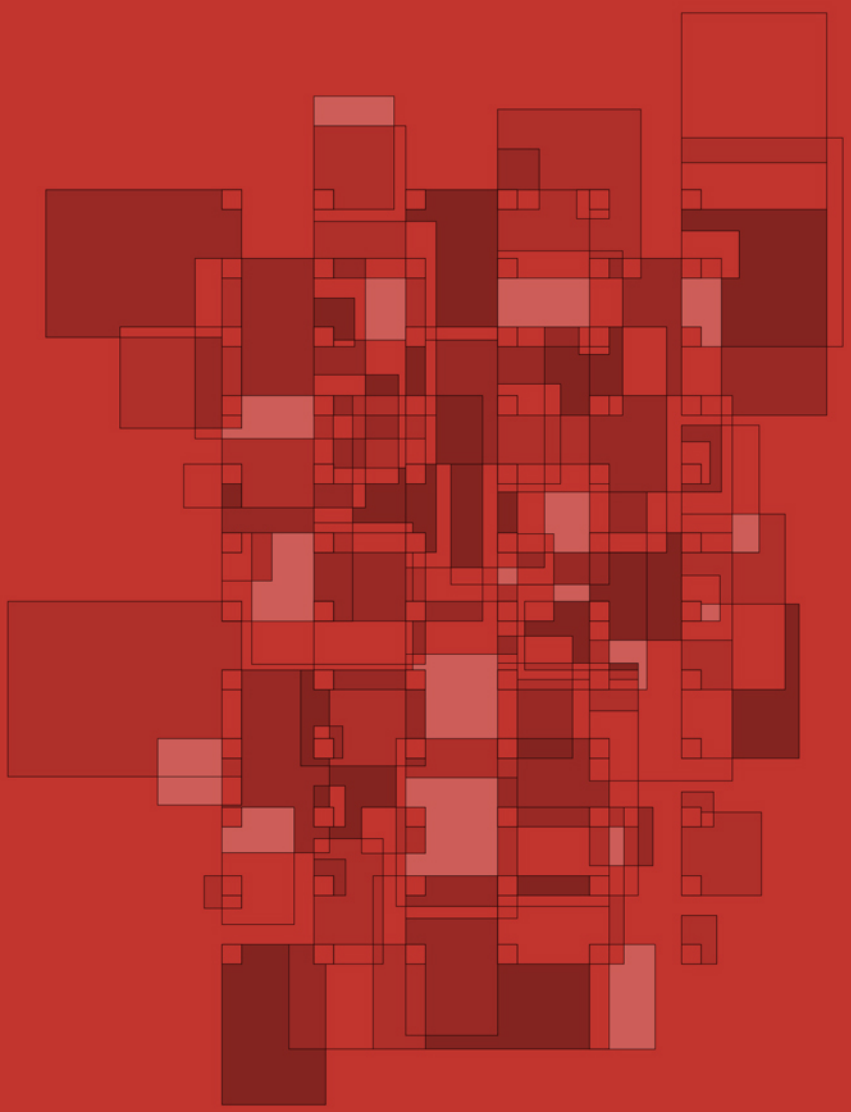
Revista DIREITO GV

7

v. 4 n. 1 JAN-JUN 2008
ISSN 1808-2432



FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

DIREITO GV
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

Revista DIREITO GV

ISSN 1808-2432

EDITOR
JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ

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

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

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

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

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

REDAÇÃO
FÁBIO LUIZ LUCAS DE CARVALHO (ASSISTENTE EDITORIAL)
CLÁUDIA DE CARVALHO GUARNIERI (REVISÃO)

missão

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

Revista DIREITO GV

v. 4 n. 1 JAN-JUN 2008

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

DIREITO GV
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

ISSN 1808-2432

JUNHO 2008
SÃO PAULO - SP

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

TIRAGEM 1.300 EXEMPLARES

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

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

EDITORES
DESDE JAN 2005, JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ
INCLUI BIBLIOGRAFIA

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

TODOS OS DIREITOS DESTA EDIÇÃO
SÃO RESERVADOS À FGV.

