, da Constituição da República, tem-se que nos contratos de leasing, por não existir a circulação jurídica da mercadoria, não incide o ICMS. A propriedade do bem permanece com o arrendante, sendo que a mera circulação física da mercadoria não configura o fato gerador daquele tributo.

IV – [...] De qualquer forma, os bens assim importados não integrarão o ativo fixo do importador, não havendo que se falar em circulação de mercadoria.

V - Agravo regimental improvido.<sup>95</sup>

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO DE PEÇAS DE REPOSIÇÃO DE AVIÃO. ARRENDAMENTO MERCANTIL. NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS. PRECEDENTES.

‘A jurisprudência desta eg. Corte é iterativa, no sentido de que a importação de mercadorias mediante contrato de arrendamento mercantil (leasing) não caracteriza fato gerador do ICMS’ (AGA n. 343.438/MG, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 30.06.2003).

Na vigência do arrendamento, a titularidade do bem arrendado é do arrendante, admitida a sua transferência futura ao arrendatário. Não há, até o término do contrato, transmissão de domínio, razão pela qual se entende que não existiu circulação do bem para fins de cobrança do ICMS. Nesse diapasão, estabelece o artigo 3º, inciso VIII, da Lei Complementar n. 87/96 que o imposto não incide sobre operações de arrendamento mercantil, não compreendida a venda do bem arrendado ao arrendatário.

Recurso especial provido.<sup>96</sup>

No mesmo sentido são os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: REsp n. 239.331/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 02.06.2003; REsp n. 439.884/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 02.12.2002; REsp n. 299.674/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 11.06.2001; REsp n. 58.376/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 08.05.95, entre outros.

Diante do que foi exposto, pode-se concluir que o entendimento dos Tribunais Superiores que analisam diretamente esta matéria encontra-se em consonância com o disposto no presente trabalho, no sentido de que o ICM incidente sobre operações de importação deve respeitar a matriz constitucional deste tributo, a qual prevê a necessidade de transferência de titularidade dos bens ou mercadorias importadas. Não há, portanto, a incidência do tributo nos casos de importação realizada mediante arrendamento mercantil ou *leasing*, pois incorre, nestes casos, a transferência de titularidade dos produtos importados.

## CONCLUSÃO

Por meio do presente trabalho, pode-se verificar que para a exigência do ICM nas operações de importações é imprescindível que ocorra a transferência de titularidade do bem ou mercadoria importada. Nesse aspecto, a transferência de titularidade é compreendida como a modificação da pessoa que possui a disponibilidade sobre o mencionado bem ou mercadoria.

Tal exigência se faz necessária, pois a incidência do tributo neste tipo de operação (importação) permanece vinculado à regra matriz de incidência fiscal do ICM, mais precisamente ao critério material da hipótese tributária deste tributo, que é identificado como *operações de circulação de mercadorias*, as quais, no caso de operações de importação, referem-se não só a mercadorias, mas também a qualquer tipo de bem.

Conforme foi observado, grande maioria da doutrina possui este entendimento, todavia, destacou-se a existência de uma corrente doutrinária que defende a incidência do ICM sobre toda e qualquer tipo de entrada de mercadoria ou bem do exterior, independentemente do tipo de negócio jurídico em que se efetivou a importação. Para esta corrente, o ICM na importação seria um novo imposto de competência do estados federados e do distrito federal, preferencialmente denominado de Imposto de Importação Estadual.

Não obstante, o posicionamento adotado no presente estudo foi contrário a esta tese, defendendo a incidência do ICM somente naquelas importações em que se configura a transferência de titularidade do bem ou mercadoria importada do exterior, seguindo o entendimento de grande parte da doutrina.

Nesta fundamentação, destacou-se a ausência de outorga constitucional para os Estados Federados e pelo Distrito Federal instituírem um imposto de importação, sendo que o legislador constituinte pretendeu, tão somente, alargar a incidência do ICM, com a finalidade deste tributo abarcar também as operações de entrada de mercadorias do exterior (importação).

Dessa maneira, no que se refere especificamente às importações realizadas mediante arrendamento mercantil, demonstrou-se que, em regra, não ocorre a incidência do ICM, tendo em vista que se trata de operação onde não há transferência de titularidade do bem arrendado. A incidência do tributo, nesses casos, apenas ocorrerá quando se efetivar a opção de compra do bem pelo arrendatário, pois somente neste momento é que se concretiza a transferência da titularidade do bem importado mediante *leasing*.

Corroborando o entendimento exarado no presente estudo, a jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF e STJ) vem se consolidando quanto à não incidência do ICM nas operações de importações realizadas mediante arrendamento mercantil ou *leasing*, permitindo a cobrança deste tributo apenas nos casos em que se efetiva a opção de compra do bem pelo arrendatário. Isto porque, o ICM incidente na importação deve estar vinculado à regra matriz de incidência fiscal deste tributo, a qual, no

critério material da hipótese tributária, preve a necessidade de transferência de titularidade do bem ou mercadoria.

: ARTIGO APROVADO (24/06/2010) : RECEBIDO EM 30/03/2010

#### NOTAS

1 O presente estudo é resultado de trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de graduação em direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em direito, tendo como professora orientadora a Dra. Marlene Kempfer Bassoli.

2 BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. rev. São Paulo: EDIPRO, 2003. p. 23-24.

3 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UNB, 1999. p. 33.

4 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 247.

5 Ibidem, p. 244-245.

6 Idem. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 10.

7 ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 53.

8 Ibidem, p. 61-62.

9 ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 63.

10 CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 246-247.

11 Ibidem, p. 122-124.

12 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 253.

13 Idem. *Teoria da norma tributária*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 125.

14 Ibidem, p. 125-126.

15 ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 95.

16 CARVALHO, op. cit., p. 130.

17 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 257.

18 Idem. *Teoria da norma tributária*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 134.

19 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 260-261.

- 20 ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 85.
- 21 AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- 22 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 281.
- 23 Idem. *Teoria da norma tributária*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 163.
- 24 ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 55.
- 25 CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 165.
- 26 ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 77.
- 27 CARVALHO, op. cit., p. 165.
- 28 Idem. *Curso de direito tributário*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 327.
- 29 ATALIBA, op. cit., p. 97.
- 30 CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 177.
- 31 ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 101.
- 32 CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 34-35.
- 33 Ibidem.
- 34 SALOMÃO, Marcelo Viana. *ICMS na importação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 31.
- 35 AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 359.
- 36 MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao código tributário nacional*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 1. p. 520.
- 37 ATALIBA, Geraldo; GIARDINO, Cleber. Núcleo da definição constitucional do ICM. *Revista de Direito Tributário*. 7. ed. São Paulo, v. 25-26, 2004. p. 106.
- 38 ATALIBA, Geraldo; GIARDINO, Cleber. Núcleo da definição constitucional do ICM. *Revista de Direito Tributário*. 7. ed. São Paulo, v. 25-26, 2004. p. 104.
- 39 SALOMÃO, Marcelo Viana. *ICMS na importação*. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2001. p. 32.
- 40 CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 36.
- 41 Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: [...] II – transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição.
- 42 Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: I – transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos.
- 43 CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 41.
- 44 MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao código tributário nacional*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 1. p. 522.
- 45 BALEEIRO, Aliomar. ICM sobre a importação de bens de capital para uso do importador. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 250, abr./jun. 1975. p. 143.

- 46 MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1996. p. 18.
- 47 CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 41.
- 48 SALOMÃO, Marcelo Viana. *ICMS na importação*. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2001. p. 39.
- 49 MACHADO, Hugo de Brito. *Aspectos fundamentais do ICMS*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 1997. p. 56.
- 50 SALOMÃO, op. cit., p. 39.
- 51 MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1996. p. 19.
- 52 SALOMÃO, Marcelo Viana. *ICMS na importação*. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2001. p. 40.
- 53 MACHADO, Hugo de Brito. *Aspectos fundamentais do ICMS*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 1997. p. 57.
- 54 MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1996. p. 104.
- 55 CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 37.
- 56 *Ibidem*, p. 71.
- 57 MACHADO, Hugo de Brito. *Aspectos fundamentais do ICMS*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 1997. p. 68.
- 58 MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1996. p. 125.
- 59 Art. 155 [...] § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: V – é facultado ao Senado Federal: a) estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, mediante resolução de iniciativa de um terço e aprovada pela maioria absoluta de seus membros; b) fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros.
- 60 CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 72-73.
- 61 Art. 155 [...] § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: III – poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços.
- 62 CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 59.
- 63 MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 1. p. 261.
- 64 MACHADO, Hugo de Brito. *Aspectos fundamentais do ICMS*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 1997. p. 57.
- 65 SALOMÃO, Marcelo Viana. *ICMS na importação*. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2001. p. 73.
- 66 Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: [...] IX – do desembaraço aduaneiro de mercadorias ou bens importados do exterior; (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002).
- 67 MACHADO, Hugo de Brito. *Aspectos fundamentais do ICMS*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 1997. p. 52.
- 68 MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1996. p. 42.
- 69 CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 57.
- 70 MACHADO, op. cit., p. 57.

## 628: O ICM NA IMPORTAÇÃO MEDIANTE ARRENDAMENTO MERCANTIL

71 MELO, José Eduardo Soares de. *A importação no direito tributário: impostos, taxas, contribuições*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 121.

72 Ibidem, p. 125.

73 CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 58.

74 MACHADO, Hugo de Brito. *Aspectos fundamentais do ICMS*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 1997. p. 71.

