

Revista DIREITO GV

4

v. 2 n. 2 JUL-DEZ 2006
ISSN 1808-2432

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

DIREITO GV
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

Revista DIREITO GV

ISSN 1808-2432

EDITOR
JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ

CONSELHO EDITORIAL
ÁLVARO PIRES *(UNIVERSIDADE DE OTTAWA - CANADÁ);* ALBERTO AMARAL JR. *(UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO);* DAVID TRUBEK *(WISCONSIN LAW SCHOOL - EUA);* DAMIAN CHALMERS *(LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND SOCIAL SCIENCE);* DIEGO EDUARDO LÓPEZ-MEDINA *(UNIVERSIDADE DE LOS ANDES - COLOMBIA);* CHARLES SABEL *(COLUMBIA LAW SCHOOL – EUA);* GREGORY SHAFFER *(WISCONSIN LAW SCHOOL – EUA);* JOSÉ ANTONIO STÉVEZ DE ARAÚJO *(UNIVERSIDADE DE BARCELONA – ESPANHA);* JOSÉ EDUARDO FARIA *(UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO);* JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES *(UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PORTUGAL);* JOSÉ MARIA AREILZA *(INSTITUTO DE EMPRESA – ESPANHA);* JOSEP JOAN MORESO *(UNIVERSIDADE POMPEU FABRA, BARCELONA, ESPANHA);* JUDITH MARTINS-COSTA *(UFRS);* KAZUO WATANABE *(USP-CEBEPEJ);* KEITH S. ROSENN *(MIAMI LAW SCHOOL-EUA);* NORBERT REICH *(UNIVERSIDADE DE BREMEN- ALEMANHA);* MARCOS NOBRE *(UNICAMP-CEBRAP);* MARIA TERESA SADEK *(USP-CEBEPEJ);* MIGUEL POIARES MADURO *(FACULDADE DE DIREITO DA NOVA UNIVERSIDADE DE LISBOA);* MIGUEL REALE JR. *(USP);* PÉRSIO ARIDA; RAFFAELE DE GIORGI *(UNIVERSIDADE DE LECCE-ITÁLIA);* ROGÉRIO PEREZ-PERDOMO *(UNIVERSIDAD METROPOLITANA, VENEZUELA);* RICARDO RIBEIRO TERRA *(USP-CEBRAP);*

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/UNISANTOS); TORQUATO DA SILVA CASTRO JUNIOR (UFPE); VERA THORSTENSEN (ASSESSORA DA MISSÃO DO BRASIL EM GENEBRA); WILSON MADEIRA (UFF)

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

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

AIRTON SEELAENDER; ALEXANDRE DITZEL FARACO *(CENTRO UNIVERSITÁRIO FRANCISCANO DO PARANÁ);* ANTONIO RODRIGUEZ DE FREITAS JR. *(USP);* ARGEMIRO CARDOSO MOREIRA MARTINS *(UNIVALI-SC);* ARTHUR BARRIONUEVO FILHO *(EESP-EAESP);* BARBARA ROSENBERG *(MINISTÉRIO DA JUSTIÇA);* CAIO MARIO PEREIRA DA SILVA NETO; CARLOS EDUARDO BATALHA *(CEBRAP/SÃO BERNARDO);* CARLOS KLEIN ZANINI *(UFRGS);* CELSO CAMPILONGO *(USP);* CLAUDIA ROESLER *(UNIVALI-SC);* DEISY DE FREITAS LIMA VENTURA *(UNIVERSIDADE FEDERAL STA MARIA-RS);* DENISE VITALE MENDES *(CEBRAP);* ESTÊVÃO MALLET *(USP);* GILBERTO BERCOVICI *(USP);* JAIRO SADDI *(IBEMEC);* JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA *(UNISANTOS E UNIVERSIDADE DO AMAZONAS);* KATHIA MARTIN-CHENUT; LAURINDO DIAS MINHOTO *(USP - SAÚDE PÚBLICA);* LUCIANO CAMARGO PENTEADO; LUIS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA *(USP);* OTAVIO YASBEK; RICARDO MARCELO FONSECA *(UFPR);* RICARDO SEITENFUS *(UNIVERSIDADE STA MARIA-RS);* ROGÉRIO ARANTES *(PUC/SP);* SAMUEL RODRIGUES BARBOSA *(UFF);* TERESA NEGREIROS; TIAGO CORTEZ *(CEBRAP);* VALCIR GASSEN *(UNIVALI-SC).*

REDAÇÃO
ANA MARA MACHADO (ESTAGIÁRIA)
CLÁUDIA DE CARVALHO GUARNIERI (REVISÃO)

Revista DIREITO GV

v. 2 n. 2 JUL-DEZ 2006

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

DIREITO GV
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

ISSN 1808-2432

DEZEMBRO 2006
SÃO PAULO - SP

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

TIRAGEM 1.300 EXEMPLARES

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

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

EDITORES
DEZEMBRO 2006, 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

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA
ULTRAVIOLETA DESIGN

PRODUÇÃO INDUSTRIAL
IMPRESSÃO E ACABAMENTO: RR DONNELLEY
DATA DE IMPRESSÃO: NOVEMBRO 2006
TIRAGEM: 1.300 EXEMPLARES

PERIODICIDADE
SEMESTRAL

CORRESPONDÊNCIA
RUA ROCHA, 233, 7º ANDAR - BELA VISTA
CEP 01330-000 - SÃO PAULO - SP - BRASIL
TEL. (11) 3281-3310
EMAIL: REVISTADIREITOGV@FGVSP.BR

Revista DIREITO GV

v. 2 n. 2 JUL-DEZ 2006

ARTICLES

TWO CONCEPTIONS OF THE APPLICATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS STATUTES

THE PROBLEM OF THE POSTULATE OF THE STRICT TIE BINDING COURTS TO LEGAL STATUTES

LAW AND ECONOMICS IN WEBER

MARKET DOMINANCE IN THE NEW ECONOMY

THE OMC DECISION ON THE TELMEX CASE AND ITS CONSEQUENCES FOR THE REGULATION OF MULTILATERAL RULES ON COMPETITION

EDUCATION AND CULTURE: STATUTE OR CONTRACT?

LEGAL NATURE OF THE INDEMNITY OF THE PRIVATE HEALTH CARE TO THE PUBLIC HEALTH CARE SYSTEM

CRISIS OF STATE SOVEREIGNTY AND MULTILEVEL CONSTITUTION

THE CONCUBINE'S RIGHT OF INHERITANCE: AN INTERPRETATION OF ARTICLE 1.790 OF THE NEW BRAZILIAN CIVIL CODE

A CRITIQUE OF PUNISHMENT I

LAW TEACHING

ARTIGOS

DOS CONCEPCIONES DE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES
JOSÉ JUAN MORESO : **013**

O PROBLEMA DA VINCULAÇÃO À LEI NA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA
ANDRÉ DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI ABBUD : **031**

DIREITO E ECONOMIA EM WEBER
MARIA TEREZA LEOPARDI MELLO : **045**

MARKET DOMINANCE IN THE NEW ECONOMY
RAFAEL ALVES DE ALMEIDA : **067**

A DECISÃO DA OMC NO CASO TELMEX E SUAS CONSEQÜÊNCIAS PARA A REGULAMENTAÇÃO DE REGRAS MULTILATERAIS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA
FERNANDA MANZANO SAYEG : **099**

EDUCAÇÃO E CULTURA: DIREITO OU CONTRATO?
MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO : **117**

NATUREZA JURÍDICA DA OBRIGAÇÃO DE RESSARCIMENTO DOS PLANOS DE SAÚDE AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS
ANA GARFINKEL : **139**

CRISIS DE LA SOBERANÍA ESTATAL Y CONSTITUCIÓN MULTINIVEL
JOSÉ A. ESTÉVEZ ARAUJO : **149**

O DIREITO À IGUALDADE NA RELAÇÃO FAMILIAR: UMA PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL
KARIME COSTALUNGA : **165**

CRÍTICA DA PENA I (2004)
KLAUS GÜNTHER : **187**

O ENSINO DO DIREITO (1914)
JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR : **205**

RESENHAS

THREE RESPONSES TO A PAMPHLET BY DUNCAN KENNEDY

HOW TO MAKE CONTINUOUS REGULATION OF ABILITIES THE PRIORITY OF SCHOOLS RATIONALE?

NEW PERSPECTIVES ON LAW TEACHING: TEACHING LAW THROUGH ABILITIES

TRÊS REAÇÕES A UM PANFLETO DE DUNCAN KENNEDY
ANA MARA FRANÇA MACHADO, FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL, E YURI CORRÊA DA LUZ : **225**

COMO FAZER DA REGULAÇÃO CONTÍNUA DAS APRENDIZAGENS A LÓGICA PRIORITÁRIA DA ESCOLA?
ADELINA DE OLIVEIRA NOVAES : **245**

NOVAS PERSPECTIVAS PARA ENSINAR DIREITO: O ENSINO JURÍDICO POR INTERMÉDIO DE HABILIDADES
LUCIANA BARBOSA MUSSE : **249**

PUBLICAÇÕES DIREITO GV

: CADERNOS DIREITO GV

Apontamentos sobre a Pesquisa em Direito no Brasil - Caderno N.º 01; *NOBRE, Marcos*; Cadernos DIREITO GV, setembro/2004

Impact of the WTO Agreement on Textiles & Clothing on Brazilian Exports of Textiles and Clothing to the United States - Caderno N.º 02; *SANCHEZ, Michelle Ratton* e Equipe; Cadernos DIREITO GV, abril/2005

Reforma do Judiciário, Desenvolvimento Econômico e Democracia - Caderno N.º 03; *Transcrição de Seminário realizado pela Direito GV e pelo jornal Valor Econômico*; Cadernos DIREITO GV, novembro/2004

O Sistema de Justiça Brasileiro. A Produção de Informações e sua Utilização - Caderno N.º 04; *CUNHA, Luciana Gross; CUNHA, Alexandre; SCABIN, Flávia; MACÁRIO, Mariana e ISSA, Marcelo*; Cadernos DIREITO GV, março/2005

Reflexões sobre o Ensino do Direito - Caderno N.º 05; *PUSCHEL, Flávia e RODRIGUEZ, José Rodrigo*; Cadernos DIREITO GV, maio/2005

I Simpósio OAB-SP e FGV-EDESP sobre o Direito Empresarial e o Novo Código Civil - Caderno N.º 06; *Relatórios de Pesquisa*; Cadernos DIREITO GV, julho/2005

Premissas do Projeto da DIREITO GV para Desenvolvimento do Material Didático para o Curso de Direito: Organização das Relações Privadas - Caderno N.º 07; *RIBEIRO, Maurício Portugal*; Cadernos DIREITO GV, setembro/2005

Modelos de Adjudicação/Models of Adjucation - Caderno N.º 08; *FISS, Owen*; Cadernos DIREITO GV, novembro/2005

Relatório da Pesquisa de Jurisprudência sobre Direito Societário e Mercado de Capital no Tribunal de Justiça de São Paulo - Caderno N.º 09; *PRADO, Viviane Muller e BURANELLI, Vinícius Correa*; Cadernos DIREITO GV, janeiro/2006

Poder Concedente e Marco Regulatório no Saneamento Básico - Caderno N.º 10; *MENDES, Conrado Hübner e COUTINHO, Diogo*; Cadernos DIREITO GV, março/2006

Contando a Justiça: A Produção de Informação no Sistema de Justiça Brasileiro - Caderno N.º 11; *CUNHA, Luciana Gross*; Cadernos DIREITO GV, junho/2006

FOCOS - Fórum Contexto Internacional e Sociedade Civil - Caderno N.º 12; *FRANÇA, Cassio Luiz de; SILVA, Elaini C. G. da; e SANCHEZ, Michelle Ratton*; Cadernos DIREITO GV, julho/2006

Programa de Clínicas nas Escolas de Direito de Universidades Norte-americanas - Caderno N.º 13; Cadernos DIREITO GV, setembro/2006

: DEBATE PÚBLICO GVlaw

Debate Público: Reforma do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - Boletim; *GVLaw*; GVLaw, 2005

: LIVROS (co-edição)

A Internacionalização do Direito Penal; *MACHADO, Maíra Rocha*; Ed. 34 Letras, 2004

As Palavras e a Lei; *LOPES, José Reinaldo de Lima*; Ed. 34 Letras, 2004

Fontes e Normas do Direito Internacional: um estudo sobre a soft law; *NASSER, Salem Hikmat*; Ed. Atlas, 2004

A Normatividade da Pessoa Humana; *CUNHA, Alexandre dos Santos*; Ed. Forense, 2004

O que é Pesquisa em Direito; *NOBRE, Marcos*; Ed. Quartier Latin, 2004

Competência Administrativa na Aplicação do Direito Tributário; *MONTEIRO, Daniel Peixoto*; Ed. Quartier Latin, 2005

O Direito da Empresa e das Obrigações e o Novo Código Civil Brasileiro; *CUNHA, Alexandre dos Santos (org)*; Ed. Quartier Latin, 2005

Oferta Pública de Ações Obrigatória nas S.A - Tag Along; *PRADO, Roberta Nioac Prado*; Ed. Quartier Latin, 2005

Direitos Humanos - Estado de Direito e a Construção da Paz; *VIEIRA, Oscar Vilhena (org)*; Ed. Quartier Latin, 2005

Lavagem de Dinheiro e Recuperação de Ativos: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suiça; *MACHADO, Maíra Rocha e outros (org)*; Ed. Quartier Latin, 2005

Tributação do Setor Comercial e dos Mercados Financeiro e de Capitais; *SANTI, Eurico Diniz de*; Ed. Quartier Latin, 2005

Tributação Internacional e dos Mercados Financeiro e de Capitais; *SANTI, Eurico Diniz de*; Ed. Quartier Latin, 2005

Direitos Fundamentais - uma leitura da jurisprudência do STF; *VIEIRA, Oscar Vilhena*; Ed. Malheiros, 2006

Curso de História do Direito; *LOPES, José Reinaldo de Lima*; Ed. Método, 2006

Acidentes de Consumo: A Responsabilidade por Fato do Produto no CDC; *PUSCHEL, Flávia Portella*; Ed. Quartier Latin, 2006

Conflito de Interesses nos Grupos Societários; *PRADO, Viviane Muller*; Ed. Quartier Latin, 2006

Decadência no Imposto sobre a Renda; *SANTI, Eurico Diniz de*; Ed. Quartier Latin, 2005/2006

Os Juristas na Formação do Estado-Nação Brasileiro - Século XVI a 1850; *MOTA, Carlos Guilherme*; Ed. Quartier Latin, 2006

Tributação das Empresas- (Curso de Especialização); *SANTI, Eurico Diniz de*; Ed. Quartier Latin, 2006

Direito Penal Brasileiro; *CAMARGO, Joaquim Augusto de*; Ed. RT, 2005/2006

Segurança Urbana - O Modelo da Nova Prevenção; *NETO, Theodomiro Dias*; Ed. RT, 2005/2006

Novas Direções da Governança; *MACHADO, Maíra Rocha e outros (org)*; Min. da Justiça /Direito GV, 2006

A Modernização do Direito Penal Brasileiro em edição; *QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo*; Ed. Quartier Latin, 2006

Juizado Especial - criação, instalação e funcionamento e a democratização do acesso à justiça em edição; *CUNHA, Luciana Gross*; Ed. Quartier Latin, 2006

Criações Industriais, Segredos de Negócio e Concorrência Desleal; *SANTOS, Manoel J. Pereira dos e JABUR, Wilson Pinheiro (coords.)*; Ed. Saraiva, Série GVlaw, 2006.

: REVISTA DIREITO GV

Revista DIREITO GV - Ed. Especial - Economic and Social Regulation - Revista Ed. Especial; *Diversos*; DIREITO GV, nov/2005

Revista DIREITO GV - N.º 01 - Revista, vol. 1, n.1; *Diversos*; DIREITO GV, jan-jun/2005

Revista DIREITO GV - N.º 02 - Revista, vol. 1, n.2; *Diversos*; DIREITO GV, jun-dez/2005

Revista DIREITO GV - N.º 03 - Revista vol.2, n. 1; *Diversos*; DIREITO GV, jan-jun/2006

CARTA DO EDITOR

Este número da Revista Direito GV está organizado em três eixos temáticos. O primeiro trata da **interpretação das normas jurídicas**, o segundo da tensão entre **Direito e Economia**, o terceiro de **ensino do direito**. Além disso, há três textos sobre outros assuntos, a saber, o conceito de **soberania**, **união estável** na relação familiar e **direito penal**. A seguir, a apresentação, nesta ordem, destes quatro grupos de textos.

Em "Dos concepciones de la aplicacion de las normas de derechos fondamentales", **José Juan Moreso** discute o conceito de *ponderação* de Robert Alexy com o objetivo de desenvolver um quadro conceitual para a aplicação de normas de direitos fundamentais. O artigo procura oferecer uma solução ao problema da indeterminação das normas jurídicas de direitos fundamentais com a proposta de um modelo para a aplicação das normas, racional e controlável. **André de Albuquerque Cavalcanti Abbud** em "O problema da vinculação à lei na interpretação jurídica" toca no mesmo problema ao discutir o impacto das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados sobre o modo como se concebe a interpretação jurídica no Brasil. André ressalta a importância do Novo Código Civil neste debate, diploma que contém muitas cláusulas gerais. Além disso, ressalta a importância de acompanhar o comportamento de jurisprudência na discussão sobre o eventual surgimento de um novo paradigma sobre a interpretação jurídica no Brasil.

Localizado no segundo eixo temático, "Direito e Economia em Weber", texto de **Maria Teresa Leopardi Mello,** oferece ao leitor um quadro conceitual para a pesquisa da relação entre Direito e Economia. A autora procura encontrar um objeto de estudos comum às duas disciplinas, fugindo de abordagens que vêem o direito como mero instrumento para a implementação de decisões dos agentes econômicos. A partir da leitura da obra de Max Weber, a autora mostra como o direito é parte constitutiva das relações econômicas.

Em "Market Dominance in the New Economy", **Rafael Alves de Almeida** também trata da relação entre Direito e Economia, agora sob o prisma da concorrência. Seu texto mostra que a posição de domínio de mercado não deve ser considerada como intrinsecamente negativa. De um lado, ela pode gerar distorções, pois diminui o incentivo para o surgimento de inovações tecnológicas. De outro, funciona como incentivo, afinal, a perspectiva de ocupar a posição de domínio em um determinado mercado motiva os empreendedores a investir em inovação.

O autor não arrisca propor uma solução para o paradoxo, mas coloca o problema com toda a clareza. Trata-se de encontrar um ponto de equilíbrio entre o domínio de mercado e a ação antitruste com o fim de manter o incentivo para a inovação. Ao apresentar a questão desta maneira, Rafael explicita a dificuldade, essencial ao Direito, de criar condições para a tomada de decisões pelo Judiciário e outros órgãos, mesmo diante de incertezas científicas, das características dos casos concretos e, por vezes, da ausência de consenso social e político sobre determinados assuntos regulados pela lei. Em suma, a ausência de uma resposta econômica precisa sobre o sentido e os efeitos da posição de domínio de mercado não é desculpa para o Direito eximir-se da tarefa de decidir os conflitos que lhe são apresentados com fundamento na lei antitruste. Como não se pode se esperar de

nenhuma ciência ou da política respostas únicas e eternas, o Direito nunca deixará de lidar com algum grau de indeterminação

"A decisão da OMC no caso TELMEX e suas conseqüências para a regulamentação das regras multilaterais de defesa da concorrência" de **Fernanda Manzano Sayeg** trata da discussão sobre a ação antitruste na OMC. O caso TELMEX diz respeito à redução das tarifas telefônicas dos Estados Unidos para o México e sua decisão foi importante, pois afirmou o papel da OMC na discussão de problemas de antitruste, a despeito da ausência de regras claras e detalhadas sobre o assunto nos documentos da organização.

"Educação e Cultura: direito ou contrato?" de **Márcia Carla Pereira Ribeiro** trata da tensão entre liberdade de iniciativa e universalização do acesso aos direitos sociais. Discute duas decisões do Supremo Tribunal Federal, consideradas contraditórias, e propõe uma série de orientações para a interpretação de casos que tratem deste assunto. Como o artigo anterior, "Natureza jurídica da decisão de ressarcimento dos planos de saúde ao Sistema Único de Saúde – SUS" de **Ana Garfinkel** também trata dos direitos sociais e sua relação com a livre iniciativa. O texto afirma que o dever dos planos de saúde de pagar ao SUS cada vez que um de seus conveniados utiliza o serviço público caracteriza dupla cobrança ao cidadão. Por essa razão, defende a inconstitucionalidade da lei que estabelece tal dever.

O bloco sobre ensino jurídico fecha a revista. "O ensino do Direito", texto de **João Mendes de Almeida Júnior,** publicado originalmente em 1914, propõe a incorporação do método do caso norte-americano ao ensino brasileiro, sem abrir mão de seu caráter sistemático. O texto compara o ensino do Direito nos Estados Unidos, Inglaterra, França, Alemanha, Portugal e Brasil a pretexto de discutir a reforma dos estatutos da Faculdade de Coimbra. Publicamos o texto com sua ortografia original.

Sob o título "Três reações a um panfleto de Duncan Kennedy" foram reunidos os textos de **Ana Mara França Machado** e **Yuri Corrêa da Luz,** alunos de Direito, e da professora **Flávia Portella Püschel.** Todos eles tratam do panfleto "Legal Education and the Reproduction of Hierarchy", ora publicado em livro. O texto de Duncan Kennedy é uma crítica radical ao sistema de ensino tradicional das faculdades de direito norte-americanas e traz muitos elementos para pensar o ensino jurídico brasileiro. Por esta razão, os autores foram convidados a reagir ao panfleto como se ele tivesse sido escrito no Brasil e não a resenhá-lo. O resultado são textos igualmente polêmicos e provocativos, apresentados aqui para a apreciação dos leitores.

O tema do ensino do direito termina com as resenhas escritas, respectivamente, por **Adelina de Oliveira Novaes** e **Luciana Barbosa Musse**. Adelina trata do livro de Philipphe Perrenoud, *Avaliação: da excelência à regulação das aprendizagens* e Luciana de *Habilidades: ensino jurídico e contemporaneidade,* cujo autor é Roberto Aguiar. As duas resenhas tratam de temas pouco debatidos no Brasil e procuram demonstrar sua importância para o aperfeiçoamento do ensino jurídico nacional.

"Crisis de la Soberanía Estatal y Constitución Multinivel" de **José A. Estévez Araujo**, "O direito à igualdade na relação familiar: uma proposta de interpretação do art. 1.790 do Código Civil" de **Karime Costalunga** e "Crítica da Pena I" de **Klaus Günther** tratam de assuntos variados.

O texto de **José A**. trata dos problemas da soberania diante da globalização e da integração regional na União Européia. Aborda os efeitos das regras da UE sobre o desenho dos Estados nacionais e sobre a regulação regional daqueles estados que adotam uma

estrutura federativa. Por sua vez, **Karime** propõe uma interpretação para o art. 1.790 do Novo Código Civil brasileiro que trata do direito sucessório da concubina sobrevivente. Faz críticas ao legislador ao afirmar que o texto da lei discrimina indevidamente a relação entre companheiros, favorecendo aos casais unidos pelo matrimônio. Por fim, o texto de **Klaus Günther**, sugerido e traduzido pela professora **Flávia Portella Püschel,** é a primeira parte de um trabalho sobre as teorias da pena. Günther passa em revista as diversas maneiras de justificar a pena e afirma que nenhuma delas resiste à crítica racional. A segunda parte deste texto, "Crítica da Pena II", será publicada no próximo número da Revista Direito GV.

Agradecemos a nossos leitores pelo interesse pela Revista Direito GV e esperamos que apreciem esta edição.

Boa Leitura!

O Editor

EDITOR'S LETTER

This issue of Revista Direito GV *is organized in three thematic axes. The first deals with* **statute interpretation**, *the second with the tension between* **Law and Economics**, *and the last one focuses on* **Legal Teaching**. *Besides these three groups of articles, there is a fourth one with texts on* **Sovereignty**, **Family Law** *and* **Criminal Law**. *These four groups of articles are presented below in the form of abstracts.*

"Two conceptions of the application of fundamental rights statutes" by **José Juan Moreso** *discusses Robert Alexy's concept of* balancing *aiming at the construction of a conceptual framework to guide the application of fundamental rights statutes. The author seeks to develop a solution for the application of indeterminate statutes. Also dealing with the aspect of interpretation,* **André de Albuquerque Cavalcanti Abbud***'s "The problem of the postulate of the strict tie binding courts to legal statutes" deals with legal indeterminacy. It discusses the potential impact of the new Civil Code on the Brazilian paradigm of legal reasoning. As the Code uses general clauses to regulate several subjects, it can have an impact both on legal practice and legal theory. The article states that it is imperative to observe the behavior of Judges to look for changes in the pattern of legal reasoning.*

"Law and Economics in Weber" by **Maria Teresa Leopardi Mello** *opens the second group of articles. It deals with the tension between Law and Economics. The article aims at finding a common ground for Law and Economics based on Max Weber's Sociology of Law. It states that Law is not a mere instrument to implement economic decisions; rather Law is a constitutive part of economic relationships.*

"Market Dominance in the New Economy" by **Rafael Alves de Almeida** *also deals with the relation between Law and Economics, but from the point of view of competition. The article states that market dominance is a contradictory phenomenon. It can be an obstacle to innovation, but also stimulates it. Market rule is not always negative. It may block technological innovation, but the perspective of having a dominate role in a certain market may also be an incentive to investment.*

The author does not offer a solution to the paradox, but states the problem clearly: the challenge is to find a balance between market dominance and antitrust actions able to stimulate innovation. Putting it this way, this problem illuminates the role of Law as a means of constructing mechanisms to make decisions by the Judiciary and other organs, able to grasp the characteristics of concrete cases, even in the absence of scientific certainty or social and political consensus on several matters. To put it briefly, the absence of an economic consensus on the concept and on the effects of market dominance does not excuse Law

from offering a solution to regulatory conflicts. As it is not reasonable to expect definite and eternal answers to problems, neither from science nor from politics, Law will always deal with a certain degree of uncertainty.

"The OMC decision on the TELMEX case and its consequences for the regulation of multilateral rules on competition" by **Fernanda Manzano Sayeg** *discusses OMC antitrust initiatives. The importance of the TELMEX case lies in the fact that it is an expression of the pro-active role of the OMC in antitrust issues, despite the absence of clear and detailed regulations on this matter.*

"Education and Culture: statute law or contract law?" by ***Márcia Carla Pereira Ribeiro,*** *deals with the tension between freedom of initiative and universal access to social benefits. It discusses two contradictory decisions of the Brazilian Supreme Court and proposes a model to interpret statutes regarding this issue.* ***Ana Garkinkel****'s "Legal Nature of The Indemnity of The Private Health Care Companies to The Public Health Care System" affirms the unconstitutionality of the duty of private health insurance companies to pay a compensation to Brazilian Public Health System every time a private uses the public system. The article states that, in these cases, the citizen is double charged. Having already paid for taxes entitles her benefit from the public health system. It shouldn't be charged again through private by health insurance companies.*

A group of texts on law teaching closes this number of Revista Direito GV. *"Law teaching" by* ***João Mendes de Almeida Júnior,*** *published in 1914, proposes the incorporation of American case-method to Brazilian law teaching with some adaptations. According to the author, Brazil should not abandon the objective to teach law systematically. To hold his position, the author compares law teaching in the US, England, France, Germany, Portugal and Brazil, focusing on the reform of Coimbra Law School statutes. The article is published here without adaptations to modern Portuguese.*

"Three responses to a pamphlet by Duncan Kennedy" bring together three texts by law students **Ana Mara França Machado** *e* **Yuri Corrêa da Luz** *and law Professor* **Flávia Portella Püschel.** *All texts respond to "Legal Education and the Reproduction of Hierarchy", a radical critique of law teaching methods of traditional American Law Schools. The authors were invited to respond to the pamphlet as if it was written for the Brazilian audience. As a result, three challenging and provocative pieces try to identify in Duncan Kennedy's text useful arguments for a Brazilian debate on legal teaching.*

Revista Direito GV *closes its thematic axis on legal teaching with two book reviews.* **Adelina de Oliveira Novaes** *reviews Philipphe Perrenoud's* Evaluation: from excellence to the regulation of abilities *and* **Luciana Barbosa Musse**, *Roberto Aguiar's* Abilities: legal teaching and contemporanity. *Both reviews discuss themes rarely debated in Brazil and demonstrate their importance for the improvement of Brazilian legal teaching.*

"Crisis of State Sovereignty and Multilevel Constitution" by **José A. Estévez Araujo**, *"The concubine's right of inheritance: an interpretation of Article 1.790 of the New Brazilian Civil Code" by* **Karime Costalunga** *and "A Critique of Punishment I" by* **Klaus Günther** *are articles on varied subjects.*

José A.*'s article discusses the problems of sovereignty facing globalization and Europe's integration process. It also deals with the effects of EU rules on the structure of States, specially the federations.* **Karime***'s text builds an interpretation of Article 1.790 of the New Brazilian Civil Code on the concubine's right of inheritance. She criticizes the article, stating that it is discriminatory in the face of Brazilian Constitution for it treats equally concubines and married couples. Finally,* **Klaus Günther***'s text, translated by Prof.* **Flávia Portella Püschel**, *is the first part of a larger work on theories of punishment. Günther discusses the several ways of justifying punishment. It states*

that none of them is rational. The second part of this work, "A Critique of Punishment II", will be published in the next issue of this Journal.

Revista Direito GV *thanks its readers for their interest in this issue and expects they will enjoy reading it.*

Enjoy your reading!

The Editor

DOS CONCEPCIONES DE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

José Juan Moreso

TWO CONCEPTIONS OF THE APPLICATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS STATUTES

RESUMO

Este texto trata do conceito de ponderação de princípios de Robert Alexy a partir de um caso concreto sobre o direito de recusar transfusão de sangue por razões religiosas. Discute criticamente duas concepções da racionalidade prática, a subsuntiva e a particularista, e demonstra que a solução de Alexy permite conciliá-las. Enfim, apresenta a proposta de um modelo para a solução do conflito entre direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos Fundamentais, Conflito de Normas, Aplicação, Ponderação, Robert Alexy.

ABSTRACT

This is an article on Robert Alexy's concept of balancing. It takes as an example a case on the right to refuse medical treatment for religious reasons and discusses the characteristics of two models of practical reasoning, the generalist one and the particularistic one. It argues that Alexy's concept can make them compatible and offers the reader a model to solve conflicts of norms on fundamental rights.

KEYWORDS

Fundamental Rights, Conflict of norms, Application, Balancing, Robert Alexy

1. El caso del niño Marcos

El día 3 de septiembre de 1994 Marcos A.V., un niño de 13 años que vivía en Ballobar (Huesca) con sus padres, tuvo una caída con su bicicleta a la que no dieron mayor importancia. Pocos días después, el 8 de septiembre, al haber sangrado por la nariz en varias ocasiones, fue llevado por su madre a la Policlínica de Fraga donde aconsejaron el traslado de Marcos al Hospital Arnau de Vilanova de Lleida. En dicho hospital, después de las pruebas pertinentes y ante el alto riesgo de fuertes hemorragias, los médicos prescribieron una transfusión de sangre. En ese momento los padres del menor manifestaron educadamente que su religión, profesaban la religión de los testigos de Jehová, les prohibía el uso de transfusiones y preguntaron si había algún tratamiento alternativo. Los médicos afirmaron que

ellos no conocían ningún tratamiento alternativo, se negaron a conceder el alta voluntaria que los padres solicitaban, y se dirigieron al Juzgado de Guardia para que autorizara la transfusión. Los padres, a pesar de no compartir dicha decisión, la acataron y no hicieron nada para impedir la transfusión, que fue autorizada por el Juzgado. Marcos, que profesaba la misma religión que sus padres, rechazó con auténtico terror la intervención, reaccionando con gran excitación y violencia que los médicos estimaron muy peligrosas, pues podían precipitar una hemorragia cerebral. Fracasados sus intentos de convencer al menor, el personal sanitario del Hospital solicitó a los padres que trataran de convencer a Marcos, a lo que los padres se negaron arguyendo que ellos, como Marcos, pensaban que Dios no autorizaba las transfusiones de sangre ni en los casos de peligro para la vida. Desestimado el uso de algún procedimiento anestésico por razones médicas, al final el Hospital accedió a otorgar el alta voluntaria para que los padres buscaran algún tratamiento alternativo en otro lugar. Regresaron a su domicilio y tres días después lo trasladaron primero al Hospital de la Vall d'Hebron de Barcelona y después al Hospital General de Catalunya, donde les reiteraron la necesidad de la transfusión, pero ninguno de ambos hospitales, dada la expresa oposición de Marcos y sus padres, tomó la decisión de intentar llevarla a cabo. Regresaron a su domicilio, en el cual el menor contó solamente con la asistencia del médico titular de Ballobar, hasta que el día 14 de septiembre el Juzgado de Instrucción de Fraga (Huesca) dispuso mediante Auto, a la vista de que el menor empeoraba progresivamente por anemia aguda posthemorrágica, la autorización para la entrada en el domicilio del menor con el fin de que le fueran realizados los tratamientos médicos que precisaba, es decir, una transfusión de sangre. Marcos fue trasladado en ambulancia primero al Hospital de Barbastro y después al Hospital Miguel Servet de Zaragoza al que llegó con signos clínicos de descerebración por hemorragia cerebral. Marcos falleció el día 15 de septiembre en el Hospital Miguel Servet.

Los padres de Marcos fueron acusados del delito de homicidio, del que fueron absueltos por sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 20 de noviembre de 1996. El Tribunal Supremo casó y anuló dicha sentencia y les condenó, por sentencia de 27 de junio de 1997, por el delito de homicidio con la circunstancia atenuante, muy cualificada, de obcecación o estado pasional, a la pena de dos años y seis meses de prisión, y al pago de las costas correspondientes. Los condenados interpusieron recurso de amparo contra dicha sentencia condenatoria ante el Tribunal Constitucional que, en STC 154/2002, de 18 de julio, resolvió conceder el amparo, declarar vulnerado el derecho fundamental a la libertad religiosa y, en consecuencia, anular la decisión del Tribunal Supremo.

Casos como el de Marcos ponen de manifiesto las dificultades con las que nos hallamos cuando hemos de aplicar las normas que establecen derechos fundamentales.

En este caso, sabemos que la transfusión de sangre habría salvado, al menos a corto y medio plazo, la vida de Marcos; a largo plazo, dependía del diagnóstico certero de su enfermedad que no pudo ser correctamente establecido. Por otra parte, la razón fundamental por la cual la transfusión no se llevó a cabo fue la oposición de Marcos y sus padres, que surgía de sus convicciones religiosas. Aparentemente el derecho a la vida de Marcos y el derecho a la libertad religiosa de Marcos y de sus padres, están en conflicto. Este tipo de conflictos está, en mi opinión, en el núcleo de los problemas de aplicación de las normas que establecen derechos fundamentales.

Este tipo de problemas no es privativo de la aplicación del derecho, sino que comparte su estructura con muchos de los problemas de resolución de los conflictos prácticos. De hecho, el caso del niño Marcos podría ser también un supuesto analizado en una libro de filosofía moral, en el cual la pregunta tal vez sería: ¿tenían los padres de Marcos el deber moral de inducir a su hijo Marcos a aceptar la transfusión de sangre o, por el contrario, fue correcto su comportamiento de no intentar persuadirle de ello, dado que vulnera sus convicciones religiosas más íntimas en las cuales, por otra parte, han educado a Marcos?

Hay dos modos, incompatibles entre sí, de enfrentarse a estas cuestiones que responden a dos diversas concepciones de la racionalidad práctica. Según una de ellas, que denominaré *concepción subsuntiva*, se trata de reconstruir adecuadamente las pautas que han de guiar nuestra conducta y una vez realizada dicha operación de delimitación de nuestras pautas, aplicarla al caso concreto. La apelación a la pauta moral adecuada, junto con la afirmación de que el supuesto en cuestión es subsumible en ella, permite justificar la decisión. Según la otra concepción, a la que llamaré *concepción particularista*, no hay tal cosa como pautas universales en las cuales anclar la corrección moral de las acciones, hay que atender siempre al modo en que, en el caso individual, se presentan entrelazadas las circunstancias y *ponderarlas* con el objeto de percibir la solución correcta para dicho caso. La moral no es una práctica, según esta concepción particularista, de aplicación de pautas previas, sino una práctica narrativa que nos permite averiguar la significación de determinadas circunstancias para ese caso concreto. Por decirlo con una analogía, es mejor ser un buen cocinero que tener un excelente libro de recetas de cocina; las recetas sirven sólo como guías orientadoras, la bondad de un plato no depende exclusivamente del seguimiento estricto de las recetas.

Pues bien, estas dos concepciones de la racionalidad práctica tienen su reflejo en el debate jurídico acerca de la aplicación de las normas constitucionales que establecen derechos fundamentales.[1] En este trabajo, intentaré esbozar el atractivo y, también las dificultades, que ambas concepciones de los derechos fundamentales presentan y propondré una concepción alternativa apta, según creo, para rescatar lo mejor de ambas y superar sus debilidades.

2. La concepción subsuntiva[2]

El atractivo de la concepción subsuntiva reside, tal vez, en el supuesto, que todos podríamos conceder, según el cual la racionalidad requiere consistencia entre nuestros principios y nuestra práctica y para ser consistente es necesario subsumir los casos particulares en pautas generales. Si estas pautas entran en contradicción entre sí y, por lo tanto, puede el mismo caso individual subsumirse en pautas contradictorias, la consistencia es sacrificada. Por esta razón, tal vez, I. Kant concebía los deberes morales como categóricos, *obligationes non colliduntur*.[3] En un pasaje no muy citado de *La paz perpetua*, Kant expresaba claramente la universalidad que a su juicio exigía la formulación de pautas generales:[4]

> Sólo he querido llamar la atención de los profesores de derecho natural incidentalmente sobre el concepto de una *lex permissiva,* que se presenta como tal a la razón clasificadora-sistemática. De ese concepto se hace uso sobre todo en el derecho civil (estatutario), sólo que con la diferencia de que la ley imperativa se presenta por sí misma, mientras que el permiso no entra como condición limitativa (como debiera ser) sino que se lleva a las excepciones. Por ejemplo: se prohíbe esto o aquello, *excepto* los números 1.º, 2.º, 3.º, y así indefinidamente, pues los permisos se introducen en la ley de manera casual, no siguiendo algún principio sino tentando los casos concretos. Por el contrario, si las condiciones se hubieran introducido en la *fórmula de la ley prohibitiva,* ésta se habría convertido al mismo tiempo en una ley permisiva. Por esto, es de lamentar que se haya abandonado tan pronto el problema, ingenioso y sin resolver, que planteaba el premio del asimismo sabio y penetrante conde de Windischgrätz y que apuntaba a esto último. La posibilidad de una fórmula así (semejante a las fórmulas matemáticas) es la única piedra de toque verdadera de una legislación consecuente; sin ella el llamado *ius certum* se quedará siempre en un pío deseo. Sin ella habrá *meras leyes generales* (con eficacia *en general,* pero no leyes universales (con eficacia *universal*), como parece exigir el concepto de ley.

La aplicación del derecho, tal como usualmente la comprendemos, es una instancia de esta concepción general de la racionalidad práctica. Aplicar el derecho consiste en determinar la norma individual que establece una cierta consecuencia normativa para un caso individual determinado. Para tal fin, se trata de mostrar que dicho caso individual es una instancia de un caso genérico al que una norma aplicable correlaciona con esa consecuencia normativa. Dicha operación se conoce con el nombre de subsunción.[5] Todos los supuestos individuales que comparten el mismo conjunto de propiedades relevantes, y en el caso de la aplicación del derecho las propiedades relevantes son aquellas seleccionadas por el legislador en la promulgación

de las normas generales, tienen la misma consecuencia normativa. Es difícil negar el atractivo de dicha concepción. Nociones como las de generalidad y abstracción de las leyes, o la igualdad en la aplicación de la ley, presuponen esta concepción de la racionalidad. No es de extrañar, por lo tanto, que esta sea también una concepción vindicada en el contexto de la aplicación de las normas de derechos fundamentales.

Se trata, entonces, de delimitar adecuadamente el contorno de los comportamientos incluidos en cada una de las normas que establecen derechos fundamentales de forma que encajen perfectamente entre sí. Una vez realizada esta *formidable* tarea interpretativa, las normas de derechos fundamentales nunca colisionan entre sí: no es que los derechos tengan límites, sino que deben ser adecuadamente delimitados.[6] Tal vez esta sea una caricatura, una posición nunca defendida por nadie, pero anida en el fondo de muchas de las concepciones de derechos fundamentales.[7] Dicho en los términos de Luis Prieto –una posición que él mismo no comparte y critica-: 'entre el derecho y su límite no existiría propiamente antinomia porque sus respectivos supuestos de hecho estarían incomunicados; o, de existir conflicto entre el derecho que permite y la ley que prohíbe, operaría una relación de especialidad'.[8]

Esta parece ser también la posición de Jürgen Habermas y Luigi Ferrajoli. Habermas critica la ponderación con los siguientes argumentos:[9]

> Si en caso de colisión *todas* las razones pueden adoptar el carácter de argumentos que establecen fines, se derrumba aquella barrera cortafuegos que está asociada con un entendimiento deontológico de las normas y de los principios jurídicos en el discurso jurídico.

Es decir, si es posible siempre introducir nuevas excepciones a la regulación establecida por las normas que establecen derechos fundamentales, de acuerdo con las circunstancias del caso, entonces la aplicación del derecho obedece a formas arbitrarias e irreflexivas; el control racional sólo puede proceder de la aplicación subsuntiva.[10]

En Luigi Ferrajoli la posición es algo más compleja, porque su clasificación de las diversas categorías de derechos fundamentales le hace creer que 'la tesis de los conflictos de derechos no es sostenible', puesto que considera que entre estas categorías de derechos existe una verdadera jerarquía.[11] Por ejemplo, los derechos de autonomía, como los derechos civiles de intercambio e iniciativa económica, están siempre, según Ferrajoli, sometidos al resto de derechos fundamentales. Si esto fuera así la polémica de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones reguladas por el derecho privado (la doctrina de la *Drittwirkung*) carecería de sentido y el análisis conceptual de Ferrajoli se alejaría de la práctica de la aplicación de los derechos fundamentales. Por ejemplo, ¿cómo debe ser entendido el derecho a la propia imagen en el marco de una relación jurídico-laboral?, según Ferrajoli, si entiendo bien,

el derecho a la propia imagen sería siempre un límite infranqueable con relación a la potestad del empresario en dicha relación; sin embargo suele entenderse como uno de los asuntos en donde la ponderación es más necesaria.

En cualquier caso, como resultará obvio, la dificultad mayor que la concepción subsuntiva debe superar es la siguiente: ¿cómo es posible realizar una interpretación de todas las normas que establecen derechos fundamentales de modo que los comportamientos por ellas regulados encajen perfectamente entre sí? Esta cuestión, creo, es la que lleva a muchos autores a alguna versión particularista.

3. La concepción particularista[12]

Lo que la concepción particularista rechaza de la subsuntiva puede ser resumido del siguiente modo: el hecho de que una propiedad de una situación determinada sea relevante en relación con su corrección, no presupone que lo sea en cualquier otra circunstancia. Normalmente causar dolor de manera intencionada hace una acción más incorrecta, pero si mi hija de cuatro años se clava en la playa las púas de un erizo, entonces mi acción de causarle dolor para extraerle las púas no hace mi acción más incorrecta y si no hay otro modo de hacerlo, no la hace incorrecta en absoluto.[13] De un modo semejante, podría argüirse, el hecho de no hacer todo lo posible para salvar la vida de un hijo menor de edad es algo que hace dicho comportamiento incorrecto, y en el derecho es algo que hace a los padres responsables como garantes de una omisión calificable como homicidio; ahora bien, en el caso de Marcos, el Tribunal Constitucional argumenta que no convencerle para que acceda a la transfusión de sangre no es punible como homicidio porque es un supuesto del ejercicio del derecho a la libertad religiosa.

Por lo tanto, la corrección de una acción, para la concepción particularista, no depende de su capacidad de ser subsumida en una pauta general, sino que depende de cómo estén moldeadas en ese caso concreto las circunstancias. La relevancia de las propiedades depende enteramente de las circunstancias del caso concreto y nada es posible obtener para su relevancia en casos futuros.

En algún sentido, la técnica jurídica de la *ponderación* puede ser comprendida con la ayuda de estas ideas.[14] En la filosofía del derecho reciente, el intento más importante -hasta donde yo sé- de tratar de lograr una imagen de la ponderación sujetable al control racional es la de R. Alexy.[15] Veámosla con algún detalle:

Según Alexy, los conflictos de reglas –que se aplican según el modelo subsuntivo- y las colisiones de principios –que se aplican según el modelo particularista- tienen en común que, en ambos casos, la aplicación de las normas en conflicto produce resultados incompatibles. Son supuestos de antinomia normativa (como cuando, por poner un ejemplo simple, se prohibe detenerse en una determinada avenida y, a la vez, se obliga a respetar la luz roja de los semáforos: nadie, por razones

lógicas, puede cumplir ambas normas a la vez). Se diferencian en la forma de resolver el conflicto.

Un *conflicto de reglas* se soluciona o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o bien declarando inválida, al menos, una de las reglas.

Por ejemplo: hay una (al menos aparente) antinomia entre la norma del Código penal que obliga a los jueces a castigar a los homicidas y la norma penal que considera justificado el homicidio en legítima defensa. Algunos penalistas consideran que el problema se resuelve (la denominada teoría de los elementos negativos del tipo) considerando las causas de justificación como integrantes negativos de la descripción del tipo penal, es decir que las causas de justificación actúan como excepciones. Hay casos, por otra parte, en que un conflicto entre una disposición de rango legal y otra de rango reglamentario se resuelve declarando simplemente la invalidez de la disposición de rango reglamentario.

Las colisiones entre principios han de ser resueltas, según Alexy, de modo distinto. Cuando dos principios entran en colisión (por ejemplo, porque el primero establece que una conducta determinada está prohibida y el segundo que está permitida) uno de los dos ha de ceder frente al otro. Pero esto no significa que uno de los dos principios sea inválido, ni que en el principio desplazado haya que introducir alguna excepción. Lo que sucede es que, en determinadas circunstancias, un principio *precede* al otro. Es por esta razón que se afirma que, en los casos concretos, los principios tienen diferente *peso* y el conflicto ha de resolverse según la dimensión de peso y no según la dimensión de validez. Supongamos que en un caso concreto están en conflicto el derecho a la vida y el derecho a la libertad religiosa. Llamemos al principio que establece el derecho a la vida **DV** y al que establece el derecho a la libertad religiosa **LR**, entonces en las circunstancias C1, en las que se trata de la vida de un menor que no puede prestar su consentimiento, **DV** precede a **LR**: llamemos P a la relación de precedencia y podemos representarlo así:

(**DV** P **LC**) C1,

en cambio en las circunstancias C2 en las que, se trata de la vida de un adulto que consciente y libremente, debido a sus convicciones religiosas, rechaza el tratamiento médico que podría salvar su vida, la relación es la siguiente:

(**LR** P **DV**) C2.

En esta operación de determinación de las preferencias condicionadas consiste la *ponderación*, según Alexy. Una vez establecida la relación, podemos obtener la regla según la cual, por ejemplo, en un caso en que la vida que peligra es la de un menor que no puede prestar su consentimiento el no sometimiento al tratamiento médico está prohibido y, en otro caso, de consentimiento libre y consciente, el no sometimiento al tratamiento médico está permitido. De esta manera, vemos como

la relación de precedencia condicionada nos permite obtener una regla para resolver el caso, algo que podemos denominar la *ley de colisión*. R. Alexy la sintetiza así:

> Si el principio **P1**, bajo las circunstancias C, precede al principio **P2:** (**P1** P **P2**) C, y si de **P1** en las circunstancias C resulta la consecuencia R, entonces vale una regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R como consecuencia jurídica: C → R.

O lo que es lo mismo dicho menos técnicamente: Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente. Ahora bien, si las circunstancias C están delimitadas a partir de un supuesto concreto, parece que siempre es posible aducir otro supuesto en el que las circunstancias no coinciden y, entonces, la regla es válida únicamente para ese supuesto.

Otras ideas referidas a cómo funciona la operación de la ponderación de acuerdo con Alexy llevan a la misma conclusión. Como es sabido, con arreglo a las ideas de Alexy, siempre que un derecho fundamental es afectado, tres requisitos deben ser tenidos en cuenta: a) el requisito de adecuación, es decir, que el sacrificio impuesto en el ejercicio de un derecho sea adecuado para preservar otro derecho o un bien constitucionalmente protegido, b) el requisito de necesidad, esto es, que el sacrificio impuesto sea necesario –que no exista otro menos lesivo- para preservar otro derecho o un bien constitucionalmente protegido,[16] y c) el requisito de proporcionalidad en sentido estricto, en donde la ponderación propiamente dicha ocupa su lugar, que se afecte al ejercicio del derecho en el menor grado posible compatible con la mayor satisfacción en el ejercicio del otro derecho.[17]

Los últimos desarrollos de la concepción de Alexy[18] ponen de manifiesto que la ponderación es concebida de un modo particularista. Según Alexy, podemos dividir el grado de afección a un derecho determinado en tres rangos: leve, medio y grave. Como es obvio, estos grados de afección son relativos al contexto establecido por el caso concreto. De ello resulta lo siguiente: las vulneraciones leves de un derecho fundamental ceden ante la protección media y la grave de otro derecho fundamental, y las medias ceden ante las graves. Quedan tres casos de empate, en donde –si entiendo bien la propuesta de Alexy- el legislador goza de discreción para afectar uno u otro derecho, lo que equivale a decir que, en los casos de empate, las restricciones legislativas al ejercicio de un derecho fundamental están justificadas. Sea como fuere, y sin poder entrar en detalle en la configuración de Alexy, las anteriores ideas muestran que la ponderación es concebida como una operación dependiente del contexto, como una estrategia particularista.

En el caso de Marcos, el Tribunal Constitucional opera con la técnica de la ponderación. Bajo el supuesto de que los padres tienen la posición de garante en relación con

Marcos, no cuestiona que les fuera exigible proporcionarle la debida asistencia médica y tampoco que les fuera exigible no impedir la transfusión de sangre prescrita. Pero los padres de Marcos le proporcionaron la asistencia médica y acataron, contra su voluntad, la decisión de hacer la transfusión. Lo que cuestiona es si les es exigible una acción suasoria sobre el hijo para que este consintiera en la intervención y, siempre según el Tribunal, esta sería una carga excesiva para su libertad religiosa, entre otras razones, por que no se puede establecer la posibilidad de éxito que dicha acción tendría en el menor. Es decir, entre los comportamientos exigibles en su situación de garantes de la vida del hijo no se halla el de convencerle para que acepte la transfusión o, dicho de otro modo, frente a dicha exigencia los padres pueden argüir su ejercicio legítimo del derecho a la libertad religiosa. Se trata de una forma de argumentar que toma la ponderación como eje central y que tiene, por así decirlo, una matriz particularista.

El desafío más importante que una concepción particularista debe soportar está claramente expresado en el siguiente pasaje de Juan Carlos Bayón:[19]

> […] el mayor obstáculo que cualquier forma de particularismo, ya sea moral o jurídico, tiene que vencer, y que no es otro que poner en claro en qué consiste realmente esa misteriosa capacidad del 'discernimiento', una vez que se ha rechazado la idea esencial de que la justificación implica una inferencia a partir de una pauta general apropiada…Porque no parece que el auténtico particularismo disponga de una respuesta convincente a la pregunta de cómo es que una 'decisión acerca del caso concreto' puede verdaderamente no ser arbitraria. Si la razón para dicha posición es apropiada, se diría que ha de ser un caso de una generalización que rija también para otros contextos: porque lo que en modo alguno queda claro es cómo entender que se trata de una pretensión circunscrita al caso particular y distinta, a pesar de todo, de una mera decisión carente de fundamento.[20]

4. La ponderación como paso previo a la subsunción

La concepción subsuntiva y la concepción particularista parece que nos enfrentan con el siguiente dilema referido a la aplicación de pautas que establecen derechos fundamentales: o bien tenemos justificación subsuntiva de las decisiones con el precio de asumir la posibilidad de una reconstrucción completa y consistente de los contenidos regulados por las pautas que establecen derechos fundamentales, una reconstrucción inalcanzable para seres humanos como nosotros; o bien tenemos ponderación en los casos individuales, abierta siempre a la acusación de arbitrariedad o, al menos, de imposibilidad de control racional.[21]

Tal vez sea posible una vía intermedia.[22] Una vía según la cual la ponderación es únicamente la operación que permite pasar de las normas que establecen derechos

fundamentales, que tienen la estructura de principios –pautas con las condiciones de aplicación abiertas-,[23] a reglas –pautas con las condiciones de aplicación clausuradas-, con las cuales es posible llevar a cabo la subsunción, en el ámbito de un problema normativo determinado. Intentaré mostrar cuáles son las etapas de una operación de este tipo, tomando como ejemplo el caso del niño Marcos.[24]

La primera etapa consiste en la delimitación del problema normativo, de lo que Alchourrón y Bulygin han llamado el *universo del discurso*.[25] Delimitar claramente el ámbito del problema normativo que nos ocupa permite, principalmente, hacer el problema manejable: ya no nos referimos al conjunto de todas las acciones humanas posibles, sino sólo aun conjunto mucho más reducido de acciones humanas. En el caso de Marcos, el universo del discurso podría ser el siguiente: acciones y omisiones de aquellos que están en posición de garante en relación con los tratamientos médicos necesarios para salvar la vida humana de una persona. O sea estamos ante un subconjunto de las acciones y omisiones reguladas por las normas penales que prohíben causar la muerte de otra persona (homicidio, asesinato, auxilio ejecutivo al suicidio, etc.).

La segunda etapa consiste en la identificación de las pautas *prima facie* aplicables a este ámbito de acciones. Aquí obviamente son aplicables las normas penales que castigan el homicidio, en especial aquellas que lo castigan en comisión por omisión (vd. el artículo 138 del código penal en relación con el artículo 11), pero también todas las que establecen las causas de justificación y aquí es de especial relevancia el ejercicio legítimo del derecho a la libertad religiosa.

La tercera etapa consiste en la consideración de determinados casos paradigmáticos, reales o hipotéticos, del ámbito normativo previamente seleccionado en la primera etapa. Los casos paradigmáticos tienen la función de constreñir el ámbito de reconstrucciones admisibles: sólo son admisibles aquellas reconstrucciones que reconstruyen los casos paradigmáticos adecuadamente.[26] Los casos paradigmáticos constituyen el trasfondo, a menudo inarticulado, en el cual el razonamiento práctico tiene lugar. Es más, el debate que existe, en España y en Alemania, acerca del significado de las cláusulas constitucionales que autorizan al legislador a desarrollar los derechos fundamentales con el límite del respeto a su *contenido esencial* tal vez pueda ser comprendido así: el legislador puede desarrollar legislativamente el contenido de un derecho siempre que dicha regulación no excluya del ejercicio del derecho los casos que juzgamos paradigmáticos.[27] En el problema normativo delimitado en la primera etapa a modo de ejemplo, podríamos considerar como paradigmáticos casos como los siguientes: a) la misma situación del niño Marcos con la diferencia de que los padres hubiesen omitido, a la vista de que necesitaría una transfusión de sangre, conducirlo a hospital alguno y hubiese fallecido en casa; en dicho supuesto los padres habrían cometido, creo que todos acordaríamos en este juicio, un homicidio, en comisión por omisión, no

justificado; b) la misma situación de Marcos, con la diferencia de que Marcos hubiese tenido veinte años, en este supuesto todos consideraríamos que su negativa consciente a recibir la transfusión de sangre junto con las convicciones religiosas de sus padres eximían a estos de la obligación de convencerle para aceptar la transfusión.

En la cuarta etapa se establecen las propiedades *relevantes* de ese universo del discurso. El establecimiento de las propiedades relevantes ha de hacer posible la determinación de las soluciones normativas. En nuestro supuesto son claramente relevantes las siguientes propiedades: la mayoría de edad de la persona en peligro de muerte, su consentimiento serio, libre y consciente, las convicciones religiosas de la persona en peligro y de las personas en la situación de garantes, la adecuación de los comportamientos omitidos para la salvación de la vida en peligro.

La quinta y última etapa consiste en la formulación de las reglas que resuelven de modo unívoco todos los casos del universo del discurso. Una regla, me parece que indiscutida, sería la siguiente:

> R1: Los mayores de edad tienen derecho a rechazar un tratamiento médico de manera consciente y libre.

También indiscutida, creo, tendríamos una segunda regla:

> R2: Aquellos que están en posición de garante deber realizar todas las acciones a su alcance tendentes a proporcionar tratamiento médico adecuado hacia los menores incapaces de prestar su consentimiento libremente

Todos aceptaríamos que si Marcos tuviera tres años, rechazara la transfusión y los padres pudieran convencerlo prometiéndole un helado para después de la intervención, deberían hacerlo.

Quedan dos tipos de casos posibles: aquellos referidos a mayores de edad que no pueden prestar libremente su consentimiento y aquellos referidos a menores de edad que son capaces de comprender lo que ocurre y de prestar su consentimiento o no de manera seria e inequívoca. La sentencia del Tribunal Supremo equipara este segundo tipo de casos a la regla R2, considerando que el consentimiento prestado por un menor es irrelevante. La sentencia del Tribunal Constitucional, por el contrario, considera relevante el hecho de que el menor se oponga a la transfusión de manera consciente y, en tal supuesto, considera que los padres siguen teniendo el deber de proporcionarle asistencia médica, pero no el deber de convencerlo para que acepte una transfusión de sangre, sobre todo si dicho comportamiento no asegura en modo alguno el éxito de la acción suasoria de los padres. Con estos elementos pueden construirse las reglas adecuadas.

Obviamente que las tres últimas etapas están íntimamente relacionadas entre sí. El establecimiento de las reglas debe ser controlado de acuerdo con su capacidad de reconstruir los casos paradigmáticos. La selección de las propiedades relevantes debe refinarse en la medida en que este objetivo no sea alcanzado y, a partir de una nueva selección, debe procederse a la formulación del conjunto de reglas que disciplinan dicho problema normativo.

Estas cinco etapas constituyen *un modo* de concebir la ponderación que lo hace compatible con la subsunción y con una limitada generalidad. Las reglas surgidas de una reconstrucción como la propuesta se aplican de modo subsuntivo y permiten articular y otorgar coherencia a la función judicial. Cuando un órgano jurisdiccional resuelve un caso individual de dicho ámbito normativo, resuelve con su reconstrucción todos los casos individuales de dicho ámbito. Y lo hace de manera compatible con que en otro caso individual perteneciente a ese ámbito, o bien debe seguir la reconstrucción llevada a cabo o debe mostrar una propiedad relevante, no apreciada previamente, que le permita resolver algunos casos individuales de un modo diverso.[28] Creo que de este modo es posible el control racional de la función aplicadora del derecho.

5. La solución al problema del conde de Windischgrätz

Dos cosas deben quedar claras en este último epígrafe. En primer lugar, que la estrategia de reconciliación entre el modelo subsuntivo y el modelo particularista que ofrezco no constituye una solución al problema del conde de Windischgrätz que Kant nos recordaba, porque tal vez dicho problema no tenga solución. No hay modo de reconstruir de manera completa y consistente el universo de los principios morales. Tal noción puede funcionar como ideal regulativo, al que podemos acercarnos en mayor o menor medida, pero los seres humanos no estamos en condiciones de alcanzar dicho ideal. Tal vez ello no sea únicamente por razones epistémicas sino también por razones conceptuales, dado que hay infinitos modos de describir una acción individual –la acción que ahora estoy realizando puede ser descrita como: teclear el ordenador, escribir un artículo filosófico, retrasarme en llegar a mi casa, etc.-, pretender acotar todas las propiedades relevantes del universo moral es una empresa vana. En el caso de la aplicación del derecho la situación es diversa, alguien puede argüir con sentido que son relevantes sólo aquellas propiedades seleccionadas por las autoridades normativas. Ocurre, sin embargo, que las autoridades normativas seleccionan algunas propiedades de manera abierta (abierta incluso al universo de la moralidad) y de ese modo bloquean la posibilidad, en algunos casos, de una subsunción directa. La subsunción entonces sólo puede llevarse a cabo después de la reconstrucción adecuada del problema normativo y de las propiedades relevantes que estructuran dicho ámbito normativo. Esto ocurre siempre en el

supuesto de las normas constitucionales que establecen derechos fundamentales: los casos genéricos que regulan son necesariamente muy amplios y, por lo tanto, la reconstrucción –el paso de los principios a las reglas- se hace imprescindible. Es obvio que gran parte de esta tarea es y puede ser realizada por el legislador infra-constitucional, mediante las leyes que desarrollan los derechos fundamentales, pero dicha labor no evita los casos en que el conflicto es posible. Tal vez es conveniente que así sea. El legislador penal obviamente desarrolla la regulación de los derechos fundamentales en la legislación penal, pero ello no impide los conflictos, puesto que el propio legislador penal reconoce como causa de justificación el ejercicio legítimo de un derecho.

En este sentido, las declaraciones de derechos contenidas en nuestras constituciones funcionan como filtros que permiten al aplicador del derecho acudir a las razones sustantivas que subyacen a la regulación de las diversas esferas jurídicas. Este es el único modo en el cual la regulación de la vida social puede hacerse compatible con el respeto a los derechos fundamentales.[29]

En segundo lugar, como habrá quedado claro, tampoco mi reconstrucción pretende resolver el caso del niño Marcos. Pretende únicamente identificar claramente el problema y proporcionar un tipo de solución que no esté tan sujeta a la crítica de falta de control racional como lo está la ponderación en el modelo particularista. Tal vez alguien con el esquema *alexiano* de la proporcionalidad en sentido estricto podría argüir que el Tribunal Constitucional resuelve bien el caso puesto que, en las circunstancias del caso, la vulneración de la libertad religiosa de los padres de Marcos sería grave –al exigirles convencer a su hijo de que se preste a la transfusión en contra de las convicciones que ellos mismos le han inculcado-, mientras la vulneración del derecho a la vida de Marcos es leve porque las posibilidades, dadas de nuevo las circunstancias del caso, de que dicha acción tuviera éxito son muy bajas. Pero esta forma de argumentación tiene dos problemas, típicos de cualquier estrategia particularista: a) sólo sirve para el caso del niño Marcos. Entonces, es difícil establecer cuáles son las razones, que sólo son válidas, en dicho caso que llevan a la solución propuesta por el Tribunal Constitucional. Otros pensaran que, a pesar de todo, la vulneración del derecho a la vida –dado que acaba con la muerte- no es leve sino grave. En cambio, las cinco etapas propuestas, me parece, tienen algunas ventajas –sea cuál sea la solución que ofrezcan al caso concreto- sobre la estrategia particularista: en primer lugar, no vale sólo para el caso concreto sino que pretende resolver todos los casos individuales de un determinado universo del discurso, la ventaja reside aquí en que podemos averiguar si dicha reconstrucción resuelve de manera adecuada los casos paradigmáticos y, utilizando la analogía, averiguar si los casos cercanos a los paradigmáticos son resueltos de manera consistente; y b) en segundo lugar, la estrategia particularista no permite el control racional, puesto que no permite

establecer con claridad las razones por las cuales alguien piensa que dicha propiedad considerada relevante no ha de serlo o, por el contrario, si una propiedad considerada irrelevante ha de ser relevante. Puede notarse que, en un sentido, la concepción aquí presentada también hace la relevancia de las propiedades dependientes del contexto, pero no –como para los particularistas- dependiente del contexto establecido por las circunstancias del caso concreto, sino dependiente del contexto del problema normativo seleccionado. Al hacerlo de este modo, es posible concebir las razones como *generales* y no particulares. Obviamente cabe que dos reconstrucciones, diversas entre sí, sean ambas plausibles y, entonces, podemos decir que el derecho está indeterminado y que, en este sentido, la decisión es discrecional. Pero no se trata de que unos perciban el caso de un modo y otros lo perciban de otro, sino de que unos piensan tener mejores razones a favor de la relevancia de una propiedad, mientras otros piensan de modo contrario y dichas razones pueden ser valoradas de acuerdo con su capacidad de resolver todos los casos del universo del discurso en cuestión.

Por último, tal vez esta forma de concebir la racionalidad práctica no esté tan alejada de un modo estándar de concebir la racionalidad teórica. Como es sabido, el modelo *popperiano* de racionalidad teórica aconseja formular atrevidas conjeturas y disponer de sólidos instrumentos para refutarlas. Pues bien, de modo análogo, el modelo propuesto de racionalidad práctica sugiere formular atrevidas hipótesis de solución de los casos pertenecientes a determinado ámbito normativo y propone sólidos instrumentos para refutarlas también; es claro que dichos instrumentos no son las pruebas empíricas, sino únicamente las convicciones de las que disponemos que anclan nuestros casos paradigmáticos. Pero este es el modelo más plausible de racionalidad práctica, consistente en ajustar nuestras convicciones con nuestros principios hasta alcanzar lo que John Rawls denominó un *equilibrio reflexivo*.[30]

NOTAS

1 Recientemente, Robert Alexy ha planteado la cuestión también en estos términos: '¿Cuál de estas dos construcciones nos permite obtener mayor racionalidad en el control de la constitucionalidad: la que requiere la subsunción o la que requiere la ponderación?'. Robert Alexy, 'Constitutional Rights, Balancing, and Rationality', *Ratio Iuris*, 16 (2003): 131, 140, en p. 134.

2 Para la presentación de estos dos modelos de la racionalidad práctica sigo a Jonathan Dancy, *Moral Reasons* (Oxford: Blackwell, 1993) que, por otra parte, constituye la defensa más articulada que conozco de la concepción particularista de las razones morales.

3 Immanuel Kant, *Metafísica de las Costumbres* [1797], trad. de A. Cortina y J. Conill, (Madrid: Tecnos, 1989), p. 31.

4 Immanuel Kant, *La paz perpetua* [1795], trad. de J. Abellán con presentación de A. Truyol y Serra (Madrid: Tecnos, 1985), p. 12. Esta concepción de la universalidad está en la base, como es sabido de la teoría moral de Richard Hare, *The Language of Morals* (Oxford: Oxford University Press, 1952).

5 En términos parecidos me expresaba en José Juan Moreso, 'Conflictos entre principios constitucionales' en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid: Trotta, 2003), 99-122, en pp. 99-100, un trabajo en el que aparecían esbozadas algunas de las ideas que aquí se desarrollan.

6 Véase una interesante reflexión sobre los límites y la delimitación de los derechos fundamentales en Javier Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías* (Madrid: Trotta, 1999), pp. 35-45.

7 Esta parece ser la posición que asumió en España Ignacio de Otto, 'La regulación del ejercicio de los derechos y libertades'en Luis Martín Retortillo, Ignacio de Otto, *Derechos fundamentales y Constitución* (Madrid: Civitas, 1988), 113-145. Una tesis que parecen seguir, por ejemplo, Gregorio Peces-Barba, *Curso de Derechos fundamentales. Teoría general*, con la colaboración de R. De Asís, C. Fernández Lisa y A. Llamas, (Madrid: Universidad Carlos III/BOE, 1995), p. 589; Antonio Luis Martinez Pujalte, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales,* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997); Juan Cianciardo, *El conflictivismo en los derechos fundamentales* (Pamplona: Universidad de Navarra, 2000), pp. 243 y ss.; Andrés Ollero, 'La ponderación delimitadora de los derechos fundamentales: libertad informativa e intimidad personal', *Pensamiento y Cultura*, 3 (2000), pp. 157 y ss.;, p. 53; Pedro Serna, Fernado Toller, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos* (Buenos Aires: La Ley, 2000).

8 Luis Prieto Sanchís, 'La limitación de los derechos fundamentales' en Id., *Justicia consititucional y derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2003), cap. 5, p. 219; en el mismo trabajo (p. 223) Luis Prieto sugiere que esta concepción y su opuesta responden a dos filosofías políticas diversas: 'Por eso hay quien ve detrás de estas dos teorías auténticas filosofías políticas: una posición liberal que conciba la libertad sobre todo en términos de libertad negativa se inclinará por la concepción de los derechos como principios susceptibles de limitación externa justificada; una posición más comunitarista y tendente a valorar la libertad más en términos de libertad positiva habrá de preferir la teoría de la *delimitación* y configuración legislativa'. Sin embargo, no estoy tan seguro de que la concepción subsuntiva y la concepción particularista respondan a estas dos filosofías políticas, los autores a los que más abajo me refiero no necesariamente abrazan una filosofía política comunitarista (piénsese, por ejemplo, en el caso de Ferrajoli) y, en cambio, defienden el modelo subsuntivo. Como he dicho al inicio, creo que aquí están en pugna dos grandes concepciones de la racionalidad práctica, o sea que la confrontación se da en un nivel todavía más abstracto que el de la filosofía política.

9 Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* [1992], (Madrid: Trotta, 1998), p. 327.

10 *Ibidem,* pp. 332 y ss.

11 Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, (Madrid: Trotta, 2001), p. 353. La posición de Ferrajoli merecería un comentario más detallado y lamento no poder entrar aquí en el análisis cuidadoso de su clasificación y conceptualización de las diversas categorías de derechos fundamentales.

12 Una sugerente concepción particularista en filosofía moral ha sido defendida recientemente por Josep E. Corbí, *Un lugar para la moral*, (Madrid: La Balsa de la Medusa, 2003), caps. 7, 8 y 9.

13 Jonathan Dancy, *Moral Reasons*, supra en nota 2, p. 65.

14 Véase, en este sentido, Juan Carlos Bayón, '¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico', *Doxa* 24 (2001): 35-62, en pp. 55-58.

15 Robert Alexy**,** *Teoría de los derechos fundamentales* , [1986] trad. de E. Garzón Valdés, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), pp. 81-98.

16 Estas dos operaciones deben ser comprendidas como distintas en un sentido sólo heurístico y no conceptual. Quiero decir que, conceptualmente, si un medio A es necesario para obtener B también es adecuado. Ahora bien, según creo, hay que interpretar a Alexy en el sentido siguiente: en primer lugar, averiguamos si A se encuentra entre los medios adecuados para obtener B y, en segundo lugar, vemos si no existen medios menos lesivos que A de alcanzar B.

17 Dos exposiciones breves y claras en Robert Alexy, 'Constitutional Rights, Balancing, and Rationality', supra en nota 1, pp. 135-136 y Luis Prieto Sanchís, 'El juicio de ponderación' en Id., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, supra en nota 8, cap. 4, en pp. 199-203. En España estas ideas han sido ampliamente aceptadas en la doctrina constitucional. Vd., por ejemplo, Juan Carlos Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo,* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994), Manuel Medina Guerrero, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, (Madrid: McGraw-Hill, 1996), José María Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes e intereses en Derecho Administrativo*, (Madrid: Marcial Pons, 2000), Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003).

18 Robert Alexy, 'Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*', trad. de C. Bernal, *Revista española de Derecho Constitucional*, 22, n. 66 (2002): 13- 64

19 Juan Carlos Bayón, '¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico', supra en nota 14, p. 57.

20 Pueden verse este tipo de dudas, aplicadas al uso de la ponderación en el ámbito jurídico, en Pablo de Lora, 'Tras el rastro de la ponderación', *Revista española de Derecho constitucional*, 20, n. 60 (2000): 359-369.

21 Parece que este dilema es lo que late en el trasfondo de la discusión que mantuve con Bruno Celano con motivo de la publicación en italiano del trabajo citado en la nota 5. Vd. José Juan Moreso, 'Conflitti tra principi costituzionali', *Ragion Pratica* 18 (2002): 201-221, Bruno Celano, ''Defeasibility e bilanciamento, Sulla possibilità di revisioni stabili', *Ragion Pratica* 18 (2002): 223-239 y José Juan Moreso, 'A propósito di revisioni stabili, casi paradigmatici e ideali regolativi: replica a Celano', *Ragion Pratica* 18 (2002): 241-248.

22 Una vía sugerida por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, 'Rules and Principles Revisited', *Associations*, 4 (2000): 147-156; Vd. también José Juan Moreso, 'Conflictos entre principios constitucionales', supra en nota 5 y Juan Carlos Bayón, '¿Porqué es derrotable el razonamiento jurídico', supra en nota 14.

23 Para esta noción de principios vd. Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho* (Barcelona: Ariel, 1996), cap. 1.

24 Las ideas están ya esbozadas en José Juan Moreso, 'Conflictos entre principios constitucionales', supra en nota 5. Transcurren cercanas al análisis de lo que se denomina función de coherencia en lo siguientes trabajos de Susan Hurley, *Natural Reasons*, (Oxford: Oxford University Press, 1989), cap 12 y **'**Coherence, Hypotetical Cases, and Precedent'**.** *Oxford Journal of Legal Studies*, 10 (1990): 221-251.

25 Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Normative Systems* (New York-Wien: Springer, 1971), cap. I.

26 Vd., para esta función de los casos paradigmáticos en el ámbito del razonamiento jurídico, Ronald Dworkin, *Law's Empire*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986), pp. 255-257; Susan Hurley, *Natural Reasons*, supra en nota 24, p. 212 y Timothy Endicott, 'Herbert Hart and the Semantic Sting', *Legal Theory* 4 (1998): 283-301.

27 Creo que se trata de una idea compatible con el análisis de la cláusula del contenido esencial de Javier Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, supra en nota 6, pp. 66-80.

28 Como es obvio esta operación representa el cambio de las reglas del sistema normativo y, por lo tanto, del sistema normativo aplicable. Sin embargo, este cambio es compatible con el hecho de que la solución de los casos realmente ocurridos en el pasado sea la misma para los dos sistemas normativos. Vd. el desarrollo de esta idea en José Juan Moreso, 'Conflictos entre principios constitucionales', supra en nota 5, pp. 117-118.

29 Un filtro semejante al que constituyen las causas de justificación en el derecho penal. He desarrollado esta idea en José Juan Moreso, 'Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)', *Doxa* 24 (2001): 525-545.

30 John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971), pp. 48-51.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCHOURRÓN, Carlos E., BULYGIN, Eugenio, *Normative Systems*, New York-Wien: Springer, 1971.
ALEXY, Robert, Constitutional Rights, Balancing, and Rationality, *Ratio Iuris*, 16, 2003.
———. Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de C. Bernal, *Revista española de Derecho Constitucional*, 22, n. 66, 2002.
———. *Teoría de los derechos fundamentales* , [1986] trad. de E. Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
ATIENZA, Atienza, MANERO, Juan Ruiz Manero, 'Rules and Principles Revisited', *Associations*, 4 2000.
ATIENZA, Manuel, MANERO, Juan Ruiz, *Las piezas del Derecho*, Barcelona: Ariel, 1996.
BAYÓN, Juan Carlos, ¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico, *Doxa* 24, 2001.
CAMPO, Javier Jiménez, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid: Trotta, 1999.
CARA, Juan Carlos Gavara de, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
CELANO, Bruno, Defeasibility e bilanciamento, Sulla possibilità di revisioni stabili, *Ragion Pratica* 18, 2002.
CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona: Universidad de Navarra, 2000
CORBÍ, Josep E., *Un lugar para la moral*, Madrid: La Balsa de la Medusa, 2003.
DANCY, Jonathan, *Moral Reasons,* Oxford: Blackwell, 1993.
DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986.
ENDICOTT, Timothy, Herbert Hart and the Semantic Sting, *Legal Theory* 4, 1998.
FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2001.
GUERRERO, Manuel Medina, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid: McGraw-Hill, 1996.
HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* [1992], Madrid: Trotta, 1998.
HARE, Richard, *The Language of Morals*, Oxford: Oxford University Press, 1952.
HURLEY, Susan Hurley, *Natural Reasons*, Oxford: Oxford University Press, 1989.
———. Coherence, Hypotetical Cases, and Precedent, *Oxford Journal of Legal Studies*, 10, 1990.
KANT, Immanuel, *La paz perpetua* [1795], trad. de J. Abellán con presentación de A. Truyol y Serra Madrid: Tecnos, 1985.
———. *Metafísica de las Costumbres* [1797], trad. de A. Cortina y J. Conill, Madrid: Tecnos, 1989.
LORA, Pablo de, Tras el rastro de la ponderación, *Revista española de Derecho constitucional*, 20, n. 60, 2000.
MORESO, José Juan, Conflictos entre principios constitucionales en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2003.
———. A propósito di revisioni stabili, casi paradigmatici e ideali regolativi: replica a Celano, *Ragion Pratica* 18, 2002.
———. Conflitti tra principi costituzionali, *Ragion Pratica* 18, 2002.
———. Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad, *Doxa* 24, 2001.
OLLERO, Andrés, La ponderación delimitadora de los derechos fundamentales: libertad informativa e intimidad personal, *Pensamiento y Cultura*, 3, 2000.
OTTO, España Ignacio de, La regulación del ejercicio de los derechos y libertades, en Luis Martín Retortillo, Ignacio de Otto, *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, 1988.
PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de Derechos fundamentales. Teoría general*, con la colaboración de R. De Asís, C. Fernández Lisa y A. Llamas, Madrid: Universidad Carlos III/BOE, 1995.
PUJALTE, Antonio Luis Martinez, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
PULIDO, Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971.
SANCHÍS, Luis Prieto, La limitación de los derechos fundamentales, en Id., *Justicia consititucional y derechos fundamentales* , Madrid: Trotta, 2003.
SANTIAGO, José María Rodríguez de, *La ponderación de bienes e intereses en Derecho Administrativo*, Madrid: Marcial Pons, 2000.
SERNA, Pedro Serna, TOLLER, Fernado, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires: La Ley, 2000.

José Juan Moreso
Universitat Pompeu Fabra, Barcelona

O PROBLEMA DA VINCULAÇÃO À LEI NA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

André de Albuquerque Cavalcanti Abbud

THE PROBLEM OF THE POSTULATE OF THE STRICT TIE BINDING COURTS TO LEGAL STATUTES

RESUMO

O postulado de absoluta vinculação do juiz à lei, resultado das escolas juscientíficas surgidas à luz do ideário liberal-racionalista, foi posto em cheque a partir do reconhecimento do caráter criativo inerente à interpretação judicial. Por outro lado, exigências ligadas à segurança jurídica mantêm vivas certas funções desempenhadas pela idéia de sujeição do juiz à lei. Desse quadro antitético emerge a questão de reavaliar o contorno e alcance da vinculação do intérprete à lei. Propõe-se o enfrentamento do problema a partir de duas perspectivas da relação entre o juiz e a norma, vazadas nas díades dentro/fora e longe/perto.

PALAVRAS-CHAVE

Interpretação jurídica / criatividade / vinculação à lei / segurança jurídica

ABSTRACT

The postulate of a strict tie binding courts to legal statutes, proposed by the so-called scientific jurisprudence typical of rationalist ideologies, has been put to question since court interpretation was first recognized as having a characteristic creative element. Nevertheless, demands for secure legal systems with foreseeable court decisions have kept alive certain effects of the old postulate. This antithetic scenario suggests the desirability of retracting the outline and reach of the strict bind rule as it exists today. This paper proposes to face the problem by analyzing the relation between courts and the law from two dyadic standpoints, namely inside/outside and far/near.

KEYWORDS

Court decisions / creativity / courts bound to the law / legal security

1 O PROBLEMA

No conto *A pane*, Dürrenmatt narra a história de três operadores do direito aposentados – um juiz, um promotor de justiça e um advogado – que se reúnem periodicamente em torno de um banquete para simular julgamentos. O "acusado" da vez é um caixeiro-viajante de sobrenome "Traps" (armadilha, cilada) que, casualmente acolhido para o pernoite pelo juiz em razão de uma pane ocorrida em seu automóvel, aceita participar da brincadeira. Após fazer um punhado de perguntas ao visitante – que sinceramente nega ter praticado qualquer crime –, o promotor público,

dando-se por satisfeito, constrói extensa argumentação em torno da morte do antigo chefe do caixeiro, reputando a este o papel de homicida. O acusador assim descreve a maneira como atingira essa conclusão:

> nosso amigo ter assumido o posto de seu chefe, e este chefe ter morrido, todos estes fatos ainda não eram provas, mas os primeiros elementos que fortaleceriam a tese e dariam fundamento àquela intuição. A suspeita, alicerçada logicamente, só cresceu quando se soube que esse legendário chefe havia morrido de um infarto. Aí foi o caso de juntar, combinar, invocar perspicácia, sagacidade, proceder com discrição, aproximar-se sorrateiro da verdade, reconhecer o comum como o incomum, ver o definido no indefinido, contornos na névoa, crer num assassinato exatamente por parecer absurdo supor um assassinato (2003:52).