DISTRIBUIÇÃO
COMUNIDADE CIENTÍFICA: 900 EXEMPLARES
LIVRARIAS: 400 EXEMPLARES

ACEITAMOS PERMUTA / *EXCHANGE DESIRED*

PROJETO GRÁFICO
MARCELO GUERREIRO
ULTRAVIOLETA DESIGN

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA
ULTRAVIOLETA DESIGN

PRODUÇÃO INDUSTRIAL
IMPRESSÃO E ACABAMENTO: RR DONNELLEY
DATA DE IMPRESSÃO: JULHO 2008
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@FGV.BR

Revista DIREITO GV

v. 4 n. 1 JAN-JUN 2008

ARTICLES

THE ECONOMICS OF ARBITRATION: RATIONAL CHOICE AND VALUE CREATION

THE PROTECTION OF INVESTORS IN THE GERMAN CORPORATE GOVERNANCE CODE

THE MODERNIZATION OF CORPORATE LAW: A TRANSATLANTIC PERSPECTIVE (TRANSLATION)

CONTENT AND LOGICAL STRUCTURE OF THE ARTICLE 20 OF STATUTE 8.884/94 (ANTITRUST LAW)

CORPORATE LAW AND THE NEW BRAZILIAN CIVIL CODE

THE IMPACT OF THE INTERNATIONAL TREATIES ON TAX LAW ON THE BRAZILIAN LAW

THE POSSIBILITY TO STIPULATE PAYMENTS IN FOREIGN CURRENCY ACCORDING TO BRAZILIAN LAW

NEW PRODUCTS' AS A LAWYER'S COMPETENCE

SEVENTY YEARS LATER: NOEL ROSA'S COPYRIGHTS

SYMBOLS, SIGNALS, AND SOCIAL NORMS IN POLITICS AND LAW (TRANSLATION)

ARTIGOS

A ECONOMIA DA ARBITRAGEM: ESCOLHA RACIONAL E GERAÇÃO DE VALOR
ANTONIO CELSO FONSECA PUGLIESE
BRUNO MEYERHOF SALAMA : **015**

A PROTEÇÃO AO INVESTIDOR NO CÓDIGO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA ALEMÃO
ROBERTO DE ARAÚJO CHACON DE ALBUQUERQUE : **029**

MODERNIZAÇÃO DO DIREITO SOCIETÁRIO: PERSPECTIVA TRANSATLÂNTICA (TRADUÇÃO)
KLAUS J. HOPT : **049**

A REGRA-MATRIZ DE INCIDÊNCIA ANTITRUSTE PARA CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS
MARCEL MEDON SANTOS : **065**

OBRIGAÇÕES EMPRESARIAIS NO NOVO CÓDIGO CIVIL
LIGIA PAULA PIRES PINTO SICA : **097**

TRATADOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO INTERNO NO BRASIL
GUSTAVO MATHIAS ALVES PINTO : **135**

CONVENÇÃO DE PAGAMENTO EM MOEDA ESTRANGEIRA NO BRASIL
MARCELO SAMPAIO SIQUEIRA : **165**

'NOVOS PRODUTOS' COMO COMPETÊNCIA DO ADVOGADO
GILBERTO DE ABREU SODRÉ CARVALHO : **187**

SETENTA ANOS DEPOIS: DIREITOS AUTORAIS EM NOEL ROSA
DANIEL DO AMARAL ARBIX : **207**

SÍMBOLOS, SINAIS E NORMAS SOCIAIS NA POLÍTICA E NO DIREITO (TRADUÇÃO)
ERIC A. POSNER : **231**

DOCUMENTO

THE LIMITS OF CRIMINAL LAW (TRANSLATION)

LIMITES DO DIREITO PENAL – PRINCÍPIOS E DESAFIOS DO NOVO PROGRAMA DE PESQUISA EM DIREITO PENAL NO INSTITUTO MAX-PLANCK DE DIREITO PENAL ESTRANGEIRO E INTERNACIONAL (TRADUÇÃO)
ULRICH SIEBER : **269**

SOBRE OS AUTORES

Antonio Celso Fonseca Pugliese

Mestre em direito pela USP, Brasil

Árbitro da China International Economic and Trade Arbitration Comission (CIETAC), em Beijing, China

Visiting Scholar na Universidade de Columbia, EUA

Velloso, Pugliese & Guidoni Advogados
Rua São Tomé, 86 – 7º andar
Vila Olímpia – 04551-080
São Paulo, Brasil

pugliese@vpgadvogados.com.br

Bruno Meyerhof Salama

professor da DIREITO GV, Brasil

Doutor em direito pela UC Berkeley, EUA

DIREITO GV
Rua Rocha, 233 – 8º andar
Bela vista – 01330-000
São Paulo, Brasil

bruno.salama@fgv.br

Eric A. Posner

Professor de direito da Universidade de Chicago, EUA

University of Chicago
1111, East 60th Street - IL 60637
Chicago, EUA

eposner@uchicago.edu

Daniel do Amaral Arbix

Mestrando em direito pela USP, Brasil

Consultor do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento junto à Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça

Secretaria de Assuntos Legislativos - Min. da Justiça
Esplanada dos Ministérios, Bloco T, Min. da Justiça,
4º andar, sala 426 - 70064-900
Brasília, Brasil

d.arbix@uol.com.br

Gilberto de Abreu Sodré Carvalho

Mestre em direito político e econômico pelo Mackenzie, Brasil

Advogado

Gilberto Sodré Advocacia
Rua Machado Bittencourt, 317, cj. 81
Vila Clementino – 04044-000
São Paulo, Brasil

gsodre@gilbertosodre.com.br

Gustavo Mathias Alves Pinto

Doutorando em direito pela USP, Brasil

Mestre em Direito pela Harvard Law School, EUA

DIREITO GV
Rua Rocha, 220
Bela vista – 01330-000
São Paulo, Brasil

gustavo.mathias@fgv.br

Klaus J. Hopt

Professor do Instituto Max-Planck – Instituto de Direito Privado, Alemanha

Max-Planck – Instituto de Direito Privado
Mittelweg, 187 – D-20148
Hamburgo, Alemanha

hopt@mpipriv-hh.mpg.de

Ligia Paula Pires Pinto Sica

Doutora em direito pela USP, Brasil

Pesquisadora da DIREITO GV, Brasil

DIREITO GV
Rua Rocha, 220 – cj. 21 C
Bela vista – 01330-000
São Paulo, Brasil

ligia.pinto@fgv.br

Marcel Medon Santos

Especialista em Direito da Concorrência pela DIREITO GV, Brasil

Rua Monte Alegre, 470, apto. 171
Perdizes – 05014-000
São Paulo, Brasil

marcelmedon@hotmail.com

Marcelo Sampaio Siqueira

Professor assistente da FA7 e da FIC, Brasil

Mestre em direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC), Brasil

Faculdade Sete de Setembro
rua Alm. Maximiliano da Fonseca, 1395
Luciano Cavalcante – 60811-020
Fortaleza, Brasil

marcelonpj@fic.br

Roberto de A. Chacon de Albuquerque

Professor da Universidade Católica de Brasília, Brasil

doutor em direito pela USP, Brasil

Universidade Católica de Brasília
SGAN 916 – Módulo "B" – Sala B 304
Plano Piloto – 70790-160
Brasília, Brasil

robertocalbuquerque@yahoo.com

Ulrich Sieber

Diretor do Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law em Freiburg, Alemanha

Max-Planck
– Instituto de Direito Penal Estrangeiro e Internacional
Günterstalstraße, 73 - 79100
Freiburg i. Br., Alemanha

u.sieber@mpicc.de

CARTA DO EDITOR

A atividade empresarial interessa aos mais variados campos do Direito, pois compreende desde problemas de eficiência na gestão até questões ambientais, de direito do consumidor, trabalhistas, tributárias, penais etc. O Direito tem sido chamado a regular todos esses problemas, o que implica em lidar com interesses de administradores, acionistas (majoritários e minoritários), governos, organismos internacionais, trabalhadores, consumidores e dos cidadãos em geral. Como é fácil perceber, o mundo empresarial é um campo heterogêneo de atores e interesses, cuja regulação interessa a toda sociedade e que pode ser estudado a partir dos mais diferentes pontos de vista.

Este número da Revista DIREITO GV reúne cinco textos sobre a atividade empresarial, com destaque para o artigo do Prof. **Klaus J. Hopt**, do Instituto Max Plank de Hamburgo, que compara a regulação empresarial dos EUA com o regime adotado pela União Européia. Além desses textos, a revista publica duas importantes traduções e mais quatro artigos sobre contratos, direitos de autor, direito tributário e o papel do advogado. Comecemos apresentando as traduções.

A primeira é um texto recente, mas clássico, de **Eric A. Posner**, expoente do campo de estudos denominado *Law & Economics*. O artigo trata das normas sociais e procura aplicar os conhecimentos do *Law & Economics* ao estudo da interação simbólica entre os indivíduos em todos os campos sociais. Esta tradução é acompanhada de notas explicativas, elaboradas por José Rodrigo Rodriguez, Bruno M. Salama e Maria Carolina Foss, que visam facilitar a leitura de termos econômicos.

A segunda tradução, publicada na seção "Documento", é o plano de pesquisa do Instituto Max Plank de Direito Penal Estrangeiro e Internacional de Freiburg, escrito por seu Diretor, o professor **Ulrich Sieber**. O texto é uma análise impressionante de grande parte dos problemas penais de nosso tempo, marcado pela proliferação de riscos e a preocupação com a segurança. O texto dá grande atenção aos problemas do crime organizado internacional, do terrorismo e dos crimes cometidos pela Internet.