75 SALOMÃO, Marcelo Viana. *ICMS na importação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 58.

76 CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 58.

77 Ibidem, p. 57.

78 CARVALHO, Paulo de Barros. Parecer sobre ICMS: importação e as modificações legislativas perpetradas pela Emenda Constitucional n. 33/01. São Paulo. Trabalho não publicado. p. 11.

79 LEÃO, Cristiano Maciel Carneiro. *A emenda constitucional 33/01 e o "novo" ICMS: importação*. 2007. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 136.

80 TROIANELLI, Gabriel Lacerda. A emenda constitucional 33/01 e o ICMS incidente sobre a importação de bens. ICMS e a EC 33. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. *O ICMS e a EC 33*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 91.

81 SALOMÃO, Marcelo Viana. *ICMS na importação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

82 MÉLEGA, Luiz. *O leasing e o sistema tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 1.

83 MURTA, Roberto de Oliveira. *Contratos em comércio exterior*. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 1998. p. 79.

84 WALD, Arnold. A introdução do leasing no Brasil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 415/10. [s.d.]. p. 12.

85 DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*: vol. II. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 69.

86 MÉLEGA, Luiz. *O leasing e o sistema tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 5-6.

87 ATALIBA, Geraldo. ICMS: incorporação ao ativo: empresa que loca, oferece em 'leasing' seus produtos: descabimento do ICMS. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, v. 52, abr./jun. 1990. p. 74.

88 BRASIL. Secretaria de Estado da Fazenda. ICMS. Incidência. Importação. Leasing: contrato internacional de arrendamento mercantil. Consulta n. 109, de 14 de setembro de 1998. Ultra-Scan Centro de Procedimentos Ecográficos Ltda. Relator: Antonio Spolador Junior.

89 BRASIL. Secretaria de Estado da Fazenda. ICMS. Importação de equipamento. Arrendamento mercantil e admissão temporária. Incidência. Consulta n. 21, de 14 de fevereiro de 2008. PFT – Paranguá Terminais de Produtos Florestais Ltda. Relatora: Elizete Crispim Carvalho Dias.

90 Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: I – transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos; II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; III – propriedade de veículos automotores.

91 Art. 155 [...] § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: [...] IX – incidirá também: a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço.

- 92 Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: I – importação de produtos estrangeiros.
- 93 CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 120.
- 94 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial improvido n. 692.945/SP. Relatora: Ministra Eliana Calmon. DJ, 11 set. 2006.
- 95 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental improvido n. 851386/MG. Relator: Ministro Francisco Galvão. DJ, 01 fev. 2007.
- 96 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 542.379/SP. Relator: Ministro Franciulli Netto. DJ, 13 out. 2003.

*Rafael Brum Silva*

Av. Voluntários da Pátria, n. 364  
Bairro Andrade – 86061-120  
Londrina – PR – Brasil  
[rafbrum@hotmail.com](mailto:rafbrum@hotmail.com)

ADVOGADO  
GRADUADO EM DIREITO PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE  
CATÓLICA DO PARANÁ (PUC/PR)





## DIREITO E ESTÉTICA: NOTA CRÍTICA

Luis Satie

LAW AND AESTHETICS: CRITICAL NOTE

### RESUMO

TRATA-SE DE REFLEXÃO NA ÁREA DE TEORIA E FILOSOFIA DO DIREITO, CUJO OBJETIVO É DISCUTIR AS CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE DE APROXIMAÇÃO ENTRE A FORMA ARTÍSTICA E A FORMA JURÍDICA. O TEXTO INVESTIGA, DIALECTICAMENTE, AS IMPLICAÇÕES PARA A FILOSOFIA JURÍDICA DA IMPOSSIBILIDADE DESSA APROXIMAÇÃO, BEM COMO OS PROBLEMAS CONTIDOS NUMA APROXIMAÇÃO CONSERVADORA. DISSO RESULTA QUE: 1) SERIA UMA PERDA PARA A RAZÃO E, PORTANTO, PARA A FILOSOFIA JURÍDICA, A NÃO COMUNICABILIDADE ENTRE ARTE E DIREITO; 2) A RELAÇÃO ENTRE NORMA JURÍDICA E NORMA ESTÉTICA DEVE SER PAUTADA PELA CRÍTICA, NO COMPASSO DA APREENSÃO FILOSÓFICA DA ARTE CONTEMPORÂNEA, ESPECIALMENTE NOS TERMOS DO PENSAMENTO DE ADORNO. CONCLUI-SE PELA SUPERACÃO DA DICOTOMIA ENTRE POSSIBILIDADE E IMPOSSIBILIDADE, ABRINDO-SE A IDEIA DE CONSTELAÇÃO METODOLÓGICA DOS CAMPOS CATEGORIAIS DO DIREITO E DA ESTÉTICA EM SUAS FORMAS ATUAIS, PREPARANDO O CAMINHO PARA A COMPREENSÃO DA FORMA JURÍDICA COMO UMA FORMA TRÁGICA.

### PALAVRAS-CHAVE

FILOSOFIA DO DIREITO; FORMA ARTÍSTICA; FORMA JURÍDICA; TEORIA CRÍTICA; ADORNO.

### ABSTRACT

IT IS THOUGHT IN THE THEORY AND PHILOSOPHY OF LAW, AIMED AT DISCUSSING THE CONDITIONS OF POSSIBILITY OF RAPPROCHEMENT BETWEEN THE ART FORM AND LEGAL FORM. THE TEXT INVESTIGATES, DIALECTICALLY, THE IMPLICATIONS FOR THE LEGAL PHILOSOPHY OF THE IMPOSSIBILITY OF SUCH APPROXIMATION, AND THE PROBLEMS IN A CONSERVATIVE APPROXIMATION. IT FOLLOWS THAT: 1) WOULD BE A LOSS FOR A REASON AND THEREFORE TO LEGAL PHILOSOPHY, NOT TO COMMUNICATE BETWEEN ART AND LAW; 2) THE RELATIONSHIP BETWEEN LEGAL AND AESTHETIC STANDARDS SHOULD BE GUIDED BY THE CRITICAL, ESPECIALLY IN TERMS OF ADORNO'S THOUGHT. IT IS BY OVERCOMING THE DICHOTOMY BETWEEN POSSIBILITY AND IMPOSSIBILITY, OPENING ON THE IDEA OF CONSTELLATION OF METHODOLOGICAL CATEGORICAL FIELDS OF LAW AND AESTHETICS IN THEIR CURRENT FORMS, PAVING THE WAY FOR UNDERSTANDING THE LEGAL FORM AS A TRAGIC WAY.

### KEYWORDS

PHILOSOPHY OF LAW; ART FORM; THE LEGAL FORM; CRITICAL THEORY; ADORNO.

## INTRODUÇÃO

Dada a distância de significados existente entre estética e direito, não seria uma aporia perguntarmos sobre as condições de possibilidade de uma aproximação entre esses dois domínios? Da mesma forma, não seria uma aporia não haver uma relação entre eles, no sentido em que têm em comum o fato de serem atividades humanas racionais? Por que não se comunicariam duas regiões diferenciadas da razão? Essa

aproximação, ao que parece, conduz-nos a uma aporia ao mesmo tempo positiva e negativa, inserindo-nos numa problemática filosófica radical. Radical, na medida em que envolve a questão sobre a legitimidade do diálogo entre dois campos específicos da razão, bem como da jurisdição de um e outro; e também por aproximar uma ciência tradicionalmente dogmática a uma outra que é perigosa para os nossos discursos. A resposta a essa problemática, no entanto, poderá mostrar o conteúdo de verdade da arte mais do que seu caráter perigoso e, ao mesmo tempo, a possibilidade de uma abordagem não dogmática do direito, uma vez que, separados pelo adjetivo (estético, jurídico), arte e direito encontram-se pelo substantivo (a ideia de forma).

Conduziremos essa discussão explorando, num primeiro momento, a impossibilidade da aproximação e, em um segundo momento, a impossibilidade da não aproximação entre a estética e o direito; em seguida, analisaremos a causa da contradição de uma impossibilidade ao mesmo tempo positiva e negativa; finalmente, mostraremos em que medida os problemas da forma jurídica são os mesmos da forma artística. Ora, se arte e direito partilham a mesma problemática, seremos levados a deduzir que partilham, de certo modo, as mesmas categorias; só então estaremos em condições de inferir a possibilidade de uma estética jurídica, que, em razão da natureza necessariamente aporética da conjunção de arte e direito, não será formulada por meio de uma síntese. Com efeito, as categorias estéticas não salvam o discurso jurídico, mas o colocam numa crise insolúvel.

## 1 IMPOSSIBILIDADE DA APROXIMAÇÃO ENTRE ESTÉTICA E DIREITO

Enquanto a estética é um saber que tem como objeto de estudo as formas artísticas, o direito se ocupa das normas as quais regulam a convivência entre os homens. As formas da arte são produtos da imaginação solitária; as do direito são criadas para resolver problemas concretos de uma comunidade: *ubis societas, ibis jus*. De um lado, a subjetividade sem freios, a liberdade absoluta; do outro, o *ferro* objetivo do dever sempre a limitar nossa liberdade em respeito à liberdade do outro, para que uma sociedade seja possível. Esse modo de conceber a delimitação dos saberes estético e jurídico pode nos conduzir a uma dupla aproximação, conforme estabeleçamos o momento forte no pólo subjetivo ou objetivo da relação. Se privilegiássemos o ponto de vista estético, de acordo com a noção exposta acima, a aproximação entre estética e direito adquiriria um caráter esteticista; se acentuássemos o ponto de vista jurídico, seríamos levados a estabelecer uma aproximação jurídicista dos termos da relação.