Atônito, convencido da própria culpa, o "réu" é simbolicamente condenado à pena capital pelo juiz. Traps então comete suicídio.

Esse conto de tons expressionistas mostra o caráter criativo presente em toda interpretação, capaz de surpreender até mesmo o autor do objeto interpretado. Com efeito, por mais preciso que seja o relato fático ou o texto legal, seus termos conservam sempre uma margem de polissemia, que abre campo para a atribuição de múltiplos sentidos aos fatos ou à norma (Carrió, 1990; Warat, 1995). É sobre essa margem que atua necessariamente toda a carga de pré-conceitos do intérprete, integrante da tradição em que está inserido, da qual ele não consegue se desvencilhar (Gadamer, 1997:368-385). "Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu 'texto', ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre – porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e nuances, para a criatividade interpretativa", pontifica Cappelletti (1993:22).

Se essa realidade hermenêutica pode ser hoje considerada um truísmo (Cappelletti, 1993:24), também é óbvio que à teoria do direito nem sempre pareceu assim. O racionalismo iluminista dos séculos XVIII e XIX, que deu origem ao movimento codificador, culminou por reservar ao juiz um papel meramente mecânico na aplicação das leis, executor estrito da técnica subsuntiva. Os postulados liberais de absolutas segurança e certeza no ordenamento jurídico, garantias contra o arbítrio estatal, impunham um sistema jurídico positivo absolutamente claro, completo e coeso, resultante da onipotência do legislador, a partir do que deveria o juiz ser apenas "a boca que profere as palavras da lei", na célebre expressão de Montesquieu (Perelman, 2000:20-23; Bobbio, 1995:37-40).

Se não se nega hoje a superação dessa corrente de pensamento, a partir da assunção do importante papel criativo desempenhado pelo juiz na interpretação dos enunciados normativos, tampouco se nega a permanência da segurança e da certeza como valores a serem perseguidos pelo sistema jurídico (Stein, 2000). Faz-se necessário,

diante desse confronto, perquirir acerca da medida em que o juiz está vinculado à lei, na interpretação e aplicação do direito ao caso concreto. Em outras palavras, trata-se da questão dos limites com que o juiz depara na atividade hermenêutica. Tais limites definem os contornos de sua criatividade? Ou a criatividade judicial é que forja os próprios limites a que está submetida? Os problemas emergentes dessas indagações constituem o objeto central das presentes notas.

2 Antecedentes históricos: o iluminismo, o movimento codificador, a escola da exegese e a jurisprudência dos conceitos

Da combinação dos pensamentos de Hobbes, Rousseau, e – principalmente – Montesquieu e Beccaria, surgiu o ideário racionalista responsável pela identificação do direito com a norma posta. Avessos a toda forma de arbítrio, o Iluminismo e a concepção do Estado liberal viam na lei a única e suprema garantia da liberdade do cidadão, em reação aos desmandos do soberano.

A fim de exercer adequadamente essa função garantidora, a lei deveria ser absolutamente clara e maximamente precisa, com vistas a se tornar acessível a todos, que nela poderiam então pautar sua conduta, definindo e diferenciando os comportamentos proibidos dos permitidos. Nessa perspectiva liberal-iluminista, a segurança e a certeza no direito foram alçadas ao mais alto grau dentre os valores a serem colimados pelo sistema jurídico.

Para atingir esse objetivo, era preciso reconduzir as fontes do direito a apenas uma: a estatal. Somente assim seria possível erigir um sistema de normas uniforme, simples e coeso. Surgem assim os dogmas da completude, da clareza e da coerência, propugnadores de um corpo normativo absolutamente desprovido de lacunas, antinomias ou ambigüidades.

Nesse terreno finca raízes o movimento codificador, surgido na segunda metade do século XVIII e culminado no bicentenário Código de Napoleão. Com ele, atinge o ápice a idéia da identificação do direito com a lei, única forma de expressão jurídica válida, e assume-se o código como manifestação de um todo normativo sistemático e desprovido de imperfeições.

Diante da onipotência do legislador, o juiz via então seu papel ser reduzido ao mínimo possível na aplicação do direito. Reflexo da doutrina da separação dos poderes de Montesquieu que, ciosa da divisão e controle mútuo das funções do Estado, reservava a tarefa de criar o direito exclusivamente ao Poder Legislativo (Perelman, 2000:20-22). Como corolário do postulado de segurança jurídica, ao juiz cabia apenas funcionar como "bouche de la loi", ser desprovido de vontade por meio do qual se manifestava, intocado, o comando expresso na norma legislada. Somente assim a sociedade se veria garantida contra o risco da prática de abusos e arbitrariedades por parte daquele a quem cumpria aplicar a lei.[1]

Nessa tarefa, o juiz estava adstrito à utilização do método subsuntivo, aproximando o texto legal aos fatos por meio de um processo dedutivo-formal, silogístico, do qual resultaria a solução a ser aplicada ao caso concreto: a sentença. Aplicar o direito significava aplicar a lei. Julgava-se evitar assim toda forma de interpretação nessa atividade, capaz de desviar, mascarar ou subverter a vontade do legislador. *Dura lex, sed lex*. *In claris cessat interpretatio*.

Esse foi o espírito que, se não pautou a criação do art. 4.° do Código Napoleônico por Portalis, regeu sua interpretação pelos primeiros comentadores desse diploma. Portador do princípio do *non liquet*, esse dispositivo acabou tomando a forma de regra a impelir o juiz a, posto diante de eventual obscuridade, insuficiência ou silêncio da lei, proceder de modo a superar a dificuldade no bojo do próprio sistema jurídico positivo, recorrendo à analogia ou aos princípios gerais do direito (Bobbio, 1995:74).[2] Consagravam-se, assim, os dogmas da completude e coerência do ordenamento jurídico.

Esse modo de ver a aplicação do direito contextualiza o surgimento da Escola da Exegese (*école de l'exégèse*) na França do século XIX. Motivados pela codificação, pela doutrina da separação de poderes e pressionados pelo regime napoleônico, seus adeptos levaram ao extremo o fetichismo da lei e do método silogístico na atividade judicial. Marcavam essa Escola, assim, o respeito à vontade do legislador e ao princípio da autoridade, o culto ao texto da lei e a concepção exclusivamente estatal do direito, negando-se qualquer relevo jurídico ao direito natural (Bobbio, 1995:84-89). Pretendia-se, com isso, submeter os tribunais à estrita legalidade, proibindo-os de interpretar, de modo a que se vinculassem à observância fiel dos precisos termos da lei na aplicação do direito.

Na mesma época, o advento da Jurisprudência dos Conceitos, na Alemanha, manifesta a adoção de modelo semelhante de interpretação do direito (Neves, 2003b:357). Tendo em Puchta um de seus principais representantes, essa Escola via o sistema jurídico como uma totalidade unitária, perfeita e completa – fruto da onipotência do legislador –, composta de uma pirâmide de conceitos tecnicamente precisos, coordenados hierarquicamente de modo que o conceito inferior se subsumiria ao conteúdo do superior, objetivamente dado. Nesse contexto, ao intérprete cabia apenas aplicar dedutivamente, segundo parâmetros lógico-formais, esse todo concatenado dotado de sentido unívoco (Larenz, 1997:21-29; Ferraz Júnior, 1994:80 e 266; Neves, 2003b:357-358).

3 Crítica e funções do postulado da vinculação à lei

A corrente de pensamento capitaneada pela Escola da Exegese e pela Jurisprudência dos Conceitos encontra-se hoje reconhecidamente ultrapassada. O ideal do sistema como um corpo de leis completo, claro e coerente, apto a oferecer de antemão

soluções simples e objetivas para todos os conflitos possíveis, em prol de uma absoluta segurança jurídica, evidenciou-se não passar de quimera. Mesmo destino teve a visão mecânica do exercício aplicativo do direito por parte do juiz.[3]

A verdade é que o sistema jurídico e sua aplicação à realidade social conflituosa se mostraram dotados de complexidade muito superior à que supunham os exegetas ou os conceitualistas, incapaz de ser contida nos estreitos limites do formalismo e objetividade propugnados àquela época. Por maior precisão que se busque na redação dos textos legais, suas palavras reservam sempre uma margem, maior ou menor, de porosidade significativa, por meio da qual penetra a atividade interpretativa do juiz. Isso advém do fato de que a linguagem jurídica tem sua fonte na linguagem natural, da qual extrai os termos e palavras de que faz uso na ciência que instrumentaliza (Ferraz Júnior, 1980:75). Daí por que a linguagem do direito "apresenta zonas de penumbra e é, atual ou potencialmente, vaga e imprecisa" (Grau, 2002:197). Afinal,

> es una ilusión la de que a cada palabra le corresponde un significado y sólo uno; la gran mayoría de ellas tiene una pluralidad. También es ilusoria la creencia de que el uso de una misma palabra para denotar objetos diversos presupone necesariamente – salvo los casos de mera homonimia – que todos esos objetos tienen una propiedad o un conjunto de propiedades en común, que integran o componen una entidad que la palabra nombra. El hecho de que estamos usando una misma palabra no garantiza que nos estamos refiriendo a la misma cosa (Carrió, 1990:94).

Se assim é, certo está o juiz Barwick ao afirmar que

> a melhor arte de redação das leis, e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambigüidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária.4

O texto legislativo, aprioristicamente, possui significado apenas *potencial*; é somente à luz dos fatos emergentes do caso concreto que se realiza a interpretação, produzindo-se a norma (Neves, 2003a:13-20). Não há, portanto, como negar que o juiz interprete. A interpretação é inerente a todo processo de aplicação do direito. Tem ela por objeto os textos normativos, que são vertidos em normas pelo trabalho do intérprete (Grau, 2002:17, 71-73). Daí poder-se dizer, com Kelsen e Reale, que a norma é, em si mesma, o resultado da interpretação (1998b:358, 1962:505).

É por meio dessa *open texture* do sistema, atribuidora de certa margem de discricionariedade ao intérprete, que o juiz exerce uma função criativa (Hart, 1994:148-149). Só assim se explica a variabilidade da jurisprudência, no tempo e no espaço. A

mais "clara" das regras é aplicada de formas diversas no Rio Grande do Sul e em Pernambuco. O antigo Código Civil era aplicado de uma maneira na década de vinte e de outra nos estertores do século XX. Não é, no entanto, apenas em função das variáveis tempo e espaço que se atesta a diversidade jurisprudencial; deixando de lado os exemplos extremos, dois juízes atuantes simultaneamente em uma mesma comarca com freqüência têm interpretações divergentes para a mesma regra jurídica.

Aos exegetas escapava que o juiz é um ser humano, dotado de vontade e emoções, imerso num particular contexto histórico e por ele condicionado. Ao adentrar no processo hermenêutico, o juiz inelutavelmente carrega consigo sua prévia *compreensão-de-mundo*, da qual faz uso no movimento circular de interpretação/aplicação do direito. Da tensão entre a familiaridade com sua tradição e a objetividade da distância temporal entre ele e a norma surge o verdadeiro lugar da hermenêutica (*Zwischen*), em que o intérprete realiza o constante projetar de novo de seus preconceitos, que o leva à compreensão (Gadamer, 1997:385-396 e 2002:72-81). Condicionada dessa forma pelo sujeito que interpreta, "a compreensão nunca é um comportamento meramente reprodutivo, mas também é sempre produtivo" (Gadamer, 1997:392).

Essa realidade levou Kelsen a negar qualquer *status* juscientífico à interpretação. Se as palavras – e, portanto, as prescrições normativas, naquelas veiculadas – possuem uma margem plurissignificativa irredutível, haveria várias interpretações igualmente corretas. Não seria possível assim erigir métodos sobre a atividade desempenhada pelo juiz na aplicação do direito, a qual resultaria de um ato de vontade do intérprete autêntico, criador da norma individual. Na perspectiva desse autor, os limites da ciência jurídica estariam no traçado da moldura ou quadro semântico da norma, dentro do qual qualquer decisão judicial seria válida (1998a:387-395 e 1998b:365-368).

A natureza criativa da atividade hermenêutica põe em cheque o postulado da absoluta vinculação do juiz à lei. Por mais que se a afirme, o juiz será sempre "forçado a ser livre" (Cappelletti, 1993:22), impossibilitado de se ater estritamente aos termos da lei. A atuação judicial mesma seria responsável, por intermédio da argumentação, tanto a delimitar o âmbito significativo da norma legal quanto a dar os contornos da própria vinculação do juiz à lei (Hassemer, 2002:292-293). Para lançar mão da imagem de Kelsen, o intérprete autêntico não apenas determinaria o conteúdo da moldura normativa – como queria o autor checo –, como também traçaria as medidas e formas da própria moldura, interferindo sobre sua vinculação à norma na aplicação desta ao caso concreto.

A partir daí, dever-se-ia concluir que os limites da interpretação normativa residem apenas na própria capacidade de argumentação do juiz? Ou talvez que a criatividade judicial se exerce sem limites? Não se pode esquecer que, na maioria dos sistemas jurídicos, o princípio da legalidade permanece como um dado (Engish,

2001:207).[5] No ordenamento brasileiro, a par de albergado mais de uma vez na Constituição Federal, é repetido em inúmeras outras disposições normativas.[6] A razão estaria então com Engish, quando afirma que a vinculação à lei seria uma questão de grau (2001:207)?

Hassemer lida com essas perguntas buscando os elementos de vinculação da atividade judicial na jurisprudência, na dogmática jurídica e nos "programas informais" (sistemas de regras não explícitas para a atividade jurisdicional, advindas da experiência). Assume, em contrapartida, exercerem tais elementos papel vinculativo meramente fático (2002:296-299). Alexy aponta a ligação com a lei, a consideração pelos precedentes e pela dogmática usada na ciência do direito como condições limitadoras da argumentação jurídica. Para ele, esses limites constituem a pauta de referência para a justificação racional das decisões judiciais, em obediência à exigência de correção dos discursos jurídicos com base na ordem jurídica prevalecente (2001: 27, 211 e ss., 320-323).

O postulado da vinculação à lei, sem dúvida, desempenha importantes funções perante o sistema jurídico e a sociedade que lhe corresponde. É a idéia do referimento da decisão judicial à lei que confere um mínimo de segurança jurídica ao sistema, valor nunca apartado da noção de Estado democrático de direito (Larenz, 1997:216). Afinal, se o ordenamento jurídico é garantia do cidadão contra o arbítrio estatal (ou de quem quer que seja), natural que a aplicação do direito não se furte à observância da lei. E, para bem cumprir essa missão garantidora, as leis devem funcionar como elemento atribuidor de certa previsibilidade à atividade dos tribunais. Fala-se no *princípio da proteção da confiança nas leis* (Stein, 2000:105-112), subprincípio da segurança jurídica portador da idéia de estabilidade no sistema normativo, do qual emanam corolários como os da irretroatividade das leis, da não-repristinação e da coisa julgada.

Ao mesmo tempo, a vinculação do juiz à lei favorece a segurança jurídica na medida em que fornece um critério objetivo para o controle das decisões jurisdicionais pelos órgãos competentes, exercido com base na dicotomia conformidade/desconformidade com a lei (Hassemer, 2002:285). E essa mesma objetivação de parâmetros para o controle da atividade judicial constitui elemento de garantia da independência do juiz (Hassemer, 2002:291-292), na medida em que limita a eles tanto a vinculação do magistrado quanto as possibilidades de interferência dos órgãos superiores sobre suas decisões.

A partir daí, a questão da vinculação do juiz à lei pode ser vista sob dois ângulos distintos, cuja análise é apta a jogar luz sobre o problema.

4 Os dois ângulos da vinculação do juiz à lei

A reação mais extrema à doutrina representada pela Escola da Exegese e pela Jurisprudência dos Conceitos foi capitaneada pelo Movimento do Direito Livre

(*Freirechtsbewegung*), no início do século XX. Sua corrente mais estrita negava toda possibilidade de uma decisão pautada por processo dedutivo e mediada racionalmente na lei, transferindo ao amplo alvedrio judicial a aplicação do direito. O que guiaria a interpretação não seria "a lei e a lógica, mas o Direito Livre e a vontade" (Gnaeus Flavius).[7] Operava-se assim uma guinada em direção ao completo voluntarismo hermenêutico, na medida em que a busca da solução ao caso concreto seria motivada apenas pelo sentimento jurídico pessoal do juiz, por sua subjetividade ou intuição quanto ao justo (Larenz, 1997:78-83).

No Brasil, podem-se encontrar resquícios desse ideário no chamado direito alternativo (não "uso alternativo do direito"), movimento surgido nas últimas décadas do século passado que redundou em pregações de absoluta independência do juiz em relação à lei. Nas palavras de um de seus adeptos: "em princípio, obedeço à lei. Só não a obedeço quando ela se revela injusta. A lei injusta não deve ser aplicada. O papel de um juiz é o de buscar o justo, no caso concreto, com a superação do legalismo. O juiz que só obedece a lei vira instrumento do legislador".[8] De acordo com essa visão, a aplicação da lei ao caso concreto dependeria da produção ou não de resultados justos, na concepção do juiz. Uma vez que os considerasse apartados da justiça, poderia afastar o ditame legal, julgando declarada e deliberadamente *contra legem*. Submetida dessa forma a aplicação da norma aos critérios pessoais de justiça do intérprete, perderia sentido falar em uma vinculação do juiz à lei. Em verdade, os pólos da equação seriam invertidos: a aplicação da lei é que estaria vinculada à vontade do juiz.

É possível vislumbrar um traço comum entre as concepções emanadas de ambos esses movimentos acerca das relações entre o juiz e a lei. Ambas põem a vinculação do juiz a um seu particular senso de justiça acima de sua vinculação à lei. A aplicação do direito poderia mesmo passar ao largo da norma, caso estivesse ela em descompasso com a busca da justiça, na concepção do intérprete. Essa perspectiva permite ver o problema da vinculação à lei a partir da relação entre a decisão e a moldura normativa orientada pela díade dentro/fora. Dizer se o juiz está submetido ou não à lei significaria responder à pergunta de poder-se ou não decidir com base na lei ou contra ela, poder-se situar a solução ao caso concreto dentro ou fora dos limites da moldura da norma. Admitindo-se mesmo a interferência da argumentação jurídica sobre o próprio traçado dessa moldura, permaneceria a questão da possibilidade de se ultrapassarem os limites normativos reconhecidos como tais pelo próprio juiz, ou – para quem o sustente[9] – fixos de per si.

Sob esse ângulo, a questão da vinculação à lei suscita alguns graves problemas, como o da lei injusta e o da sentença *contra legem*. De todo modo, a posição tendente a negar uma vinculação do juiz à lei sob a díade dentro/fora sofre críticas da dogmática (Telles Júnior, 1999). Ao substituir a sujeição à lei pela sujeição ao sentimento pessoal de justiça do juiz, negar-se-ia em verdade qualquer vinculação da atividade

judicial, na medida em que a consideração do justo e do injusto no caso concreto estaria confiada ao completo talante do intérprete autêntico. Imperaria assim o arbítrio na aplicação do direito, a qual, fora de controle, feriria de morte o postulado de segurança jurídica, ante a total imprevisibilidade do resultado da interpretação.

A questão da vinculação do juiz à lei pode também ser tomada por outro ângulo. O ideário brotado das cinzas da Escola da Exegese e da Jurisprudência dos Conceitos recuperou a consciência – perdida desde o movimento codificador – da importância de conferir certa flexibilidade ao sistema jurídico, tornando-o permeável ao influxo do dinamismo das relações sociais, progressivamente complexas e diferenciadas. Essa adaptabilidade das soluções jurídicas às constantemente cambiantes exigências do contexto social passa a ser medida de justiça e efetividade do sistema. Nesse contexto assoma o papel dos princípios, máximas de experiência, usos e costumes etc. na atividade hermenêutica. Resgata-se, com isso, a concepção do direito como um "sistema aberto" e "móvel" (Canaris, 2002:103-148), isto é, afeto às variações inerentes à historicidade dos valores e princípios e capaz de coordenar seus elementos em busca de soluções ajustadas às particularidades dos casos concretos.

A partir da segunda metade do século passado, a flexibilidade do sistema passa a ser promovida, dentre outros mecanismos, por meio da introdução consciente das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados na linguagem legislativa. Estes últimos são os conceitos dotados de elevado grau de ambigüidade e vagueza[10] ("interesse público", "boa-fé", "dano de difícil reparação"), enquanto as cláusulas gerais consistem em prescrições normativas que, formuladas genericamente, submetem a si uma larga gama de situações, contrapondo-se assim à regulamentação jurídica casuísta ou tipificada (Engish, 2001:208 e 229).

Com base nessas técnicas, operam-se modificações profundas na atividade hermenêutica e, conseqüentemente, na relação entre o juiz e a lei. A despeito da já aludida margem de vagueza inerente a toda manifestação lingüística, que – no campo do direito – reserva ao juiz sempre uma esfera mínima de apreciação discricionária na interpretação da norma, a adoção maciça de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados pelos textos legais alarga sobremaneira o espaço de abrangência da regra jurídica. Acresce então em importância o papel do juiz, de quem se exigem maiores esforços hermenêuticos na tarefa de determinar, à luz das particulares condições de cada caso, o significado concreto da lei. O processo subsuntivo torna-se assim sensível à evolução dos fundamentos ético-sociais, da consciência jurídica geral e das vicissitudes das situações da vida (Machado, 2002:113-114), uma vez que de portas abertas à influência dos fatores não normativos na interpretação do direito.

O contraponto entre uma formulação rígida dos dispositivos legais e outra maleável, calcada em cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, sugere outra visão do problema da vinculação do juiz à lei, segundo a díade longe/perto. Nessa perspectiva, falar em vinculação ou não à lei relaciona-se com a circunstância

de o juiz estar estritamente ligado à norma, dotada de âmbito de abrangência reduzido, fixo, bem delimitado ou casuístico, ou referido a ela de forma mais aberta, pautada por ampla margem de livre apreciação, para a qual contribuem decisivamente elementos outros como os princípios gerais, a doutrina, a jurisprudência, o senso de eqüidade etc. Para valer-se mais uma vez da imagem kelseniana, trata-se da questão da maior ou menor amplitude e definição dos limites da moldura normativa.

Sob esse prisma, o problema da vinculação do juiz à lei vem ocupando bem recentemente posto de destaque nas atenções da dogmática brasileira, visto que o Código Civil de 2002 abraçou consciente e expressivamente a técnica das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados na elaboração normativa (Reale, 2003:18). Independentemente disso, uma desvinculação do juiz à lei segundo a díade longe/perto tampouco é infensa a críticas da dogmática (Azevedo, 2000). O alargamento do âmbito de apreciação discricionária tem interferência, é claro, sobre a segurança jurídica do sistema, na medida em que torna menos previsíveis os resultados da atividade hermenêutica, se tomados em comparação com os de um sistema erigido à base de rígidas formulações legais.

Postos assim os problemas emergentes do postulado da vinculação do juiz à lei à luz de seu caráter dual, resta verificar quais são as perspectivas que o tema encerra.

5 Perspectivas para o postulado da vinculação

A principal pergunta despertada pela discussão aqui abordada é a da sobrevivência ou não do postulado da vinculação do juiz à lei, a partir da crise do racionalismo liberal e das Escolas juscientíficas surgidas nesse contexto ideológico. Enfocar o problema por aqueles dois ângulos constitui uma das formas de enfrentá-lo. Nesse sentido, é generalizada a afirmação de que a referência à lei permanece como um elemento necessário ao processo hermenêutico,[11] ao menos nos sistemas de tradição romano-germânica, o que levaria a afastar uma não-vinculação à lei orientada pela díade dentro/fora.[12] Não parece mais possível falar, no entanto, em uma sujeição do juiz à lei da forma como tradicionalmente compreendida, a partir da ótica longe/perto. Não se nega mais o fato de que a aplicação do direito recebe o influxo decisivo de elementos outros que não a lei, notadamente dos princípios jurídicos, da jurisprudência, da dogmática jurídica, das máximas de experiência, do senso comum etc., que interagem com a "pré-compreensão" (Gadamer, 1997:388-390) do intérprete na busca da solução para o caso concreto. Para isso contribuem técnicas como as das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, de adoção progressiva no sistema jurídico brasileiro.

A análise dual do problema da obediência à lei permite vê-lo de uma nova maneira também a partir do modo como as duas perspectivas se inter-relacionam. Mecanismos como as cláusulas gerais e fenômenos correlatos, se interferem com a

vinculação estrita à lei (ótica longe/perto), atuam ao mesmo tempo no sentido de amortecer as pressões sofridas pelo postulado da vinculação (ótica dentro/fora), na medida em que a ampliação e indefinição do quadro normativo por eles determinadas têm por resultado tornar o papel criativo do juiz justificável dentro do sistema jurídico positivo. A inversão dos pólos também é ilustrativa. Ao atribuir estrutura mais elástica à obediência do juiz à lei (ótica longe/perto), a adoção daqueles instrumentos tampouco é imune a tensões, as quais procuram ser absorvidas pela idéia de manutenção do respeito ao dogma da submissão legal (ótica dentro/fora): apesar de lastreada em diversos elementos metanormativos ou marcada por juízo discricionário, a interpretação não escaparia aos limites da lei.

A talvez mais nítida comprovação do modo como os limites da atuação judicial são calibrados[13] pela interação dos dois enfoques da vinculação do juiz à lei está, em nosso sistema, no mecanismo de funcionamento do instituto da ação rescisória. Constitui ela meio para a desconstituição de sentença definitiva proferida em sentido contrário à regra jurídica (Código de Processo Civil, art. 485, V), o que mantém e reforça uma sujeição à lei do tipo dentro/fora. Ao mesmo tempo, entende-se não ser cabível a rescisória caso a interpretação da norma em que fundada a sentença seja "controvertida nos tribunais" (Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal) ou o magistrado tenha dado a ela "interpretação razoável", "uma dentre as interpretações cabíveis",[14] com o que se confere flexibilidade à vinculação do juiz, sob o ângulo longe/perto. A realidade da ação rescisória mostra, assim, como o enquadramento do problema da sujeição à lei sob a dupla perspectiva aqui proposta permite ver o modo pelo qual ele é operacionalizado na prática da interpretação jurídica.

Outro interessante campo de observação, a ser explorado ao propósito, é oferecido pelo mecanismo de controle de constitucionalidade representado pela interpretação conforme à Constituição. Por meio dele, reconhece-se ensejar a norma várias possibilidades exegéticas – o que se torna mais comum e abrangente em decorrência das transformações infligidas ao postulado da vinculação do juiz sob a forma longe/perto –, todas franqueadas, em princípio, ao julgador. Uma das alternativas interpretativas, ao menos, está de acordo com as normas constitucionais, ao passo que as restantes violam seus ditames. Aquela é, então, fixada e declarada como única exegese possível da norma, enquanto as últimas são rejeitadas por inconstitucionalidade.[15] Essa técnica, portanto, parte e vale-se da constatação de que o postulado da vinculação do juiz à lei sofreu alterações (sob o prisma longe/perto), para ao mesmo tempo reafirmá-lo (ótica dentro/fora), no confronto da lei com a Constituição Federal.

Saber em que sentido é dado falar hoje no postulado da submissão à lei depende do resultado das indagações sobre o cumprimento das funções que historicamente o legitimam. Trata-se de responder às perguntas que envolvem a manutenção da segurança jurídica no sistema, ligadas à previsibilidade das decisões judiciárias, ao

controle da atividade jurisprudencial, à independência do juiz etc. Para essas questões é possível vislumbrar algumas pistas. Constituindo um paradigma (*leading case*) de interpretação para uma questão jurídica, a jurisprudência também funciona como pauta de referência para o juiz e, na medida de sua reiteração, interfere com a estabilidade do sistema. Mesmo processo advém de um "diálogo recíproco" entre as sentenças judiciárias e os resultados do labor dogmático (Larenz, 1997:328 e 610-611). Por sua vez, um dever de motivação das decisões tem o papel de tornar públicos os critérios de solução adotados pelo juiz – e portanto controlável por terceiros a sua juridicidade (Ferrajoli, 2002:497-498). Um dever como esse, em verdade, impondo a justificação do processo decisório com base em critérios e argumentos objetivos, visíveis, articulados racionalmente (Taruffo, 2000:283-286), permite que eles funcionem ao mesmo tempo como uma imposição ao magistrado, de um lado, e como substrato e limite do controle da sentença pelos órgãos superiores, de outro. Interferindo dessa forma com a previsibilidade, controlabilidade e independência do exercício aplicativo do direito ao caso concreto, o dever de motivação atua como verdadeiro feixe de convergência entre a atividade hermenêutica realizada pelo juiz e as exigências ligadas à segurança jurídica.[16]

NOTAS

1 *De l'esprit des lois*, p. 233, 309 e 404, apud C. Perelman, *Logique juridique*p. 21-22.

2 Para os propósitos deste estudo, releva anotar que a solução almejada pelos redatores do art. 4.° era outra, consistente na abertura da possibilidade de o juiz criar livremente a regra aplicável ao caso concreto, baseado em seu juízo de eqüidade, diante da constatação de lacunas na lei (idem, p. 75-77).

3 R. Alexy abre seu *Theorie der juristischen argumentation* com a assertiva de que a negação do caráter meramente lógico-dedutivo da interpretação jurídica é um dos poucos pontos em que há consenso entre os teóricos do direito contemporâneos (p. 17).

4 *Judiciary law*: some observations thereon, p. 242, apud M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, p. 20-21.

5 Mencione-se, a título de exemplo, o art. 20, 3, da *Grundgesetz* alemã, em tradução livre: "o poder legislativo está subordinado à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito".

6 Por exemplo, arts. 5.°, II e XXXIX, 37 e 150, I, da Constituição; art. 4.° da Lei de Introdução ao Código Civil; arts. 126 e 127 do Código de Processo Civil; art. 1.° do Código Penal; art. 3.° do Código Tributário Nacional.

7 *Der kampf um die rechtswissenschaft*, p. 24, apud K. Larenz, *Methodenlehre der rechtswissenschaft*, p. 80.

8 Entrevista concedida pelo magistrado A. B. de Carvalho em matéria veiculada no *Jornal da Tarde*, em 24 out. 1990.

9 É bastante conhecida a proposta de P. Heck acerca da distinção entre um "núcleo conceitual", de significação certa, e uma "periferia conceitual" no espaço semântico (*Gesetzauslegung und interessenjurisprudenz*, p. 51). Também A. Ross e H. L. A. Hart concebem a existência de fronteiras fixas no âmbito significativo da linguagem normativa (*On law and justice*, p. 142 e 164, e *The concept of law*, especialmente p. 139).

10 "Dizemos que um termo é ambíguo quando temos dúvidas sobre qual a classe a que o rótulo se aplica. Especificada a classe, pode surgir a dúvida em torno de sua extensão. Estaremos, então, frente a um problema de vagueza" (L. A. Warat, *O direito e sua linguagem*, p. 79).

11 K. Larenz, *Methodenlehre der rechtswissenschaft*, p. 216 e 612; K. Engish, *Einführung in das juristische denken*, p. 207; R. Alexy, *Theorie der juristischen argumentation*, p. 27, 214 e 321; W. Hassemer, Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei, p. 299; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*: teoria del garantismo penale, p. 463-464; T. S. Ferraz Júnior, *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação, p. 317, e *A ciência do direito*, p. 84; M. Neves, A interpretação jurídica no estado democrático de direito, p. 369-371.

12 A esse respeito, as idéias de M. Neves são ilustrativas: "uma interpretação é incorreta quando a sua 'estranheza' impede que se possa compreendê-la como expressão de uma regra do jogo extraível do respectivo texto constitucional ou legal. [...] A 'estranheza' importa que ela não tem capacidade de generalizar-se consistentemente como critério para o tratamento de outros casos em que se recorre aos mesmos dispositivos. [...] A predominância técnico-jurídica de uma solução interpretativamente 'estranha' e incorreta apresenta-se antes como introdução arbitrária de uma nova regra do jogo, rompendo com a constitucionalidade e a legalidade enquanto princípios do Estado Democrático de Direito" (A interpretação jurídica no estado democrático de direito, p. 369).

13 Pede-se licença para pinçar e usar em contexto diverso a idéia de regras de calibração ou de ajustamento do sistema jurídico, de T. S. Ferraz Júnior, *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação, especialmente p. 190.

14 STJ, 2.ª Seção, AR 208-RJ, Rel. Min. Nilson Naves, j. 11.03.1992, *DJ* 13.04.1992; STJ, 6.ª Turma, RE 9.086-SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, j. 29.04.1996, *DJ* 05.08.1996; STJ, 2.ª Seção, AR 1.854-AgR-SP, j. 26.06.2002, *DJ* 02.09.2002; STJ, 3.ª Seção, AR 1.826-CE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 11.05.2005, *DJ* 27.06.2005; STJ, 2.ª Seção, AR 2.931-SP, Rel. Min. Castro Filho, j. 24.08.2005.

15 STF, Pleno, ADI 3.046, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 28.05.2004; STF, Pleno, ADI 3.324, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 05.08.2005. J. J. G. Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 888; J. Miranda, *Manual de direito constitucional*, p. 294-299; I. G. S. Martins e G. F. Mendes, *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 294-303.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen argumentation*, [s.d.]. Tradução de Z. Silva. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 1, p. 3-12, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico*, [s. d.]. Tradução de M. Pugliesi, E. Bini e C. E. Rodrigues. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und systembegriff in der jurisprudenz*, 1983. Tradução de A. M. Cordeiro. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. *Giudici legislatori?*, 1984. Tradução de C. A. A. Oliveira. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

DÜRRENMATT, Friedrichk. *Die hund/Der Tunnel/Die Panne*, 1998. Tradução de M. Rondinelli. *A pane/O túnel/O cão*. São Paulo: Códex, 2003.

ENGISH, Karl. *Einführung in das juristische denken*, 1983. Tradução de J. B. Machado, *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*: teoria del garantismo penale, 2000. Tradução de A. P. Zomer et al. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

———. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

GADAMER, Hans-Georg. *Warheit und methode*, [s.d.]. Tradução de F. Meurer. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 5. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997. v. 1.

———. *Warheit und methode*, 1986/1993. Tradução para o português de E. Giachini. *Verdade e método*: complementos e índice. Rio de Janeiro: Vozes, 2002. v. 2.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*, 1961. Tradução de A. R. Mendes. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: ———; KAUSMANN, A. (Org.). *Einführung in rechtsphilosofie und rechtstheorie der gegenwart*, 1994. Tradução de M. Keel e M. Oliveira.

Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
HECK, Philipp. *Gesetzauslegung und interessenjurisprudenz*, 1914. Tradução de J. Osório. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. São Paulo: Saraiva, 1948.
KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*, 1960. Tradução de J. B. Lopes. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.
———. *What is justice?*, 1957. Tradução de L. C. Borges. *O que é justiça?*. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.
LARENZ, Karl. *Methodenlehre der rechtswissenschaft*, 1991. Tradução de J. Lamego. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
MACHADO, João Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 2002.
MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001.
MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra, Ed. Coimbra, 2003. t. II.
NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003a. v. 1.
NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no estado democrático de direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional*: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2003b.
PERELMAN, Chaïm. *Logique juridique*, 1979. Tradução de V. K. Pupi. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1962. v. 2.
———. Novo Código Civil. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: RT, 2003.
ROSS, Alf. *On law and justice*, [s.d.]. Tradução de E. Bini. *Direito e justiça*. São Paulo: Edipro, 2000.
STEIN, Torsten. A segurança jurídica na ordem legal da República Federal da Alemanha. *Cadernos Adenauer*: acesso à justiça e cidadania. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.
TARUFFO, Michele. Giudizio: processo, decisione. *I metodi della giustizia civile*. Padova: Cedam, 2000.
TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. O chamado direito alternativo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 94, p. 73-80, 1999.
WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*

André de Albuquerque Cavalcanti Abbud

Mestrando em Direito Processual na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal

DIREITO E ECONOMIA EM WEBER *

Maria Tereza Leopardi Mello

LAW AND ECONOMICS IN WEBER

RESUMO

Este texto discute as relações entre direito formal-racional, Estado moderno e economia capitalista na análise de Max Weber. Examina-se o papel do direito racional como precondição do capitalismo, na medida em que seus atributos propiciam condições de certeza jurídica indispensável ao cálculo econômico. Discute-se a importância do contrato para a economia capitalista, no sentido de que os elementos-chave de seu funcionamento – apropriação privada e transações – operam por meio de contratos privados, garantidos pelo sistema jurídico estatal. Tratamos, ainda, das relações causais – recíprocas – entre direito e ação econômica, e dos limites da eficácia das normas sobre o comportamento dos agentes econômicos. Ao final, apontamos campos de pesquisa que podem ser tratados no referencial weberiano, observando como os trabalhos do autor ensejam uma compreensão da complexidade das relações direito-economia, contribuindo para a configuração de um objeto de estudos comum.

PALAVRAS-CHAVE

direito e economia; direito formal-racional; economia capitalista; contratos; direitos subjetivos.

ABSTRACT

This article discusses the relations between formal-rational law, modern State and the capitalist economy in the analysis Max Weber. The role of rational law as a precondition to capitalism is examined, on the assumption that some of its features are required to provide legal certainty, essential to economic calculation. The central importance of contracting for capitalist economy is discussed, in that some key elements for its functioning – private appropriation and transactions – operate by means of private contracts guaranteed by the state legal system. It also deals with the – reciprocal – causal links between law and economic action, and with the existing limits to the effectiveness of norms on the behavior of economic agents. Lastly, some fields of research are suggested which can be treated under the Weberian approach, considering how the works by this author take a fair account of the complexity of the relations between Law and Economics, thus giving a major contribution to set a common object of study.

KEYWORDS

Law and Economics; formal-rational law; capitalist economy; contracts; property rights.

> O capitalismo racional pressupõe uma sociedade em que o tradicionalismo perdeu sua influência sobre as pessoas e onde o sistema predominante de valores é favorável à obtenção de lucros. Também pressupõe um Estado político em que o sistema jurídico é previsível e a garantia de uma área na sociedade com certa autonomia para as ações econômicas.
> (Swedberg, 2005:38)

Este trabalho se insere numa linha de investigação mais ampla que objetiva identificar referências teóricas e empíricas para uma análise *interdisciplinar* capaz de integrar direito e economia. Neste artigo pretendemos analisar a contribuição de Weber para o tema das relações entre as duas disciplinas, a fim de identificar problemas de pesquisa que podem ser tratados a partir de uma abordagem weberiana.

A separação entre direito e economia – bem como a quase total ausência de comunicação entre os profissionais e acadêmicos de ambas as áreas – tem uma explicação ligada em grande parte ao recorte analítico das duas disciplinas, que se colocam tipos diferentes de problemas de pesquisa, além das diferenças óbvias quanto às respectivas linguagens técnicas.

É comum admitir a existência de influências recíprocas entre os "mundos" jurídico e econômico – por exemplo, reconhecer que os agentes econômicos atuam sob restrições colocadas pelo sistema jurídico, ou que há limites à eficácia de certas normas jurídicas, particularmente quando se destinam a moldar a conduta dos agentes econômicos ou influenciar a direção do processo econômico, o que faz com que determinados problemas constituam objeto de ambas as disciplinas. Mas as análises que daí resultam costumam ser estanques, não integradas – em geral, tem-se um ponto de vista jurídico que se coloca ao lado de um ponto de vista econômico, quase sempre sem interlocução nem interferências recíprocas.[1]

Embora a compreensão dessas duas visões e suas diferenças seja um ponto de partida necessário, acredito que a *interdisciplinaridade* requeira algo mais do que a justaposição de duas perspectivas do mesmo objeto: em primeiro lugar, é preciso aceitar que existem elementos ou variáveis econômicas que só podem ser adequadamente compreendidos tendo em vista o quadro jurídico pertinente, e vice-versa: há fenômenos jurídicos que só podem ser devidamente entendidos por referência a uma análise econômica. Além disso, como notam Kirat & Serverin (2000:18), uma análise integrada supõe a construção de um objeto e de um método comuns que possam orientar a produção de conhecimentos *que não poderiam ser gerados a partir das duas disciplinas separadamente*. Em outras palavras, *direito-e-economia* (para justificar-se enquanto tal) deve ser capaz de delimitar um objeto de estudo diverso do direito e diverso da economia.

Como pretendemos argumentar, Weber tem uma contribuição importante para a compreensão das relações entre direito e economia e para a construção de um objeto comum, a começar pela identificação dos motivos da mencionada "incomunicabilidade" entre as disciplinas, relacionados aos seus distintos planos de análise: o estudo do direito, preocupado com o significado normativo logicamente correto que deve corresponder ao enunciado verbal da norma, investiga o sentido dos preceitos que se apresentam como uma ordem determinante da conduta, estabelecendo-lhes o sentido lógico-formal e ordenando-os num sistema lógico sem contradições – a *ordem jurídica*, que se refere ao plano do *dever-ser.* Ordem *econômica,* por sua vez, diz

respeito ao mundo dos acontecimentos reais, da distribuição de poder efetivo sobre bens e serviços e o modo pelo qual estes se empregam (Weber, 1964:251). A diferença nos planos de análise – ser e dever-ser – se reflete nas diferentes lógicas e premissas observadas nas duas disciplinas e nas suas respectivas visões parciais da realidade.

Do lado do direito, a tradição predominante – kelseniana – se preocupa apenas com problemas do mundo normativo, a saber, um sistema de normas abstratas e genéricas, válidas e coerentes entre si, de modo a conformar um ordenamento jurídico dotado de unidade, sistematicidade e completude. Não se indaga se os destinatários cumprem (ou não) as normas e por que o fazem; menos ainda se dessa conduta resultam os efeitos desejados (e/ou efeitos colaterais) sobre o mundo real. O recorte disciplinar faz com que a própria *teoria do direito* seja, também ela, uma *teoria normativa*, à medida que "explica" como *devem ser* (ou devem funcionar) os sistemas jurídicos – e não como tais sistemas realmente funcionam.

Pouco espaço resta para a consideração dos *efeitos reais* das normas, e mesmo quando se reconhece que existam, a relação entre norma e realidade é tida como problemática, algo que não pertence ao mundo jurídico. A relação "entre o dever-ser da norma e o ser da realidade natural" coloca-se na conexão entre *validade e eficácia* da norma, reconhecendo-se, contudo, que eficácia "é uma qualidade da conduta efetiva dos homens e não... do direito em si"; em outras palavras, é um atributo do mundo real e não do normativo (Kelsen, 1990:44).

Do lado da Economia, para suas principais vertentes teóricas, questões institucionais tradicionalmente eram colocadas como variáveis extra-econômicas e mesmo *exógenas*, e apenas por esse motivo não incorporadas à análise. De um ponto de vista liberal em particular, seriam elementos que, traduzindo uma intervenção do Estado na esfera econômica, apenas perturbariam a alocação eficiente de recursos que o mercado tenderia "naturalmente" a promover; no máximo, poderiam se destinar à correção de *falhas de mercado*.

Mesmo que os economistas tenham a vantagem de enxergar as leis como um sistema de incentivos e, desse modo, privilegiar a consideração dos *efeitos* destas sobre o mundo real, freqüentemente falta-lhes a compreensão do *modus operandi* do sistema jurídico, tratado como *instrumento* a ser livremente moldado para propiciar determinados fins. Ignoram que o sistema jurídico não é um conjunto arbitrário de normas isoladas entre si; questões relacionadas, por exemplo, à *hierarquia* das normas, aos *conceitos* jurídicos fundamentais, às *classificações* operadas nos Códigos, na jurisprudência e/ou na literatura ("doutrina"), entre outras coisas, são elementos que determinam o sentido em que uma norma será interpretada e aplicada pelos "operadores do direito".

Em parte, creio ser isso que Arida identifica como uma falta de entendimento sobre a *historicidade* da norma, entendida como *o modo de ser da norma no mundo histórico,*

incluindo não apenas como a norma evoluiu historicamente, mas como poderia *vir a evoluir* em circunstâncias diferentes:

> O pensamento econômico encontra dentro de seu próprio movimento os conceitos que lhe permitem captar o efeito da norma sobre a vida econômica; é também capaz de entender a evolução da norma como adaptação às vicissitudes da vida econômica ou como resultante da ação de grupos de interesse; não é, no entanto, capaz isoladamente de compreender a evolução da norma quando decorrente de dinâmicas normativas ou internas ao próprio sistema jurídico.

Para o autor, é essa a maior lacuna do pensamento econômico sobre o direito, particularmente quando se trata de fundamentar propostas de políticas econômicas (Arida, 2005: 61).

Em suma, se aos juristas falta a necessária atenção aos efeitos reais dos sistemas normativos, aos economistas falta a compreensão da lógica própria e interna das relações jurídicas. Particularmente em países como o nosso, em que o sistema jurídico é tributário da tradição do *Civil Law,* a cultura jurídico-formalista predominante associa o direito a uma construção racional de normas por um legislador idealizado, do que resulta, nos termos de Kirat & Serverin, *uma ciência jurídica sem sociedade* ao lado de *ciências sociais sem direito*, levando à falsa idéia de que o direito é um sistema normativo fechado e que as regulações sociais se fundamentam em outros motivos que não os jurídicos (Kirat & Serverin, 2000:06).

Romper esse isolamento da ciência jurídica em relação às outras ciências sociais é condição necessária para a construção de um objeto que seja específico a uma abordagem interdisciplinar.

Para Weber, isso só pode ser alcançado mediante a superação da mencionada diferença de planos de análise, o que requer considerar a *ordem jurídica* não apenas como um conjunto de normas corretamente inferidas, mas no seu sentido sociológico, como um "complexo de motivações efetivas da atuação humana real" (Weber, 1964:252). Nessa perspectiva, coloca-se em questão o que *de fato* acontece na sociedade em razão de existir uma probabilidade de que os homens considerem subjetivamente válida uma determinada ordem e orientem sua conduta por ela.

O foco da análise interdisciplinar direito-e-economia seria, então, a ação (econômica) orientada pela representação da existência de uma ordem jurídica legítima; ou, em outras palavras, se e como os agentes têm em vista as regras jurídicas em suas ações. A relação a ser elucidada é aquela que se estabelece entre direito e ação social econômica (Kirat & Serverin, 2000:08).

A contribuição weberiana para a análise das relações entre direito e economia – particularmente as relações entre direito formal, Estado moderno e economia capitalista –

deve ser compreendida em suas múltiplas dimensões intrincadamente relacionadas umas às outras; mais precisamente, Weber enseja a possibilidade de abordagens diversas para a análise de um mesmo – e complexo – objeto constituído pelas relações direito-economia.

Neste trabalho procuro analisar essas contribuições, considerando-as a partir de três perspectivas. Numa primeira, mais geral e histórica, o autor discute os elementos históricos que explicam o surgimento de diversas categorias jurídicas, além de identificar como certos atributos do direito e das normas jurídicas se relacionam às características fundamentais da economia capitalista; em particular, discute-se o papel do direito racional no desenvolvimento do capitalismo, à medida que permite a previsibilidade de condutas e o cálculo econômico racional. A seção 1, a seguir, analisa como e por que os atributos do direito racional se adequam ao requisito da *previsibilidade* enquanto condição para o cálculo econômico racional.

Na segunda seção discute-se a importância do fato de as relações econômicas serem mediadas pela forma jurídica tanto no que diz respeito à manutenção do poder de apropriação quanto a sua transferência, que se dá por *contratos*. A economia capitalista é, num sentido forte, uma economia contratual.

Podem-se abordar as relações entre direito e economia a partir, ainda, das relações causais (recíprocas) entre normas jurídicas e ação social econômica, apontando-se os limites da eficácia daquelas sobre o comportamento dos agentes. Nessa perspectiva, Weber problematiza os efeitos das normas sobre comportamentos humanos, analisando a capacidade de a ordem jurídica efetivamente motivar as ações do mundo real. Trata-se de saber: *(i)* em que medida as ações do mundo real se devem à existência de normas jurídicas que as orientam; *(ii)* em que medida a existência de certas normas jurídicas é condição necessária (e/ou suficiente) para as ações reais; e *(iii)* se essas normas criam condutas regulares desejadas pelos tomadores da decisão normativa. Em suma, trata-se de abordar a questão da *eficácia* das normas jurídicas, mas numa dimensão *substantiva*, indagando-se por que, como e em que condições as normas jurídicas constituem motivo de conduta regular dos agentes econômicos, cotejando os objetivos originariamente desejados pelo legislador com os resultados efetivamente gerados (Faria, 1993:97). A essa discussão é dedicada a terceira seção deste texto.

Ao final, procuramos destacar como algumas das contribuições do autor apontam para profícuas linhas de investigação sobre o tema das relações entre direito e economia.

1. Cálculo econômico e certeza jurídica

A contribuição do direito para a previsibilidade/possibilidade do cálculo econômico é uma idéia formulada por Weber a partir de seus estudos sobre o desenvolvimento histórico de diversos sistemas jurídicos positivos, que o levaram a uma definição geral/comum de direito (capaz de se aplicar a todos os sistemas jurídicos

reais, passados, presentes ou futuros), mas também à identificação dos elementos que os diferenciam e que podem ser reunidos formando *tipos* diversos de direito.

No âmbito da definição geral, é a sanção organizada o elemento comum do direito: normas *jurídicas* são definidas como aquelas cuja obediência é garantida pela sanção externa e institucionalizada (Bobbio, 1989:27). Diferentemente de outras normas cuja execução se garante de forma externa, mas *difusa* (convenção), ou ainda as que não possuem garantia externa alguma (costumes), o cumprimento das normas do direito é garantido externamente pela probabilidade de coação (física ou psíquica) exercida por um quadro de indivíduos (juízes, fiscais, funcionários administrativos etc.) instituído com a missão de obrigar a observância da ordem e punir as transgressões (Weber, 1964:27).

Diversos *tipos* de direito existiram ao longo da história, mas em alguns deles se desenvolveram e consolidaram certos atributos que se mostraram mais propícios ao desenvolvimento das relações econômicas de tipo capitalista. O principal deles é a *abstração*, no sentido tanto de *generalidade* das hipóteses quanto de *impessoalidade* (e seu pressuposto, a igualdade formal).

Assim, por um lado, as normas não se dirigem a um caso em particular, mas apenas descrevem situações hipotéticas que, uma vez verificadas, devem provocar as conseqüências jurídicas previstas. Isso é possível a partir do momento em que a *produção* do direito se separa do momento de sua *aplicação*.

Por outro lado, quando o direito deixa de ter caráter de privilégio, as normas não se dirigem a ninguém em particular, mas a todas as pessoas submetidas ao poder soberano. A impessoalidade também assume o sentido de *imparcialidade* que, somada ao pressuposto da lei como produto da vontade geral/coletiva, confere legitimidade ao sistema jurídico e à coação estatal; justifica ainda que o cumprimento da norma seja garantido por critérios rígidos e formais de aplicação, já que a formalidade dos procedimentos seria garantia de impessoalidade da aplicação das normas.

Essas características são, basicamente, as que Weber identificaria como próprias do *direito formal racional*, tipo de sistema jurídico que torna possível a *previsão,* uma condição necessária ao cálculo econômico racional. Formalismo e racionalidade são elementos relacionados à previsibilidade da aplicação das regras de direito.

Para Weber, o racionalismo é um traço essencial do capitalismo, mas a racionalidade é vista não como um pressuposto do comportamento humano (como na teoria econômica), e sim como uma variável que evoluiu historicamente (Swedberg, 2005:62); o processo de *evolução do comportamento racional* – ou *racionalização da conduta* – implica, essencialmente, substituir a submissão ao costume (que geralmente não envolve nenhuma reflexão quanto à ação e suas finalidades) pela *adaptação planejada a uma situação objetiva de interesses* (Weber, 1964:24).

Nesse sentido, a ação racional com vistas a fins exige, por definição, o exercício da faculdade de prever os resultados de certas ações de modo a permitir a

adaptação/adequação dos meios a serem utilizados para alcançar os objetivos visados.

O papel do sistema jurídico formal-racional na *previsibilidade* decorre de esse tipo de direito, porque composto de normas gerais e abstratas, ensejar, num grau razoável, condições de *certeza jurídica*, entendida como possibilidade de que os agentes econômicos conheçam antecipadamente os resultados jurídicos de suas ações e decisões.[2] A existência do cálculo econômico envolvendo o uso da moeda e da conta de capital requer *previsibilidade* sob vários aspectos, não apenas aqueles relacionados ao cálculo propriamente dito, como também aos *comportamentos* dos agentes e às decisões das autoridades – organismos, juízes e demais autoridades governamentais – na aplicação do direito. O direito faz parte das condições sociais necessárias para isso.

1.1 Previsibilidade dos resultados da aplicação do direito pelas autoridades

Esta aplicação pressupõe regras passíveis de serem conhecidas *ex ante* e abstratas – impessoais e genéricas – de modo a serem passíveis de aplicação a quaisquer casos e pessoas. As decisões jurídicas tomadas a partir de regras abstratas são previsíveis, diferentemente de outras formas de distribuição da justiça vigentes em sociedades antigas ou na medieval, em que o direito tinha o caráter de privilégio.

Ademais, a ordem estatal legal – organizada por meio da lei – é também condição de previsibilidade, já que a lei é passível de conhecimento racional (*ex ante*), e as ordens soberanas dependem de regras previamente estabelecidas e não do arbítrio dos detentores do poder.

Weber observa, nas sociedades ocidentais, uma tendência a que a legitimação tenha natureza legal; na forma de dominação legal, um governante é obedecido porque age de acordo com a lei, assim como chegou ao poder de forma legal. O tipo de direito que corresponde ao tipo de dominação legal pode ser caracterizado como *um sistema coerente de regras abstratas (*Swedberg, 2005:159). Como a *dominação legal* é a que se mostra mais favorável ao desenvolvimento do capitalismo (por causa da previsibilidade), segue-se que o tipo de direito a ela associado também o é. Um sistema jurídico em que os julgamentos fossem feitos de acordo com o próprio senso de eqüidade do juiz em cada caso particular e sem consideração pelas regras formais seria incompatível com o capitalismo racional (Swedberg, 2005:170).

Nesse plano mais geral, a relação entre direito formal e economia capitalista é indireta, mediada pela questão das formas de dominação e as características do Estado moderno. Os tipos de dominação tendem a influenciar a economia (no sentido de serem mais hostis ou mais favoráveis ao desenvolvimento de determinadas relações econômicas); assim, certo tipo de direito se harmoniza com certas formas de dominação que coexistem mais ou menos harmoniosamente com certos tipos de economia (Swedberg, 2005:160).

É por isso que o direito formal e a ordem estatal legal – ao lado do fim da escravidão – aparecem como elementos importantes para a racionalização do

espírito humano em geral e, portanto, para que o capitalismo se tornasse possível (Jaspers, 1977).

1.2 A previsibilidade do comportamento dos agentes

Uma segunda dimensão em que se pode discutir o papel do direito formal na previsibilidade diz respeito ao grau de certeza com que se pode contar com a ocorrência de determinada conduta por parte de agentes privados, devido à crença no caráter imperativo (jurídico ou convencional) de uma norma e, em alguma medida, às garantias jurídicas externas.

A existência de tais garantias significa que, caso se apresentem determinados acontecimentos que contrariem a norma jurídica, poder-se-á contar com a probabilidade de que se produza uma atuação dos órgãos de coação do Estado; mas isso não é condição nem necessária nem suficiente para que se possa prever que determinado agente se comportará conforme a norma. Nas palavras do autor, a intervenção da garantia jurídica, do ponto de vista sociológico e econômico, "[...] significa *apenas* um aumento na segurança com que se pode contar com a realidade do fato economicamente importante" (grifei) (Weber, 1964:266).

É interessante notar como Weber argumenta de forma sutil, tentando captar – e explicar – toda a complexidade da ação social econômica, identificando os diferentes elementos que a determinam e a contribuição que cada um desses elementos dá a essa determinação (o peso de cada um), sem absolutizar a importância de um ou de outro.

Conceitualmente, na perspectiva weberiana não é necessário supor que exista uma *ordem* que garanta a relação por meio de um aparato coativo ou por desaprovação social, "[...] porque uma das partes pode confiar na ação que, contra a propensão à violação da promessa, exercerão os interesses egoístas da outra parte em continuar as relações de troca". Em outros termos, espera-se uma ação racional com vistas a fins, o que torna provável que um agente se conduzirá "como se" reconhecesse a validade de uma norma que obriga cumprir o prometido, com força obrigatória. Por isso, muito embora não se possa pensar em contratos numa economia moderna sem garantias jurídicas, também é certo que na maioria das transações comerciais os contratos são cumpridos sem recurso à ação judicial (Weber, 1964:264-265).

O direito é considerado uma forma de aumentar a probabilidade de que uma ação venha a ocorrer de fato, sem necessidade de pressupor que os agentes façam algo *porque* desejam obedecer à lei, inclusive porque na ação econômica, o interesse individual prevalece como motivação da conduta. Isso implica que os agentes econômicos podem dispensar as formas jurídicas quando têm segurança de que a transação será realizada de qualquer modo, ao mesmo tempo em que essa confiança explica por que novas formas de comportamento podem surgir antes (e independentemente) da legislação (Swedberg, 2005:163).

A explicação para essa questão nos remete ao conceito weberiano de *validade empírica* de uma *ordem*, entendida como *probabilidade* de que a ação social seja orientada pela representação da existência de uma ordem legítima. A orientação (de fato) por aquela ordem ocorre porque, em algum grau significativo, os seus mandamentos aparecem como obrigatórios ou como modelos de conduta – como algo que *deve-ser* – aumentando, assim, a probabilidade de que a ação efetivamente se oriente pela ordem em questão.[3]

Em suma, a influência do direito para a previsibilidade da conduta dos agentes particulares opera por dois caminhos: por um lado, pela formação de expectativas de um agente em relação a outros, no sentido de que os outros se comportarão conforme as *regras do jogo*. Dito de outro modo, se os mandamentos de uma ordem são percebidos como obrigatórios, um agente pode esperar razoavelmente que outro se comporte conforme as regras, ao mesmo tempo em que aumenta a probabilidade de que isso efetivamente ocorra. Essa é, basicamente, uma explicação sociológica em que o direito é admitido como um dos elementos constitutivos da regulação social. Neste sentido, a previsão de que um agente se comportará conforme as regras de direito tem igual *status* ao da previsão de que o mesmo agente se comportará conforme seus interesses (materiais ou não).

Por outro lado, Weber não despreza o papel da garantia externa na determinação dos comportamentos sociais. Chega mesmo a afirmar que não se poderia pensar em relações contratuais capitalistas – minimamente complexas, impessoais etc. – sem a garantia jurídica de sanção externa pelo descumprimento das normas e dos contratos.

O contrato cria direitos e obrigações, aos quais se reconhece força obrigatória; é fonte de obrigações juridicamente reconhecidas, exigíveis, se necessário, pela força e, portanto, pelo Estado que dela detém o monopólio de uso legítimo. É certo que, abstratamente, se possa pensar em processos de barganha e troca sem a necessidade de um arcabouço institucional, simplesmente pelas relações interpessoais puras e simples, ancoradas no auto-interesse das partes. Mas, no limite extremo, se não houvesse *garantia*, a existência de trocas reiteradas, sistemáticas, impessoais, com contratos incompletos e num ambiente de incerteza, ficaria comprometida. Na linguagem da Economia Institucional, os custos de transação seriam proibitivos.

Em qualquer caso, seja devido à garantia jurídica externa, seja simplesmente pela representação de existência de uma ordem legítima, um agente, ao se decidir por uma ação que vise a certo resultado, tem em conta o comportamento provável dos outros agentes; essa expectativa do comportamento alheio pode ser baseada: a) no conhecimento prático que o sujeito tem dos outros (sejam eles seus parceiros ou não); b) na previsão de que os outros *provavelmente* se comportarão conforme as regras; c) na previsão de que os parceiros adotarão um comportamento teleológico, no sentido de que eles buscarão o próprio interesse.

Por essas duas razões, o fato de uma ação econômica ser orientada também pela ordem jurídica torna-a mais provável de acontecer como previsto; "[…] as promessas são cumpridas com mais freqüência e a propriedade será mais bem defendida" graças ao direito (Swedberg, 2005:161).

Diferentemente da teoria econômica, para a qual podem não importar as diversas razões pelas quais um comportamento acontece efetivamente, o ambiente jurídico em que a ação social econômica ocorre, na medida em que constitui *motivo* da ação, tem uma relevância que a sociologia econômica e a jurídica não podem desconsiderar .

2. A economia capitalista é "contratual"

Porque atento aos motivos da ação social econômica, Weber considera da maior importância o fato de a economia capitalista, em aspectos básicos de seus mecanismos de funcionamento, ser baseada em contratos, uma forma jurídica capaz tanto de manter quanto de transferir o poder de disposição e controle sobre aquilo que ele denomina de *oportunidades*. Equivale a dizer que a forma jurídica propicia e garante condições de apropriação privada e de troca de "bens" com valor econômico.

2.1 Manutenção do poder de disposição e controle sobre oportunidades futuras

Esta questão se refere ao já mencionado conceito de validade empírica de uma ordem, sendo assim também relacionada à dimensão da *previsibilidade* discutida na seção anterior.

Em decorrência de seu papel na referida *previsibilidade*, a validade empírica de uma ordem afeta os interesses do indivíduo à medida que dá origem a oportunidades calculáveis/previsíveis de manter à sua disposição bens econômicos, ou de adquirir o poder de disposição e controle sobre eles no futuro, mediante determinadas condições prévias (Weber, 1964:254).

Para compreender a importância dessa dimensão e seus desdobramentos é fundamental esclarecer o conceito de *utilidade* (bens ou serviços) – usado como base da ação econômica – definido pelo autor em termos de *oportunidades de aplicação atual ou futura* (Weber, 1964:50). Swedberg chama a atenção para as implicações dessa forma de conceituar a *utilidade*, afirmando que a ação econômica é mais orientada pelas oportunidades do que por certezas. É verdade que essa ação é movida pela escassez (pela percepção das pessoas de que algo é valioso por ser escasso),

> […] mas há um elemento de incerteza em toda ação econômica, no sentido de ser mais dirigida por uma oportunidade de utilidade do que pela utilidade em si. […] [P]osso adquirir um artigo na esperança de que me venha a ser útil

> (para me gerar lucros ou para a satisfação de minhas necessidades), mas o que adquiro de fato *é uma oportunidade de usá-lo de uma série de formas diferentes.* [...] Podemos adquirir a oportunidade de usar alguma coisa para podermos excluir outros dessas oportunidades. A vida econômica [...] gira em grande medida em torno da apropriação [...] dessas oportunidades [...] (grifei) (Swedberg, 2005:54).

Que essa apropriação tenha uma forma jurídica não é trivial; implica, em primeiro lugar, aumentar as garantias de que a apropriação terá o reconhecimento social e *tenderá* a ser respeitada. Além disso, ao enfatizar o elemento da *oportunidade* nas ações econômicas, por um lado e, por outro, apontar que a manutenção do poder de disposição e controle sobre essas oportunidades é facilitada pelo sistema jurídico (no sentido de que é possível por causa do sistema jurídico), Weber introduz elementos essenciais para a análise das relações entre direito e economia, uma vez que:

a) bens e serviços podem ser tratados de forma multidimensional, como um conjunto de oportunidades que podem ser "aproveitadas" conjunta ou separadamente, por uma ou várias pessoas, em momentos e de formas diferentes;

b) o potencial desse "aproveitamento" depende do sistema jurídico, que pode propiciar maiores ou menores possibilidades de individualizar essas oportunidades, apropriar seus frutos e transferi-las;

c) do ponto de vista jurídico, deter esse poder de disposição e controle sobre oportunidades equivale a ter um *direito subjetivo*: um interesse juridicamente protegido, em favor do qual pode-se pedir ajuda de um mecanismo coativo estatal (conforme à clássica definição de direito subjetivo: interesse protegido + direito de ação);

d) o processo de desenvolvimento das relações econômicas capitalistas, ao longo do qual se observa uma contínua criação de novos mercados (em que se transacionam tipos cada vez mais complexos de *ativos*), requer um sistema jurídico capaz, também ele, de se desenvolver e possibilitar a criação de novos e variados tipos de direitos subjetivos *sobre os mesmos bens*.

Obviamente, todas essas "filigranas" definicionais podem não ter muita relevância quando se trata de relações de troca mais simples e diretas – em que o objeto da transação se esgota na transferência física do bem de um titular para outro –, mas enriquecem consideravelmente a compreensão do papel da forma jurídica na constituição de relações econômicas cada vez mais complexas e sutis, em que valores econômicos podem existir *em função* da transferibilidade jurídica de certas *oportunidades*. Essa idéia implica, entre outras coisas, que novos mercados e novos tipos de apropriação de ativos podem surgir *porque* se criam novos tipos de direitos subjetivos, transferíveis, que permitem a apropriação diferenciada de várias oportunidades *incidentes sobre o mesmo bem*.

Note-se, ainda, que ao enfatizar o aspecto da apropriação – jurídica – de *oportunidades* (mais do que a idéia de bens ou serviços), a noção weberiana chega muito próxima do conceito dos chamados *property rights* – direitos subjetivos socialmente reconhecidos, que se relacionam à fruição de um bem ou de um recurso e que, do ponto de vista jurídico, podem consistir tanto em direitos *reais* como em direitos *obrigacionais* –, um conceito-chave nas discussões mais atuais da literatura sobre direito e economia e particularmente caro à literatura de economia institucional.[4]

A posição de Kaufmann (1933), influenciado por Weber, parece ir nessa direção, ao afirmar que, ao adquirir a posse de uma coisa, o que o sujeito adquire realmente são as oportunidades de utilizá-la; conclui, então, que um bem deve ser definido como "[...] uma totalidade dessas oportunidades, que podem se concretizar em parte juntas, em parte como alternativas umas às outras" (*Economica*, n. 42, 1933:384, apud Swedberg, 2005:90).

2.2 Liberdade de contratar

A relevância econômica da apropriação de *oportunidades* não repousa unicamente na perspectiva de manutenção do poder de disposição e controle sobre elas, mas principalmente na possibilidade de transacioná-las, o que numa economia capitalista é feito por meio da forma jurídica do *contrato*.

Se uma dimensão importante da própria dinâmica da vida econômica reside na *transmissão* do poder de controlar e dispor de recursos econômicos por meio de contratos garantidos pela coerção legal administrada pelo Estado, esse instituto jurídico é considerado *chave* para as relações econômicas e, na visão weberiana, a principal fonte de relação entre a ação econômica e o direito. Assim, a relação que se estabelece entre agentes econômicos numa transação é mediada por uma forma jurídica, no bojo da qual os agentes são investidos da qualidade de sujeitos de direito. As posições de comprador e vendedor, devedor e credor etc., são qualificações jurídicas dos sujeitos de direito reciprocamente considerados que participam de uma transação. Indivíduos formalmente iguais são capacitados a praticar atos jurídicos de acordo com sua livre vontade, à qual o direito reconhece força vinculante; podem, assim, dispor de seus direitos por meio de contratos aos quais a lei dá proteção obrigando, se necessário pela força, o cumprimento do pactuado.

Nesse sentido, as regras do direito contratual criam um espaço de liberdade juridicamente reconhecido, conferindo aos particulares o poder de criar atos jurídicos válidos, assim lhes propiciando os meios para realizar suas intenções (Kirat & Serverin, 2000:09). É um espaço reconhecido para a criação de direitos subjetivos pelos próprios agentes.

A liberdade de contratação – entendida como um conjunto de faculdades que se concedem aos indivíduos para regular suas relações recíprocas dentro de certos limites, por meio de negócios jurídicos – nem sempre existiu e seu grau depende do

desenvolvimento do mercado, ao mesmo tempo em que seu reconhecimento pelo Estado possibilita e colabora com esse desenvolvimento (Weber, 1964:533-534).

O contrato é um acordo voluntário que constitui a base legal de reivindicações e obrigações, podendo, inclusive, criar novas relações econômicas que serão, em última instância, garantidas pelo Estado. Mediante um sistema contratual mais avançado, as leis proporcionam aos agentes econômicos certa margem de liberdade para formar novas relações econômicas, alterando a distribuição de poder de disposição e controle sobre oportunidades. Por esse motivo, a garantia de um grau mínimo de autonomia e liberdade dos agentes para celebrar contratos é um item imprescindível para a conformação e evolução de relações econômicas capitalistas.

Curiosamente, apesar de se tratar da preservação de um espaço de liberdade privada, a relevância econômica do instituto jurídico em questão se deve, em última análise, à garantia confiável e formal de todos os contratos pela autoridade pública, embora isso não signifique que essa garantia externa seja imprescindível para o cumprimento das promessas contratuais (como já discutido anteriormente, na seção 1.2).

Alguns economistas podem achar que a definição dos direitos se opera de modo eficiente apenas por acordos interindividuais, *i.e.,* pelo mercado: seriam os agentes privados que procederiam à definição dos direitos, à atribuição destes e às respectivas trocas, num quadro analítico em que não há necessidade de tribunais (ou qualquer outra instituição jurídica).

É difícil, todavia, considerar a atribuição e definição dos direitos sem uma autoridade dotada de legitimidade e poderes necessários (Kirat, 1999:65), ou ainda sem a existência de um processo de reconhecimento social dos direitos, que implica, em primeiro lugar, que também o *devedor* se reconhece enquanto tal (reconhece que tem uma obrigação para com o titular do direito); em segundo lugar, pressupõe algum tipo de reprovação pelo descumprimento das obrigações, algum tipo de *garantia externa* (seja pela ameaça de sanção organizada/institucionalizada, seja pela representação de existência de uma ordem válida).

Por outro lado, é preciso reconhecer, também, que o papel da sanção externa para assegurar o cumprimento do contrato pode ser mais ou menos prescindível conforme o tipo de contrato, sua duração, etc. Se todos os contratos fossem perfeitos e completos, poderíamos considerá-los auto-executáveis, pois conteriam toda a estrutura de incentivos adequada a que as partes tivessem interesse em cumprir o prometido. Mas contratos incompletos não podem prescindir de instituições garantidoras, sejam elas geradas no próprio âmbito privado (como as estruturas de *governance*, discutidas na literatura de economia institucional), sejam as garantias de recurso ao Poder Judiciário. De qualquer modo, um sistema bem organizado de trocas complexas não funciona sem uma ordem política (Mercuro & Medema, 1997:136).

Nesse sentido, um ingrediente importante na análise weberiana dos contratos como forma de criação de direitos subjetivos é o que relaciona a liberdade privada

de transacionar e o papel do Estado nas relações econômicas: a liberdade de contratar não é ilimitada em nenhum sistema jurídico e *decorre* do poder político (Freund, 1987:184), no sentido de que o valor de *garantia* das promessas feitas contratualmente só subsiste por referência ao Estado.

Belley (1995) discute esse ponto, ao analisar as idéias de Weber sobre a evolução da concepção de contrato. Contrato é um modo de criação de direitos subjetivos, que uma "atividade legislativa" concede – com maior ou menor liberdade – à autonomia dos agentes. Sua existência provém de um *ato de vontade* e supõe que as partes – numa relação de troca – tiveram por finalidade conferir-lhe um valor especificamente jurídico *por referência ao direito positivo do Estado* (Belley, 1995:226).

O papel dos contratos no domínio econômico nos remete, ainda, à distinção entre contrato-*status* e contrato-função; enquanto o primeiro, típico de sociedades primitivas, afeta toda a situação jurídica de uma pessoa, o contrato-função visa a uma ação ou a um resultado específico (principalmente econômico). Para Weber, a evolução do contrato-função se liga ao desenvolvimento de uma economia de mercado – no sentido de ser esse um tipo de contrato que propicia o funcionamento de um mercado de trocas livres e impessoais, mediadas pela moeda, num ambiente em que os agentes possam se engajar juridicamente em múltiplas relações contratuais.[5]

Por isso, o autor dedica especial atenção à evolução histórica das instituições de direito que permitiram a existência de contratos-função cada vez mais sofisticados, destacando-se aqui o estudo do desenvolvimento/evolução de legislações comerciais mais propícias à facilitação das transações econômicas capitalistas porque consolidam e reafirmam a liberdade contratual.

No aspecto histórico, Weber destaca o papel de certas instituições de direito comercial (principalmente o medieval), tais como as noções de *obrigação*, de *execução* eficiente, de possibilidade de transferência de títulos legais (títulos de crédito pagáveis ao portador, ordem de pagamento etc.), entre outros institutos jurídicos que desempenharam papel crucial na facilitação dos negócios. Fundamental também teria sido o surgimento do conceito jurídico de empresa moderna – mais propriamente falando, do conceito de *pessoa jurídica* –, uma forma de organização autônoma cuja criação é permitida pelo sistema legal-estatal que lhe atribui personalidade jurídica própria e capacidade de ser sujeito de direitos e obrigações, além da possibilidade de separação dos patrimônios dos sócios e da sociedade. É nesse contexto que analisa a evolução de noções jurídicas dos tipos societários e padrões de responsabilidade, tais como a sociedade por ações e a sociedade em comandita, a responsabilidade solidária, subsidiária e a responsabilidade limitada. Tais instituições, por permitirem e facilitarem que transações de compra e venda ocorressem de forma sistemática reiterada, são por Weber consideradas parte dos *pré-requisitos* legais do capitalismo moderno (Swedberg, 2005:183).

Em suma, a criação de novos mercados para novos e mais abstratos tipos de direitos subjetivos, como apontado na seção anterior, requer um sistema jurídico que disponha de regras sofisticadas capazes de regular conflitos em torno de relações econômicas complexas e inovadoras, e garantir a realização das expectativas de uns agentes em relação aos outros.

3. As relações causais entre direito e economia

Focalizar as relações de causa e efeito entre norma jurídica e ação econômica é ainda uma outra forma de abordagem das relações entre direito e economia, a partir de elementos já vistos sob outros prismas, a saber: o papel da coação jurídica estatal e da validade empírica de uma ordem jurídica na *previsibilidade* necessária ao cálculo econômico.

A questão passa por saber se existiriam *regularidades* do comportamento dos agentes que sejam *devidas* à existência de normas jurídicas que o tornam obrigatório e se tais regularidades são relevantes para a economia; e vice-versa, *i.e.*, se regularidades do comportamento efetivo dos homens podem dar origem a normas jurídicas.

A criação de regularidades do comportamento é uma preocupação típica da sociologia do direito: dispondo de meios coativos que impõem determinada conduta, o direito pode dar origem a usos efetivos e regularidades da ação, aumentando, assim, o grau de probabilidade com que se pode contar com sua ocorrência. A vinculação de *oportunidades* a normas jurídicas tem por finalidade tentar assegurar sua ocorrência, *i.e.*, assegurar que as condutas prescritas como obrigatórias serão efetivamente observadas (Weber, 1964:266). A criação da possibilidade de que certa conduta se verifique efetivamente (entre outras coisas devido à *garantia* da coação jurídica estatal) constitui a função do direito na economia capitalista que permite aos agentes maior segurança no cálculo econômico racional.

Entretanto, duas observações de Weber são fundamentais para a correta compreensão das relações causais entre as ordens jurídica e econômica: em primeiro lugar, deve ser admitir que *nem todas as regularidades da conduta se devem a normas jurídicas*. Existem, na perspectiva weberiana, outras motivações da conduta – convenções, costumes, usos condicionados por interesses – que freqüentemente apresentam um poder vinculatório igual ou até superior. Conceitualmente, não é necessário supor que exista uma *ordem* que garanta a relação por meio de um aparato coativo, "porque uma das partes pode confiar na ação que, contra a propensão à violação da promessa, exercerão os interesses egoístas da outra parte em continuar as relações de troca" – *i.e.*, espera-se da outra parte uma ação racional com vistas a fins, que torna provável que ela se conduza de acordo com uma norma que obriga a cumprir o prometido.[6] Se não podemos pensar em contratos numa economia moderna sem garantias jurídicas, também é certo que, como já citado anteriormente, na maioria

das transações comerciais os contratos são cumpridos sem recurso à ação judicial (Weber, 1964:264-265).

Em segundo lugar, *nem todas as normas jurídicas conseguem criar as regularidades desejadas*, já que a eficácia da coação jurídica estatal encontra limites no seu poder de submeter o comportamento dos agentes econômicos, limites esses que, em última análise, são colocados pelos interesses materiais que condicionam a formação de grupos sociais. Quando uma norma jurídica se choca contra usos, costumes e convenções – ou mesmo contra interesses de grupos –, ela freqüentemente tem sua eficácia comprometida, pois a *ação racional com vistas a fins* (origem dos usos condicionados por interesses) que embasa a atuação dos agentes econômicos está motivada por interesses materiais. Tais limites são dados também pela correlação de forças entre os interessados na observância das normas e os agentes privados – que têm maior conhecimento racional do mercado e dificilmente se dispõem a abandonar oportunidades lucrativas para se submeter à lei. Ademais, os resultados efetivos e os efeitos não desejados (ou não previstos) dos preceitos legais escapam à previsão do legislador, pois a economia de mercado e da livre iniciativa é movida pelos agentes privados, de formas ou em direções dificilmente previsíveis ou controláveis pelo legislador (Weber, 1964:270-271).

Além disso, se mesmo as normas impositivas podem ser descumpridas, por outro lado nem toda norma é impositiva. Particularmente quando incidem sobre a atividade empresarial, as normas jurídicas não apenas proíbem ou permitem comportamentos ou iniciativas, mas, principalmente, tentam incentivá-los ou desencorajá-los. Cada vez mais freqüentes na economia moderna, em que o Estado não se atém a uma *função protetora-repressora,* essas normas constituem um *imenso sistema de estímulos e subsídios,* que conferem ao ordenamento jurídico uma *função promocional* (Ferraz Jr., 1989). Reconhece-se que o atributo da sanção inerente às normas qualificadas de *jurídicas* nem sempre se refere à repressão (sanções negativas): existem sanções positivas que não são punições, mas recompensas por determinado comportamento (as chamadas sanções premiais) e que assumem papel importantíssimo enquanto *instrumento* para direcionar os comportamentos privados. Normas portadoras de sanções premiais não determinam o comportamento de maneira absoluta, mas apenas delimitam um campo de atuação possível, desejável ou indesejável no qual a ação dos agentes econômicos pode ou não se efetivar: a decisão é autônoma e individual – no caso, geralmente da empresa.

As relações entre ordem econômica e ordem jurídica, portanto, devem ser vistas como um caminho de mão dupla, podendo a norma jurídica assumir o papel de causa *ou* de efeito das regularidades do comportamento dos agentes econômicos – em tese, tanto as regularidades de fato verificadas (usos e costumes) podem dar origem às regras *para* a conduta como também o inverso. Saber em que condições esses dois caminhos ocorrem é algo que só se pode apurar a partir da pesquisa empírica (Weber, 1964:268).

Para Weber, assim como é um erro ver o direito como produto exclusivo das forças econômicas, também o é o raciocínio inverso (*i.e.*, que a economia seja produto da legislação feita pelo Estado ou, em outras palavras, que a ação do Estado – as decisões políticas – seja capaz de moldar totalmente os rumos da economia), já que "existem limites definidos para o grau em que o Estado pode influenciar a economia por meio de intervenções legais" (Swedberg, 2005:164). Tais limites não decorrem de uma eventual deficiência do sistema jurídico, mas sim do fato de que, numa economia capitalista, os agentes são centros autônomos de decisão,[7] e suas decisões – livres –são fundamentais na determinação de sua dinâmica e desenvolvimento.

Esse ponto é fundamental para a compreensão dos limites da eficácia das ações governamentais e traz conseqüências para a análise das relações direito-economia, já que (a) a economia capitalista não é totalmente controlável/moldável pela atividade normativa do Estado, pois, em uma dimensão significativa, é movida por agentes privados; e (b) a eficácia das normas jurídicas, que têm por destinatários agentes privados tomadores de decisões relevantes, pode ficar comprometida se esses agentes não se submetem ou não respondem ao sistema de estímulos e desestímulos do aparato jurídico, e podem inclusive alterar as regras conforme o poder de influência que tenham.

A proposição coloca em foco a questão da *eficácia* possível do sistema jurídico na determinação do comportamento dos agentes, uma perspectiva de particular relevância para analisar as possibilidades – e limites – da ação do Estado na esfera econômica, em especial na implementação de políticas. Instrumentos de política típicos de uma economia capitalista, que não pretendem substituir as decisões privadas, constituem sistemas de incentivos que podem se mostrar mais ou menos efetivos, e essa maior ou menor efetividade depende de fatores tanto econômicos quanto jurídicos.