### 1.1 O RISCO DO ESTETICISMO

A partir do referencial estético, ou seja, do referencial em que a subjetividade aparecerá como momento forte, o direito se tornaria objeto de um esvaziamento de conteúdo. Com efeito, desvinculado do mundo das relações humanas, o direito seria

reduzido a um conjunto de elementos formais situados seja nos discursos, seja nos objetos, seja nos procedimentos. O estudo dos discursos sob essa ótica nos remeteria à apreciação do belo presente na linguagem jurídica, a fim de que propuséssemos regras úteis para um bom emprego das fórmulas e dispositivos legais, bem como para um bom uso das técnicas de argumentação. O estudo dos objetos nos ofereceria a oportunidade de apreciar a moda, o mobiliário e a arquitetura jurídica, a fim de que nos regalássemos com a tradição. O estudo estético dos procedimentos nos permitiria vislumbrar a beleza do encadeamento lógico de atos necessários para produzir o bom funcionamento da jurisdição. Teríamos, portanto, uma retórica, uma semiótica e uma processualística, esvaziadas de objetividade, atingindo, em consequência, apenas superficialmente o fenômeno jurídico.

### 1.2 O RISCO DO JURIDICISMO

Se elegêssemos o jurídico como referencial, a estética, por sua vez, apareceria como fenômeno secundário dentro da relação, com a função estrita de identificar o que seria ou não uma obra de arte, a fim de que o direito pudesse regular o seu uso, no que concerne à sua comercialização, e proteger os direitos autorais. Desse ponto de vista, o objeto arte só teria importância para o direito enquanto objeto de valor, ou, se quiséssemos, enquanto mercadoria, propriedade privada ou estatal. Os direitos do autor, em verdade, seriam apenas consequência do valor de troca das obras. Em suma, se, do ponto de vista esteticista, a objetividade do direito apareceria reduzida a uma subjetividade formal, do ponto de vista juricista, a subjetividade estética seria reduzida a uma objetividade medíocre. Assim, sob o olhar juricista, a reflexão sobre a arte se apresentaria como uma espécie de diversão ou passatempo intelectual para os juristas, encantados – talvez com a magia da arte.

Ora, se, ao acentuarmos um dos termos da relação, empobrecemos o outro, esvaziando-o de sentido, deveríamos optar pelo bom senso e postular a preservação da autonomia de um e outro. Se não há modo de existência possível para o direito no esteticismo nem para a estética no juricismo, somos levados a concluir pela impossibilidade da aproximação entre estética e direito.

## 2 IMPOSSIBILIDADE DA NÃO APROXIMAÇÃO ENTRE ESTÉTICA E DIREITO

Façamos uma pequena incursão etimológica. O vocábulo *estética* originado do grego *aesthesis*, sensação, sentimento, remete-nos, de imediato, ao mundo sensível. Com efeito, enquanto adjetivo, *estética* qualifica uma emoção, originada da apreciação de um objeto possuidor de determinadas características capazes de provocar um sentimento de prazer; enquanto substantivo, é um saber que se ocupa do julgamento de apreciação do que seja belo ou feio, ou melhor, do que seja apto a afetar o sujeito por uma sensação de prazer ou de desprazer. Se, no século XVIII, a Estética adquiriu um

estatuto filosófico com Baumgarten (1988), não foi por desvincular-se do domínio da sensibilidade, mas por constituir uma *logica facultatis cognoscitivae inferioris*.

O vocábulo *direito*, do grego *ordos*, reto, verdadeiro, situa-nos imediatamente no domínio da razão. *Razão*, por sua vez, do grego *logos*, é associado geralmente a cálculo, relação, raciocínio; no latim, *ratio* é originado provavelmente do participio *ratus* (do verbo *reor*: crer, pensar). O Direito é racional, independentemente do sentido em que o vocábulo *razão* seja utilizado na filosofia jurídica: como *faculdade* de raciocínio discursivo, de distinção entre o bem e o mal, de conhecimento da natureza das coisas, de princípios *a priori*, de intuição imediata da essência e do universal, ou como *objeto de conhecimento*, caso em que os jusfilósofos se dedicam aos estudos de lógica formal aplicada ao raciocínio jurídico. Conforme a etimologia, portanto, a distância que separa a Estética do Direito é a mesma que separa o mundo sensível do mundo inteligível.

Mas não seria precipitado concluirmos a discussão desse modo? É possível que as atividades diferenciadas do espírito não se comuniquem entre si de modo consequente? Enquanto saber voltado para a apreciação do belo, a estética também utiliza necessariamente as faculdades racionais, e seria no mínimo temível afirmar que os artistas não as utilizam no processo de criação de suas obras. Mas que tipo de racionalidade é esta que, conforme a repartição semântica acima, não teria condições de apresentar-se digna de uma interação consequente com a racionalidade jurídica? Ora, se o espírito que se manifesta nas obras de arte é o mesmo que se manifesta nas obras jurídicas, o que impediria essa interação de racionalidades? Três respostas possíveis: 1) a racionalidade estética não possui nenhum conteúdo de verdade; 2) seu conteúdo de verdade é uma confirmação da racionalidade jurídica; ou 3) seu conteúdo de verdade se constitui como uma ameaça à racionalidade jurídica.

## 2.1 A RATIO ESTÉTICA NÃO TEM CONTEÚDO DE VERDADE

A ausência quase completa de reflexões sobre a arte nas obras jurídicas, especialmente as de cunho positivista, atesta implicitamente a rejeição da estética enquanto interlocutora do diálogo jusfilosófico. A lista seria enorme; entretanto, citemos o autor mais expressivo da Escola Analítica do Direito, Hans Kelsen (1988). Com efeito, sua *Teoria Pura do Direito* procura responder o que é e como é o direito, e não como ele deve ser ou é feito. Para isso, torna-se necessário liberá-lo de elementos estranhos, como o jusnaturalismo, a psicologia, a sociologia, a ética e a teoria política. A estética sequer aparece citada entre os elementos estranhos.

Mas a exclusão da estética do território da filosofia jurídica também pode se apresentar de modo explícito. É o que podemos deduzir do artigo de Rainer Rochlitz (1996) a propósito do estabelecimento de uma criteriolgia do justo e do belo. Segundo o autor, a exigência de justiça surge a partir dos conflitos da vida cotidiana nas sociedades modernas; a arte, ao contrário, por ser produzida na esfera individual, privada, não participa da intersubjetividade e, por isso, não é uma exigência moderna:

*Cette extraterritorialité de l'art explique que le critère de sa validité ne se ramène pas à un paramètre tranchant du type du vrai ou du juste, mais à une pluralité de considérations qui complètent la simple condition minimale d'une autonomie formelle par rapport aux exigences intersubjectives de la vie quotidienne. (p. 40)*

Em suma, as regras do justo e do belo não se comunicam, devendo manter-se autônomas.

## 2.2 A *RATIO* ESTÉTICA COMO CONFIRMAÇÃO DA *RATIO* JURÍDICA

É possível que o jurista busque na arte o ideal da perfeição, da harmonia, da simetria, da consonância, da intuição. Inspirados em Aristóteles, os romanos definiam a *ars legis* como: *phrônesis* – saber por experiência direta, vivida, sabedoria prática –; *téchne* – conhecimento de natureza instrumental –; e *nous* – faculdade de intuição intelectual. Celso definia o Direito como *ars boni et aequi*; Ulpiano estabelecia a exigência de simetria na elaboração das leis e dos códigos e Gaius criticava a ausência de elegância do direito e do jurista. O jusfilósofo alemão Ihering concebia a arte jurídica como uma arte de construção, de modo que ela se confundia com uma teoria do processo. Com efeito, a construção jurídica deveria obedecer à lei da beleza jurídica, ao estilo jurisprudencial e ao golpe de vista jurídico – este definido como a rapidez, a facilidade e a certeza do julgamento, tornado possível graças ao uso da intuição. Em verdade, a arte e o direito clássicos estabeleceram relações de cumplicidade, como bem demonstra um artigo de Hermann Kantorowicz (1984) ao apontar a influência do direito nas teorias estéticas da Renascença, indicando, portanto, como a *ratio* jurídica pode ser também uma confirmação da *ratio* estética. Como nota Valentin Petev (1996), valorizando o momento hermenêutico do discurso estético:

*Il n'est pas à redouter [...] que l'approche esthétique du droit conduise à une réduction des exigences de consistance et de cohérence dans l'interprétation et l'argumentation juridique. Le moment esthétique ne peut donc qu'enrichir le droit. (p. 36)*

## 2.3 A *RATIO* ESTÉTICA COMO AMEAÇA À *RATIO* JURÍDICA

A estética tem, pelo menos, quatro pontos em comum com o direito no que se refere aos elementos presentes no processo de composição de seu objeto, a saber, forma, conteúdo, técnica e razão. De fato, a obra de arte é constituída de forma e conteúdo, articulados racionalmente através de uma técnica. Se tivermos em conta o movimento desse objeto no tempo histórico, observaremos dois momentos, particularmente importantes para nosso debate, da articulação de seus elementos: 1) o momento clássico e 2) o momento moderno. Enquanto no primeiro o ideal de harmonia, transparência e simetria torna possível a conjunção de arte e direito no

segundo esse ideal é subvertido, e o modo de composição da arte se torna incompatível com o modo de composição jurídica. Se as categorias da estética clássica têm afinidade com as categorias jurídicas, as categorias da estética moderna rompem com elas, inserindo-nos na lógica complexa da arte. Isso significa que a racionalidade estética não só é mais rica que a racionalidade jurídica, mas que a supera em termos de conteúdo de verdade. Dito mais claramente: o conteúdo de verdade da arte moderna nega concretamente o conteúdo de verdade do direito.