Nesse sentido, saber se e como as normas jurídicas afetam a ação social econômica em contextos históricos concretos, investigando como se configuraram as relações de causa e efeito entre normas jurídicas e conduta efetiva dos agentes econômicos, e os efeitos mais gerais das normas para a economia, constitui um importante objeto de pesquisa no campo conjunto direito-economia.

Na medida em que liga o mundo real ao mundo normativo, o conceito de eficácia é básico para a análise integrada jurídico-econômica. Juridicamente, define-se eficácia como *adequação* da norma à produção de efeitos concretos, porque apresenta condições fáticas e/ou técnicas de atuar (Ferraz Jr., 1988:181). É um primeiro passo, mas a *eficácia* que interessa para a relação direito-economia requer necessariamente uma abordagem sociológica, questionando-se se a norma atinge os objetivos para os quais foi criada, se os seus destinatários se submetem ou não a ela, e por que o fazem.

De particular interesse é investigar a eficácia de um sistema regulatório desde o ponto de vista dos resultados mais gerais que a lei pretende alcançar no plano econômico, avaliando os impactos/resultados da aplicação da lei, comparando-os com

os objetivos estabelecidos: em que medida esses objetivos são alcançados ou, se alcançados, em que medida são produto da lei?

Uma resposta positiva a essa questão depende de a lei ser eficaz no sentido de *adequação,* mas, adicional e essencialmente, *depende de decisões dos agentes econômicos* – de se conformarem ou não às regras legais. A *decisão* é, assim, o elemento fundamental que a lei busca influenciar. O sistema jurídico não pode substituí-la, nem ordená-la ou torná-la obrigatória. Este ponto é fundamental para a análise de alguns sistemas jurídicos que institucionalizam ações do Estado na esfera econômica.

4. Considerações finais

Os elementos abordados acima certamente não esgotam a riqueza da análise weberiana sobre as relações entre direito e economia, mas nos permitem destacar algumas contribuições para o estudo do tema e apontar linhas de investigação que podem ser desenvolvidas tomando-os como ponto de partida.

Partindo-se da idéia de que o direito é parte constitutiva das relações econômicas capitalistas, posto que estreitamente relacionado à natureza do sistema econômico – *contratual*, em sua essência –, é central a temática dos contratos enquanto forma de criação de direitos subjetivos socialmente reconhecidos.

O desenvolvimento das transações econômicas capitalistas depende da existência de um espaço de liberdade substantiva de contrato e, ao mesmo tempo, da garantia de seu cumprimento pelo sistema jurídico estatal. Daí ser esse um instituto jurídico *chave* para as relações econômicas e, na visão weberiana, a principal fonte de relação entre a ação econômica e o direito.

Um segundo alvo de investigação consiste em identificar, em contextos históricos concretos, como se configuraram as relações de causa e efeito entre normas jurídicas e conduta efetiva dos agentes econômicos, e os efeitos mais gerais (a eficácia) das normas para a economia. Essa linha de pesquisa propicia enfocar os efeitos possíveis das normas e os limites e problemas decorrentes da ação governamental sobre o processo econômico; nesse sentido, comporta uma análise tanto *positiva* quanto *normativa*, uma vez que, identificados aqueles efeitos e limites, bem como os elementos que contribuem para uns e outros, podem-se propor soluções alternativas de adequação *meios-fins*.

Se, num sistema capitalista, as decisões dos agentes privados são relevantes para a direção do processo econômico, então, abordar as relações causais direito-economia passa por saber se e até que ponto o sistema jurídico-normativo é capaz de conformar tais decisões, *i.e.,* se e como os agentes destinatários orientam suas ações pelas normas do sistema jurídico.

No âmbito jurídico, isso implica atentar para a *eficácia* desse sistema, entendida em seu sentido substantivo, dependente não apenas do comando normativo, mas também do funcionamento de todo o aparato para sua aplicação (*enforcement*). A questão

da eficácia constitui um elo essencial que une o mundo real e o normativo, na medida em que focaliza a relação entre o direito e a ação social econômica.

Finalmente, e não menos importante, podemos destacar um interesse teórico especial na busca de explicações para o "modo de funcionamento" do processo econômico-social e do direito, bem como das relações entre ambos. Refiro-me à idéia de que a manutenção e a transferência do poder de disposição e controle sobre oportunidades – um elemento essencial da vida econômica – depende, num sentido forte, da forma jurídica do contrato. Em outras palavras, o processo de criação de direitos subjetivos, que constitui um aspecto dinâmico essencial da atividade econômica capitalista, é um processo *jurídico* e, nesse sentido, a economia capitalista seria – essencialmente, e não superficialmente – uma economia contratual.

Assim, a contínua criação de novos mercados para novos e mais complexos tipos de ativos é possível *porque* o sistema jurídico comporta a *apropriação* desses novos tipos de *oportunidades econômicas*. Por sua vez, note-se que a *apropriação* relevante do ponto de vista do processo de desenvolvimento das relações econômicas é aquela *socialmente reconhecida* e, portanto, juridicamente garantida. Sem reconhecimento social e sem garantia jurídica, as possibilidades de apropriação se reduzem à posse física de um bem pela força; se a apropriação dependesse apenas do reconhecimento da validade empírica de uma ordem, sem qualquer garantia de punição institucional pelo descumprimento da norma, não haveria proteção contra comportamentos oportunistas. A manutenção do poder de controle dependeria da possibilidade de manter fisicamente a posse do bem, o que seria por definição inviável para bens imateriais e socialmente insustentável para quaisquer bens. Desnecessário dizer que um tal sistema não permitiria muita sofisticação das relações de troca, que incorreriam em altos custos de transação.

Segue-se que o direito não é uma forma vazia de conteúdo que apenas "chancela" relações de fato criadas pelos agentes econômicos, como se os direitos de apropriação fossem gerados na esfera privada e, num momento logicamente posterior, reconhecidos por uma estrutura de poder político. O direito, para a visão weberiana, é uma parte *constitutiva* das relações econômicas capitalistas.

Entre outras implicações, a idéia de que o direito pode ser tanto causa como efeito das regularidades da conduta dos agentes econômicos pode ser entendida como algo mais do que o reconhecimento de que os processos históricos concretos podem exemplificar um ou outro sentido causal. Essa idéia pode ser também entendida como indicador de *simultaneidade*: o direito é, simultaneamente, causa e efeito da ação social-econômica. É *causa* porque o processo econômico (no qual há contínua criação de novos tipos de direitos subjetivos) pressupõe um sistema jurídico como condição *necessária*. É *efeito* porque essa criação de novos direitos tem efeito cumulativo, que realimenta o grau de sofisticação e complexidade do sistema jurídico.

NOTAS

***** Trabalho preparado originalmente para o Projeto *Avaliação de políticas públicas:* uma abordagem multidisciplinar, financiado pelo CNPq (2003-2005). Agradeço os comentários e sugestões dos pareceristas, alguns das quais me ajudaram a clarear certas questões do trabalho; como é óbvio, problemas e imprecisões remanescentes são de minha inteira responsabilidade.

1 Com a exceção da área antitruste, em que a análise econômica tem efeitos normativos relevantes.

2 Essa relação deve ser entendida com todas suas *nuances* a fim de evitar generalizações indevidas sobre possíveis nexos causais. Sabe-se que há diversos exemplos históricos de desenvolvimento de relações capitalistas num quadro jurídico de direito não formal e/ou irracional. Não pretendo aprofundar essa discussão neste trabalho, mas creio que isso não invalida a proposição geral weberiana por pelo menos duas razões básicas: em primeiro lugar, porque o nexo entre o direito formal-racional com o desenvolvimento de relações capitalistas *passa necessariamente pela previsibilidade* que esse tipo de direito propicia para o cálculo econômico – o tipo de direito, por si, não é condição nem necessária nem suficiente para a evolução daquelas relações, como atesta o famoso exemplo da Inglaterra, cujo sistema jurídico foi por Weber considerado *previsível,* apesar de não-formal. Em segundo lugar, deve-se ter em conta que a questão envolve diferentes planos de análise, e precisamos ter certos cuidados ao passar de um para outro; afinal, uma abordagem histórica e concreta requer considerações bem diversas de uma análise dos elementos componentes dos tipos ideais. Estes são instrumentos de análise daquela, mas a realidade não necessariamente se enquadra nos tipos de forma total. Assim, podemos ter elementos de *previsibilidade* num tipo de direito não formal; ou ainda elementos de relações capitalistas que se desenvolvem em sistemas jurídicos com fortes traços de direito irracional. Saber se e em que medida isso ocorre concretamente é algo que requer pesquisa empírica.

3 A orientação da ação pela *ordem* não se dá apenas quando de seu cumprimento, mas também em caso de transgressão; no entanto, quando a transgressão se converte em regra, significa que a validade da ordem se tornou muito limitada ou definitivamente deixou de subsistir. Diferentemente da disciplina do Direito, para a sociologia não há, necessariamente, uma alternativa absoluta entre validade e não validade de uma ordem (Weber, 1964:25-26).

4 De diversos matizes, como Coase (1961), Posner, Williamson (1985), entre outros. Essa literatura discute amplamente a importância, para o processo econômico, da existência de direitos bem definidos, cujo objeto seja precisamente delineado e que sejam dotados dos atributos da exclusividade e da transferibilidade. Isso permite aos agentes negociar livremente seus respectivos direitos e chegar a uma solução de conflitos no âmbito das relações privadas – nesse sentido, a boa definição dos direitos permite uma solução de mercado. Por se constituírem como objeto de transações, os direitos subjetivos, quando bem definidos, contribuem para a criação e organização de mercados e redução de seus custos de transação.

5 O contrato-*status* seria, assim, inadequado às necessidades do mercado capitalista (Belley, 1995:229), e poucos existem ainda que tenham importância econômica (a herança é um contra-exemplo).

6 A literatura econômica mederna sobre contratos identifica, nessa situação, a presença de *incentivos* privados, que podem ou não estar *alinhados* com os interesses da outra parte do contrato e/ou com normas jurídicas.

7 O funcionamento de uma economia de mercado supõe um grau mínimo de *liberdade* de iniciativa

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARIDA, P. (2005). A Pesquisa em direito e economia: em torno da historicidade da norma. In: ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. (Orgs). *Direito e economia.* Rio de Janeiro: Elsevier (p 60-73).
BELLEY, J.-G. (1995). Max Weber et la Théorie du Droit de Contrats. In: LASCOUMES, P. (Dir.). *L'actualité de Max Weber pour la Sociologie du Droit*. Paris: L.GDJ (p. 221-241).
BOBBIO, N. (1987). *Estado, governo, sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
——— (1989). *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Polis; Brasília: Editora UnB.

COASE, R.H. (1961). The problem of social cost. *Journal of Law and Economics,* v. 1.
DEFFAINS B.; KIRAT, T. (Ed.) (2001). *Law and Economics in Civil Law Countries.* Amsterdam: Elsevier Science.
FARIA, J.E. (1993). *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros.
FERRAZ JR., T.S. (1988). *Introdução ao estudo do direito.* São Paulo: Atlas.
——— (1989). O pensamento jurídico de Norberto Bobbio. Apresentação à edição brasileira de *Teoria do ordenamento jurídico* de N. Bobbio. Brasília: Polis; Editora UnB.
FREUND, J. (1987). *Sociologia de Max Weber.* Rio de Janeiro, Forense-Universitária.
JASPERS, K. (1977). Método e visão do mundo em Weber. In: COHN, G. (Org.). *Sociologia*: para ler os clássicos. São Paulo: Livros Técnicos e Científicos.
KELSEN, H. (1990). *Teoria geral do direito e do Estado.* São Paulo: Martins Fontes; Brasília: Editora UNB (1.ª edição em inglês, 1945).
KIRAT, T. (1999). *Economie du Droit*. Paris: La Découverte.
———; SERVERIN, E. (2000). Dialogue entre droit et économie à propos des relations entre les règles juridiques et l'action. In: ———. *Le Droit dans L'Action Économique,* Paris: CNRS.
LOPES, J.R. de L. (2005). The traditional dialogue between Law and Economics. *Revista Direito GV,* número especial, 1, p. 171-194, nov..
MERCURO, N.; MEDEMA, S.G. (1999). *Economics and the Law*: from Posner to post-modernism. Princeton: Princeton University Press.
ROEMER, A. (1994). *Introducción al Análisis Económico del Derecho.* México: Fondo de Cultura Económica.
SWEDBERG, R. (2005). *Max Weber e a idéia de sociologia econômica*. Rio de Janeiro: Editora da UFRJ. (Coleção Economia e sociedade, v. 5.)
WEBER, M. (1964). *Economía y sociedad.* 2. ed. em espanhol. México: Fondo de Cultura Económica (1.ª edição em alemão, 1922).
——— (1995). Droit et Jeu – A propos de R. Stammler: dépassement du materialisme historique. Extrato do estudo de mesmo nome, publicado em LASCOUMES, P. (Dir.). *L'actualité de Max Weber pour la Sociologie du Droit*. Paris: LGDJ (p. 149-153). Publicado originalmente em 1907, em *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*.
WILLIAMSON, O. (1985). *The Economic Institutions of Capitalism.* New York:, The Free Press.
ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. (Org.) (2005). *Direito e economia.* Rio de Janeiro: Campus/Elsevier.

Maria Tereza Leopardi Mello

Professora adjunta do Instituto de Economia
da Universidade Federal do Rio de Janeiro (IE-UFRJ)

MARKET DOMINANCE IN THE NEW ECONOMY [1]

Rafael Alves de Almeida [2]

DOMÍNIO DE MERCADO NA NOVA ECONOMIA

RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar as principais questões de teoria da competição que podem emergir das interações entre processos competitivos, poder de mercado e inovação tecnológica na Nova Economia. Examina-se tanto o papel dinâmico dos empreendimentos e mercados num ambiente de inovação em que as políticas de competição envolvem, implicitamente, uma escolha entre caminhos de inovação alternativos, quanto a interação interdisciplinar entre dois grandes campos de estudo, Direito e Economia, e seu uso conjunto para fornecer um quadro intelectual que facilite a compreensão de temas de Direito da Concorrência. Na Nova Economia, a inovação é reconhecida como um traço central da competição de mercado, localizada no coração do processo de competição. Há várias abordagens possíveis da competição dinâmica, mas todas elas demonstram o mesmo ponto: se os agentes competentes por elaborar políticas públicas quiserem tratar a inovação e a mudança como componente central do processo de competição, eles precisam de novas abordagens analíticas que tratem esses fenômenos como centro de suas preocupações e não como um elemento lateral de suas análises.

PALAVRAS-CHAVE

Competição, processo competitivo, competição dinâmica, poder de mercado, posição dominante, inovação, mudança tecnológica, Direito da Concorrência, Nova Economia, domínio de mercado, estrutura de mercado, política de competição.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the main issues in competition theory that may emerge from the interaction existing between the competitive process, market power, technological innovation and Competition Law in the New Economy. We sought to examine both the dynamic role of undertakings and markets in an innovative environment in which competition policy implicitly involves a choice among alternative innovative paths and the interdisciplinary interaction between two great fields of study, Law and Economics, and their joint use to provide one intellectual framework which facilitates a greater understanding of issues concerning Competition Law. In the new economy, innovation is recognized as a central feature of market competition, sitting at the heart of the competitive process. There is a variety of different approaches to dynamic competition – but all of them demonstrate a similar point: if policy makers want to take innovation and change as a core component of the competitive process, they need new analytical approaches that treat these phenomena as the main act rather than the sideshow.

KEYWORDS

competition, competitive process, dynamic competition, market power, dominant position, innovation, technological change, Competition Law, new economy, market dominance, market structure, competition policy.

INTRODUCTION

The relationship between technological innovation and antitrust enforcement is perhaps one of the most controversial and present issues now under discussion in

Competition Law. The assessment of market dominance in a market characterized by fierce competition, network effects, economies of scale and immense product innovation and consequently the extent of its results, if at all, is still subject to considerable debate in the Academy.

There have been some important antitrust cases involving high-tech industries, such as *Microsoft*, which presented a systematic economic analysis which indicated the absence of arguments capable of assuring if undertakings experiencing high technological rates, fierce competition, high degree of new product innovation, usually based on large sunk research and development costs, and which often exhibit demand-side networks effects are guilty of either monopoly or anticompetitive behavior. In this scenario, undertakings compete for the market based upon the introduction of new and radically better products and services which give the winner a dominant market position.

Since one of the objectives of Competition Law concerns the functioning of the market economy, proper enforcement requires understanding and use of the relevant theoretical framework, both in Law and in Economics. In this sense, acknowledgement of the importance of technological change (i.e. innovations) raises several important questions for antitrust policy. Given these considerations, the threshold question that arises is whether currently Competition Laws are adequate to meet the challenges of today's marketplace?

In order to proceed with the assessment of the question posed herein some aspects of Competition Law and some peculiarities of the dynamics of competition and markets will be further sketched so as to provide the grounds for the analysis of market dominance in the new economy. An understanding of the competition in dynamic industries is a vital part of a sound antitrust policy.

Before that, however, this paper will describe the mainstream knowledge in Competition Law in force so as to evaluate the feasibility of such a claim. By referring to the neoschumpeterian approach suitable for this task this paper will analyze the concept of market dominance in the new economy within legal and economic perspectives which reconcile economic analysis with the realities of undertaking decision making. The most important relate to improved understanding of technological change and the dynamics of the competitive process[3].

Furthermore, it is also worth noting that this paper is not an exhaustive account of all possible approaches to these issues, and it will require further elucidation and discrimination in the light of additional empirical data and analytical insight. This paper is thus to be suggestive. With no greater claims than that it is presented here as a contribution to the understanding of how market dominance should be dealt with in the new economy.

To accomplish the task of addressing the issue posed earlier in the question above, the remainder of this paper is organized into four chapters. Chapter 1 identifies the

main characteristics of the so called "new economy", focusing on the dynamic role of the undertakings and markets in an innovative environment. Then it turns to particular characteristics of industries of the new economy which are widely recognized as being significant for competition policy. Chapter 2 analyses issues pertaining to the concept of market dominance in the new economy. The chapter addresses the fundamental nature of competition in the new economy and how it differs from more traditional approaches to competition. It also sets forth the features of competition in these industries that have special importance for the antitrust analysis of market dominance. Chapter 3 examines the existing mechanism for assessing market dominance in order to verify whether the existing Competition Laws need to be adapted to address the competition issues in the new economy. And Chapter 4 summarizes the main conclusions of the paper.

1. The New Economy

Dosi[4] remarkably argued that change has always been the hallmark of the modern market economies. Technological and organizational innovations are in turn the primary driver of change, shaping, reshaping and sometimes completely overturning the existing order. According to Posner[5], industries in the new economy are characterized by falling average costs over a broad range of output, varying rates of innovation, quick and frequent entry and exit, and network effects. The new economy comprises R&D and technology intensive industries[6], such as computer software and computer hardware, Internet-based businesses, communications networks, mobile telephony, and pharmaceuticals, in which dynamic competition is a fundamental feature.

The seeming chaos of rapid market rises to prominence of new undertakings, new technologies, and new business models is not a passing phenomenon, but rather is a permanent feature of the new economy[7]. The parallel phenomenon of seemingly overnight collapses of apparently stable and established businesses and brands, as well as the rapid decline of new businesses, is similarly destined to be a recurring feature of the new economy.

The combination of dynamics, uncertainty, and market power leads to one of the most important aspects of many R&D intensive industries. An important form of competition in R&D is to replace the existing technology winner which has static market power with another based on improved technology. This form of competition occurs throughout the computer, pharmaceutical, and biotechnology industries, as well as most other R&D intensive industries. This process of creative destruction or Schumpeterian competition is not the type of competition that antitrust enforcement typically tries to protect, but assuring the efficiency of this process may be an important difference in the role that antitrust policy ought to play in R&D intensive

industries relative to others[8]. Note also that in these dynamics, technological asymmetries and technological and behavioral variety are both the outcome and a driving force of technological and organizational change[9]. In this scenario, innovations are the key factor enabling growth and change in capitalist economies.

Another essential issue concerning the new economy is the extraordinary dynamic competition where the key ingredient over time is the technological innovation: undertakings attempt to gain a competitive advantage either by reducing costs or introducing new products. A new product which can do more things – or do the same things faster or more cheaply – will replace inferior earlier products. This gives the innovating undertaking a significant share of the new sales, at least until the next round of innovations comes along. In such markets temporary market power is inevitable, and indeed provides the incentive for undertakings to innovate.

Undertakings which face vigorous competition are continuously pressed to become more efficient and more productive. They know that their competitors are constantly seeking ways to innovate and to reduce costs, in order to increase profits or to gain a competitive advantage. With that constant pressure, undertakings know that if they do not keep up with the pace in making efficient and productive improvements, they may well see their market position shrink, if not evaporate completely. It is exactly this process of fierce competition between rivals that leads them to strive to offer higher quality products, better services, and lower prices.

Pleatsikas and Teece[10] explain that there are periodic, unpredictable, and discontinuous paradigm shifts which can completely undermine incumbents using existing dominant technologies, and that such shifts can and do often result in a total change in the competitive positions in the industry. Innovations are treated as stochastic and as variable across undertakings. Incumbents may find themselves left behind by these shifts, as those who develop and successfully commercialize the innovation often overturn the market positions which existed previously. As a result, market share can shift quite fast, and new leaders often emerge.

The interaction between competitive environment, business strategies and institutions[11] is the chief mechanism through which competition works its evolutionary role of technical and economic selection. According to Silverberg et. al.[12], evolutionary processes in economic environments involving innovation and diffusion are governed to different degrees by selection and learning mechanisms. Selection mechanisms tend to increase the economic dominance (e.g. profitability, market shares) of an undertaking with particular innovation characteristics at the expense of others. Whereas learning mechanisms may both spread innovative/imitative capabilities throughout the set of potential adopters and reinforce existing disparities via cumulative mechanisms internal to the company.

Competitive process is then sustained over time by continuing innovations that generate positive externalities. Although improvements in technology typically raise

the productivity of capital and thereby induce additional investments, undertakings will only invest in new technologies when they have seen an opportunity to earn profits. It is the hope of monopoly profits resulting from a successful innovation which creates the incentive to invest and consequently to innovate even more.

Generally, industries in the new economy share common features such as: high fixed costs, very low marginal cost, scale economies, high stakes investments, product differentiation, strong advertising policies, rapid innovations (prime competitive weapon), market selection, fierce and dynamic competition, network effects, possibility of lock-in effects, presence of switching costs, and existence of sunk cost on R&D.

Competition in the new economy is driven by innovation. Undertakings tend to have high fixed costs and low marginal production costs. They often must invest a great deal to develop their products, either because they must make substantial investments in R&D, or because they must invest in a physical or virtual network to create and deliver the product. But once they make this initial investment, it is cheap to create additional units.

For example, the software industry[13] is characterized by increasing returns technology, that is, as output increases average costs of production can decrease, and network effects. The production and sale of software involves considerable economies of scale. Most of the expense is fixed cost, and the marginal cost of licensing additional customers is nearly zero. As a result, writers of applications programs have an incentive to write for those operating systems that have a very large number of users.

In this industry most of the costs of writing softwares are fixed. There is also a tendency for one operating system to dominate the market, because most buyers want to use the system for which the most software applications are available. The Appeals Court's Microsoft[14] opinion summarized this network problem in the following terms: "In markets characterized by network effects, one product or standard tends toward dominance, because the utility that a user derives from consumption of the good increases with the number of other agents consuming the good."

When network effects are strong, they constitute an important dimension of industry structure. The degree of compatibility and the strength of these effects shape the nature of competition, industry evolution, and path of innovation. The presence of network effects may result in the incumbent undertaking being favored by new customers. It could eventually become dominant through positive feedback. This could last for a long time, although it is unlikely to survive a major paradigm shift.

Network effects share an important characteristic with economies of scale. In particular, both confer an advantage on larger undertakings in an industry: the former does it by increasing demand and the latter by decreasing costs. Both tend to

produce markets with at most a small number of clear leaders, making it difficult for undertakings with small shares to survive unless they produce significant innovation. Network effects may have also serious implications for fair competition: they can lead to the creation of dominant positions which can be abused.

According to Evans and Schmalensee[15], undertakings which are not leaders in network industries generally have little hope of reaching that status unless they come up with a major innovation – one which can defeat the natural advantage that network effects give to the industry leaders. Incremental innovation – making slight improvements in the leaders' products – will not enable a small undertaking to overtake a leader who enjoys the benefits of network economies. Similarly, the mere possibility of being displaced by a major innovation will shape leaders' research agendas. If there is a chance that today's products will be replaced by a major innovation, a leader's survival depends on bringing that innovation to market and thereby replacing itself before others do. As a result, competition in network industries often involves intense R&D efforts aimed at capturing or retaining market leadership.

When network effects are present, there may be substantial efficiencies on either the demand or supply side which lead to the creation of dominance in a particular market. Rubinfeld and Hoven[16] contended that:

> [...] Many network industries are dynamic, in which case the market is a moving target, evolving as technology changes in response to innovation. Antitrust analysis must occasionally focus, therefore, not only on static competition within the market as it is currently constituted, but also on dynamic competition for the market of the future, that is, competition to control the next market standard (if there is one).

Network effects can create complex vertical issues. A dominant undertaking may have an advantage in selling complementary goods which allow it to extend its dominance from one market to another, either by tying the sale of one product to the purchase of another, or by tying the products together so that the option to purchase the two products separately is not readily available. There is also a tendency for this kind of market to tip to a single dominant vendor or technology. This does not imply that one standard will win the entire market, although this is possible, but it does mean that one standard often becomes predominant. When tipping occurs because a particular product or system is superior, it is important to realize that the tendency to tip reflects the value to consumers of having a particular standard widely available. In markets that tip, competition is for control of the market. The incentive is to gain the upper hand and become the predominant player as early as possible, which can be expected to lead to particularly vigorous competition.

These features of network effects explain why a potential entrant might find it very difficult to challenge an incumbent in these industries. It is not enough to have a better product, or to provide it at a lower price, if the new product is not compatible with the established one, the undertaking has to convince prospective buyers that enough other buyers will buy it. The larger the number of consumers already locked in with the current standard the more difficult will be its task. The stronger the reputation of the new entrant and the more resources it commits to the new product the higher the chances that it will succeed. A number of strategies might be used for such purposes, from introductory price offers (or even giving away the product for free), to convincing firms selling complementary services (or spare parts, or software applications) to develop them.

It is also claimed that network effects tend to keep a leading undertaking's position intact, even if there is a superior product available, a result otherwise known as lock-in[17]. The incumbent may in fact be at a disadvantage for new generation technology if switching costs are an issue. Implementing new technologies may cause incompatibilities for its existing customers. In a dynamic industry, switching costs may provide an advantage but this advantage is likely to be limited particularly in the face of significant improvements in technology. The extent of lock-in also relates to the pace of technological change. The more rapid the pace of change the more quickly that customers are likely to switch to a new base and to complementary products to take advantage of new advanced characteristics. Moreover, the more rapid the rate of change, the lower the switching costs, and the broader the market.

While lock-in effects and single firm dominance certainly render a market less competitive, and consequently have costs in terms of consumer welfare, they also produce an important positive effect. For instance, when one undertaking dominates the market for a product which serves as a platform – a product for which other software developers will write their programs – that undertaking creates a *de facto* standard, a uniform platform. Software developers thus are not faced with the cost, in terms of time and of resources, of developing applications that run across a variety of platforms. This can lead to significant boosts in productivity and innovation.

It is sometimes alleged that switching costs related to industries presenting network effects can also discourage innovative efforts that might otherwise lead undertakings to enter markets, especially if the new products to be designed cannot interconnect with those already in the market. In other words, the potential stability of a network dominant undertaking can diminish the incentives of those others to introduce innovative products and services offerings.

According to Klemperer[18], in many markets consumers who have purchased from one firm have costs of switching to a competitor's product, even when the two firms' products are functionally identical. These consumers' switching costs give

them a degree of market power over their repeat-purchasers, and mean that their current market shares are important determinants of their future profits.

Mota[19] contends, for example, that one situation where market power does not necessarily decrease under free entry arises when there are consumer switching costs. There are many reasons why consumers might prefer to stick to products already bought in the past, other things being equal. Switching to a new product or a new supplier might entail transaction costs (when one closes an account in a bank and opens another in a new bank) and learning costs (the cost of passing to a new software application, after having learned how to operate with a different one). When such switching costs exist, and one can realistically think that this is the case for many industries, new entrants generally have a harder time in getting market shares from the incumbents. In general, when demand-side network effects are present, large networks offer more value to users than small networks, and as a result, there is the potential to create a "winner-take-all" situation. This can provide a particularly strong effect, leading to very large market shares for leading undertakings and products.

Industries in the new economy have to cover large fixed costs particularly related to investments in R&D. If fixed costs are large relative to the size of the market, only a few undertakings will be able to achieve efficient scale. When this issue is combined with the fact that competition for these markets will at times be in the form of winner-take-all races, and that network effects and tipping are all factors that tend to produce a large dominant undertaking, one would expect commonly to find new economy industries with a large dominant company with a high market share.

In this environment, the existence of aggressive competition in the early stages of the market is expected, until the market leans in favor of one undertaking, which will be selected and then become dominant and able to use its market power to recover the losses incurred in the initial periods, until a new technological innovation appears superseding the old one and bringing to an end the previous leadership[20]. In the new economy, it is in fact a matter of survival; undertakings that let their rivals outperform them substantially in innovative products and processes are faced with the prospect of imminent demise[21].

The combination of economies of scale on the supply side and network effects on the demand side explains, for instance, why a single successful software producer is likely to dominate any traditionally defined market. Indeed, in many new economy industries these features may result in a single undertaking having the bulk of industry sales at any point in time. This fact makes the recognition of some market power not only economically reasonable, socially acceptable and lawful but even, to some extent, necessary for an innovative and technologically progressive economy to be feasible.

It is clear from the case-law that an undertaking engages in monopolization if it employs exclusionary practices, but not if it dominates its markets due to superior skill, foresight, and industry, or as a consequence of a superior product, business

acumen, or historical accident[22]. Nevertheless the introduction of technological innovation into business practices and models has reshaped the economic landscape, and as a result a number of important issues concerning the antitrust analysis have arisen which consequently lead to questions, for example, of whether the current antitrust legal framework is prepared to deal with industries in the new economy, whose very structure has been reshaped by technological innovation. What limits should be placed on a dominant undertaking's ability to compete aggressively? At what point does a successful competitor cross the line separating pro-consumer innovations from anti-consumer monopolization?

2. Market Dominance in the New Economy

Long ago, the Austrian economist Joseph A. Schumpeter explained that processes intrinsic to any capitalist society engendered a creative destruction whereby innovations would destroy existing technologies and methods of production only to be assaulted themselves by imitative rival products with newer, more efficient configurations. He noted that:

> The essential point to grasp is that in dealing with capitalism we are dealing with an evolutionary process. [...] The fundamental impulse that sets and keeps the capitalist engine in motion comes from the new consumers' goods, new methods of production or transportation, the new markets, the new forms of industrial organization that capitalist enterprises creates[23].

In his opinion, in capitalist reality, the kind of competition which counts is the competition driven by innovations[24].

As Schumpeter observed, markets driven by innovations are often marked by "gales of creative destruction", in which one undertaking may serve the entire market or at least a large portion of it for a period of time, only to be displaced by another undertaking with a leapfrogging technological innovation which delivers significantly improved performance or lower cost.

The rate of transition away from older technologies is accelerating, and the transition processes are discontinuous and uncertain. Innovation and growth lead to the replacement of obsolete products, processes and services, and undertakings by more up-to-date and superior successors. These changes come from inside the market and as Schumpeter argued, capitalism is incessantly being revolutionized from within by new enterprise, i.e., by the intrusion of innovation into the industrial structure as it exists at any moment.

Innovations are created within the system by individual entrepreneurs or undertakings' R&D departments. They affect not only the prices that consumers pay for

given products but, more importantly, the quality of products available in the market place. This rapid technological pace leads to markets in which undertakings compete through innovation for temporary market dominance, from which they may be displaced by the next wave of product improvements.

Schumpeterian competition is primarily about active, risk-taking decision makers who seek to change their parameters. By breaking with established routines and conventional wisdom, the entrepreneur searches for new ways of doing things. As he repeatedly injects novelty into the economy, survival is no longer guaranteed to an undertaking that produces using an unchanged set of processes.

Innovations constantly shake the economy out of equilibrium and render old technologies, knowledge, skills, and practices obsolete[25]. Threats to the existing order produced by the introduction of new products, markets, and kinds of industrial organization are the fundamental impulse that keeps the capitalist engine in motion.

The introduction of these innovations in turn sets the stage for yet another round of innovation entry, and displacement, as a result of the existence of knowledge spillovers (once a new product is introduced future generations of innovators can learn from it and improve even more upon it). It is only through the destruction of existing undertakings' market shares and profits that new and better products and services and the embedded knowledge which accompanies them come into being[26].

Waves of new product introductions are frequently accompanied by premium prices initially, followed by a rapid price decline as imitative products emerge. Dynamic changes also tend to keep rivalry alive[27]. As Evans and Schmalensee[28] mentioned, undertakings engage in dynamic Schumpeterian competition for the market through sequential winner-take-all races to produce drastic innovations, rather than through static/output competition in the market. In the new economy, a sound antitrust economic analysis of such industries requires explicit consideration of this kind of competition. Despite most leading undertakings in these industries having considerable short-run market power they cannot ignore their vulnerability to drastic innovation.

In this scenario, market dominance is viewed as the very real goal of every business, which can be thought of as an undertaking attaining the majority of the available market for their products or services and establishing an unbeatable long term competitive position. And achieving this position will mean likewise unseating the current market leader, by means of developing technological innovations – new products and services – and winning new customers by taking satisfied customers away from the competitors.

Whether or not an undertaking holds a dominant position is of central importance to antitrust analysis. This refers not only to monopolists but also to undertakings which have market power. The difficulty is to determine what degree of market power is necessary and/or socially acceptable. From the perspective of

Schumpeterian competition, market power encourages development, in a sense that undertakings with market power are better able to finance R&D expenses, to spread innovation risks, to attract more qualified human capital, and to exploit the results of innovations. Actually, market power arising from innovation is itself an incentive for more innovations.

Dominance in market share may evolve legitimately from a free-market competitive process. Moreover, increasing dominance of the market leader is a common feature in markets characterized by network effects of learning by producing industries where undertakings engage in process or product innovation[29]. Furthermore a stable pattern of market sharing with no overwhelming dominant position is rarely observed in markets with network effects, and market leadership may nevertheless be contestable as a result of the constant threat of drastic innovations by rivals[30].

Undertakings in the new economy achieve market positions by aggressively innovating. R&D intensive industries are prone to short-run exercise of market power. Patent protection, economies of scale in R&D, network effects, and significant horizontal and vertical differentiation all can lead to market power. In many situations single technologies dominate the market and sometimes a single undertaking controls those technologies. Hence, antitrust agencies ought to distinguish clearly inefficient behavior from vigorous competition.

By this token, competition should be visualized as an entrepreneurial process of discovery and adjustment, under conditions of uncertainty, rivalry and inter-firm cooperation, where profits and losses serve to provide the necessarily information and incentives for continuous entrepreneurial alertness[31]. Competition is no longer for position itself, but for change in position. It is an open-ended process of innovation, experimentation, and feedback.

Once innovation takes off this stimulates further innovative effort, facilitates research and development, and hastens the retirement of obsolete technologies. As Professor Baumol explained[32]:

> [...] new products have often given others the idea for related new products that either serve as superior substitutes (...) or serve as supplements to the preceding new products or service (...). The one invention may also indicate ways to make it easy and less costly to manufacture other new products. Finally, the innovative activity can be considered a cumulative process, in which there is feedback from one innovation to the next: once the free market has launched its innovation machine, the inherent structure of the mechanism leads the machine to grow more powerful and productive with the passage of time.

In this competitive process an undertaking's market share is not its market power, but a reflection of its overall efficiency, and the competitive process is in a

necessary state of disequilibrium whereby the prime weapon of competition is not price but innovation[33]. As a result, undertakings cannot afford to leave innovation to chance. Rather, they are forced by market pressures to support innovative activity systematically and substantially, and the success of their efforts forces their rivals to step up their own efforts. The outcome of this process is the existence of fierce competition among undertakings in the most rapidly evolving sectors of the economy.

It is worth noting that some critics hold that market dominance in the new economy is enhanced unfairly by what are called network effects. Successful undertakings are said to have unfair advantages over others because a considerable number of their product users – larger networks – result in expanded consumer benefits which lead, in turn, to even larger networks and profits for dominant undertakings in the demand-side. Some network effects theories even predict that consumers will be locked into using inferior products as a result of small, even random events that give one product a larger market share in the early phases of competition between different versions of substantive products.

It is also alleged that dominance in one market with network effects can affect (positively) the likelihood of success in markets for complementary products (which will in turn increase the incentive to compete to win the first market). However, there are several reasons for this, some of which are clearly pro-competitive and some of which may be anticompetitive. An undertaking that has achieved dominance in one market through productive reasons is likely to be able to exploit significant economies of scope which make it the low cost producer and supplier of complementary goods. Further, consumers may prefer to purchase their complements from an undertaking which has a dominant position in a related product.

Indeed, the prospect of enjoying some market power is the main incentive for undertakings to invest and innovate. If they were not able to appropriate the outcome of their investments, (e.g. R&D expenditures) they would not invest at all, which would consequently reduce the benefits from new and better products and services for the consumers. And although high shares are likely to be found in the new economy, one cannot forget that leaders are always and readily displaced by any new and successful innovation[34].

In this view, market share is the direct result of consumers rewarding undertakings which have continuously provided them with superior innovations, and the competitive process is enhanced when undertakings take business away from others and the overall trade is expanded. Competition in this context is neither a market price mechanism taken as given nor a set of preconditions of competitive equilibrium as in neoclassical axiomatic theory. It is an interactive process among economic units aiming at private appropriation of profits and the corresponding increase of capital value. On the contrary, disequilibrium is to some extent the norm, since it results from the very core of competition in Schumpeterian view – a variety of systematic

efforts to generate competitive advantages that may ensure monopolistic gains, although always temporary and restricted to some specific market segments[35].

Efficiency and successful product differentiation can limit rivalry with undertakings unable to match or surpass such innovation; superior economic performance can make it difficult for new entrants to enter markets or for incumbents to expand their market shares. But none of this is unfair or unfortunate from any consumer perspective, and none of it can rationalize an antitrust attack on dominant undertakings due to superior performance.

Undertakings respond to broad competitive challenges by competing vigorously and fairly to secure wide acceptance of their products. If a leading undertaking introduces some product innovation, it is up to consumers, for example, to decide whether the innovation will reduce the number of competitors. If consumers enthusiastically support the innovation at the expense of competitive products or services, then some rival suppliers may well be eliminated. When a new undertaking successfully displaces an incumbent in any given period, this has a positive externality on future generations of potential entrants – it makes it easier for them to gain access to the market and tilts the playing field more toward technologically strong newcomers, and away from established undertakings.

In the new economy, market share is then an unsatisfactory measure of monopoly power, and it is only through the destruction of existing undertakings' markets shares and profits that new and better innovations come into being. In this sense, Liebowitz and Margolis[36] suggest that new economy industries are often "winner-take-all where the leading one offering an identifiably better product quickly captures market share from the previous leader."

The fact that antitrust authorities should look forward at innovation implications of business behavior by no means suggests that such inquiries are easy to undertake. While sophisticated econometric tools and analytical constructs may be available to assist in predicting price effects on the basics of various structural characteristics, the road map for identifying and assessing innovation effects is less developed. Some authors even contend that: a) public policies in this context should guarantee undertakings some market power, which is the appropriability of their expenditures on R&D and investments, and b) competition policy should not aim at combating monopolies, or undertakings with market power, as long as they have obtained it by means of a legitimate business practices. Thus, an undertaking which enjoys a monopoly after having successfully invested in, innovated, is one which receives a reward for its activities.

Indeed, the expectation of receiving monopoly profits, even temporarily pushes the undertaking to develop its skills in an attempt to do well in the market. Eliminating market power after one has successfully attained it gives the wrong incentive signals to it and all others. Accordingly, competition policy is concerned

with monopolies that distort the competitive process, and antitrust authorities have an important role in preserving the rivalry that spurs innovation. This is the nature of the Schumpeterian tradeoff: a greater degree of monopoly power may be worth tolerating if it generates greater cost reductions or a larger stream of new products and services.

Finally, it is noteworthy that the debate about the effects of dominance in the new economy is one that is not likely to be fully solved in the near future. The crucial question is not whether there is innovation, but whether the quantity and quality of innovation would be significantly improved were the dominant undertaking to make its business decisions on the basis of real economic efficiencies, and not on the expectation of benefiting from the undertaking's market power associated with its substantial installed base of users, and with its attempt to acquire or maintain substantial market power.

3. Antitrust analysis in the New Economy

Antitrust cases in the new economy generally involve issues such as the existence of network effects and fast and stochastic pace of technological change which present difficult questions involving the ascertainment and measurement of market power. First of all, it should be emphasized that competition to obtain a monopoly is an important form of competition, and that two essentials aspects of Schumpeterian competition are that there are winners and losers and the process is one of continuing disequilibrium.[37]

It is worth illustrating that Nelson and Winter[38] developed a model by which they contend that because supra-normal profits are the reward for successful innovation, and to the extent that growth is keyed to profitability, successful innovators grow in relation to others. If an undertaking is a successful innovator frequently enough, or if one of its innovations is dominant enough, the consequences of successful innovation may be a highly concentrated industry structure.

Dominant undertakings are generally defined according to the degree of their market power. Market power is a central feature in antitrust analysis. With limited exceptions, if an undertaking does not have significant market power, its conduct in the relevant market is irrelevant for Competition Law purposes. Accordingly, how one determines whether and to what extent market power exists in particular circumstances is an important issue.

Following Evans and Schmalensee[39], traditional market definition analysis, which examines constraints on undertakings' price/output decisions, can present a seriously misleading picture of competitive relations in the new economy. Successful incumbents in the new economy are constrained primarily by dynamic competition; by the constant threat that another undertaking will come up with a

drastic innovation causing demand for its product to collapse. The new product may be just a vastly better version of the old one, or it may be an entirely distinct product which eliminates the demand for the old. These threats not only force undertakings in the new economy to invest heavily in R&D and to bring out new versions of their products, but also generally constrain the prices charged by incumbents: the higher the current prices and the smaller the network of users, the more attractive an entrant will be to consumers, even if incumbents lower prices in response to entry.

Evidently, in the traditional approach, in order to initiate an antitrust analysis, in particular involving the issue of market power, one needs to depart from the common practice of assuming that all undertakings act as price takers in an environment of perfect competition. One would ordinarily inquire into the existence of substitutes on the demand and supply side of the undertaking (s) in question; then barriers to entry of new suppliers would be examined and the relationship between the prices being charged by the undertakings under consideration and their costs of production would also be analyzed.

However, in the new economy undertakings must be able to sell their products at prices in excess of unit production costs if they are to recover their up-front outlays on R&D. In other words, some imperfect competition in product markets is necessary to support private investments in new technologies, and what is understood as restrictions to competition depend obviously on how competition is defined.

Once the scope of competition is enlarged to encompass other forms of action and instruments, as in the neoschumpeterian approach centered on innovative capacity of undertakings in a broad sense, involving deliberate differentiation between competitors in many more dimensions than costs and prices, not only do competition and monopoly cease to be taken as antagonistic concepts, but also market power and corresponding monopolistic profits should be seen as normal features within the competition process, instead of as an anomalous consequence of market failure, essentially contrary to the consumers' welfare. One may even go as far as to say that market power is desirable in many circumstances, particularly in economic activities characterized by strong innovative and technological dynamism, in which some perspective of private appropriation of extra profits may be necessary to render investments in R&D and specific assets under high risk and uncertainty feasible at some minimum level and pace[40].

Technological improvements typically raise the productivity of capital and thereby induce additional investments. The innovation process has a distinct Schumpeterian flavor, in as much as successful innovators displace previous leaders and take a share of the industry profits away from them. The basic lesson then drawn from the neoschumpeterian approach is that the potential direction of market power use (or abuse) should not be prejudged as necessarily harmful to competition and welfare, and consequently repressed, from a dynamic standpoint.

The analysis of market power is one of the main objectives of a sound competition policy. In traditional Antitrust Law and Economics, the starting point for a competitive assessment is to determine the relevant market. Indeed, there is a presumption that an undertaking with a high market share coupled with high entry barriers may have a high degree of market power.

In both the United States and Europe, the Competition Laws regulate single firm conduct only when the undertaking possesses a substantial degree of market power. In the European context, Article 82 of the EC Treaty, is not expressed to prohibit the existence or acquisition of a dominant position, but only its abusive exploitation.

The definition of market dominance was given by the European Court of Justice in one of the first cases referring to Article 82 (then Article 86), *Hoffmann-La Roche*[41] *v. Commission*:

> [38] The dominant position (...) relates to a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and ultimately of the consumers. Such a position does not preclude some competition, which it does where there is a monopoly or quasi-monopoly, but enables the undertaking, which profits by it, if not to determine, at least to have an appreciable influence on the conditions under which that competition will develop, and in any case to act largely in disregard of it so long as such conduct does not operate to its detriment.
>
> [41] (...) very large shares are in themselves, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position.

As can be seen from this judgment, the Court put great store in market shares as an indication of market strength. The larger the market share, the stronger an undertaking must be in comparison to its competitors in the relevant market[42].

The aim of Article 82 EC is quite clear: it aims at controlling the activities of undertakings whose economic strength makes them immune from the influence of competitive forces in a given market. Dominance itself is not prohibited, only the abuse of that dominance[43]. Quoting the Supreme Court in the *Microsoft* case[44], the court of appeals observed that the offense of monopolization has two elements: (i) the possession of monopoly power in the relevant market and (ii) the willful acquisition or maintenance of that power as distinguished by growth or development as a consequence of superior product, business acumen, or historic accident.

In *Continental Can*, the Commission stated that undertakings are in a dominant position when they have the power to behave independently, which puts them in a

position to act without taking into account their competitors, customers and or suppliers. A similar statement is found in *United Brands* v. *Commission*[45]. This definition contains two elements: the ability to prevent competition in the relevant market, and the ability to behave independently. It is the latter element, the absence of effective competitive pressure faced by an undertaking, which appears to receive most attention in E.C. cases, and which corresponds most closely to the economic textbook definition of market power.

According to the European Court of Justice[46], the existence of a dominant position may derive from several factors[47] which, taken separately, are not necessarily determinative but among these factors two highly important ones are the existence of very large market shares; and the ability to act to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately its consumers[48].

For instance, in *Michelin v. Commission*[49] the Court stated that regardless of the reasons for which an undertaking is dominant, it has a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition in the Common Market. Dominance in this sense refers to a situation where an undertaking enjoys a very high degree of market power, but the jurisprudence has made it clear that an undertaking with 40% of the relevant market might well be a dominant one. In practical terms, an undertaking will be considered dominant when it has a high degree of market power and the process of finding dominance will involve the analysis of those factors which are relevant for the determination of market power.

Market power is a crucial concept in the economics of Competition law. It refers to the ability of an undertaking to raise price above its marginal cost. In welfare economics, for instance, it is alleged that one firm exercising market power to raise prices above cost will have to produce less than it would otherwise have done. Consumers would be worse off: the loss in their welfare is the demand for the monopolized product foregone less what it would have cost to supply, when the money is spent on other things consumers value less in terms of the resources used to produce them. No one benefits from this loss known as deadweight loss.

An assessment of market power also needs to include an assessment of barriers to entry[50] or growth and of the rate of innovation. Furthermore, it may involve qualitative criteria, such as the financial resources, the vertical integration or the product range of the undertaking concerned. Undertakings lack market power only in the abstract and unfeasible world of perfect competition or in the Bertrand model with homogenous goods and perfectly symmetric firms. In practice, and mainly in industries which characterize the new economy, it is expected that every undertaking will have some degree of market power.

Questions arise in respect of which measure of market power should be used; which threshold of market power should be taken to indicate which undertaking has sufficient market power for it to call for the attention of antitrust authorities. The

latter question calls largely for an arbitrary response, and it is solved in different ways by the different antitrust legislations, or even within the same legal framework[51].

Nowadays, antitrust authorities attribute a key role to the market share held by an undertaking (s) under investigation, but market share is only one of the variables that one must look at in order to determine market power. Other variables are the relative position of competitors, the existence of potential entrants, the rate of innovations, the existence of network effects, the level of R&D expenditures, the presence of switching costs, and the countervailing powers of buyers.

If an undertaking has a very large market share in a certain market, it is likely that it will hold a position of dominance in that market[52]. Market shares represent an important factor of evidence of a dominant position provided they do not only reflect current conditions but are also a reliable indicator of future conditions[53]. Moreover, the dynamic aspects of a market, as indicated by entry and exit, the fluctuations of market share, and the pace of technological change and innovation, clearly have come to play an important part in the Commission's approach, pointing towards the necessity to make some sort of prediction about future developments when assessing, for example, mergers. Furthermore, an analysis focusing on market share alone is not particularly probative in a dynamic and R&D intensive industry.

Following the traditional approach, in order to assess market power antitrust authorities first define the relevant market[54] in terms of product/service and geographical dimensions to which the undertaking's products belong. Then the analysis rotates around the measurement of market shares held by the undertaking (s) in this market[55]; market share thresholds have been widely used as a screening device, if an undertaking holds 100% of the market, it has the highest possible market power, conversely, if it holds only a slight share of the total market, it will be unable to exercise much market power; a restraint on the ability of setting high prices will come from competitors, and an undertaking's low market share will indicate that this firm has strong competitors.

Despite the common use of this kind of analysis, in the new economy neither the market share is sufficient in itself to determine if an undertaking which holds high levels of it is dominant[56], nor can the threshold be wisely fixed to establish dominance. For example, in a merger involving undertakings from the "old economy", *Mercedes-Benz/Kässbohrer*[57], it was held that high market shares do not in themselves justify the assumption of a dominant position. At any rate, they do not allow a dominant position to be assumed if other structural factors are detectable which, in the foreseeable future, may alter the conditions of competition and justify a more relative view of the significance of the market share of the merged companies. Such structural factors could, for example, be the ability of current competitors to constrain the action of the new entity, the expectation of a significant increase in potential competition from powerful competitors, the possibility of a quick market entry

or the buying power of important customers. For this reason, market shares are not very informative, since they may shift rapidly at any stage.

Many factors interfere in the assessment of market dominance in the new economy where undertakings are generally exposed to fierce competition, network effects and immense product innovation whereby their positions change in an unpredictable way and speed. In a sector characterized by constant innovation and rapid technological convergence, it is clear that any current market definition runs the risk of becoming inaccurate or irrelevant in the near future[58]. Goyder[59] points out that the hallmarks of industries in the new economy include the tendency of the most successful undertaking to acquire dominance and a large market share, as the sector "tips"[60] in its direction and of competitors to find it hard to match its technical lead. One product or service may have a fairly short life, before it is replaced by a more advanced alternative which in turn captures consumer preference.

For instance, Pleatsikas and Teece[61] argue that the type of analysis presented in the Department of Justice Horizontal Merger Guidelines and courtroom antitrust practices in the United States systematically overestimates the threat of market power in high-technology industries. In such industries, much competition takes place along non-price dimensions, and new breakthroughs continually threaten the position of dominant undertakings.

Evans and Schmalensee[62] perceive grave shortcomings in the traditional antitrust paradigm when applied to the new economy. In particular they see the process of defining markets and testing for static market power as being seriously deficient. They state that:

> If antitrust is to benefit customers, in litigation involving industries in which competition has centred on investment in intellectual property both sides should be able to stipulate that firms have static market power. It should be understood that if dynamic competition is healthy, static market power is largely irrelevant for the purpose for which market power is considered in most antitrust cases, particularly those involving changes of monopolization: it does not provide an effective screen, and it does not summarize the relevant behavioural constraints. Thus, antitrust litigants dealing with the new economy should be obliged to offer and defend logically consistent descriptions of the current and likely future healthy of dynamic competition. A Schumpeterian past does not guarantee a Schumpeterian future, but it does provide relevant information.

Along with these same lines Pleatsikas and Teece[63] conclude that:

> There are no hard and fast indicia that lend themselves to precise definitions of markets in high technology contexts. However, the traditional

> indicia will typically define markets too narrowly and should not be used, at least not mechanically.

In high-technological markets traditional measures of market share provide misleading evaluations of the degree of competition. Market share tests do not provide a useful overview in new economy industries, since most leading firms have market power in the static sense[64]. Teece[65], for example, explains that in the high technology context, a monopolist cannot therefore be identified by traditional marginal cost pricing tests, such as the Lerner Index. He contends that perhaps a more meaningful approach to monopoly pricing would be to ask whether the consumers are paying a price higher than is needed to draw forth the products and services they desire over time. The price cannot in this sense be analyzed statically; it must be viewed dynamically, and across product. If, for instance, prices are not sufficiently high to recover the investment in R&D, innovation may wither.

It is essential that when analyzing market dominance in the new economy one has clearly in mind the difference between abuse of dominance and existence of dominance. It is not an offence for an undertaking to have a dominant position; what is offensive is to abuse the position of dominance[66]. Markets with significant network effects, technological progress, and production economies of scale can exhibit catastrophic entry, whereby one product dominates the market until another product is sufficiently superior that it becomes the new network bandwagon. Rivalry in such markets can take the form of competition to become a dominant firm.

In the new economy, an essential element of market power analysis is an examination of actual and potential innovative threats to leading undertakings, which cannot be a simple exercise in drawing boundaries and computing shares or even looking at traditional barriers to entry, which concern non-innovative entry. It generally involves the exercise of judgment regarding the likelihood of future races for market dominance and the likely nature of those races. There is no guarantee that such races will continue in any industry, but neither does the absence of a visible race at any particular point in time imply that dynamic competition is at an end[67]. Furthermore, given the fragility of market leadership positions, there is no economic sound basis for treating leading undertakings in this context as if they had the kind of a durable market position.

Among the advantages of the competitive process, Goyder[68] indicates that:

> [...] the constant process of dynamic adjustment to continual changes in consumer preferences is an incentive for producers to invest in research and development and to innovate, leading to the survival and growth of those companies which make the necessary changes in good time, whilst those that fail to do so inevitably fall behind.

Positions of dominance are generally the natural result of market dynamics due to innovation, superior management, technological characteristics, or product differentiation. Indeed, it would not make economic sense to punish an undertaking that possesses market power solely as a consequence of having developed a superior product, because doing so would erode the incentives for innovation.

Undertakings with dominant positions do not necessarily adopt prices that maximize immediate monopoly profits, since they have to consider the dynamic implications of such a strategy and the possibility that it would encourage entry and hence competition in the future.

While it is true that network effects tend to reinforce leadership positions, in many high-technology industries there are multiple, sequential races for market leadership. Major innovations occur repeatedly, and switching costs and lock-in do not prevent displacement of category leaders by better products[69].

In similar vein, Audretsch et. al.[70] notes that:

> In the static mode where technology and consumer demand is given, price (output) becomes the firm's main, if not its only, choice variable. [...] in reality firms are engaged in a continuing dynamic competitive process, constantly creating and adopting new products and processes in order to gain a competitive advantage over their rivals. Firms that do obtain such an edge temporarily derive static monopoly power during the interval before imitating competitors replicate their innovation or supersede it with one that is superior. Thus successful firms earn temporary monopoly profits as their reward for innovative activity.

At this point three important implications for antitrust analysis concerning industries in the new economy may be mentioned. First, the rational expectation of significant market power for some period of time is a necessary condition for dynamic competition to exist in high-technology industries. Hence if it is a sound dynamic competition, the presence of short-run market power is not a symptom of a market failure which will harm consumer welfare. Second, it is expected that leaders in the new economy charge prices well above marginal cost and earn high profits. Finally, although static competition is rarely vigorous in the new economy, the crux point of the performance of the industries in such context is the intensity of dynamic competition.

By this token, a proper market power inquiry in new economy industries should include a serious analysis of the vigor of dynamic competition. Unlike price/output decisions, analysis of dynamic competition requires evidence about, among other things, the pattern of investment in developing new products and complements, the control of critical assets (e.g., intellectual property and distribution channels), and the beliefs of market participants and informed observers about the nature and pace of innovation.

Paraphrasing Evans and Schmalensee[71], the analysis of market power in the new economy should consider the vulnerability of leading undertakings to entry powered by drastic innovation, not just to the entry of undertakings producing equivalent products with known processes. Analysis of this kind of fragility may require difficult judgment about the likelihood of disruptive innovations in the future, but simply to assume such innovations cannot occur is to ignore history and to impart substantial and obvious bias to market power examinations in important sectors.

To monopolize is not simply to possess monopoly: the word implies some positive drive, apart from normal competitive skills, to seize and exert power in the market. All this is different in the case of a single undertaking which achieves a position of market power. The achievement does not necessarily reflect a purpose on its part to seize and exert power; the power may simply have accrued to it by virtue of a normal exercise of competitive skills. Further, a monopolist would then be an undertaking shielded from competitors and new entrants, which is insulated from competition from other innovations and imitators. And, according to Teece[72], the main difference between monopoly and competition is that with competition market forces compel improvement in the product offerings available to the consumer, whereas monopoly implies no compulsion from the market place.

Last but not least, Pleatsikas and Teece[73] emphasize the need to take into account the full competitive environment and the constraints that it places on any alleged antitrust violation or inquiry. In this strand, it is worth noting the emergence of "first principles" approach[74] which focuses on the examination of the anticompetitive conduct directly upon the alleged conduct itself and on the effects of that conduct, and provides the framework and flexibility for appropriately considering competition issues in high-technology sectors.

Finally, competition analysis will often have to look beyond a single market traditionally defined if it is to deal with the complexity of dynamic competition in the new economy. The concern of applying to new economy industries the standard paradigm of defining a market and then determining whether an undertaking has market power or is dominant is that it may define a market too narrowly to reflect all of the competitive constraints upon the undertaking in question. Furthermore, because the leading undertaking in many new economy industries will have a large market share and unquestionably static market power in a strict economic sense, dominance may be found in many cases.

4. Conclusion

The purpose of this paper is to illuminate many of the complex issues involved in designing one way to assess market dominance in the new economy. It suggests a useful analysis of the concept of market dominance in the dynamically competitive

environment of the new economy through a set of explanatory hypotheses along with some evidence in the case law.

One important result of the research undertaken is that there is a general consensus that competition policy and its active enforcement ought to be pursued in industries of the new economy but with some caution. There is not only a strong confidence that the Competition Laws are sufficiently capable of being adapted to deal with the competitive issues that arise in this context, but also varying degrees of optimism about the ability of the enforcement agencies and the courts to meet the challenges of cases generated. It is clear from the case-law that harm to a competitor does not inevitably imply harm to the competitive process and thus harm to consumers, the prevention of which is the ultimate objective of antitrust policies.

One of the main purposes of Competition Laws is to increase the level playing field of competition in an industry. This objective is based on the belief that increased competition in an industry enhances consumer welfare by encouraging undertakings to behave competitively, while yet allowing them to take advantage of every available economy that comes from production efficiencies, or from innovation producing new processes or improved products.[75] The application of antitrust principles should take account of the distinct ways new economy industries differ from traditional ones. Antitrust, therefore, may have an important role to play in maintaining an environment in which innovation and technology progress can flourish. Competition authorities need to focus on trying to ensure that an undistorted process of rivalry takes place and in particular is not threatened by existing monopolies trying to deter rivalry.

The fact that antitrust authorities should look forward at innovation implications of business behavior by no means suggests that such inquiries are easy to undertake. While sophisticated econometric tools and analytical constructs may be available to assist in predicting price effects on the basis of various structural characteristics, the road map for identifying and assessing innovation effects is less developed[76]. The concepts of markets, market power, and dominance should be used flexibly as tools to help the competition authorities to the right decision and not as the primary focus of the analysis itself.

Large market shares may not always be the outcome of anticompetitive activity by an undertaking but may sometimes be the result of a highly competitive process where a more capable undertaking has been able to use its capabilities to gain a dominant position. Therefore, a decision to break such a dominant undertaking up into smaller firms in order to enlarge competition in an industry may actually diminish consumer welfare, if the capabilities developed in the dominant undertaking cannot be transferred to the smaller undertakings that such actions would create.

It is note worthy that the equating of dominance with significant market power is beginning to be adopted explicitly by some European competition authorities. For

example, the European Commission has explicitly equated dominance with significant market power in its Framework Directive on the regulation of electronic communications networks and services[77].

Assessing whether an undertaking has market power requires an understanding of the sources of its competitive advantages as well as customers' preferences. The task of Competition Law and respective authorities should be not to prejudice winners but instead to assure that private restraints do not limit the potential sources of innovation. Because competition is dynamic, the concern in practice should lie with the future development of the market and market power enduring over time.

For this purpose, two distinct sides should always be thoroughly analyzed: the first concerns a successful undertaking's legitimate use of aggressive, competitive strategies, regulation of which might reduce future innovation incentives and consumer welfare; the second, and opposite side, refers to the misuse of market power to engage in anticompetitive behavior that forecloses competition and innovation to the ultimate detriment of consumers. Therefore, finding the right balance is essential for promoting innovation and protecting consumer welfare in the fast-moving environment presented in the new economy.

Finally, the main challenge for competition policy makers in the new economy is to preserve competitive opportunities without punishing successful competitors. The competition authorities should delve into the necessary specialized technical knowledge to assess a sound antitrust analysis before the market positions and the technological progress are overtaken by events.

: ARTIGO SELECIONADO

NOTAS

1 This paper is part of a dissertation submitted to the Law Department of the London School of Economics and Political Science, in part fulfillment of the requirements for the LLM degree in International Business Law.

2 Master of Laws, London School of Economics and Political Science. Master in Regulation and Competition, UCAM. Counselor at Law and Economist. Lecturer and Coordinator of the Post-graduate courses in Law at the FGV-Rio de Janeiro Law School.

3 POSSAS, Mario Luiz. *Competition, strategic behaviour and antitrust policy: an evolutionary approach*. Addressed at the Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, Brazil, Oct. 1997, p. 3: "Competition in this approach is neither a market price mechanism taken as given nor a set of preconditions of competitive equilibrium (atomistic supply, maximizing rationality with complete information), as in modern neoclassical axiomatic theory. It is not even a process of adjustment to equilibrium positions, leading to the elimination of extra profits and erratic deviations from equilibrium paths. It is an interactive process among economic units aiming at private appropriation of profits and the corresponding

increase of capital value. This earning of profits neither presupposes nor leads to any kind of equilibrium, not even the classical equalization of profits rates. On the contrary, disequilibrium is to some extent the norm, since it results from the very core of competition in Schumpeterian view – a variety of systematic efforts to generate deliberate differentiation between economic agents in order to create more or less durable competitive advantages that may ensure monopolistic gains, although always temporary and restricted to some specific market segments. There is nothing like "normal" profits in any relevant sense. *Ex post* profits (as opposed to expected rates of return on a business) are not logically or empirically related to the amount of money or physical capital employed. Their nature is more akin to quasi-rents or monopolistic gains than to a regular stream of equilibrium factor revenues."

4 DOSI, Giovanni; TEECE, David J.; CHYTRY, Joseph. *Technology, Organization, and Competitiveness, perspectives on industrial and corporate change*. UK: Oxford, 1998, p. 1.

5 POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. 2. ed. USA: The University of Chicago Press, 2001, p. 245-246.

6 For example, see *Microsoft v. Commission* (Case COMP/C-3/37.792, April 22, 2004); *Vizzavi Internet Portal venture between Vodafone Air Touch plc., Vivendi SA, and Canal+ SA* (Case COMP/JV.48, July 20, 2000); Merger between two traded US-based telecommunications companies *WorldCom., Inc. and MCI Communications Corporation* (Case IV/M. 1069, July 8, 1998); *Bertelsmann/Kirch/Premiere* (Case IV/M 799 (1999), O.J. L 53/1; *Deutsche Telekom/Beta Research* decision 1999/54, (1999), O.J. L 53/31.

7 McKNIGHT, Lee W.; VAALER, Paul M.; KATZ, Raul L. *Creative destruction: business survival strategies in the global internet economy*. US: The MIT Press, 2001, p. 40.

8 CARLTON, Dennis W.; GERTNER, Robert H. *Intellectual Property, Antitrust and Strategic Behavior*. NBER Working Paper Series, nº 8976, June, 2002, p. 7.

9 DOSI, Giovanni. *Innovation, Organization and Economic Dynamics: selected essays*. USA: Edward Elgar, 2000, p. 101.

10 PLEATSIKAS, Christopher; TEECE, David. New Indicia for Antitrust Analysis in Markets Experiencing Rapid Innovation. In: ELLIG, Jerry (ed.) *Dynamic Competition and Public Policy: technology, innovation, and antitrust issues*. USA: Cambridge University Press, 2001, p. 96.

11 For further analysis concerning institutions see LOASBY, Brian. *Knowledge, institutions and evolution in economics*. London: Routledge, 1999. NORTH, Douglas C. *Institutions, institutional changes and economic performance*. UK: Cambridge University Press, 1990.

12 SILVERBERG, Gerald; DOSI, Giovanni; ORSENIGO, Luigi. Innovation, Diversity and Diffusion: A self-organized model. In: *The Economic Journal*, vol. 98, nº 393, Dec., 1988, p. 1034.

13 KATZ, Michael; SHAPIRO, Carl. Antitrust in Software Markets. In: EISENACH, J. A. (ed.) *Competition, innovation and the Microsoft monopoly*. New York: Kluwer, 1999, p. 29-81. The authors identified four features of software with major antitrust implications: (a) low marginal cost; (b) systems and network effects; (c) rapid technological change, and (d) durability. SCHMALENSEE, Richard. Antitrust Issues in Schumpeterian Industries. In: *The American Economic Review*, vol. 90, nº 2, May 2000, p. 192: "Software firms compete statically, by selling existing products, and dynamically, by developing new products. After the (endogenous) fixed costs to design, develop, and test a new software product have been incurred, the marginal cost of producing another copy is trivial.[...] Moreover, leaders in software markets generally fail the traditional tests for "monopoly power" in the antitrust sense of substantial market power. Not only is price well above marginal cost, leaders in "winner-take-most" markets have high market shares and lack close substitutes. Since most software firms fail, there would be no entrants into the business if category leaders were not highly profitable. Finally, in many software categories, network system, and scale economies protect market leaders against entry by products of comparable quality, though they may offer little protection against innovators, and the pace of innovation is generally brisk. If one accepts the traditional test, one must conclude that the software industry, which strikes most observers as intensely competitive, is full of monopolists that should be subjected to the strict behavioral standards of Section 2 of the Sherman Act."

14 *United States v. Microsoft*, 253 F.3d 34, 49 (D.C. Cir. 2001).

15 EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. *Some economic aspects of antitrust analysis in dynamically competitive industries.* NBER Working Paper Series, nº 8268, May 2001, p. 10-11.

16 RUBINFELD, Daniel L.; HOVEN, John. Innovation and Antitrust Enforcement. In: ELLIG, Jerry (ed.) *Dynamic Competition and Public Policy: technology, innovation, and antitrust issues.* USA: Cambridge University Press, 2001, p. 79.

17 LIEBOWITZ, Stan; MARGOLIS, Stephen E. Network effects and the Microsoft Case. In: ELLIG, Jerry (ed.) *Dynamic Competition and Public Policy: technology, innovation, and antitrust issues.* USA: Cambridge University Press, 2001, p. 160.

18 TEECE, David J. *Managing Intellectual Capital*. NY: Oxford University Press, 2000, p. 179.

19 KLEMPERER, Paul. Competition when Consumers have switching costs: an overview with applications to industrial organization, macroeconomics, and international trade. In: *The Review of Economic Studies*, vol. 62, nº 4, Oct., 1995, p. 515.

20 MOTA, Massimo. *Competition Policy, theory and practice*. UK: Cambridge University Press, 2004, p. 79.

21 Ibid., p. 452.

22 BAUMOL, William J. *The free-market innovation machine: analyzing the growth miracle of capitalism*. USA: Princeton University Press, 2002, p. 10.

23 *United States v. Aluminum Company of America*, 148 F. 2d 416 (2**nd** Cir. 1945), *United States v. Grinnell Corporation*, 384 U.S. 563 (1966).

24 SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, Socialism & Democracy.* UK: Routledge, 2000, p. 83-84.

25 Ibid., p. 84 - 85.

26 ELLIG, Jerry; LIN, Daniel. A taxonomy of dynamic competition theories. In: ELLIG, Jerry (ed.) *Dynamic Competition and Public Policy: technology, innovation, and Antitrust Issues.* USA: Cambridge University Press, 2001, p. cit., p. 18.

27 Ibid, p. 18-19: "Firms that imitate or innovate with greater success become relatively more profitable. Eventually, all innovations are fully incorporated, the economy settles into a new equilibrium – until the process begins anew with more innovations.[...] The type of firm that thrives in creative destruction is different from the appropriate one for perfect competition. Developing innovations is costly, so the most innovative firms should have a large stream of resources for R&D. [...] successful innovation may itself lead to market power and supranormal profits. This reading of Schumpeter implies three hypotheses: large firms are more innovative than small firms, monopolistic industries are more innovative than competitive ones, and firms will be more innovative when they anticipate that they will be allowed to exploit the market created by their innovations".

28 CLARK, J. M. Competition: static models and dynamic aspects. In: *The American Economic Review*, vol. 45, nº 2, May, 1955, p. 450-462.

29 EVANS and SCHMALENSEE, op. cit., p. 1.

30 ATHEY, Susan; SCHMUTZER, Armin. Investment and market dominance. In: *Rand Journal of Economics*, 2001, v. 32, 1, pp. 1-26.

31 EVANS and SCHMALENSEE, op. cit., p. 2. See also ARMENTANO, Dominick T. *Antitrust, the case for repeal*. 2. ed. USA: The Ludwig von Mises Institute, 1999, p. 3: "More importantly, a firm could produce a superior product at low cost and consumers could establish that firm as the dominant supplier; the law, presumably, was not meant to restrict such beneficial behavior. Indeed monopoly, however defined, is not illegal under the Shearman Act; "monopolization" is. What the law really requires (after a threshold market position has been established) is a showing that

the defendant engaged in so-called monopolistic practices. The important questions are: How did the firm come to obtain its market share? Did the firm unfairly exclude competitors from the market? Did it unfairly restrain the competitive process?"

32 ARMENTANO, op. cit., p. 34-35.

33 BAUMOL, op. cit., p. 12.

34 SCHUMPETER, op. cit., p. 84:"As soon as quality competition and sales effort are admitted into the sacred precincts of theory, the price variable is ousted from its dominant position[...] in capitalist reality as distinguished from its textbook picture, it is not that kind of competition which counts but the competition from the new commodity, the new technology... – competition which commands a decisive cost or quality advantage and which strikes not at the margins of the profits and the outputs of the existing firms but at their foundations and their very lives".

35 ECONOMIDES, Nicholas. The Microsoft antitrust case. In: *Journal of Industry, Competition and Trade: from theory to policy*, Aug. 2001a. The author presented a conceptual treatment of why competition in a network industry, while unconventional, is still efficient. He starts with (a) recognition that in a market with network effects the winner will dominate in Microsoft fashion, (b) this will arise without "anti-competitive" acts, (c) forced changes are "futile and counterproductive", and, in particular, (d) adding firms will not help. However, (e) vigorous competition to become a winner will prevail. (f) Divesture may create inefficiencies. (g) The benefits of success as well as the cost of entry are high and thus competition may be greater compared to non-network industries. (h) The advantages of incumbency are formidable but not insuperable. See also BAUMOL, op. cit., p. 287: "[...] Entrants that can leapfrog the incumbent monopolist with a better product or a more efficient process will often succeed in sharing the market with the incumbent, or in replacing the incumbent with a new dominant firm whose monopoly power is likely to be equally transitory, as still later innovators enter the market."

36 POSSAS, op. cit., p. 3.

37 LIBOWITZ and MARGOLIS, op. cit., p. 160-192.

38 BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*. USA: The Free Press, 1993, p. 49: "Competition is inherently a process in which rivals seek to exclude one another. Efficiency tends to exclude firms that are less efficient."

39 NELSON, Richard N.; WINTER, Sidney G. *An evolutionary theory of economic change.* USA: The Belknap Press of Harvard University Press, 1982, p. 349.

40 EVANS and SCHMALENSEE, op. cit., p. 21.

41 POSSAS, op. cit., p. 11.

42 *Hoffman-La Roche v. Commission* (Case 85/76) [1979] ECR 461 [1979] 3 CMLR 211, at paragraphs 38-41.

43 This view was repeated in *AKZO Chemie BV v. Commission* (Case C-62/86) ECR I-3359, [1993] 5 CMLR 215, at paragraph 60. The AKZO judgment set out an important "rule of thumb" which is still applied in many instances: a market share of 50 per cent gives rise to a presumption of dominance. See also *Hilti AG v. Commission* (Case T-30/89) [1991] ECR II-1439, [1992] 4 CMLR 16, paragraphs 89 – 94.

44 In *Continental Can* (*Europeanballage Corporation and Continental Can Co. Inc. v. Commission* (Case 6/72) [1973] ECR 215, [1973] CMLR 199, the Court held that the exploitation of a dominant position must be abusive to come within the prohibition in Article 82 EC. Abuse may therefore occur if an undertaking in a dominant position strengthens such position in such a way that the degree of dominance reached substantially fetters competition, i.e., that only undertakings remain in the market whose behavior depends on the dominant one. (paragraph 26 of the judgment). In *Michelin v. Commission* (Case 322/81) [1983] ECR 3461, [1985] 1 CMLR 282, the Court decided that 'a finding that an undertaking has a dominant position is not in itself a recrimination but simply means that, irrespective of the reasons for which it has such a dominant position, the undertaking concerned has a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the Common Market' (paragraph 57 of the judgment).

45 *United States v. Microsoft*, 253 F.3d, 34, 50 (D.C. Cir. 1998)

46 *Continental Can v. Commission*, supra, at paragraph II.B.3 of the decision.

47 *United Brands C and United Brands Continental BV v. Commission* (Case 27/76) [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429, at paragraph 65.

48 *Hoffman-La Roche v. Commission,* supra, at paragraph 39.

49 These factors include, for example: overall size of the undertaking, control of infrastructure not easily duplicated, technological advantages or superiority, absence of countervailing buying power, economies of scale, economies of scope, a highly developed distribution and sales network, absence of potential competition, and product/services diversification.

50 *Renault/Volvo* (Case IV/M. 004) [1990] O.J. C 281/2 [1991] 4 CMLR 297 at paragraph 22. See also, The Commission Guidelines on Market Analysis and the Assessment of Significant Market Power under the Community Regulatory Framework for Electronic Communications Networks and Services, O.J. C 165, July 11, 2002, p. 6, 14 and 15.

51 *Michelin v. Commission* , supra, at paragraph 57.

52 However, the Commission Recommendation on the Relevant Product and Service Markets within the Electronic Communications Sector susceptible to *ex ante* regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a Common Regulatory Framework for Electronic Communications Networks and Services, O.J. L 114, May 8, 2003, p. 46 states that: "(13) Entry barriers may also become less relevant with regard to innovation-driven markets characterized by ongoing technological progress. In such markets, competitive constraints often come from innovative threats from potential competitors that are not currently in the market. In such innovation-driven markets, dynamic or longer term competition can take place among firms that are not necessarily competitors in an existing 'static market'."

53 MOTA, op. cit., p. 116.

54 *Re Irish Sugar* (Commission Decision 97/624, OJ [1997] L 258/1, [1997] 5 CMLR 666), the Commission held that a firm holding 90% of the overall granulated sugar market enjoyed a dominant position in that market.

55 *Mannesmann/Hoesch* (Case IV/M.222) [1992] , OJ L114/35, [1992] 5 CMLR 117 at paragraph 91.

56 Dominance does not exist in the abstract, but in relation to a particular market. See Case 6/72 *Continental Can v. Commission,* supra, at paragraph 32 of the judgment; *United Brands v. Commission,* supra, at paragraph 10 of the judgment, and *L'Oréal v. PVBA De Nieuwe* (Case 31/80 [1980] ECR 3775, [1981] 2 CMLR 235, at paragraph 25 of the judgment).

57 Market definition plays a significant role in Article 82 cases. The Commission Notice on the Definition of Relevant Market for the purposes of Community Competition Law, [1997] O.J. C372/5: [1998] 4 CMLR 177, sets out the basis upon which it defines both product and geographic markets. In an Article 82 case, its focus is on whether the undertaking in question can behave, to an appreciable extent, independently of competitors and its customers; and this ability will often, though not invariably, follow from its possession of a large market share in the supply of products or services. Such dominant position would usually arise when a firm or group of firms accounted for a large share of the supply in any given market, provided that other factors analyzed in the assessment (such as entry barriers, customers' capacity to react, etc.) point in the same direction.

58 See also *GØttrup-Klim v. Commission* (Case C-250/92) [1994] ECR I-5641, [1996] 4 CMLR 191, at paragraph 48 of the judgment: "[...] It is true that in certain cases, the fact that an undertaking holds a large market share may be considered a strong indication of the existence of a dominant position[...] While an undertaking which holds market shares of that size, may, depending on the strength and number of its competitors, be considered to be in a dominant position, those market shares cannot on their own constitute conclusive evidence of the existence of a dominant position".

59 (Case IV/M477) O.J., 1995, L211/1, at paragraph 65.

60 See also, Joined Cases T-125/97 and T-127/97 *The Coca-Cola Company and Others v. Commission* [2000] ECR II-0000, at paragraphs 81 and 82.

61 GOYDER, D.G. *EC Competition Law*. 4. ed. UK: Oxford University Press, 2003, p. 567.

62 MOTA, op. cit., p. 84-85: "The basic concept here is that of market tipping, which refers to the fact that when there are competing systems, once a system manages to gain a certain advantage in consumer preferences, then it might become more and more popular (...) and its rivals might fade out. Market tipping is certainly an important phenomenon in network industries, but some qualifications should be made before jumping to general conclusions. First, there are many situations in which different standards might co-exist in a given industry. In many cases, consumers do value variety and differentiated systems will survive in the same industry. Second, the existence of tipping and of large profit that can be reaped once their own product is established as the industry's standard will prompt firms to compete fiercely to win the standard war. Intense promotional activities of various types as well as aggressive pricing in the introductory periods, might characterize the initial stages of a given product life, as a firm attempts to increase market shares so as to gain the edge it needs to make the market tip. As a result, it might well be that the large profit made by the firm after its product has become the dominant standard might just cover the cost incurred during the standards war. Third, the existence of only one network in the market might even benefit consumers, to the extent that they will be able to enjoy more communication possibilities or more complementary services, whereas under competing networks they will not be able to. Likewise, the difficulties faced by entrants in markets which exhibit important network effects should not be generalized to imply that all these markets will naturally show "excess inertia" (or persistent dominance)."

63 PLEATSIKAS and TEECE, op. cit., p. 95. They also affirm that the nature of competition in markets exposed to the effects of rapid technological innovation is quite different from competition in other markets. "Market power is extremely difficult to calibrate, and the traditional models of competition – be they perfect competition, oligopoly, or monopoly – have limited utility. Accordingly, economists and antitrust lawyers must rethink some basic assumptions and recalibrate some metrics or risk promoting litigation outcomes and public policies that harm competition and consumers".

64 EVANS and SCHMALENSEE, op. cit., p. 28.

65 PLEATSIKAS, Christopher; TEECE, David. The analysis of market definition and market power in the context of rapid innovation. In: *International Journal of Industrial Organization*, vol. 19, 2001, p. 691.

66 The Commission Guidelines on Market Analysis and the Assessment of Significant Market Power under the Community Regulatory Framework for Electronic Communications Networks and Services, O.J. C 165, July 11, 2002, p. 16: (78) It is important to stress that the existence of a dominant position cannot be established on the sole basis of large market shares.

67 TEECE, op. cit., p. 174.

68 WHISH, Richard. *Competition Law*. 4. ed. UK: Lexis Nexis, 2003, p. 161.

69 EVANS and SCHMALENSEE, op. cit., p. 23.

70 GOYDER, op. cit., p. 9.

71 EVANS and SCHMALENSEE, op. cit., p. 12.

72 AUDRETSCH, David B.; BAUMOL, William J.; BURKE, Andrew E. Competition policy in dynamic markets. In: *International Journal of Industrial Organization*, 19, 2001, p. 618 and 620: "[...] competition always benefits welfare. [...] since competitive advantages are gained primarily by improving product characteristics and/or reducing production cost, a new state resulting from such competitive acts must generally be Pareto superior to its predecessor."