Diante dessa evidência, como seria possível não dispormos nossa capacidade de reflexão filosófica para conduzir a aproximação problemática entre a *ratio* estética e a *ratio* jurídica? Só uma postura extremamente dogmática não aceitaria correr o risco de compreender o modo como a *ratio* artística articula técnica, conteúdo e forma. Negligenciar essa aproximação é, sem dúvida, impedir a autocompreensão do espírito. Assumir tal risco significa tomar consciência de que essa aproximação é necessariamente crítica, ou – por que não dizer? – moderna. Assim, impõe-se a impossibilidade da não aproximação.

### 3 A APROXIMAÇÃO CRÍTICA ENTRE ESTÉTICA E DIREITO

Então, como explicarmos a razão desta dupla impossibilidade – da aproximação e da não aproximação entre estética e direito? Em verdade, a primeira impossibilidade funda-se numa falsa antinomia, incapaz de captar a riqueza conceitual da estética e do direito. A diferença entre eles não reside na oposição entre subjetividade e objetividade, mas na capacidade de cada um de expressar a complexidade interna de seu objeto. Compreendemos por objeto da estética as formas artísticas, e por objeto do direito as formas jurídicas; e, por forma, a conjunção de espírito e natureza no tempo histórico. Nesse sentido, toda forma existente é constituída de subjetividade e objetividade. A questão é: se o espírito que se manifesta na forma artística é o mesmo que se manifesta na forma jurídica, onde reside a diferença a qual faz que o espírito encarnado na primeira seja mais rico e expressivo do que o espírito encarnado na segunda? Como é possível haver uma diferença entre racionalidades? Ora, só podemos afirmar de modo abstrato a identidade entre o espírito que se objetiva na arte e o que se objetiva no direito. Uma vez que esse processo de objetivação é condicionado pelas contingências do mundo sensível, estabelecer que toda forma é a conjunção de espírito e natureza não significa aceitar que o espírito o qual se naturaliza seja idêntico à natureza que se objetiva: a natureza faz a grande diferença; não a natureza morta, mas a natureza histórica, com todos os seus componentes bio-psico-sócio-econômicos e políticos. Fica que a diferença entre a *ratio* estética e a *ratio* jurídica está na imersão daquela numa relação de alteridade com a natureza e no autorrecolhimento da segunda no plano da infinitude abstrata, ao abrigo das contingências. Assim, a razão jurídica se coloca como uma razão sem corpo, ou, se

quisermos, como uma razão narcísica, na medida em que transforma o corpo em espelho-objeto de si mesma; a razão estética é trágica, por interagir com o corpo em seu estatuto de sujeito-objeto. Como o tempo da arte é sempre o mais atual possível, o corpo que com ela interage define-se como o sujeito que sofre e se expressa para exigir o fim de sua dor.

Se a primeira impossibilidade repousa numa falsa antinomia, a impossibilidade da não aproximação entre estética e direito representa o anúncio da possibilidade, ou melhor, um convite à imanência. Por isso, a possibilidade é anunciada através de uma fórmula negativa indeterminada, baseada tão-somente na sinalização exterior das características do objeto. Aceitar esse convite implica munir-se do instrumental metodológico necessário para que a forma, estética ou jurídica, seja compreendida a partir de dentro. Desse modo, estaremos em condições de efetuar uma formulação crítica da possibilidade de aproximação entre estética e direito. Não uma crítica abstrata, estrangeira ao objeto, mas imanente, concreta.

A segunda impossibilidade nos insere, conseqüentemente, numa problemática metodológica, a saber:

- 1) Como evitamos a exterioridade ao objeto, uma vez que a escolha metodológica parte necessariamente do plano discursivo?
- 2) Se o direito e seu objeto, as formas jurídicas, estão inseridos completamente na lógica do discurso, a estética e seu objeto, as formas artísticas, estão em permanente tensão para com aquela.
- 3) Essa tensão é a mesma existente entre a estética e a obra de arte: enquanto aquela só pode se efetivar através das regras do discurso, esta é essencialmente não discursiva, ou seja, o seu conteúdo de verdade é informulável por meio da lógica do discurso ordinário.

Diante dessa problemática, podemos proceder da seguinte maneira:

- 1) Devido a seu forte grau de imanência e, portanto, de complexidade, irredutível à lógica formal ou transcendental, a arte põe-se como o centro da emanção categórica necessária para orientar a estética enquanto discurso crítico voltado especialmente para a compreensão da forma jurídica: é esse movimento categorial complexo existente no interior da forma artística e dirigido, através da estética, para o interior da forma jurídica que denominamos *Estética jurídica*.
- 2) Para que esse movimento seja exposto em toda a sua riqueza, utilizaremos a ideia de *constelação metodológica* (ADORNO, 2001, p.160-164), que consiste em dispor em torno do objeto um complexo de categorias, configuradas a partir de campos de força, de maneira que, interagindo em torno do objeto,

esses campos não poderão estabelecer entre si nenhuma relação de subordinação, sob pena de perderem a sincronia com o objeto. Assim, em torno da arte, podemos esboçar uma constelação subjetiva, uma constelação objetiva e uma constelação negativa que mantenham entre si o mesmo tipo de relação definida para os campos de força, de sorte que nenhum ponto de vista tenha o privilégio da vista absoluta. Nesse sentido, cada constelação guarda um potencial crítico em relação às outras. Com efeito, podemos vislumbrar a possibilidade de o momento negativo, ou seja, o momento da não identidade entre sujeito e objeto, ser objeto de crítica dos momentos subjetivo e objetivo, e assim reciprocamente: essa interação crítica das constelações constituirá o momento diferencial. Dito de outra maneira: a ideia de constelação metodológica permitirá que uma estética jurídica seja esboçada como um saber problemático. Ou, se quisermos, a dificuldade metodológica de exposição de uma realidade não discursiva, como a obra de arte, não será resolvida pela estética jurídica, mas assumida como constitutiva da complexidade da forma em geral. Nesse aspecto, a forma artística não salva a forma jurídica, mas a absorve em sua própria problemática.

- 3) Para a configuração das constelações são úteis as contribuições de Kant, Hegel e Adorno, presentes em suas estéticas. O primeiro, por ser o autor responsável pela fundação da subjetividade moderna; o segundo, por expor a lógica de objetivação desta última na história; e o terceiro por chamar a atenção para a relação de não identidade existente entre espírito subjetivo e espírito objetivo.
- 4) Para facilitar a lógica da exposição da estética jurídica, a abordagem pode se dividir em três momentos, um negativo, um positivo e um diferencial; a estética jurídica negativa se ocupa da exposição do objeto; a estética jurídica positiva ou prática compreende uma estética da produção do conteúdo utópico imanente – desvelado no momento da exposição – e uma estética da recepção intersubjetiva desse conteúdo; por fim, a estética jurídica diferencial se constitui como resultado da interação crítica entre os momentos anteriores.

## CONCLUSÃO

A filosofia jurídica já experimentou diversos modelos das ciências, da mecânica à cibernética, afirmadores do direito como código da violência pública organizada, a serviço da manutenção a qualquer custo do sistema político-econômico vigente e do *status quo* de seu aparelho administrativo. No entanto, a considerar os avanços históricos da forma do direito, essa filosofia envelheceu, a ponto de se tornar incapaz de



compreender que a expressão normativa da liberdade e da vida impede que as ideias de harmonia e coerência continuem a definir o direito contemporâneo, sem denunciar-se escandalosamente como falácia neopositivista. A estética reivindica seus direitos, antes da barbárie.

: ARTIGO APROVADO (30/06/2010) : RECEBIDO EM 15/05/2009

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADORNO, Theodor W. *Dialectique négative*. Paris: Payot, 1992.
- BAUMGARTEN, Alexander Gottlieb. *Esthétique*. Paris: L'Herne, 1988.
- KANTOROWICZ, Ernst H. La souveraineté de l'artiste: note sur quelques maximes juridiques et les théories de l'art à la Renaissance. In: KANTOROWICZ, Ernst H. *Mourir pour la patrie*. Paris: Puf, 1984.
- KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit*. Boudry; Neuchâtel: Éditions de la Baconnière, 1988.
- PETEV, Valentin. Connaissance en droit et en esthétique. *Archives de philosophie du droit*, Paris, n. 40, 1996.
- ROCHLITZ, Rainer. Critériologie du juste et du beau. *Archives de philosophie du droit*. Paris, n. 40, 1996.
- \_\_\_\_\_. *L'art au banc d'essai*. Paris: Gallimard, 1998.

#### Luis Satie

SQSW, 103, K, apto. 202  
Sudoeste - 70670-311  
Brasília - DF - Brasil  
[luisatie@yahoo.com.br](mailto:luisatie@yahoo.com.br)

DOUTOR EM FILOSOFIA E CIÊNCIAS SOCIAIS PELA ÉCOLE  
DES HAUTES ÉTUDES EN SCIENCES SOCIALES (FRANÇA)  
MESTRE EM TEORIA E FILOSOFIA DO DIREITO PELA  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA (UFSC)  
PROFESSOR DO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM EDUCAÇÃO  
FISCAL DA ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA (ESAF)



## INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS RISCOS DE DESENVOLVIMENTO NO DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO: VISÕES JURÍDICAS NACIONAL E INTERNACIONAL

*Nelise Dias Vieira*

CONSTITUTIONAL INTERPRETATION OF THE DEVELOPMENT RISKS IN THE BRAZILIAN CONSUMER'S LAW: NATIONAL AND INTERNATIONAL LEGAL VIEWS

### RESENHA

CALIXTO, MARCELO JUNQUEIRA. *A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR DE PRODUTOS PELOS RISCOS DE DESENVOLVIMENTO*. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2004.

O livro *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos de desenvolvimento* tem por base a dissertação de mestrado do professor Marcelo Junqueira Calixto apresentada em 2003. Doutor em Direito pela UERJ, o autor leciona na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Em sua obra, ele realiza uma análise profunda da responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos de desenvolvimento e proporciona uma perspectiva geral sobre o tema, pontuando detalhadamente as questões que envolvem a problemática na doutrina brasileira.

A obra encontra-se estruturada em quatro capítulos. Primeiramente, a sociedade de consumo é caracterizada e a vulnerabilidade destacada como fundamento da necessidade de defesa do consumidor. Afirma-se, igualmente, que as normas do Código de Defesa do Consumidor sempre serão condicionadas pela incidência de princípios e valores constitucionais, reconhecendo, simultaneamente, a ausência de hierarquia entre os princípios da ordem econômica e a vinculação de particulares à eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

No segundo capítulo, o professor apresenta a vulnerabilidade como elemento original da formulação de um Código de Proteção e Defesa do Consumidor, bem como requisito essencial à conceituação deste. No terceiro, ele contextualiza a consagração da responsabilidade civil objetiva, seus pressupostos e suas excludentes em favor do fornecedor. Aponta-se que as excludentes de acidente de consumo, ausência de defeito no produto e culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, por parte da doutrina nacional, são acrescidas pelos riscos de desenvolvimento.

Finalizando, no quarto capítulo, o autor examina o problema dos riscos de desenvolvimento, definidos como aqueles riscos não cognoscíveis pelo mais avançado estado da ciência e da técnica no momento da introdução do produto no mercado de consumo, e que só são descobertos após um período de uso do produto, em decorrência do avanço dos estudos científicos. São listados como exemplos o cigarro, o silicone e alguns medicamentos. No Brasil, entre os medicamentos, o principal destaque foi a talidomida.

A talidomida tornou-se popular desde seu lançamento no mercado, em 1956, como sedativo que podia ser vendido sem receita e que, mesmo em doses maciças, não era letal. Após numerosos testes, seu lançamento foi aprovado – inicialmente na Alemanha, fruto da pesquisa do laboratório Chemie Grünenthal –, e a droga passou a ser prescrita para mulheres em início de gravidez, pois mostrava-se eficaz no

combate à náusea. Em 1958, já era comercializada em 146 países, inclusive no Brasil. No início da década de 1960, descobriu-se um crescente número de bebês nascidos com graves deformações congênitas de mães que haviam ingerido pelo menos um comprimido do tranquilizante. Esse triste caso concreto ilustra uma situação típica de danos advindos de riscos de desenvolvimento, ou seja, riscos que só podem ser descobertos graças aos desenvolvimentos técnico e científico, os quais exigem definição quanto à sua caracterização como excludente ou elemento de configuração da responsabilidade civil frente ao direito vigente.

A disciplina legal dessa matéria, em âmbito comunitário europeu, encontra-se no artigo 7º da Diretiva 374/CEE de 1985, que estabelece não ser o fornecedor responsável pelos danos ocasionados por produtos em que sejam verificadas hipóteses de riscos de desenvolvimento. Examinando o dispositivo, a doutrina adota duas posições principais: (a) presença de responsabilidade civil; e (b) ausência de defeito, pois a diretiva faz expressa referência a um defeito que não era possível ser descoberto pelo estado de conhecimentos científico e técnico. Portanto, poderá exonerar-se de responsabilidade o fornecedor, se conseguir provar a impossibilidade objetiva da ciência de descobrir, no momento da introdução do produto no mercado, os riscos que o cercam. Na exposição, se expressa o posicionamento de vários países e da doutrina nacional sobre a temática.

Após a explanação das visões internacional e nacional sobre a responsabilidade civil do fornecedor do produto pelos riscos de desenvolvimento, o autor se posiciona pelo reconhecimento de tal responsabilidade e compreende ser impossível sua configuração como excluída no direito brasileiro. Ele fundamenta sua posição na proteção da dignidade, constitucionalmente prevista, da pessoa humana. Em sede de conclusão, reafirma sua filiação entre aqueles que defendem a responsabilidade civil do fornecedor por tais riscos e se declara contrário à doutrina que nega a existência do defeito no produto.

A relevância da questão analisada mantém sua temporalidade latente, pois o risco simboliza a incerteza inerente que o tempo institui e como fundamento de responsabilidade modifica o centro do sistema de reparação do dano para vítima. A melhor interpretação da aplicação constitucional do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor frente aos riscos de desenvolvimento comporta

intensa discussão, porque essa proteção não pode inviabilizar o desenvolvimento da atividade econômica. Buscar o equilíbrio entre os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV) são o fundamento da ordem econômica constitucional (CF, art. 170, *caput*).

A proposta basilar da obra expõe esse contexto e doutrinadores do direito do consumidor já assumiram a tarefa de enfrentar a necessidade de debate sobre a presença ou ausência de defeito do produto nos efeitos dos riscos de desenvolvimento, mas falta muito para uma compreensão mais uniforme em relação a pagamento da indenização, em caso de reconhecimento de responsabilidade civil por parte do fornecedor do produto. Esse tipo de dano já faz parte da realidade brasileira e exige proteção específica e constitucional da pessoa humana. O desafio está lançado na busca pela melhor solução sistemática a respeito da responsabilidade por riscos de desenvolvimento.

*Nelise Dias Vieira*

Av. Bento Gonçalves, 4541, apto. 301  
Partenon - 90650-003  
Porto Alegre - RS - Brasil  
[nelidv@bol.com.br](mailto:nelidv@bol.com.br)

MESTRANDA EM DIREITO PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE  
CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL (PUC/RS)  
BOLSISTA DO CNPQ



## RESENHA DA OBRA *LE DROIT SAISI PAR LA PHOTOGRAPHIE*, DE BERNARD EDELMAN<sup>1</sup>

*Gabriel Gualano de Godoy*

REVIEW OF THE BOOK *LE DROIT SAISI PAR LA PHOTOGRAPHIE*,  
BY BERNARD EDELMAN

### RESENHA

EDELMAN, BERNARD. *LE DROIT SAISI PAR LA PHOTOGRAPHIE*.  
PARIS: FLAMMARION, 1973.

O que somos nós para o direito? Para o jurista francês Bernard Edelman, o ato de nascimento de toda a ideologia jurídica do Ocidente pode ser identificado com o postulado segundo o qual o homem é, por natureza, um sujeito de direito. A função desse enunciado é transformar a arte do direito em uma prática abstrata.

O direito começa pela pessoa que é todo o sujeito de direito, ou seja, a pessoa apta a ser titular de direitos e obrigações. A pessoa humana será sujeito de direitos independentemente de sua vontade. O homem, então, parece ter um poder

jurídico que lhe é conferido pelo conceito de direito objetivo. E é a existência de um sujeito que faz o direito, o Estado, que dá coerência e unidade à norma de direito o que, por sua vez, implica a “sujeição do sujeito de direito ao Sujeito”.

Oculto nessas ideias está o funcionamento de uma ideologia, uma tautologia que faz com que os juristas vejam nos conceitos jurídicos o verdadeiro fundamento das relações de propriedade reais, sem perceber a trama das relações de produção.

Ao tratar dos problemas jurídicos levantados pelo desenvolvimento técnico

e econômico do cinema e da fotografia, Edelman apresenta a seguinte tese: “a produção jurídica é a produção de um sujeito cuja essência é a propriedade e cuja atividade só pode ser a de um proprietário privado”. Assim sendo, haveria um conteúdo contraditório na propriedade literária e artística, onde há “sobreposição sobre uma propriedade já estabelecida”.

De acordo com a lente marxista de Edelman, o sujeito faz seu o real que é também de outra pessoa, pois o fotógrafo, por exemplo, capta na lente objetiva a propriedade de outro: imagem, movimento, vida privada. Esse movimento marca o que Edelman denominou de “sobre-apropriação do real”. A criação do artista, em certo momento, demandou a criação de um novo direito. Foi nesse sentido que o direito do autor passou a ser classificado como direito subjetivo da personalidade do artista. Contudo, como demonstrou Edelman, com a fotografia e com o cinema, a captação de uma imagem é a captação também de um direito da personalidade, de uma expressão da singularidade de um sujeito de direito. Nesse passo, opera-se uma sobre-apropriação do real.

Para provar seu argumento, o autor problematizou duas teses. Primeira tese: a propriedade literária e artística é uma propriedade. Segunda tese: essa forma-propriedade produz o sujeito de direito.

Com seu primeiro teorema, Edelman mostra como, através da ficção jurídica da propriedade imaterial, a criação invisível, fruto do pensamento do homem, transforma-se em algo visível, em propriedade privada. Já com o segundo teorema,

Edelman mostra como o real é produção do sujeito, pois o estatuto da vontade postula a apropriação privada de toda a natureza. O domínio público é propriedade comum, ou seja, pode-se fotografar aquilo que está em sua vista e sua apropriação não prejudica ninguém. Ora, se um autor limitar-se a reproduzir o domínio público não haverá proteção ao seu direito autoral, pois é preciso não apenas reproduzir, mas também criar, produzir o real para usufruir da proteção jurídica.