73 EVANS and SCHMALENSEE, op. cit., p. 47.

74 TEECE, op. cit., p. 174.

75 PLEATSIKAS and TEECE, op. cit., 2001.

76 SALOP, Steve. The First Principles Approach to Antitrust, Kodak, and Antitrust at the Millenium. In: *Antitrust Law Journal*, vol. 68, 2000, p. 188-189: "[...] The first principles approach centers on an examination of the competitive effects of the conduct at issue. (...)Although market power and market definition have a role in antitrust analysis, their proper roles are parts of and in reference to the primary evaluation of the alleged anticompetitive conduct and its likely market effects. They are not valued for their own sake but rather for the roles they play in an evaluation of market effects. (...)Market power and market definition therefore should not be analyzed in a vacuum or in a threshold test divorced from the conduct and allegation about its effects. Instead market power should be measured as the power profitability to raise or maintain price above the competitive benchmark price, which is the price that would prevail in the absence of the alleged anticompetitive restraint. The competitive benchmark may be the current price, the perfectly competitive price, or some other in-between price, depending on the particular allegations of anticompetitive effect being asserted. This integrated approach to antitrust analysis is the first principles approach".

77 AREEDA, Phillip E.; HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*. 2. ed., vol. 1, NY: Aspen Law and Business, 2000, p. 4.

78 See also BISHOP, Bill; CAFARRA, Cristina. Dynamic Competition and Aftermarkets. *E.C.L.R.*, 1998, issue 5, p. 266: "When the pace of innovation is fast, the case for policy intervention to remove or prevent temporary market power is reduced. Ill-considered intervention can be harmful, by damaging future incentives to innovate. The principal rol Directive 2002/21 of the European Parliament and of the Council of March 7, 2002, O.J. L 108, April 24, 2002.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AREEDA, Phillip E.; HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*. 2. ed., vol. 1, NY: Aspen Law and Business, 2000.

ARMENTANO, Dominick T. *Antitrust, the case for repeal*. 2. ed. USA: The Ludwig von Mises Institute, 1999.

ATHEY, Susan; SCHMUTZER, Armin. Investment and market dominance. In: *Rand Journal of Economics*, 2001.

AUDRETSCH, David B.; BAUMOL, William J.; BURKE, Andrew E. Competition policy in dynamic markets. In: *International Journal of Industrial Organization*, 19, 2001.

BAUMOL, William J. *The free-market innovation machine: analyzing the growth miracle of capitalism*. USA: Princeton University Press, 2002.

BISHOP, Bill; CAFARRA, Cristina. Dynamic Competition and Aftermarkets. *E.C.L.R.*, 1998.

BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*. USA: The Free Press, 1993.

CARLTON, Dennis W.; GERTNER, Robert H. *Intellectual Property, Antitrust and Strategic Behavior*. NBER Working Paper Series, nº 8976, June, 2002.

CLARK, J. M. Competition: static models and dynamic aspects. In: *The American Economic Review*, vol. 45, nº 2, May, 1955

DOSI, Giovanni. *Innovation, Organization and Economic Dynamics: selected essays*. USA: Edward Elgar, 2000.

DOSI, Giovanni; TEECE, David J.; CHYTRY, Joseph. *Technology, Organization, and Competitiveness, perspectives on industrial and corporate change*. UK: Oxford, 1998.

ECONOMIDES, Nicholas. The Microsoft antitrust case. In: *Journal of Industry, Competition and Trade: from theory to policy*, Aug. 2001.

ELLIG, Jerry; LIN, Daniel. A taxonomy of dynamic competition theories. In: ELLIG, Jerry (ed.) *Dynamic Competition and Public Policy: technology, innovation, and Antitrust Issues*. USA: Cambridge University Press, 2001.

EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. *Some economic aspects of antitrust analysis in dynamically competitive industries*. NBER Working Paper Series, nº 8268, May 2001.

GOYDER, D.G. *EC Competition Law*. 4. ed. UK: Oxford University Press, 2003.

KATZ, Michael; SHAPIRO, Carl. Antitrust in Software Markets. In: EISENACH, J. A. (ed.) *Competition, innovation and the Microsoft monopoly.* New York: Kluwer, 1999

KLEMPERER, Paul. Competition when Consumers have switching costs: an overview with applications to

industrial organization, macroeconomics, and international trade. In: *The Review of Economic Studies*, vol. 62, nº 4, Oct., 1995.
LIEBOWITZ, Stan; MARGOLIS, Stephen E. Network effects and the Microsoft Case. In: ELLIG, Jerry (ed.) *Dynamic Competition and Public Policy: technology, innovation, and antitrust issues*. USA: Cambridge University Press, 2001.
LOASBY, Brian. *Knowledge, institutions and evolution in economics*. London: Routledge, 1999.
McKNIGHT, Lee W.; VAALER, Paul M.; KATZ, Raul L. *Creative destruction: business survival strategies in the global internet economy*. US: The MIT Press, 2001.
MOTA, Massimo. *Competition Policy, theory and practice*. UK: Cambridge University Press, 2004,.
NELSON, Richard N.; WINTER, Sidney G. *An evolutionary theory of economic change*. USA: The Belknap Press of Harvard University Press, 1982.
NORTH, Douglas C. *Institutions, institutional changes and economic performance*. UK: Cambridge University Press, 1990.
PLEATSIKAS, Christopher; TEECE, David. New Indicia for Antitrust Analysis in Markets Experiencing Rapid Innovation. In: ELLIG, Jerry (ed.) *Dynamic Competition and Public Policy: technology, innovation, and antitrust issues*. USA: Cambridge University Press, 2001.
PLEATSIKAS, Christopher; TEECE, David. The analysis of market definition and market power in the context of rapid innovation. In: *International Journal of Industrial Organization*, vol. 19, 2001.
POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. 2. ed. USA: The University of Chicago Press, 2001.
POSSAS, Mario Luiz. *Competition, strategic behaviour and antitrust policy*: *an evolutionary approach*. Addressed at the Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, Brazil, Oct. 1997
RUBINFELD, Daniel L.; HOVEN, John. Innovation and Antitrust Enforcement. In: ELLIG, Jerry (ed.) *Dynamic Competition and Public Policy: technology, innovation, and antitrust issues*. USA: Cambridge University Press, 2001.
SALOP, Steve. The First Principles Approach to Antitrust, Kodak, and Antitrust at the Millenium. In: *Antitrust Law Journal*, vol. 68, 2000.
SCHMALENSEE, Richard. Antitrust Issues in Schumpeterian Industries. In: *The American Economic Review*, vol. 90, nº 2, May 2000.
SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, Socialism & Democracy*. UK: Routledge, 2000
SILVERBERG, Gerald; DOSI, Giovanni; ORSENIGO, Luigi. Innovation, Diversity and Diffusion: A self-organized model. In: *The Economic Journal*, vol. 98, nº 393, Dec., 1988.
TEECE, David J. *Managing Intellectual Capital*. NY: Oxford University Press, 2000.

Rafael Alves de Almeida

Master of Laws, London School of Economics and Political Science.

Master in Regulation and Competition, UCAM.

Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação, Direito Rio.

A DECISÃO DA OMC NO CASO TELMEX E SUAS CONSEQÜÊNCIAS PARA A REGULAMENTAÇÃO DE REGRAS MULTILATERAIS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Fernanda Manzano Sayeg [1]

THE OMC DECISION ON THE TELMEX CASE AND ITS CONSEQUENCES FOR THE REGULATION OF MULTILATERAL RULES ON COMPETITION

RESUMO

O texto analisa a decisão do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC caso México – Medidas Afetando Serviços de Telecomunicações, em função de suas repercussões para a questão da regulamentação de normas de defesa da concorrência na OMC. Para tanto, procedeu-se à análise do tema defesa da concorrência na OMC, da relação GATS e concorrência e do posicionamento do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC em outros casos em que o tema foi discutido. Quanto à definição de regras multilaterais de defesa da concorrência, sugere-se que o debate deve ser retomado entre os Estados-membros da OMC, na tentativa de evitar a aplicação de normas de defesa da concorrência em âmbito multilateral, pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, caso a caso, de forma discricionária.

PALAVRAS-CHAVE

comércio internacional; serviços; concorrência; telecomunicações.

ABSTRACT

The paper analyses the conclusion of the WTO Dispute Settlement Body in Mexico – Measures Affecting Telecommunication Services, in view of the its consequences to the establishment of antitrust rules in the WTO. Hence, it has been undertaken the analysis of competition policy in the WTO, the relationship between GATS and competition and of previous cases decide by the WTO Dispute Settlement Body in which this issue was raised. As for the settlement of multilateral antitrust rules, it suggests that the debate must be re-activated among the WTO Member-States, as an attempt to avoid the discretionary application of antitrust rules by the WTO Dispute Settlement Body, on a case-by-case basis.

KEYWORDS

international trade; services; competition; and telecommunications.

1. Introdução

Em 1.º.06.2004, o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da Organização Mundial do Comércio (OMC) adotou o relatório do Painel no caso México – Medidas Afetando Serviços de Telecomunicações (WT/DS204).[2] Essa decisão, além de representar um marco na história da OMC por ser a primeira exclusivamente sobre o comércio de serviços, foi também a primeira em que o OSC decidiu apenas com base em princípios de defesa da concorrência.

Assim, mister analisar como se deu a atuação do Painel no caso México – Medidas Afetando Serviços de Telecomunicações, de modo a permitir que se reflita sobre suas conseqüências para a definição de regras multilaterais de defesa da concorrência. Para tanto, faz-se necessário compreender o *status* atual da regulamentação de normas de defesa da concorrência na OMC, a relação entre as disposições do Acordo Geral sobre Serviços (GATS) e defesa da concorrência, bem como o posicionamento do OSC nos casos previamente analisados pelo órgão em que o tema concorrência foi objeto de análise.

2. Defesa da concorrência e a OMC

2.1 A regulamentação de normas de defesa da concorrência na OMC

Atualmente, no âmbito da OMC, não há um acordo específico sobre defesa da concorrência. Contudo, é importante notar que há a intenção de se criarem regras multilaterais de defesa da concorrência desde meados do século XX. Na Carta de Havana, de 1948, que visava à criação de uma Organização Internacional do Comércio (OIC), já há previsões acerca do tratamento de práticas comerciais restritivas que pudessem prejudicar as condições de concorrência no comércio internacional. Segundo Vera Thorstensen

> [...] O objetivo da Carta neste tema era de prevenir, por parte de empresas privadas ou públicas, práticas comerciais que afetassem o comércio internacional e que restringissem a concorrência, limitassem o acesso a mercados, ou favorecessem o controle monopolístico, sempre que tais práticas tivessem um efeito prejudicial na expansão da produção ou comércio, e interferisse com os objetivos da própria Carta (artigo 4.61).3

Com a rejeição da Carta de Havana pelo Congresso dos Estados Unidos, as regras relativas ao comércio internacional foram transformadas no Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), o qual, por sua vez, também demonstra a intenção de evitar que práticas anticoncorrenciais pudessem vir a repercutir negativamente sobre as transações comerciais internacionais. No texto do artigo III do GATT, sobre tratamento nacional, nota-se uma preocupação com as condições de concorrência no acesso a mercados, na medida em que estabelece que todos os atores do comércio internacional devem operar em condições semelhantes, não discriminatórias.[4]

Nos anos 90, com a considerável diminuição das barreiras governamentais, que representavam um óbice ao comércio internacional, houve um significativo aumento no número de práticas anticompetitivas de efeitos transacionais. Tais práticas, que

contrariam os objetivos de maior eficiência dos fatores econômicos, passaram a afetar negativamente as transações comerciais. Nesse contexto, o tema concorrência foi incluído nas negociações nos trabalhos preparatórios da Rodada do Uruguai, sendo, por fim, excluído da agenda, em virtude da falta de consenso entre os Estados a respeito do assunto.

Não obstante a ausência de um acordo multilateral específico sobre o tema, a OMC sempre demonstrou uma grande preocupação com a livre concorrência no âmbito do comércio internacional, ainda que indiretamente. Em vários dos acordos da OMC há dispositivos relacionados à concorrência, seja limitando a habilidade dos governos de imporem medidas ao comércio que restrinjam a concorrência, seja limitando práticas empresariais que podem distorcer ou restringir o comércio.[5] Nesse sentido, Vera Thorstensen chama a atenção para o fato de que existem disposições de natureza concorrencial nos acordos sobre propriedade intelectual,[6] investimentos,[7] serviços,[8] salvaguardas,[9] barreiras técnicas,[10] medidas sanitárias e fitossanitárias,[11] *antidumping*[12] e aviação civil.[13-14]

A crescente preocupação com as conseqüências de práticas anticoncorrenciais sobre operações comerciais internacionais fez com que, em 1996, na Conferência Ministerial de Cingapura, fosse criado o Grupo de Trabalho sobre a Interação entre a Política Comercial e a Política da Concorrência. O Grupo, cujos trabalhos são coordenados com os do Grupo de Trabalho sobre Comércio e Investimento, tem por objetivo estudar temas relacionados a comércio e concorrência, para identificar os aspectos que devem merecer maior consideração por parte da OMC.

O mandato para os trabalhos do Grupo estabeleceu os seguintes tópicos: (i) a relevância dos princípios fundamentais da OMC para a política da concorrência; (ii) os modos de promoção para a cooperação entre os membros; (iii) a contribuição da política de concorrência para alcançar os objetivos da OMC. Apesar de suas discussões concentrarem-se em aspectos preliminares, muitas têm sido as contribuições do Grupo desde sua criação.[15] Seus relatórios evidenciaram que um acordo sobre defesa da concorrência no âmbito da OMC poderia ser formulado, respeitando suas peculiaridades e princípios básicos da organização, como cláusula de nação mais favorecida,[16] tratamento nacional[17] e transparência.[18]

Contudo, as discussões no interior do Grupo de Trabalho esbarram em um ponto fundamental: a elaboração do Acordo sobre Medidas Antitruste Relacionadas ao Comércio[19] (TRAMs). A elaboração do TRAMs não é um tema pacífico entre os membros da OMC pelos mais diferentes motivos. Alguns Estados se opõem à criação do acordo por entenderem que ele culminaria na atribuição de poderes legislativos e judicantes a uma organização supranacional em um tema que, por ser de política pública, deveria permanecer regulamentado apenas na esfera estatal. A eficácia e a garantia do cumprimento das decisões da OMC sobre política de concorrência são outras dúvidas que surgem ao se falar em regulamentação multilateral. E, sobretudo,

questiona-se se seria a OMC o foro mais adequado para a elaboração de regras internacionais de defesa da concorrência.[20]

Por outro lado, é consenso entre os membros da OMC que o TRAMs deve se ater à regulamentação dos princípios gerais de defesa da concorrência, aplicáveis à totalidade de membros da OMC, tendo em vista o diferente nível de desenvolvimento institucional de suas políticas de defesa da concorrência. Até agora, os trabalhos do Grupo tiveram por objetivo resumir as principais diretrizes discutidas, e em nenhum momento foram discutidos pontos mais controversos, como as conseqüências dos atos de concentração envolvendo empresas multinacionais, o conceito de cortesia positiva ou a troca de informações confidenciais ou estratégicas.[21]

Em virtude da impossibilidade de os membros da OMC acordarem sequer em relação à existência de um acordo sobre aspectos de concorrência relacionados ao comércio, resta analisar o tratamento dado à questão pelos acordos da organização e pelo seu OSC.

2.2 GATS e concorrência

Conforme mencionado acima, apesar de não haver um acordo específico sobre defesa da concorrência, no âmbito da OMC, vários acordos da organização contêm dispositivos relacionados à concorrência, dentre os quais merece destaque o GATS, pelo número de normas dessa natureza.

O GATS foi elaborado durante a Rodada Uruguai e entrou em vigor em 1.º.01.1995, juntamente dos demais acordos da OMC. É importante notar que o acordo é o primeiro instrumento legal a estabelecer regras gerais para o comércio internacional de serviços. O escopo de aplicação do GATS é, portanto, muito amplo, visto que abrange todos os tipos de serviços, em todos os setores existentes, exceção feita aos serviços prestados por autoridades governamentais.[22]

Algumas das disposições do GATS visam à regulamentação das condições de concorrência no comércio internacional de serviços. Tais disposições têm o objetivo de garantir que, no acesso a mercados e na prestação de serviços por meio de qualquer um dos quatro modos contemplados pelo GATS,[23] as condições sejam equânimes para todos os *players*, independentemente de sua nacionalidade ou poder econômico. O artigo VIII,[24] por exemplo, sobre monopólios ou prestadores de serviços em base de exclusividade, dispõe que os membros devem garantir que as empresas sediadas em seu Estado e que prestam serviços de forma exclusiva ou monopolística não ajam de modo inconsistente com os compromissos assumidos no âmbito do acordo. Já o artigo IX,[25] que versa sobre práticas comerciais, reconhece que determinadas práticas podem limitar a livre concorrência e, conseqüentemente, restringir o comércio de serviços. Esse artigo possibilita que um Estado-membro que se considere prejudicado por uma prática comercial proceda a consultas com o Estado cuja empresa é a autora da prática. As consultas podem ser confidenciais, a pedido do Estado que as solicitar.

Em relação ao acesso a mercados, o artigo XVI[26] do GATS dispõe que um Estado não pode estabelecer limitações à atuação de empresas estrangeiras em relação aos seguintes aspectos: número de provedores de serviços; valor total das operações ou ativos; número total de operações ou quantidade de serviço prestado; número de pessoas físicas empregadas em um setor de serviços específico ou determinação das pessoas necessárias para a prestação de um serviço; medidas que restrinjam ou requeiram tipos específicos de sociedades ou *joint ventures* para a prestação de determinado serviço; e participação de capital estrangeiro. Essa proibição se aplica aos quatro modos de prestação de serviços, exceto se houver qualquer previsão em sentido contrário na Lista de Compromissos do Estado-membro.

À semelhança do que ocorre no artigo III do GATT para o setor de bens, no artigo XVII[27] do GATS os Estados também se comprometem a garantir aos serviços e a seus prestadores tratamento não menos favorável do que aquele concedido aos serviços e empresas de seu país. Esse artigo estabelece que o tratamento será considerado menos favorável sempre que houver modificação nas condições de concorrência em favor dos serviços ou de prestadores de serviços nacionais, em detrimento de serviços similares ou de prestadoras de serviços similares sediadas em outro Estado.

As exceções gerais ao GATS estão regulamentadas no artigo XIV[28] do acordo. Esse artigo permite que os membros da OMC excepcionem as provisões do GATS e demais obrigações assumidas no tocante a serviços, para alcançar ou manter objetivos de política pública. Nesse sentido, pode-se dizer que o próprio GATS concede aos Estados a prerrogativa de utilizarem instrumentos de política de concorrência para proteger determinado setor ou setores.

Além dos artigos ora citados, há outros instrumentos legais relacionados ao GATS que também visam à regulamentação das condições de concorrências no comércio internacional de serviços. Nesse contexto, merecem destaque o Anexo do GATS sobre Telecomunicações[29] e o *Reference Paper,* ambos ligados à prestação de serviços de telecomunicações, em âmbito internacional.

O Anexo do GATS sobre Telecomunicações regulamenta o acesso e o uso de redes públicas de transmissão e serviços de telecomunicações de forma suplementar ao GATS. O artigo 5[30] do Anexo estabelece que os membros devem garantir condições razoáveis e não-discriminatórias ao acesso e uso de sua rede pública de transmissão de dados e serviços de telecomunicações. De acordo com o item (g) do artigo 5, países em desenvolvimento podem estabelecer condições razoáveis ao acesso e uso de sua rede pública de transmissão de dados e serviços de telecomunicações, desde que tais condições sejam condizentes com o grau de desenvolvimento do país, sejam necessárias para fortalecer sua infra-estrutura e estejam especificadas em sua Lista de Compromissos. Essa exceção tem como objetivo aumentar a capacidade de provimento de serviços telecomunicações dos países em desenvolvimento e, conseqüentemente, ampliar sua participação no comércio internacional desses serviços.

O *Reference Paper*, documento adotado pelos membros da OMC em 24.04.1996, contém um conjunto de princípios regulatórios pró-competitivos aplicáveis ao setor de telecomunicações. Por meio do *Reference Paper*, os Estados-membros da OMC se comprometeram a implementar medidas para impedir que fornecedores de serviços de telecomunicações adotem ou continuem adotando práticas anticompetitivas, como a concessão de subsídios cruzados,[31] o uso inapropriado de informações obtidas mediante outros *players* e a não-comunicação de informações técnicas essenciais à prestação de serviços a outros provedores.[32]

O *Reference Paper* contém outras disposições importantes para a manutenção da livre concorrência na prestação de serviços de telecomunicações. O documento estabelece que os Estados devem criar um órgão regulatório independente dos provedores de serviços,[33] que tenham liberdade para optar pelo modelo de universalização que desejarem[34] e que não possam estabelecer condições discriminatórias para a interconexão.[35]

Quase dez anos após a entrada em vigor do GATS, apenas dois casos relevantes envolvendo serviços foram objeto de análise pelo OSC, quais sejam: *Comunidades Européias – Regime de Importação, Venda e Distribuição de Bananas*[36] e *México – Medidas Afetando Serviços de Telecomunicações*. Em ambos os casos o OSC se deparou com questões concorrenciais, sendo, no primeiro, essas questões acessórias à questão principal, e no segundo, constituíam o foco central do contencioso. Assim, cumpre analisar o tratamento do OSC dado às questões de defesa da concorrência, nos contenciosos iniciados no âmbito da OMC.

2.3 O OSC e a análise de casos envolvendo concorrência

A inexistência de regras antitruste claras fez com que o tema defesa da concorrência se tornasse uma "área cinzenta" para os Estados-membros da OMC. Diante desse cenário, observa-se que os Estados têm recorrido ao OSC para obter respostas acerca de situações de concorrência que consideram ser prejudiciais ao comércio internacional. Prova disso é o representativo número de contenciosos iniciados no OSC que, indiretamente, referem-se a condições internacionais de competitividade.

Conforme já mencionado no presente trabalho, apesar de questões de natureza concorrencial terem sido levantadas pelos membros da OMC em vários dos contenciosos analisados pelo OSC, o único que teve a questão concorrência como um tema central foi o caso e México – Medidas Afetando Serviços de Telecomunicações, cuja decisão do Painel fundamentou-se em normas e princípios de defesa da concorrência. Posto isso, é importante verificar quais foram as conclusões do OSC sobre as questões de natureza concorrencial nos casos que precederam o caso México – Medidas Afetando Serviços de Telecomunicações antes de proceder à análise do relatório do Painel nesse contencioso.

No contencioso Comunidades Européias – Regime de Importação, Venda e Distribuição de Bananas, o Equador[37] alegava que o sistema revisado de alocação de licenças concedido pelas Comunidades Européias para a comercialização de bananas conferia tratamento menos favorável às empresas do Equador do que às empresas européias e dos países do African, Caribbean and Pacific Group of States (ACP).[38] O Painel considerou que o regulamento europeu violava o artigo XVII do GATS. Como o Equador usufruía da condição de novo parceiro das Comunidades no comércio de bananas, as normas revisadas propiciavam ao país condições de concorrência *de facto* menos favoráveis do que aquelas usufruídas pelas empresas européias e dos países ACP.

Da mesma forma, ao analisar o caso Canadá – Medidas Relacionadas à Exportação de Trigo e o Tratamento de Grãos,[39] o Painel decidiu que a Seção 56 (1) do Canadá Grain Act, regulamento que disciplina a receita proveniente do ingresso de grãos estrangeiros no Canadá, afetava não a distribuição interna do trigo, mas as condições de concorrência entre os produtos importados e nacionais no mercado canadense. Nesse sentido também decidiu o Painel nos casos Japão – Medidas Afetando o Consumo de Filmes e Papéis Fotográficos[40] e Japão – Tarifas sobre Bebidas Alcoólicas.[41] O Painel considerou que a proibição de tratamento discriminatório entre produtos nacionais e estrangeiros após a importação de determinado produto, conforme prevista no artigo III do GATT, refere-se ao fato de que as condições de concorrência no mercado interno não podem ser distorcidas para beneficiar produtores domésticos, em detrimento de produtores estrangeiros.

Já nos casos Índia – Medidas Afetando o Setor Automotivo[42] e Canadá – Certas Medidas Afetando a Indústria Automotiva[43] o Painel concluiu que o significado da palavra "afetar", no texto do artigo I do GATS, refere-se às condições de concorrência entre os produtos nacionais e importados. No contencioso envolvendo a Índia, o Painel alegou que "afetar" abrange não apenas as condições de compra e venda, mas também medidas que possam modificar negativamente as condições de concorrência entre os produtos importados e os produtos nacionais. No mesmo sentido, no contencioso em que o Canadá era reclamado, o Painel decidiu que a palavra "afetar" deve ser interpretada como qualquer lei ou regulamento que possa afetar negativamente as condições de concorrência entre os produtos nacionais e importados.

Dessa forma, nota-se que, em um significativo número de contenciosos, o OSC se deparou com questões relacionadas à defesa da concorrência, porém de forma indireta. No mais recente caso envolvendo concorrência analisado pelo OSC, o caso México – Medidas Afetando Serviços de Telecomunicações, as questões concorrenciais deixaram de ser secundárias na análise do OSC e passaram a ser a principal problemática da disputa, como será melhor demonstrado adiante.

3. O caso México – Medidas Afetando Serviços de Telecomunicações

3.1 Histórico do caso e principais alegações dos Estados Unidos

Em 13.02.2002, os Estados Unidos recorreram ao OSC para solicitar o estabelecimento de um Painel contra o México. Em sua reclamação, os Estados Unidos alegaram que o México havia atuado de forma inconsistente com as obrigações e compromissos assumidos pelo país, no âmbito do GATS,[44] ao permitir que a maior empresa de telefonia mexicana, a Teléfonos de México S.A. de C.V. ("Telmex"), não oferecesse a operadoras norte-americanas interconexão de longa distância a custos orientados e razoáveis. Segundo os Estados Unidos, essa prática seria inconsistente com as Seções 2.1 e 2.2 do *Reference Paper*, conforme adotado pelo México em sua Lista de Compromissos.[45]

Os Estados Unidos alegaram, também, que o México não havia conseguido impedir que a Telmex adotasse práticas anticompetitivas, conforme previsto na Seção 1.1. do *Reference Paper*. Argumentaram, por fim, que o México não obteve êxito em assegurar que os prestadores norte-americanos de serviços básicos de telecomunicações fizessem uso e tivessem acesso razoável e não-discriminatório a redes e serviços públicos de telecomunicações, prática que violava os compromissos assumidos pelo país nas Seções 5(a) e (b) do Anexo de Telecomunicações do GATS.[46]

A disputa entre Estados Unidos e México teve início na metade da década de 90, quando a empresa norte-americana de telecomunicações Sprint se associou à Telmex com o objetivo de ofertar serviços de telefonia entre os dois Estados. Antes de 1997, a prestação de serviços de telefonia de longa distância, no México, constituía monopólio da Telmex. A partir de então, o governo mexicano passou a autorizar outras empresas a fornecer serviços internacionais de telefonia, por intermédio de suas redes. Segundo estabelecem as leis mexicanas de telecomunicações,[47] a maior operadora de serviços de telecomunicações para determinado país possui o direito de negociar, exclusivamente, os termos e condições para completar[48] a chamada internacional no México. Esses termos e condições aplicar-se-ão a todas as empresas que completarem chamadas entre aquele país e o México.

Atualmente, existem no México 27 concessionárias habilitadas a ofertar serviços de longa distância, incluindo duas concessionárias afiliadas a empresas norte-americanas, quais sejam: Avantel, afiliada à WordCom, e Alestra, afiliada à AT&T. Dessas, 11 estão autorizadas a operar internacionalmente, completando as chamadas recebidas e iniciando chamadas para outros países. É importante notar que as operadoras privadas estrangeiras devem alugar capacidade das concessionárias mexicanas de serviços de telecomunicações e que, nesse caso, as chamadas devem ser originadas e completadas dentro de uma mesma rede privada.

Nesse contexto, a AT&T e a MCI, que haviam se associado a pequenas empresas mexicanas para competir com a associação entre a Sprint e a Telmex, se mostraram

descontentes com sua situação no mercado mexicano. Após inúmeras tentativas malsucedidas de negociação para redução das tarifas para completar as ligações de longa distância no México, a AT&T e a MCI conseguiram convencer o United States Trade Representative (USTR) a ingressar com uma reclamação contra o México, na OMC.[49]

3.2 Análise e conclusões do Painel

Ao analisar os documentos e provas apresentados pelas partes envolvidas na disputa, o Painel chegou a quatro conclusões. A primeira conclusão do Painel foi a de que as tarifas cobradas pela Telmex para a realização da interconexão dos fornecedores de serviços de telefonia norte-americanos não eram orientadas pelo custo, conforme prevê a Seção 2.2 (b) do *Reference Paper.*[50] Nesse ponto, o Painel seguiu a metodologia proposta pelos Estados Unidos, que demonstraram que as tarifas cobradas das operadoras americanas para a realização da interconexão eram muito superiores ao custo real da interconexão.

A segunda constatação do Painel foi a de que o México falhou ao adotar medidas apropriadas para evitar práticas anticompetitivas por parte do principal fornecedor mexicano de serviços de interconexão, conforme dispõe a Seção 1.1 do *Reference Paper*. O Painel constatou a existência de práticas anticompetitivas entre as empresas concorrentes que, conjunta ou separadamente, eram o principal provedor dos serviços em questão e, desse modo, concluiu que o México agiu de forma inconsistente com a Seção 1.1 do *Reference Paper*.[51]

Ainda com relação às tarifas de interconexão, o Painel considerou que, tendo em vista que as tarifas cobradas pelo México das operadoras dos Estados Unidos excediam o custo por uma margem substancial, sua natureza uniforme levou à eliminação da competição no mercado relevante de serviços de telecomunicações, conforme disposto na Lista de Compromissos mexicana. Logo, o México não havia conseguido garantir às empresas norte-americanas acesso e uso de rede de transmissões de dados e serviços públicos, em termos e condições razoáveis. Assim, segundo o Painel, o México agiu de forma inconsistente com a Seção 5 (a) do Anexo de Telecomunicações do GATS.[52]

Por fim, o Painel constatou que a legislação mexicana impediu que as empresas norte-americanas se estabelecessem fisicamente no México, contrariando a Lista de Compromissos assumida pelo país. Em sua Lista de Compromissos, o México liberalizou a prestação de serviços de telecomunicações sem nenhuma restrição, para todos os quatro modos de prestação de serviços, entre os quais se inclui a presença comercial (modo 3). Cumpre, porém, ressaltar que, mesmo se a instalação de empresas de telefonia dos Estados Unidos no México fosse permitida, as leis mexicanas proíbem que tais empresas aluguem circuitos privados para prestar serviços de telecomunicações a outros países, bem como a interconexão desses circuitos à rede

de transmissão de dados e serviços públicos ou a outros circuitos de provedores de serviços privados. Ao contrário, as leis mexicanas obrigavam as empresas norte-americanas a utilizar a estrutura das empresas locais que estavam autorizadas pelo governo a operar a rede pública de telecomunicações. As leis mexicanas eram, portanto, inconsistentes com a Seção 5 (b) do Anexo de Telecomunicações do GATS.[53]

Desse modo, o Painel concluiu que o México agiu de forma inconsistente com os compromissos assumidos pelo país sob a égide do GATS, mais especificamente Seções 1.1 e 2.2 (b) do *Reference Paper* e 5(a) e (b) do Anexo de Telecomunicações do GATS. O relatório do Painel foi circulado em 02.04.2004. Como as partes envolvidas no contencioso chegaram a um consenso sobre a implementação da decisão do Painel,[54] não houve recurso à decisão. Logo, o relatório do Painel foi adotado pelo OSC em 02.06.2004.

Certamente, uma das maiores dificuldades enfrentadas pelos participantes do Painel, nesse caso, foi a falta de referência a regras e princípios concorrenciais, no âmbito da OMC. Para chegar às suas conclusões, o Painel se deparou com expressões como "principal fornecedor", "mercado relevante", "poder de mercado", "práticas anticompetitivas" no escopo legislativo da OMC. No *Reference Paper* há a definição para alguns desses conceitos, como o de "principal fornecedor".[55] Já no caso da expressão "práticas anticompetitivas", em virtude da inexistência de uma definição do significado dessa expressão no *Reference Paper,* o Painel teve que recorrer a legislações internas dos membros da OMC e a dicionários[56] para adotar o conceito de que práticas anticompetitivas são práticas que diminuem a rivalidade ou a competição, em determinado mercado.[57]

Assim, a decisão do Painel no caso Telmex demonstra que a contínua atuação do OSC em casos envolvendo concorrência gera uma grande incerteza jurídica entre os membros da OMC, pois, em razão da inexistência de regras e princípios concorrenciais claros, caberá ao OSC decidir as questões envolvendo concorrência e quais instrumentos legais irá utilizar para embasar sua decisão, caso a caso.

4. Conclusão

Não restam dúvidas de que o comércio internacional não pode existir sem que se observem princípios concorrenciais mínimos. Apesar da inexistência de regras antitruste na OMC, a organização sempre se preocupou com as condições de competitividade enfrentadas por seus membros. Contudo, é patente a lacuna legislativa existente na OMC em relação à defesa da concorrência.

Apesar do escopo limitado da decisão do OSC no caso Telmex, essa decisão é um exemplo importante do impacto das regras da OMC sobre as condições de competitividade no mercado internacional. Além de propiciar a redução das tarifas telefônicas interurbanas dos Estados Unidos para o México e, conseqüentemente, gerar

um maior ganho de bem-estar aos consumidores que utilizam esses serviços, a decisão também resultou na eliminação de custos desnecessários para as empresas provedoras de serviços de telecomunicações, trazendo benefícios concretos aos negócios.

É provável que o caso Telmex reavive o debate acerca de quais as normas aplicáveis a casos envolvendo aspectos de cunho concorrencial. Com a adoção do relatório do Painel no caso Telmex, os Estados-membros da OMC devem repensar se é apropriado que a decisão de quais as regras aplicáveis seja tomada caso a caso pelo OSC, de forma discricionária. Assim, é importante que se chegue a um consenso a respeito de quais regras e princípios deve o OSC utilizar para fundamentar suas decisões e se tais regras devem ter abrangência multilateral ou nacional.

É cada dia mais pacífico o entendimento de que a implementação de normas de defesa da concorrência deve ter lugar permanente na OMC. A OMC é uma das organizações internacionais mais respeitadas, visto que legisla e atua de acordo com as necessidades do comércio internacional. Ademais, possui um eficaz mecanismo de solução de controvérsias. Nada mais natural do que conferir à organização o poder de legislar em prol das relações concorrenciais, no âmbito do comércio internacional.

Logo, é provável que a decisão no caso Telmex encoraje os membros da OMC a acelerar o processo para o preenchimento da lacuna legislativa existente. Caso contrário, é provável que tanto os Estados-membros quanto os demais atores privados internacionais venham a se deparar com muitas outras decisões do OSC sobre política de concorrência, decisões menos satisfatórias do que aquelas que poderiam obter se, de fato, existisse um acordo multilateral concernente aos aspectos concorrência relacionados ao comércio internacional.

: ARTIGO SELECIONADO

NOTAS

1 Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo; pesquisadora do Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento (IDCID); advogada em São Paulo.

2 No original Mexico – Measures Affecting Telecommunication Services (WT/DS204).

3 OMC – Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais. São Paulo: Aduaneiras, 2001. p. 323-324.

4 "Article III – National Treatment on Internal Taxation and Regulation

1. The contracting parties recognize that internal taxes and other internal charges, and laws, regulations and requirements affecting the internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use of products, and internal quantitative regulations requiring the mixture, processing or use of products in specified

amounts or proportions, should not be applied to imported or domestic products so as to afford protection to domestic production.

2. The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall not be subject, directly or indirectly, to internal taxes or other internal charges of any kind in excess of those applied, directly or indirectly, to like domestic products. Moreover, no contracting party shall otherwise apply internal taxes or other internal charges to imported or domestic products in a manner contrary to the principles set forth in paragraph 1.

[...] 4. The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin in respect of all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use. The provisions of this paragraph shall not prevent the application of differential internal transportation charges which are based exclusively on the economic operation of the means of transport and not on the nationality of the product. [...]."

5 Nesse sentido, aponta Maria Cecília Andrade que "[...] em vários instrumentos legais da OMC podem ser encontrados dispositivos relacionados com os princípios da política de concorrência". Concorrência. In: Welber Barral. O Brasil e a OMC. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 297-298.

6 Agreement on Trade – Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs).

7 Agreement on Trade – Related Investment Measures (TRIMs).

8 General Agreement on Trade in Services (GATS).

9 Agreement on Safeguards (AGS).

10 Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT).

11 Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS).

12 Agreement on the implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994, mais conhecido por Antidumping Agreement (ADA).

13 Plurilateral Agreement on Trade in Civil Aircraft.

14 De acordo com Vera Thorstensen, também discutem-se disposições relativas à concorrência no âmbito dos Grupos de Trabalho sobre Compras Governamentais e Empresas Estatais. Contudo, ainda não existem acordos multilaterais sobre esses temas. OMC..., cit., p. 330-331.

15 No Relatório de 1998, por exemplo, o Grupo constatou que, apesar das diferentes perspectivas entre as políticas de concorrência e as políticas comerciais, há entre elas uma relação de complementaridade, especialmente com relação ao papel das políticas de concorrência na garantia de acesso, de fato, ao mercado e ao papel da liberalização comercial na tarefa de facilitar a remoção das medidas governamentais que facilitavam o comportamento anticompetitivo das empresas. O Relatório de 1999 chamou a atenção para uma série de práticas anticompetitivas que poderiam gerar efeito restritivo ou discriminatório, e que tais práticas não seriam abarcadas pelas normas existentes nos Acordos da OMC.

16 Pelo princípio da nação mais favorecida proíbe-se o tratamento discriminatório contra um terceiro país.

17 A aplicação do princípio do tratamento nacional evita a discriminação de empresas estrangeiras em face das empresas nacionais.

18 O princípio da transparência consiste em tornar as regras claras para os Estados-membros, evitando problemas como o da informação assimétrica.

19 No original Agreement on Trade Related Antitrust Measures.

20 Nesse sentido, Maria Cecília Andrade destaca que: "[...] os EUA relutam em aceitar a OMC para o desempenho de tal tarefa. O ICPAC, apesar de não ter se posicionado contra a utilização da ONU, da OMC, da OCDE ou da

UNCTAD como foros de discussão e promoção da política da concorrência no mundo, apresentou como proposta a criação de um novo organismo mundial, Global Competition Iniciative ou Iniciativa Global de Concorrência, que teria como objetivo principal desenvolver, em colaboração com os governos e outras instituições internacionais interessadas, assim como iniciativas privadas, organizações não-governamentais, um novo organismo internacional para tratar de temas ligados ao direito e à política da concorrência. Concorrência, cit., p. 316.

21 Cf. Maria Cecília Andrade, ibidem, p. 314.

22 É importante ressaltar que as negociações para a liberalização comercial, no setor de serviços, diferem-se das negociações no setor de bens. Os países negociam serviços por intermédio de uma lista positiva, ou seja, indicam quais os setores e subsetores querem liberalizar, e em quais modos de prestação de serviços (vide nota 22 abaixo), em uma Lista de Compromissos. Os Estados comprometem-se, então, a cumprir com as disposições do GATS para os setores e subsetores apontados por ele em sua Lista de Compromissos. No presente trabalho, sempre que houver referência a serviços e às condições para a prestação de serviços, pressupõe-se que tais serviços constam da Lista de Compromissos dos Estados-membros da OMC. Caso contrário, não estariam sujeitos às disposições do GATS. Para maiores informações sobre o funcionamento do GATS e do processo de liberalização comercial no setor de serviços, vide World Trade Organization. Guide to the GATS. Genebra: Kluwer International, 2000.

23 "Article I – Scope and Definition

[...] 2. For the purposes of this Agreement, trade in services is defined as the supply of a service:

(a) from the territory of one Member into the territory of any other Member;

(b) in the territory of one Member to the service consumer of any other Member;

(c) by a service supplier of one Member, through commercial presence in the territory of any other Member;

(d) by a service supplier of one Member, through presence of natural persons of a Member in the territory of any other Member."

24 "Article VIII – Monopolies and Exclusive Service Suppliers

[...] 2. Where a Member's monopoly supplier competes, either directly or through an affiliated company, in the supply of a service outside the scope of its monopoly rights and which is subject to that Member's specific commitments, the Member shall ensure that such a supplier does not abuse its monopoly position to act in its territory in a manner inconsistent with such commitments.

3. The Council for Trade in Services may, at the request of a Member which has a reason to believe that a monopoly supplier of a service of any other Member is acting in a manner inconsistent with paragraph 1 or 2, request the Member establishing, maintaining or authorizing such supplier to provide specific information concerning the relevant operations.

4. If, after the date of entry into force of the WTO Agreement, a Member grants monopoly rights regarding the supply of a service covered by its specific commitments, that Member shall notify the Council for Trade in Services no later than three months before the intended implementation of the grant of monopoly rights and the provisions of paragraphs 2, 3 and 4 of Article XXI shall apply.

5. The provisions of this Article shall also apply to cases of exclusive service suppliers, where a Member, formally or in effect, (a) authorizes or establishes a small number of service suppliers and (b) substantially prevents competition among those suppliers in its territory."

25 "Article IX – Business Practices

1. Members recognize that certain business practices of service suppliers, other than those falling under Article VIII, may restrain competition and thereby restrict trade in services.

2. Each Member shall, at the request of any other Member, enter into consultations with a view to eliminating practices referred to in paragraph 1. The Member addressed shall accord full and sympathetic consideration to such a request and shall cooperate through the supply of publicly available non-confidential information of relevance to the matter in question. The Member addressed shall also provide other information available to the requesting Member, subject to its domestic law and to the conclusion of satisfactory agreement concerning the safeguarding of its confidentiality by the requesting Member."

26 "Article XVI – Market Access

1. With respect to market access through the modes of supply identified in Article I, each Member shall accord services and service suppliers of any other Member treatment no less favourable than that provided for under the terms, limitations and conditions agreed and specified in its Schedule.

2. In sectors where market-access commitments are undertaken, the measures which a Member shall not maintain or adopt either on the basis of a regional subdivision or on the basis of its entire territory, unless otherwise specified in its Schedule, are defined as:

(a) limitations on the number of service suppliers whether in the form of numerical quotas, monopolies, exclusive service suppliers or the requirements of an economic needs test;

(b) limitations on the total value of service transactions or assets in the form of numerical quotas or the requirement of an economic needs test;

(c) limitations on the total number of service operations or on the total quantity of service output expressed in terms of designated numerical units in the form of quotas or the requirement of an economic needs test;

(d) limitations on the total number of natural persons that may be employed in a particular service sector or that a service supplier may employ and who are necessary for, and directly related to, the supply of a specific service in the form of numerical quotas or the requirement of an economic needs test;

(e) measures which restrict or require specific types of legal entity or joint venture through which a service supplier may supply a service; and

(f) limitations on the participation of foreign capital in terms of maximum percentage limit on foreign shareholding or the total value of individual or aggregate foreign investment."

27 "Article XVII – National Treatment

1. In the sectors inscribed in its Schedule, and subject to any conditions and qualifications set out therein, each Member shall accord to services and service suppliers of any other Member, in respect of all measures affecting the supply of services, treatment no less favourable than that it accords to its own like services and service suppliers.

2. A Member may meet the requirement of paragraph 1 by according to services and service suppliers of any other Member, either formally identical treatment or formally different treatment to that it accords to its own like services and service suppliers.

3. Formally identical or formally different treatment shall be considered to be less favourable if it modifies the conditions of competition in favour of services or service suppliers of the Member compared to like services or service suppliers of any other Member."

28 "Article XIV – General Exceptions

Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where like conditions prevail, or a disguised restriction on trade in services, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any Member of measures:

(a) necessary to protect public morals or to maintain public order;

(b) necessary to protect human, animal or plant life or health;

(c) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement including those relating to:

(i) the prevention of deceptive and fraudulent practices or to deal with the effects of a default on services contracts;

(ii) the protection of the privacy of individuals in relation to the processing and dissemination of personal data and the protection of confidentiality of individual records and accounts;

(iii) safety;

(d) inconsistent with Article XVII, provided that the difference in treatment is aimed at ensuring the equitable or effective imposition or collection of direct taxes in respect of services or service suppliers of other Members;

(e) inconsistent with Article II, provided that the difference in treatment is the result of an agreement on the avoidance of double taxation or provisions on the avoidance of double taxation in any other international agreement or arrangement by which the Member is bound."

29 No original GATS Telecommunications Annex.

30 "5. Access to and use of Public Telecommunications Transport Networks and Services

(a) Each Member shall ensure that any service supplier of any other Member is accorded access to and use of public telecommunications transport networks and services on reasonable and non-discriminatory terms and conditions, for the supply of a service included in its Schedule. This obligation shall be applied, inter alia, through paragraphs (b) through (f).

(b) Each Member shall ensure that service suppliers of any other Member have access to and use of any public telecommunications transport network or service offered within or across the border of that Member, including private leased circuits, and to this end shall ensure, subject to paragraphs (e) and (f), that such suppliers are permitted:

(i) to purchase or lease and attach terminal or other equipment which interfaces with the network and which is necessary to supply a supplier's services;

(ii) to interconnect private leased or owned circuits with public telecommunications transport networks and services or with circuits leased or owned by another service supplier; and

(iii) to use operating protocols of the service supplier's choice in the supply of any service, other than as necessary to ensure the availability of telecommunications transport networks and services to the public generally.

(c) Each Member shall ensure that service suppliers of any other Member may use public telecommunications transport networks and services for the movement of information within and across borders, including for intra-corporate communications of such service suppliers, and for access to information contained in data bases or otherwise stored in machine-readable form in the territory of any Member. Any new or amended measures of a Member significantly affecting such use shall be notified and shall be subject to consultation, in accordance with relevant provisions of the Agreement.

(d) Notwithstanding the preceding paragraph, a Member may take such measures as are necessary to ensure the security and confidentiality of messages, subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination or a disguised restriction on trade in services.

(e) Each Member shall ensure that no condition is imposed on access to and use of public telecommunications transport networks and services other than as necessary:

(i) to safeguard the public service responsibilities of suppliers of public telecommunications transport networks and services, in particular their ability to make their networks or services available to the public generally;

(ii) to protect the technical integrity of public telecommunications transport networks or services; or

(iii) to ensure that service suppliers of any other Member do not supply services unless permitted pursuant to commitments in the Member's Schedule.

(f) Provided that they satisfy the criteria set out in paragraph (e), conditions for access to and use of public telecommunications transport networks and services may include:

(i) restrictions on resale or shared use of such services;

(ii) a requirement to use specified technical interfaces, including interface protocols, for inter-connection with such networks and services;

(iii) requirements, where necessary, for the inter-operability of such services and to encourage the achievement of the goals set out in paragraph 7(a);

(iv) type approval of terminal or other equipment which interfaces with the network and technical requirements relating to the attachment of such equipment to such networks;

(v) restrictions on inter-connection of private leased or owned circuits with such networks or services or with circuits leased or owned by another service supplier; or

(vi) notification, registration and licensing.

(g) Notwithstanding the preceding paragraphs of this section, a developing country Member may, consistent with its level of development, place reasonable conditions on access to and use of public telecommunications transport networks and services necessary to strengthen its domestic telecommunications infrastructure and service capacity and to increase its participation in international trade in telecommunications services. Such conditions shall be specified in the Member's Schedule."

31 "[...] 1. Competitive safeguards

1.1 Prevention of anti-competitive practices in telecommunications

Appropriate measures shall be maintained for the purpose of preventing suppliers who, alone or together, are a major supplier from engaging in or continuing anti-competitive practices.

1.2 Safeguards

The anti-competitive practices referred to above shall include in particular:

(a) engaging in anti-competitive cross-subsidization;

(b) using information obtained from competitors with anti-competitive results; and

(c) not making available to other services suppliers on a timely basis technical information about essential facilities and commercially relevant information which are necessary for them to provide services."

32 Em função dessa proibição, as empresas de telecomunicações dos países que adotaram o Reference Paper estão proibidas de cobrir os aspectos menos lucrativos de sua atividade com a receita obtida com a prestação de serviços mais lucrativos.

33 "5. Independent regulators

The regulatory body is separate from, and not accountable to, any supplier of basic telecommunications services. The decisions of and the procedures used by regulators shall be impartial with respect to all market participants."

34 "3. Universal Service
Any Member has the right to define the kind of universal service obligation it wishes to maintain. Such obligations will not be regarded as anti-competitive per se, provided they are administered in a transparent, non-discriminatory and competitively neutral manner and are not more burdensome than necessary for the kind of universal service defined by the Member."

35 "2. Interconnection
2.1 This section applies to linking with suppliers providing public telecommunications transport networks or services in order to allow the users of one supplier to communicate with users of another supplier and to access services provided by another supplier, where specific commitments are undertaken.
2.2 Interconnection to be ensured
Interconnection with a major supplier will be ensured at any technically feasible point in the network. Such interconnection is provided.
(a) under non-discriminatory terms, conditions (including technical standards and specifications) and rates and of a quality no less favourable than that provided for its own like services or for like services of non-affiliated service suppliers or for its subsidiaries or other affiliates;
(b) in a timely fashion, on terms, conditions (including technical standards and specifications) and cost-oriented rates that are transparent, reasonable, having regard to economic feasibility, and sufficiently unbundled so that the supplier need not pay for network components or facilities that it does not require for the service to be provided; and
(c) upon request, at points in addition to the network termination points offered to the majority of users, subject to charges that reflect the cost of construction of necessary additional facilities. [...]."

36 European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (WT/DS27).

37 Esse contencioso foi iniciado por quatro países diferentes, quais sejam: Equador, Estados Unidos, México e Honduras. Apenas o caso envolvendo o Equador merece ser alvo de análise, tendo em vista os fins a que se propõe o presente trabalho.

38 O ACP é uma organização internacional criada pelo Acordo de Georgetown, em 1975, composta de países signatários provenientes da África, do Caribe e do Pacífico. Os membros da organização são os Estados signatários do Acordo de Georgetown ou do Acordo de Parceria ACP-EU (ACP-EC Partnership Agreement) ou Acordo de Cotonu.

39 Canada – Measures Relating to Exports of Wheat and Treatment of Imported Grain (WT/DS276).

40 Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Films and Paper (WT/DS44).

41 Japan – Taxes on Alcoholic Beverages (WT/DS8, 10, 11).

42 India – Measures Affecting the Automotive Sector (WT/DS146, 175).

43 Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry (WT/DS139, 142).

44 O México assumiu compromissos específicos no setor de telecomunicações no âmbito dos artigos XVI (acesso a mercados), XVII (tratamento nacional) e XVIII (compromissos adicionais). Os compromissos adicionais aqui mencionados são, na realidade, aqueles constantes do Reference Paper.

45 GATS/SC/56/Suppl.2.

46 GATS Annex on Telecommunications.

47 Ley Federal de Telecomunicaciones, disponível em: <http://www.cft.gob.mx/html/9_publica/leyes/Ley%20Federal%20de%20Telecomunicaciones.doc>.

48 Completar uma chamada que se originou em determinada rede em outra rede.

49 Cf. Rajeev Sharma e Jason Rosychuk. The collision of trade and competition law: assessing the aftermath of the WTO Telmex decision. Disponível em: <http://www.heenanblaikie.com/en/media/pdfs/pdf/20040625_Sharma.pdf>, p. 1.

50 WT/DS204/R – Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services (Panel Report). Paras. 7.18-221.

51 WT/DS204/R – Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services (Panel Report). Paras. 7.269.

52 WT/DS204/R – Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services (Panel Report). Paras. 7.328-335., 8.1(c), 8.2(b).

53 WT/DS204/R – Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services (Panel Report). Para. 7.389.

54 Para maiores informações no cronograma e procedimentos para implementação da decisão do Painel, vide WT/DS/204/7S/L/161, de 02.06.2004.

55 "Definitions

[...] A major supplier is a supplier which has the ability to materially affect the terms of participation (having regard to price and supply) in the relevant market for basic communication services as a result of:

(a) control over essential facilities; or

(b) use of its position in the market."

56 Rejeev Sharma e Jason Rosychuk. The collision..., cit., p. 2.

57 WT/DS204/R – Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services (Panel Report). Paras. 7.235-237.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Maria Cecília. Concorrência. In: BARRAL, Welber. O Brasil e a OMC. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

CELLI JUNIOR, Umberto. Regras da concorrência no direito internacional moderno. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

GOULD, Ellen. Telmex Panel Strips. WTO of Another Fig Leaf in Policy Alternatives, Briefing Paper: Trade and Investments Series, Ottawa, v. 5, n. 2, 2004. Disponível em: <http://www.policyalternatives.ca/publications/brief5-2.pdf>.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. GATS – General Agreement on Trade in Services – A Handbook for International Bar Association Member Bars. Londres: International Bar Association Press, 2002.

JACKSON, John H. The world trading system: law and policy of international economic relations. 2. ed. Cambridge/Londres: MIT Press, 1997.

PROST, Olivier. Using WTO rules to fight anti-competitive practices? The Brief, Bruxelas, n. 2, 2004. Disponível em: <http://www.gide.fr/gb/publication/newsletters/internationaltrade/GLN_BRU_nwsl_ITL_2_gb.pdf>.

SHARMA, Rejeev; ROSYCHUK, Jason. The collision of trade and competition law: assessing the aftermath of the WTO Telmex decision. Disponível em:
<http://www.heenanblaikie.com/en/media/pdfs/pdf/20040625_Sharma.pdf>.

TREBILOCK, Michael J.; HOWSE, Robert. The Regulation of International Trade. Londres: Routledge, 1999.

THORSTENSEN, Vera. OMC – Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. Course on Dispute Settlement, World Trade Organization – 3.13 GATS. 2003. Disponível em:
<http://www.unctad.org/en/docs/edmmisc232add31_en.pdf>.

WORLD TRADE ORGANIZATION. Analytical index: guide to GATT Law and practice. 6. ed. Genebra: Bernan Press, 1995. v. 1.

WORLD TRADE ORGANIZATION. Guide to the GATS. Genebra: Kluwer International, 2000.

5.1 Documentos oficiais da OMC (disponíveis em: <www.wto.org>)

General Agreement on Tariffs and Trade.

General Agreement on Trade in Services.

WT/DS/204/7S/L/161 – Notification of Agreement.

WT/DS204/R – Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services (Panel Report).

WT/DS44/R – Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Films and Paper (Panel Report).
WT/DS8, 10, 11/AB/R – Japan – Taxes on Alcoholic Beverages (Appelate Body Report).
WT/DS27/R/ECU – European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (Panel Report).
WT/DS146, 175/R – India – Measures Affecting the Automotive Sector (Panel Report).
WT/DS276/R – Canada – Measures Relating to Exports of Wheat and Treatment of Imported Grain (Panel Report).
WT/DS139, 142/R – Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry (Panel Report).

Fernanda Manzano Sayeg

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo

Pesquisadora do Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento (IDCID)

Advogada em São Paulo.

EDUCAÇÃO E CULTURA: DIREITO OU CONTRATO?

Marcia Carla Pereira Ribeiro

EDUCATION AND CULTURE: STATUTE OR CONTRACT?

RESUMO

O estudo insere-se no campo do direito constitucional, civil e do consumidor. O cotejo entre duas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no que se refere à oferta de serviços relacionados ao ensino, na primeira delas, e à cultura, esporte e lazer, na outra, conduz a uma análise da natureza e da efetividade dos direitos sociais estabelecidos na Constituição Federal, especialmente quando ofertados pela iniciativa privada e instrumentalizados por contratos. A proposta do artigo é de uma ponderação sobre a coerência das decisões e dos votos apresentados, projetados numa perspectiva de universalização de oferta de acesso aos direitos sociais prestados num regime de liberdade de iniciativa. As decisões são consideradas contraditórias e a proposta é de delimitação da competência legislativa na matéria contratual, das relações de consumo e de oferta pública e privada ao acesso aos direitos sociais.

PALAVRAS-CHAVE

Contratos, direitos sociais, direito do consumidor, competência legislativa, jurisprudência.

ABSTRACT

This study contributes to the areas of constitutional, civil and consumer law. The contrast between two Supreme Court decisions on to the offer of services related to education topic of the first decision, and to culture, sport and leisure, in the second, leads to the analysis of the nature and the effectiveness of the social rights provided in the Constitution, specially when offered by private institutions and documented by contracts. The aim of the article is a reflect upon the consistency of the decisions in question and the votes presented, projected in a perspective of broadening the offer of access of social rights given in a regime of freedom of enterprise. The decisions are considered contradictory and the article concludes with a proposal for the delimitation of legislative competence in contractual matters, consumer relationships and public and private offering of access to social rights.

KEYWORDS

contracts, social rights, consumer rights, legislative competence, jurisprudence.

1. Introdução

A proposta do artigo é de análise de decisões do Supremo Tribunal Federal recentemente publicadas e que dizem respeito a duas ações diretas de inconstitucionalidade. A primeira, do Estado do Pernambuco, insurgiu-se contra Lei Estadual que pretendeu estabelecer data de vencimento de pagamento de mensalidades escolares. A segunda, do Estado de São Paulo, buscou afastar a previsão da Lei

Estadual de fixação de meio-ingresso no acesso a espetáculos culturais, ambientes de esporte e lazer.

As decisões e seus fundamentos inspiraram a apresentação de uma proposta de reflexão sobre a natureza da oferta de acesso aos direitos sociais e sua qualificação como relação de consumo, assim como a respeito do papel do Estado e do agente privado na implementação dos direitos garantidos constitucionalmente.

A perspectiva de comparação do posicionamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal nas duas decisões não é uma expressão de juízo de valor. O que a reflexão busca é atestar a dificílima tarefa dos representantes do Poder Judiciário de colaborar para a concretização dos princípios relacionados à pessoa humana e que fundamentam a Constituição brasileira.

Após uma rápida descrição de alguns dados relacionados aos dois julgados, o artigo apresenta uma série de considerações sobre serviços públicos prestados pela iniciativa privada, a utilização dos contratos e os limites à intervenção estatal em seu conteúdo. Os fundamentos destacados dos acórdãos e dos votos declarados são realçados em uma tentativa de sistematização que propicie o debate e a reflexão a respeito de temas que se relacionam ao aprimoramento das relações sociais.

2. **Primeira decisão:** Fixação de vencimento de contrato de ensino. Direito civil. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.007-7/PE. Rel. Min. Eros Grau. DJU 24.02.2006.

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade – Lei 10.989/93 do Estado de Pernambuco – Educação: serviço público não privativo – Mensalidades escolares – Fixação da data de vencimento – Matéria de direito contratual – Vício de iniciativa.

Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser desenvolvidos pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização.

Nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição do Brasil, compete à União legislar sobre direito civil.

Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente.

2.1 Dos fatos

A Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen) ingressou no ano de 1993 com ação direta de inconstitucionalidade contra Lei do Estado de Pernambuco que fixava prazo para pagamento das mensalidades escolares neste Estado, prevendo que o respectivo vencimento dar-se-ia no último dia do mês em que ocorresse a prestação dos serviços educacionais. Foi deferida a pretensão cautelar. A ação foi julgada procedente por maioria de votos.

2.2 Questões de direito

A ação direta de inconstitucionalidade foi proposta com fundamento nos arts. 206, III, e 209, sob o argumento de que os contratos celebrados entre particulares interessados, escolas e alunos, são bilaterais, onerosos, sujeitos aos princípios da autonomia da vontade, e de caráter obrigatório, cuja competência legislativa é da União, por força da previsão do art. 22, *caput,* I, art. 25, § 1.º, todos da Constituição Federal.

A Assembléia Legislativa e o Governo do Estado de Pernambuco sustentaram a competência dos Estados para legislar em matérias relacionadas a ensino e educação, nos termos do art. 24, IX, da CF.

2.3 Principais argumentos extraídos do voto do relator e de votos declarados

O Ministro Eros Grau, relator do processo, vota no sentido da declaração da inconstitucionalidade invocada, por se tratar da ordenação normativa de relações contratuais e, quanto à natureza do serviço de educação, afirma seu caráter de serviço público não privativo. Confirma a sujeição das entidades educacionais às normas gerais de educação nacional, cabendo-lhes fixar as condições de preço da prestação e afasta o caráter de relação contratual meramente de consumo, estabelecendo uma distinção entre consumidor e cidadão, entre Estado e mercado, já que o sujeito da relação no campo da atividade econômica é o consumidor e o beneficiário do serviço público é o cidadão.

O Ministro Carlos Britto discorda quanto à qualificação do ensino como serviço público e destaca a proteção do consumidor como direito individual e como princípio da ordem econômica, para cujo disciplinamento a Constituição Federal confere competência às três pessoas jurídicas de direito público interno, votando pela improcedência da ação. Para ele, a proteção do cidadão, do consumidor e do usuário de serviço público são cumulativas. O cidadão é o agente de controle, acompanhamento e crítica, que ostenta poder para a formulação de denúncias, queixas e representações. O consumidor é um gênero e o usuário de serviço público, uma de suas espécies. Propõe que o Estado tome decisões de mercado e que saia em defesa do consumidor, especialmente com relação à atividade educacional, em razão de sua natureza de direito social. Invoca, ainda, a competência concorrente para a disciplina da produção e consumo, estabelecida no art. 24, V, da Constituição Federal.

O Ministro Sepúlveda Pertence expressa entendimento no sentido de o direito do consumidor relacionar-se ao direito contratual e contesta a existência de peculiaridade do Estado do Pernambuco a justificar o tratamento diferenciado para a matéria, votando pela procedência da ação.

O Ministro Marco Aurélio considera o caráter contratual da questão analisada e a existência de norma específica no Código Civil quanto a pagamento, concluindo pela procedência da ação.

O Ministro Carlos Velloso lembra, no mesmo artigo, a previsão do inciso IX do art. 24 da CF, no que se refere à educação, cultura, ensino e desporto, questionando a qualificação da mensalidade escolar como relacionada a ensino e educação. Pontua que a competência federal firma-se na definição de normas gerais e que a fixação de mensalidades é legislação específica, de competência dos Estados. Vota, porém, pela procedência da ação como expressão de política judiciária, já que a mesma havia sido proposta há doze anos, suspensa a Lei desde então, e que não ficaria bem, em termos de segurança, modificar o entendimento.

O Ministro Cezar Peluso considera a fixação de mensalidade uma norma de caráter geral, justificando a previsão constitucional de competência exclusiva da União como forma de evitar que os contratos estejam sujeitos a normas diferentes de Estado para Estado, sob pena de perturbação do sistema de produção que vive em função dos contratos. Expressa seu voto pela procedência do pedido.

O Ministro Celso de Mello considera a fixação do vencimento determinada pela Lei Estadual matéria de condomínio legislativo no campo do direito do consumo, e à educação e ao ensino. Vota pela improcedência da ação.

O Ministro Joaquim Barbosa parte da educação como direito social e fundamental, compartilhado em sua prestação com a iniciativa privada, com base no art. 209 da Constituição Federal, porém sujeita às restrições impostas pela legislação. Invoca precedentes que admitiram a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ações civis públicas em matéria relacionada à mensalidade escolar com fundamento na relevância social do direito à educação, relacionado aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da cidadania. Vota pela improcedência da ação porque a norma impugnada não versa sobre direito civil, mas acerca da educação e ensino, incidindo o art. 24, IX, da Constituição Federal.

3. Segunda decisão: Determinação de meia-entrada para estudantes em casas de diversão, esporte, cultura e lazer. Direito econômico. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.950-3/SP. Rel. Min. Eros Grau. DJU 02.06.2006.

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade – Lei 7.844/92, do Estado de São Paulo – Meia-entrada assegurada aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino – Competência concorrente entre a União, Estados-membros e o Distrito Federal para legislar sobre direito econômico – Constitucionalidade – Livre iniciativa e ordem econômica – Mercado – Intervenção do Estado na economia – Arts. 1.º, 3.º, 170, 205, 208, 215 e 217, § 3.º, da Constituição do Brasil.

É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais.

Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1.º, 3.º e 170.

A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da "iniciativa do Estado"; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa.

Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [arts. 23, V, 205, 208, 215 e 217, § 3.º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário.

O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer são meios de complementar a formação dos estudantes.

Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

3.1 Dos fatos

A Confederação Nacional do Comércio (CNC) ingressou, em 1998, com ação direta de inconstitucionalidade contra Lei do Estado de São Paulo do ano de 1992, que prevê a disponibilização de meia-entrada do valor efetivamente cobrado para o ingresso em casas de diversão, de espetáculos teatrais, musicais e circenses em casas de exibição cinematográfica, praças esportivas e similares das áreas de esporte, cultura e lazer do Estado de São Paulo. Foi indeferida a pretensão cautelar. A ação foi julgada improcedente por maioria de votos.

3.2 Questões de direito

A ação direta de inconstitucionalidade foi proposta com fundamento nos arts. 170 e 174 da Constituição Federal, sob o argumento de que os termos da Lei representam uma indevida intervenção do Estado no domínio econômico.

A Assembléia Legislativa sustentou a competência dos Estados para legislar sobre direito econômico de forma plena, por se tratar de campo não explorado por Lei Federal, afirmando que o dispositivo impugnado tem por objetivo fomentar o acesso à cultura aos estudantes. O Governo do Estado de São Paulo reitera a conformidade da Lei com os termos dos arts. 23, V, e 24, I, IX e XV, porquanto não estaria a contrariar a liberdade de empresa, respaldando-se ainda nos arts. 105, 208, V, 215 e 217, § 3.º, todos da Constituição Federal.

3.3 Principais argumentos extraídos do voto do relator e dos votos declarados

O Ministro Eros Grau afasta a alegação de inconstitucionalidade formal da Lei, sob o fundamento de que a União, os Estados e os Municípios podem legislar de

forma concorrente sobre o domínio econômico, nos termos dos arts. 24, I, e 30, I, da Constituição Federal. Destaca o papel primordial da livre iniciativa no sistema capitalista e o caráter diretivo da Constituição Federal e da ordem econômica lá estabelecida, especialmente com base nos arts. 1.º, 3.º e 170. A intervenção do Estado no domínio econômico é vista como essencial à preservação do sistema capitalista, qualificando o mercado como uma instituição jurídica. O princípio da liberdade de iniciativa é tomado como relacionado a outros valores, além da empresa, e que deve ser cotejado com outros direitos como aquele à educação, à cultura e ao desporto. Conclui pela improcedência do pedido formulado na ação em face da superação da oposição entre o lucro, a acumulação de riqueza da empresa e o direito à cultura, ao esporte e ao lazer, como instrumentos complementares à formação dos estudantes. Questionado sobre a posição firmada no acórdão indicado no item anterior, esclarece que a ADI 1.007 tratava de matéria de direito civil em situação completamente diversa daquela agora analisada. Destaca o caráter cultural de previsão do direito que beneficia apenas os jovens e não outras categorias.

O Ministro Sepúlveda Pertence aponta a intervenção na economia das empresas de diversão pública como de natureza consuetudinária no Brasil, e vota pela improcedência da ação.

O Ministro Marco Aurélio considera a norma analisada como estando em conflito com o princípio da liberdade de iniciativa, em razão de aplicar o benefício de forma indistinta e sem a previsão dos mecanismos de compensação para o empresário, além de provocar uma majoração no valor cobrado para os não-beneficiados, como forma de interiorização das perdas. Invoca também o teor do art. 174 quanto ao papel do Estado como agente normativo e regulador para votar pela procedência do pedido.

O Ministro Carlos Britto destaca os bens e valores culturais como dignos de proteção estatal, sob os quais desponta uma função social mais forte, e, para tanto, invoca os arts. 215 e 170, III, da Constituição Federal. Considera que o mercado resolve a questão dos efeitos da redução pelo aumento do valor dos ingressos e vota pela improcedência da ação. Complementa sua posição invocando a competência de todos os entes federativos para o estabelecimento de incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais, segundo a previsão do art. 216, § 3.º.

O Ministro Cezar Peluso invoca a natureza contratual da previsão da norma questionada, porque relacionada a tabelamento de prestações. Considera a incidência de ofensa constitucional ao art. 22, I, e a dificuldade de ajustamento à previsão do art, 23, V, que determina o dever do Estado de possibilitar os meios de acesso à cultura e à educação, ao passo que a norma está obrigando o particular a proporcioná-los. Em seu entendimento, concluir em sentido contrário seria admitir, por exemplo, que o Estado possa editar uma norma reduzindo o valor de mensalidade escolar e outras análogas. Vota pela procedência da ação.

PROCESSO	ADI 1.007-7/PE PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO: 24.02.2006	ADI 1.950-3/SP PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO: 02.06.2006
MATÉRIA DISCIPLINADA NA LEI ESTADUAL ATACADA	PRAZO PARA PAGAMENTO DAS MENSALIDADES ESCOLARES NO ESTADO DE PERNAMBUCO	PREÇO DO INGRESSO PARA ESTUDANTES EM CASAS DE DIVERSÃO, ESPORTE, CULTURA E LAZER
DECISÃO QUANTO À COMPETÊNCIA LEGISLATIVA	COMPETÊNCIA FEDERAL: MATÉRIA CONTRATUAL	COMPETÊNCIA ESTADUAL (CONCORRENTE): MATÉRIA DE DIREITO ECONÔMICO
DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS DEBATIDOS	ARTS. 5.º; 6.º; 22, I; 25, I; 22, XXIV; 24, V, VIII E IX, § 1.º, § 2.º, § 3.º; 170; 206, III; E 209	ARTS. 1.º; 3.º; 5.º; 22, I; 23, V; 24, I, IX E XV; 170; 174; 205; 206, II; 208; 215; 217, § 3.º; E 227
MINISTRO EROS GRAU (RELATOR)	MATÉRIA CONTRATUAL; INCOMPETÊNCIA DA LEI ESTADUAL PARA FIXAR DATA DE VENCIMENTO DE MENSALIDADE ESCOLAR	MATÉRIA DE DIREITO ECONÔMICO (NÃO-CONTRATUAL); COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ESTADOS PARA LEGISLAR
MINISTRO CARLOS BRITTO	MATÉRIA DE DIREITO DO CONSUMIDOR; COMPETÊNCIA CONCORRENTE	MATÉRIA DE DIREITO ECONÔMICO (NÃO-CONTRATUAL), BEM CULTURAL; COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ESTADOS PARA LEGISLAR
MINISTRO CARLOS VELLOSO	LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA VOLTADA AO ENSINO (NATUREZA NÃO-CONTRATUAL)	NÃO VOTOU
MINISTRO CEZAR PELUSO	MATÉRIA DE DIREITO CONTRATUAL GERAL; COMPETÊNCIA FEDERAL	MATÉRIA DE DIREITO CONTRATUAL; COMPETÊNCIA FEDERAL
MINISTRO CELSO DE MELLO	MATÉRIA DE DIREITO DO CONSUMIDOR, DIREITO À EDUCAÇÃO E AO ENSINO (NÃO-CONTRATUAL)	ACOMPANHOU O RELATOR (MATÉRIA DE DIREITO ECONÔMICO (NÃO-CONTRATUAL); COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ESTADOS PARA LEGISLAR)
MINISTRO JOAQUIM BARBOSA	DIREITO SOCIAL E FUNDAMENTAL. COMPETÊNCIA CONCORRENTE	ACOMPANHOU O RELATOR (MATÉRIA DE DIREITO ECONÔMICO (NÃO-CONTRATUAL); COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ESTADOS PARA LEGISLAR)
MINISTRO MARCO AURÉLIO	DIREITO CONTRATUAL. COMPETÊNCIA FEDERAL	MATÉRIA RELACIONADA À LIBERDADE DE INICIATIVA E AO PAPEL DO ESTADO COMO AGENTE NORMATIVO E REGULADOR. PELA INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA
MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE	DIREITO CONTRATUAL. COMPETÊNCIA FEDERAL	ACOMPANHOU O RELATOR (MATÉRIA DE DIREITO ECONÔMICO (NÃO-CONTRATUAL); COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ESTADOS PARA LEGISLAR)

4. Qualificação jurídica dos fatos

É bastante comum a preocupação doutrinária em elaborar o direito por meio da análise do sistema legislativo posto, sobretudo no direito de base civilista. No direito da *common law*, além da elaboração doutrinária típica, há correntes de pensamento que buscam identificar na atuação dos juízes elementos que permitam compreender e antever a solução que será dada ao litígio apresentado, especialmente nas escolas do realismo pragmático, psicológico e sociológico (Frank, 2001:30-36).

Tomado o direito como o estudo da resposta que será dada a uma determinada conduta colocada sob a análise do julgador, como pretendem os realistas, desponta o papel dos fatos como base para o julgamento. A valoração dos fatos e a formação do convencimento quanto a sua ocorrência, características e condições, normalmente se farão em primeira instância, atribuindo-se aos Tribunais de Segunda Instância e Superiores, ordinariamente, a valoração do direito, vedando-se nestes a reanálise das questões de prova e de fato pela via do recurso especial e extraordinário nos termos da Súmula 7 do STJ e Súmula 279 do STF. No entanto, ainda que as questões de direito possam ser analisadas em todas as instâncias, e por conseqüência, de forma mais ampla, as questões de fato são essenciais para a orientação quanto à escolha da norma que incidirá na situação concreta, daí a necessidade de buscar a correta percepção e enquadramento dos fatos.

Por outro lado, no direito brasileiro a lei é tida como a principal fonte de normas, porém a importância e a influência da jurisprudência são notórias na formação do convencimento do Poder Judiciário.

Nos dois acórdãos apresentados nos itens anteriores, a decisão quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas dos Estados centrou-se especialmente na questão formal, ou seja, na identificação do titular da competência legislativa em relação à matéria em foco. Pode-se então dizer que, mais do que o estabelecimento constitucional da distribuição de competência legislativa, a primeira dificuldade está no enquadramento dos fatos atingidos pela previsão normativa questionada. Esta dificuldade se revela nos debates quanto à Lei do Estado de Pernambuco e à Lei do Estado de São Paulo: a) referirem-se à disciplina de contratos e, portanto, relações de natureza obrigacional; b) dizerem respeito à disciplina da atividade econômica, uma forma de expressão do direito econômico; c) regulamentarem direitos sociais – educação e cultura; d) normatizarem relações de consumo. Mesmo após a identificação da disciplina, há outra dificuldade ainda por resolver: decidir pela possibilidade de se dar azo à pretensão de enquadramento da disciplina das mencionadas leis em um só dos ramos do direito – da forma como discriminados na Constituição Federal –, ou a vários, ou a todos eles. Na hipótese de várias possibilidades de enquadramento, outra questão levanta-se quanto ao critério possível de ser destacado como preponderante em relação a outro, para balizar a escolha da norma de competência que, por sua vez, possibilitará a aceitação ou a recusa da atribuição aos Estados

do poder de disciplinamento dos fatos, e, por último, permitirá a análise quanto ao mérito da imposição normativa.

As múltiplas possibilidades de enquadramento dos fatos e a eventual inconstância na prestação do direito podem ser consideradas elementos de insegurança jurídica negativos à almejada estabilidade social (Carlucci, 1998:211-218). Esta insegurança pode associar-se não apenas às escolhas legislativas, como também à atuação do Poder Judiciário e, até mesmo, à utilização de declarações de voto que não sejam suficientes à alavancar uma nova proposta de prestação jurisdicional, ou que não se expressem de modo coerente quando cotejados com julgados posteriores e calcados em situações de fato muito próximas.

Uma das propostas deste artigo é que se parta da identificação dos fatos enquadráveis nas Leis Estaduais atacadas como baliza para o comentário que será apresentado em relação à posição dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento das duas ações diretas de inconstitucionalidade.

4.1 ADI 1.007 – Fatos enquadráveis na Lei 10.989, de 07.12.1993, e ADI 1.950-3 – Fatos enquadráveis no art. 1.º da Lei 7.844, de 13.05.1992.

O texto da Lei declarada inconstitucional e do artigo de Lei declarado constitucional tem a seguinte redação:

LEI 10.989 (ESTADO DE PERNAMBUCO) FIXA PRAZO PARA PAGAMENTO DAS MENSALIDADES ESCOLARES EM PERNAMBUCO.	**LEI 7.844 (ESTADO DE SÃO PAULO)** ASSEGURA A ESTUDANTES O DIREITO AO PAGAMENTO DE MEIA-ENTRADA EM ESPETÁCULOS ESPORTIVOS, CULTURAIS, E DE LAZER E DÁ PROVIDÊNCIAS CORRELATAS
ART. 1.º A MENSALIDADE ESCOLAR NO ESTADO DE PERNAMBUCO VENCER-SE-Á NO ÚLTIMO DIA DO MÊS, EM QUE OCORRER A PRESTAÇÃO DOS RESPECTIVOS SERVIÇOS EDUCACIONAIS, OCORRENDO A PARTIR DAÍ OS ACRÉSCIMOS PREVISTOS EM CONTRATO. **ART. 2.º** ESTA LEI ENTRARÁ EM VIGOR NA DATA DE SUA PUBLICAÇÃO. **ART. 3.º** REVOGAM-SE AS DISPOSIÇÕES EM CONTRÁRIO.	**ART. 1.º** FICA ASSEGURADO AOS ESTUDANTES REGULARMENTE MATRICULADOS EM ESTABELECIMENTOS DE ENSINO DE PRIMEIRO, SEGUNDO E TERCEIRO GRAUS, EXISTENTES NO ESTADO DE SÃO PAULO, O PAGAMENTO DE MEIA-ENTRADA DO VALOR EFETIVAMENTE COBRADO PARA O INGRESSO EM CASA DE DIVERSÃO, DE ESPETÁCULOS TEATRAIS, MUSICAIS E CIRCENSES, EM CASAS DE EXIBIÇÃO CINEMATOGRÁFICA, PRAÇAS ESPORTIVAS E SIMILARES DAS ÁREAS DE ESPORTE, CULTURA E LAZER DO ESTADO DE SÃO PAULO, NA CONFORMIDADE DA PRESENTE LEI.

Observa-se que a Lei pernambucana menciona expressamente a disciplina de uma relação de natureza contratual, já que se refere à data de vencimento de obrigação e à incidência de acréscimos previstos em contrato. O artigo da Lei paulista assegura meia-entrada no pagamento de ingressos a estudantes.

Logo, o fato disciplinado pela primeira é a data de vencimento de obrigação de pagar, decorrente de contrato de prestação de serviço educacional. Na segunda é o valor de obrigação de pagar, decorrente da oferta de espetáculo artístico ou cultural, ou de uso de área destinada ao lazer ou esporte.

No entanto, para além da existência da obrigação e da prestação, relacionam-se ambas à educação e cultura.

4.2 O FATO DE *CONTRATAR*

Diante da possibilidade que se desenha de qualificação dos fatos enquadráveis nas Leis Estaduais como de natureza contratual, torna-se interessante buscar referências doutrinárias sobre o tema para cotejar com tais fatos, buscando-se a confirmação ou não da sua natureza.

Os contratos educacionais são, hoje, ordinariamente escritos. Os de aquisição de ingressos, por sua vez, são representados por *tickets* ou meramente verbais pela liberalização do acesso. A forma escrita não é essencial à configuração dos contratos (Gomes, 2002:9), logo, não estaria aqui a distinção entre os fatos da primeira e da segunda ação.

Outra possibilidade de identificação do fato de contratar estará na identificação da plurititularidade, ou seja, na co-participação de sujeitos de direito com interesses econômicos contrapostos (Gomes, 2002:11). Tanto na questão da prestação educacional como na do acesso a espetáculos é possível que se reconheçam os interesses contrapostos – um quer prestar o serviço, ofertar o espetáculo em troca da remuneração; o outro deseja receber a prestação e assistir ao espetáculo, aceitando a remuneração imposta. É como se apresentam os fatos enquadráveis nas Leis Estaduais. Entretanto, assim como nos demais contratos, há a possibilidade de identificação também de interesses coincidentes. Como ordinariamente acontece nos contratos, há convergência que pode ser identificada no interesse da realização do negócio. No entanto, há outro ponto de convergência: aquele do interesse social na realização de condutas que possam contribuir para o aprimoramento da sociedade brasileira.

A aceitação do contrato para além das relações de ordem civil faz por incluir aqueles corporativos e os constitutivos de sociedades, os coletivos de trabalho e de consumo, e os de direito público (Almeida, 2003:26-27). Todos eles estão igualmente sujeitos aos ditames da Constituição Federal, ainda que suas características peculiares possam induzir mais facilmente à incidência de determinadas normas se comparados a outros contratos.

Em face dos poderes e deveres típicos do Estado e da previsão específica do art. 37 da CF, os contratos administrativos aparecerão mais diretamente associados, do que os contratos comuns, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, assim como ao da isonomia, previsto no art. 5.º, I, da CF – via procedimentos licitatórios –, da promoção do bem de todos e da erradicação da

pobreza, da forma estabelecida no art. 3.º, III e IV, da CF. Os contratos de propriedade intelectual, por sua vez, condicionam-se à temporariedade do reconhecimento da tutela de sua titularidade, assim como ao interesse social e ao desenvolvimento tecnológico e econômico do país – art. 5.º, XXIX, da CF – de forma especial, se cotejado a outras formas contratuais relacionadas à propriedade física. Ainda assim, a proposta do presente artigo é de enquadramento de todos eles à condição de contrato e, conseqüentemente, de reconhecimento da existência do fato de *contratar*.

Nas duas situações examinadas as condutas disciplinadas – prestação de serviço educacional e cultural – decorrem do fato de contratar. A existência de relação entre o seu conteúdo e a disciplina constitucional não exclui a natureza do fato disciplinado, nem as distinguem. Em ambas as leis, os fatos disciplinados são considerados, pela ordem jurídica, relações de natureza obrigacional.

5. Sujeição dos fatos à disciplina constitucional a partir do conteúdo do contrato

Reconhecida a condição fática de efetivação de contratos relacionados à educação e cultura como a matéria contemplada nas Leis Estaduais comentadas, torna-se oportuno identificar na Constituição Federal alguns dos princípios e normas que mais facilmente serão considerados incidentes em razão do conteúdo do contrato.

5.1 Relação contratual privada, liberdade de iniciativa e direito econômico

O direito à educação, à cultura e ao desporto, como expressão dos direitos sociais, vincula-se aos direitos fundamentais, mas apresenta elementos de distinção em relação àqueles. Os direitos fundamentais são basicamente relacionados às garantias e defesas do cidadão em relaçãoreferentes aos poderes do Estado, e de forma geral apresentam um custo direto não significativo para o Estado. Já os direitos sociais relacionados ligados à saúde, à educação ou à cultura dependem de uma estrutura a ser organizada e custeada pelo Estado para que possam ser efetivamente prestados, se de forma direta. Em razão da escassez dos recursos públicos, suas limitações estarão relacionadas à capacidade financeira do Estado e de organização da sociedade.

Os direitos sociais configuram deveres positivos do Estado, condicionados, porém, "à capacidade económica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento económico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa" que condicionam a existência e proteção de tais direitos (Canotilho, 1999:443). Podem ser enquadrados na categoria dos direitos derivados a prestações, ou seja, traduzidos como o direito do cidadão a uma participação igual nas prestações estatais concretizadas por lei na medida da capacidade existente (Canotilho, 1999:449).

Estão na pretensão de igualdade e no caráter distributivo da ação estatal as chaves para a delimitação da possibilidade de a Lei interferir nos contratos privados com vistas à efetividade dos direitos sociais.

A incapacidade financeira ou organizacional do Estado e da sociedade de ofertarem de forma organizada as condições para a efetivação dos direitos sociais é que tem conclamado a doutrina e a jurisprudência a pensarem a transferência da obrigação, ou parcela dela, para os agentes privados, alterando, quando necessário, as condições de formulação de contratos privados daí derivados. É o que se pode inferir da discussão ocorrida nos dois julgados, admitindo-se Lei neste sentido no segundo e negando-se no primeiro.

Considerar as leis analisadas como de direito contratual – primeiro julgado – ou direito econômico – no segundo –, ou ainda, como de direito do consumidor, conforme aventado nas discussões, foi essencial ao reconhecimento ou não da pertinência de propositura de ação de inconstitucionalidade por vício formal, já que estava em jogo a competência legislativa para a disciplina do mérito. Mostrou-se, portanto, indispensável a percepção deste mérito, ou seja, qual a conduta disciplinada. Se uma conduta de agentes econômicos que exigia a intervenção legislativa, pensando-se o sistema econômico a partir das situações justificadoras da intervenção do Estado, num regime assumidamente capitalista, como o brasileiro, ou se uma conduta contratual privada, regida pelas normas de direito civil, mais precisamente do direito contratual. Na segunda ação a orientação predominante foi no primeiro sentido, enquanto na primeira prevaleceu a segunda.

Lembre-se, porém, que a primeira decisão relaciona-se ao ensino e foi considerada de natureza contratual, ao passo que a segunda diz respeito à cultura e lazer, tendo sido considerada reputada uma relação de direito econômico, ainda que todas as prestações mencionadas possam ser qualificadas como de direito social.

A origem da controvérsia quanto à natureza contratual ou não da prestação pode estar situada na natureza do direito invocado de direito social a ser garantido, a princípio, pelo Estado, mas que por razões, dentre elas financeiras, não é efetivamente ou satisfatoriamente ofertado, estando tais prestações previstas na própria Constituição como disponíveis também à oferta pelo particular. A partir do momento em que são ofertadas pelo agente privado, sujeitam-se também a outros princípios e normas, peculiares às relações privadas estabelecidas no mercado.

5.2 Relação contratual da ordem do direito social

Como corolário do princípio da liberdade de iniciativa, as atividades econômicas que não forem da competência exclusiva da pessoa jurídica de direito público (monopólio) serão realizadas pelos agentes privados em associação ou não à prestação pelo Estado. Algumas atividades econômicas revestem-se também da condição de serviço público, em razão de sua essencialidade e relação com políticas públicas.

O art. 209 da Constituição Federal atribui a liberdade de ensino à iniciativa privada e a educação é contemplada como dever do Estado e da família, a ser promovida e incentivada "com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho", segundo dispõe o art. 205. A efetivação do dever do Estado com o ensino é associada à garantia de: ensino fundamental obrigatório e gratuito; progressiva universalização do ensino médio gratuito; atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência; atendimento em creche e pré-escola; acesso aos níveis elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística; oferta de ensino noturno regular; programas suplementares ao ensino, fixação de conteúdos mínimos, previsão de oferta de ensino religioso; obrigatoriedade de oferta do ensino fundamental em língua portuguesa (Moraes, 2005:734-735).

Portanto, o estabelecimento de data de vencimento de contrato educacional não se enquadra na previsão constitucional como um dos deveres do Estado relacionados ao ensino.

Indiretamente, o contrato de ensino, como muitas outras ações humanas, pode ser associado a princípios como os denominados objetivos fundamentais do País de garantia do desenvolvimento nacional, da erradicação da marginalização e de redução das desigualdades sociais e regionais, previstos no art. 3.º, II e III, da Constituição Federal, assim como ao princípio da liberdade iniciativa, expresso genericamente no art. 1.º, IV, da Constituição Federal, relativamente à ordem econômica no art. 170 da Constituição Federal, e de forma específica no já mencionado art. 209 da Constituição Federal.

Com relação à cultura como direito social, a Constituição Federal estabelece o dever do Estado de garantir a todos "o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional", e de apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais, nos termos de seu art. 215 Com relação ao desporto, também de forma expressa, dispõe o art. 217 quanto ao dever de fomento das práticas desportivas formais e não-formais.

Partindo da mesma lógica acima proposta com vistas ao direito à educação, com relação à cultura e desporto, a fixação do valor de ingresso a ser cobrado por prestadores privados não está prevista expressamente nos artigos próprios ao tema na Constituição Federal, mas poderão ser relacionados de forma indireta a outros princípios e garantias constitucionais.

É bem verdade que a disciplina dos contratos não se restringe à norma constitucional, muito contrariamente, são nas leis infraconstitucionais, especialmente no Código Civil, que a mesma deverá mostrar-se mais minuciosa. Entretanto, suas cláusulas gerais poderão exigir a invocação das normas constitucionais (Nalin, 2006:18), restabelecendo a pertinência da análise contratual sob a moldura constitucional.

A desconfiguração dos limites tradicionalmente reconhecidos quanto à referenciabilidade pública e os problemas privados acaba por demonstrar a insuficiência das

codificações, especialmente com relação a conflitos bilaterais com conseqüências que extrapolam os interesses das partes, atribuindo aos conflitos privados uma perspectiva pública (Lorenzetti, 1998:356). Quer seja pelo reconhecimento da relativização dos efeitos (Negreiros, 2006:227) reconhecíveis aos contratos, seja sob a ótica das suas externalidades (Ribeiro, inédito), as relações privadas passam a ser analisadas também sob a ótica pública, sendo a busca da disciplina constitucional um dos caminhos trilhados. Há instituições jusprivatistas derivadas diretamente da norma constitucional – fenômeno mais freqüente no direito da *common law*, mas que também acontece no de base romanista –, normas constitucionais de direito privado e a já mencionada interpretação constitucional em temas de direito privado (Lorenzetti, 1998:355).

Tanto a prestação do serviço educacional como de cultura e desporto são reconhecidos como da alçada da liberdade de iniciativa, vale dizer, como sujeitos à iniciativa pública e privada, com a possibilidade de estabelecimento de normas balizadoras da conduta dos particulares com relação à educação, por meio do estabelecimento de normas gerais sobre educação, assim como pela concessão de autorizações e a realização de avaliação de qualidade pelo Poder Público (art. 209, I e II, da CF); com relação à cultura pela difusão das manifestações culturais (art. 215 da CF), para os desportos pelo fomento das práticas (art. 217 da CF).

Em razão da desigualdade típica neste tipo de relação, o instrumento próprio do âmbito público é a lei, como expressão do poder de império. No campo das relações privadas, no entanto, o referencial é o contrato, que, em princípio, expressa uma vontade comum. A característica do fato que se estabelece pela prestação da educação, da cultura e do desporto, qualificável como relação jurídica de natureza obrigacional, distancia-se de outros fatos da alçada estatal, como a cobrança de tributos, ou a prestação direta de determinado serviço pelo ente público – como o de segurança pública – compatibiliza-se com a utilização de contratos e, conseqüentemente, com suas características de definição de preço e vencimento pelas partes. O fato de serem direitos sociais não é incompatível com esta conclusão.

5.3 Relação contratual de consumo

Na análise do direito ao ensino, no primeiro julgado apontado, é suscitado um debate com relação à natureza jurídica do ato realizado pela ação de prestação de serviço educacional. Refere-se ao enquadramento do serviço prestado como de natureza de relação de consumo, contratual ou se da ordem do serviço público. Com relação ao debate estabelecido, este artigo pretende cingir-se à qualificação ou desqualificação que poderia decorrer da definição da natureza do fato.

Um dos fatores de quebra dos limites consagrados com relação à lei (instrumento de direito público) e ao contrato (instrumento de direito privado) foi a aceitação da existência de efeitos de interesse social nas relações de ordem privada, despertada

pela quebra da premissa igualdade/relação privada, desigualdade/relação pública. Nem mais o Estado tem o poder inquestionável e soberano, abalado pela formação das comunidades internacionais (Galgano, 2001:12), e pela força dos grandes grupos econômicos (Arnoldi e Michelan, 2000:158; Galgano, 2001:13-14; Araújo, 2006, inédito); nem as relações privadas conservam de forma generalizada um aspecto de igualdade entre os seus participantes. As relações trabalhistas e de consumo são as mais marcadamente maculadas pela nova concepção.

Pensar as relações de consumo, por outro lado, conduz a reflexões sobre a sociedade na qual se estabelecem, vale dizer, na sociedade de mercado e no papel do Estado como agente limitador da liberdade de mercado e como prestador de serviços públicos (Macedo Jr., 1998:50-53).

A defesa do consumidor é posta na Constituição Federal como direito individual e como direito econômico, na redação dos arts. 5.º, XXXII, e 170, V, e regulamentada especialmente pela Lei 8.078/1990.

Com relação ao enquadramento ou não das relações jurídicas relacionadas ligadas ao ensino, cultura e desporto como de natureza consumerista, há um impacto decorrente da definição da competência legislativa, visto que relativamente à produção e consumo, assim como acontece para a educação, cultura, ensino e desporto e quanto ao direito econômico, o art. 24 da Constituição Federal, respectivamente nos incisos V, IX e I, consagra a competência concorrente da União e dos Estados. O art. 23 da Constituição Federal estabelece a competência comum da União, dos Estado e dos Municípios para proporcionar meios de acesso à cultura, à educação e à ciência, e o art. 22 da Constituição Federal, a competência privativa da União para legislar sobre direito civil.

Na Lei pernambucana o estabelecimento de data de vencimento foi considerado matéria de direito civil, de competência exclusiva da União, independentemente de analisar a pertinência ou não da existência de uma lei neste sentido e seu impacto com relação ao princípio da liberdade de iniciativa, ressalva feita ao voto do Ministro Cezar Peluso. Na Lei paulistana a matéria foi considerada de direito econômico, reconhecendo-se a possibilidade de interferência do legislador estadual na fixação do valor dos ingressos, como forma de fomentar o acesso à cultura e ao desporto. Mais uma vez, o voto do Ministro Cezar Peluso, ao invocar a relação do conteúdo da lei com a prática de tabelamento de preços, refuta esta forma de intervenção no mercado. Também o Ministro Marco Aurélio considera, de forma expressa, o conflito que a Lei paulistana cria em relação ao princípio da liberdade de iniciativa, em razão da não-previsão dos mecanismos de compensação para o empresário como forma de internalização das perdas.

Há duas linhas de pensamento que despontam aqui: admitir a oferta do acesso à cultura e desporto e à educação como integrantes do mercado, tornados acessíveis pela ação da iniciativa privada, protegidos pelas normas específicas referentes às

relações de consumo; ou negar tal condição, reconhecendo apenas sua natureza de serviço público.

Curiosamente, na primeira demanda, considerar a relação de ensino como de consumo poderia permitir a análise do mérito da lei, uma vez que estaria confirmada a competência dos Estados para legislar sobre o tema, o que em tese poderia conduzir à aceitação da interferência legislativa como forma de proteção do consumidor, nos termos do voto do Ministro Carlos Britto, atribuindo-lhe um direito à data de vencimento das prestações do serviço para o término do mês, ou seja, já ocorrida a prestação. Como a prestação vislumbrada é de educação, ao admitir a disciplina, produzir-se-ia um potencializador do acesso à educação. Nos debates, a condição de relação de consumo foi combatida pelo Ministro Eros Grau, prevalecendo no acórdão este entendimento.

Na segunda ação não aparece o debate quanto à natureza ou não de relação de consumo na oferta de atividades vinculadas à cultura e desporto, atendo-se às considerações sobre sua natureza de direito social.

Relativamente ao acesso à educação, cultura, desporto e lazer e à possibilidade do reconhecimento de seu caráter de relação de consumo ou não, pode-se estabelecer um critério de diferenciação para as seguintes situações: oferta realizada pela administração pública e de forma gratuita; oferta realizada pela administração pública e de forma remunerada; oferta realizada pela iniciativa privada de forma gratuita; oferta realizada pela iniciativa privada e de forma remunerada. A distinção fundamental para o reconhecimento ou não da prestação como relacionada ao direito do consumidor associa-se à existência ou não de remuneração, e não à condição do agente que a oferta.

Vale dizer, o Código de Defesa do Consumidor prevê sua incidência nas relações que envolvam produtos e serviços, esclarecendo que, para fins de aplicação de suas normas, serviço é "qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração" – art. 3.º, § 2.º. Por outro lado, a definição de fornecedor expressamente admite como tal "toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada" que atue na oferta de produtos ou serviços – art. 3.º do Código de Defesa do Consumidor –, inexistindo qualquer empecilho à aplicabilidade da citada norma em relação ao caráter do agente. Os votos dos Ministros Celso de Mello e Carlos Britto, na primeira decisão, aceitam a qualificação da prestação de serviços de ensino como de natureza de consumo e de direito social, e é bem verdade que o que afasta a aplicabilidade das normas de proteção do consumidor é a condição de remuneração ou não pelo serviço, e não sua categorização como direito social.

Assim, a atividade de ensino, cultura, desporto ou lazer que seja oferecida no mercado, pelo agente público ou privado, de forma remunerada, enquadrar-se-á nas especificidades que atestarão a incidência do Código de Defesa do Consumidor e de suas previsões fortemente favoráveis ao consumidor, como expressão da ordem pública que se impõe aos particulares em assuntos de interesse social.

5.4 Oferta pública e oferta privada

Qual seria a desvantagem em reconhecer a condição ou não de relação de consumo quanto às atividades indicadas? Quais os malefícios da alegada redução do cidadão à condição de consumidor? Modificaria as conclusões a que se poderia chegar na análise das duas demandas?

A primeira potencial desvantagem em admitir o ensino ou a cultura como relações da ordem do mercado e do consumo estaria na aplicação das normas especiais somente para as prestações remuneradas ofertadas pelo agente público ou privado, deixando desprotegidos por esta via os beneficiários das prestações ofertadas gratuitamente. Por este lado, justifica-se a preocupação demonstrada nos debates quanto à qualificação ou não da prestação do ensino como relação de consumo e sua pretensa incompatibilidade com a natureza de direito social reconhecido aos cidadãos. No entanto, para as ofertas remuneradas não haveria necessariamente uma desqualificação da atividade como de natureza social, ampliando-se as possibilidades de defesa dos direitos relacionados à oferta pela aceitação da aplicabilidade das normas referentes ao consumo.

A segunda desvantagem é de natureza ideológica, no sentido de provocar um enfrentamento da questão do papel do Estado e do mercado no estabelecimento de acesso aos mencionados direitos sociais, de admitir a incapacidade de a pessoa jurídica de direito público atender de forma direta e adequada a demanda pela prestação, abrindo espaço para o compartilhamento da oferta pública e privada.

Quanto à primeira desvantagem, as prestações de serviço realizadas de forma gratuita, quer seja pelo agente privado ou pelo público, não se beneficiariam da disciplina imposta pelo Código de Defesa do Consumidor. Para tais ofertas, como expressão dos deveres impostos ao Estado ou como forma de participação da iniciativa privada nas ações de implementação de políticas sociais, a possibilidade de responsabilização do Estado e dos agentes privados será diversa. Para os últimos, salvo atuação que culposa ou dolosamente tenha causado dano ao beneficiário (por exemplo, na hipótese de apresentação de uma peça artística, produzida por uma empresa privada, em que um dos equipamentos utilizados provoque dano à assistência), a possibilidade de responsabilização do ofertante será restrita. Com relação ao Estado, a responsabilidade objetiva que lhe é imputada legalmente amplia a possibilidade de invocação do dever de indenizar.

Outra interessante reflexão aparece ao se considerar a possibilidade de exigir ou não a prestação, admitindo-se que os direitos sociais devam ser efetivamente garantidos aos cidadãos. Com relação ao agente público, ainda que haja a possibilidade de invocar a existência ou não de recursos e destinação destes para o custeio da oferta, há a potencialidade de reconhecimento do direito do beneficiário no sentido de tomar medidas para coagir o Estado à disponibilização, o que não subsiste em relação ao prestador privado. O mecanismo mais adequado de incrementação da oferta

de acesso aos direitos sociais pela iniciativa privada é a previsão da contrapartida estatal, por meio de ações de incentivo.

Ou seja, há elementos de distinção na oferta dos serviços públicos relacionados aos direitos sociais titulada pelo Estado e naquela titulada pelo prestador privado.

Sobre a segunda desvantagem potencial, aquela de ordem ideológica, a maior dificuldade pode ser identificada na exigência da tomada de posição quanto ao papel do Estado e também no que se refere à efetivação dos direitos determinados na Constituição Federal. Partindo-se da premissa de que o Estado não tem condições de atender toda demanda relacionada aos direitos assegurados aos cidadãos (incluindo-se aqui aqueles identificáveis como consumidores, assim como os não-consumidores), há a necessidade de aceitação da oferta privada e, conseqüentemente, de sua inserção no mercado.

Ora, se o propósito é tornar efetiva a oferta relacionada aos direitos sociais, se o Estado não pode cumprir satisfatoriamente o papel de ofertante, e se a oferta se produz no mercado, é preciso enfrentar questões concernentes ao poder do Estado para interferir e, por conseguinte, cotejar os direitos sociais ao princípio da liberdade de iniciativa. É preciso que se reconheça, por uma questão de coerência, a extensão do dever do Estado de realizar a oferta e de seu poder no controle da oferta privada.

Um meio-termo, com o fito de evitar o que se denominou aqui como desvantagem ideológica, não aparece como a melhor solução, em razão dos efeitos colaterais a esta posição, ou seja, tornar desinteressante à iniciativa privada atuar na prestação da atividade, restringindo o acesso geral da população aos valores sociais estabelecidos na Constituição e, portanto, contrariando o texto constitucional. A excessiva e pontual intervenção na prestação privada relacionada aos direitos sociais provavelmente acarretará esta conseqüência.

Há uma segunda ordem de conseqüências, conforme ventilado nos votos dos Ministros Marco Aurélio e Carlos de Britto, quanto à transferência dos ônus, na análise da Lei Paulista de meio-ingresso. Entretanto, diferentemente do exposto nos votos, há uma outra possibilidade de reflexão sobre o tema. Se a condição de direito social decorre da associação da prestação de cultura, ensino e desporto aos objetivos maiores da Constituição Federal, que somente serão alcançáveis mediante a implementação de políticas distributivas, cabe uma ponderação sobre o caráter distributivo e comutativo dos contratos *vis-à-vis* a atuação estatal.

Garantir o acesso ao meio-ingresso certamente relaciona-se ao menor dispêndio financeiro para a fruição dos bens culturais e de lazer, porém não terá necessariamente por conseqüência a universalização do acesso a tais bens. Vale dizer, tornará mais barato para aquele que tem o poder aquisitivo que lhe permita despender parte de sua remuneração para seu proveito, tornará acessível a uma determinada faixa da população, mas não afastará as barreiras impeditivas com relação às camadas mais carentes desta. Ao mesmo tempo, provavelmente acarretará, como comentado nos

votos, uma redefinição de valores de ingresso relativa a todos os demais potenciais usuários, impedindo o acesso de larga margem da população. Esta é uma redistribuição que não se enquadra nos propósitos de universalização e de equiparação da população brasileira pela diminuição das desigualdades.

Daí por que, ainda que sujeita a aspectos relacionados à justiça distributiva, expressos nos princípios gerais consagrados em relação aos contratos, como o princípio da boa-fé, da eqüidade e do equilíbrio nas prestações, no campo da oferta remunerada e contratual, a distribuição será sempre imperfeita e, eventualmente, indevida. Não se pode alijar da análise dos contratos de forma absoluta o seu caráter comutativo, peculiar às relações privadas.

Por outro lado, a oferta do acesso aos bens sociais pelo Poder Público e de forma gratuita ou subsidiada, financiada pela utilização dos recursos públicos, diluída em todas as fontes de financiamento do Estado, terá um impacto bem diverso do caráter distributivo que se queira estabelecer em relação a um contrato ou a uma série limitada de contratantes e de contratos.

Talvez seja oportuno, ao se pensar em política distributiva, levar em consideração tais características, de forma a não se poupar o Estado do cumprimento de seus deveres, agente especialmente vocacionado à implementação de tal política, pela mera transferência ao agente privado, particularmente com vistas às relações de natureza contratual e de oferta remunerada no mercado.

6. Conclusões e propostas

a. Não há elementos de fato que justifiquem a conclusão no sentido de reconhecer à situação disciplinada na Lei pernambucana natureza de relação contratual, e naquela prevista na Lei Paulista, natureza de prestação de serviço relacionada a direito social;

b. Os elementos factuais devem ser considerados de forma atenta quando da atividade do Poder Judiciário de qualificação jurídica dos mesmos, evitando-se uma instabilidade nos posicionamentos emanados do Poder Judiciário, especialmente quando provenientes dos Tribunais Superiores, sob pena de não-estabelecimento de uma verdadeira cultura de formação de jurisprudência como fonte do direito brasileiro;

c. A qualificação de um direito social como direito do consumidor não produz uma desqualificação da oferta no sentido de sua essencialidade, restringindo-se, porém, às ofertas realizadas pelos agentes públicos e privados de forma remunerada;.

d. A oferta relacionada aos direitos sociais que se faça de forma gratuita e que se apresenta como direito do cidadão é de responsabilidade do Estado, contra quem poderá ser invocada pelo beneficiário impossibilitado de ter acesso à oferta de mercado, atendidas, no caso concreto, as limitações orçamentárias;

e. A oferta da prestação de serviços relacionados ao ensino, cultura e desporto que se opera no mercado estará sujeita às normativas legais gerais estabelecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, de caráter geral e que não acarrete a desconsideração do princípio da liberdade de iniciativa;

f. As normas gerais relacionam-se à disciplina dos contratos e são de competência exclusiva da União;

g. A previsão constitucional de competência das três esferas de poder relacionada à educação, cultura e ciência (art. 23, V) relaciona-se à oferta feita diretamente pelos entes federados, União e Municípios, assim como ao estabelecimento de políticas públicas de incentivo à oferta;

h. A previsão constitucional de competência da União e dos Estados para legislar sobre direito econômico, produção e consumo não deve confrontar a competência exclusiva da União para legislar sobre direito civil, sendo indispensável a dissociação entre oferta privada, oferta realizada pelo Poder Público, políticas sociais voltadas à universalização dos direitos sociais e a disciplina do contratos e de seus elementos;

i. A política distributiva que deve estar associada à universalização dos direitos sociais compatibiliza-se com a oferta pública de acesso aos direitos sociais, voltada aos impossibilitados de recorrer ao mercado, financiada pela arrecadação tributária;

j. A interferência legislativa e do Poder Judiciário que extrapole a definição das normas gerais orientadoras da interpretação das normas contratuais, elaboração de planos de desenvolvimento relacionados ao ensino, cultura e desporto, e criação de mecanismos de compensação e fomento das atividades, tende a desestimular a oferta privada, aumentando o déficit de oferta no sistema capitalista.

: ARTIGO SELECIONADO

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I*: conceito, fontes, formação. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

ARAÚJO, José A. Estévez. *Crisis de la soberania estatal y constitution multinivel*. Trabalho apresentado no workshop de pesquisa realizado nas dependências da Edesp/FGVSP, no dia 30 de maio de 2006. Inédito.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 117, p. 157-162, jan.-mar. 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. La seguridad jurídica. *Revista Del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, ano 31, n. 182, p. 203-229, abr.-jun. 1998.

FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*. 3. ed. México: Fontamara, 2001.

GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. Bologna: Il Mulino, 2001.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LORENZETTI, R. La influencia del derecho constitucional en el derecho privado. *Revista Del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, ano 31, n. 182, p. 355-357, abr.-jun. 1998.
MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
NALIN, Paulo. A autonomia privada na legalidade constitucional. In: ——— (Coord.). *Contrato e sociedade*. Curitiba: Juruá, 2006. v. 2, p. 13-45.
NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Diretrizes para a compreensão do princípio da função social dos contratos empresariais*. Inédito.

Marcia Carla Pereira Ribeiro

Doutora em Direito das Relações Sociais, UFPR
Professora adjunta de Direito Comercial da UFPR
Professora titular de Direito Societário da PUC/PR
Ex-Professora visitante da Edesp/FGV
Procuradora do Estado do Paraná

NATUREZA JURÍDICA DA OBRIGAÇÃO DE RESSARCIMENTO DOS PLANOS DE SAÚDE AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS

Ana Garfinkel

LEGAL NATURE OF THE INDEMNITY OF THE PRIVATE HEALTH CARE TO THE PUBLIC HEALTH CARE SYSTEM

RESUMO

De acordo com o art. 32 da Lei 9.656/1998, os planos privados de assistência à saúde são obrigados a ressarcir o Sistema Único de Saúde ("SUS") toda vez que algum conveniado utilizá-lo. Analisando os requisitos para a configuração da responsabilidade civil, este artigo demonstra que a obrigação referida no art. 32 não possui os requisitos para ser uma indenização. Por outro lado, a análise da obrigação leva à conclusão de que é um tributo e, mais especificamente, uma contribuição social. Como a Lei 9.656/1998 não é uma lei complementar, este tributo não poderia ter sido por meio dela instituído. Se a constituição determina que todas as contribuições sociais só podem ser criadas por meio de lei complementar, e nesse caso isto não ocorreu, o tributo em questão é inconstitucional. Portanto, as operadoras de planos de saúde não estão obrigadas a pagar ao SUS toda vez que seus conveniados a ele recorrerem.

PALAVRAS-CHAVE

Art. 32/ Lei 9.656/1998/ inconstitucionalidade/ plano de saúde / SUS

ABSTRACT

According to article 32 of Law 9.656/1998, private health care companies are obligated to indemnify the Brazilian Public Health Care System ("SUS") whenever any of their clients uses the latter. Analysing the requisites necessary for the occurrence of civil responsibility, this paper demonstrates that the obligation mentioned in article 32 does not possess the characteristics necessary to be defined as an indemnification. On the other hand, the close analysis of that obligation leads to the conclusion that it is a tax, more specifically called "contribuição social". Since Law 9.656/1998 is not a "lei complementar", this tax category could not have been created by this law. If the federal constitution obligates all "contribuições sociais" to be created through a type of law called "complementary", and that did not occur in the case in question, then the tax instituted is unconstitutional. Therefore, private health care companies are not obligated to pay the public health care system any indemnifications regarding public health care services used by their clients.

KEYWORDS

Article 32 / Law 9.656/1998 / Unconstitutional / Health Care / "SUS"

1. Introdução

Os consumidores contratam planos de saúde porque, apesar de pagarem seus tributos, o Sistema Único de Saúde – SUS não assegura a prestação de serviços adequados de saúde. Após a promulgação da Lei 9.656/1998, que regulamenta a atividade das operadoras de plano de saúde, o direito do consumidor de usar o SUS deixou de

ser garantido por meio dos tributos já pagos. Isto é, se por acaso ele tiver de utilizar o serviço público de saúde, esse uso terá de ser pago novamente. Isso significa que os tributos deixaram de ser o suficiente para que qualquer cidadão faça jus ao serviço. Para mascarar a dura realidade, a Lei 9.656/1998 prevê que a cobrança seja feita de forma indireta, por intermédio dos planos de saúde.

A cobrança feita ao plano, e não diretamente ao consumidor, passa a falsa impressão de que não há cobrança dobrada. Ainda que os planos de saúde só possam elevar os preços por determinação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), eles terão de equilibrar a nova despesa de outras formas, como o decréscimo de qualidade em seus serviços. Aumento no preço ou decréscimo na qualidade são facetas de uma só realidade: a existência de cobrança indireta ao consumidor. Assim, o consumidor receberá ou um plano mais caro ou de pior qualidade em razão da lei. Em última instância é o consumidor-contribuinte quem paga a conta do "ressarcimento" cobrado pelo SUS das operadoras de plano de saúde.

Em síntese, o consumidor que paga por um plano de saúde (porque não usufrui habitualmente de seu direito constitucional de assistência à saúde) será prejudicado com a piora ou encarecimento do plano. Somente esse ano, essa cobrança disfarçada representou valor aproximado de 400 milhões de reais.[1] Quem paga por um serviço particular para substituir aquele que o Estado não presta adequadamente perde o direito de usar o segundo e, além disso, tem de pagar mais caro pelo primeiro. Daí a importância de demonstrar a inconstitucionalidade do art. 32 da Lei 9.656/1998.

2. A inconstitucionalidade do art. 32

O art. 32 da Lei 9.656/1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, apesar de se referir ao termo "ressarcir", não possui os pressupostos elementares do instituto da responsabilidade civil. Além disso, o tipo de obrigação previsto no artigo é de natureza tributária. Então, como foi criado sem os requisitos constitucionais necessários, o tributo previsto no art. 32 da Lei 9.656/1998 é inconstitucional.[2]

3. Referência do art. 32 à responsabilidade civil

Tanto em sua redação original[3] como naquela modificada pela Medida Provisória 2177-44/2001,[4] o artigo preceitua que as operadoras de planos de saúde deverão *ressarcir* a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) pela utilização do Sistema Único de Saúde (SUS) por conveniados.

"Ressarcir" é sinônimo de "indenizar", e ambos os verbos se referem ao instituto da responsabilidade civil. Nesse sentido, os arts. 297, 400, 652, 678, 886, 934, 936, 1.256, 1.271 e 1.435 do Código Civil, 574, 804 e 881 do Código de Processo Civil,

e 4.º-A, § 3.º, da Lei 6.404/1976. A Constituição Federal, igualmente, refere-se a "ressarcimento" com denotação de indenização nos arts. 37, § 4.º, e 89.

Assim, a utilização da palavra "ressarcir" indica que o real sentido do artigo sob análise é o seguinte: as operadoras de planos de saúde são responsáveis civilmente perante a ANS pela utilização, por seus conveniados, do SUS.

4. Ausência dos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual

A responsabilidade civil extracontratual possui três pressupostos:[5] (i) a ação ilícita; (ii) o nexo causal; e (iii) o dano. O instituto jurídico presente no art. 32 não possui dois dos três pressupostos da responsabilidade civil extracontratual: (i) ato ilícito e (ii) dano.

4.1 Ausência de ato ilícito

O conceito de ato ilícito é trazido nos arts. 186 e 187 do Código Civil:

> Art.186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
>
> Art.187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Conforme depreendemos dos artigos supracitados, ato ilícito é aquele que fere o ordenamento jurídico. Quando o ato ilícito dá causa a dano, surge o dever de repará-lo. Assim, o agente pode praticar ato ilícito tanto por dolo ou culpa (art. 186 do Código Civil) como pelo exercício irregular de um direito (art. 187 do Código Civil).

O art. 188, I, do Código Civil ajuda a conceituar "ato ilícito" pela negativa:

> Art.188. Não constituem atos ilícitos:
> I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.

Ora, a mera utilização do SUS por conveniados de plano de saúde não configura ilegalidade. Não é porque alguém contrata plano de saúde que deixa de ter o direito de utilizar o SUS. Afinal, os arts. 196 e 198 da Constituição Federal dispõem que a saúde "é direito de todos e dever do Estado" e, ao lado disso, "as ações e serviços públicos de saúde integram um sistema único" (o SUS). De fato, o art. 199, § 1.º, determina que a iniciativa privada poderá participar de "forma complementar do sistema único de

saúde". Ora, o que é complementar não exclui – pelo contrário –, completa, supre faltas. O que complementa, o que é acessório, não pode excluir o que é principal. Ou seja, não é porque alguém contrata um plano de saúde que deixa de ter reconhecido seu direito de usufruir o sistema único de saúde assegurado constitucionalmente.

A seguridade social abrange os direitos relativos à *saúde*, à previdência e à assistência social (art.194 da Constituição Federal). O art. 195 descreve pormenorizadamente quais as contribuições sociais destinadas a custear a seguridade social. Em nenhum momento o plano de saúde ou o segurado, após terem celebrado o contrato de seguro-saúde, deixam de pagar suas respectivas contribuições sociais. Ora, se o valor devido para custear a saúde continua a ser regularmente pago, nada faz com que o segurado do plano de saúde deixe de ter direito ao atendimento pelo SUS.[6] Ao lado disso, qualquer tipo de discriminação entre o segurado do plano de saúde e o restante da população feriria o princípio da universalidade disposto no art. 194, parágrafo único, I, da Constituição Federal.

Portanto, não constitui ato ilícito a utilização do SUS por conveniado de plano de saúde, pois o conveniado tem o direito constitucionalmente garantido de acesso ao sistema único de saúde.

4.2 Ausência de dano

Da mesma forma, não há dano pela utilização do SUS por um conveniado de plano de saúde.

Dano é o decréscimo, estrago ou prejuízo que sofre uma pessoa em seu patrimônio econômico ou moral em razão de um fato exterior. A noção de dano deve englobar, simultaneamente, dois elementos: (i) um elemento de fato, o prejuízo; (ii) e um elemento de direito, a violação ao direito, ou seja, uma lesão jurídica. Imprescindível para configurar a ocorrência do dano é a existência de um prejuízo decorrente da lesão de um direito.

Não há decréscimo patrimonial para o SUS, pois a utilização dele pelo conveniado do plano de saúde já foi paga mediante tributos.[7] Ora, a utilização de um serviço já tributado (e, ressalte-se, não deduzido de forma alguma do prêmio pago ao plano de saúde) não constitui prejuízo, pois se trata de uma relação jurídica preestabelecida para a qual é paga uma contraprestação (a contribuição) e devida uma prestação (o atendimento).

Ao mesmo tempo, não há lesão jurídica pela utilização do SUS, pois, consoante exposto acima, todo cidadão tem o direito de acesso ao sistema único de saúde.

Assim, também não está presente o requisito essencial do dano para a configuração do instituto da responsabilidade civil no art. 32.

4.3 Natureza jurídica do artigo diversa da responsabilidade civil

Concluímos que o art. 32, apesar de utilizar o termo "ressarcir", peculiar ao instituto da responsabilidade civil, não se trata deste instituto já que faltam dois dos

pressupostos da responsabilidade civil: dano e ação ilícita. Mas, se não trata de responsabilidade civil e impõe obrigação aos planos de saúde, qual a natureza da obrigação?

5. Elementos da obrigação tributária

Dispõe o art. 3.º do Código Tributário Nacional:

> Art. 3.º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

O art. 4.º do mesmo Código ressalta:

> Art. 4.º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:
> I – a denominação e demais características formais adotadas pela lei;
> II – a destinação legal do produto da sua arrecadação.

Da leitura destes dois artigos depreendemos que o Código Tributário Nacional caracteriza os tributos pelo caráter compulsório e, para distingui-los das multas e penalidades, inseriu a expressão "que não constitua sanção de ato ilícito".[8] De fato, o conceito de tributo foi expresso na lei para que a Administração Pública fosse impedida de criar tributos "disfarçados" – ou seja, criar obrigações de natureza tributária, mas com nome diverso.[9]

Uma breve análise dos pressupostos dos tributos nos leva à conclusão de que a obrigação prevista no art. 32 da Lei 9.656/1998 é tributária. São elementos da obrigação tributária: (i) caráter compulsório; (ii) obrigação pecuniária; (iii) não-constituição de sanção de ato ilícito; (iv) instituição por lei; e (v) cobrança por atividade administrativa plenamente vinculada.[10] A obrigação dos planos de saúde "ressarcir" o SUS apresenta tais requisitos.

O art. 32 é dotado de compulsoriedade, já que, toda vez que algum segurado utilizar o SUS, o plano de saúde é obrigado a pagar valor correspondente ao SUS.

Trata-se de uma obrigação pecuniária, pois o art. 32 refere-se expressamente ao pagamento dos serviços prestados pelo SUS. Tal pagamento se dará sempre em moeda ou em algum valor nela mensurável.

A obrigação também não constitui sanção por ato ilícito. O tributo se distingue da pena, porque esta tem como hipótese de incidência um ato ilícito, enquanto o tributo tem como hipótese de incidência sempre algo lícito. Conforme já analisado, o conveniado de um plano de saúde tem o direito legítimo de utilizar o SUS, por isso não haveria como qualificar este ato como ilícito. Ao mesmo tempo, é legalmente

permitido ao plano de saúde complementar o SUS, atendendo seus segurados. Assim, como a obrigação em tela deriva de ações lícitas, trata-se de um tributo.

O tributo deve ser instituído por lei. No caso em tela, a obrigação imposta foi instituída pela Lei de Plano Privado de Assistência à Saúde, em seu art. 32.

Por fim, a cobrança se dá por atividade administrativa plenamente vinculada. Isto é, a atividade de determinação e cobrança do tributo será sempre vinculada a uma norma. No caso, a determinação e a cobrança do tributo estão vinculadas ao art. 32 da Lei de Plano Privado de Assistência à Saúde que descreve como e quando deve ser pago o tributo.

Em síntese, presentes os pressupostos dos tributos, concluímos que a obrigação prevista no art. 32 da Lei 9.656/1998 tem natureza tributária.

6. Inconstitucionalidade do tributo se for compreendido como taxa

Taxa é tributo vinculado a serviço público específico ou singular, ou seja, aquele prestado em unidades autônomas de utilização, podendo ser quantificável (ex.: água, luz, telefone e gás). A princípio, a obrigação discutida pareceria ser uma taxa, pois se trata de tributo cujo fato gerador tem ligação com a utilização efetiva de serviço prestado ao contribuinte (art. 145, II, CF e art. 77, CTN) e cuja base de cálculo se refere ao custo deste serviço. No entanto, o tributo analisado não pode ser enquadrado como uma taxa.

No caso retratado no art. 32, o serviço de saúde é prestado a uma pessoa e o contribuinte é outra. A relação contratual entre o segurado e seu plano é completamente estranha à relação tributária estabelecida entre o Poder Público e o plano de saúde. O plano de saúde não utiliza o serviço de saúde prestado pelo Estado ao seu conveniado. Portanto, o plano de saúde não é titular da situação tributada. No entanto, é ele quem é tributado. Se o plano de saúde assumir a posição de devedor no lugar do conveniado, por força da lei, substituindo-o, terá o plano o direito de reembolso.[11] Ora, se o plano tiver o direito de reembolso, então o conveniado estará pagando uma taxa pelo serviço de saúde geral pelo qual, inclusive, já foi tributado.[12]

Em síntese, o tributo do art. 32 é inconstitucional como taxa, porque é cobrado de alguém que não é seu contribuinte.

7. Inconstitucionalidade do tributo se for compreendido como imposto

Imposto é obrigação que tem por fato gerador situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte. Como a atividade estatal em questão não tem qualquer ligação específica em relação ao contribuinte (já que o serviço

é prestado pessoa diferente do contribuinte), poder-se-ia concluir que o tributo em questão poderia se tratar de um imposto. Se se tratasse de imposto, o tributo do art. 32 também seria inconstitucional.

A União tem poder de prever impostos residuais,[13] diferentes de todos aqueles discriminados na Constituição, com fato gerador novo e base de cálculo, por meio de Lei Complementar.[14] O art. 154, II, da Constituição Federal deixa claro que é necessária lei complementar para instituir impostos não previstos no art. 153 da Constituição Federal. Como o "imposto" do art. 32 não foi previsto no art. 153 da Constituição Federal, ele só poderia ser instituído mediante lei complementar. Conseqüentemente, como só poderia ser instituído mediante lei complementar e a Lei 9.656/1998, que o instituiu, é lei ordinária, o "imposto" do art. 32 seria inconstitucional.

No entanto, o tributo em questão não se trata de imposto porque, apesar de a prestação do Estado não ser divisível ou específica (o que exclui a possibilidade de ser uma taxa), há certa ligação a esta prestação. Neste caso, o tributo previsto no art. 32 constitui verdadeiro meio-termo entre a taxa e o imposto, não sendo nem a primeira nem o segundo. Conforme exposto adiante, o tributo previsto no art. 32 é uma contribuição social.[15]

8. Inconstitucionalidade do tributo como contribuição social

A Constituição caracteriza as contribuições sociais pela sua destinação, vale dizer, são ingressos necessariamente destinados a financiar a atuação da União no setor da ordem social.[16] As contribuições sociais são aquelas instituídas para manter a seguridade social.

Se a saúde é parte integrante da seguridade social (art. 194, CF) e o tributo previsto no art. 32 da Lei 9.656/1998 foi instituído para financiá-la, então podemos classificar tal tributo como contribuição social.

O art. 195, § 4.º, da Constituição Federal permite a instituição de contribuições não especificadas expressamente em seu texto, denominadas "contribuições sociais residuais", por meio de lei complementar.

Como a contribuição social descrita no art. 32 não foi prevista constitucionalmente, ela se trata de contribuição previdenciária residual. Sendo contribuição previdenciária residual, ela deveria ter sido instituída por meio de lei complementar e não por meio de lei ordinária, como foi. Portanto, esta contribuição previdenciária residual é inconstitucional.

9. Conclusão

O instituto previsto no art. 32 da Lei 9.656/1998 não pertence ao campo da responsabilidade civil, e sim do direito tributário. No entanto, como tributo, não preenche os requisitos constitucionais para sua criação e é, portanto, inconstitucional.

NOTAS

1 WESTIN, Ricardo. Planos de Saúde devem R$400 mi ao governo. *O Estado de S. Paulo*. Quarta-feira, 5 jul. 2006.

2 A ADIN 1931 proposta pela Confederação Nacional de Saúde – Hospitais, Estabelecimentos e Serviços (CNS), com Rel. Min. Marco Aurélio, aguarda julgamento, conforme informa o *site* do STF (www.stf.gov.br), em 4 set. 2006. A referida ação direta de inconstitucionalidade discute a inconstitucionalidade do art. 32 e diversos outros artigos da Lei 9.6561998.

3 Lei 9.656/1998: "Art. 32. Serão *ressarcidos* pelas operadoras a que alude o art. 1.º os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde – SUS.

§ 1.º O *ressarcimento* a que se refere o *caput* será efetuado pelas operadoras diretamente à entidade prestadora de serviços, quando esta possuir personalidade jurídica própria, ou ao SUS, nos demais casos, mediante tabela a ser aprovada pelo CNSP, cujos valores não serão inferiores aos praticados pelo SUS e não superiores aos praticados pelos planos e seguros.

§ 2.º Para a efetivação do *ressarcimento*, a entidade prestadora ou o SUS, por intermédio do Ministério da Saúde, conforme o caso, enviará à operadora a discriminação dos procedimentos realizados para cada consumidor.

§ 3.º A operadora efetuará o *ressarcimento* até o trigésimo dia após a apresentação da fatura, creditando os valores correspondentes à entidade prestadora ou ao Fundo Nacional de Saúde, conforme o caso.

§ 4.º O CNSP, ouvida a Câmara de Saúde Suplementar, fixará normas aplicáveis aos processos de glosa dos procedimentos encaminhados conforme previsto no § 2.º deste artigo" (grifos nossos).

4 MP 2177-44: "Art. 32. Serão *ressarcidos* pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1.º do art. 1.º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde – SUS.

§ 1.º O *ressarcimento* a que se refere o *caput* será efetuado pelas operadoras à entidade prestadora de serviços, quando esta possuir personalidade jurídica própria, e ao SUS, mediante tabela de procedimentos a ser aprovada pela ANS.

§ 2.º Para a efetivação do *ressarcimento*, a ANS disponibilizará às operadoras a discriminação dos procedimentos realizados para cada consumidor.

§ 3.º A operadora efetuará o *ressarcimento* até o décimo quinto dia após a apresentação da cobrança pela ANS, creditando os valores correspondentes à entidade prestadora ou ao respectivo fundo de saúde, conforme o caso.

§ 4.º O *ressarcimento* não efetuado no prazo previsto no § 3.º será cobrado com os seguintes acréscimos:

I – juros de mora contados do mês seguinte ao do vencimento, à razão de um por cento ao mês ou fração;

II – multa de mora de dez por cento.

§ 5.º Os valores não recolhidos no prazo previsto no § 3.º serão inscritos em dívida ativa da ANS, a qual compete a cobrança judicial dos respectivos créditos.

§ 6.º O produto da arrecadação dos juros e da multa de mora serão revertidos ao Fundo Nacional de Saúde.

§ 7.º A ANS fixará normas aplicáveis ao processo de glosa ou impugnação dos procedimentos encaminhados, conforme previsto no § 2.º deste artigo.

§ 8.º Os valores a serem *ressarcidos* não serão inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1.º do art. 1.º desta Lei" (grifos nossos).

5 Zannoni elenca os pressupostos da responsabilidade civil: "El *daño* constituye, de tal modo, uno de los presupuestos de la obligación de resarcir, o, si se prefiere, de la responsabilidad jurídica. No hay responsabilidad jurídica se no hay daño, pero el daño, para generar responsabilidad, debe haberse producido en razón de un *acto antijurídico* que, en su consideración objetiva, se atribuye a un sujeto sea a título de culpa (en sentido lato – dolo o culpa –) u otro factor de atribución objetivo (riesgo, obligación legal de garantía, etc.), mediando, además, una *relación de causalidad* adecuada entre el acto imputable – atribuido – y el daño" (grifos nossos). (Zannoni, Eduardo a. *El daño em la responsabilidad civil*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1993. p. 1-2.)

6 Sobre o tema, confiram-se as seguintes ementas:

"PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – ART. 32 DA LEI 9.656/98 – RESSARCIMENTO AO SUS PELAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE.

– Insurge-se a empresa agravante contra a decisão de 1.º grau que indeferiu o pedido de antecipação de tutela, nos autos da ação declaratória de nulidade de atos administrativos e nulidade de débito, relativo ao ressarcimento ao SUS, nos moldes do art. 32 da Lei 9.656/98 ajuizada em face da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

– O aumento de despesas para as empresas privadas será, obviamente, repassado aos beneficiários dos planos de saúde, que, justamente por não poderem contar com o sistema de saúde público, contratam os serviços dos planos privados, representando financiar por via indireta o sistema público de saúde, sem levar em conta os tributos já pagos para tal.

– O contratante de plano de saúde privado não tem obrigação de não se utilizar dos serviços de saúde pública, podendo optar por estes se lhe for mais conveniente, sem qualquer ônus adicional, não decorrendo disto enriquecimento sem causa da empresa contratada, desde que mantenha ela sua conduta nos termos da lei, respeitando o contrato firmado entre as partes.

– Provimento ao agravo" (TRF 2.ª Região – 2.ª Turma – Agravo de Instrumento 103238 – Processo 200202010414415/RJ – Rel. Juiz Paulo Espírito Santo – j. 20.08.2003).

"ADMINISTRATIVO – RESSARCIMENTO DO SUS – LEI 9.656/98, ART. 32.

I – O art. 32 da Lei 9.656/98 transfere, unilateralmente, à esfera privada o dever constitucional e originário do Estado de prestar, em caráter universal, serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde dos cidadãos, como prescrito no art. 196 da Constituição. Essa transferência de encargos terminará por resultar em aumento desordenado e incontrolável de despesas às operadoras de planos de saúde, recaindo tais aumentos sobre os seus contratados, sobre os valores de suas prestações. Dessa forma, o cidadão, que já não conta com a saúde pública, por ele financiada através do pagamento de tributos, tanto que se sente obrigado a contratar planos privados de saúde, terminará tendo por financiar, por via indireta, através das suas prestações, o próprio sistema público de saúde. Assim, todos os usuários de planos privados de saúde terminarão financiando a saúde pública, ainda que jamais se utilizem dos seus mecanismos. Em verdade, não se pode conceber que as operadoras privadas de tais planos, diretamente, e seus consorciados, indiretamente, passem, com isto, a suprir a deficiência estatal, desconsiderando os tributos que já pagam para isto.

II – Recurso provido" (TRF 2.ª Região – 2.ª Turma – Agravo de Instrumento – Processo 200202010076236/RJ – Rel. Juiz Castro Aguiar – j. 27.11.2002).

Vide também:

TRF 2.ª Região – 1.ª Turma – Agravo de Instrumento 97760 – Processo 200202010267169/RJ – Rel. Juíza Regina Coeli M. C. Peixoto – j. 10.02.2003; e

TRF 2.ª Região – 1.ª Turma – Apelação em Mandado de Segurança 43751 – Processo 200202010233111/RJ – Rel. Juíza Julieta Lídia Lunz – j. 10.02.2003.

7 Dois são os exemplos de tributos criados para custear a saúde pública: (i) a Cofins e a CPMF. A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) paga pelas pessoas jurídicas de direito privado, é destinada ao custeio da seguridade social (como seu próprio nome diz), o que engloba o custeio da saúde pública. A Contribuição Provisória sobre a Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF) (art. 195, § 4.º, C.F.) também foi criada para o custeio dos problemas de saúde pública do País.

8 BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. atual por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 62.

9 "O inciso II do art. 4.º do CTN refere-se a pseudotaxas, que disfarçam impostos com aplicação especial, sem qualquer proveito, próximo ou remoto, nem qualquer provocação do serviço pelo contribuinte" (BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*, p. 64)

10 MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. Coordenação de Ives Gandra Martins. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p. 24-31.

11 DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4, p. 446.

12 Vide nota 7.

13 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 1779.

14 SABBAG, Eduardo de Moraes. *Direito tributário*. 5. ed. São Paulo: DPJ, 2004. p. 62.

15 "A tônica das contribuições sociais não está nem no objetivo de custear as funções gerais e indivisíveis do Estado (como os impostos) nem numa utilidade divisível produzida pelo Estado e fruível pelo indivíduo (como ocorre com os tributos conhecidos como taxa).

A característica peculiar das contribuições sociais está na destinação a determinada atividade, exercitável por entidade estatal ou paraestatal, ou por entidade não estatal reconhecida pelo Estado como necessária ou útil à realização de uma função de interesse público. Aqui se incluem as exações previstas no art. 149 da Constituição [que inclui as contribuições sociais].

Têm-se aqui atividades específicas (do Estado ou de outras entidades) onde a nota da divisibilidade (em relação aos indivíduos) não é relevante para a caracterização da figura tributária específica. Ou seja, a atividade a cuja execução se destina a receita arrecadada não é necessariamente referível ao contribuinte, embora possa sê-lo, em maior ou menor grau, atualmente ou no futuro, efetiva ou eventualmente. Vale dizer, a existência ou não dessa referibilidade (da atividade ao contribuinte) é um dado acidental (que pode ou não estar presente) e não essencial (ou seja, não indispensável na identificação da exação). O que sobressai é a destinação do tributo àquela atuação específica.

Não atentar para o caráter acidental dessa 'contrapartida' é que tem levado ao considerar certas exações como figuras anfíbias, que ora são uma coisa (imposto), ora outra (taxa), o que, por si, já seria um indicador de que não devem ser nem uma coisa nem outra" (AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 83-84).

16 AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*, p. 53.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. atual. por Misabel Abreu Machado Deizi. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998.
FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.
GOMES, Orlando. *Contratos*. 25. ed. atual. por Humberto Theodoro Jr. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil* – Parte Especial – Do Direito das Obrigações. Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 11.
MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. Coordenação de Ives Gandra Martins. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.
MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
SABBAG, Eduardo de Moraes. *Direito tributário*. 5. ed. São Paulo: DPJ, 2004.
SAVATIER, René. *Traité de la responsabilite civile em droit français*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1939.
VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4, p. 21.
WESTIN, Ricardo. Planos de Saúde devem R$400 mi ao governo. *O Estado de S. Paulo*. Quarta-feira, 5 jul. 2006.
ZANNONI. Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1993.
www.planalto.gov.br – acesso em 12 abr. 2005
http://www.trf3.gov.br/index.php?id=25 – acesso em 15 abr. 2005
www.senado.gov.br – acesso em 14 abr. 2005

Ana Garfinkel
Advogada em São Paulo

CRISIS DE LA SOBERANÍA ESTATAL Y CONSTITUCIÓN MULTINIVEL

José A. Estévez Araujo *

CRISIS OF STATE SOVEREIGNTY AND MULTILEVEL CONSTITUTION

RESUMO

Este artículo analiza las transformaciones que la globalización y la integración regional han provocado en la soberanía estatal y en las constituciones, especialmente en Europa. La noción de "Constitución multinivel" intenta conceptualizar esos cambios y puede servir para resolver los conflictos que se producen entre las normas europeas, estatales y regionales en la UE.

PALAVRAS-CHAVE

Globalización, Soberanía, Integración regional, Constituición, UE

ABSTRACT

This article studies the changes that Globalization and regional integration have produced in State sovereignty and in the constitutions, especially in Europe. The notion of "multilevel constitution" aims to comprehend those changes and can provide a solution for the discrepancies between the European, national and regional norms in the EU.

KEYWORDS

Globalization, Sovereignty, Regional integration, Constitution, EU

LA SOBERANÍA Y SU CRISIS

Resulta ya un tópico decir que la soberanía estatal ha entrado en crisis. Esa crisis sería consecuencia de la globalización neoliberal y de los procesos de integración continental (como el que tiene lugar en Europa). Lo que no queda tan claro muchas veces es en qué consiste dicha crisis ni tampoco qué es lo que se entiende por "soberanía". Aquí se introducirán algunas consideraciones que pretenden contribuir a aclarar la discusión. Para ello se distinguirán dos ámbitos de la soberanía (el interno y el externo) y dos dimensiones de la misma (la material y la simbólica). De esta forma resultará más fácil determinar de qué manera la integración y la globalización han provocado la crisis de la soberanía.

En el ámbito interno, la dimensión material de la soberanía (entendida como característica del Estado moderno) consiste en que el poder político está por encima

de cualquier otro poder social. En este sentido, Negri y Hardt llegan a afirmar que el poder soberano se configura como una magnitud "trascendente", situada más allá del alcance de los ciudadanos y los grupos sociales (HARDTY NEGRI 2002: 88-90).

La pretendida superioridad del poder político sobre cualquier otro poder social radicado en el territorio del Estado tiene un componente real y un componente ficticio. El componente real deriva del "monopolio de la violencia" que los Estados modernos lograron alcanzar en el ámbito de sus respectivos territorios. Esa concentración monopolística de poder coactivo se manifiesta en que ninguna organización social es capaz de enfrentarse militarmente de forma abierta al ejército estatal. Pueden existir grupos armados que realicen actos violentos, pero éstos serán siempre clandestinos. En el momento en que uno de esos grupos controle efectivamente una parte del territorio o impida que las fuerzas armadas estatales accedan a él, el monopolio de la violencia habrá dejado de existir y la soberanía entrará en crisis. Es lo que ocurre en el caso de Colombia donde la guerrilla y los paramilitares tienen bajo su dominio porciones del territorio estatal a las que el ejército y la policía colombianos no tienen capacidad de llegar.

El componente ficticio de esta superioridad del poder político se refiere a sus relaciones con el ámbito económico (CAPELLA 1997: 112). A medida que el capitalismo evoluciona y el poder económico se concentra, la capacidad del poder político para decidir con independencia de los intereses de conglomerados empresariales concretos disminuye. Con la globalización neoliberal, la concentración de poder económico se exacerba hasta el punto de que las 200 mayores empresas del mundo tienen, según la ONU, un volumen de negocios superior al PIB de los 150 Estados no miembros de la OCDE. Hoy en día, cuando un Estado trata con una multinacional, la relación se plantea como una negociación (en el mejor de los casos), o como una imposición (por parte de la empresa) y no como una decisión o conjunto de decisiones que el poder político está en condiciones de imponer unilateralmente.

A la concentración de poder económico se une la "desterritorialización" como fenómeno que también hace entrar en crisis la superioridad material del poder estatal en el ámbito interno. La desterritorialización se traduce en una disminución o pérdida del poder de control del Estado sobre sus fronteras. La distinción interno / externo ha sido una dicotomía estructural del pensamiento político moderno y las fronteras han servido para delimitar el territorio sobre el que se ejerce la soberanía en su ámbito interno. El proceso de globalización neoliberal ha convertido las fronteras en enormemente permeables y los Estados ya no tienen poder para controlar las mercancías, los capitales, o las informaciones que circulan a través de las mismas (cf. STRANGE 2001). Como resultado, es perfectamente posible que fenómenos absolutamente cruciales para la economía de un país tengan lugar fuera de su territorio. Con ello, la capacidad de los Estados para determinar autónomamente su política económica ha disminuido enormemente en unos casos, llegando a desaparecer en otros.

La dimensión simbólica de la soberanía interna consiste en que el Estado se configura como fuente última de toda autoridad pública y como poder que decide en última instancia las controversias jurídicas. La dimensión simbólica del poder estatal no debe entenderse en ningún sentido como algo "irreal", sino como algo "inmaterial". La realidad tiene una dimensión simbólica en el sentido de que los entes que la integran, además de sus características físicas (tamaño, forma, color, olor...) tienen otras que proceden del significado que les atribuimos. Así, un trozo de tela tendrá un cierto tamaño y unos determinados colores (características físicas) pero el hecho de que nos emocionemos al verla o que nos indignemos si la queman no es el resultado de esos rasgos, sino de que se le ha atribuido un determinado significado social (por ejemplo, el de ser una bandera). El conjunto de significados que atribuimos a los objetos que nos rodean y a los hechos que acontecen conforman la dimensión simbólica de la realidad. Que toda la autoridad provenga del poder político estatal o que éste sea quien decida en última instancia deriva del significado que se atribuye a ese poder y forma, por tanto, parte de la dimensión simbólica del mismo.

La dimensión simbólica del ámbito externo de la soberanía está íntimamente relacionada con la del ámbito interno. Si en el interior el poder soberano se caracteriza por decidir en última instancia, en el exterior se manifiesta en que no hay ninguna entidad supraestatal que pueda dictar resoluciones jurídicamente vinculantes para los Estados. Un Estado tampoco puede prescribir resoluciones obligatorias jurídicamente para otro. El *ius belli* ilimitado y el derecho de no ingerencia serían corolarios de esa dimensión externa de la soberanía que configura el espacio global como un "pluriverso" político.

La dimensión simbólica de la soberanía en su ámbito externo se apoya en un rasgo material del poder de los Estados: no existe ningún poder militar estatal o supraestatal que sea irresistible. Es decir, no existe un ejército mundial que pueda imponerse a los Estados de la misma forma que el poder de éstos se impone a los ciudadanos. Tampoco existe un Estado que tenga una fuerza militar omnipotente. Los enfrentamientos entre Estados tienen una dimensión bélica, a diferencia de las cuestiones de orden público interno, que tienen un carácter policial.

El siguiente esquema puede servir para recapitular las diferentes dimensiones y ámbitos de la soberanía acerca de las que se ha hablado hasta ahora:

PODER SOBERANO DEL ESTADO	MATERIAL	SIMBOLICO
INTERNO	MONOPOLIO DE LA VIOLENCIA	DECISIÓN EN ÚLTIMA INSTANCIA
EXTERNO	PLURIVERSO POLÍTICO	NO INGERENCIA + IUS BELLI

La dimensión material y la simbólica de la soberanía estatal en su ámbito externo han entrado en crisis. Tras el final de la Guerra Fría, Estados Unidos ha acumulado un poder militar enormemente superior a la del resto de los países más desarrollados del planeta (V. p. ej. HELD y OTROS: 1999). Esta inmensa maquinaria bélica ha permitido que ese país haya llevado a cabo (solo o en coalición), acciones de castigo contra otros Estados más parecidas a actuaciones policiales que a un enfrentamiento bélico. Pensemos en la invasión de Panamá en 1989, que destruyó completamente uno de los barrios más populares de la capital y produjo un número indeterminado de muertos entre los civiles panameños sin causar bajas entre los militares norteamericanos. O recordemos que la primera invasión de Irak causó 148 muertos entre las fuerzas estadounidenses (1/4 a causa de "fuego amigo", mientras que produjo entre 26.000 y 150.000 víctimas civiles y militares iraquíes [FISK 2006: 889]. Podemos pensar también en la invasión de Afganistán tras el 11S o en los bombardeos contra Serbia para "proteger" a los albano-kosovares. En todos esos casos, la disparidad de medios materiales y el grado de desarrollo de la tecnología militar norteamericana convirtió a los atacantes en prácticamente invulnerables en relación con los medios de defensa (especialmente antiaérea) de los atacados. Además, todas esas operaciones fueron presentadas como acciones de castigo en las que se mezclaban la retórica de la guerra con un lenguaje eminentemente policial. Para muchos Estados, pues, el ejército norteamericano se ha convertido en una fuerza irresistible, al menos mientras no pretenda invadir su territorio para conquistarlo.

Por otro lado, los Estados están hoy en día sujetos a los dictados jurídicamente obligatorios de diversas organizaciones internacionales. La Carta de la ONU limita el ejercicio del *ius belli* a los supuestos de legítima defensa en sentido estricto. La ONU tiene competencia para imponer sanciones a los infractores de esta norma, de las que sólo pueden sustraerse jurídicamente los cinco Estados que tienen derecho de veto en el Consejo de Seguridad. Organizaciones internacionales que han surgido o han sido remodeladas en el marco de la globalización neoliberal (como la Organización Mundial del Comercio, el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial) también dictan resoluciones jurídicamente obligatorias para los Estados y tienen poder sancionador sobre éstos. El mundo en el que los Estados no reconocían ninguna instancia superior ha dejado, pues, de existir aun cuando el nuevo (des)orden mundial no sea un universo político, sino algo más complejo y caótico.

LA MUTACIÓN DEL ESPACIO JURÍDICO-POLÍTICO EN LA UNIÓN EUROPEA

Algunas de las facetas de la "crisis de la soberanía" analizadas hasta aquí se han manifestado con especial vigor en Europa como consecuencia del proceso de integración

regional. Así el proceso de desterritorialización ha tenido una gran intensidad en los Estados de la Unión Europea, especialmente a partir de 1986 en que se inicia la construcción del "mercado único". Esa "unificación" ha significado la implantación de la libre circulación de mercancías, capitales y personas a través de las fronteras de los Estados miembros. Con ello, los límites territoriales de los Estados de la Unión se han vuelto absolutamente porosos y los poderes políticos estatales han perdido el control sobre factores y elementos que afectan directamente a sus intereses vitales.

Desde 1986 se ha intensificado también la privatización de la producción jurídica en el ámbito de la CE / UE. Esta "privatización" es consecuencia, por un lado, de la concentración de poder económico que propicia la integración regional en el contexto de la globalización. Por otro, es el resultado de la utilización de los grupos de interés como canal de diálogo entre la Comisión Europea y la "sociedad civil" (acerca de la importancia y dimensión de los *lobbies* que actúan en Bruselas v. CEO 2002). La conjunción de esos dos factores ha incrementado exponencialmente la capacidad de influencia de los conglomerados de poder económico en la determinación de los contenidos de las normas europeas.

Pero lo que más nos interesa aquí son las transformaciones resultantes de la transferencia de competencias soberanas desde los Estados hacia las instituciones europeas. Éstas han adquirido facultades legislativas, ejecutivas y judiciales como consecuencia de este proceso. Ello ha afectado a la dimensión simbólica de la soberanía estatal tanto en su ámbito externo como interno: en determinadas materias ya no son los órganos estatales los que deciden en última instancia y la UE puede dictar resoluciones jurídicamente vinculantes para los Estados miembros (no sólo de carácter individual, sino también con forma de normas generales).

El proceso de integración europea no ha tenido como consecuencia, sin embargo, que la Unión se convierta en *la* instancia soberana. La soberanía en Europa ha experimentado una transformación que algunos autores han interpretado como una "dispersión" de la misma (SCHMITTER 1996). Aquí, siguiendo los textos del inventor del concepto de soberanía, vamos a caracterizar la situación que ésta vive en la Unión Europea como una pérdida de su carácter indivisible.

La división de la soberanía

Para entender lo que ha ocurrido con la soberanía en Europa puede resultar de utilidad partir de lo que Bodin considera las "marcas" de la soberanía, es decir, los poderes que caracterizan esa facultad. Para Bodin, las marcas de la soberanía son cuatro: el poder de dictar las leyes, el poder de declarar la guerra, el poder de decidir en última instancia y el poder de suspender la vigencia de las leyes. Estas funciones están articuladas entre sí y configuran un sistema que es lo que en su conjunto constituye la soberanía (BODIN 1986: 306 y ss.).

La soberanía así concebida es indivisible. No en el sentido de que tenga que ser ejercida por una única persona u organismo, sino porque el fundamento último de la legitimidad de esta serie de facultades soberanas es unitario. Eso es lo que hizo posible que, con el traspaso de la soberanía al pueblo y la aparición del Estado de Derecho primero y del Estado constitucional después, se subdividieran las marcas de la soberanía de las que habla Bodin y se atribuyeran a diferentes órganos o entidades, sin que eso significase la pérdida de su carácter indivisible. Así por ejemplo, el poder de crear derecho se subdividió en el poder constituyente por un lado y el poder de dictar las leyes por otro. O la facultad de decidir en última instancia se subdividió en distintos poderes, como el de decir la última palabra acerca de la aplicación correcta de las leyes o el de establecer la interpretación correcta de la constitución.

El que la subdivisión y atribución a distintos sujetos de las marcas de la soberanía no cuestionase la unidad de la misma se debió, como se ha señalado ya, a que la fuente última de la legitimidad de esa soberanía era única: al hecho de que de manera directa o indirecta (y más o menos ficticia) todos esos poderes podían reconducirse en último extremo a la voluntad popular. En aquellos lugares y situaciones en los que se dio un dualismo de fuentes de legitimidad (como en el caso del Imperio Alemán, en que existía una legitimidad monárquica independiente de la legitimidad democrática) se produjeron conflictos jurídico-políticos insolubles. Pero donde estuvo claro que la fuente última de legitimidad de todos esos poderes soberanos era única, fuera la voluntad monárquica o la voluntad popular, la subdivisión de los poderes soberanos no tuvo como consecuencia una crisis de la unidad de la soberanía.

La construcción europea ha afectado al carácter indivisible de la soberanía. La fragmentación de la soberanía se ha puesto de manifiesto, especialmente, en la pretensión manifestada por el Tribunal de Justicia europeo de que la Unión Europea tiene una fuente de legitimidad originaria y diferente de la de los Estados miembros. De acuerdo con esta tesis, los Tratados Constitutivos provendrían de un poder o voluntad que los legitimarían y que serían distintos de los que legitiman las constituciones de los Estados miembros (CANTARO 2003: 80-86, POIARES 2003b: 23-25).

Lo que no queda claro es cuál es esa fuente de legitimidad específica de la Unión Europea. No puede ser el pueblo europeo porque esa entidad no existe. Pero en unas ocasiones parecería que la fuente originaria de la legitimidad de la Unión Europea serían los pueblos europeos y en otras que fuesen los Estados europeos. En cualquier caso, la afirmación de ese carácter originariamente legítimo de los Tratados Constitutivos está en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo y es esa pretendida dualidad de fuentes últimas de legitimidad la que provoca la división de la soberanía en el seno de la Unión Europea (entendida ésta como el conjunto formado por las instituciones europeas y las de los Estados miembros) (CANTARO 2003: 80-86).

El pluralismo jurídico

Esta "división" de la soberanía genera, a su vez, una situación de pluralismo jurídico. Para entender qué se quiere decir con esa afirmación se puede partir de la idea kelseniana de que el sistema jurídico tiene una estructura piramidal. Esa imagen significa que la validez de las normas jurídicas depende de lo establecido en otras normas, que señalan los requisitos que deben cumplirse para la promulgación de las primeras. El hecho de que unas normas regulen o contengan las condiciones de validez de otras normas establece una jerarquía entre ellas y confiere un carácter escalonado al sistema jurídico. Éste conforma metafóricamente una pirámide en el sentido de que en última instancia todas las normas derivan su validez de un fundamento único que es la constitución o, más exactamente, (dicho en términos kelsenianos) la "norma fundamental", es decir, la norma que señala quien tiene legitimidad para dictar la constitución.

La concepción de los sistemas jurídicos como pirámides estructuradas jerárquicamente plantea problemas incluso en el caso de los derechos estatales (OST Y KERCHOVE 2000). Pero aquí lo que interesa señalar son los efectos que ha tenido la integración europea sobre la estructura del sistema jurídico. El punto de vista que aquí se sustenta es -siguiendo los planteamientos de MacCormick-, (MAC CORMICK 1996) que el proceso de integración europea ha puesto en cuestión la estructura piramidal del sistema jurídico o, dicho más precisamente, ha generado una situación en la que resulta imposible reconstruir la relación entre los ordenamientos jurídicos estatales y el ordenamiento jurídico comunitario de manera que se pueda configurar una pirámide jurídica única. Esto es así en primer lugar por una razón que ya se ha señalado y es que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia europeo, los Tratados Constitutivos de la Unión Europea tienen una legitimidad originaria. Eso significaría que el derecho comunitario tendría un fundamento último de validez diferente del de los ordenamientos de los Estados miembros.

De las concepciones que existen de la relación entre el derecho comunitario y el derecho estatal, la visión monista que reconduce los ordenamientos a una pirámide única presidida por el derecho europeo es, pues, una solución inadecuada. También lo es la concepción dualista, puesto que el ordenamiento europeo y los ordenamientos estatales no pueden ser vistos como sistemas jurídicos independientes, que no se interfieren en su actuación y que pueden ignorarse mutuamente. Por tanto la visión más adecuada es la concepción pluralista que sostiene, entre otros, MacCormick (MAC CORMICK 1996). Según ésta, la aparición del derecho comunitario ha generado una situación de pluralismo jurídico, quebrando, así, una característica definitoria del Estado en la Modernidad: el monismo jurídico, el principio de que en el territorio de cada Estado rijan las normas de un único sistema jurídico.

LA CONSTITUCIÓN "MULTINIVEL"

Las reflexiones más interesantes que se han hecho en los últimos años en torno al concepto de constitución han sido en relación con la normativa de la Unión Europea. Uno de los debates más productivos en este ámbito ha sido el relativo a si la Unión Europea puede tener una constitución. Que el documento que elaboró la Convención Europea se denominara "Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa" o que el texto adoptado por la Conferencia Intergubernamental en octubre de 2004 llevase por título "Tratado por el que se establece una Constitución para Europa" pone de manifiesto hasta qué punto el debate sigue abierto: la normativa fundamental europea ¿debe ser considerada y tratada como un conjunto de normas de derecho internacional o como una constitución?.

La polémica acerca de si Europa podía o no tener una constitución en el sentido estricto del término se inició con un debate entre Grimm y Habermas (GRIMM 1997 y HABERMAS 1997). En el transcurso de la discusión acerca de si la UE tenía las características necesarias para poder dotarse de un ordenamiento constitucional hubo un grupo de autores que sostuvieron que la UE no sólo podía tener una constitución, sino que, de hecho, ya tenía una (V. p.ej. LANFRIED 2002, MAC CORMICK 1999, WEILER, 2003). Y uno de estos autores, Pernice, es el que elaboró el concepto de constitución "multinivel" (PERNICE 1999).

Como ya se ha señalado, la tesis de que la UE tiene una constitución se basa en la doctrina del Tribunal de Justicia europeo que considera que los Tratados Constitutivos son esa constitución. Esta doctrina no es sino el corolario de las tesis de la supremacía y del efecto directo del derecho europeo sustentadas también por la jurisprudencia del tribunal europeo desde finales de los sesenta. El "plus" consiste en la consideración de que los Tratados Constitutivos tienen una fuente de legitimidad propia e independiente de las constituciones de los Estados miembros.

La necesidad de acuñar un nuevo concepto para referirse a la Constitución europea (el de constitución "multinivel") pone ya de manifiesto que nos encontramos ante un fenómeno constitucional con características diferentes de las constituciones tradicionales. Esa constitución "multinivel" estaría integrada por los Tratados Constitutivos de la UE y por las constituciones de los Estados miembros, es decir, por normas de nivel europeo y normas de nivel estatal (ése es un primer sentido del término "multinivel").

Un segundo sentido del término tiene que ver con la imposibilidad de reconstruir la pirámide kelseniana a escala europea. El pluralismo jurídico existente en la Unión ha provocado diversas disputas entre los tribunales constitucionales de los Estados miembros y el Tribunal de Justicia de la UE acerca de quién tiene la facultad de decidir en última instancia. El hecho de que los ordenamientos estatales y el ordenamiento europeo remitan a normas fundamentales distintas es lo que provoca esos conflictos. De momento, las disputas han podido ser solventadas políticamente, pero

no tienen una clara solución jurídica. En este sentido, la idea de constitución "multinivel" se contrapondría a la noción de un sistema jurídico integrado por normas jerárquicamente escalonadas y con una "cúspide" claramente identificada.

Una constitución "multinivel" o una situación de pluralismo jurídico plantean el problema de si resultan "sostenibles". Hasta ahora, los conflictos que se han producido entre los tribunales han sido puntuales y poco frecuentes. Pero ¿qué ocurriría si la conflictividad se acentuara? ¿Podría soportarlo la constitución multinivel? O, por el contrario ¿hay que considerar el pluralismo jurídico como un estadio transitorio e imperfecto que es preciso superar?.

Hay autores que consideran que esta situación sólo se podría sostener si se creara un órgano que resolviese los conflictos entre los tribunales constitucionales y el Tribunal europeo. Se trataría de una instancia integrada por jueces europeos y representantes de los tribunales constitucionales. Pero no resulta claro que la creación de un organismo con esas características pudiera resolver los problemas. Los conflictos se volverían a reproducir en su seno. Y éstos únicamente se podrían solucionar estableciendo de una vez por todas cuál es la norma que debe prevalecer.

Se puede pensar que la aprobación del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* hubiera solucionado la cuestión. El proceso de ratificación no se ha completado tras el resultado negativo de los *referenda* de Francia y Holanda. Y en estos momentos (abril de 2006) el "proceso constituyente" europeo se encuentra paralizado. De todas formas, la aprobación de la llamada "Constitución Europea" no hubiera solucionado los problemas. Es verdad que el Tratado incorpora la Carta Europea de los Derechos Fundamentales aprobada en Niza. Es cierto también que la fuente principal de potenciales conflictos reside en la violación de los derechos constitucionales por las normas derivadas europeas. Pero los dificultades subsistirían porque los derechos reconocidos en la Carta Europea son menos, tienen menor entidad y su contenido es más impreciso que el de los derechos fundamentales de las constituciones de los Estados miembros. Una directiva europea (o una ley europea según la terminología del Tratado) podría ajustarse a la Carta Europea y, a la vez, vulnerar un derecho reconocido en la Constitución Española. En ese caso, se reproduciría el conflicto: el Tribunal Constitucional español podría hacer valer su condición de guardián de la constitución frente a cualquier norma que la infrinja y el Tribunal de Justicia su competencia exclusiva para decidir acerca de la validez de la normativa europea. Y, en cualquier caso, no sería bueno para los ciudadanos europeos que se atribuyera a la Carta el carácter de norma fundamental en detrimento de la mayor riqueza de derechos contenidos en las constituciones estatales.

Hay autores, como POIARES MADURO que consideran que la situación de pluralismo jurídico no sólo es sostenible, sino que, además, es deseable. Este autor sugiere que una concepción "contrapuntística" del derecho podría servir para solucionar los eventuales problemas (POIARES MADURO 2003a y 2003b). El contrapunto es una

técnica musical que consigue armonizar diversas melodías que suenan simultáneamente y al mismo nivel. De modo análogo, el derecho contrapuntístico podría hacer que funcionaran de forma armónica normas de sistemas jurídicos distintos aunque "sonaran" al mismo tiempo (es decir, aunque no hubiese una relación de jerarquía clara entre ellas).

La práctica contrapuntística del derecho exigiría la utilización de técnicas y planteamientos nuevos. Esas innovaciones encontrarían un lugar privilegiado de aplicación en la actividad del Tribunal de Justicia y de los tribunales constitucionales. Se trataría de que cada uno de esos órganos tuviera en cuenta la perspectiva y la jurisprudencia de los demás. De ese modo, el Tribunal de Justicia debería tomar en consideración la doctrina constitucional de los Estados miembros. Por su parte, cada tribunal constitucional tendría que tener en cuenta los planteamientos de sus homólogos y del Tribunal de Justicia para dar a su tarea una dimensión a la vez estatal y europea. El objetivo sería crear una especie de "comunidad de intérpretes" de la constitución (multinivel) europea (por usar una expresión clásica de Häberle), o una "comunidad de diálogo" entre tribunales estatales y europeos si utilizamos la fórmula de Poiares Maduro.

Pero la idea de constitución "multinivel" plantea un problema: el de la legitimidad autónoma del derecho europeo. El Tribunal de Justicia ha sostenido que el derecho europeo goza de una legitimidad originaria. Eso significa que su validez no deriva de las constituciones de los Estados miembros, sino que hay una fuente que le proporciona legitimidad directamente. Pero, como ya se ha señalado, no queda claro cuál podría ser esa fuente: ¿Los Estados? ¿Los pueblos de Europa? ¿Los ciudadanos europeos? ¿Los derechos humanos?....

El autor que acuñó la noción de Constitución "multinivel", Pernice, sustenta la tesis de que la fuente de legitimidad originaria del derecho europeo es el conjunto de los pueblos que integran la UE. El fundamento de esta tesis se encuentra en su interpretación de las llamadas "cláusulas de escape" contenidas en las constituciones de los Estados miembros. Se denominan "cláusulas de escape" a aquellos artículos constitucionales que autorizan la transferencia de competencias o funciones soberanas (legislativas, ejecutivas y judiciales) a los órganos europeos. Pues bien, Pernice interpreta estas normas como parcelas de poder constituyente que los diferentes pueblos se han reservado para poder formular un "contrato social" europeo. A través de esas cláusulas y en el ejercicio de esa reserva de poder constituyente los pueblos europeos habrían dotado de legitimidad originaria al derecho europeo y, especialmente, a los Tratados Constitutivos (PERNICE 1999: 717).

La tesis de que las cláusulas de escape pueden interpretarse como porciones del poder constituyente que los pueblos se reservan resulta sugerente. Sin embargo, lo que constituye una idealización inaceptable del proceso de integración europea es la identificación que hace Pernice de la voluntad de los pueblos con la voluntad de sus respectivos Estados. Para este autor, los mecanismos de representación política

suponen una garantía suficiente de que la voluntad expresada por los órganos estatales se corresponde con la voluntad popular (cfr. PERNICE 1999: 716). Por tanto, las transferencias de competencias realizadas a través de las vías previstas por las diferentes "cláusulas de escape" valen como ejercicio directo de poder constituyente por parte de los diversos pueblos europeos.