Na produção do fotógrafo e do cineasta encontra-se um real que já pertence a outrem. O direito foi, com isso, surpreendido, porque até certo ponto só conhecia aquela arte dita “manual”. A primeira resposta jurídica quanto à possibilidade de se considerar o trabalho do fotógrafo como sobre-apropriação do real foi negativa. Isso porque toda a criação artística dos primeiros fotógrafos e cineastas seriam apenas criações mecânicas; era como se fosse um trabalho sem alma. Contudo, em um segundo momento, passou-se a reconhecer alma a esse trabalho tendo em vista, especialmente, as necessidades de proteção legal da indústria fotográfica e cinematográfica.

Na etapa histórica do nascimento jurídico da fotografia e do cinema há uma relação íntima do homem com a máquina. Esse processo puramente mecânico foi desqualificado e, em consequência, no plano jurídico, a arte produtora da máquina não poderia ser equiparada à arte criadora de um pintor, que produz com alma.

Assim, em um primeiro momento, “a actividade de um homem pode ser a



simples actividade de uma máquina e a sua própria actividade o transforma em máquina”. Mas essa resistência do direito começa a se transformar com a efetiva tomada do cinema e da fotografia pela indústria. Aí, passa-se de um trabalho sem alma para um trabalho artístico como exigência das relações de produção. Sua importância econômica impôs essa mudança.

Narra Edelman que na Alemanha, a partir de 1880, começou a ocorrer um crescente aumento no número de processos judiciais envolvendo fotógrafos. O mesmo se passou na França. Naquela época, cerca de 50 mil pessoas viviam da fotografia e não era sequer possível recusar-lhes proteção jurídica. Assim, para o autor: “o reconhecimento da qualidade de fotógrafo se tornava uma necessidade da indústria. Estas novas forças produtivas tinham de encontrar meio da sua eficácia. Essa eficácia disfarçava-se, precisamente aqui, de estética”. E essa estética subordinada ao comércio obriga tanto o reconhecimento do direito do autor quanto sua necessária limitação.

O capital investido na indústria do cinema e da fotografia impulsionou a mudança de tratamento desses dois meios pelo direito, sendo este o solo em que ocorreu todo o processo de mudança de orientação jurisprudencial que criou os direitos da personalidade.

Para que a fotografia alcançasse o âmbito dos sujeitos, os tribunais utilizaram o conceito “marca da personalidade” e dissociaram a o olhar do fotógrafo do processo maquínico. De certo modo, a

substituição da máquina pela técnica operou a subjetivação da primeira, cujo trabalho transformou-se também em trabalho do sujeito.

Portanto, a máquina se tornou meio de ser do sujeito e lugar de trabalho humano. Mas a fotografia só mereceria proteção jurídica se apresentasse uma marca intelectual de seu autor. Assim, conforme Edelman, “se o aparelho fotográfico entrou claramente no âmbito do sujeito, é, por seu turno, dominado por ele: aqui como lá o real só pertence ao sujeito desde que este o invista: (se apodere dele)”. E deixando o real de ser criado pelo sujeito – perdendo seu caráter de individualidade e criação –, a máquina volta a ser simplesmente uma máquina de reprodução.

Assim sendo, as forças produtivas do capital realizam-se justamente no lugar do sujeito de direito. Toda a produção é produção de um sujeito, qualificada como produção de propriedade privada. Edelman demonstra como Marx tinha razão ao perceber que o homem como sujeito de direito toma posse da natureza como propriedade privada. Ora, quando foi exigido pelas forças de produção que a apropriação do real pela fotografia e pelo cinema fosse por lei protegida, por uma prática nitidamente burguesa, bastou dizer que a “máquina transmite a alma do sujeito”.

Ao estudar o destino da categoria sujeito de direito e o destino do real, o autor concluiu que “a socialização da indústria cinematográfica produz a socialização do sujeito criador, do sujeito coletivo”. Para ele, o capitalismo teve

que adaptar seus métodos de produção, distribuição e consumo ao produto intelectual representado pelo filme.

No cinema norte-americano, por exemplo, isso transcorre de duas formas: há monopolização da matéria-prima intelectual e essa monopolização se dá pelo contrato, pois a atividade criadora humana pode ser objeto de um contrato tal como seus autores. É o contrato o “instrumento privilegiado da dominação capitalista”, que designa “a mercantilização do homem enquanto objecto de direito”. O filme não passa de uma mercadoria e, como tal, é submetido à lei do lucro.

Seguindo a análise de Edelman, a monopolização dos meios de produção pelo capital revelou uma relação jurídica curiosa, uma relação que precisou reconhecer o sujeito coletivo.

No início, os tribunais reconheceram o produtor como único autor do filme. A luta com os autores, no entanto, fez nascer uma combinação de produção intelectual e industrial, surgindo, então, a figura de um sujeito coletivo.

Ainda assim a arte não teria deixado de ser um produto do capital, a ponto de o direito confessar que o verdadeiro sujeito criador é também o próprio capital. Para que a trama ganhasse um desfecho, o capital não pôde prescindir do sujeito de direito, que é em realidade o seu sujeito. O contrato fez do artista um proletário e o capital tornou-se parte essencial da obra, indivisível e representada também pelo produtor.

Crescendo as forças produtivas na indústria cinematográfica, cresceu também

a socialização do sujeito produtor e, da mesma forma, o sujeito coletivo indicou o que era cinema. Há, nesse passo, uma coexistência forçada entre indústria e arte. Observou Edelman que, com o aparecimento do sujeito coletivo, foi provocada uma contradição no cinema burguês: a obra é confessadamente coletiva, o sujeito de direito criador é pulverizado em sujeitos de direito criadores.

Então, o aparelho cinematográfico é um aparelho ideológico que representa a própria ideologia através dele mesmo, o cinema. A máquina se faz sujeito, reproduzindo sua própria essência. Ou seja, a máquina não reproduz simplesmente a ideologia e, sim, a ideologia produz a máquina.

Como foi dito, os fatos, para se tornarem propriedade do sujeito, devem ter sido criados por ele. A questão que Edelman coloca é como se pode criar ou produzir algo que verdadeiramente acontece? Seu exemplo é o filme da morte do presidente norte-americano John Kennedy, cujas imagens, em tempo real, foram depois utilizadas para ilustrar um livro sobre esse acontecimento. Quando o autor da foto resolveu reivindicar em juízo os direitos sobre a imagem, precisou responder ao argumento da defesa, que dizia ser o fato em questão um acontecimento de domínio público, um fato não produzido nem criado, um fato tão-somente reproduzido do que se passara na história. Mas os juízes deram razão ao autor das fotos sob o argumento de que é preciso diferenciar fundo e forma e também dizendo que o “proprietário” da filmagem reivindicava

não o direito sobre o acontecimento, mas, sim, sobre as formas de expressão materializadas no filme. Com isso, Edelman nota que se chega a um novo estágio: o de uma “sobre-apropriação do real” que se constitui “pelo simples registro do real”.

Edelman passa, então, a analisar a forma mercantil do sujeito, a forma capital da vida, considerando que o sujeito que reproduz vai produzir também seu próprio concorrente: o sujeito que é reproduzido. Nas palavras dele: “o direito do fotógrafo sobre a sua foto produz o direito do fotografado sobre a sua imagem”.

A propriedade privada de um sujeito encontra a do outro e a noção de propriedade incorpora-se no próprio homem. O sujeito de direito reproduzido é uma decomposição mercantil da categoria sujeito de direito. A pessoa torna-se forma geral da mercadoria.

O homem é, ao mesmo tempo, sujeito e objeto de direito, e qualquer produção humana é produção de um operário. Não se discute que o homem é proprietário de si mesmo, mas isso leva o direito a nos dizer que o sujeito existe como representante da mercadoria que possui, de si próprio como mercadoria. O patrimônio moral do homem reflete exatamente isso: “o homem é para si próprio o seu próprio objeto”.

O que Edelman mostra é que, no capitalismo, o sujeito deve poder levar ao mercado os seus atributos, seu corpo, seu nome, seu direito moral, sua honra, sua imagem, sua vida privada. A alienação de si produz uma liberdade e o sujeito é

objeto de direito permanecendo livre em si próprio. A propriedade é para o direito essência do homem e o ato de vender-se realizaria a liberdade do homem. Para ele, o sujeito de direito é um sujeito que quer vender-se, ou não.

Edelman assim conclui a estratégia adotada pelo direito: o homem pode vender--se desde que o faça em nome de um direito de personalidade. E a prática conduz a outra análise inevitável: todos os atributos da pessoa são direitos contratualmente protegidos porque, uma vez violados, geram direito à reparação. E a categoria sujeito de direito é histórica porque o processo capitalista o transforma em seu último produto: o objeto de direito. Nas palavras do autor: “o sujeito é a propriedade privada historicizando-se que se distribui nos sujeitos da história”. A história é também propriedade dos sujeitos de direito e a essência histórica do homem é a propriedade privada.

Para produzir um direito do cinema e da fotografia, foram colocadas em funcionamento categorias da propriedade literária e atributos da personalidade, sempre através da figura do sujeito de direito.