En contra de esta tesis debe decirse que el ejercicio real del poder constituyente por parte del pueblo exige un reforzamiento al máximo nivel de los mecanismos de participación política. Precisa la utilización de los recursos de la democracia representativa y los de la democracia directa. Necesita que se ideen procedimientos para que los ciudadanos no tengan un papel meramente pasivo, sino que puedan participar activamente en la configuración de sus constituciones. Todo ello sólo es posible en situaciones en las que el grado de movilización hace que la implicación de las personas en el proceso político sea tan intensa como en sus asuntos particulares. Y nada de todo esto se ha dado ni por asomo a escala de los "pueblos de Europa" en el proceso de integración europea. La llamada "construcción de Europa" ha sido y es un proceso esencialmente elitista. Los ciudadanos sólo han participado directamente de forma puntual en aquellos países en los que la ratificación de los Tratados europeos se ha hecho por medio de *referenda*. Y la respuesta de esos "pueblos" ha sido negativa en momentos cruciales ("no" danés a Maastricht, "no" irlandés a Niza, "no" francés y holandés al proyecto de "constitución").

En un libro muy instructivo, Luciano Cánfora afirma que los regímenes políticos europeos han ido evolucionando hacia lo que denomina un "sistema mixto". El sistema político "mixto" se compone de un poco de democracia y un mucho de oligarquía (CANFORA 2004: 248). Es el resultado de unas leyes electorales que limitan las opciones "útiles" que el votante puede elegir y de un desplazamiento de los centros reales de decisión a lugares fuera del alcance de los mecanismos de exigencia de responsabilidad política. Decir que en estos "sistemas mixtos" las decisiones resultantes de los procedimientos institucionales se pueden identificar sin reservas con la voluntad del pueblo es una auténtica mistificación.

Una mistificación de rango similar fue la inclusión al inicio del *Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa* de una supuesta cita de Tucídides que rezaría como sigue: "Nuestra constitución es llamada 'democracia' porque el poder está en las manos no de una minoría, sino de todo el pueblo". Pretender que esa frase refleja la realidad del funcionamiento de la Unión Europea es, llana y simplemente, una falsedad. Lo sería asimismo la afirmación de que el Proyecto tiene como finalidad instaurar en la UE una 'democracia' en ese sentido. Y de hecho, como pone de manifiesto Cánfora, también es una falsedad la atribución de esa frase a Tucídides, pues lo que éste dijo tenía un contenido bastante diferente (V. CANFORA 2004: 16). Quizá fue la denuncia de esta falsificación lo que hizo que se suprimiese la cita del texto definitivo del Tratado.

En realidad, si admitimos la tesis de la reserva de poder constituyente, entonces el derecho europeo carece de legitimidad. Dicho de otro modo: si para que la construcción europea sea legítima es necesario que sea fruto de la voluntad constituyente de los pueblos de Europa, entonces lo construido hasta ahora es ilegítimo. Desde luego, los mecanismos previstos en las diferentes cláusulas de escape no proporcionan esa fuente de legitimidad. Mucho menos en el caso español en el que las transferencias de soberanía pueden hacerse simplemente por ley orgánica (art. 93 CE). La tesis de la reserva de poder constituyente nos llevaría pues al "meollo" del llamado "déficit democrático" de la Unión Europea: la integración europea debería haber revestido el carácter de un proceso constituyente en sentido estricto para ser legítima. Como no ha sido así, adolece de una falta de legitimidad que sólo podría subsanarse si se planteasen los objetivos y medios de la construcción europea en el marco de un debate auténticamente participativo al más alto nivel que la imaginación permita.

También en el caso de POIARES MADURO se advierten síntomas de idealización del proceso de integración europea, de confusión entre lo que se quiere que sea y lo que realmente es. Así, este autor habla de una "comunidad jurídica" europea entendida como comunidad "de diálogo"que daría al derecho de la UE un carácter "discursivo" (POIARES MADURO 2003b: 24, 30 y 33). Desde luego, pretender que el derecho europeo en cualquiera de sus formas sea el resultado de un diálogo (es decir, del intercambio de argumentos entre personas iguales que están dispuestas a convencer y a dejarse convencer sólo por la fuerza de la razón) es una falsedad del mismo calibre que la de presentar los Tratados Constitutivos como fruto de la voluntad inmediata de los pueblos de Europa. El mismo Poiares Maduro proporciona pruebas de que se trata de una mistificación cuando dice que junto a los tribunales nacionales y europeo forman parte de esa "comunidad del diálogo" una "élite de litigantes" conformada por las compañías transnacionales y sus abogados (POIARES MADURO 2003b: 41). El caso de este autor pone de manifiesto una vez más hasta qué punto las categorías de la racionalidad discursiva, aunque originariamente tengan una intencionalidad crítica, pueden ser utilizadas para legitimar la realidad existente por el procedimiento de idealizarla.

UN POCO DE POLÍTICA FICCIÓN PARA TERMINAR

En un libro recientemente traducido al castellano, Thomas Pogge expone su visión de lo que sería un orden mundial cosmopolita (POGGE 2005: 215-248). Ese orden no se basaría en la creación de un Estado mundial, sino en la articulación de una multiplicidad de unidades políticas de diferente amplitud territorial: regional, estatal, continental y mundial. No existiría ninguna entidad soberana, pues este autor defiende que la soberanía "se disperse ampliamente a lo largo de la dimensión vertical"

(POGGE 2005: 227). Nos encontramos, pues, ante el diseño de un orden mundial que podría ser considerado "multinivel".

En este orden, la distribución de competencias entre las diversas unidades políticas se haría en función de un criterio eminentemente democrático: estarían legitimadas para decidir la o las entidades que integrasen a las personas afectadas de forma "significativa" por la cuestión de que se trate (POGGE 2005: 236). Obviamente, para que una organización institucional de estas características resultase viable sería necesario que se implantara un conjunto de mecanismos horizontales y verticales que resolviesen los conflictos de forma consensuada utilizando procedimientos de mediación y negociación. La imaginaria comunidad de tribunales constitucionales y Tribunal de Justicia europeo de que habla Poiares constituiría un ejemplo posible de mecanismo de este tipo.

El orden cosmopolita que diseña Pogge exigiría también que las personas formaran parte de las entidades políticas por elección, es decir, voluntariamente. Eso requeriría una reconfiguración del diseño actual para asegurar que las personas que integren las unidades políticas estén juntas porque efectivamente lo han decidido así. Pogge da una serie de indicaciones que permitirían que ese proceso de reconfiguración se realizase de forma ordenada y diera lugar a unidades políticas viables (POGGE 2005: 241-244). Y, además, subraya que los conjuntos de personas que decidiesen constituir una unidad política no tendrían por qué tener el grado de homogeneidad propio de las naciones. El derecho de autodeterminación no es ni exclusivo de los grupos nacionales ni de obligatorio ejercicio para éstos. Un grupo nacional puede autodeterminarse si así lo decide, pero también puede hacerlo un conjunto de personas que no se considere a sí mismo una nación (POGGE 2005: 245).

Esta digresión viene a cuento de que en nuestro país no se hayan articulado el debate político en torno a la constitución europea y los debates relativos a la reforma de los estatutos de autonomía, especialmente el de Catalunya. Ni en el debate que tuvo lugar en torno al referéndum de febrero de 2005 se planteó la cuestión de los efectos que la normativa europea tiene sobre los estatutos de autonomía, ni se ha planteado ese tema en la larguísima y abrupta discusión (que aún continúa) sobre el Estatut catalán. Es como si la normativa europea por un lado y la Constitución y los estatutos de autonomía, por otro, perteneciesen a universos diferentes separados en compartimentos estancos.

Sin embargo, los cambios que ha introducido la construcción europea en el sistema constitucional de los Estados miembros no se limitan al problema de la articulación de las normas comunitarias y las constituciones estatales. La integración ha provocado mutaciones constitucionales que han transformado el diseño institucional de los Estados miembros en aspectos fundamentales. Así, por ejemplo, en el caso español, la sujeción del juez a la ley ha resultado modificada por la primacía del

derecho comunitario: según la Constitución, un juez no puede dejar de aplicar una ley que considere inválida, pero según el Tribunal de Justicia sí puede hacerlo si la cree contraria al derecho comunitario.

Además, la integración europea no sólo ha afectado a las constituciones de los Estados miembros, sino también a los ordenamientos regionales en los Estados que tienen estructura federal o un régimen autonómico. Las transferencias de competencias a la Unión Europea, la asunción por parte de ésta de la política monetaria en la zona euro, los límites que desde las instituciones europeas se imponen al déficit o a la deuda públicas son ejemplos de procesos que pueden afectar a las competencias de los órganos regionales o a su capacidad presupuestaria. Por otro lado, la supremacía del derecho europeo puede dar lugar a que una directiva europea (aprobada con el concurso del gobierno central), contradiga un Estatuto de Autonomía u otro ordenamiento regional. En este sentido, la participación del Comité de las Regiones en los procesos decisorios de la UE es un mecanismo insuficiente para solucionar todos los problemas que pueden plantearse, dado su carácter meramente consultivo.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, la constitución "multinivel" debería comprender no sólo los Tratados Constitutivos y las constituciones estatales, sino también las normas superiores de los ordenamientos territoriales de los Estados federales o autonómicos. Pues la integración europea no sólo plantea el problema de las relaciones entre los Tratados y las Constituciones, sino también el de las relaciones entre aquellos y las normas regionales. Estaríamos, pues, ante una *multilevel constitution* de (al menos) tres niveles diferentes.

Finalmente, si aplicásemos las tesis de los teóricos multinivel y los productos de la imaginación cosmopolita a las relaciones entre la Constitución española y los estatutos de autonomía podríamos obtener un panorama como el siguiente: no existiría una norma suprema ni una instancia soberana; las controversias que se plantearan entre la Constitución, los Estatutos y los Tratados tendrían que resolverse mediante mecanismos horizontales y verticales de resolución consensuada de conflictos; las cláusulas de la Constitución española que reconocen la posibilidad de crear Comunidades Autónomas deberían interpretarse como reservas de poder constituyente a favor de los ciudadanos para configurar subconjuntos que constituyan unidades políticas autónomas; y el derecho de autodeterminación que derivaría de esa reserva de poder constituyente tendría que entenderse como un derecho de carácter democrático y no de carácter nacional (es decir, los subconjuntos de ciudadanos que se consideren una nación podrían ejercer ese derecho, pero sin ningún privilegio respecto de otros subconjuntos que carezcan de sentimiento nacional, pero que expresen su deseo de autogobernarse).

Un panorama como el dibujado no tendría que resolver los conflictos de competencia mediante decisiones impuestas por la vía de la jerarquía, sino por medio del diálogo entre comunidades autónomas, de éstas con el gobierno central y también

con los órganos europeos y los otros Estados de la UE en su caso. Estos mecanismos tendrían que asegurar que las decisiones fueran adoptadas por aquellos a quienes afectasen significativamente. Pero, para que eso fuera posible, España tendría que ser diferente en un sentido distinto al de la propaganda franquista que atraía a los turistas a disfrutar del sol de nuestras playas. Y Europa, desde luego, tendría que ser otra cosa.

: ARTIGO CONVIDADO

NOTAS

* Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Barcelona. Autor de los libros *La crisis del Estado de Derecho Liberal* (Barcelona, 1989), *La constitución como proceso y la desobediencia civil* (Madrid, 1994) y *El revés del derecho* (Bogotá, 2006).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(BODIN 1986): BODIN, Jean: *Les six livres de la République*, Paris, Fayard.
(CÁNFORA 2004): CÁNFORA, Luciano: *La* Democracia, Crítica.
(CANTARO 2003): CANTARO, Antonio: *Europa sovrana*, Bari, Dedalo.
(CAPELLA 1997): CAPELLA, Juan Ramón, *Fruta prohibida*, Madrid, Trotta.
(CEO 2002): Corporate European Observer: *Europa S.A.*, Barcelona, Icaria.
(FISK 2006): FISK, Robert: *La gran guerra per la civilització*, Barcelona, RBA.
(GOWAN AND ANDERSON 1997): GOWAN, P. and ANDERSON, P. (Eds.): *The Question of Europe*, London, Verso.
(GRIMM 1997): GRIMM, Dieter: "Does Europe need a Constitution?", en GOWAN AND ANDERSON 1997, pp. 239-258.
(HABERMAS 1997): HABERMAS, Jürgen: "Reply to Grimm", en GOWAN AND ANDERSON 1997, pp. 259-264.
(HARDT Y NEGRI 2002): HARDT, Michael y NEGRI, Antonio: *Imperio*, Barcelona, Paidós.
(HELD, David Y OTROS 1999): *Global Transformations*, Cambridge, Polity.
(LANFRIED 2002): LANFRIED, Christine: "Vers un État constitutionnel européen", en DEHOUSE, Renaud: *Une constitution pour l'Europe*, Presses de Sciences Po, 2002, pp. 79-113.
(MAC CORMICK 1996): MAC CORMICK, Neil: "La sentencia de Maastricht: soberanía ahora", en *Debats*, 55, (marzo de 1996), pp. 25-30.
(MAC CORMICK 1999): MAC CORMICK, Neil: *Questioning Sovereignty*, Oxford University Press.
(OST Y KERCHOVE 2000): OST, François y KERCHOVE, Michel van: "De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit?", en *Revue Interdisciplinaire d' Études Juridiques*, 2000, 44, pp. 1-82.
(PERNICE 1999): PERNICE, "Multilevel Constitutionalism an the Treaty of Amsterdam", en *Common Market Law Review*, 1999, pp. 703-750.
(POGGE 2005): POGGE, Thomas, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Barcelona, Paidós.
(POIARES MADURO 2003a): POIARES MADURO, Miguel: "Europe and the Constitution: what if this is as good as it gets?", en WEILER Y WIND 2003 pp. 74-102.
(POIARES MADURO 2003b): POIARES MADURO, Miguel: "Las Formas del Poder Constitucional de la Unión Europea", en *Revista de Estudios Políticos*, 119, pp. 11-55.

(SCHMITTER 1996): SCHMITTER, Philippe C. "Examining the Present Euro-polity with the Help of New Concepts", en G. Marks, F.W. Scharpf, P.C. Schmitter y W. Streeck: *Governance in the European Union*, London, Sage, 1996, pp. 121-150.
(STRANGE 2001): STRANGE, Susan: *La retirada del Estado*, Barcelona, Icaria.
(WEILER, 2003): WEILER, J.H.H.: "In defence of the status quo: Europe's constitutional *Sonderweg*" en WEILER Y WIND 2003, pp. 7-23
(WEILER Y WIND 2003): WEILER, J.H.H. y WIND, Marlene (eds.): *European Constitutionalism beyond the State*, Cambridge University Press.

José A. Estévez Araujo

Catedrático de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Barcelona

O DIREITO À IGUALDADE NA RELAÇÃO FAMILIAR: UMA PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

Karime Costalunga [1]

THE CONCUBINE'S RIGHT OF INHERITANCE: AN INTERPRETATION OF ARTICLE 1.790 OF THE NEW BRAZILIAN CIVIL CODE

RESUMO

A partir de análise sistemática de um dispositivo do novo Código Civil, em que aborda o direito sucessório do companheiro sobrevivente, será desenvolvido este estudo. O reconhecimento pelo ordenamento das famílias não somente baseadas no casamento, mas também das dotadas de comunhão plena de vida, será contraposto à quebra do princípio da igualdade, a partir do momento que impõe a dinâmica da sucessão de modo a resultar em preconceito para com os unidos estavelmente.

PALAVRAS-CHAVE

Novo Código Civil – direito de família e direito das sucessões – o direito à sucessão do companheiro – o princípio da igualdade – os direitos da personalidade.

ABSTRACT

This study will be developed upon a systematical analysis of the new Civil Code, where it states the concubine's right of inheritance. The recognition by the legal system of families not only based in marriage, but also with community of interests, will be opposed to the breach of the principle of equality, considering that it imposes the dynamics of the inheritance so that it would result in prejudice to those who live in concubinage.

KEYWORDS

New Civil Code – family and successions Law – the concubine's right to inherit – principle of equality – personal rights.

Introdução

Pietro Perlingieri, em trecho de uma de suas obras,[2] trata de definições acerca da estrutura familiar sem, no entanto, se limitar ao modelo tradicional, constituído a partir dos laços de casamento. Tem presente a relevância dos direitos fundamentais da pessoa, considerando o bem de cada um dos indivíduos colocados no núcleo familiar, sendo esse bem-estar[3] o escopo a perseguir:[4]

> Cada forma familiar tem uma própria relevância jurídica, dentro da comum função de serviço ao desenvolvimento da pessoa; não se pode, portanto, afirmar uma abstrata superioridade do modelo da família nuclear em relação às outras.[5]

A colocação da prevalência dos sentimentos nas relações familiares diz com o estado de espírito do sujeito, com sua satisfação pessoal, consoante o reconhecimento do direito à felicidade individual, porém não estando este desvinculado do sentimento da própria instituição familiar. E o novo ordenamento pátrio traduz como pilar da harmonia a *comunhão plena de vida* entre os membros da família, a partir da existência do núcleo de afetos entre os partícipes, considerando-a uma unidade afetiva, centro de aspirações solidárias e de afetos.[6]

Canaris[7] bem percebeu o papel do direito ao colocar que é modo de resolver casos concretos, o que permite a seus aplicadores a utilização da ordem posta para a resolução de conflitos sociais dentro de uma regra admitida pelo corpo social como a mais justa para o caso. As legislações mais recentes têm privilegiado a inserção de certos tipos de normas que fogem ao padrão tradicional: em vez de trazerem especificamente a hipótese e as suas conseqüências, as chamadas "cláusulas gerais" são dotadas de uma vaga moldura, permitindo, pela *vagueza semântica*[8] que caracteriza seus termos, a incorporação de princípios, de diretrizes e de máximas de conduta originalmente estrangeiras ao *corpus* codificado, de que resulta, mediante a atividade de concreção, a constante formulação de novas normas.

A inclusão de cláusulas gerais no ordenamento objetiva sustentar que o direito não é estanque, tampouco originado no que preceitua o legislador; pelo contrário, é um produto da experiência, dos fatos, dos costumes e valores da sociedade; de modo que um sistema pleno, baseado no centralismo jurídico,[9] prevendo todas as condutas-tipo, como o do Código de Beviláqua, facilmente se torna obsoleto, deixando de tutelar os interesses dos sujeitos. Menezes Cordeiro,[10] ao abordar a adequação da amplitude semântica do ordenamento para o direito acompanhar o fato social, prevê que, "ainda quando a lei não reaja, a ordem jurídica deve fazê-lo". E isso somente é possível quando o sistema com o qual se trabalha permite conexão com outros sistemas, ou seja, nas palavras de Canaris,[11] seria ideal, adequado para acompanhar a evolução dos fatos, o sistema dotado da "idéia de incompletitude, capacidade de evolução e modificação".

Para o estudo que estamos por realizar, de ressaltar as palavras de Salvatore Puleo, em que a família é uma instituição préjurídica, eis que surge antes e independe de um reconhecimento pelo Estado. Mais ainda: é uma expressão direta da natureza do homem.[12] A anotação é de extrema preciosidade para o estudo do Direito de família, tendo em vista que dentre os ramos do direito civil clássico foi o mais afetado pela "revolução dos costumes" das décadas de 60 e 70. Entretanto, de enorme relevância o apanhado histórico das inúmeras formas que a família assumiu, enfatizando-lhe a multiplicidade e especificidades em função das características regionais da colonização e da estratificação social dos indivíduos.[13]

As transformações na concepção de entidade familiar atingiram também o direito sucessório, levando a questionar até que ponto a atividade do legislador não seria

demasiadamente invasiva à esfera da liberdade, representada, no direito, pelo *princípio do livre desenvolvimento da personalidade* como expressão da autodeterminação reconhecida à pessoa humana. Com efeito, no que respeita ao objeto deste estudo – qual seja o direito sucessório do companheiro sobrevivente –, de analisar as soluções impostas pela coação legal. Ao tratar da interpretação sistemática e teleológica da nova Lei, em especial do art. 1.790, imperioso relembrar que será utilizada a ponderação dos princípios[14] para a solução dos conflitos que se encontram latentes na superfície da rede de relacionamentos que se desenvolvem nos dias atuais.

Pilar do novo direito de família – agora dividido em pessoal e patrimonial, devido às diferenças em sua carga de pessoalidade[15] –, a cláusula geral da comunhão plena de vida[16] também será lida neste estudo, em contraponto com o princípio da exclusividade.[17] A trilha escolhida para demonstrar essa possibilidade escancara a dissonância entre os modelos de família concebidos pelo ordenamento pátrio e a impossibilidade do desenvolvimento da personalidade, posição ora defendida, perante as normas cogentes de direito sucessório.

I – A Constituição Federal e a mudança estrutural do Código Civil

As inovações trazidas pelo Código Civil não são apenas de conteúdo, mas, primordialmente, de caráter estrutural e metodológico: o Código de Beviláqua, como era denominado o Código Civil de 1916, adotava o sistema da casuística, carregado de rigidez e conseqüente imutabilidade, sendo acompanhado, portanto, pela *pretensão de completude*;[18] vale dizer, da ambição de dar resposta legislativa a todos os problemas da realidade, de modo que a maior preocupação do legislador se encontrava na segurança jurídica.[19] As aspirações para a confecção do ordenamento foram buscadas no *mondo della sicurezza*,[20] como denomina Irti, do qual fazia parte o modelo de codificação oitocentista.

Entretanto, o sistema mostrou-se insuficiente para acompanhar os ideais de justiça hoje vigorantes. Na trilha de Judith Martins-Costa, portanto, ao afirmar que "não tem sentido, nem função, um código total, totalizador e totalitário, aquele que, pela interligação sistemática de regras casuísticas, teve a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada".[21] Durante os últimos decênios, a latente necessidade de adequação da lei ao fato fez com que, de pronto, fosse buscada a atualização do sistema por meio da legislação esparsa, de cujos modelos de adequação, conforme Clóvis do Couto e Silva, o direito de família não escapa: "o aspecto característico do direito privado atual reside na progressiva edição de leis especiais, não raro contendo regras de direito material e processual".[22]

Ocorre que os microssistemas não seriam a resposta para o direito privado, e sim a possibilidade de recodificação em moldes diversos; como o instrumento a serviço

de dirimir as querelas, na busca da unidade do sistema,[23] e, conseqüentemente, na adequação das normas à realidade do caso concreto, mediante o uso das cláusulas gerais.[24] Sob uma perspectiva de reconstrução do direito privado, hodiernamente, de enorme importância a aplicação das cláusulas gerais, tendo em vista "as necessárias inter-relações entre o Código Civil, a Constituição Federal e as leis que, regulando matéria especial, compõem o que se convencionou chamar de microssistemas legislativos".[25] De ressaltar, ainda, que a inspiração para o Código Civil atual encontra suas respostas também na Constituição Federal, que está repleta de modelos jurídicos abertos.[26]

A) O livre desenvolvimento da personalidade

A tutela do direito ao desenvolvimento da personalidade está diretamente ligada à tutela da individualidade, de modo a integrar a esfera dos direitos fundamentais do indivíduo. De ressaltar que o *direito à diferença*, segundo Mota Pinto, é o direito ao desenvolvimento da personalidade, não causando dano a outrem, possivelmente originado no modo de vida pelo qual optou o indivíduo.[27] De enorme importância, entretanto, é a colocação do tema entre os *direitos da personalidade*,[28] plasmados no Código Civil, segundo Josaphat Marinho, consoante "disciplina inspirada no propósito de dignificar o indivíduo perante ele próprio e seus semelhantes"[29]

Conquanto o desenvolvimento da personalidade tenha vindo regulado somente neste Código Civil de 2002,[30] após o longo prazo de tramitação, o certo é que reflete a concretização do princípio constitucional da *dignidade da pessoa humana* que a Constituição Federal de 1988 trouxe explícito no inciso III do art. 1.º como um dos fundamentos da República.[31] Vale dizer que a Carta Magna consagrou o princípio que se tornou o alicerce da ordem jurídica democrática, eis que busca tratamento humano e igualitário entre as pessoas, não mais encontrando nos valores individualistas de outrora o seu fundamento axiológico.[32]

Esse comando inflecte na análise de quaisquer relações civis, inclusive as de direito de família e sucessões, a partir do momento em que é defendido o livre desenvolvimento da personalidade no seio da família,[33] conforme Eduardo Silva da Silva finaliza artigo a respeito do tema, nos seguintes termos:

> A dignidade da pessoa humana é tutelada por uma família comprometida juridicamente a ser espaço de preservação, tutela e estímulo da dignidade da pessoa humana, centro de toda a preocupação jurídica e contemporânea.[34]

Bem por isso a comunidade familiar, espaço primeiro do desenvolvimento da personalidade,[35] é em grande parte protegida por normas de ordem pública.[36] Estas têm por objetivo garantir o livre desenvolvimento da personalidade de seus membros, não podendo, portanto, limitá-lo. Considerando a Constituição Federal e seus

preceitos, consta em seu art. 226 a família como base da sociedade, local próprio para o desenvolvimento pessoal em todos os sentidos.[37] Essa abordagem renova a significação atribuída ao princípio da liberdade individual, que acaba por se consubstanciar na perspectiva da exclusividade, privacidade, intimidade, de livre exercício da vida privada.[38]

Liberdade significa, nesse campo, antes de tudo, a possibilidade de efetuar as escolhas individuais, na busca, cada um, de seu projeto de vida,[39] sem lesar direitos de terceiros. Ocorre que deve o indivíduo exercer seu direito,[40] necessariamente, sopesando o dever de solidariedade social, eis que sabido não poder viver o homem sem estar inserido no contexto social de que faz parte, onde irão ocorrer as relações entre as pessoas fundamentalmente organizadas.[41]

Muito embora a *mens legem* do novo Código Civil seja respeitar a individualidade de cada pessoa na intimidade dos seus lares, concedendo-lhes a liberalidade do desenvolvimento de personalidade[42] ao buscar sua realização plena, a contraprestação do Estado, em alguns casos, será em sentido diverso. O fruto de *experiências de valores*[43] ocorridas ao longo da vigência do Código do início do século e de legislação esparsa acabou sendo o desenrolar da "nova família", ou seja, aquele modelo mais aberto, em que está presente a comunhão plena de vida como norteadora das relações.[44]

B) A comunhão plena de vida nas relações familiares

Após longos anos de tramitação e discussões em torno de seus dispositivos, entrou em vigor em janeiro de 2002 o novo Código Civil. Seu *sistema* e sua *estrutura* permaneceram intocados e foram originalmente concebidos pelo encarregado do Livro de Direito de Família, Professor Clóvis do Couto e Silva, membro da Comissão elaboradora do Projeto, presidida por Miguel Reale. Partiu do Professor Clóvis a idéia da divisão do direito de família em dois grandes eixos,[45] pessoal e patrimonial, tendo em vista a nítida diferença entre as relações jurídicas de ordem familiar, que reside na maior ou menor carga de pessoalidade das relações.[46]

A família do Código Civil de 1916 era uma família transpessoal, hierarquizada e patriarcal. Uma família em que a comunhão conjugal ou, mais precisamente, a *sociedade conjugal* constituía-se em uma entidade distinta de cada um dos seus membros e o seu bem-estar (da família), determinava a "vida e a morte"[47] de seus integrantes, desde a repartição desigual dos papéis dos cônjuges à dura hierarquia das relações paterno-filiais.[48] A unificação das formas plurais de união numa só – o casamento religioso – leva a que, no direito moderno, o Estado tome a si a tarefa de unificar e regulamentar o casamento. Com o Decreto 181, de 24.01.1890, que secularizou o casamento, "o formalismo tomou conta da legislação brasileira em matéria de casamento, reeditando-se o sistema no Código Civil".[49] Desta feita, a imposição do Estado aniquilou todas as velhas for-

mas naturais de constituição da família, que há aproximadamente três mil anos vinham sendo praticadas.[50]

No primeiro Título do Livro de Direito de Família – Do Direito Pessoal, apresentou o legislador um dos dispositivos de maior importância com que o aplicador das leis irá lidar no dia-a-dia, ou seja, a nova concepção de família, aquela baseada na existência da *comunhão plena de vida* entre seus membros:

> O modelo de família que traz o novo Código Civil é aquele dotado de comunhão plena de vida, de modo a transparecer o atual caráter sentimental das relações familiares.[51] A nova família é estruturada com base no afeto e na realização pessoal de seus membros, refletindo sua união material e espiritual, desenvolvimento de sua personalidade e da prole.[52]

A alteração mais profunda, portanto, no conceito de família decorre do reconhecimento de um *direito à felicidade individual* diverso, mas não independente do bem-estar da própria instituição familiar. A felicidade da família passa a ser o somatório do bem-estar de cada um dos seus integrantes, da felicidade que o agregado familiar pode proporcionar a cada um de seus membros[53] na vida privada. Entretanto, de ressaltar algumas considerações acerca do termo "privado". Hannah Arendt, em *A condição humana*, ao discutir a esfera do público, inicia reconhecendo que o termo pode abarcar mais de uma concepção, mas se torna relevante para o estudo aquela que prevê tudo o que vem a público e pode ser acessível, visto e ouvido por todos,[54] em contraposição ao privado, aquilo que é reservado e pessoal.

Com a deflagração do conflito de interesses no campo do público e privado, e principalmente com a emergência do social, a distinção referida por Hannah Arendt não é mais suficiente, eis que não cobre a realidade instaurada, cada vez mais desvelando os conflitos emergentes entre a sociedade e os indivíduos: tem-se o plano social-individual separado do social-público, de modo que serão diferenciados apenas por meio de *critérios de justiça*. Há, contudo, ainda um outro campo, que é o da intimidade e o da vida privada, que é regido pela exclusividade.

Esses três campos ou espaços também se apresentam no direito de família e de sucessões, relacionando os espaços público e privado. De enorme importância, por exemplo, o campo da vida comunitária, da prevalência dos interesses comunitários, expresso no princípio da comunhão plena de vida; há, também, o campo da exclusividade, pelo qual se assegura, em larga medida, à entidade familiar livre determinação acerca das regras dispostas por seus membros para vigência entre si; e mais ainda: seja qual for o regime de bens escolhido, o modelo de família que traz o novo Código Civil é aquele fundado na comunhão plena de vida, de modo a transparecer uma comunidade, e não um ajuntamento de pessoas.

A nova família é estruturada com base no afeto e na realização pessoal de seus membros, refletindo a união material e espiritual, o desenvolvimento da personalidade de seus membros.[55] A comunhão plena de vida, como cláusula geral que é, tem a função de permitir a abertura e a mobilidade do sistema jurídico, tanto para a inserção de elementos externos quanto internos,[56] o que significa dizer que sua interpretação não se faz do modo fechado e exegético, mas sim aberto e coligado com os demais princípios e regras do ordenamento, mesmo que, para tanto, seja necessária a compreensão desta comunhão como, inevitavelmente, patrimonial.

Essa interpretação ilumina o que nos parece deva ser o melhor tratamento das relações jurídicas de ordem patrimonial entre os que optaram por viver uma união estável, de modo a permitir a ultrapassagem da clausura legal que veda escolher o destino *post mortem* ao patrimônio individual. Se facultar ao casal decidir sobre o modo como preferem viver conforma com a autodeterminação e com as premissas do princípio da exclusividade, nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior[57], deveria, necessariamente, haver a coerente projeção dessa faculdade no direito sucessório decorrente do vínculo.

Nesta trilha, o fenômeno da sucessão[58] é tido como a *continuação em outrem de uma relação jurídica*[59] que cessou para o respectivo sujeito, primeiro titular da relação. No entanto, diferente e discriminatoriamente se comporta o novo ordenamento, quanto à continuidade patrimonial da vida do *de cujus* em outro, naqueles casos em que optou o casal pela união, sem, no entanto, providenciar a oficialidade patrocinada pelo casamento.

II – O modelo normativo-jurisprudencial da união estável e os direitos fundamentais

A jurisdição, acentua Miguel Reale, "é, antes de mais nada, um poder constitucional de explicitar normas jurídicas, e, entre elas, modelos jurídicos".[60] Esse poder, embora desenvolvido normalmente na "realização das normas legais adequadamente aos casos concretos",[61] também se apresenta, excepcionalmente, como "poder de editar criadoramente regras de direito, em havendo lacuna no ordenamento".[62] No caso em tela, as diversas formas de agrupamento familiar[63] sempre traduziram fatos sociais de significativa importância. O surgimento do modelo jurídico do antigo "concubinato", na acepção dada por Miguel Reale, acabou fazendo com que a união estável fosse concebida no ordenamento pátrio, e a ela fossem conferidos os efeitos de entidade familiar.[64]

> Poder-se-ia pensar que, estando as normas consuetudinárias vinculadas a particulares usos e costumes, não se poderia falar em modelo costumeiro, mas esta seria uma visão apequenada e errônea da rica produção de regras

> de direito brotadas diretamente da sociedade civil, como reiteradas formas de ação social, dotadas de senso ou sentido autônomo de juridicidade, ora preenchendo as lacunas do ordenamento legal, ora abrindo-lhe novas perspectivas de desenvolvimento, sem falar no seu papel mais habitual de inferir das regras legais modalidades imprevistas de comportamento lícito.[65]

Do início de uma fase em que nenhum efeito era concedido aos unidos estavelmente – terminologia hodierna – desde 1916, com o Código Civil de Beviláqua, até 1988, com a promulgação da Carta Constitucional,[66] o salto foi imenso no que respeita à atribuição de efeitos jurídicos ao concubinato.

A) Os direitos fundamentais na relação familiar

Quando o tema reside nos direitos fundamentais, indispensável, antes de tudo, procurar esclarecer sua caracterização: eles constituem *posições jurídicas subjetivas das pessoas*,[67] consideradas individual ou institucionalmente, radicadas em um corpo jurídico-político; possuem, reconhecidamente, a natureza de direitos históricos. Dessa afirmação decorre sua variabilidade, pois evoluem no tempo, transmutam-se. Outrossim, direitos fundamentais são os que foram positivados por meio de uma Constituição, e dessa positividade constitucional advém a explicação para sua qualificação como fundamentais, eis que nascem e se desenvolvem com a Constituição, que posteriormente vem a assegurá-los.[68] Na mesma trilha está o parecer de Müller,[69] ao colocar que os direitos humanos não constituem valores, e sim verdadeiras normas que *carregam em seu conteúdo os valores* de *liberdade*, *igualdade* e *dignidade* da pessoa humana.

Os direitos fundamentais acabam concretizando o exercício do *princípio* de dignidade da pessoa, previsto no inciso III do art. 1.º da Constituição Federal, que pode ser explicitado de modo a que a pessoa não seja convertida em objeto – caráter de não-patrimonialidade – e outro tanto lastro de condições concretas que possam assegurar a dignidade humana, garantida, também, pela liberdade e igualdade de todos. Nesse sentido, o objetivo do estudo reside no levantar da questão: de que maneira pode a colisão ocorrer na seara das relações familiares, e em especial no tema estudado? De alertar, no entanto, para a redação do *caput* do art. 5.º da Carta Magna,[70] que trata dos direitos à igualdade e liberdade, que podem ser exercitados no âmbito familiar no momento do reconhecimento da união estável como entidade, também dispositivo constitucional, no § 3.º do art. 226 da Constituição Federal.[71]

A opção do casal pela vida em sociedade de fato não deve, entretanto, estar sujeita a quaisquer diferenciações que o sistema possa fazer, apenas pela oficialidade da relação: de considerar que as relações no novo ordenamento estão constituídas com base no intuito de formação de família, pelos *laços de afeto*[72] existentes entre os parceiros, muito mais do que pelo vínculo apresentado pelo casamento.

Entretanto, é importante mencionar que às outras formas[73] de constituição de família já são reconhecidos os direitos e deveres da relação decorrentes.[74] Um exemplo da distinção de tratamento que efetivamente é operada entre casamento e união estável surge a partir do momento que o legislador condiciona o direito do companheiro à herança somente sobre os bens adquiridos onerosamente.

Vale dizer que, segundo Eduardo de Oliveira Leite, para que participe da sucessão do autor da herança, será necessário que comprove a efetiva participação na aquisição onerosa dos bens.[75] Em contrapartida, no casamento, a meação está garantida ao cônjuge sobrevivente, caso o regime de bens assim o preveja, tenha ele colaborado ou não para a aquisição dos bens. A discriminação operada com a novel norma chega a, inclusive, ferir preceito constitucional da igualdade e deflagrar a discriminação operada contra a constituição de família, que não a partir da celebração de casamento.

Na mesma trilha está Celso Antônio Bandeira de Mello, que trata do princípio da igualdade, alegando que ocorre imediata repulsa de validade à regra que, ao apartar situações, para fins de regulá-las diversamente, "calça-se em fatores que não guardam pertinência com a desigualdade de tratamento jurídico dispensado".[76] Mais ainda: o autor trata da gratuidade acerca da discriminação, e para vedá-la, sugere que deva existir "uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo".[77]

Entretanto, para deflagrar mais ainda a discriminação entre as posições de cônjuge e companheiro, na segunda e última parte desta análise, será revisto o modo como se opera o direito sucessório dos companheiros desde o novo Código Civil. Mas não sem antes vistas à posição de Zeno Veloso pela extensão dos direitos hereditários garantidos aos que optaram pelo casamento civil também aos unidos estavelmente.

> As famílias constituídas pelo afeto, pela convivência, são merecedoras do mesmo respeito e tratamento dados às famílias matrimonializadas. A discriminação entre elas ofende, inclusive, fundamentos constitucionais. O companheiro e a companheira ficam em situação de extrema inferioridade, quanto à sucessão, diante do marido e da mulher. Note-se que a herança que pode caber ao companheiro sobrevivente é limitada aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, o que representa uma restrição de calado profundo.[78]

B) O direito sucessório do companheiro sobrevivente

As diversas formas de agrupamento familiar,[79] como já explicitado, sempre representaram fatos sociais de significativa importância.[80] Do início de uma fase em que nenhum efeito era concedido aos unidos estavelmente – terminologia hodierna – dos

idos de 1916, com o Código Civil de Beviláqua, até 1988, e a promulgação da Carta Constitucional,[81] o salto foi imenso no que respeita à atribuição de efeitos jurídicos ao concubinato. Aos poucos, a união entre um homem e uma mulher, livres para compartilharem suas vidas, com o intuito de formação de família, acabou sendo reconhecida como uma união estável. Hoje, muito embora tenha enfrentado diversas alterações conceituais, a configuração da união estável, dada pelo Código Civil, é a seguinte:

> Art. 1.723, CC. 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.

Perlingieri propõe a atenta distinção entre as uniões livres e as ilegítimas, ilícitas, as quais são estabelecidas quando um dos conviventes é ligado por precedente casamento, que não dissolvido por divórcio ou não declarado nulo. A trilha que segue o legislador é de não alcançar direitos àqueles co-partícipes numa relação de concubinato, tampouco direitos de caráter sucessório.[82]

> A convivência estável e séria entre um homem e uma mulher (fala-se de "família não-fundada no casamento" ou, menos apropriadamente, de família de fato), sem que nenhum deles seja ligado por um precedente vínculo matrimonial, é um fenômeno de liberdade que não se põe em contraste com precedentes e oficiais assunções de responsabilidade e que não pode certamente colorir-se com as qualificações de ilegitimidade ou de ilicitude.[83]

O art. 1.790 do Código Civil, portanto, ao constatar a existência de união estável, concede ao companheiro sobrevivente o direito sucessório sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da união. No entanto, referido dispositivo veio alterar substancialmente a situação vigente até a entrada em vigor do ordenamento. Assim prevê a legislação civil atualmente em vigor:

> Art. 1.790, CC/2002. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:
> I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
> II – se concorrer com filhos só do autor da herança, tocar-lhe-á metade do que couber a cada um daqueles;
> III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3

(um terço) da herança;
IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Até então, a união estável, depois de parcimoniosa evolução, estava sendo regida pelas Leis 8.971/1994[84] e 9.278/1996,[85] em que era estendido ao companheiro sobrevivente o usufruto sobre os bens imóveis deixados pelo morto e o direito real de habitação no bem imóvel, se único em zona urbana e residência do casal, no momento do falecimento.

Agora, com a nova ordem, de certa forma, houve limitação da participação do sobrevivente na herança do companheiro. Ao realizar a análise perfunctória do artigo, assim podemos desmembrá-lo: no que respeita às quotas a que se refere o inciso I, ou seja, quando o sobrevivente concorrer com filhos comuns, segundo o entendimento de Eduardo de Oliveira Leite, "equivale à mesma proporção a que se refere o art. 1.829, I, quando trata da ordem de vocação hereditária".[86] Nessas circunstâncias, a quota a que tem direito o companheiro sobrevivente é a mesma que por lei for atribuída ao filho comum.

Em seguida, quanto ao inciso II, em que concorre o sobrevivente com descendentes só do autor da herança, tem direito somente à metade do que cada um receber, partindo do princípio em que "a ausência de filiação comum lhe dá direito pela metade".[87] No inciso III, a inovação é grande, a partir do momento em que passa o companheiro a concorrer com outros parentes sucessíveis, de maneira a ter direito a 1/3 da herança. Causa espécie, entretanto, a solução dada pelo diploma, tendo em vista, inclusive, que o regime adotado para as uniões estáveis é o da comunhão parcial de bens, o que faz presumir ter o supérstite direito à metade dos bens, e não um terço, no referente aos direitos sucessórios.[88] E, por fim, no inciso IV, na falta de parentes sucessíveis, aí, sim, prevê o legislador fique o companheiro com a totalidade da herança.

A partir da solução proposta pelo legislador, contrastada com o princípio da exclusividade – uma das barreiras ao avanço da intromissão indevida na órbita individual[89] –, cujos pilares são o "direito de estar só", o "direito de escolher sem ingerência externa", flagrante a discrepância do direito sucessório dos companheiros, em comparação com as relações de matrimônio. O legislador não atentou para a existência de comunhão de vida entre o casal; simplesmente colocou aquele sobrevivente em situação patrimonial totalmente discriminatória, o que acaba deflagrando o retrocesso às vistas da legislação esparsa vigente até a promulgação do diploma civil.

Por fim, e na trilha de artigo de Warren e Brandeis, é de destacar a posição quanto ao estado interno dos agentes, sentimentos e emoções: "Thoughts, emotions and sensations demanded legal recognition, and the beautiful capacity for growth".[90] A defesa do direito à privacidade, à intimidade, à determinação da vida privada, desde

então, já era significativa. Entretanto, na legislação pátria, constatou-se claramente a intromissão do público no privado, à qual, desde logo, obsta este estudo.

Conclusão

Nelson Saldanha, na obra *O jardim e a praça*, trata do universo da vida privada em contraposição à vida pública, para ser vista por todos:

> Nos casais famosos da literatura e da arte, os famosos momentos no jardim: Romeu e Julieta, Fausto e Margarida, Cavaradossi e Tosca. Seria talvez o jardim o cenário dos amores ainda não autorizados, se não mesmo dos não autorizáveis; na praça, os amores publicáveis. Nos jardins, os suicídios líricos, como o de Ofélia; na praça, suicídios dramáticos.91

Aos poucos, a união entre um homem e uma mulher, livres para compartilharem suas vidas, com o intuito de formação de família, acabou sendo reconhecida como uma união estável. De observar, inclusive, considerando a opção pelo bem-estar da família, pela cláusula de comunhão plena de vida, que passa a ser a soma do bem sentir de seus membros, da felicidade que a entidade proporciona a cada um de seus partícipes.[92] Entretanto, o legislador determinou claramente as maneiras como irá o companheiro sobrevivente participar da sucessão do morto, tema objeto deste breve estudo, independentemente de construção baseada em legislação esparsa anteriormente em vigor, tampouco de construção jurisprudencial (Leis 8.971/1994 e 9.278/1996).

Dando a prevalência aos aspectos extrapatrimoniais (ligados ao livre desenvolvimento da personalidade) deve a autodeterminação ser respeitada, não podendo o Estado impor a diferenciação entre o casamento e a união estável, o que resulta na discriminação no momento da concessão dos direitos decorrentes da relação pessoal para a patrimonial. O princípio da exclusividade, ora assegurado de modo expresso no Código Civil, deveria garantir aos membros da entidade familiar a tomada de decisões na esfera da sua vida privada e, conseqüentemente, no seu patrimônio; ocorre que a opção legislativa pela discriminação entre as figuras afetivas do cônjuge e do companheiro demonstrou a desconformidade da norma perante a exclusividade da esfera privada e a autodeterminação entre os partícipes da relação.

A autodeterminação dos indivíduos, entendida como expressão e veículo da dignidade da pessoa, deve permitir, também, possam os companheiros determinar as relações patrimoniais entre si,[93] para a vida e para a morte. E isso somente será possível a partir do momento em que ocorrer uma ponderação de princípios adequada à espécie, tendo em vista estar calcada a relação familiar no bem-estar de seus membros e na comunhão plena de vida, o que é de presumir ocorra no seio das famílias

originalmente formadas por pares que vivam em união estável. Razão não assiste ao legislador, portanto, quando resolve transformar o direito sucessório dos companheiros sobreviventes em um instrumento para demonstrar o caráter obsoleto e *preconceituoso* para com a família não-matrimonializada.

: ARTIGO SELECIONADO

NOTAS

1 Ex- Pesquisadora na área de Direito de Família e Sucessões da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Edesp/FGV). Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora do GVlaw. Advogada.

2 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

3 De grande relevância relembrar aqui as várias acepções terminológicas que liberdade pode abarcar, a partir do relato trazido por Hannah Arendt, quando trata da condição essencial dos escravos gregos. Essa liberdade é a chamada *eudaimonia*, ou ventura, e consiste em estado objetivo, dependente, em primeiro lugar, da riqueza e da saúde, diretamente relacionado à necessidade física. Assim coloca a autora: "Esta dupla infelicidade da escravidão é inteiramente independente do bem-estar real e subjetivo do escravo. Assim, um homem livre e pobre preferia a insegurança de um mercado de trabalho que mudasse diariamente a um trabalho regular e garantido; este, por último, por lhe restringir a liberdade de fazer o que desejasse a cada dia, já era considerado servidão (*douleia*), e até mesmo o trabalho árduo e penoso era preferível à vida tranqüila de que gozavam muitos escravos domésticos". ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 40-1.

4 PERLINGIERI, 1999, *Perfis do direito civil*..., cit., p. 248.

5 Idem, p. 244.

6 SILVA, Eduardo Silva da. A dignidade da pessoa e a comunhão plena de vida. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: RT, 2002. p. 451.

7 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. XXIV.

8 MARTINS-COSTA, Judith. *Da boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 2000. p. 306 e ss.

9 COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 13.

10 MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 46.

11 CANARIS, *Pensamento sistemático*..., cit., p. 104.

12 PULEO, Salvatore. Concetto di famiglia e rilevanza della famiglia naturale. *Rivista di Diritto Civile,* n. 1, p. 381, 1979.

13 ALGRANTI, Leila Mezan. Famílias e vida doméstica. In: NOVAIS, Fernando (Org.). *História da vida privada no Brasil*: cotidiano e vida privada na América portuguesa. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. p. 87.

14 "Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. Esta regla expresa una ley que vale para la ponderación de principios, de cualquier tipo que ellos sean. Puede ser llamada "ley de la ponderación". La ley de la ponderación dice en qué consiste esta relación. Pone claramente de manifiesto que el peso de los principios no es determinable en sí mismo o absolutamente, si que siempre puede hablarse tan sólo de pesos relativos". ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 161.

15 COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. Anteprojeto de Código Civil: Princípios para a reforma do direito de família. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 115, jul.-set. 1975.

16 "Art. 1.511, CC/2002. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges." Eduardo Silva da Silva refere-se a equívocos apresentados na terminologia legal, em especial à norma ora mencionada, que trata da cláusula legal da comunhão plena de vida. E assim conclui: "O erro técnico em que incidiu o legislador levaria a crer que a comunhão de vida é instituída pela família, e não de que a família é, ela própria, uma comunhão de vida". SILVA, A dignidade da pessoa e a comunhão plena de vida..., cit., p. 475.

17 "Art. 1.513, CC/2002. É defeso a qualquer pessoa de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família."

18 REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

19 É a chamada técnica da *fattispecie*, utilizada nos ordenamentos oitocentistas, de modo a reduzir o máximo possível a margem de interpretação do operador do direito – os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais – eis que a norma está repleta de caráter de imutabilidade para garantir a segurança jurídica, na busca da resposta a todos os problemas que podem surgir na realidade. IRTI, Natalino. *L'ètà della decodificazione*. 4.ed. Milano: Giuffrè, 1999. p. 20.

20 Idem, p. 21.

21 MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 753, p. 131, 1998.

22 COUTO E SILVA, O direito civil brasileiro..., cit., p. 138.

23 "La proposta di clausole generali, Che, inserite nel códice civile, valgano a ristabilire unità di trattamento al sopra delle leggi particolari, affida al giudice la soluzione di um problema storico-politico." IRTI, *L'ètà della decodificazione,* cit., p. 43.

24 COUTO E SILVA, O direito civil brasileiro..., cit., p. 138.

25 MARTINS-COSTA, O direito privado como um sistema em construção..., cit., p. 131.

26 REALE, *O projeto do Novo Código Civil,* cit., p. 88.

27 No direito português, por meio do acórdão de número 288/98 do Tribunal Constitucional, publicado no *Diário da República* (DR), Série – A, n. 91, de 18.04.1998, pode-se mencionar o maior exemplo de aplicação do direito à diferença, a partir do momento em que o mérito tratava da fiscalização preventiva da proposta de referendo sobre interrupção voluntária da gravidez. Assim coloca Mota Pinto: "Considerou-se nesse aresto que tal direito 'englobando a autonomia individual e a autodeterminação e assegurando a cada um a liberdade de traçar o seu próprio plano de vida', quando associado ao direito a uma maternidade consciente, pode avalizar uma eventual opção legislativa no sentido da exclusão da ilicitude da interrupção voluntária da gravidez efetuada nas primeiras dez semanas". PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. *Studia Jurídica*, Portugal-Brasil, 40, Colloquia 2, p. 156, 1999.

28 Idem, p. 162.

29 MARINHO, Josaphat. Os direitos da personalidade no Projeto de novo Código Civil brasileiro. *Studia Jurídica*, Portugal-Brasil, 40, Colloquia 2, p. 249, 1999.

30 É o primeiro artigo do Capítulo II (Dos Direitos da Personalidade) do Livro das Pessoas que trata sobre o desenvolvimento da personalidade, inovação do Código Civil que acaba de entrar em vigor. Assim prevê:
"Art. 11, CC/2002. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária".

31 "Art. 1.º da CF. 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: [...] III – a dignidade da pessoa humana."

32 MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 116.

33 Francisco Amaral Neto, neste sentido, afirma: "Temos, assim, um direito geral da personalidade, que a considera um bem objeto da tutela jurídica geral, e defende a inviolabilidade da pessoa humana, nos seus aspectos físico, moral e intelectual, e temos direitos especiais, correspondentes a esses aspectos parciais da personalidade". AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito civil*: introdução. 6. ed. rev., atual. e aum. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2006. p. 251.

34 SILVA, A dignidade da pessoa e a comunhão plena de vida, cit., p. 482.

35 Maria Celina Bodin de Moraes coloca que a comunidade familiar é o espaço mais propício ao desenvolvimento da dignidade humana, em especial da criança e do adolescente. MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA na investigação da paternidade e direitos da personalidade. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 9, p. 91, ago.-dez. 1996.

36 Para as idéias de ordem pública e bons costumes, v. MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil,* cit., p. 1222 e segs.

37 DONADEL, Adriane. Efeitos da constitucionalização do direito civil no direito de família. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *Tendências constitucionais do direito de família*: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Teixeira Giorgis. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 17.

38 MORAES, O conceito de dignidade humana..., cit., p. 136.

39 Idem, p. 134.

40 "A liberdade de desenvolvimento da pessoa humana compreende-se, pois, com base numa concepção 'do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (plastes et fictor)'." PINTO, O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, cit., p. 152.

41 O pleno desenvolvimento da vida no lar e na família como espaço interior e privado deve-se ao extraordinário senso político do povo romano que, ao contrário dos gregos, jamais sacrificou o privado em benefício do público, mas compreendeu que estas duas esferas somente poderiam subsistir sob a forma de *coexistência*. ARENDT, Hannah. *A condição humana*, cit., p. 68.

42 Hannah Arendt coloca que o direito à vida íntima e o direito a viver na sombra e na penumbra consistem em direitos da personalidade e, portanto, não são de interesse público. Conclui que é válido, portanto, manter fora do alcance do público aquilo que diz respeito à intimidade das pessoas, ao seu modo de ser na vida particular, complementando que o direito à intimidade faz parte dos direitos da personalidade. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 4. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 268.

43 REALE, Miguel. *O direito como experiência*: introdução à epistemologia jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 17.

44 "O instrumental jurídico posto à disposição neste trabalho pretende valorizar a comunhão plena de vida como diretriz norteadora das relações familiares. A ciência ou a técnica estão longe de descobrir um *locus* mais adequado e vocacionado ao desenvolvimento da pessoa humana que não seja a família." SILVA, Eduardo. *A dignidade da pessoa e a comunhão plena de vida*. In: MARTINS-COSTA, *A reconstrução do direito privado*..., cit., p. 479.

45 Ao propor essa distinção, Clóvis do Couto e Silva percebeu a relação familiar como totalidade e como *complexo de valorações e comportamentos*. COUTO E SILVA, Direito patrimonial de família..., cit., p. 38.

46 De enorme relevância os ensinamentos do autor ao tratar especialmente do *direito de família patrimonial*, em referido artigo, quando coloca que sua sistemática está calcada em duas relações fundamentais que se implicam dialeticamente: a relação pessoal de família e o vínculo patrimonial. Idem, p. 39.

47 OLIVEIRA, Guilherme de. Sobre a verdade e a ficção no direito de família. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, p. 272, 1975.

48 Idem, p. 272.

49 AZEVEDO, Álvaro Vilaça de. União estável: histórico, legislação e projetos. *Revista do CRJ*, Brasília, n. 9, p. 47, 1999.

50 AZEVEDO, Álvaro Vilaça de. Casamento de fato e concubinato atual: influência do casamento romano. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 773, p. 33, mar. 2000.

51 OLIVEIRA, Sobre a verdade e a ficção no direito de família..., cit., p. 271.

52 PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*..., cit., p. 252.

53 OLIVEIRA, Sobre a verdade e a ficção no direito de família..., cit., p. 275.

54 "Algo que é visto e escutado, até mesmo as maiores paixões do coração, os pensamentos da mente, os deleites dos sentidos [...] vivem uma espécie de existência incerta e obscura, a não ser que, e até que sejam transformadas, desprivatizadas e desindividualizadas, por assim dizer, de modo a se tornarem adequadas à aparição pública". ARENDT, *A condição humana*..., cit., p. 59.

55 PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*..., cit., p. 252.

56 MARTINS-COSTA, *Da boa-fé no direito privado...,* cit., p. 341.

57 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, v. 1, p. 143, 1992. Segundo o autor, a vida privada pode ainda envolver, pois, situações de opção pessoal (como a escolha do regime de bens no casamento), mas que, em certos momentos, podem requerer a comunicação de terceiros (na aquisição, por exemplo, de um imóvel). Por aí ela difere da intimidade, que não experimenta esta forma de repercussão. SOUZA, Maria Isabel de Azevedo. O princípio da exclusividade como nota distintiva do direito privado. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*..., cit., p. 309.

58 A sucessão pode ser universal ou singular: será universal quando à pessoa ou pessoas que sucedem se transmite todo o patrimônio ou somente partes ideais do patrimônio; é singular quando o que se transmite apenas concerne a determinados bens. Aquele que é o beneficiário a título universal é o herdeiro; e o beneficiário a título singular, legatário.

59 "Sucede-se em dívidas, como em direitos. Em obrigações, como em pretensões. Em situações passivas nas ações, como em situações ativas." PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentário do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1930. v. 1 – Tratado dos testamentos.

60 REALE, *Fontes e modelos do direito*..., cit., p. 69.

61 Idem, p. 70.

62 Idem, p. 70.

63 CAHALI, Francisco José. Contrato de convivência na união estável. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1.

64 A título de exemplificação: "Salvo entre esposos, a aliança não confere nenhum direito de sucessão [...] A concubinagem não cria nenhuma vocação hereditária. Razões do princípio: 1) aqueles que escolheram viver lado a lado, mas juridicamente estrangeiros um do outro, devem, em respeito a sua escolha, ser tratados como tal; 2) não existem direitos sem dever; ora, a concubinagem é uma área de liberdade: não se saberia justificar uma vocação hereditária sobre uma ligação se, por hora, nenhuma constatação legal séria foi organizada neste sentido". GRIMALDI, Michel. Droit civil. Successions, 4ème éd., p. 97, apud LEITE, Eduardo de Oliveira. Do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 47, nota de rodapé.

65 REALE, *Fontes e modelos do direito,* cit., p. 68.

66 "Art. 226, CF. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
[...]
§ 3.º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento."

67 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. t. IV, p. 7.

68 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 35.

69 MÜLLER, Friedrich. Interpretação e concepções atuais dos direitos do homem. Tradução de Peter Naumann. *Anais da XV Conferência Nacional da OAB*. São Paulo: JBA Comunicações, 1995. p. 539.

70 "Art. 5.º, CF. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...]."

71 "Art. 226, CF. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
[...]
§ 3.º Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento."

72 SILVA, 2002, A dignidade da pessoa e a comunhão plena de vida, cit., p. 465.

73 Para estudo pormenorizado do assunto, v. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: RT, 1997, e CAHALI, *Contrato de convivência na união estável,* cit.

74 Natal Nader coloca que a Constituição Federal acabou curvando-se aos usos e costumes ditados por inegável realidade social, pela doutrina e pela jurisprudência, todas fontes de direito. NADER, Natal. O direito de família na Constituição Federal de 1988. *Revista Forense*, ano 85, v. 305, p. 343.

75 LEITE, Do direito das sucessões..., cit., p. 55.

76 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. 11. tir. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 37.

77 Idem, p. 39.

78 VELOSO, Zeno. Livro V – Do Direito das Sucessões. In: FIÚZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1604.

79 CAHALI, *Contrato de convivência na união estável,* cit., p. 1.

80 Não será objeto deste estudo a evolução histórica do instituto da união estável.

81 "Art. 226, CF. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3.º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento."

82 "Art. 1.727, CC/2002. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato."

83 PERLINGIERI, *Perfis do direito civil,* cit., p. 253.

84 "Art. 2.º da Lei 8.971/1994. As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do *de cujus*, se houver filhos deste ou comuns;

II – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do *de cujus*, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III – na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança."

85 "Art. 7.º da Lei 9.278/1996 [...]

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família."

86 LEITE, Do direito das sucessões..., cit., p. 61.

87 Idem, p. 62.

88 "Art. 1.725, CC. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens."

89 SOUZA, O princípio da exclusividade..., cit., p. 310.

90 "Pensamentos, emoções e sensações necessitavam de reconhecimento jurídico, e a bela capacidade de crescimento" (tradução livre). WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. *Harvard Law Review*, Cambridge, Mass., v. 3-4, p. 194, 1890-1891.

91 SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça*. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 15-16.

92 OLIVEIRA, Sobre a verdade e a ficção no direito de família..., cit., p. 271.

93 "Hoje, a jurisprudência da Comissão da Corte Européia de Direitos do Homem tem evoluído no sentido de afirmar um direito da vida privada muito amplo, enumerando os seguintes aspectos: [...] f) liberdade da vida familiar, incluindo-se aí relações entre os cônjuges, o direito ao aborto, direito a procriar, direito ao divórcio, relações entre pais e filhos, direito de guarda e visita e status da filiação legítima." MARTINS, Luciana Mabilia. O direito civil à privacidade e à intimidade. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). A reconstrução do direito privado,cit., p. 355.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU FILHO, Nelson Paim de (Org.). Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALGRANTI, Leila Mezan. Famílias e vida doméstica. In: NOVAIS, Fernando (Org.). *História da vida privada no Brasil*: cotidiano e vida privada na América portuguesa. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Noções fundamentais de direito civil*. 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2001.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito civil*: introdução. 6. ed. rev., atual. e aum. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2006.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*: sucessões. 4.· ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça de. Casamento de fato e concubinato atual: influência do casamento romano. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 773, p. 11-37, mar. 2000.

———. União estável: histórico, legislação e projetos. *Revista do CRJ*, Brasília, n. 9, p. 45-50, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. 11. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de família*. Recife: Livraria Contemporânea, 1905.

BOBBIO, Norberto. A grande dicotomia: público/privado. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Brasil: Senado Federal, 2001.

CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2.· ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. rev. e aum. Coimbra: Almedina, 1992.

CARVALHO, Orlando de. Les droits de l'homme dans le Droit Civil Portugais.*Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 49, 1973.

CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco. *Trattato di diritto civile e commerciale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1961. v. 42, t. 1 – Successioni per causa di morte – parte generale.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. Anteprojeto de Código Civil: (Princípios para a reforma do Direito de Família). *Arquivos do Ministério da Justiça*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 115, jul.-set. 1975.

———. Direito patrimonial de família. *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*, ano 5, n. 1, 1971.

———. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano XIV, n. 40, jul. 1987.

CUNHA, Alexandre dos Santos. A teoria das pessoas de Teixeira de Freitas: entre individualismo e humanismo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 18, p. 15-23, 2000.

CUNHA, Ferreira da. *O ponto de Arquimedes*. Coimbra: Almedina, 2001.

CURY, Munir (Coord.); AMARAL E SILVA, Antônio Fernando; MENDEZ, Emílio Garcia. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*: comentários jurídicos e sociais. São Paulo: Malheiros, 1992.

DONADEL, Adriane. Efeitos da constitucionalização do direito civil no direito de família. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *Tendências constitucionais do direito de família*: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Teixeira Giorgis. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Oxford: Oxford University, 1997.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Gazeta Jurídica, 1954.

FACHIN, Luiz Edson (Coord.). Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família. Revista Brasileira de Direito de Família, ano 5, n· 17, abr./maio 2003.

———. *Estabelecimento de filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992.

———. *Grandes temas da atualidade*: DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FARIAS, Edílson Pereira de. *Colisão de direitos*: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Fabris, 1996.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, v. 1, 1992.

FIÚZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. 1. ed., 8. tir. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1881.
FROSINI, Vittorio. *La letra y el espíritu de la ley*. Tradução espanhola. Barcelona: Ariel, 1995.
GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 747, p. 35-55, jan. 1998.
GOMES, Orlando. A reforma do Código Civil. Brasil: Publicações da Universidade da Bahia, 1965.
———. *O novo direito de família*. Porto Alegre: Fabris, 1984.
HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Tradução de Pablo Salvador Coderch. Barcelona: Ariel, 1987.
IRTI, Natalino. *L'ètà della decodificazione*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999.
LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 4. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
LEHR, Ernest. *Traité elémentaire de Droit germanique*. Allemagne et Autriche. Paris: Librairie Plon, 1892. v. 2.
LEITE, Eduardo de Oliveira. Do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
———. *Famílias monoparentais*: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: RT, 1997.
MARINHO, Josaphat. O projeto de novo Código Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 37, n. 146, p. 5-13, abr.-jun. 2000.
———. Os direitos da personalidade no projeto de novo Código Civil brasileiro. *Studia Jurídica*, Portugal-Brasil, 40, Colloquia 2, p. 247-261, 1999.
MARQUES, Cláudia Lima. Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual: Direito pós-moderno? *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 16, p. 21-40, 1999.
MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: RT, 2002.
———. *Da boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 2000.
———. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 753, 1998.
———. O sistema na codificação civil brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 17, 1999.
MARTINS, Luciana Mabilia. O direito civil à privacidade e à intimidade. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 355.
MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*. Paris: Montchrestien, 1955.
MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.
MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 5, t. IV.
MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 116.
———. Recusa à realização do exame de DNA na investigação da paternidade e direitos da personalidade. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 9, ago-dez. 1996.
MÜLLER, Friedrich. Interpretação e concepções atuais dos direitos do homem. Tradução de Peter Naumann. *Anais da XV Conferência Nacional da OAB*. São Paulo: JBA Comunicações, 1995.
NADER, Natal. O direito de família na Constituição Federal de 1988. *Revista Forense*, ano 85, v. 305.
NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. (Biblioteca de Teses.)
OLIVEIRA, Guilherme de. *Critério jurídico da paternidade*. Coimbra: Almedina, 1998.
———. Sobre a verdade e a ficção no direito de família. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 51, 1975.
PATARIN, Jean. Successions et liberalités. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, v. 2, p. 362-373, avr.-juin 1989.
PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
PINTO, Paulo Mota. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. In: DIAS, Jorge de Figueiredo; BARRETO, Ireneu Cabral; BELEZA, Teresa Pizarro; FERREIRA, Eduardo Paz (Org.). *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Estudos variados de direito comparado. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. v. 2, p. 527-558.
———. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. *Studia Jurídica*, Portugal-Brasil, 40, Colloquia 2, p. 149-246, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentário do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1930. v. 1 – Tratado dos testamentos.
———. *Tratado de direito de família*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001. v. 3 – Parentesco.
———. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo:RT, 1984. t. 8.
PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.
PULEO, Salvatore. Concetto di famiglia e rilevanza della famiglia naturale. *Rivista di Diritto Civile*, n. 1, 1979.
RAISER, Ludwig. O futuro do direito privado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Porto Alegre, 9 (25), p. 11-30, 1979.
REALE, Miguel. *Cônjuges e companheiros*. Disponível em: <www.miguelreale.com.br>. Acesso em: 14 set. 2004.
———. *Fontes e modelos do direito*: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.
———. *O direito como experiência*: introdução à epistemologia jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
———. O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986.
———. *O projeto do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.
———; REALE JR., Miguel; FERRARI, Eduardo Reale (Org.). *Experiências do direito*. Campinas: Millenium, 2004.
RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 25. ed. atual. de acordo com o NCC. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7 – Direito das sucessões.
ROGUIN, Ernest. Traité de droit civil comparé. Paris: LGDJ, 1905. v. 2.
RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas*: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. (Biblioteca de teses.)
SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça*. Porto Alegre: Fabris, 1986.
SAMPAIO, Pedro. *Alterações constitucionais nos direitos de família e sucessões.* Rio de Janeiro: Forense, 1990.
SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
———. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
———. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
SILVA, Eduardo Silva da. A dignidade da pessoa e a comunhão plena de vida. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: RT, 2002. p. 451.
SOUZA, Maria Isabel de Azevedo. O princípio da exclusividade como nota distintiva do direito privado. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: RT, 2002.
VELOSO, Zeno. Livro V – Do Direito das Sucessões. In: FIÚZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003.
VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. São Paulo: Atlas, 2001. v. 4 – Direito das sucessões.
WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy.
Harvard Law Review, Cambridge, Mass, v. 3-4, p. 191-220, 1890-1891.

Karime Costalunga

Ex- Pesquisadora na área de Direito de Família e Sucessões da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Edesp/FGV).

Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Professora do GVlaw.

Advogada.

CRÍTICA DA PENA I (2004) *

Klaus Günther

A CRITIQUE OF PUNISHMENT I

TRADUÇÃO *Flavia Portella Püschel*

RESUMO

Trata-se da primeira parte de um trabalho a respeito das teorias justificadoras da pena. Neste artigo, partindo da constatação de que existe atualmente na sociedade uma demanda por um aumento da punição – tanto em relação à sua freqüência quanto à sua severidade - o autor cuida de apresentar e criticar as principais justificativas tradicionais da pena entendida como a inflição de um mal. O autor defende que nenhuma dessas justificativas resiste a uma crítica racional.

PALAVRAS-CHAVE

pena / teorias da pena / retribuição / prevenção

ABSTRACT

This is the first part of a work about the theories used to justify punishment in criminal law. This article assumes there is a growing demand for more frequent and harder punishment in western societies nowadays and then presents and criticizes the main tradicional theories used to justify punishment. According to the author, none of these theories resists rational critique.

KEYWORDS

punishment / theories about punishment / retribution / prevention

Que as penas deveriam ser mais freqüentes e duras, que a criminalidade aumenta drasticamente, que o Estado e a sociedade pouco fazem para combatê-la, que o sistema de justiça criminal se preocupa demasiadamente com o autor do ilícito e o trata de um modo excessivamente frouxo, enquanto as vítimas são abandonadas à sua sorte lastimável: hoje em dia existem poucas pretensões e convicções aceitas de modo tão amplo e abrangente pela população da Europa ocidental e da América do Norte como essas. No mundo ocidental há uma demanda geral e onipresente pela pena. Como uma assombração, ela se aninha em todas as faixas etárias, em todas as camadas e classes sociais, em todas as profissões e em todos os níveis de escolaridade, assim como em quase todos os grupos políticos. Notável é uma emotividade latente e silenciosa que costuma se manifestar regularmente em controvérsias sobre

esse tema, com diferenças apenas de tom e grau de elaboração da expressão lingüística, mas não de conteúdo semântico. Supor que essa emotividade seja exclusiva da imprensa marrom e de seus leitores regulares seria superestimar a si próprio de modo elitista. Naturalmente que na imprensa marrom se encontram desde sempre demandas por penas mais duras, especialmente após crimes espetaculares. Atualmente, no entanto, tais demandas são feitas também pelos jornais mais exigentes. A apresentação escandalosa de casos criminais espetaculares na televisão tem um efeito presumivelmente ainda mais massivo, também sobre os consumidores mais críticos e refletidos. Até estudantes de direito zombam de um direito penal supostamente favorável aos autores de ilícitos e criticam nas aulas as dúvidas estatisticamente fundamentadas acerca do efeito preventivo da pena de morte nos EUA.[1] Atualmente, mesmo professores de direito que normalmente atuam de modo epistemologicamente crítico e metodologicamente consciente escrevem cartas indignadas aos jornais, nas quais contrapõem, com base em exemplos de casos criminais ocorridos na vizinhança ou com seus conhecidos, a certeza absoluta da experiência própria e direta contra o anonimato e a abstração das estatísticas. Ninguém menos do que Hans Magnus Enzensberger (1993) já expressou esse tipo de emotividade populista há alguns anos.

A política já reconheceu há muito tempo o potencial desse tipo de emotividade para a obtenção e manutenção do poder. Em disputas eleitorais conta também, e sobretudo, a disputa político-criminal: saber quem defende métodos de combate à criminalidade mais convincentes e eficazes, bem como a execução penal mais rigorosa. Para os agentes do sistema político é fácil assumir uma posição pseudodemocrática e basear-se no desejo manifestado pela maioria para atuar de maneira mais dura contra a criminalidade. A produção legislativa acompanha essa tendência, na medida em que amplia cada vez mais o direito penal, torna as penas mais duras e permite um número cada vez maior de métodos investigativos que interferem nos direitos fundamentais dos cidadãos, e isso também em nível europeu (Albrecht, 2003). Alguns Estados da federação alemã limitam certos afrouxamentos da execução penal destinados à ressocialização ou os eliminam de fato. Nada é atualmente mais temido pela política do que um preso libertado prematuramente ou autorizado a sair da prisão que comete novos delitos. Isso vale especialmente para os casos de autores de ilícitos penais espetaculares, como delitos sexuais, e que não foram submetidos a nenhuma medida de segurança ou a medidas de segurança por um prazo muito curto. Por fim, a ameaça do terrorismo internacional resultou em uma imensa aceleração dessas tendências. Nesse ponto, a demanda por punição, tornada obsessiva, se conecta naturalmente e de modo obscuro com a demanda por segurança. Para satisfação dessas demandas, as fronteiras tradicionais do Estado de Direito entre autoridades responsáveis pela persecução penal, polícia, serviços secretos e exército são destruídas para permitir, juridicamente, intervenções que são, simultaneamente, persecução penal, prevenção policial e guerra.

O novo "desejo pela pena" (*neue Lust auf Strafe*) (Hassemer, 2000: 16) espanta, sobretudo, porque não se correlaciona com um aumento dramático da criminalidade, ao menos não daqueles crimes graves, que estão no centro da atenção pública (Pfeiffer, 2004). Existem, de fato, oscilações nas estatísticas de certos tipos de delitos, especialmente de delitos leves, mas tais oscilações não são dramáticas a ponto de justificar um aumento na intensidade da demanda geral por punição. As pessoas estatisticamente menos ameaçadas pela criminalidade são as que têm o maior medo da criminalidade. Diante dessa constatação, é natural que se procurem as causas do fenômeno em uma influência recíproca entre a mídia e a política. A apresentação escandalosa de determinados crimes espetaculares (sobretudo de delitos sexuais seguidos de morte) dão a impressão de um aumento brusco da taxa de criminalidade (Pfeiffer, 2004) e provoca o clamor por intervenção política. Por sua vez, a constante dramatização política do combate à criminalidade dá a impressão de que ainda não se faz o suficiente e de que é possível fazer ainda mais. Esse "circuito de amplificação político-publicístico" (*politisch-publizistischer Verstärkerkreislauf*) (Scheerer, 1978; Pfeiffer, 2004) faz com que população se confronte ininterruptamente com a criminalidade. Por mais plausível que seja essa explicação, ela pressupõe a existência de uma grande demanda por punição na população, a qual seria repetidamente ativada e aumentada pela apresentação seletiva de casos espetaculares determinados e pela constante tematização política. Isso não explica, porém, por que a exigência de punição é tão intensa e a confiança na pena e seus supostos efeitos tão grande. Entre a demanda subjetiva por punição e a verdadeira eficácia da pena existe um fosso semelhante ao que há entre a real ameaça representada pela criminalidade e o medo subjetivo que ela provoca. Apesar de todas as evidências de que a pena é eficaz em muitos sentidos, porém muito pouco eficaz na busca da diminuição ou eliminação da criminalidade, a confiança na pena permanece virulenta e persistente. Tem-se quase a impressão de que à demanda por punição não importa a contradição entre os supostos e os verdadeiros efeitos da pena, ou mesmo efeitos de qualquer tipo, insistindo apenas na sua mera satisfação, por meio da execução da pena.

Diante da inabalável autoconfiança com a qual uma demanda por punição tornada obsessiva se apresenta publicamente hoje, deve-se pelo menos lembrar mais uma vez das objeções mais comuns à pena, entendida no sentido de inflição de um mal, determinada e executada pelo Estado. Nenhuma das justificativas defendidas publicamente para a pena resiste a uma análise mais detida. Isso vale tanto para a retribuição, quanto para as diferentes teorias de prevenção. Aliás, no que se refere a essa disputa, a legislação penal não se comprometeu com um fundamento e um objetivo para a pena. A jurisprudência tenta, por meio de uma "teoria conciliatória" (*Vereinigungstheorie*), reunir, em uma relação de equilíbrio, diferentes objetivos da pena. Nessa tentativa de conciliação, a retribuição pura quase não tem mais nenhum peso, sendo amplamente substituída pela interpretação da pena como compensação

da culpa (Tröndle/Fischer, 2003: § 46 nt. 2). No entanto, se a pena não resiste a uma crítica racional, resta perguntar se não existem talvez justificativas não oficiais nas quais se apóia, de maneira não expressa, a exigência de punição. Tratarei dessas justificativas apócrifas em um segundo momento. Tendo em vista que essas justificativas tampouco nos levam muito longe, indagarei ao final acerca das causas da demanda por punição que estão além da compreensão racional e aguardam ainda a chegada do Iluminismo.

1. Crítica das justificativas tradicionais para a pena

Desde que se passou a punir e a refletir sobre isso, existem principalmente duas justificativas para a pena: ela deve compensar uma injustiça (*Unrecht*) passada, expiar, retribuir, ou ela deve evitar a ocorrência de ilícitos penais futuros (prevenção). É de Sêneca a famosa sentença, atribuída por ele a Platão: *nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur* (cf. a esse respeito Roxin, 1997: 45). Atribuem-se à pena objetivos preventivos em pelo menos três aspectos: ela deve desencorajar possíveis futuros autores de ilícitos penais a colocar seus planos em prática (prevenção geral negativa); ela deve impressionar o delinqüente de maneira tão negativa, que na situação de iminente reincidência ele, por medo, deixe de praticar o ilícito penal planejado (prevenção especial negativa); ela deve estimular e incentivar o autor do ilícito penal ao arrependimento, à compreensão e à conversão, regenerá-lo e desse modo levá-lo a uma vida de respeito à lei (prevenção especial positiva); e ela deve fortalecer e estabilizar os costumes e a moral de uma sociedade, para que cidadãos respeitadores da lei não se sintam fraudados em seus bons motivos, quando obrigados a presenciar a situação em que alguém se deixa levar por seus maus motivos (prevenção geral positiva). Enquanto a retribuição se esgota com a reparação da injustiça passada e não persegue nenhum outro objetivo além desse (teoria penal absoluta), as teorias preventivas reivindicam a vinculação da pena a objetivos racionalmente controláveis (teorias penais relativas). Com a exigência feita, sobretudo, a partir do Iluminismo e contra a retribuição, de que a pena se meça por objetivos racionais, já estava naturalmente aberto o caminho para a crítica da pena, porque, a partir daí, torna-se necessário comprovar que a pena realiza realmente seus objetivos. Comprovação que, no entanto, não se conseguiu realizar até hoje. A razão e a finalidade da retribuição permanecem igualmente questões em aberto, do mesmo modo que é possível duvidar de que jamais uma injustiça tenha sido realmente compensada pela pena.

a) Retribuição

Sua origem está na restituição, na reparação do dano pelo seu causador. Nos casos em que uma indenização não é possível, deve-se tomar do autor do dano o mesmo que ele tomou da vítima – olho por olho, dente por dente –, o que deve ser feito

pela própria vítima ou por seus familiares. Em sua origem a retribuição está, portanto, ainda completamente ligada à relação entre autor do ilícito e vítima, assim como às comunidades familiares de cada um deles. Na subordinação a esse contexto residem, também, os perigos da escalação. A experiência histórica da retribuição mostra que não existe equivalência real entre o bem roubado ou destruído e o bem tomado a título de retribuição. Como nenhuma retribuição corresponde exatamente àquilo que deve compensar, ela cria uma nova injustiça e com isso a demanda por uma nova retribuição. No entanto, não é apenas por causa do resto inextinguível de injustiça em cada retribuição que essa necessidade é potencialmente sem limites. Como a retribuição é praticada originalmente somente no âmbito da relação intersubjetiva entre o autor, a vítima e os familiares desta última, para ela convergem forçosamente todas as emoções consciente ou inconscientemente despertadas pelas circunstâncias relacionadas ao ato e à retribuição. A simples reparação com base no valor do bem atingido não é jamais capaz de compensar a vergonha, o aviltamento e a humilhação na medida, subjetiva e variável de caso para caso, em que a vítima as sofreu. E, por outro lado, uma retribuição levada a cabo de maneira especialmente ultrajante pode provocar na pessoa assim punida a convicção de ter, por sua vez, sofrido uma injustiça, a exigir reparação. Daí resulta um círculo de conflitos sangrentos, sem trégua e sem saída, capaz de ocupar sociedades inteiras a ponto de paralisar todos os seus sistemas funcionais. A história do princípio da retribuição é, por isso, a história das suas limitações. O princípio do Talião já era pensado como uma limitação à demanda por vingança sem limites do ponto de vista subjetivo: pela perda de um olho *não mais e não menos* do que um olho. Na medida em que a demanda por reparação ultrapassa as fronteiras da equivalência e se intensifica na forma de transferências de emoções do prejudicado para o delinqüente, até se iniciar o círculo de vingança, surge um terceiro poderoso no cenário, que toma para si o papel de único responsável pela vingança e monopoliza todos os meios de violência. O direito de punir é tirado das mãos do prejudicado; o Estado detentor do monopólio da violência e responsável pela punição só pode conservar seu poder se toma nas próprias mãos a persecução e punição do crime (Lüderssen, 1995: 22 e ss.). Ele pune o crime em nome próprio (pretensão punitiva estatal ou pública) – para tanto os súditos precisam renunciar ao seu direito de autodefesa. Com isso a retribuição se liberta da relação concreta entre o causador do dano e o prejudicado. O que deve ser compensado é a violação do direito, do direito geral e público, por meio do Estado e seus órgãos de execução, sem que a vítima possa extrair sua reparação da experiência punitiva direta. A vítima é afastada da persecução e execução penais, ela é marginalizada (Hassemer/Reemtsma, 2002: 16 e ss.). Com isso, a pena retributiva perde naturalmente sua última referência à ofensa concretamente causada pelo autor. Em que deve consistir então a igualdade compensatória ou proporcionalidade entre ato e pena?

Com a generalização e estatização da pretensão punitiva, a retribuição sofreu uma dupla abstração: em vez da ofensa concreta e individual a uma pessoa, a pena passa a compensar a violação de uma norma jurídica geral e, no lugar da igualdade externa de tipo ou de valor da pena em relação à ofensa, ela se apresenta com um simples símbolo da reparação da injustiça. Kant e Hegel explicaram essa abstração dizendo que o autor ofende com seu crime não apenas uma outra pessoa individualmente, mas cria com seu ato também uma espécie de contranorma, que autorizaria esse comportamento de modo geral e demonstraria para a sociedade que tal contranorma poderia ser também praticada: seria o crime "que valeria, caso contrário" (Hegel, 1970: § 99, p. 187). A pena deve negar e afastar essa contranorma que, caso contrário, valeria, e com isso confirmar e reforçar a obrigatoriedade da norma jurídica original. Desse modo, a pena realiza naturalmente apenas aquilo que já está contido na contranorma afirmada pelo criminoso. A contranorma contradiz a si mesma *como norma*. Quem rouba uma coisa quer conservá-la para si. Encarada como norma válida em geral, no entanto, essa conduta significa que o roubo é permitido em geral. Se isso fosse assim, porém, ninguém, nem mesmo o ladrão, poderia conservar uma coisa para si. Do mesmo modo, perde a própria liberdade ou a própria vida quem toma a liberdade ou a vida de outra pessoa, porque em ambos os casos, por meio do seu delito, estabelece a lei segundo a qual ninguém (nem mesmo o próprio autor do ilícito) tem direito à liberdade ou à vida (cf. no mesmo sentido Kant, 1975: 435 ss.). A pena nega a contranorma que se nega a si mesma: ela é a negação da negação. Isso se realiza na medida em que se toma algo do autor do ilícito, isto é, na medida em que se resolve no próprio autor do ilícito a contradição criada por ele com a sua conduta. Mas a igualdade externa da retribuição, por meio da qual o autor do ilícito é subsumido à sua própria lei, apenas torna evidente que "aquela relação de necessidade, que o crime, entendido como a vontade nula em si mesma, com isso traz em si sua própria destruição, a qual aparece como pena. É a identidade *interna* que, em sua manifestação externa, reflete-se para o intelecto como *igualdade*" (Hegel, 1970: § 101, 193). Com isso Hegel acredita ter reduzido o problema da impossibilidade de se alcançar a equivalência perfeita entre conduta e pena a um mero aspecto exterior da pena, cuja função é somente transmitir a mensagem da dupla negação como eliminação da injustiça e restabelecimento do direito.

No mais tardar neste nível de abstração, mostra-se naturalmente que na pena retributiva é inserido todo tipo de mensagens, que devem ser expressas por meio da inflição de um mal. O mal da pena torna-se um meio de comunicação, que deve deixar claro para o apenado e para a coletividade que a contranorma afirmada pelo autor do ilícito não tem validade nem pode ser praticada (Jakobs, 1991: 9 s.; idem, 1992: 27 e s.; Duff, 1995). No entanto, na medida em que a pena é reduzida a um mero ato performativo que deve transmitir um conteúdo proposicional, pode-se perguntar se tal mensagem precisa necessariamente desse meio de comunicação ou se

não existem outros, talvez mais adequados. Uma injustiça deve ser negada publicamente, a norma violada deve ter sua validade confirmada e reforçada – mas por que poderiam tais objetivos ser atingidos apenas por meio do mal da pena? Não existem meios mais brandos e talvez até mais eficientes de comunicação? Se o objetivo deve ser *apenas* estabelecer publicamente que ocorreu uma injustiça e que essa injustiça deve ser imputada a uma pessoa para que se responsabilize, então uma declaração pública da culpa dessa pessoa, a condenação na sentença penal, seria suficiente. Porque essa mensagem deve ser atrelada à suplementar inflição de um mal pelo Estado permanece uma questão em aberto (v. a esse respeito, mais detalhadamente, Günther, 2002: 219; sobre a condenação, v. Schork, 2004). Na melhor das hipóteses, pode-se dizer que a pena com sua simbologia atual constitui uma convenção historicamente transmitida e estabilizada pelos costumes, da qual as sociedades costumam se servir regularmente quando querem comunicar esse tipo de mensagem (Feinberg, 1994: 86 e s.). No entanto, um exame racional da pena precisa questionar se as sociedades modernas não poderiam pensar em nada melhor do que se render a meros costumes arraigados e confortáveis.

b) Prevenção geral negativa

A ameaça e a execução da pena devem atuar sobre a coletividade de modo que autores de ilícitos penais em potencial abandonem seus planos – de preferência em razão do medo e do horror provocados pela ameaça da pena e pela experiência da sua execução. Contra essa teoria sempre existiram razões normativas: a punição do delinqüente é apenas um meio para provocar algo em terceiros, o que significa, no entanto, que se instrumentaliza o apenado para alcançar fins que nada têm a ver com ele ou com sua conduta. A conduta penal oferece apenas o ensejo para estabelecer um exemplo para os demais. A decisão sobre se e como punir depende então somente dos efeitos que se quer causar a terceiros. A quantidade e a severidade da pena determinam-se pela intensidade da demanda por prevenção. É por essa razão que hoje se pune a fuga após acidentes de trânsito de modo menos tolerante do que o furto em lojas, mesmo que nos casos concretos o valor do prejuízo seja o mesmo. Nesta linha, todos os delitos para os quais há uma grande demanda por prevenção (como os delitos de trânsito, que ocorrem de forma massiva) deveriam ser punidos de maneira mais rigorosa do que os delitos graves, que são muito mais raros. Além disso, importariam menos o tipo e grau da culpa do autor do ilícito. Importaria mais a conduta violadora da norma como acontecimento externo, assim como o dano por ela causado. Se ilícitos culposos ocorrem com maior freqüência e provocam danos maiores do que os ilícitos dolosos, então estes deveriam ser punidos de forma mais branda do que aqueles. No entanto, na medida em que penas preventivas se afastam da conduta e da culpa do autor do ilícito, para criar apenas efeitos intimidatórios, elas se tornam injustas em relação a ele.

Uma reflexão mais minuciosa mostra, no entanto, que a prevenção geral negativa apenas funciona – se é que funciona – quando leva em conta a idéia de justiça da comunidade. Se uma relação proporcional entre conduta, tipo e dimensão da culpa do autor por um lado e quantidade de pena, por outro é considerada justa, então a aplicação de uma pena grave a um delito de menor importância ou cometido com culpa leve é injusta. Uma pena considerada injusta não tem efeito intimidatório (Lüderssen, 1995: 99 e ss.). A consciência de justiça prevalecente entre os destinatários da norma estabelece as fronteiras da prevenção geral. Naturalmente, essa fronteira permanece sempre contingente; ela não pode ser derivada das razões justificadoras da própria pena geral-preventiva, mas depende das noções de justiça por acaso predominantes entre os destinatários da norma em um determinado momento histórico. Os efeitos limitadores da consciência de justiça deixam de atuar quando a aplicação de penas severas é simplesmente considerada justa. É essa a situação em que nos encontramos hoje.

Além disso, freqüentemente levantam-se dúvidas sobre a possibilidade de se provar empiricamente a alegada relação de meio e fim entre comportamento lícito e pena intimidatória. Até o momento não existe certeza de que a pena tenha realmente um efeito intimidatório (Eisenberg, 2000: 569 e s.). Os que estão convencidos disso normalmente transferem experiências sociais próximas, do cotidiano familiar e da socialização de crianças para o âmbito da pena estatal. Famosos são, no entanto, como exemplos contrários, os batedores de carteiras, que podiam sempre registrar seus maiores sucessos roubando espectadores que acompanhavam com olhar fixo os martírios em execuções públicas. A comparação entre os Estados norte-americanos com e sem pena de morte não permite reconhecer que penas mais severas tenham um maior efeito intimidatório. Abstraindo-se disso, a pedagogia e a pesquisa na área da psicologia do desenvolvimento moral mostram que medo e horror são maus professores. Eles resultam, quando muito, em uma adaptação aparente, em um comportamento oportunista e ocasional de contornar ou esquivar-se da norma. Para que a pena tenha um efeito realmente intimidatório, cada caso de comportamento desviante precisaria ser identificado e sancionado e os efeitos negativos da sanção precisariam ser experimentados mais intensamente do que os efeitos positivos da possível conduta desviante (Montada, 1998: 867). Assim que aumenta a probabilidade de que uma conduta não seja descoberta, diminui proporcionalmente o efeito intimidatório da ameaça da pena. Desse modo, os poucos resultados empíricos relativos à prevenção geral negativa comprovam mais um efeito intimidatório do controle policial do que da própria ameaça da pena ou da execução exemplar de penas individuais (Eisenberg, 2000: 573 e ss.). As pessoas evitam dirigir alcoolizadas menos em razão da proibição desta conduta pela lei penal ou da ameaça de punição do que em razão do fato de, naquela noite, no caminho para casa, a polícia estar realizando uma "batida".

Penas intimidatórias são, afinal, também questionáveis porque, além do efeito negativo, não produzem nada que aumente a probabilidade de comportamento conforme às normas entre os afetados. Elas não oferecem nenhuma solução construtiva para os problemas e conflitos que se julguem não poder resolver de outro modo que pela prática de um ilícito penal; elas não oferecem nenhuma alternativa ao comportamento delinqüente avaliado como passível de sucesso. Por fim, em razão de sua fixação exclusiva sobre efeitos negativos, elas não transmitem nenhum conhecimento sobre a legitimidade da norma ou, pelo menos, sobre a legitimidade do processo de criação da norma, a cuja violação elas reagem (Montada, 1998: 867). Se o respeito à norma deve consistir em algo mais do que um reflexo mecânico de defesa, que ocorre sempre quando se apresenta uma oportunidade de violação da norma, devendo fundar-se sobre as convicções críticas dos cidadãos, que podem também evitar as conseqüências negativas das sanções no caso concreto, mas que vinculam sua disposição de obediência à norma, sobretudo na convicção de que as normas jurídicas em geral são legítimas, então a prevenção por meio da intimidação é uma falsa alternativa.

c) Prevenção especial negativa

Isso vale especialmente quando a pena não se volta em primeira linha às atitudes de terceiros, mas deve ter um efeito intimidatório sobre o próprio delinqüente, isto é, deve impedi-lo de voltar a praticar ilícitos penais no futuro. Ela deve, como no esquema de estímulo e reação do behaviorismo, constituir um contra-estímulo suficientemente intensivo para impedir, como que de modo reflexo, que o delinqüente futuramente leve a cabo a prática do ilícito penal planejado. Ou ela deve, pelo menos, pôr em marcha um cálculo estratégico, no sentido de um cálculo da relação custo-benefício, segundo o qual o crime não compensa, porque os custos (pena) são mais altos do que o ganho esperado com a prática do ilícito penal. De acordo com a obstinação com a qual o delinqüente se apega a padrões de comportamento desviantes e com a estabilidade da formação de sua identidade inclinada à delinqüência, a pena precisaria ser maior ou menor, de modo a constituir um contra-estímulo forte o suficiente. Com isso ela novamente se desprenderia de uma relação proporcional à conduta e ao tipo e grau de culpa para ter em vista apenas as atitudes do autor do ilícito, a serem futuramente dominadas. Por conseqüência, cada autor deveria ser punido de modo diverso pela prática do mesmo ilícito penal. A variante baseada sobre um cálculo racional da relação custo-benefício tem o problema de que na realidade quase nenhum autor de ilícitos penais se comporta, ou poderia comportar-se, de modo tão racional. As condições sociais e ontogenéticas nas quais a capacidade de escolha racional poderia se formar não são levadas em consideração (Kunz, 2001: 199). Além disso, a probabilidade de comportamento irracional aumenta proporcionalmente à gravidade do crime. A maioria dos homicídios ocorre no contexto de

conflitos dramáticos de relacionamento, tendo os envolvidos se enredado em uma situação sem saída. As informações relevantes sobre outras possibilidades de conduta, alternativas para a solução de conflitos, menos custosas e com isso mais úteis, necessárias para uma escolha racional, faltam ao autor do ilícito justamente nas situações pesadas, tensas e sem saída. Por fim, o cálculo racional tenta justamente a inclusão do risco da persecução penal no estabelecimento da relação custo-benefício. Quando a probabilidade de ser pego for pequena, de acordo com a avaliação do autor do ilícito (ou quando ele acredita ter tomado as precauções adequadas), o ilícito penal planejado pode aparecer-lhe de repente como muito mais vantajoso (Kunz, 2001: 201 e s.).

Ademais, medo e horror não encorajam nenhum processo de aprendizado moral por meio da análise construtiva do ato praticado. Pelo contrário, provocam reações defensivas, com as quais o prisioneiro nega a injustiça que causou e o sofrimento da vítima ou os neutraliza perante si mesmo, por meio de supostas justificativas ou desculpas (Sykes/Matza, 1974: 360 e ss.). O mero cumprimento de uma pena privativa de liberdade, com uma atitude defensiva desse tipo, deixa o prisioneiro sozinho com seus problemas cotidianos não resolvidos, que ele julgava solucionar apenas com seu comportamento desviante. Assim que colocado em liberdade, retornam os problemas e com eles também o padrão de solução por meio do comportamento desviante, aprendido e incorporado de modo estável em razão da falta de alternativas de comportamento que tenham sido experimentadas e praticadas por ele próprio. Por outro lado, penas privativas de liberdade curtas, os famigerados "puxões de orelha", não deixam, com o passar do tempo e o apagar das lembranças, praticamente nenhum rastro duradouro. Na melhor das hipóteses, elas promovem apenas a socialização no meio criminoso.

d) Prevenção especial positiva

A pena deve causar arrependimento, compreensão e regeneração, ou seja, uma mudança de atitude que garanta pelo menos uma adaptação externa à ordem legal. A empiria do cotidiano prisional indica naturalmente que tais efeitos são improváveis – ainda que ocorram de tempos em tempos casos individuais nos quais os resultados desejados realmente se verificam. A experiência aponta, ao contrário, que na prisão prisioneiros potencialmente de boa vontade são justamente socializados no meio criminoso de modo duradouro, internalizando seus valores e atitudes, para só aí formar realmente sua identidade delinqüente. Em vez de defrontar-se internamente com seu ato, o prisioneiro acaba em uma situação de embrutecimento e indiferença, especialmente em casos de prolongada privação de liberdade.

Por isso, logo se deixou de esperar da pena em si mesma qualquer efeito positivo, passando-se a esperá-lo apenas de medidas que acompanham a privação de liberdade e lhe dão forma, de modo que o prisioneiro possa inserir-se novamente

na comunidade e levar uma vida livre de penas, isto é, que ele seja ressocializado. De todas as justificativas da pena, a ressocialização foi a que teve naturalmente o destino mais triste nas últimas décadas. Nela eram depositadas as grandes esperanças que culminaram com a Lei de Execuções Penais (*Strafvollzugsgesetz*), de 1977, a qual, em seu § 2, orientava a execução da pena privativa de liberdade pelo objetivo da ressocialização: "Na execução da pena privativa de liberdade o prisioneiro deve tornar-se capaz de levar futuramente, de modo socialmente responsável, uma vida livre de ilícitos penais". A proteção da coletividade aparecia em seguida apenas de modo secundário como um objetivo da execução penal. Isso correspondia à política criminal do Estado de Bem-Estar Social, que buscava – e tentava corrigir – as causas da criminalidade não na decisão de livre-arbítrio do autor do ilícito, mas em déficits de socialização e da estrutura social. Essa política criminal tinha ainda pelo menos uma noção de que a sociedade não é isenta de culpa no que se refere à criminalidade. De lá para cá, passou a lançar-se sobre a ressocialização um escárnio populista. "Conversas terapêuticas" valem como exemplo de manifestação de uma atitude frouxa em relação a autores de ilícitos penais, sem efeitos e que deixa o criminoso sair da prisão como um vencedor sorridente para que possa continuar com seus abusos como estelionatário, ladrão de bolsas, traficante de drogas ou pedófilo. Nos casos em que a criminalidade atinge o nível da organização, como máfia ou grupo terrorista, a ressocialização não poderia, de todo modo, produzir nenhum efeito. Levantamentos feitos entre alunos de Direito nos primeiros semestres do curso comprovam essa mudança de atitude em relação à ressocialização (Streng, 2000: 425 e s.). Mais uma vez, a política adota de boa vontade essa tendência e a transforma em moeda de troca para o jogo pelo poder. A requerimento do Estado de Hessen, o *Bundesrat* apresentou ao *Bundestag*[2] no ano passado um projeto de alteração da Lei de Execuções Penais (*Strafvollzugsgesetz*) que visava diretamente a eliminação daquela relação hierárquica entre ressocialização e proteção da coletividade: como o mandamento de ressocialização "na forma atual não corresponde mais à realidade da execução" e "não leva suficientemente em conta a crescente demanda por segurança da população", a proteção da coletividade deve receber "uma valorização relativa adequada" por meio "do seu reconhecimento como mais um objetivo da execução" (BTDrucks, 15/778). Conseqüentemente, isso acabaria naturalmente em uma inversão fática da relação de primazia. Na dúvida, a proteção da coletividade teria sempre precedência sobre a ressocialização. Mesmo sem a concretização desse projeto de reforma, cada vez mais Estados da federação passam a aplicar as medidas de ressocialização na execução de maneira restritiva ou a suprimi-las completamente.

A justificativa política dirigida à emotividade característica do medo da criminalidade, segundo a qual, entre outras coisas, "A estruturação da execução com vistas

primordialmente às necessidades do preso [...] deveria recuar diante da crescente demanda por segurança da população (idem)", naturalmente não se dá conta de que uma ressocialização bem-sucedida é o melhor meio de proteger a coletividade e tem efeitos a longo prazo. Aceitar as necessidades do preso não é, portanto, um fim em si mesmo ou uma pretensa boa ação feita por uma mal compreendida compaixão por malfeitores, mas condição para uma mudança duradoura de atitude e comportamento do delinqüente. De todas as opções que uma sociedade tem para reagir à criminalidade, a ressocialização bem-sucedida é na verdade a única que se pode justificar racionalmente.

A ressocialização em si mesma naturalmente já não é mais uma pena e talvez também por isso ela tenha permanecido até hoje uma utopia. Os protestos e a oposição que ela encontra para a sua concretização são muito grandes. Uma das condições para a aplicação e para o sucesso da ressocialização é o seu caráter voluntário e justamente isso falta enquanto o delinqüente se encontra atrás dos muros da prisão. Se falta a voluntariedade, então as medidas de ressocialização não atingem o seu objetivo e encontram a resistência interna do delinqüente ou, na melhor das hipóteses, o cálculo estratégico de participar aparentemente de tais medidas, com o fim de conseguir benefícios na execução penal, especialmente uma antecipação da liberdade. Pode acontecer que nesse caso um presidiário agindo de modo estratégico seja de algum modo surpreendido pelos efeitos positivos das medidas de ressocialização, mas tais efeitos são casuais e não podem ser calculados. Mas, sobretudo, a ressocialização só pode ser bem-sucedida quando a causa do comportamento desviante estiver realmente ligada ao delinqüente e a problemas na sua socialização e quando as terapias e ofertas de ajuda forem adequadas para eliminar essa causa ou diminuir seus efeitos delinqüentes. No entanto, quando as causas se relacionarem a uma estrutura social injusta, discriminatória e criadora de desvantagens ou a um sistema jurídico ilegítimo (por exemplo, Leis de Nuremberg, Apartheid) ou cujas normas impõem condutas não razoáveis, então a ressocialização se torna adestramento e disciplinamento externo. Há razões para supor que, no quadro de estruturas sociais razoavelmente justas e sistemas jurídicos no geral legítimos, a causa para algumas categorias de crimes graves ou também para altos índices de reincidência em casos de criminalidade mediana contra a propriedade e o patrimônio se relacionam a consideráveis déficits de socialização, especialmente de pessoas com estruturas de personalidade narcisistas (Lüderssen, 1984: 103 e ss.). No entanto, é pequena a disposição da sociedade para investir o dinheiro necessário em socioterapias custosas, com as quais tais déficits poderiam ser superados ou pelo menos ter seus efeitos negativos minimizados. A ressocialização não consta da agenda sociopolítica de investimentos futuros. Por que – perguntam muitos – o Estado deveria gastar tanto dinheiro de tributos com criminosos?

e) Prevenção geral positiva

As justificativas tradicionais da pena – sua capacidade de intimidar terceiros ou regenerar delinqüentes – haviam sido colocadas em dúvida por Emile Durkheim, já em seu livro sobre a divisão do trabalho, de 1930. A pena "não serve, ou serve apenas de modo secundário, à correção do culpado ou à intimidação de possíveis imitadores. Desses dois pontos de vista sua eficácia é com razão duvidosa e em todo caso módica" (Durkheim, 1977: 149). Ele investigou uma suspeita, que se instala sobretudo quando alguém começa a se admirar com espantosa desproporção entre a real falta de efeitos da pena e a persistência da demanda pela pena. Por que tantas pessoas se aferram à pena, mesmo quando ela não atinge os objetivos pretendidos? Isso pode ser explicado apenas pelo fato de que a pena produz algum efeito sobretudo sobre as pessoas que não estão em risco de cometer nenhum ilícito penal e que acreditam na pena. Segundo Durkheim, a pena tem um importante efeito sobre a sociedade, isto é, sobre os terceiros em realidade não envolvidos no ato, que tampouco necessitam de intimidação em razão de potenciais inclinações à delinqüência, mas que são, ao contrário, respeitadores da lei. "Sua verdadeira tarefa é manter a coesão social, na medida em que conserva a plena vitalidade da consciência coletiva" (idem). Por meio da pena, os bons cidadãos – que, aliás, já partilham valores sociais – comemoram suas convicções axiológicas comuns, na medida em que, com base em um caso exemplar, confirmam e reforçam uns para os outros que estão todos juntos do lado certo, que ainda vale a pena aferrar-se aos valores comuns e que aqueles que se comportam de modo desviante estão do lado errado. É por isso que o crime é decididamente necessário para a integração da sociedade, já que é apenas por meio do teatro penal que ela consegue reativar e reestabilizar constantemente sua própria consciência coletiva. Caso contrário, as normas e valores comuns cairiam no esquecimento, tornar-se-iam frágeis, individualizados e privatizados e sua influência na determinação de comportamentos tornar-se-ia cada vez mais fraca. Ao final, haveria o risco de desintegração da sociedade. Isso vale especialmente para sociedades modernas, organizadas pela divisão do trabalho. Nessas sociedades, a solidariedade orgânica dominante apóia-se principalmente em cooperações convencionadas contratualmente. Violações da solidariedade orgânica são compensadas principalmente pelo direito civil, por meio da indenização dos prejuízos. Uma sociedade assim limita o âmbito do direito penal em favor do direito civil, mas corre o risco de se desintegrar, se um núcleo de convicções axiológicas partilhadas, no qual se centra a consciência coletiva, não for mantido vivo. E a sanção repressiva do direito penal, que na realidade foi constitutiva para o estágio pré-moderno da solidariedade mecânica, reativa constantemente, em casos dramáticos individuais, esse centro de valores interno de uma sociedade.

Essa justificativa da pena, que visa efeitos positivos sobre a coletividade, aparece em diferentes variações. Para a teoria da prevenção geral positiva a pena é semelhante àquela das versões modernas da teoria retributiva: "resposta à negação da norma,

às custas do autor do ilícito" (Jakobs, 1991: 10). Em oposição à manifestação do autor do ilícito, no sentido de que a violação da norma é possível e a contranorma afirmada implicitamente com seu ato é também praticável, é preciso que a norma original seja restabelecida, que sua validade seja confirmada. No entanto, diferentemente do que ocorre nas teorias retributivas, isso não é um objetivo em si mesmo, mas visa efeitos positivos sobre a coletividade. A experiência da frustração das expectativas normativas da sociedade partilhadas em geral pode abalar a crença de terceiros na validade e inviolabilidade da norma. Por isso, é preciso que aconteça algo que elimine esse abalo. Os efeitos produzidos pela pena distinguem-se por três aspectos:

> os destinatários da norma são principalmente todas as pessoas, e não algumas pessoas como potenciais autoras de ilícitos, já que ninguém consegue sobreviver sem interação social. Nesta medida, a pena se aplica para o treino da confiança na norma. Além disso, a pena onera o comportamento ilícito com custos, aumentando com isso a chance de que tal comportamento seja aprendido como uma alternativa comportamental inaceitável. Nesta medida, a pena se aplica para o treino da obediência ao direito. No mínimo, aprende-se com a pena a conexão entre o comportamento e o dever de arcar com as conseqüências, ainda que a norma seja violada apesar do que se aprendeu. Nesta medida, trata-se de treino da aceitação das conseqüências. Os três efeitos mencionados podem ser sintetizados como treino do reconhecimento da norma (Jakobs, 1991: 14 e s. – grifos no original).

Com isso, a pena demonstra ser funcionalmente necessária para a estabilidade do sistema normativo, do qual depende a capacidade de funcionamento das sociedades modernas como um todo.

A teoria da prevenção integrativa orienta-se sobretudo pela idéia de Durkheim, de que o comportamento obediente ao direito assenta-se em convicções axiológicas geralmente partilhadas. A pena é aqui não apenas treino do reconhecimento da norma, mas, além disso, confirmação e reforço dos vários valores, normas e instituições de uma sociedade, os quais, em conjunto, estabilizam atitudes de obediência ao direito, mas que por sua vez são estabilizados por outras formas de controle social. A pena atua tão-só como mais uma instância de controle social, ao lado de outras.

> O conceito baseia-se na teoria do direito penal: o sistema jurídico penal, como parte do controle social, atua ao seu modo para a aculturação e socialização das pessoas, ao lado da escola e da casa paterna; tem em mira a confiança da população na estabilidade das normas; o cultivo do direito penal

> na prática, na relação de reciprocidade com outros campos do controle social, tem conseqüências para a validade de normas sociais e sua estabilidade (Hassemer, 1990: 325).

O mérito desse conceito consiste em que, ao contrário das demais teorias preventivas, ele consegue integrar as características do direito penal do Estado de Direito: a limitação, a restrição e a formalização da demanda geral por punição. O controle social ocorre diariamente e por toda parte de formas diversas. O direito penal estabiliza a confiança na validade da norma na medida em que transmite os valores do Estado de Direito de um direito penal vinculado aos princípios da dignidade humana, da formalização e da *ultima ratio*. A pena, portanto, transmite consigo a mensagem da sua própria limitação.

Como nas variantes mais modernas da teoria da retribuição, nas teorias da prevenção geral positiva a pena, entendida como a inflição de uma mal ordenada e executada pelo Estado, é também reduzida a um meio de comunicação. Por que tais mensagens precisam ser comunicadas justamente por meio da pena permanece uma questão em aberto. Seu conteúdo proposicional poderia ser comunicado também por intermédio de outros atos performativos, como uma condenação em um processo público e formalizado de determinação dos fatos e de imputação. O nexo entre a mensagem mediada pela comunicação e o meio de comunicação pena continua contingente; não está comprovada a existência de uma relação *necessária*. Apenas se e na medida em que os destinatários da norma *já tenham aprendido* a linguagem da pena é que podem compreender as mensagens transmitidas dessa forma e tornarem-se incapazes de imaginar qualquer outra linguagem para a transmissão da mensagem. A teoria da prevenção geral positiva incorpora simplesmente a realidade da pena, mas não é capaz de justificá-la. Isso vale especialmente quando se considera a pena somente um meio entre outros para o treino do reconhecimento da norma. Por que então não buscar alternativas melhores e mais eficazes? Para Hassemer, a pena e o direito penal devem, por meio de sua formalização no Estado de Direito, "ser transmitidos socialmente como um padrão de trato humanitário com a adequação à norma" e, nesta medida, "basear-se na autonomia dos homens" (Hessemer, 1990: 327). Se é essa a mensagem a ser transmitida, surge, o mais tardar neste momento, a questão de saber se ela depende ainda da pena como meio de transmissão. Homens autônomos, capazes de fazer uso público de sua razão, não precisam que se dirijam a eles por meio da pena para que possam perceber que em uma sociedade democrática e com Estado de Direito deve-se tratar comportamentos desviantes de maneira a respeitar a dignidade humana. Para isso bastam boas razões.

As razões e justificativas apresentadas no discurso oficial e público sobre a pena não resistem, portanto, a um exame mais detalhado. As alegadas relações de meio e fim entre a pena e seus efeitos não são acertadas ou são impossíveis de se

comprovar, ou a pena é reduzida a um meio de comunicação, sem que se possa demonstrar que as mensagens a serem comunicadas dependam necessariamente da pena como meio de transmissão. Naturalmente, existe também um discurso extra-oficial sobre a punição, no qual são apresentadas razões que servem de justificação indireta para a prática penal.

A segunda parte deste artigo foi publicada em WestEnd 1 (2005).

NOTAS

1 Essa constatação baseia-se em observações próprias. Levantamentos estatísticos feitos entre estudantes de Direito em diferentes universidades comprovam essa tendência (cf. sobre isso Streng, 2000: 422 ss.).

2 N.T. O *Bundestag* é, conforme o art. 77 da Lei Fundamental Alemã, o órgão central do poder legislativo federal daquele país. O *Bundesrat* é a assembéia de delegados dos estados federados e atua ao lado do *Bundestag* no processo legislativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBRECHT, Peter-Alexis (2003). *Die vergessene Freiheit* – Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag.
DUFF, Antony (1995). Penal communications: recent work in the philosophy of punishment. *Crime and Justice*: an annual Review of Research, p. 20 e ss.
DURKHEIM, Emile (1977) [1930]. *Über die Teilung der sozialen Arbeit*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
EISENBERG, Ulrich (2000). *Kriminologie*. 4. ed. München: C. H. Beck.
ENZENSBERGER, Hans Magnus (1993). *Aussichten auf den Bürgerkrieg*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
FEINBERG, Joel (1994) [1970]. The expressive function of punishment. In: DUFF, R. Antony; GARLAND, David (Org.). *A reader on punishment*. Oxford: Oxford UP, p. 73-89.
GÜNTHER, Klaus (2002). Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. In: PRITTWITZ, Cornelius et al. (Org.). *Festschrift für Klaus Lüderssen*. Baden-Baden: Nomos, p. 205-219.
HAFFKE, Bernhard (1976). *Tiefenpsychologie und Generalprävention*. Aarau e Frankfurt a. M.: Sauerländer.
HASSEMER, Winfried (1990). *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. 2. ed. München: C. H. Beck.
——— (2000). Die neu Lust auf Trafe. *Frankfurter Rundschau*, 20 dez., p. 16.
———; REEMTSMA, Jan Philipp (2002). *Verbrechensopfer* – Gesetz und Gerechtigkeit. München: C. H. Beck.
HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich (1970) [1821]. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Organizado por Eva Moldenhauer e Karl Markus Michel. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, Obras, v. 7.
JAKOBS, Günther (1991). Strafrecht Allgemeiner Teil. 2. ed. Berlin: De Gruyter.
——— (1992). *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*. München: C. H. Beck.
——— (2000). Kommentar. In: ESER, Albin et. al. (Org.). *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*. München: C. H. Beck, p. 47-56.
KANT, Immanuel (1975) [1797]. *Metaphysik der Sitten*. Erster Teil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Organizado por Wilhelm Weischedel. , Darmstadt. Obras, v. 4.
KUNZ, Karl-Ludwig (2001). *Kriminologie*. 3. ed. Bern/Stuttgart/Wien: Paul Haupt.

LÜDERSSEN, Klaus (1984). *Kriminologie* – Einführung in die Probvleme. Baden-Baden: Nomos.
——— (1995). *Abschaffen des Strafens?*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
MONTADA, Leo (1998). Moralische Entwicklung und moralische Sozialisation. In: OERTER, Rolf; MONTADA, Leo (Org.). *Entwicklungspsychologie*. 4. ed. Weinheim: Beltz, p. 862-894.
NEIMAN, Susan (2004) (2002). *Das Böse denken*. Tradução de Christiana Goldmann. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
PFEIFFER, Christian (2004). *Die Dämonisierung des Bösen*.: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 05 mar.
ROXIN, Claus (1997). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 3. ed. München: C. H. Beck.
SCHEERER, Sebastian (1978). Der politisch-publizistische Verstärkerkreislauf. Zur Beeinflussung der Massenmedien im Prozeß strafrechtlicher Normbildung. *Kriminologisches Journal*, ano 10, p. 223-227.
SCHORK, Stefanie (2004). *Ausgesprochen schuldig*. Diss. Jur. Frankfurt am Main.
STRENG, Franz (2000). Die heranwachsende Juristengeneration und die Aufgabe des Strafrechts. *Bewährungshilfe*, 4, p. 422-435.
——— (2003). Das Legitimationsdilemma sichernden Freiheitsentzugs – Überlegungen zur neueren Rechtsentwicklung. In: DÖLLING, Dieter (Org.). *Jus humanum* – Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim lampe z. 70. Berlin: Duncker & Humblot, p. 611-642.
SYKES, Gresham M.; MATZA, David (1974) [1957]. Techniken der Neutralisierung: Eine Thorie der Delinquenz. In: SACK, Fritz KÖNIG, René (Org.). *Kriminalsoziologie*. Frankfurt a. M.: Akademische Verlagsgesellschaft, p. 360-371.
TRÖNDLE, Herbert; FISCHER Thomas (2003). *Strafgesetzbuch Kommentar*. 51. ed. München: C. H. Beck.

Klaus Günther

Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal
do Instituto de Ciências Penais e Filosofia do Direito
da Universidade Johann-Wolfgang Goethe

O ENSINO DO DIREITO (1914) *

João Mendes de Almeida Júnior

LAW TEACHING

RESUMO

Este texto é um estudo comparativo dos métodos de ensino do direito praticados no Brasil, em Portugal, nos Estados Unidos, na Inglaterra e na Alemanha do começo do século XX. Trata da reforma dos estatutos da Universidade de Coimbra para mostrar como a ela incorporou o método do caso de Langdell. Defende que esta reforma pode servir de modelo para o ensino brasileiro, pois valoriza o ensino prático sem abrir mão do ensino sistemático.

PALAVRAS-CHAVE

Ensino do Direito, Método do Caso, Portugal, Brasil, Langdell

ABSTRACT

This is a comparative study on the Brazilian, Portuguese, American, English and German methods of law teaching of the beginning of the XX century. It shows how the University of Coimbra reform of law teaching methods incorporated Langell's case method and can be a model to Brazil, because it values practical teaching without leaving aside systematic concerns.

KEYWORDS

Law teaching, Case method, Portugal, Brazil, Langdell

I. O ensino pelo processo deductivo e o ensino pelo processo inductivo

O methodo do ensino tem preoccupado alguns espiritos, no sentido de dar á instrucção uma direcção pratica.

Affirma-se

1.° Que, nas escolas de Direito, é predominante o systema de apresentar os princípios e as instituições juridicas sob uma forma aprioristica; entretanto, esses principios e essas instituições são o resultado de uma certa formação historica e representam formulas scientificas de realidades sociologicas.

2.° Que, nas escolas de Direito, tem sido dominante a exposição sob a forma de regras abstractas, sem mostrar como estas regras se relacionam com os factos;

entretanto, estas regras foram formuladas para disciplinar factos semelhantes, que, por sua identidade ou analogia, conduziram á creação de regras doutrinaes.

3.° Que é necessario, portanto, abandonar o processo deductivo, pelo qual os professores partem dos principios para os preceitos e dos preceitos para os factos, afim de adoptar exclusivamente o processo inductivo, pelo qual os professores devem partir dos factos para os preceitos; em summa, a observação e a experiencia devem predominar tanto nas sciencias physicas como nas sciencias moraes.

Comquanto, até certo ponto, possa haver fundamento nas duas primeiras affirmações, nem por isso se tornará legitimo o exclusivismo da terceira. Todas as sciencias não podem ser tratadas pelo mesmo methodo : as sciencias moraes não podem ser reduzidas sómente á inducção dos physicos, assim como não podem ser reduzidas sómente á deducção dos mathematicos. Assim, as sciencias juridicas, quando possam partir da observação dos factos para os preceitos e dos preceitos para os principios, uma vez firmados os principios, hão de logicamente regressar dos principios para os preceitos e dos preceitos para os factos.

O exclusivismo do methodo empirico redunda na negação do principio de causalidade, isto é, na affirmação de que os principios, mesmo axiomaticos, nada mais são do que generalisações dos factos fornecidos pelos sentidos e pela consciencia, os quaes se confirmam pelo habito ou pelo costume; em summa, para estes empiricos exclusivistas, as causas são sempre factos que produzem outros factos, de sorte que o principio de causalidade (*Não ha effeito sem causa*) - deve ser substituido por este - *Todo o effeito ou phenomeno tem antecedente*.

Esta theoria confunde a causalidade com a successão e com o habito; donde se seguirá, por exemplo, que dois e dois são quatro, não porque um e mais um formam dois, mais um formam tres e mais um formam quatro,- e sim porque, desde a infancia, a experiencia nos acostumou a ter tal-axioma como verdadeiro.

Ora, esta theoria, que agrada aos positivistas, tem os seguintes vicios:

1.° Assenta em falso fundamento, porque attribue aos sentidos a força de conhecer os principios geraes, quando a realidade é que, sendo os sentidos uma faculdade organica, não pódem conhecer sinão o singular, contingente e material; isto é, os principios geraes não podem ser concebidos pelos sentidos, cujo objecto é o que é *hic et nunc*, e sim pelo intellecto, cujo objecto é o que foi antes, o que é agora, o que será depois, visto que os principios geraes são juizos, *necessarios* que se distinguem dos factos contingentes.

2.° Ataca o fundamento de toda a sciencia, por isso que não ha firmeza naquillo que só procede dos costumes e mesmo do habito.

3º. Conduz ao subjectivismo, a tal ponto que Stuart-Mill foi precipitado a affirmar que - <<nada é absurdo em si, mas em relação ao espirito e a seus habitos>> ; e esta conclusão tem por funesto effeito o scepticismo nas soluções juridicas, acarretando o scepticismo na justiça, isto é, abolindo toda a confiança na justiça, quer attributiva, quer distributiva.

Vejamos, porém, como no exercicio do ensino do Direito, têm prevalecido, mesmo nos methodos do ensino pratico, em uns o exclusivo processo inductivo, em outros o emprego dos dois processos, deductivo e inductivo, com a rememoração das cautelas, a reproducção das formulas e os exercicios de applicação a casos semelhantes e analogos.

1. As Glosas, o Casuísmo e a Reacção Cujaciana

Os Estatutos da Universidade de Coimbra, approvados em 1772, dando impulso aos methodos de Alciato e Cujacio, vieram reagir, não só contra a Escola dos Glosadores, como principalmente contra a Escola dos Casos Julgados, da qual, aliás, havia notaveis promotores, tae, como Gama, Phebo, Cabedo, Valasco, Gabriel Pereiras Pegas e outros decisionistas. O professor de Coimbra, Rocha Peniz, assim se manifesta : << Na Escola dos Interpretes Glosadores tratava-se da intelligencia do Direito, sendo que os Accursianos procuravam o sentido claro da lei, os Bartolinos referiam opiniões communs de juristas de nome e reputação entre os sabios do tempo; mas, na Escola das Remissões e Casos julgados, a autoridade vinha de homens que decidiam no sacello dos tribunaes>>. Ora, uma decisão justa em um caso individuado, póde deixar de sel-o em causa apparentemente identica, segundo a regra - *Minima circunstancia facti inducit magnam diversitatem juris*. Claro está que <<uma série de decisões uniformes deve constituir uma regra, segundo a lei da continuidade; mas, como diz SAVIGNY, si um exame sério e profundo vem descobrir argumentos, até então desconhecidos, contra a regra resultante dessa jurisprudencia, o abandono da regra não deverá ser censurado>>.

Comprehende-se que os Inglezes liguem a maxima importancia ao estudo do Direito pela inducção dos casos. As fontes do Direito Inglez são menos a *statute law* (legislação expressa), do que a *common law* (costumes). Ora, estes costumes são definidos nos julgamentos, de sorte que, no direito inglez mais do que em qualquer outro, a jurisprudencia dos arestos tem grande influencia. Os arestos inglezes são collecionados em *Records*, compilações textuaes das sentenças dos tribunaes, e em *Reports*, que não têm por objecto dar o texto official dos julgamentos, mas destacar, nos negocios tratados perante os tribunaes, os pontos de facto e de direito uteis para precisar a jurisprudencia. Até Henrique VIII havia *reporters* officiaes com seus *Yearsbooks* ou summarios; mas, nos ultimos annos deste rei, desappareceram os *reporters* funccionarios publicos e a jurisprudencia passou a ser compilada por juristas sem mandato publico, entre os quaes se contam jurisconsultos celebres, taes como Dyer, Plowden, Coke e outros decisionistas. Mas, a superioridade da influencia da *common law*, dos costumes, no direito inglez, vae declinando em vantagem da *statute law*. Nos Estados-Unidos da America do Norte tambem a *common law* vae perdendo terreno.

Que os Inglezes e Norte Americanos mantenham este methodo,-comprehende-se ; devemos, entretanto notar que na Inglaterra já não o adoptam com a mesma intensidade com que o adoptam nos Estados-Unidos.

Nós, porém, não só depois da Lei de 18 de Agosto de 1769, denominada Lei da Boa Razão, que interpretou a Ord. L. III, tit. 64, como depois de constituido o regimen constitucional e consequente divisão de poderes, não podemos deixar de dar todo o valor, em primeiro logar, ás leis e aos principios geraes em que ellas se fundam. Sómente nos casos omissos, recorreremos ao Direito Romano e ás leis das nações civilisadas, isso mesmo emquanto estiverem fundadas <<naquella boa razão, que consiste nos primitivos principios, que contêm verdades essenciaes, intrinsecas e inalteraveis >> ; e em relação aos costumes, diz essa Lei que << deve ser sómente o que a Ordenação qualifica - nas palavras -longamente usado e tal que por direito se deva guardar, isto é, terem copulativamente os tres essenciaes requisitos: de ser conforme a boa razão, de não ser contrario ás leis em cousa alguma e de ser tão antigo que exceda o tempo de cem annos>>.

Essa questão de methodo já vem de longe; está perfeitamente assignalada na carta 95ª de Seneca, em que elle compara a demonstração da razão dos preceitos pela deducção dos principios geraes (*parenetica*, como denominam os Gregos a philosophia dos preceitos), para que o espirito se mostre docil a elles - *Non semper ad actiones rectas proecepta perducunt, sed quum obsequens ingenium est*; e, sem negar a utilidade dos casos frequentes, como exemplos e modelos, mostra que, acima de tudo, os preceitos devem fundar-se nos principios geraes e não nos exemplos e modelos, tanto mais quanto estes exemplos e modelos, para que sejam correctos, devem também decorrer dos preceitos e dos principios. O intellecto, quando se estende ás operações da vontade, não fica na pura contemplação do objecto ; mas, por meio do acto especulativo, é que passa a ensinar a producção do objecto e, por um acto já pratico, passa a dirigir essa producção.

II. Os << Inns of Court >> dos inglezes, o <<Case-Method >> dos norte-americanos, e os cursos praticos e investigação scientifica dos allemães.

Passemos, porém, a comparar os methodos do ensino inglez, do ensino norte-americano e do ensino allemão, que são indicados como mais praticos que o nosso.

- O ensino inglez offerece um caracter particular. Além das Universidades de Oxford, Cambridge e Manchester, ha a Universidade de Londres, mais moderna, todas conferindo diplomas correspondentes aos graus de bacharel e de doutor em direito. Mas, os estudantes que se destinam ás carreiras juridicas, passam pelos *Inns of Court*; e é ahi, sobretudo, que elles estudam principalmente a *common law* e a pratica do fôro, para que possam se tornar *barristers*. A organisação dos *Inns of Court*, (albergues de Côrte, assim chamados porque eram seminarios dos tribunaes ou côrtes de Justiça, está descripta em Blackstone em Franqueville, Syst. Jud. da Gran Bretanha, I, cap. VIII. Estes *Inns* actualmente são quatro (o *inner temple*, o *middle*

temple, o *Lincoln's inn* e o *Gray's inn*), além de alguns *inns of chancer*, onde os estudantes podem começar seus estudos, para completar sua educação profissional nos *Inns of Court*.

Segundo os regulamentos de 1875 e 1892, o plano dos cursos comprehende: i.° Direito Romano e Direito Internacional Publico e Privado; 2.° Direito Constitucional da Inglaterra e das Colonias; 3.° Direito inglez, isto é, a *common-law* e a *statute-law*, comprehendendo o direito das pessoas, o direito de propriedade immovel e movel, o direito das obrigações, o processo civel, o direito penal e o processo criminal. Ha lentes cathedraticos, lentes adjunctos, *benchers*, que administram os *Inns*, e *readers*, que dirigem os exercicios praticos.

Entretanto, Blackstone muito censurou o methodo empregado nos *Inns of Court*; e, mais tarde, em 1846, Lord Brougham, em um *Select committe on legal education*, *Report*, notava que <<o advogado e o juiz, formados sem base philosophica, resolvem as difficuldades por precedentes, sem revelar qualquer argumento fundado nos principios da sciencia das leis; assignala-se um habito rigoroso de recorrer á memoria para citar exemplos de julgamentos sobre pontos semelhantes reproduzidos nos *records* e nos *reports*; em realidade, o argumento é, as mais das vezes, um simples trabalho de memoria do que a enunciação ou applicação de principios ou razões de decidir >>.

<< Estamos autorisados pela experiencia, diz Blackstone (Com. sobre as leis inglezas, Introd., secç. 1) a predizer que um homem, assim educado para o fôro, verá que, si a pratica é tudo o que se lhe ensinou, é tambem tudo que elle saberá; si elle não estiver instruído dos elementos e dos principios sobre os quaes são fundadas as regras da pratica, a menor variante nas relações juridicas perturbará e o extraviará. Jamais elle deve aspirar a formar, e raramente elle deve esperar comprehender um argumento deduzido do espirito das leis e dos fundamentos naturaes da justiça>>.

Contra esse exclusivo processo inductivo, estão agora reagindo as ultimas tendencias dos regulamentos inglezes sobre o ensino; não ha razão, portanto, para que nós adoptemos um procedimento que os proprios inglezes, aliás tidos como da nação mais pratica do mundo, estão pouco a pouco substituindo por outro methodo em que muito entra o processo deductivo.

*
* *

- Este systema de ensino, que mesmo entre os professores norte-americanos encontra adversarios, acha, entretanto, apologistas fóra dos Estados-Unidos.

Assim, na exposição que precede as ultimas leis portuguezas, organisando as Universidades de Coimbra e de Lisboa, são feitas as seguintes considerações:

<< Mais longe foi já o movimento *realista* na Republica Norte-Americana.

<< Em 1871 o professor Langdell, da escola de direito de Harvard, começou a applicar, em contraproducção aos velhos methodos usados nos Estados-Unidos, do *book- system* e do *lecture-system*, systema do compendio e da lição dogmatica, um novo methodo denominado *case-system*, cuja idea fundamental consiste em formular os principios jurídicos sobre a analyse de casos de jurisprudencia. Applicado primeiro por Langdell em materia de contractos, foi depois ampliado por elle e pelos seus collegas de Harvard aos outros ramos da sciencia juridica; passou de Harvard ás outras universidades, sendo já hoje seguido, em maior ou menor grau, num grande numero de escolas americanas, tendo-se generalisado ás sciencias políticas e sociaes, como o direito publico, a diplomacia e a economia politica, e tendendo assim a constituir o methodo fundamental da educação juridica, na escola americana.

<< O *case-method* é, como nota George Clark, o *methodo de laboratorio* applicado ao estudo das sciencias juridicas e sociaes, e por isso um methodo verdadeiramente positivo e inteiramente adequado a banir o verbalismo do ensino universitario.

<< Foi tal methodo recebido com desdem pelos legistas que haviam estudado segundo os methodos antigos, mas, bem depressa, os factos vieram demonstrar a superioridade da educação dos juristas por elle instruidos, e da sua efficacia resultou a sua generalisação.

<< Sendo reconhecido pela propria Faculdade de Direito, que o ensino das sciencias juridicas, entre nós, como de resto na grande maioria dos paizes, era affectado, accentuadamente, si não tarde pelo dogmatismo, ao menos pelo verbalismo, e sendo ponderados os meios experimentados para combater um e outro daquelles vicios de ensino, convenceu-se o governo da necessidade de modificar o nosso systema pedagogico e da vantagem de adaptar, até onde seja possível, quer o systema de concretisação, empregado na America, e por isso se formularam os arts. 14 e 17, que traduzem o pensamento e a orientação que devem presidir á organisação das lições.

<< Não deixou o governo de considerar que poderia dizer-se:

<< 1º. Que a materia daquelles artigos, si podia ter logar em considerações de relatorio, onde se formulassem ideas pedagogicas ácerca do ensino do direito não devia apparecer articulada na reforma dos estatutos, pois vem coarctar a liberdade do professor, na direcção methodica do seu curso;

<< 2º. Que a concretização do ensino póde conduzir ao empirismo, que é a negação da sciencia e uma viciação da educação jurídica;

<< 3° Que o emprego do *case-method* ou um systema semelhante, representa um regresso ao anachronico systema casuistico, em que, em vez de se ensinarem principios scientificos, pelos quaes teriam de resolver as hypotheses occorrentes, se ensinavam a resolver directamente as mesmas hypotheses e se não dotava o espirito dos estudantes da cultura jurídica necessaria, para dominar com principios superiores as situações de facto que se produzissem na pratica juridica. Ao contrario, todas estas

considerações foram apreciadas e, apesar do valor que podia attribuir-se-lhes, pareceu ao governo conveniente incluir no decreto os referidos artigos 14.° a 17.°

<< O governo procedeu assim, pelos seguintes motivos:

a) A doutrina dos mencionados artigos traduzem de tal maneira a orientação que deve presidir á organisação das lições, está tanto de harmonia com as normas correntes pedagogicas ácerca do ensino do direito e é tão fundamental á economia da reforma, que pareceu indispensavel reduzil-a a preceitos mais ou menos imperativos;

b) Quando o professor sabe desempenhar o seu cargo, nunca deixa cahir o ensino no empirismo, por maior que seja a concretização de que lance mão, pois terá sempre a cautela de levantar acima dos factos, os princípios que os explicam: não podendo nunca dizer-se que faz empirismo, e não faz sciencia, o professor que no seu laboratorio joga com os factos, para mostrar os principios, sendo certo, ao contrario, que nunca como então elle ensina scientificamente;

c) O *case-method* só apparentemente se approxima do velho systema casuistico; pois o que era então o fim do ensino é hoje instrumento de trabalho, é methodo de ministrar o ensino, é uma forma positiva de demonstração scientifica dos princípios, os quaes se constituem sobre os factos e se fixam no espirito como a traducção logica da realidade social >>.

*
* *

Mas, para evitar que este methodo redunde em todos os vicios do empirismo e nos sophismas das inducções incompletas, a exposição busca corrigil-o assim:

<< Os novos methodos de ensino para desenvolverem toda a sua efficacia educativa, não podem limitar a funcção pedagogica da escola *á acção unilateral do professor*. A lição não poderá ser *exclusivamente* um *monologo* de quem ensina, sob pena do ensino se dirigir principalmente á memoria do alumno, de ser sobretudo *receptivo* e de não exercitar convenientemente o raciocínio de quem apprende. Pelo contrario, os estudantes em vez de meros assistentes, devem *cooperar* com o professor, *observar* com elle os factos que são base do ensino, e com elle *raciocinar* para descobrir os principios. Desta maneira, desenvolverse-á todo o seu poder mental, e o seu espirito habilitar-se-á a pensar por si mesmo, e assim conseguirá a sua *emancipação intellectual*, que é o fim supremo da escola superior.

<< Ora, devendo o ensino ser a *cooperação* entre o professor e alumnos, sob a direcção do professor, a *lição-monologo* deverá ser substituida pela *lição-dialogo* sempre que isso convenha ao ensino.

<< Este dialogo é, comtudo, bem differente do velho dialogo, para verificar si o estudante conhecia algumas paginas de um livro ou aquillo que o professor havia dito, dias antes. O dialogo novo é um processo de ensino, é uma categoria *escolastica*

ao passo que o dialogo velho era uma *antecipação de exame*, quando não era um verdadeiro exame.

<< Com o dialogo novo, o professor não tem por fim averiguar si o alumno conhece ou não o que já se ensinou, mas puramente chamal-o a cooperar no ensino, em seu exclusivo interesse, e isto tanto mais quanto é certo que o professor nem regista o que o alumno lhe diz, nem, muitas vezes, é seu examinador.

<< O dialogo, entendido como categoria pedagogica, é um elemento integrante dos novos methodos de concretização, praticados na Allemanha e na America, e é sem duvida um dos motivos do successo daquelles methodos. Com o professor, o alumno fixa a situação do facto que será o ponto de partida, para a demonstração ou para applicação do principio; com o professor, o alumno analysa o principio que foi applicado á situação do facto pelo tribunal ou a disposição legal que deve ser-lhe applicada; com o professor, o alumno critica a solução do tribunal ; com o professor, em summa, o alumno apprende observar os factos e a formular as soluções juridicas. Eis os motivos do artigo 17º. de um valor evidente na economia do decreto.

<< Ensinar scientificamente na escola o direito da vida e preparar o alumno para applicar intelligentemente na vida o direito estudado na escola, eis um dos destinos do ensino. Para conseguir este resultado, não pareceu ao governo sufficiente a lição magistral; julgou que era indispensavel a criação de exercícios praticos, em quasi todas as cadeiras e cursos. Estes exercícios estão sufficientemente indicados no decreto, para que sejam necessarios esclarecimentos a seu respeito. Diremos apenas algumas palavras do seu valor pedagogico e da funcção que elles devem desempenhar no ensino.

<<Os exercicios praticos appareceram, nas escolas de Direito, como meio de combater o verbalismo e de imprimir ao ensino a concretisação necessaria á approximação entre os principios e os factos, á evidenciação do valor da doutrina exposta nas lições, ao interesse pelo estudo de direito, e á formação do habito de ver o direito nas suas relações com a vida social e de resolver hypotheses progressivamente mais complexas. Não querendo fallar do *case-system*, seguido na escola americana, que é sem duvida o ensino da theoria pela analyse de casos praticos e voltando a nossa attenção, neste momento, para o que se passa na Europa, verificamos que os exercícios praticos vão ganhando um logar, cada vez mais importante nas escolas de Direito e que o curso pratico tende a transformar-se em curso parallelo do curso magistral.

<< O inicio dos cursos praticos de direito deve-se á Allemanha, a qual pouco a pouco os foi multiplicando nas suas universidades a ponto de hoje os contar em toda a escola em série quasi egual á dos cursos theoricos. Da Allemanha irradiou o curso pratico para outros paizes, recebendo o nome, ora de *conferencia* (França e Suissa franceza), ora de *exercício de seminario* (universidade livre e universidade nova de Bruxellas), ora de *exercicios praticos* (Suissa allemã e Austria) etc.; sendo de notar que, em toda a parte onde existem, se tem reconhecido o seu incontestavel valor, tanto

para despertar a iniciativa mental dos estudantes, como para estimular o interesse pelo estudo do direito, como ainda para completar a educação juridica. Segundo se vê das respostas ao questionario enviado pela Faculdade de Direito ás differentes universidades estrangeiras, ha, em maior ou menor numero cursos praticos regulares na Allemanha, Austria, Belgica, Bulgaria, França, Inglaterra, Noruega e Russia; e todo, estes paizes á pergunta - si a experiencia tinha confirmado a utilidade dos cursos praticos - responderam quasi invariavelmente que essa utilidade era manifesta e que manifesta era tambem a tendencia para os desenvolver.

<< Ora, diante da necessidade de concretizar devidamente o ensino e em face da experiencia feita nos differentes paizes, viu o governo a necessidade dos cursos praticos, e por isso os fez entrar como elemento integrante do systema de ensino organisado pelo presente decreto. Não se deve esquecer, porém, que é necessario conjurar o empirismo do ensino pratico e que, em vez do simples desenvolvimento empirico de aptidões profissionaes, aquelle ensino tem por fim criar no espirito dos alumnos o habito de ver o direito nas suas relações com a vida social, devendo, por isso, o professor apresentar os casos praticos, como meio de concretização dos principios, e até como demonstração dos mesmos principios.

<<A escola superior não tem por fim exclusivamente, nem sequer principalmente, transmittir aos alumnos a sciencia feita; mas é sua missão ainda ensinar os processos da investigação scientifica, promover a organisação de trabalhos originaes, e assim concorrer para o progresso da sciencia.

<<Para alcançar este alto *desideratum*, formaram-se nas universidades allemans os *seminarios*, sendo notaveis, por exemplo, em Berlim, o *seminario de direito criminal* dirigido por Von Liszt em Leipzig, o *seminario de economia politica,* de Karl Bucher, e em Heidelberg, o *seminario de direito publico* do eminente Jellineck, ha pouco fallecido. Da Allemanha passou a instituição para outros paizes, umas vezes tambem com o nome de seminario, podendo servir por exemplo os seminarios juridicos de Piza e de Padua, na Italia, outras vezes com um nome differente, chamando-se, por exemplo, na Faculdade de Direito de Pariz - << Salas de trabalho>>; sendo já notaveis as salas de trabalho - de direito penal, dirigidas pelo professor Garçon, de direito publico, dirigidas por Larnaude, de direito romano, dirigidas por Cuq e Girard, e de economia politica, dirigidas por Cauwés, mas sempre com a mesma funcção de ensinar de modo especial os processos da investigação scientifica e promover, sob a direcção dos professores, a creação de trabalhos originaes.

<<Tambem o governo julgou necessaria a creação de um estabelecimento de natureza semelhante aos existentes naquelles e noutros paízes, a que se deu o nome de *Instituto Juridico*, para o effeito de promover a formação dentro da Faculdade de Direito, de um centro de actividade scientifica, que fosse, a um tempo util a professores e estudantes, congregando, organisando energias dispersas numa forma de trabalho, que pudesse ser efficaz á obra da sciencia nacional. Ahi serão reunidos,

numa bibliotheca privativa, os elementos e as fontes para a investigação scientifica; ahi indicará o professor o modo de utilisar os mesmos elementos e fontes para a formação de trabalhos pessoaes; sob a direcção dos professores serão organisados pelos membros do Instituto relatorios sobre questões ou pontos escolhidos pelos alumnos ou indicados pelos professores ; os relatorios poderão ser lidos e discutidos em sessão do Instituto, entre o professor, o relator e os demais membros do mesmo Instituto, como se pratica nos seminarios allemães e nas salas de trabalho de Pariz; os trabalhos serão sempre analysados pelo professor, ahi se habituarão os estudiosos a organisar e expor trabalhos juridicos, com decidida vantagem para o exercício das carreiras publicas ou para concurso ao magisterio; ahi, em summa, se poderá apprender a pensar e a trabalhar scientificamente, em proveito de quem estuda e em prol da sciencia nacional >>.

*
* *

Vê-se por ahi que os legisladores portuguezes, comquanto quizessem aproveitar alguma cousa do *case-system*, bem perceberam o perigo a que elle póde levar e trataram de conjural-o temperando-o pelo systema allemão dos cursos praticos e de investigação scientífica. <<É necessario, diz a exposição, conjurar o empirismo do ensino pratico, devendo o professor apresentar os casos como meio de concretisação dos principios, e até como demonstração dos mesmos princípios>>.

O professor belga Nerincx, no seu livro sobre a organisação judiciaria nos Estados-Unidos, cap. XII, Escolas de Direito, faz a critica do ensino pelo *case-system*: << Ensinar o direito como a anatomia, pela dissecção das especies, conforme um methodo puramente inductivo, segundo o habito dos juristas anglo-saxonios, que não consideram seu direito como um *corpus-juris*, mas como tantos grupos separados de regras costumeiras>>.

Elle cita o professor Baldwin, tão norte-americano como o professor Langdell, e que, entretanto, diz o seguinte: << Querer ensinar o direito unicamente por meio de especies, sem começar por um solido ensino dos principios fundamentaes, não é methodo scientifico; é o mesmo que explicar os alicerces examinando o tecto, ou antes, algumas telhas.... As especies não são os principios; poderão ser applicações: e são os principios e não as especies, que legitimam o direito>>. Eis o que diz Roscoe Pound, outro professor norte-americano: << Um dos grandes defeitos do nosso systema juridico é a ausencia de idéas geraes, de uma philosopha juridica>>. E accrescenta o professor Nerincx: <<Proceder exclusivamente segundo o *case-system*, collocar o estudante sem principios em presença do direito concretisado em uma série de especies, é atiral-o n'agua para aprender a nadar>>.

Devemos notar, porém, que, na Allemanha, conquanto muito valor seja dado aos cursos de exercicios praticos e de investigação scientifica, não é predominante o methodo empirico com o exclusivo processo de inducção. Alli, afinal, prevalece este pensamento de Savigny: << É falsa a opinião que considera a theoria e a pratica do direito como cousas diversas e mesmo oppostas. Sem duvida o theorico e o pratico têm cada, um suas funcções: a applicação que elles fazem de seus conhecimentos é differente, mas elles seguem uma mesma ordem de idéas, seus estudos devem ser os mesmos, e *ninguem exercerá dignamente a theoria ou a pratica, si não tiver consciência de sua identidade*>>.

III. O Methodo Pragmático

Vamos agora ver como temos considerado o ensino pratico.

Dir-se-ha que estamos imbuidos do methodo dos Estatutos da Universidade de Coimbra; mas, a verdade é que esse methodo é o que colloca a pratica no terreno da realidade, isto é, determina o modo de fazer e a forma em que é feito o acto: o *modo* é a delimitação dos principios productores, quer materiaes, quer efficientes; a *forma*, suppondo o acto em sua especie ou forma intrinseca, dá-lhe o exemplar ou forma extrinseca, que se reduz a formulas para casos semelhantes ou analogos. A sciencia estabelece os principios, as leis e instituições juridicas; a prudencia estabelece as cautelas; a arte estabelece as formulas.

O direito é uma sciencia eminentemente pratica quanto ao fim; mas, nem por isso deixa de ser theorica quanto ao modo de estudar e saber. Aliás, não ha pratica que não supponha theoria, porque a necessidade de contemplar apparece tanto na ordem especulativa, em que contemplamos os principios e as consequencias, como na ordem pratica, em que contemplamos a realidade dos factos e a applicabilidade das leis. O direito é uma sciencia pratica, fundada na justiça, que é uma virtude moral; mas, por isso mesmo, o direito suppõe o entendimento dos primeiros principios, suppõe a sciencia, que por obra da razão forma os preceitos, não só por inducção dos factos como por deducção dos principios, suppõe a contemplação das causas mais altas dos preceitos.

No cultivo de sciencias destinadas a actividades liberaes, não ha sómente orgams guiados por uma intelligencia, como ha em geral nas artes e officios; em actividades taes, como é a actividade juridica, ha principalmente uma intelligencia servida por orgams, de sorte que a acção especulativa ou theorica ha de fatalmente preceder e dominar a acção pratica. Ora, o methodo do ensino superior, destinado a guiar o exercicio de profissões liberaes, não póde deixar de ser o mesmo methodo das respectivas actividades, isto é: contemplar os principios e causas, deduzir os preceitos, e applicar os preceitos aos factos, afim de que estes sejam praticados ou julgados com as necessarias cautelas e formulas.

No ensino do Direito, portanto, assim como não ha vantagem em usar de um methodo exclusivamente theorico, tambem não ha vantagem em usar de um methodo predominantemente pratico.

No systema dos Estatutos de Coimbra, o ensino theorico abrange a *sciencia* e a *legislação,* ao passo que o ensino pratico consiste na jurisprudencia eurematica ou cautelaria, na jurisprudencia formularia e na arte de applicar as leis aos factos.

Esses Estatutos, que até certo ponto serviram de molde ao projecto do Visconde da Cachoeira, assim dispunham no Livro II, tit. VI, cap. III, ns. 51 e seguintes:

<< 51. Em todos os títulos da compilação philippina e do compendio que se deve formar pela ordem della, ensinará o Professor não só o *uso que tem o direito que nella se inclúe*, mas tambem o MELHOR MODO de *usar delle* e de *exercital-o* NA PRATICA. Com este fim dará a conhecer aos ouvintes as *cautelas* e as *formulas* com que se devem expedir e celebrar os negocios que se fizerem os objectos da jurisprudencia delles.

<< 52. Apontará, pois, as *cautelas* justas, uteis e ainda as necessarias, para que, na *celebração dos contractos* e *testamentos*, se acautelem as fraudes, os dólos e as machinações da astucia e da má fé dos contrahentes e interessados. E a tudo isto se occorrerá providamente: prevenindo-se as demandas que se podem mover para se illudir a boa fé e a justa intenção dos contrahentes e testadores; para que, no caso de se chegarem a mover as ditas demandas, se possam acabar mais depressa na foma das leis e se não tornem depois a excitar.

<< 53. O que o Professor fará, ou os negocios, de que nos respectivos titulos se tratar, pertençam á jurisdicção contenciosa ou á voluntária ; porque, em todos é muito conveniente *a noticia das ditas cautelas* para se evitarem algumas nullidades. Concluirá, finalmente, dando a conhecer aos ouvintes que a maior parte da *jurisprudencia eurematica*, consiste no bom conhecimento da natureza dos negocios que se celebram e de todos os requisitos e circunstancias delles.

<< 54. A' util e interessante instrucção da *jurisprudencia eurematica,* ajuntará o Professor a da *jurisprudencia formularia*, não menos necessaria no uso e na pratica do direito. Ensinará, pois, e explicará aos ouvintes as formulas de que devem usar na expedição dos negocios que deram materia á jurisprudencia do titulo que explicar; o justo valor das mesmas *formulas*; e a necessidade que ha, ainda no tempo presente, de conhecel-as.

<<55. Porque, ainda que as *formulas*, de que hoje se usa, não sejam aquellas *formulas solemnes*, *perpetuas e inalteraveis*, de que usou a escrupulosa superstição dos antigos Romanos, nas quaes bastava a mudança ou a alteração de uma syllaba para fazer o acto nullo; ainda que, pelo contrario, as *formulas*, de que ao presente se faz uso, admittem todas as mudanças e alterações de palavras, que requerer a variedade de circunstancias e até a maior perfeição e pureza do estylo; e ainda tambem que, consequentemente, a respeito dellas se deva reprovar a tenaz adhesão e adstricção que,

a cada *clausula* e ainda *palavra* della, têm os tabelliães e advogados ignorantes, por não as entenderem, nem perceberem bem a força e a propriedade dellas; comtudo, sempre a *noticia das formulas* é muito conveniente e aproveitará muito aos ouvintes: - I°. Porque como nellas se acha substanciada a natureza do negocio e de todos os requesitos delle, por ellas se consegue o conhecimento necessario da materia com a maior facilidade e promptidão; 2°. Porque o *exame das formulas* contribue para que mais se apure o juizo na comprehensão da jurisprudencia dos negocios; 3°. Porque, por meio das *formulas*, se aprende o estylo de fôro civil e judicial; 4° Porque a *noticia das formulas* facilita a expedição dos negocios, allivia muito a memoria, faz cessar a duvida, que sempre ha, quando se celebram os negocios, e o receio, que depois delles celebrados pode ficar, de que por falta de lembrança se omittisse nelles alguma declaração, circunstancia ou clausula util e necessaria>>.

Segundo o plano destes Estatutos, os mesmos professores das cadeiras de Direito Civil Patrio deveriam ensinar as *cautelas* e as *formulas* em relação á materia de cada titulo das Ordenações; entretanto, na execução, foi creada uma cadeira especial sob a denominação de-*Pratica Formularia*, cujo primeiro professor foi o doutor José Ignacio da Rocha Peniz, que escreveu um compendio. A *arte de applicar as leis aos factos* foi considerada corno *disciplina, especial* e distincta dessas *cautelas* e *formulas*, para ser ensinada com a *arte da interpretação das leis*, como se poderá ver do cap. VIII do cit. tit. VI do Livro II desses Estatutos:

<< 1°. Formado que seja o interprete por meio das regras, prenoções e subsidios da *Hermeneutica Juridica* e do exercicio e da pratica delles, proseguirá o Professor as suas lições com a doutrina da *applicação das leis aos factos e casos occurrentes no fôro*.

<< 2°. Sobre a *applicação das leis aos factos*, fará o mesmo Professor todo o possivel para dar aos ouvintes as mais verdadeiras e claras noções, expondo-lhes a natureza, o fim, o objecto, as prenoções e os subsidios della; e o methodo, com que nella se deve proceder para se conseguir o acerto.

<< 3°. Dirá que a *applicação das leis* é um juizo pratico, de que o caso ou a acção se deve decidir pela lei, que tem determinações commuas com elle.

<< 4°. Dirá que, para a applicação das leis se poder fazer com a dexteridade necessaria, deve primeiro que tudo comprehender-se bem o caso proposto com todas as determinações ou circumstancias essenciaes delle; deve explorar-se a natureza do negocio, de que nelle se trata; deve formar-se o estado da questão; deve ver-se em que consiste o ponto da duvida; deve resumir-se e recolher-se a substancia della em uma ou mais proposições que exprimam bem a natureza do negocio e de todas as circumstancias substanciaes delle. Concluirá que, sendo assim resumido e reduzido o facto, se deve procurar qual é a lei do Estado, que foi estabelecida para norma de acção e do negocio no caso das circumstancias delle, porque esta é a lei pela qual o dito caso deve ser decidido.

<< 5.° Dirá que, para se achar esta lei, é necessario indagarem-se as leis que ha para a regulação do referido negocio; é necessario procurar-se a que mais se chega para as circumstancias do caso e considerar-se o que ella determina, isto é, o que ella manda fazer e omittir, ou seja absoluta e geralmente, ou sómente debaixo de certas circumstancias.

<< 6.° Dirá que a determinação adequada da lei, assim considerada e comprehendida por meio das operações da analyse e da hermeneutica juridica, se deve confrontar com a determinação tambem adequada e já comprehendida do facto, isto é, com a natureza do negocio e com todas as circurstancias essenciaes delle: e que, constando serem as determinações do facto as mesmas da lei e serem ambas commuas, então se deve a lei ter por norma da acção que no dito facto se obrou: e por ella se deve o dito facto decidir e julgar.

Esta distincção entre a *arte da applicação das leis* e as duas partes da *jurisprudencia pratica* - veio, afinal, a ser considerada como despida de fundamento. Na mesma Universidade de Coimbra, *a arte da applicação das leis* passou a ser considerada como a *principal cautela* do jurisconsulto pratico e, por isso, como a parte preliminar da *jurisprudencia eurematica*; a *arte da interpretação das leis* ou *hermeneutica juridica* passou a constituir cadeira especial, com a *analyse dos textos* e com a *diplomatica*.

Assim, a *jurisprudencia pratica* ou *pratica forense* ficou com seu objecto perfeitamente definido: -a*pplicação das leis aos factos e casos occurrentes no fôro, o que se consegue mediante* CAUTELAS *e* FORMULAS.

Tratando-se de uma disciplina eminentemente artistica, como é, a *Pratica forense*, os processos de ensino devem ser mais de *applicação* do que de *exposição*. Comtudo, sendo esta *arte* muito dependente da *prudencia*, a indicação das *cautelas* deve preceder á composição das *formulas,* isto é o *modo de fazer* deve ser explicado antes da explicação da *fórma em que deve ser feito* o acto forense. Tendo sido já ensinada, nas cadeiras especulativas, a *fórma intrinseca* dos actos e factos juridicos, faremos não *exclusão* mas *abstracção* dessa *fórma intrinseca*, isto é, consideraremos o acto já revestido de e*specie juridica*; e, para cada *especie juridica*, daremos a respectiva *fórma extrinseca*, para ser applicada, *mutatis mutandis*, aos casos análogos.

Assim, esgotada a *parte eurematica* ou indicação das *cautelas*, terá principio a confecção das *formulas*, mediante os methodos do ensino applicado, os quaes consistem: 1°. na reproducção graphica das *formulas*; 2.° na applicação a diversos casos analogos; 3.° na imitação do movimento forense. O Professor corrigirá os exercícios escriptos e dirigirá a imitação do movimento forense, certo de que << tudo o que é social e não vital ou physico, nos phenomenos das sociedades, tanto em suas semelhanças como em suas differenças, tem por causa a imitação>>, e ainda mais certo de que essa imitação jamais destruirá a espontaneidade da acção futura dos imitadores, pois << as *imitações* são os rios de que as *invenções* são as montanhas>>.(TARDE, *Les lois de l' imitation,* pgs. 3 e 55).

Os citados Estatutos da Universidade de Coimbra eram explicitos na determinação desses processos de ensino applicado. Eis o determinado nos citados Estatutos, Liv. II, tit. VI, cap. III:

<< 56. E para que as lições, que se derem sobre a *jurisprudencia euerematica* e a *formularia,* se imprimam mais fixamente no espirito dos ouvintes; depois de se explicar bem a materia de cada titulo e de todos os requisitos substanciaes do negocio de que nelle se tratar: mandará o Professor a alguns dos ouvintes que *apontem as cautelas e componham a formula* em que elle se deve celebrar e expedir; ensinando-lhes que devem ordenar esta de sorte que nella se inclúa e se dê bem a conhecer a natureza do dito negocio e se comprehendam todos os requisitos para elle necessarios.

<< 57. Examinará depois as *cautelas* e as *formulas* que os discipulos tiverem composto, perguntando-lhes pelas razões das *clausulas* que nellas incluirem, accrescentando as substanciaes que elles tiverem omittido e tirando as superfluas que nellas redundarem>>.

Mais adiante, nesse mesmo Livro II, tit. VI, cap. IV, dizem os Estatutos:

<< 10. Não se contentará, porém, o Professor com a simples e precisa exposição das regras e dos preceitos das doutrinas do *processo judicial*. Ensinará tambem o uso dellas e *ensaiará* nelle os ouvintes.

<< 11. Os exercicios da *Pratica* costumam ser de dous generos. Uns se executam, compondo-se e formando-se as diversas especies de escriptos, que fazem os objectos dos differentes officios do jurisconsulto: ou os ditos escriptos sejam *extrajudiciaes*, como são as *escripturas dos contractos*, as *cedulas dos testamentos* e *codicillos* e todos os outros *instrumentos*, que se costumam fazer para prova das convenções e ajustes, que entre si fazem os cidadãos sobre os negocios que tratam; e as *clausulas*, *cautelas* e *formulas* substanciaes, que em todos elles se devem incluir, para se segurar a justiça dos contrahentes e interessados: ou - os mesmos escriptos sejam *judiciaes*, como são os *requerimentos*, as *petições* para *citação* e outros fins, os *libellos*, as *excepções peremptorias* ou *dilatorias*, as *contrariedades*, as *replicas*, as *treplicas*, as *reconvenções*, as *allegações de direito*, as *tenções* ou *votos escrpitos* pelos ministros nos feitos que hão de julgar simultaneamente no Senado, as *sentenças interlocutorias* ou *definitivas*, os *embargos* a ellas e outros semelhantes.

<<12. Outros dos sobreditos exercicios se executam, resolvendo-se e fazendo-se analyses, ou estas sejam do facto e dos documentos que ha para proval-o, antes de se proporem em juizo: para se formar o estado da questão; para se comprehenderem os pontos sobre que ha de versar a demanda; para se conhecer si ha acção e qual é a competente; para se explorar si a que compete é efficaz, por causa de alguma excepção com que se possa elidir, e para se poder formar um guizo certo e seguro da justiça do Autor e do Réo, e, em conformidade delle, *se resolverem os casos, se aconselharem as Partes e se dirigirem as causas*. Ou as mesmas analyses sejam do feito, em que se tiver já processado a acção: para delle se extrahir o succo e a substancia

do facto que nelle se litiga, com todas as circunstancias delle necessarias e do merecimento das provas; com o fim de se conhecer a justiça da causa; de se deduzir e de se applicar o direito e de se poder fazer a breve exposição, que devem fazer, assim os julgadores inferiores nas sentenças que proferem por si sós, como tambem os juizes relatores no Senado aos Ministros seus adjunctos, para que, sendo plenamente informados de todo o merecimento dos feitos, possam sempre administrar inteira justiça, ainda que nem sempre possam examinar e fazer por si mesmos as sobreditas analyses dos feitos>>.

Descendo a exemplificar o modo de proceder a estes exercicios, os citados Estatutos indicam ao Professor o seguinte caminho:

<<... Proporá aos mesmos ouvintes um facto revestido das circunstancias necessarias, de que lhe parecer revestil-o. Mandará: que figurem por elle o caso de uma demanda forense e que escolham nelle os pontos que podem servir para se mover e sustentar um litigio; que explorem e declarem a natureza do negocio de que nelle se tratar; que examinem bem qual é a legitima acção que por elle compete; que, depois de a conhecer com toda a clareza, formem o libello em que ella se deve intentar; narrando nelle o facto com as circunstancias precisamente substanciaes, ou para concluir a mesma acção em direito, ou para a provar juridicamente, si consistir em facto; deduzindo o direito do autor e concluindo, não só com o petitorio conforme a acção, mas tambem com a designação da mesma acção e com o meio de pedir que a ella corresponde.

<<15. Formados que sejam os *libellos*, os lerá o Professor e os emendará, declarando os defeitos e os erros que nelles se tiverem commettido : e louvando, na presença de todos, os que tiverem feito nelles bom uso das regras e dos preceitos e não tiverem cahido em defeito algum substancial.

<<16. Depois de examinar e corrigir os *libellos*, mandará: que se autue por um ouvinte que sirva de *escrivão*, que se façam *conclusos* a outro que sirva de *juiz* para processal-os: que outros sirvam de *advogados* para *contrariar*, *replicar*, *treplicar*, *propor* e *contrariar excepções*, *formar os artigos neccessarios, deduzir o direito nas allegações juridicas*; *examinar as testemunhas e documentos autenticos*; e proferir-se a *sentença final*.

<<17. Deste modo fará seguir este processo na aula, não só na primeira instancia, mas tambem na segunda: a qual ordenará como si fosse de Relação, para exercitar tambem os ouvintes em *tencionarem* e *relatarem* os feitos; examinando, corrigindo e emendando todas as composições; que elles forem formando e pedindo-lhes sempre as razões do que nellas executarem.

<<18. Nesta fórma instituirá ao mesmo tempo dous, três ou mais processos de differentes especies de acções, para fazer que este util exercicio abranja maior numero de discipulos.

<<19. A' proporção que neste exemplo determino ao professor de direito patrio, procederá elle em todas as outras especies e generos dos sobreditos exercicios da

Pratica; tendo muito diligente cuidado em que todos os preceitos que der sejam sempre acompanhados de exemplos os mais dignos de se imitarem e seguidos indefectivelmente dos repetidos *actos de imitação* e pratica delles feitos, e cumpridos por grande numero de discipulos e todos examinados, revistos e corrigidos>>.

Não póde haver descripção mais minuciosa de um methodo de ensino; e neste assumpto, affirmamos convictos que nada tem até hoje sobrepujado aquelles Estatutos de Coimbra.

Devemos confessar que este methodo foi abandonado, para ser substituido por uma cadeira de Pratica Forense, que figurava no projecto de Cachoeira. A materia dessa cadeira foi, pela Lei de 11 de Agosto de 1827, unida á cadeira de Theoria do Processo; e assim permaneceu até o Decr. n. 1232 *F* de 2 de Janeiro de 1891, que a constituiu em cadeira especial. Fui nella provido; e organizei o meu Programma, segundo o plano de Strikio e dos Praxistas reinicolas, dividindo-o em quatro partes correspondentes ás causas da actividade, isto é, á causa material, á causa efficiente, á causa formal e á causa final, discriminando em cada uma dellas as respectivas cautelas, sendo que, relativamente, á causa formal, discriminei, além das cautelas, as formalidades ou actualidades das formulas.

Porém, o Codigo de Ensino de 1901 supprimiu essa cadeira, para ligal-a de novo á de Theoria do Processo, até que, ultimamente, a Lei Organica a restaurou com o titulo-Pratica do Processo Civil e Commercial; mas, por proposta da Congregação, essa materia passará a ser ensinada em continuação, pelo mesmo professor que, no quarto anno, iniciou o curso geral de Processo, e que acompanha os alumnos para o quinto anno.