É dessa maneira que o direito fixa as normas de funcionamento do conjunto das relações sociais e, ao mesmo tempo, torna eficaz a ideologia jurídica, aquela relação imaginária dos indivíduos com as relações sociais em geral. Por isso mesmo, para Edelman, o direito vive de uma contradição: faz valer a produção capitalista em nome de propriedades privadas, as quais são justamente fruto da exploração do homem pelo homem.

Na esfera da circulação, todos os homens, seus corpos e almas são mercadorias ou valores de troca. O produto do trabalho do homem é mercadoria e pode ser trocado por outra mercadoria. O direito toma essa esfera de circulação, espaço da sociedade civil, como algo natural e os indivíduos como valores de troca.

Apropriando-se das lições de Marx, o autor reafirmou que o sistema do valor de troca é o que significa o sistema da liberdade e da igualdade, e que dele nascem contradições imanentes. O homem é concretamente explorado pelo homem e do operário é retirada a mais-valia. Cria-se, juntamente com isso, a ilusão de que tal liberdade e igualdade são necessárias e “toda a ideologia burguesa consiste em ocultar a contradição imamente dessa liberdade e dessa igualdade, que se transmudam no seu contraditório: a escravidão e a exploração”.

Na esfera da circulação tudo se passa entre sujeitos que são, em última análise, sujeitos do grande Sujeito, que é o mercado, o capital.

Edelman mostrou isso com dois enunciados. O primeiro descreve o direito e fixa a esfera da circulação como um dado natural. O segundo enunciado descreve que o direito, ao assegurar a circulação como um dado natural, torna possível a produção. Ou seja: o sujeito da sociedade civil nada mais é do que um sujeito de direito proprietário; a troca é a relação jurídica fundamental e a produção social do homem é a produção de um sujeito de direito que tem a forma geral da mercadoria.

De acordo com Edelman, o que Marx chamou de ideológica é a ligação entre sociedade civil e esfera da circulação. E a redução do processo social a uma aparência de circulação é o local de encontro das ideologias burguesa e jurídica. As categorias que fundamentam a sociedade civil – propriedade privada, sujeito, vontade, liberdade, igualdade – são especificadas pelo direito e seu aparelho de coerção estatal.

Na relação capitalista, a mercadoria força de trabalho aparece no mercado sempre voltada à circulação. Assim, conforme Edelman, o real captado pela fotografia ou pelo cinema também foi apreendido pelas categorias jurídicas e pelo capital.

A circulação no mercado abole as diferenças entre as pessoas concretas, pois todos os sujeitos abstratos são iguais e livres: “todo sujeito de direito é igual a qualquer sujeito de direito”. E é o contrato o instrumento jurídico que permite a exploração do homem pelo homem, porque entendido como fruto da vontade humana de contratar.

O homem é, assim, ponto de partida e de chegada da ciência burguesa do direito, sempre compreendido através da noção abstrata de sujeito de direito. Os direitos da personalidade de um homem são aqueles direitos personalíssimos, pois são aquilo que resta do sujeito, a última mercadoria que pode qualificar um homem de sujeito.

Assim visto, o direito transparece as contradições de sua prática e os limites de sua ciência. O que Edelman chamou de ciência burguesa do direito preencheu o

espaço público, lugar da luta de classes. Então, a crítica de noções ideológicas do direito traz em si a morte dessa ciência burguesa, cabendo aos juristas denunciar a ilusão do sistema que transforma o homem em mercadoria, sob o véu de uma pretensa liberdade.

Essa foi a tarefa que Edelman pretendeu cumprir e que poderia ser sintetizada

assim: “Sendo o homem reconhecido ‘como essência’ da propriedade, qualquer produção do homem é a produção de um proprietário: melhor, de uma propriedade que frutifica e produz a renda e o lucro. A valorização dele próprio constitui o seu capital. Não um vulgar capital-dinheiro, mas um capital digno da essência humana: um capital ‘moral’”.<sup>2</sup>

#### NOTAS

1 EDELMAN, Bernard. *Le droit saisi par la photographie*. Paris: Flammarion, 1973.

Disponível também em português: EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976.

2 EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 94.

*Gabriel Gualano de Godoy*

Rua Visconde do Rio Branco, n. 1799, apto. 122  
Centro – 80420-210  
Curitiba – PR – Brasil  
[gabrielgualano@gmail.com](mailto:gabrielgualano@gmail.com)

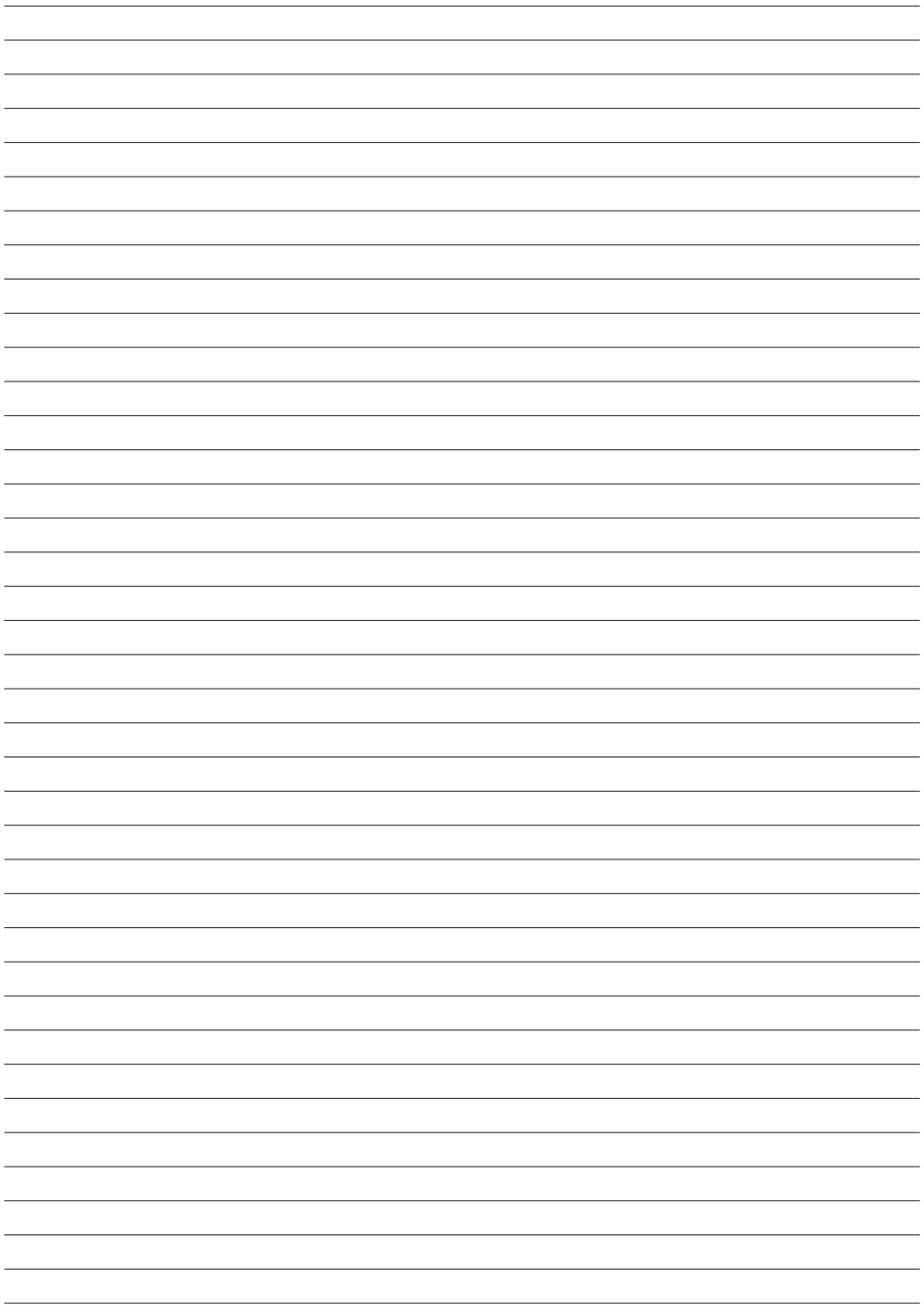
BACHAREL E MESTRE EM DIREITO PELA  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ (UFPR)  
PESQUISADOR DA  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ (UFPR)

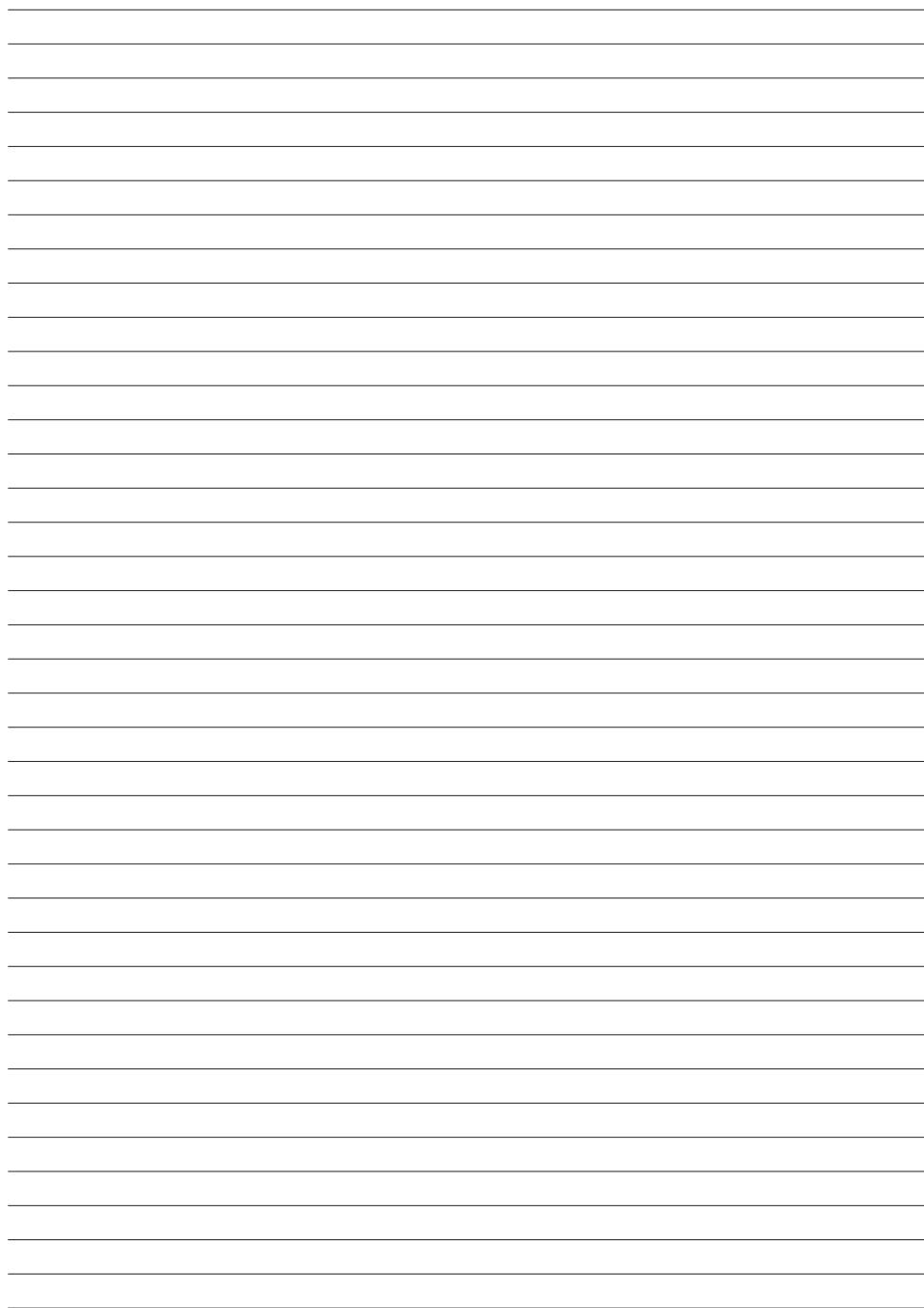






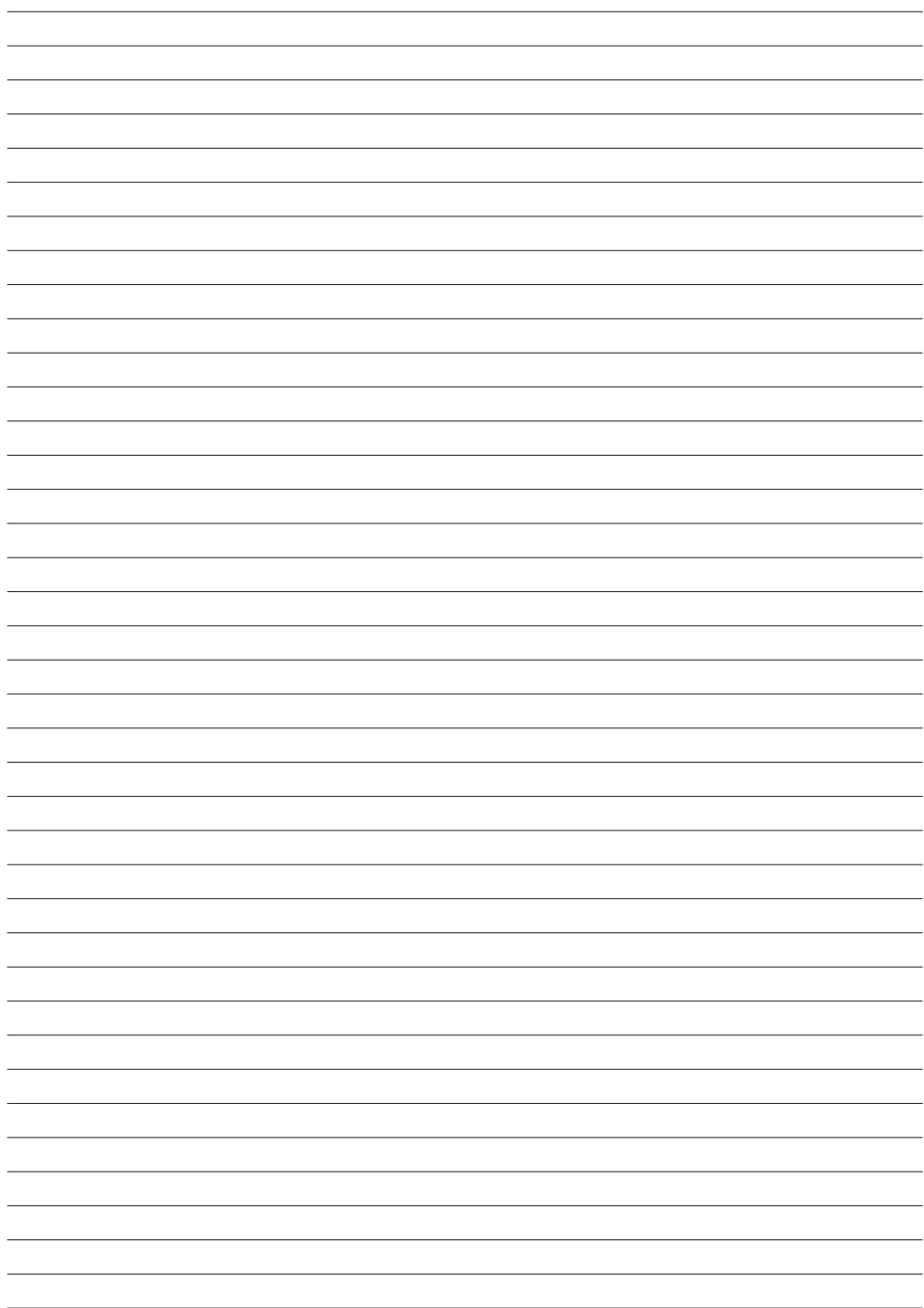












## EDITORIAL POLICY

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](mailto:REVISTADIREITOGV@FGV.BR), OR MAILED TO **José Rodrigo Rodriguez** AT: RUA ROCHA, 233, 11<sup>0</sup> 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](mailto: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: DUPLA; 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 SEQUENCIALMENTE, 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.

## Judicialização da política e racionalidade jurisdicional

JUIZADOS ESPECIAIS: ENTRE A LEGALIDADE E A LEGITIMIDADE – ANÁLISE PROSPECTIVA DOS JUIZADOS ESPECIAIS DA COMARCA DE NITERÓI, 1997-2005

MARCELO PEREIRA DE MELLO E DELTON R. SOARES MEIRELLES: **371**

O NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E O PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

ERNANI CARVALHO E NATÁLIA LEITÃO: **399**

TEMPOS DE ESPERA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CLAUDIO WEBER ABRAMO: **423**

APONTAMENTOS PARA O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOSSEXUAIS FACE AO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

FERNANDO HORTA TAVARES, IARA ANTUNES DE SOUZA, ISAAC ESPÍNDOLA VITORINO FERREIRA, TIAGO VIEIRA BONTEMPO: **443**

O DIREITO COMPARADO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

GUSTAVO VITORINO CARDOSO: **469**

A COMPENSAÇÃO AMBIENTAL PREVISTA PELO SISTEMA NACIONAL DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO (SNUC): A ADI N. 3.378 E O DECRETO N. 6.848/09

JOSÉ MARCOS DOMINGUES E JÚLIA SILVA ARAÚJO CARNEIRO: **493**

### ARTIGOS

DESENVOLVIMENTO, MEIO AMBIENTE E DIREITOS DOS ÍNDIOS: DA NECESSIDADE DE UM NOVO ETHOS JURÍDICO

VIOLETA REFKALEFSKY LOUREIRO: **503**

O IMPACTO DO NOVO DIREITO TRABALHISTA NA CHINA: NOVAS ESTRATÉGIAS DE CONTRATAÇÃO PARA EMPRESAS ESTRANGEIRAS?

GAYLE ALLARD E MARIE-JOSÉ GAROT: **527**

CRISE FINANCEIRA INTERNACIONAL E ESTATIZAÇÃO BANCÁRIA NA ALEMANHA

ROBERTO CHACON DE ALBUQUERQUE: **541**

PANORAMA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO PENAL ALEMÃO VIGENTE

NEREU JOSÉ GIACOMOLLI E PABLO RODRIGO ALFLEN DA SILVA: **565**

O ICM NA IMPORTAÇÃO MEDIANTE ARRENDAMENTO MERCANTIL

RAFAEL BRUM SILVA: **583**

DIREITO E ESTÉTICA: NOTA CRÍTICA

LUÍS SATIE: **631**

### RESENHAS

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS RISCOS DE DESENVOLVIMENTO NO DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO: VISÕES JURÍDICAS NACIONAL E INTERNACIONAL

NELISE DIAS VIEIRA: **641**

RESENHA DA OBRA LE DROIT SAISI PAR LA PHOTOGRAPHIE, DE BERNARD EDELMAN

GABRIEL GUALANO DE GODÓY: **645**