IV. O Methodo Empirico-Racional

Uma sciencia pratica, por mais pratica que seja, mesmo quando conclúe dos factos, não consiste nos factos, mas na demonstração das causas que os produziram. Bem sabemos que um professor póde ter tal vigor synthetico que, agrupando factos e formando inducções, chegue a coordenar um doutrina systematica; mas, para os estudantes, emquanto aprendem, não é isto facil de prender e disciplinar-lhes a attenção. As observações incompletas, as illações falsas, as enumerações imperfeitas, são os frequentes sophismas da inducção ; e, por isso, em relação aos Juizes, o velho Direito Romano muito cautelosamente determinava que – *non exemplis sed legibus judicandum est*.

Além disso, na ordem natural, as idéas segundas derivam-se das idéas primitivas, primeiramente por obra da analyse, pela qual o intellecto divide ou resolve as essencias mais complexas em elementos constitutivos; depois é que passa á synthese, congregando de novo os elementos constitutivos das idéas, de varios modos, para formar novas noções; depois, passa á comparação das diversas essencias entre

si, distribuindo-as tanto em especies, como em generos proximos e remotos, e formando assim definições e classificações; afinal, comparando as idéas entre si, o intellecto encontra as relações essenciaes dessas idéas, relações que são os principios, dos quaes se deduzem consequencias; em summa, o intellecto, para entrar no conhecimento de alguma cousa, principia pela decomposição, isto é, decompõe para recompor. E' o *methodo analytico-synthetico* ou *empirico-racional*, do qual nenhum professor de sciencias sociaes e juridicas conseguirá affastar-se, qualquer que seja a tendencia exaggerações idealisticas de Fichte, Schelling, Hegel, Locke e outros quer para exaggerações empíricas de Bacon, para a applicação universal do processo mathematico, segundo Descartes, ou segundo Augusto Comte.

Está claro que, assim como não admittimos o absoluto empirismo e o processo meramente inductivo, assim tambem não estabelecemos como absoluto o processo deductivo; apenas affirmamos que a inducção não é sufficiente, quer para formar as leis hypotheticas, quer para explicar as leis certas, quer para achar leis novas por via de analogia, ou por via de dependencia. Essa preoccuparão já é antiga: Seneca, na carta 95ª., examina bem o methodo demonstrativo pelos exemplos (casos), pelos preceitos (leis), pelos axiomas (principios); elle mostra que, sem os principios fundamentaes, ninguem chega á verdade, de sorte que, na realidade, não ha demonstração sem principios. O philosopho italiano Scalzuni, distincto professor em Trieste, em sua excellente monographia - *O materialismo refutado pelo materialismo*, diz o seguinte: << As proprias construcções e todas as producções industriaes nada mais são do que applicação de theoremas, que são os principios geraes das mathematicas; isto é, de idéas geometricas, dynamicas e do calculo differencial, feita pelo mais simples instrumento ás mais complicadas das machinas>>.

Ora, a lei natural se manifesta tanto na ordem physica como na ordem moral, e por isso se divide em lei physìca e lei moral. A lei juridica regula uma actividade pessoal fundada na lei moral e por isso tem como primeiros principios os mesmos primeiros principios da lei moral, isto é,-Deve-se fazer o bem e evitar o mal;-E' necessaria a ordem, tanto na vida individual, como na vida social, para conservação da especie humana; e tem como primeiros preceitos -viver honestamente, não lesar a outrem, attribuir a cada um o que é seu. Estes primeiros principios e primeiros preceitos são fundamento das instituições juridicas e o criterio dos factos capazes de produzir direito. Os factos, por si sós, não fornecem o criterio juridico; para isso é necessario que sejam illuminados por esses primeiros principios e primeiros preceitos.

Nós não temos, pois, necessidade de sahir do nosso temperamento, ou da indole da nossa raça latina, para ir buscar methodos diversos daquelle que até agora temos seguido ; e, si algum desvio tem havido, o meio de corrigir não é buscar methodos estranhos, mas sim collocar tudo nos verdadeiros e proprios eixos do nosso methodo, que é fundado no seguinte:

1.° Os principios da demonstração são juizos dos quaes outros juizos procedem immediata ou mediatamente. Uns são communs a todas as sciencias; outros são communs a sciencias do mesmo genero; outros são proprios de cada sciencia.

2.° Ninguem seriamente dirá que, para firmar os principios communs a todas as sciencias e os principios communs á ethica geral, isto é, a todas as sciencias moraes, o professor de Direito tenha necessidade de usar do processo da inducção. Os preceitos de Direito, que decorrem desses principios communs, são logicamente formados por deducção, como partes contidas no todo.

3.° Quanto aos principios *proprios* da sciencia do Direito e dos quaes decorrem certos preceitos especiaes, sómente esses necessitam ser firmados por inducção e illação das séries de factos. Taes preceitos especiaes são conclusões que, em relação á série de factos, são como o todo em relação ás partes.

4.° Em geral, denomina-se ensino pratico aquelle que consiste na observação dos casos consumados ou julgados, e no exercicio de applicação a casos figurados. Ora, a critica dos casos consumados e dos casos julgados é um instrumento theorico, que pôde convir, não principalmente para inducção, mas como prova de conclusões obtidas pela deducção; realmente pratico é sómente o ensino da applicação a casos figurados, com a rememoração das cautelas especiaes, relativamente a actos com formulas solemnes, taes como contractos, testamentos, actos de protocolo, actos de registro, actos e termos do processo, em geral, as formalidades de actos praticados em officios publicos e em auditorios judiciaes.

5.° Este ensino pratico só tem opportunidade nas materias de Direito Civil, Direito Commercial, Processo Civil, Processo Commercial, Processo Criminal e Medicina Publica, unicas em que poderia ser cabivel um exame com prova pratica. Nos outros ramos ou materias da sciencia juridica, assim como na Economia Politica, Direito Publico, Direito Internacional, esse ensino só póde consistir em visitas a estabelecimentos industriaes e a instituições sociaes e em despertar a attenção para o movimento social, economico e administrativo.

(.....)

Conclusão

A demonstração *a posteriori*, isto é, remontando dos effeitos para a causa, prevalece para as leis da ordem physica e mesmo para certa classe de leis da ordem moral; mas, é muito natural e mais decisiva a demonstração *a priori*, sempre que fôr possivel argumentar da causa para o effeito, do principio para a consequencia. << Os principios, diz Seneca, garantem a nossa segurança e tranquillidade, porque simultaneamente abrangem toda a nossa vida e toda a natureza das cousas>>.

A differença entre estes dons methodos é esta: o methodo *a posteriori* é exclusivamente synthetico, isto é, somente compõe; o methodo *a priori* é analytico-

synthetico, isto é, - decompõe para recompor.

Para os do primeiro, não ha senão factos e leis, ao passo que, para os do segundo, além dos factos e das leis, ha causas que produzem os factos e principios que legitimam as leis.

Para aquelles, o unico processo logico é a inducção; para estes, a deducção é um processo necessario, porque a inducção, mesmo que pudesse ser sufficiente nas sciencias physicas, é insufficiente nas sciencias moraes, quer para affirmar as leis hypotheticas, quer para explicar as leis certas, quer para achar leis novas por via de analogia ou por via de dependencia.

Nas Faculdades de Direito, mesmo comparando os factos e os preceitos, é necessario firmar os principios em que estes se fundam; mas uma vez firmados os principios, é necessarío deduzir delles as legitimas consequencias, quer para justificar ou corrigir os preceitos, quer para ordenar os factos. E' o methodo analytico-synthetico ou empírico-racional, unico methodo realmente pratico, porque ensina não só o fundamento das leis, como a applicação das leis aos factos, como o modo e a forma de realisar as relações de direito, quer na vida em geral, quer no fôro extrajudicial, quer no fôro judicial.

Mantenhamos, pois, o methodo mixto, que até aqui temos seguido, corrigindo, dentro das regras do mesmo methodo, qualquer defeito no procedimento. Os juristas formados nas nossas Faculdades não são inferiores, quer na theoria, quer na pratica, aos juristas formados em Faculdades que professam por outro methodo.

NOTAS

* Publicado originalmente por Siqueira, Nagel & C. em São Paulo, 1914.

João Mendes de Almeida Júnior †

Professor e Diretor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco,

Ministro do Supremo Tribunal Federal.

TRÊS REAÇÕES A UM PANFLETO DE DUNCAN KENNEDY

THREE RESPONSES TO A PAMPHLET BY DUNCAN KENNEDY

KENNEDY, Duncan, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System: a Critical Edition*, New York: New York University Press, 2004.

Observações sobre o ensino do Direito a partir de Duncan Kennedy

Ana Mara França Machado

Em 1983 circulou pela faculdade de direito de Harvard um panfleto escrito por um de seus professores, Duncan Kennedy, que contestava o modo tradicional de ensinar. 23 anos depois, o texto *Legal Education and the reproduction of hierarchy* continua atual e muitas de suas críticas servem para o ensino do Direito no Brasil.

Nesse panfleto, o autor aponta a maneira pela qual a educação jurídica americana contribuiu para a reprodução da hierarquia na sociedade e na ordem dos advogados. A tese do texto é: a Escola de Direito é um espaço político intelectualmente pretensioso que serve para a reprodução de uma cultura hierárquica. Ela promove o treinamento ideológico de seus alunos:

> *"[L]egal education causes legal hierarchy. Legal education supports it by analogy, provides it a general*

> *legitimating ideology by justifying the rules that underlie it and provides it a particular ideology by mystifying legal reasoning."* (p.87)

A ideologia que dá suporte à hierarquia legal não é nada mais do que uma aplicação especializada da ideologia meritocrática presente na sociedade americana. Vejamos.

O texto se inicia com o relato de uma experiência do autor junto aos alunos do primeiro ano. Kennedy mostra que os alunos iniciam o curso com uma postura culturalmente reacionária e se assustam ao se depararem com uma ciência eminentemente conservadora em suas premissas e ideologias. O primeiro ano é ideologicamente carregado. Os alunos passam por um lento processo de formação da consciência. Com o passar dos anos, as ideologias a eles transmitidas os tornam adequados ao sistema vigente.

A hierarquia estabelecida entre "mestre" e "aluno" agrava este quadro. Aulas expositivas em que o "mestre" transmite a correta interpretação da matéria, ou seja, a sua, são as mais comuns. A atividade crítica e criativa é deixada de lado. Esse modo de ensino repercute em todas as esferas e atividades relacionadas ao direito.

Contribui para a formação desta hierarquia a mensagem emitida pelos professores de que o simples fato do aluno cursar faculdades melhor avaliadas já o diferencia dos demais. De fato, muitas vezes, o profissional é valorizado pela faculdade e não por sua capacidade individual. Kennedy aponta que a hierarquia entre as escolas é desnecessária e injusta. As escolas doutrinam os alunos a acreditarem que pessoas e instituições se arranjam naturalmente em hierarquias e que este estado de coisas se legitima devido a seu caráter meritocrático (p.72).

O autor atribui ao *"legal reasoning"* parte da culpa por este estado de coisas. Esse rigoroso procedimento analítico seria ininteligível para o homem leigo, mas de certa forma, daria validade e força às regras do sistema, colaborando para que a atividade intelectual questionadora do aluno não seja exercida de forma plena. No modo de pensar e praticar o "legal reasoning" está embutida a estrutura hierárquica e autoritária que o ensino tradicional reproduz.

Ao aluno é dado um conteúdo que carece de uma abordagem crítica e problematizante. O conteúdo intelectual do ensino parece ser somente o aprendizado de leis; o que elas são e por que são deste modo. A atitude passiva de uma classe não questionadora quanto ao conteúdo do sistema legal inibe um aprendizado que deveria ter uma maior carga reflexiva. A falta de atividades em sala de aula que visem a mudar esse quadro é um dos problemas enfrentados pelo ensino americano há 20 anos atrás e é um problema enfrentado atualmente pelo ensino brasileiro do direito.

Após quase 5 anos de faculdade, fico com a impressão de que o conhecimento a mim transmitido foi passado de maneira desarticulada e assistemática. Salvo algumas poucas exceções, não

pude encontrar em sala de aula reflexão crítica. A falta de um projeto pedagógico de ensino se tornou evidente com o passar dos anos.

A ciência do direito no Brasil se apóia no estudo por meio de manuais concebidos como no início do século XIX. Neles, prevalece, quase sempre, a opinião de seu autor, sem grande problematização. Não há renovação ou atividade crítica se o suporte para o estudo não acompanha as mudanças sociais. Hoje vejo que o ensino dogmático é essencial para a boa formação do aluno, no entanto ele também deve ser problematizante, sob pena de não retratar o real contexto social em que estamos inseridos. Kennedy aponta que o direito, por ser uma disputa de poder, não tem resultado pré-determinado. Esse é um aspecto desprezado no ensino (p.41).

Fica aquela sensação de que o Direito se esforça para ser uma ciência cada vez mais isolada das demais ciências humanas. Enquanto outras ciências humanas buscaram uma renovação com o passar dos anos, o direito parece preso aos modelos de ensino utilizados desde sempre. Fica a questão: Que pedagogia é essa? Kennedy acrescenta que *"a more rational system would emphasize the way to learn law, rather than rules and skills rather than answers."*(p.46)

Ter como fonte principal de estudo manuais que condensam a opinião de um autor com relação à matéria e não problematizam as soluções adotadas é uma atividade inibidora da pesquisa. Não há atividade crítica ou criativa neste contexto. O estudo dogmático praticado desta maneira, implica em uma discutível qualidade da formação teórica e técnica do profissional.

Agrava ainda mais esta situação a tradição "parecerista" do direito brasileiro. O simples recorte da parte da matéria que serve à defesa dos interesses defendidos pelo parecerista, sem a exposição das contrariedades a esta exposição, é uma característica de nosso sistema e é fruto do nosso ensino deficitário.

Assim como Kennedy apontou, o aluno não sabe diferenciar quando está aprendendo de quando não está, ao mesmo tempo em que não consegue entender o seu processo de aprendizado: "O ensino é inconsciente e absorvido por osmose (...) o aluno fica à espera do momento em que, de uma hora para outra, conseguirá pensar como advogado". Esse quadro se agrava ainda mais quando lembramos que o ensino é dado isoladamente à experiência prática.

Há um aspecto importante do ensino brasileiro que quero ressaltar. Nosso sistema ensina aos alunos que eles aprenderão apenas o que forem capazes de aprender. Se eles se sentem incompetentes ou sentem que poderiam ter feito melhor, a culpa é exclusivamente deles, ou seja, a culpa é individual. Há projetos de ensino e aprendizado individualizados de parte a parte, sem uma instância coletiva que se interponha entre aluno e professor para criar, criticar e renovar métodos e critérios de ensino. O sistema perpetua essa mensagem, os estudantes a internalizam e, com isso, se preparam

para as hierarquias que seguem ao final do curso.

O ensino de doutrina sem reflexão metodológica, em isolamento às habilidades práticas faz com que ela pareça irrelevante diante da prática.

Esse é um ponto problemático do sistema brasileiro. Diferentemente do caso americano, no Brasil a carga horária da maioria dos cursos permite ao aluno estagiar durante a graduação em direito. No entanto, essa experiência, que deveria contribuir para a formação prática do graduando, teve suas premissas invertidas. O aluno busca um conhecimento prático que não adquire em sala de aula ao mesmo tempo em que procura se inserir no mercado de trabalho, ainda sem preparo técnico.

Dois problemas decorrem deste estado de coisas: a formação prática na sua essência não é alcançada pela Faculdade de Direito, uma vez que o profissional que o mercado procura, ainda nos primeiros anos do curso de direito, não tem e não pode ter grande preparo técnico-jurídico, apenas a habilidade para exercer funções burocráticas e uma grande disposição de se adaptar ao esquema do escritório. O graduando que opta por investir na sua entrada precoce no mercado acaba por prejudicar seus estudos durante a graduação.

Por outro lado, o estudante que opta pela sua inserção tardia no mercado, ou seja, após a graduação, é preterido em relação aos candidatos já experientes. Esse contexto extremamente competitivo, ao invés de colaborar para o aumento de qualidade do profissional, parece contribuir para piorar a formação dos alunos. Ou pelo menos retira da Faculdade a possibilidade de ter papel maior na formação teórica e prática de seus alunos. Se a doutrina ensinada parece não servir para a prática e se o ensino da prática se faz, desde os primeiros anos, nos escritórios, para que serve a Faculdade?

E quanto ao ensino ético? Kennedy aponta que nunca há uma correta solução legal que seja diversa à correta conduta ética e política. A preocupação quanto à formação ética do profissional parece ter sido relegada a segundo plano no ensino brasileiro. O caráter ético do ensino em si já é de difícil definição, no entanto a preocupação quanto a sua delimitação não tem dispensado muitos esforços por parte das universidades. No Brasil não há um consenso sobre este assunto. A ordem dos advogados apresenta o seu entendimento, porém o assunto não é levado ao debate.

Outro problema que presenciei durante a graduação é o fato de a grade curricular ser rígida. A proporção de créditos cursados por área do direito pode ser excessiva ou deficitária. Ao aluno que deseja aprofundar seus estudos em uma vertente do direito não é dada a oportunidade de optar por uma grade curricular que se adapte às suas necessidades.

Como se pode ver, o texto de Kennedy levanta mais problemas do que é capaz de resolver. No entanto, contribui muito ao colocá-los na pauta, estimulando o leitor a pensar nos problemas de seu sistema de ensino e em

possíveis soluções. Pois não se trata de apenas criticar: Kennedy aponta que a negação pura e simples da hierarquia é o exercício de uma falsa consciência. O problema não é se a hierarquia esta lá, mas como entendê-la e quais são suas implicações para a reprodução do sistema. O autor afirma que a luta contra a hierarquia não deve derivar soluções de uma certa filosofia política em abstrato, mas lidar com as contradições presentes no sistema.

Por isso mesmo, depois da leitura deste texto, resta claro para mim que é essencial pensar uma reforma estrutural, metodológica e pedagógica, do ensino do direito no Brasil. Além disso, imagino que algumas soluções são razoáveis e possíveis. A despeito de não apresentar soluções para os problemas que levanta, o texto de Duncan Kennedy incomoda e faz pensar. Tenho certeza de que todos os que se aventurarem a lê-lo serão estimulados a desenvolverem sua própria pauta para a reforma do ensino jurídico brasileiro, o que faz do texto, por fim, um panfleto extremamente eficaz.

* * *

Reflexões reformistas a partir de um panfleto revolucionário

Flavia Portella Püschel

Este texto não é uma resenha, mas uma reação à leitura do panfleto de Duncan Kennedy, Legal Education and the Reproduction of Hierarchy. O texto de Duncan Kennedy, embora escrito há mais de duas décadas e no contexto das faculdades de Direito norte-americanas, é uma experiência de leitura fascinante para qualquer pessoa envolvida com uma faculdade de Direito também no Brasil hoje: alunos, professores e pessoal administrativo.

O panfleto é todo muito interessante e provocativo. Mesmo assim, seguindo a proposta de não fazer uma resenha, quero tratar apenas de uma das várias questões levantadas pelo texto, aquela que me interessou especialmente, por colocar em xeque não simplesmente minha posição e atitudes individuais, mas meu papel como membro da instituição faculdade de Direito e o papel da própria instituição de ensino.

Para isso, vou me colocar em uma posição menos glamorosa que a de Duncan Kennedy: uma posição não revolucionária. Vou adotar aqui a posição reformista (eufemismo para conservadora, diriam alguns?), de alguém que é parte de uma instituição e está comprometida com a sua continuidade.

Quero refletir sobre o que é possível fazer, institucionalmente, para lidar com o problema da reprodução da hierarquia nas faculdades de Direito. Vou argumentar que a reprodução da hierarquia é em certa medida essencial às Faculdades de Direito e que, portanto, a completa eliminação dessa reprodução e a continuidade da instituição são incompatíveis. Em seguida, procurarei imaginar formas para lidar com a reprodução da hierarquia dentro das faculdades de Direito, de modo a evitar tanto quanto possível – sem a eliminação da

instituição de ensino – os seus efeitos perniciosos sobre os alunos.

Antes, uma palavra a meu respeito parece ser apropriada. Se Duncan Kennedy identifica a faculdade de Direito como um ambiente onde se reproduz a mentalidade branca, masculina e de classe média, é preciso deixar claro que não tenho nenhuma pretensão de neutralidade.

Sou a segunda geração da minha família a ter curso superior e a segunda também com a titulação acadêmica de doutor, a única da família a seguir carreira na área jurídica. Meu pai, filho de imigrantes, estudou em escola particular até o ensino médio. Depois, formou-se em uma faculdade pública. Minha mãe teve toda a sua formação em escolas públicas, do ensino fundamental ao curso superior.

No caso de minha mãe, a escola pública foi sem dúvida o meio que possibilitou que a filha de operários chegasse à faculdade. Já na minha geração, no entanto, a escola pública teria provavelmente sido um obstáculo ao acesso a um ensino superior de qualidade. De todo modo, meus pais não arriscaram. Estudei em escolas particulares praticamente durante todo o ensino fundamental e médio (na verdade, minha variada vida escolar incluiu uma rápida experiência na escola pública, abandonada diante da deficiência evidente do ensino oferecido). Como a maior parte dos filhos de classe média da minha geração, minha educação foi complementada por uma variedade de cursos extracurriculares em instituições privadas: inglês, francês, alemão, música, dança, artes plásticas. Na adolescência, participei de um programa de intercâmbio de estudantes no exterior. Após concluir o ensino médio em uma escola técnica do Senai, fui admitida pelo sistema de exame vestibular a uma faculdade pública, onde concluí a graduação e depois também o doutorado. Durante toda a minha vida escolar, até a conclusão do curso de graduação em Direito, contei com o apoio financeiro de meus pais e não precisei trabalhar.

A faculdade onde estudei Direito é uma das mais tradicionais do país e notoriamente uma das mais bem conceituadas. A faculdade é pública. Dentre os 460 alunos que nela ingressaram no último exame vestibular, 58,2% são homens, 80% são brancos, 87,3% realizaram seus estudos de ensino médio exclusivamente em escola particular e 25,5% tem renda familiar mensal superior a R$10.000,00.[1]

Trabalhei em algumas faculdades de Direito privadas em São Paulo. A faculdade onde leciono atualmente é privada. Trata-se de uma faculdade criada recentemente, com o projeto de oferecer um ensino de Direito diferente do tradicionalmente encontrado nas demais faculdades do País. Todo ano, a faculdade oferece cinqüenta vagas a alunos selecionados dentre aqueles que obtêm as melhores notas em um exame vestibular. O curso é pago, mas a instituição conta com um sistema de financiamento próprio para alunos que não possam arcar com os custos. O valor financiado deve ser devolvido em parcelas, ao final do

curso, sem cobrança de juros. Dentre os 50 alunos ingressantes no último exame vestibular, 46% são homens, 92,3% realizaram seus estudos de ensino médio em escola particular e 59,7% têm renda familiar mensal superior a R$12.000,00. Não foi feito levantamento acerca da raça ou cor dos estudantes, mas posso dizer que não há nenhum negro entre os ingressantes no ano de 2006.

Atualmente, somos 23 professores, dos quais aproximadamente 30% são mulheres e 70% homens. Até o momento, não contamos com nenhum professor negro. Não temos sistemas de quotas para contratação de professores, nem para admissão de alunos.

A questão como apresentada por Duncan Kennedy

A tese fundamental do panfleto é que as faculdades de Direito são espaços políticos e que a mentalidade profissionalizante reinante obscurece esse fato, ocultando o importante papel que a faculdade de Direito exerce no "treinamento ideológico para o serviço voluntário nas hierarquias" do sistema vigente. Segundo Duncan Kennedy, a experiência básica de um aluno de direito parte de um ambiente de sala de aula que promove a passividade, para uma atitude passiva em relação ao conteúdo do ordenamento jurídico.

No primeiro capítulo do panfleto, Duncan Kennedy descreve uma aula como exemplo desse problema. Trata-se de uma aula de processo civil baseada na discussão de uma decisão judicial. O professor estimulou os alunos a levantarem argumentos a favor e contra a norma jurídica estabelecida pela decisão. O professor criticou os alunos que apresentaram argumentos de justiça e eqüidade, enviando a todos a mensagem implícita de que se tratava de um modo inadequado, não jurídico, de lidar com a questão. Por outro lado, os alunos que levantaram argumentos formais também foram criticados pelo professor, e dessa vez a mensagem implícita foi a de que o Direito não é um simples jogo de palavras.

Quase ao final da aula, quando o nível de tensão e frustração dos alunos já estava alto, o professor finalmente retomou vários dos argumentos levantados anteriormente e apresentou a sua resposta, justificando a norma estabelecida pelo tribunal.

Segundo Duncan Kennedy, muitos alunos descreveram essa aula como "brilhante" e "útil". Os alunos viam o professor como tendo lhes mostrado a verdade sobre um problema prático importante e complicado, e aceitaram a solução oferecida sem verdadeiro questionamento.

Na verdade, os alunos estavam muito contentes porque essa aula não os havia deixado com a sensação de que o problema era insolúvel e irremediavelmente confuso e de que eles não tinham aprendido nada.

Segundo Duncan Kennedy, o que o professor fez foi apenas dar aos alunos um sentimento espúrio de fechamento em uma situação na qual deixar questões em aberto leva os alunos ao pânico.

Para Duncan Kennedy, esse modo particular de fechamento traz implícita

a forte mensagem de que "por trás de resultados jurídicos aparentemente injustos ou sinistros existe provavelmente uma explicação altamente racional", fundada em uma argumentação jurídica que remete a objetivos sociais gerais, que requerem um determinado resultado, e não em questões de eqüidade relativas à situação concreta específica. No segundo capítulo de seu panfleto, Duncan Kennedy aponta os modos pelos quais o curso de Direito funciona como um reprodutor do *status quo*.

A estruturação do currículo do curso e a forma como as disciplinas são ensinadas são dois desses modos.

Um currículo básico de primeiro ano nas faculdades de Direito norte-americanas inclui Contratos (*contracts*), Responsabilidade Civil (*torts*), Direitos Reais (*property*), Direito Penal (*ciminal law*) e Processo Civil (*civil procedure*). Essas disciplinas, aponta Duncan Kennedy, tratam das normas fundamentais do capitalismo liberal do final do século XIX, mas são ensinadas nas faculdades de Direito como se tivessem uma lógica interna própria e pouca relação com questões políticas. Disciplinas como Filosofia do Direito, História do Direito e atividades de prática jurídica, ensinadas mais para o final do curso, são tratadas como periféricas e apresentadas como menos relevantes

Além disso, as habilidades que os alunos aprendem em cada uma das disciplinas (reter um grande número de regras de maneira sistematizada, identificar pontos em que essas regras são ambíguas, conflitantes ou lacunosas, etc.) são ensinadas de um modo que as mistifica. Duncan Kennedy reconhece que se trata de habilidades importantes, úteis na prática das profissões jurídicas, e que podem ser de grande ajuda para pensar a respeito de política, de políticas públicas e discursos éticos em geral. O problema, segundo ele, é, em primeiro lugar, que elas são aprendidas como parte de um certo modo de argumentar juridicamente, ininteligível para o leigo, que ao mesmo tempo explica e legitima a grande maioria das normas em vigor. Em segundo lugar, as questões jurídicas são apresentadas como isoladas, de modo que os estudantes não conseguem desenvolver uma visão geral do que é o Direito, de como ele funciona ou de como ele poderia ser mudado de maneira global.

Outro problema é que tais habilidades ligadas ao modo jurídico de argumentar são aprendidas por "osmose", isto é, de maneira inconsciente.

Por fim, essas habilidades são ensinadas sem relação com experiências práticas, o que impede os alunos de assumir futuramente, quando vão praticar uma profissão jurídica, uma posição que não seja aquela de aprendiz, com os advogados mais velhos substituindo os professores no controle de um treinamento profissional despolitizado.

De todos esses problemas, o que mais me interessa é aquele relacionado à forma específica da argumentação jurídica. Parece-me que ele se liga intrinsecamente com a questão da organização

do currículo, na medida em que a mistificação da dogmática jurídica é o que impede que se perceba o modo como a estruturação das disciplinas está comprometida com o *status quo*.

Segundo Duncan Kennedy, o aspecto central da ideologia reproduzida pelas faculdades de Direito é uma distinção entre Direito e política: uma argumentação jurídica é diferente de uma argumentação política.

Para Duncan Kennedy, a argumentação jurídica tem suas especificidades, mas não se distingue do discurso ético e político em geral enquanto método para se chegar a resultados corretos. Nesse sentido, não existe uma "solução jurídica correta" que não seja a solução ética e política correta para o problema jurídico. Nas palavras do autor: "tudo o que se ensina, com exceção das próprias regras formais e das técnicas argumentativas para manipulá-las, é *policy* e nada mais".

De acordo com Duncan Kennedy, quando ensina as normas de propriedade, contratos e responsabilidade civil como derivadas do raciocínio jurídico e não como resultado da política ou da economia, a faculdade de Direito favorece o programa de centro-esquerda, de reforma limitada da economia de mercado e de atitudes *pro forma* em relação à igualdade racial e sexual.

A solução seria, segundo Duncan Kennedy, "[...] pensar sobre o Direito de um modo que permita entrar nele, criticá-lo sem rejeitá-lo completamente, e manipulá-lo sem se entregar ao *seu* [dele] sistema de pensar e agir" (grifo no original).

Uma proposta não revolucionária de mudanças no modo de ensinar Direito

Em primeiro lugar, colocando-me na posição de alguém comprometido com a continuidade da faculdade de Direito, é preciso encarar o fato de que o curso de Direito não se destina simplesmente a mostrar aos alunos o que é o Direito, mas dedica-se principalmente também a ensinar a *exercer*, a *praticar* o Direito. Em outras palavras, o curso não se destina a olhar o Direito de fora, mas a introduzir o aluno, a colocá-lo *dentro* do Direito. Nesse sentido, a faculdade de Direito está comprometida com a formação profissional e esse seu objetivo molda necessariamente a estrutura do curso e das aulas, pelo menos em certa medida.

O objetivo de formação profissional é o vínculo necessário que a faculdade de Direito tem com o *status quo*: faz parte dos objetivos da formação universitária em Direito habilitar o bacharel a atuar no sistema. A não ser que se abandone esse objetivo, não me parece possível eliminar a reprodução da hierarquia do sistema das faculdades de Direito. Nesse sentido, só mesmo uma atitude revolucionária poderia quebrar o vínculo entre a faculdade de Direito e o sistema vigente. Não há, de fato, alternativas reformistas.

O que não significa que nada possa ser feito. É possível imaginar uma faculdade que forme profissionais para atuar no sistema, mas que não o faça ingenuamente. Isso seria talvez uma reprodução menos eficiente da hierarquia, mas, não sendo incompatível com ela, pode ser uma proposta institucional.

Em outras palavras, não é possível evitar que a faculdade de Direito seja um local de reprodução do *status quo*, mas é possível colocar isso em evidência.

Para pensar em uma proposta de mudança nesses termos, é preciso tratar preliminarmente do papel da dogmática jurídica. Afinal, se os efeitos perniciosos de reprodução da hierarquia vierem diretamente da dogmática, e não apenas do modo como ela é ensinada, uma proposta de reforma nos moldes acima tende a obter pouco resultado.

Quando se diz, como Duncan Kennedy, que o modo de argumentar jurídico, isto é, que a dogmática jurídica, não se distingue do modo de argumentar político no que se refere à justificação de uma solução normativa como correta, é preciso esclarecer sobre o que se está falando.

O modo de argumentar político aparece em nosso sistema de duas maneiras diversas em relação à dogmática jurídica: como razão ou objetivo da norma geral e abstrata e como fundamento da solução jurídico-dogmática do caso concreto. Explico.

Para lidar com a questão do papel da dogmática jurídica na sala de aula e seu papel mistificador, é preciso levar a sério a idéia de que, em princípio, o papel das normas jurídicas gerais e abstratas é fixar certas escolhas políticas. Essas escolhas, traduzidas no texto das normas, são feitas em outro lugar e não no Direito. Em outras palavras, para falar do conteúdo político que há no fazer dogmática jurídica, é preciso, em primeiro lugar, esclarecer que há um conteúdo político que lhe é anterior. Com relação a essas decisões políticas – tomadas, no nosso sistema, primordialmente no âmbito do Poder Legislativo – é possível fazer o esforço de mostrá-las, isto é, de deixar claro para os alunos que as normas jurídicas se relacionam a certa opção política e que não são, portanto, neutras.

Outra questão, mais complicada do ponto de vista do professor de dogmática jurídica em qualquer disciplina, são as escolhas políticas feitas *por meio* da própria dogmática.

Parece-me que é a esse conteúdo político da dogmática jurídica que se refere Duncan Kennedy ao afirmar que a argumentação jurídica não se distingue do discurso ético e político em geral enquanto método para se chegar a resultados corretos e que tudo o que se ensina na faculdade de Direito, com exceção das regras formais e das técnicas argumentativas para sua manipulação é *policy*. A aplicação das técnicas de argumentação jurídico-dogmática limita o espectro de soluções possíveis a partir de certos dados, mas não permite chegar a uma única solução sobre a qual não possa haver divergência. Acredito que esse espaço decisório exista, que ele propõe problemas fundamentais de legitimidade e que ensinar Direito sem assumir, colocando em evidência, essa característica do raciocínio dogmático é de fato mistificador e obscurece, empurrando para debaixo do tapete, escolhas de *policy* feitas dentro do Direito, isto é, por meio da própria dogmática jurídica (ou para além dela).

É possível pensar que essa circunstância deveria nos levar a desejar e a buscar o fim da dogmática jurídica. No entanto, pessoalmente, não penso que ela seja em si mesma necessariamente um instrumento de mistificação. A dogmática pode ser pensada como um espaço procedimentalizado de luta pelo sentido das normas jurídicas, deslocando-se a questão para a construção de meios de controle democrático desse espaço.[2]

Essa questão não cabe, naturalmente, nos limites deste texto, mas, de todo modo, penso que a realização do objetivo proposto por Duncan Kennedy, de "[...] pensar sobre o Direito de uma maneira que permita entrar nele, criticá-lo sem rejeitá-lo completamente, e manipulá-lo sem se entregar ao *seu* [dele] sistema de pensar e agir" (grifo no original), passa, necessariamente, por encarar o conteúdo de *policy* que há nas decisões tomadas por meio da dogmática jurídica, o que não equivale a dizer que ela seja necessariamente mistificadora.

Dito isso, como criar um curso de Direito que minimize os efeitos perniciosos da reprodução da hierarquia?

Para formar alunos conscientes, é importante valorizar as disciplinas não dogmáticas, como Filosofia, Sociologia e História do Direito, assim como é importante que disciplinas de Economia sejam também valorizadas no curso de Direito. No entanto, isso só pode ser alcançado, na minha opinião, com uma mudança no modo como se ensinam as próprias disciplinas dogmáticas. Se no ensino da dogmática não se fizer o vínculo com as questões filosóficas, sociológicas, históricas e econômicas, essas últimas continuarão a ser consideradas apenas disciplinas propedêuticas, conhecidas entre os alunos como "perfumaria jurídica".

A relação entre a dogmática jurídica e questões filosóficas, sociológicas, econômicas, políticas, etc. só pode ser feita se abandonarmos o modo como tradicionalmente se ensinam as disciplinas dogmáticas.

Vou dar um exemplo do que chamo de modo tradicional de ensino das disciplinas dogmáticas, com base na experiência real de um conhecido meu, calouro de uma boa faculdade de Direito. Numa típica aula de Direito Civil, por exemplo, o professor apresenta o conjunto de regras relativas a certo instituto jurídico de maneira sistemática, em uma aula expositiva e sem sequer fazer referência direta aos textos legais pertinentes. A leitura recomendada é um manual de Direito, em que a matéria é apresentada do mesmo modo. Mesmo no manual, o texto legal tem lugar secundário. Normalmente, há remissão aos artigos de lei relativos à matéria, mas não um exercício de interpretação do texto legal.

Apresentado desse modo, o Direito Civil (e todos os demais ramos do Direito, uma vez que as aulas das outras disciplinas dogmáticas seguem em geral esse mesmo padrão) aparece como um conjunto de regras dadas (não se sabe muito bem por quem). A referência ao Direito romano como origem das normas reforça ainda a noção de sua permanência

e atemporalidade, de falta de historicidade e, portanto, da falta de relação com as contingências de cada sociedade, da falta de relação com a política, com a economia, etc.

Há uma disciplina, ensinada no primeiro ano, que propõe a reflexão sobre a dogmática jurídica, mas seu efeito sobre os alunos é limitado, pois há uma grande dificuldade para relacionar as discussões feitas no âmbito dessa disciplina com o que realmente acontece na aula de Direito Civil.

O livro usado nessa disciplina acabou virando sinônimo de texto incompreensível nas brincadeiras dos estudantes e logo a disciplina foi relegada pela maioria dos alunos à categoria da "perfumaria", junto de outras matérias do primeiro ano, notadamente economia.

Não digo, naturalmente, que a experiência seja vivida do mesmo modo por todos os estudantes. Mas, muito freqüentemente, os alunos que não se sentem bem com a dogmática jurídica acabam se conformando, estudando para conseguir a nota necessária para aprovação e levando as suas inquietações para outros campos de estudo, muitas vezes para outras faculdades, como a faculdade de Filosofia ou de Ciência Política.

Não quero dizer tampouco que esse método de ensino seja ruim. A avaliação depende dos objetivos propostos. Para atingir o objetivo de profissionalização, isto é, para formar pessoas capazes de atuar no sistema vigente, parece-me que um curso nesses moldes pode ser excelente e isso não deve ser desprezado.

No entanto, a partir do momento em que uma faculdade de Direito coloque entre seus objetivos formar profissionais capazes de perceber o quanto sua formação os prepara para reproduzir o *status quo*, é preciso fazer mudanças em relação ao modo tradicional de ensino.

Para começar, é preciso mudar o papel do professor e sua relação com os alunos. O professor precisa deixar de ser encarado como aquele que detém um conhecimento a ser transmitido. Ele deve ser apenas um guia. Sem isso, não é possível estimular verdadeiras discussões em sala de aula. A tendência será ocorrerem pseudodiscussões, como a descrita por Duncan Kennedy, em que os alunos são estimulados a participar apenas para tornar a intervenção final e definitiva do professor mais dramática e dar-lhe um ar de sabedoria superior.

O professor de Direito não deve, aliás, dar resposta nenhuma, uma vez que não há realmente uma resposta certa, especialmente quando o que se está discutindo são os fundamentos de uma determinada solução normativa.

Naturalmente, há um preço a pagar por essa mudança, que é o fim das certezas reconfortantes. Os alunos terão de aprender a viver com a dúvida, o que pode ser muito difícil e angustiante. É o fim da sensação de ter aprendido algo definitivo, que se pode anotar no caderno e estudar na véspera da prova.

Além da mudança na postura do professor, é preciso que os alunos tenham espaço para refletir sobre o que estão fazendo. Parece-me que Duncan Kennedy tem razão ao identificar como

problema o aprendizado "por osmose". O modo jurídico de argumentar deve entrar no debate. Disciplinas de Teoria do Direito são úteis nesse processo, mas, a meu ver, a dogmática deve ser discutida também nas disciplinas dogmáticas, sem o que me parece que a abstração das discussões teóricas dificulta sua vinculação com a realidade do trabalho do jurista.

Por fim, o ideal seria que, nas próprias disciplinas dogmáticas, a discussão fosse além da dogmática, isto é, que se discutissem quais os interesses protegidos pelas normas estudadas.

Com isso se mostraria mais claramente o modo como as soluções jurídicas dogmáticas estão comprometidas com certas forças políticas e econômicas.

Naturalmente, é mais fácil falar do que fazer.

A implementação dessas medidas esbarraria em muitos obstáculos, a começar pela resistência dos próprios alunos, devido ao alto grau de angústia que um curso assim tende a gerar. E não é preciso nem dizer que abdicar da sua posição de superioridade seria uma dificuldade grande para muitos professores.

No entanto, as duas maiores dificuldades, na minha opinião, são a formação dos professores e a falta de tempo. Os professores de Direito foram formados em cursos tradicionais e, se muitos deles conseguem perceber deficiências nesse tipo de formação, isso não muda o fato de que não foram preparados para, por exemplo, tratar de política e economia em suas aulas de Direitos Reais ou Direito Contratual. Quanto à falta de tempo, é preciso lembrar que o objetivo profissionalizante – mantido nessa minha proposta – exige que os alunos apreendam um grande número de informações, o que demanda muito tempo já no método tradicional. Quando um professor se propõe a, além disso, investigar aspectos políticos e econômicos relacionados aos institutos jurídicos, a velocidade com que os alunos podem continuar o trabalho de assimilação das informações necessárias para operarem profissionalmente no sistema naturalmente cai.

Ainda assim, e apesar das dificuldades, penso que seja possível fazer essas modificações. Penso também que seria bom fazê-las. Acho que essas mudanças no modo de ensinar Direito resultariam em uma diminuição razoável dos efeitos negativos da educação jurídica apontados por Duncan Kennedy, ao mesmo tempo em que são suficientemente compatíveis com as exigências de formação de profissionais para o mercado para poderem ser propostas institucionalmente.

* * *

Duncan Kennedy – Legal education and the reproduction of hierarchy

Yuri Corrêa da Luz

Introdução

O livro *Legal education and the reproduction of hierarchy*, de Duncan Kennedy, publicado em 1983, contém diversos elementos que merecem, por si sós, uma atenção individualizada, seja por

parte dos juristas, seja por parte dos cientistas políticos e sociais. Embora escrito na forma de um simples *pamphlet*, nele residem questões as mais diversas: a determinação externa da consciência dos indivíduos, a relação Estado/sociedade civil, a reestruturação das classes sociais no último século, entre outras. No entanto, como graduando em Direito que sou, creio que a questão por ele tratada sobre a qual posso me debruçar com maior segurança é também a questão que enfrento e com o qual convivo todos os dias: *a dos problemas do ensino jurídico.*

O que mais surpreende no livro de Kennedy é a constante sensação de *déjà-vu* proporcionada por sua descrição da Law School norte-americana. Em diversos pontos, é mesmo necessário um esforço para nos convencermos de que não se trata de uma análise de nosso ensino jurídico. "O sistema anglo-saxão é totalmente diverso do romano-germânico", alguns poderiam dizer. "Um modelo tão distinto do nosso não pode em nada conosco se assemelhar", outros poderiam completar. Mas talvez seja exatamente este *o grande mérito de Kennedy: demonstrar que a crítica, quando bem colocada e bem conduzida, pode levantar e denunciar problemas amplos, que transcendem o âmbito de configuração de arranjos institucionais específicos.*

A leitura de suas descrições, que são no momento o que nos interessa, leva-nos à identificação de uma gama de fenômenos que constatamos cotidianamente, dentro e fora das salas de aula das principais faculdades de Direito de nosso país. A forma como os alunos enxergam a relação teoria/prática; a idéia de que especular é desnecessário (e até prejudicial) para a resolução de conflitos; a separação artificial entre direito e política; o ensino técnico apartado da realidade; as limitações práticas impostas aos alunos pelo conteúdo e pela pedagogia de nossos cursos jurídicos. Todas estas noções são verificáveis nesta obra. E penso que nossa realidade pode ser vista à luz dela.

Há pouco tempo, disse um filósofo, depois de ter "se aventurado" em um dos cursos jurídicos mais reconhecidos do Brasil, que nele era verificável um fenômeno ao mesmo tempo interessante e assustador. "Os alunos de Direito", afirmava, "chegam à faculdade com muita disposição, criatividade e agudez de pensamento; com o transcorrer da graduação todas estas qualidades parecem diluir, e todo aquele potencial parece se tornar limitado e enrijecido". O que acontece com nós alunos ao longo do curso de Direito? Qual seria o papel que nossas aulas, que nossos professores, que nosso meio, enfim, exercem nesta (de)formação? São questões que Kennedy buscou apontar.

O autor problematiza um ensino jurídico deficiente pela demonstração de dois tipos de conseqüências: por um lado, *a produção sobre os estudantes de um imaginário distorcido em relação à realidade*; por outro, *a limitação concreta que este ensino impõe* àqueles que, moldados neste âmbito, encontram-se

sem condições de enfrentar os problemas substanciais que uma sociedade apresenta ao direito.

A produção de um imaginário distorcido

Da mesma forma que o ensino norte-americano diagnosticado por Kennedy, também *o ensino jurídico brasileiro tem a técnica como elemento central de nosso aprendizado*. O que nos ensinam é uma grande quantidade de regras; aprendemos as normas dos códigos civil, penal, administrativo, bem como dos códigos de processo, em aulas que em grande medida nos deixam com a sensação de que, para absorver todo esse conteúdo, bastaria ler o direito positivo e pronto. Aqui, o Código não é somente o ponto de chegada da análise, mas também seu ponto de partida; tudo parece dele surgir e a ele retornar; tudo já estaria lá previsto. Esta idéia, passada por grande parte dos professores, coloca diversos problemas à formação do imaginário dos alunos de Direito.

Tendo como universo único de estudo uma grande quantidade de regras e técnicas argumentativas, *nós estudantes acabamos muitas vezes por acreditar que a isso se resume o fenômeno jurídico, absolutizando perante nós mesmos o conteúdo que nos é passado, apostando nele todas as fichas, e caindo na armadilha de acreditar que os problemas de nossa vida jurídica encontrarão nele uma resposta satisfatória*.

E caímos na postura de que nada poderia interferir neste processo de aprendizado daquilo que é "Direito": os conflitos políticos, as ideologias, tudo isso tem de ser afastado para que seja feita uma correta "análise jurídica" de determinado caso. A *separação Direito/Política*, tida por Kennedy como "o coração intelectual da mistificação", é mais que evidente em nossas faculdades. E é por meio dela que se produz um imaginário que chega mesmo a estabelecer a idéia de que as leis, de fato construídas pelo processo político e por forças políticas, proviriam de algum lugar misterioso, longínquo e inexplicavelmente neutro do ponto de vista ideológico. *Os professores, ao nos ensinar apenas regras e normas aos montes, acabam por fazer muito mais do que isso: ensinam que são delas que devemos partir, que este é o limite que devemos respeitar, e que alterá-las e entender suas causas não é nosso papel (isso é coisa para os políticos, dizem).* Os próprios professores parecem cair nesta distorção: quando alguém questiona as causas e as conseqüências de determinadas normas, nossos catedráticos levantam a abstrata figura d"O legislador" (nunca fala-se em legisladores concretos!), afirmando que essa foi a Sua vontade, e que questioná-la é uma postura argumentativa política, não jurídica. Como bem percebeu Kennedy, "the message is that the system is OK".

Ainda, na faculdade de Direito, os conceitos, a doutrina e toda a exposição que teria como fim último nos proporcionar uma "base teórica" acabam por criar um abismo entre o aprendizado e a realidade que nos cerca. Como não identificamos a construção cotidiana de nosso sistema jurídico (já que

não reconhecemos a nós um papel ativo em sua produção), não percebemos a historicidade e a contingência do mesmo (exceto por uma noção rasa e etapista de história provinda dos manuais doutrinários). Sendo assim, os conceitos expostos, as doutrinas, as descrições do funcionamento do sistema, tudo isto não precisa ser dotado de veracidade. Os manuais não precisam ter compromisso com a realidade, pois, afinal, a conhecemos em geral tão pouco que sequer conseguimos perceber quão distantes dela estão os manuais se colocam. A idéia de expor uma doutrina sem, no entanto, apresentar uma comparação, uma demonstração, uma verificação com a realidade (porque muitas das doutrinas são, inclusive, contrafáticas!) faz com que esta última seja tida como absolutamente apartada da primeira.

Há alguns meses atrás, uma professora me surpreendeu com uma prova cabal desta separação. Depois de ter permanecido durante quase duas horas explicando conceitos e expondo doutrinas, lançou ao final da aula o que me pareceu um anti-clímax: "Tudo isso que eu disse foi explicado porque se pede no programa. Mas na prática, nada disso acontece. Fiquem disso avisados". Eu, surpreendido de ter ouvido por duas horas algo absolutamente inverídico e irreal, perguntei a ela porque então ela explicou algo que simplesmente *não é*. A resposta veio com tom de naturalidade: "Como professora de Direito, devo ensinara vocês como as coisas devem-ser, e não como as coisas não-devem-ser". Ora, pensei, aonde chegamos? *O compromisso com a realidade do Direito, com a forma como ele se manifesta em nossas vidas, é tão efêmero... que aquilo que efetivamente é (o ser do dever-ser, digamos) é visto pelo jurista como aquilo que não-deve-ser!* Não há espaço para realidade em nosso ensino, e parece que estamos fadados a não conhecer aquilo que nós estudamos.

Este tipo de aprendizado torna os alunos capazes de formulações as mais variadas possíveis? Sim, sem dúvida; mas somente se percebermos que, *para nós juristas, "possível" é (e deve ser entendido como) operar somente em um contexto normativo estático, isto é, utilizar um sistema que já está dado e pronto. Os alunos nos cursos de Direito no Brasil não são preparados a operar a dinâmica do sistema*; nosso ensino, por sua forma de exposição, por seu conteúdo de exposição, transmite-nos cotidianamente de forma absolutizada uma idéia historicamente construída, tornando-a "natural": a idéia de que não cabem ao jurista a formulação e o desenho de novas instituições, que a ele não se pode exigir a construção de uma ordem normativa diversa, restando a nós somente operar aquela que a nós é entregue acabada. *Passam-nos a mensagem subliminar de que devemos passivamente operar e instrumentalizar desígnios econômicos e políticos e, paradoxalmente, acreditamos que destes estamos totalmente apartados pelo manto inviolável da "racionalidade jurídica".*

As limitações concretas impostas pelo ensino jurídico

Diante deste quadro simplificado de nosso imaginário, é de pensar então

como nosso ensino jurídico limita não somente nossa maneira de enxergarmos a realidade do Direito, mas também nossa forma de nela atuar e com ela interagir. *A faculdade de Direito não só ensina técnicas e tarefas práticas, mas também, pela forma com que o faz, reproduz a idéia de que um jurista em nada pode alterar seu próprio objeto de estudo, já que de fato pouco o conhece*.

A "teoria" que não atém sua preocupação com os movimentos reais da sociedade impele muitos de nós, inseguros em relação ao próprio futuro profissional (um sentimento comum entre muitos estudantes de Direito), de procurar um lugar onde "aprender algo prático". Surge então em muitos a necessidade de procurar um *estágio*, em que finalmente, muitos pensam, "podem-se cobrir as insuficiências do curso de Direito, excessivamente 'teórico'". Tudo parece perfeito: como estagiário, o estudante recebe salário, seguro-saúde e até um generoso ticket refeição; no entanto, há um preço a pagar por isso: a renúncia às tentativas de superar por si as deficiências de conteúdo exposto nas salas de aula. Precisamos lembrar que no Brasil estágio é trabalho, e trabalho pesado. Há pouco espaço para o estudo e para a especulação. Portanto, este modelo de ensino não só constrói um imaginário distorcido da realidade, como também, àqueles que percebem alguma insuficiência, impele a desistir do estudo que talvez possa superá-lo.

Por outro lado, não só a *desistência* de melhorar do ensino, mas também a *impossibilidade* de fazê-lo, acaba surgindo deste modelo. *O conteúdo exposto determina as possibilidades de sua instrumentalização.* Profissões "não-convencionais" (como em direito comunitário e urbanístico, ou em assistência jurídica para os mais pobres) são vistas com um ar de desconfiança: apesar de reconhecidamente exaltadas como "ato moralmente admirável", são tidas como "não-desafiadoras", pouco rentáveis, enfim, como "um trabalho menor". Isso talvez porque estas não defendem causas evidenciadas pela faculdade, que as trata como questões secundárias. *Existe um problema estrutural que determina o afastamento dos alunos destas profissões: o atual conteúdo do que é ensinado não capacita os estudantes a pensar problemas como estes. Direito urbanístico, conflitos de massa, entre outros, são tratados à margem dos "reais interesses práticos de um futuro graduado em Direito" (qual seja de trabalhar em um grande escritório, ou se preparar para um cargo da burocracia estatal"). Este é o principal sentido prático apresentado pela faculdade, e não é de admirar que sejam estes os horizontes, por ela definidos, que se tornam objeto de desejo dos alunos.*

Todas as demais alternativas seriam "arriscadas demais". Montar um próprio escritório; defender aqueles que consideramos merecedores de nossa assistência; entender conflitos reais e cotidianos que envolvam mais do que interesses de massa, de grupo e difusos, para além dos interesses individuais de apenas dois sujeitos processuais; estudar e servir aos próprios ideais; para isso a

faculdade não parece estar nem preparada, nem disposta a ensinar. *Para ela, seu potencial é ilimitado, desde que respeitadas as suas condições. O céu é o limite, até onde a redoma permitir*. E aqueles que desejam fugir deste horizonte se vêem sem possibilidades práticas de fazê-lo, já que, entre tantas e tantas regras e normas que tiveram de aprender, as que eles mais precisam para atuar nestas "profissões marginais" não foram trabalhadas. Ironicamente, o "trabalho menor" acaba por ser o mais desafiador e o menos mecânico, visto que exige grande criatividade. Criatividade esta que é necessária para superar os limites práticos que o ensino jurídico proporciona a todos aqueles que enfrentam o seu dia-a-dia.

Conclusão

Duncan Kennedy me fez perceber que, em uma faculdade de Direito (não só nos Estados Unidos, mas também no Brasil), aprendemos quantas e quais são as regras, como são as suas redações, em que código se localizam, quais doutrinadores as comentam. Desta forma, também aprendemos que estas são *dadas*, e que nada podemos (ou devemos) fazer a respeito. *Aprendemos que o papel do jurista é ficar longe da argumentação política, ser fiel ao nosso papel de operador do Direito, operador da racionalidade jurídica. Aprendemos que a realidade e a efetividade destas regras e destas instituições que [somente] aplicamos são secundárias em relação ao que "deve-ser"*. Aprendemos a seguir um caminho predeterminado por nosso ensino, em nosso cotidiano. *Nós estudantes, então, desenvolvendo desta forma acabamos por reproduzir esta realidade quando saímos da Faculdade. Ou seja: "this system is there, in part because they remake it anew every day"*.

O que poderia alterar esta realidade é algo que, diante de tantos "aprendizados", ironicamente *não aprendemos: a aprender*. E é nesse sentido que o autor afirma como necessária uma mudança no ensino jurídico. Segundo ele, *um sistema mais racional daria ênfase a como se aprender e compreender o sistema jurídico, em vez de como absorver e memorizar regras. Deveria se desenvolver a capacidade de pensar respostas, em vez de dá-las prontas. Desta forma, os juristas seriam inclusive mais flexíveis para transitar sobre as diversas questões práticas, podendo resolver conflitos, pensá-los e cumprir com sua função de forma satisfatória, ainda que diversos deles não tivessem sido abordados na faculdade*. Seria preciso que nós estudantes pudéssemos desenvolver um olhar crítico sobre o sistema do qual fazemos parte, podendo especular sobre o que iremos estudar, e superando então as redomas psíquicas e práticas a que hoje somos submetidos. Como alcançar este ideal é algo difícil de dizer, até mesmo para Kennedy. No entanto, penso que o primeiro passo, fundamental para os que vierem em seguida, já foi apontado no prefácio deste livro: "Resist!".

NOTAS

1 Dados da Fuvest, disponíveis em: <www.fuvest.br/vest2006/estat/estat.stm>. Acesso em: 26 set. 2006.

2 Sobre esse tema, cf. J. R. Rodriguez, F. P. Püschel e M. R. de A. Machado. O raciocínio jurídico-dogmático e suas relações com o funcionamento do Poder Judiciário e a democracia. Texto apresentado no 3.º Congresso Latino-americano de Ciência Política promovido pela Alacip, Campinas, 2006.

Ana Mara França Machado
aluna do 5º. Ano de Direito da USP

Flavia Portella Püschel
Professora da Direito GV e Pesquisadora do Núcleo Direito e Democracia do Cebrap

Yuri Corrêa da Luz
aluno do 3º. ano de Direito da USP

COMO FAZER DA REGULAÇÃO CONTÍNUA DAS APRENDIZAGENS A LÓGICA PRIORITÁRIA DA ESCOLA?

Adelina de Oliveira Novaes

HOW TO MAKE CONTINUOUS REGULATION OF ABILITIES THE PRIORITY OF SCHOOLS RATIONALE?

RESENHA

PERRENOUD, Philippe. *Avaliação:* da excelência à regulação das aprendizagens – entre duas lógicas. Trad. Patrícia Chittoni Ramos – Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.

Somente a análise significativa do sistema educativo permite que compreendamos a avaliação como formativa. O termo avaliação, quando evocado nos mais variados contextos (a avaliação de conteúdo, a avaliação institucional, ou a avaliação médica), remete-nos a imagens e emoções freqüentemente desagradáveis. Pode-se dizer que há comumente uma resistência à avaliação: paralisamos-nos frente ao tema, impedimos a análise do sistema e reproduzimos modelos que, segundo Perrenoud (1999), oscilam entre duas lógicas – a da avaliação a serviço da seleção e a da avaliação a serviço das aprendizagens.

O autor de *Avaliação*: da excelência à regulação das aprendizagens, nos estimula o enfrentamento à avaliação. Doutor em Sociologia e Antropologia, e professor nas áreas de Currículo e Práticas Pedagógicas nas faculdades de Psicologia e de Ciências da Educação da Universidade de Genebra, Perrenoud tem o compromisso com as pedagogias diferenciadas. Esta sua orientação acadêmica é a responsável pela abordagem sociológica com que trata a complexidade da avaliação das aprendizagens neste livro.

Composto de textos já publicados e outros preparados especialmente para

esta obra, o livro é estruturado por capítulos que podem ser lidos independentemente. Esta divisão por temas, porém, não torna a obra fragmentada, pois, de maneira consonante, Perrenoud apresenta reflexões que têm como eixo a compreensão da avaliação como orientadora da ação.

Ao pensar como nossas práticas são definidas pela nossa possibilidade de compreender o real, Perrenoud nos questiona quanto aos nossos objetivos avaliativos. Estamos a serviço da seleção ou a serviço das aprendizagens?

Oscilando entre narrativas descritivas e textos mais comprometidos, o autor nos evidencia como a lógica tradicional do sistema avaliativo é comumente associada à criação de hierarquias de excelência. Desta maneira, são elas que nos orientam a agir com um grupo ou em um grupo de análise. Ou seja, são as hierarquias de excelência construídas no sistema de ensino que tomamos como indicadores de êxito ou fracasso escolares, sejamos nós docentes ou discentes. Essas hierarquias podem ser construídas por nós de maneiras distintas, podemos fazer uso da intuição ou da formalização racional, mas as hierarquias nunca deixarão de ser uma representação do real.

Seguindo este caminho, somos convidados a concordar que o êxito está intimamente relacionado à excelência, sendo dependente das representações que fazemos dos desempenhos: "[...] *os julgamentos de êxito dependem, em geral, da* síntese *de várias hierarquias de excelência, operadas para fins de* balanço*, freqüentemente em vista de uma decisão de seleção ou de certificação"* (Perrenoud, 1999, p. 35).

Em busca da excelência, construímos instrumentos para julgar qual seria o ponto de ruptura entre o êxito e o fracasso. Desta escolha, que legitimamos muitas vezes por matrizes formais de avaliação e pelo rigor metodológico, construímos as imagens do bom aluno, do bom professor, da boa escola. E nem sempre, ao fazermos isso, estamos conscientemente a serviço da lógica da seleção.

Os instrumentos avaliativos também são usados para a regulação contínua das aprendizagens. No caso específico da avaliação discente, podemos considerar que uma avaliação formativa é aquela que visa contribuir para a regulação das aprendizagens. Construir uma imagem do bom aluno permitiria delimitar o objetivo pedagógico do docente, evidenciando suas intenções e possibilitando a construção do projeto que guiará sua prática. Assim, para fugir dos equívocos dos instrumentos, teríamos que construir procedimentos que fossem legitimados não somente por seu rigor, mas pela negociação entre avaliador e avaliado.

Ao discutir a avaliação com os alunos, temos a possibilidade de compreender como eles significam o processo, quais são os pontos que eles consideram relevantes, para construímos junto com eles os indicadores da avaliação. Desta maneira, envolvendo os alunos na construção do instrumento, e fazendo a regulação contínua da aprendizagem,

poderíamos abandonar a lógica da seleção por uma lógica da formação.

A avaliação formativa é considerada uma idéia nova e aparece normalmente nos projetos inovadores de ensino. A preocupação com as aprendizagens, porém, não deixa de existir nas escolas tradicionais e nem por isso poderíamos afirmar que nelas não se faz avaliação formativa, ainda que intuitivamente. O que parece ser a questão de Perrenoud são as preocupações que devemos ter em mente ao construirmos um instrumento de avaliação que vise a regulação das aprendizagens.

Vale a pena fazer um recorte de um aspecto presente no capítulo quinto de seu livro (Perrenoud, 1999, p. 77), que diz respeito à avaliação formativa especificamente. O autor apresenta quatro obstáculos não tão triviais que dificultam a construção de um projeto de avaliação desta ordem. O primeiro deles se relaciona ao currículo. É comum enfatizarmos mais os conteúdos a ensinar do que o conhecimento propriamente dito. Para este problema, Perrenoud sugere que: "[...] *uma formulação dos planos de estudos em termos de objetivos e a lembrança sistemática das aprendizagens almejadas por determinada tarefa poderiam modificar a representação dos* elos *entre atividades constitutivas do currículo real e aprendizagens almejadas*" (1999, p. 83).

O segundo obstáculo está na pouca familiaridade dos professores com os processos de aprendizagem. Raramente os professores estudam, durante sua formação, as teorias psicológicas que permitiriam a apreensão da noção de aprendizagem no que diz respeito aos processos de raciocínio e de memorização, a partir dos comportamentos dos alunos. Mesmo quando os professores têm este contato seus conhecimentos teóricos permanecem muito abstratos para que possam compreender o que se passa na aprendizagem, dificultando a regulação contínua para a avaliação formativa.

O terceiro obstáculo a ser ultrapassado é a falta de tempo e a dispersão que ele acarreta. O professor depara-se com diversos problemas durante o seu trabalho com a turma, exigindo dele a tomada de variadas decisões no decorrer de sua aula, fazendo com que seu tempo se fragmente, ocasionando a sua dispersão. Isto tem efeitos na regulação das aprendizagens, fazendo com que os momentos propícios não sejam identificados, ou suficientemente explorados.

O quarto impeditivo para uma regulação adequada da aprendizagem é a importância atribuída pelos professores à regulação das tarefas e ao controle do trabalho. Deveríamos priorizar o processo e não o produto, atentar à progressão dos alunos nas tarefas, compreender a dificuldade no momento em que ocorre.

Estas seriam 'dicas' para integrarmos a avaliação à prática educativa. A uma primeira leitura, podemos considerar tais aspectos evidentes, e avaliar nossa própria atuação positivamente. Mas está justamente aí a contribuição deste livro de Perrenoud. Comumente agimos com a lógica tradicional, acreditando

fazer uma avaliação formativa, quando estamos a serviço da seleção.

A dificuldade de mudança está em nossas crenças e representações, pois as contradições que construímos em nossos projetos avaliativos decorrem das contradições do próprio sistema educativo. Somos obrigados constantemente articular seleção e da formação, numa exigência que está para além dos domínios de nossas instituições de ensino. Com os sistemas diferenciados, como o sistema de ciclos, descobrimos que a ausência da reprovação não suprime a existência de desigualdades. Essas contradições permanecem em nossas representações da avaliação e orientam nossos atos.

Nos vemos encurralados por nossas próprias práticas. Vivemos na contradição do reconhecimento e da negação das desigualdades, num conflito entre a lógica formativa e a lógica seletiva. Desta maneira, como poderíamos fazer da regulação contínua das aprendizagens a lógica prioritária de nossas escolas?

Apesar de trabalhar os temas no plano da teoria, sem tomar como base exemplos concretos, o livro nos aponta para a necessidade de uma abordagem sistêmica da mudança das lógicas, já que a avaliação está no centro do sistema didático e do sistema de ensino, e não somente na escola. Da mesma maneira, não podemos centralizar a responsabilidade no professor pela mudança, pois temos que ter em conta que a avaliação contínua das aprendizagens não substitui o ensino, o que seria uma supervalorização da prática avaliativa. Assim, é de uma forma indireta que Perrenoud, depois de uma abordagem exaustiva sobre o tema, na conclusão de seu livro, responde a questão da mudança das lógicas:

> […] seria bom que ao agrupamento daqueles que trabalham sobre as diversas facetas e funções da avaliação, façam o contrapeso das associações, departamentos universitários, programas e projetos de pesquisa ou de desenvolvimento que reúnam abordagens transversais e abordagens didáticas do ensino e da aprendizagem, em torno do tema da diferenciação, da regulação, da individuação dos percursos.
> (Perrenoud, 1999, p. 168).

Adelina de Oliveira Novaes

Mestre e Doutoranda em Educação pela PUC-SP

Desenvolve projetos de avaliação institucional junto a Direito GV

NOVAS PERSPECTIVAS PARA ENSINAR DIREITO: O ENSINO JURÍDICO POR INTERMÉDIO DE HABILIDADES

Luciana Barbosa Musse

NEW PERSPECTIVES ON LAW TEACHING: TEACHING LAW THROUGH ABILITIES

RESENHA

AGUIAR, Roberto A. R. de. ***Habilidades***: ensino jurídico e contemporaneidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2004. 270 p.

O professor Roberto Armando Ramos de Aguiar propõe-se, na obra "Habilidades: ensino jurídico e contemporaneidade", a tratar de uma temática pouco explorada tanto no ensino como no mercado editorial jurídico: as habilidades.

O autor, advogado e filósofo do direito, integrou, em 1991, a comissão de ensino jurídico do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) – nomeada para realizar um mapeamento da situação vivenciada à época pelo ensino jurídico e pelo mercado profissional dos advogados. O resultado desse trabalho foi publicado com o título "Ensino Jurídico: diagnóstico, perspectivas e propostas" (RODRIGUES, 1995, p. 52-3). Nessa mesma linha, Roberto Aguiar edita a obra "A crise da advocacia no Brasil".

Sua afinidade com a teoria crítica do direito transparece ao longo de todo o trabalho, tomando como ponto de partida a necessária transformação do ensino jurídico contemporâneo e dos seus atores, para que os futuros profissionais do direito dêem conta das demandas geradas pela nova ordem social globalizada. Propõe, então, que essa mudança seja operada por meio de habilidades.

> Sob a denominação de "habilidades" estão reunidas várias acepções e entendimentos, que tangenciam as significações de aptidão, destreza e talento. A "habilidade" é a aptidão que tem o ser humano de lidar, operar, entender, interferir e dialogar destramente com o outro, a natureza, os artefatos criados e a se criar, a sociedade e consigo mesmo. A habilidade é uma camada consciente do ser humano, é relacional, comportamental, de conduta e teleológica, fazendo parte do complexo que desenha as personalidades dos seres humanos. (AGUIAR, 2004, p. 17).

Percebe-se, entretanto, que a preocupação com as habilidades não é exclusiva ao universo educacional. Essa temática também ganhou espaço no mundo corporativo, cuja exigência é por profissionais que agreguem ao conhecimento o saber fazer, ou seja, as habilidades. Aliás, esses dois sistemas se interpenetram. Com suas mudanças, o mercado exige das instituições de ensino profissionais com habilidades específicas técnicas – saber-fazer - ou pessoais – saber-ser – requeridas pelos cargos ou funções que poderão ocupar.

O autor, contudo, não se limita a analisar as habilidades específicas necessárias a um futuro profissional ou acadêmico do direito – ele vai além, iniciando sua análise a partir da descrição das habilidades requeridas para a própria manutenção da existência humana, que denomina "habilidades básicas ou de sobrevivência". Na seqüência, apresenta uma análise, em capítulos distintos, das habilidades de se relacionar, pensar, enxergar, fazer e propõe um rol particular de sub-categorias de cada uma dessas habilidades.

Para Roberto Aguiar, toda e qualquer habilidade é influenciada por alguma circunstância, tal como: (i) a sua complementação por uma ou mais habilidades; (ii) a hegemonia de uma delas sobre as outras; (iii) a imposição de habilidades com vistas à reprodução de dominações; (iv) o prestígio que certas profissões da moda atribuem a certas habilidades em detrimento de outras. As habilidades, por sua vez, segundo o autor, requerem desafios existenciais, gnoseológicos, participativos, sociais, naturais, econômicos e valorativos.

A partir do capítulo onze, o autor trata das habilidades específicas ao ensino jurídico e seus atores, para propor, ao final, transformações do *status quo* dos cursos jurídicos e dos seus egressos. Para efetivar essa transformação, Roberto Aguiar propõe a ruptura com o ensino tradicional do direito, de caráter eminentemente "conteudista" e a implementação de uma educação jurídica calcada em habilidades que possibilitem ao aluno agir num mundo globalizado, complexo, contraditório e em rápida e permanente mudança.

A preocupação com as habilidades a serem desenvolvidas pelos alunos dos cursos de graduação em direito integra a regulamentação do ensino jurídico pela

primeira vez por intermédio da portaria do Ministério da Educação e Cultura (MEC) n. 1.252/2001, que dispunha sobre as diretrizes curriculares do curso de direito. A obra, publicada em 2004, traz, como referencial, essa portaria. Atualmente, as diretrizes nacionais do curso de graduação em direito são disciplinadas pela resolução do CNE/CES n. 09, de 29 de setembro de 2004. No artigo 4º dessa resolução fala-se indistintamente em habilidades e competências. Essa norma reproduz uma confusão recorrente na literatura educacional. A difícil empresa de diferenciá-las não é enfrentada pelo autor.

A título exemplificativo trazemos a contribuição de três educadores que refletiram sobre a díade habilidades-competências.

Bernardeth Gatti (s.d., p. 2) assevera que se pode compreender habilidade, em sentido amplo, "[...] como modos de ação e técnicas generalizadas para tratar com situações e problemas."

Nilson José Machado (2002, p. 145) apresenta as habilidades como formas de realização das competências. Um conjunto de habilidades dá ensejo a uma competência.

Para Cristina Dias Alessandrini (2002, p. 164), a competência, por sua vez,

> [...] refere-se à capacidade de compreender uma determinada situação e reagir adequadamente frente a ela, ou seja, estabelecendo uma avaliação dessa situação de forma proporcionalmente justa para com a necessidade que ela sugerir a fim de atuar da melhor maneira possível.

A ausência de uma análise sobre a relação entre competências e habilidades não tolda o pioneirismo e a contribuição da obra de Roberto Aguiar, que termina apresentando uma proposta de inclusão das habilidades e de "atualização pedagógica e estrutural do ensino jurídico".

Trata-se de um rico material que deve pautar as ações e reflexões de gestores de cursos jurídicos e professores de direito que queiram repensar suas práticas administrativas e pedagógicas. Diz-se "deve pautar" porque, percebe-se que, no Brasil, a despeito de os projetos pedagógicos dos cursos jurídicos trazerem no seu bojo esses assuntos – habilidades e atualização pedagógica e estrutural do ensino jurídico –, em consonância com as diretrizes curriculares traçadas pelo MEC e, mais recentemente, com o Sinaes – Sistema Nacional de Avaliação do Ensino Superior - na prática, a implementação da proposta apresenta algumas dificuldades.

Primeiramente, porque a ruptura do paradigma hegemônico do ensino jurídico – calcado no conteúdo – encontra resistência por parte dos envolvidos: mantenedores, gestores, professores e alunos, quer na graduação, quer na pós-graduação *lato sensu* ou *stricto sensu*. Tais obstáculos advêm do impacto dessa mudança de modelo no âmbito da (i) metodologia de ensino; (ii) avaliação

discente; (iii) gestão institucional; (iv) relação entre ensino e mercado.

O impacto na metodologia de ensino dá-se na medida em que o ensino baseado em conteúdo é satisfatoriamente atendido por meio de aulas expositivas, centradas no professor. Aulas que visam desenvolver habilidades devem privilegiar metodologias participativas, tais como seminários e simulações – dramatização (*role play*) e método do caso –, que, de um lado, requerem preparação prévia e uma postura ativa dos alunos, por serem centradas nas suas ações atuais e futuras e, de outro, exigem maior tempo, criatividade e atualização dos professores.

Na medida em que as aulas desenvolverem habilidades dos alunos, a avaliação discente deverá aferir a apreensão dessas habilidades, ou seja, deve apresentar-lhes situações fáticas, preferencialmente atuais, que exijam raciocínio crítico-reflexivo e indutivo, e não questões meramente conceituais ou que envolvam a subsunção do fato à norma jurídica. Essa forma de avaliar deve ser realizada em diferentes momentos do curso – avaliação continuada – o que, uma vez mais, exige maior dedicação por parte do corpo docente.

Por outro lado, para que o corpo docente tenha condições de atuar em conformidade com as exigências de uma pedagogia pautada pelas habilidades, os mantenedores e gestores educacionais deverão investir em programas de capacitação docente, tecnologia de ponta, contratação de profissionais titulados em regime de trabalho de dedicação parcial e integral, implementação de plano de carreira docente, plantão de atendimento aos alunos, dentre outras estratégias que requerem mais investimentos em recursos humanos e menos destinação de recursos financeiros para outros setores da atividade, como é feito pela maioria dos empresários do ensino, atualmente.

O mercado – setores privado e público – destino final dos egressos dos cursos jurídicos, deve ser ouvido pela academia, pois é nesse contexto que as habilidades serão aplicadas com maior ou menor competência. Mas, o ensino jurídico, por sua vez, não deve adotar uma relação de subserviência ao mercado, sob o risco de perder seu caráter formativo – sobretudo o da graduação, foco central da obra resenhada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLESSANDRINI, Cristina Dias. O desenvolvimento de competências e a participação pessoal na construção de um novo modelo educacional. *In*: PERRENOUD, Philippe *et. al*. **As competências para ensinar no século XXI**: a formação dos professores e o desafio da avaliação. Porto Alegre: Artmed, 2002. cap. 7.

GATTI, B. A. 6 habilidades cognitivas e competências sociais. Disponível em: <http://www.unesco.cl/medios/biblioteca/

documentos/6habilidades_cognitivas_sociais.pdf>. acesso em: 06 out. 2006.
MACHADO, Nilson José. Sobre a idéia de competência. *In*: PERRENOUD, Philippe *et. al*. **As competências para ensinar no século XXI**: a formação dos professores e o desafio da avaliação. Porto Alegre: Artmed, 2002. cap. 6.
PERRENOUD, Philippe. **Construir as competências desde a escola**. Porto Alegre: Artmed, 1999.
RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Novo currículo mínimo dos cursos jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Luciana Barbosa Musse
Mestre e Doutora em Direito pela PUC/SP
Professora de Metodologia do Ensino e da Pesquisa Jurídica

FGV

CARLOS IVAN SIMONSEN LEAL
PRESIDENTE DA FGV

FRANCISCO OSWALDO NEVES DORNELLES
VICE-PRESIDENTE

MARCOS CINTRA CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE
VICE-PRESIDENTE

SERGIO FRANKLIN QUINTELLA
VICE-PRESIDENTE

DIREITO GV

ARY OSWALDO MATTOS FILHO
DIRETOR

ANTONIO ANGARITA
VICE-DIRETOR

PAULO CLARINDO GOLDSCHMIDT
VICE-DIRETOR ADMINISTRATIVO

JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ
COORDENADOR DE PUBLICAÇÕES

ADRIANA ANCONA FARIA
COORDENADORA DA GRADUAÇÃO

EMERSON RIBEIRO FABIANI
COORDENADOR EXECUTIVO

LEANDRO SILVEIRA PEREIRA
COORDENADOR DO GVlaw

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 60 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@fgvsp.br****, or mailed to* ***José Rodrigo Rodriguez*** *at: Rua Rocha, 233, 7º 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).*

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 60 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@fgvsp.br** ou pelo correio (aos cuidados do Editor-chefe **José Rodrigo Rodriguez,** Rua Rocha, 233, 7º 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.

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 possuir até dez laudas de 2.100 caracteres, de preferência sem notas de rodapé. Devem conter um título e não precisam ser precedidas de resumo. Sugestões de livros e revistas internacionais a serem resenhadas podem ser encaminhadas para o e-mail da revista. Os **ensaios** devem apresentar até quinze laudas de 2.100 caracteres.

Os artigos deverão ser encaminhados para a Redação com as seguintes características:

Formatação

- Folha: **Carta (letter)**
- Editor de texto: **Word for Windows 6.0 ou posterior**
- Margens: **esquerda, direita, superior e inferior de 2 cm**
- Fonte: **Times New Roman, tamanho 12**
- Parágrafo: **espaçamento anterior: 0 ponto; posterior: 12 pontos; entre linhas: duplo; alinhamento à esquerda**

Texto a primeira página do artigo deve conter:

- Título, com, no máximo, oito palavras, em maiúsculas e negrito (português e inglês)
- Resumo em português (ou espanhol), com cerca de 150 palavras, alinhamento à esquerda, contendo campo de estudo, objetivo, método, resultado e conclusão
- Cinco palavras-chave, alinhamento à esquerda, em português
- Resumo em inglês, com cerca de 150 palavras, alinhamento à esquerda, contendo campo de estudo, objetivo, método, resultado e conclusões
- Cinco palavras-chave, alinhamento à esquerda, em inglês
- Em seguida, deve ser iniciado o texto do artigo

Referências devem ser citadas no corpo do texto com indicação do sobrenome, ano e página de publicação. As referências bibliográficas completas deverão ser apresentadas em ordem alfabética no final do texto, de acordo com as normas da ABNT (NBR-6023).

Notas devem ser reduzidas ao mínimo necessário e apresentadas ao final do texto, numeradas seqüencialmente, antes das referências bibliográficas.

Diagramas, quadros e tabelas devem apresentar título e fonte e ser colocados ao final do texto, após as referências. Sua posição deve ser indicada no próprio texto, constando referência a eles no corpo do artigo. Deve-se evitar a repetição de informações contidas no texto.

Informações complementares no mesmo arquivo, o autor deverá enviar:

- **página 1:** título do artigo; seguido da identificação do(s) autor(es) – nome completo, instituição à qual está ligado, cargo, endereço para correspondência, fone, fax e e-mail.

Os artigos assinados são de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es).

Os direitos, inclusive os de tradução, são reservados. A remessa do texto pelo autor implica sobre este a cessão dos direitos autorais para a **REVISTA DIREITO GV**, a permissão de publicação em meio eletrônico e de reprodução para fins de pesquisa pessoal. A reprodução total de artigos, resenhas e ensaios em outra publicação é proibida. É permitido citar partes dos textos sem solicitação prévia, desde que identificada sua fonte.

v. 2 n. 2 jul-dez 2006

ARTIGOS

DOS CONCEPCIONES DE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES
JOSÉ JUAN MORESO : 013

O PROBLEMA DA VINCULAÇÃO À LEI NA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA
ANDRÉ DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI ABBUD : 031

DIREITO E ECONOMIA EM WEBER
MARIA TEREZA LEOPARDI MELLO : 045

MARKET DOMINANCE IN THE NEW ECONOMY
RAFAEL ALVES DE ALMEIDA : 067

A DECISÃO DA OMC NO CASO TELMEX E SUAS CONSEQÜÊNCIAS PARA A REGULAMENTAÇÃO DE REGRAS MULTILATERAIS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA
FERNANDA MANZANO SAYEG : 099

EDUCAÇÃO E CULTURA: DIREITO OU CONTRATO?
MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO : 117

NATUREZA JURÍDICA DA OBRIGAÇÃO DE RESSARCIMENTO DOS PLANOS DE SAÚDE AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS
ANA GARFINKEL : 139

CRISIS DE LA SOBERANÍA ESTATAL Y CONSTITUCIÓN MULTINIVEL
JOSÉ A. ESTÉVEZ ARAUJO : 149

O DIREITO À IGUALDADE NA RELAÇÃO FAMILIAR: UMA PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL
KARIME COSTALUNGA : 165

CRÍTICA DA PENA I (2004)
KLAUS GÜNTHER : 187

O ENSINO DO DIREITO (1914)
JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR : 205

RESENHAS

TRÊS REAÇÕES A UM PANFLETO DE DUNCAN KENNEDY
ANA MARA FRANÇA MACHADO, FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL, E YURI CORRÊA DA LUZ : 225

COMO FAZER DA REGULAÇÃO CONTÍNUA DAS APRENDIZAGENS A LÓGICA PRIORITÁRIA DA ESCOLA?
ADELINA DE OLIVEIRA NOVAES : 245

NOVAS PERSPECTIVAS PARA ENSINAR DIREITO: O ENSINO JURÍDICO POR INTERMÉDIO DE HABILIDADES
LUCIANA BARBOSA MUSSE : 249

ISSN 1808 - 2432
9 771808 243005