O bloco sobre atividade empresarial conta com cinco textos sobre os seguintes temas: arbitragem, proteção ao investidor no direito alemão, a citada comparação entre a regulação societária dos EUA e da UE, direito antitruste e obrigações empresariais no novo Código Civil.

"A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor", de **Antonio Celso Fonseca Pugliese** e **Bruno Meyerhof Salama**, ao tratar da arbitragem, assunto tido como de interesse estritamente privado, mostra que o instituto pode ser relevante para que pensemos o sistema de justiça em geral. Seu objetivo é demostrar que a existência da arbitragem pode contribuir para aperfeiçoar as instituições de um país. Ao competir com a jurisdição, ela pode estimular a adoção de procedimentos mais céleres, estimular o cumprimento dos deveres contratuais e, assim, reduzir os custos de transação de todo o ambiente normativo.

"A proteção ao investidor no Código de Governança Corporativa alemão", de **Roberto de Araújo Chacon de Albuquerque**, analisa o Código de Governança Corporativa alemão como um

instrumento para aumentar a confiança dos investidores e do público em geral no funcionamento das sociedades anônimas. Baseado em padrões aceitos nacional e internacionalmente, o Código contém recomendações que procuram favorecer uma cooperação mais eficiente entre a Diretoria e o Conselho de Administração. O artigo também ressalta a conexão entre governança cooperativa e promoção da transparência na administração das empresas.

"Modernização do direito societário: perspectiva transatlântica", de **Klaus J. Hopt**, mencionado acima, transcreve palestra proferida na DIREITO GV em 11 de setembro de 2007.

"A regra-matriz de incidência antitruste para condutas anticoncorrenciais: conteúdo e estrutura lógica do artigo 20 da Lei 8.884/94", de **Marcel Medon Santos**, é um estudo interdisciplinar que combina os conhecimentos do Direito e da Economia para dissecar a estrutura lógica da norma jurídica de Direito Concorrencial para repressão a condutas lesivas à ordem econômica, identificando os critérios que a compõem e permitindo, com isso, a localização dos termos que viabilizam a utilização do instrumental econômico e da prudência jurídica na análise de condutas anticoncorrenciais.

"Obrigações empresariais no Novo Código Civil", de **Ligia Paula Pires Pinto Sica**, analisa o papel do juiz e da jurisprudência na aplicação das normas sobre empresas do Novo Código Civil, que unificou parte da legislação de direito comercial. A preocupação central da análise é refletir como o Direito pode garantir aos agentes econômicos o grau de segurança jurídica necessário à sua ação, sem perder sua autonomia.

Depois dos artigos sobre a atividade empresarial, seguem quatro sobre temas variados, além das duas traduções mencionadas acima.

"Tratados internacionais em matéria tributária e sua relação com o direito interno no Brasil", de **Gustavo Mathias Alves Pinto**, analisa os principais aspectos do tratamento oferecido aos tratados internacionais em matéria tributária no ordenamento jurídico brasileiro, incluindo o exame da Constituição Federal, legislação infraconstitucional e da jurisprudência mais relevante sobre a matéria. O texto pretende demonstrar que, nos casos específicos sobre os quais tais instrumentos versarem, estes prevalecem sobre o ordenamento interno em razão do princípio da autolimitação da soberania no tocante à imposição tributária.

"Convenção de pagamento em moeda estrangeira no Brasil", de **Marcelo Sampaio Siqueira**, trata da nulidade de estipulações contratuais em moeda estrangeira no Brasil, ainda que realizada a conversão em moeda corrente nacional quando do efetivo pagamento. Em função disso, o trabalho analisa o artigo 318 do novo Código Civil brasileiro e a normatização especial sobre o tema.

"'Novos produtos' como competência do advogado", de **Gilberto de Abreu Sodré Carvalho**, reflete sobre a atuação do advogado no desenvolvimento de projetos de novos produtos. Este artigo, dentro da temática 'Direito & Gestão', visa oferecer uma possível metodologia para projetos de novos produtos na qual o advogado tenha um papel protagonista. Nessa metodologia, o termo proposto ('Pré-Produto') comporta a idéia de um objeto sendo modelado de acordo com sua adaptação a sistemas ambientais sob estruturantes jurídicas até que se torne produto a ser lançado.

"Setenta anos depois: direitos autorais em Noel Rosa", de **Daniel do Amaral Arbix**, procura aferir a funcionalidade

desses direitos no que diz respeito a composições musicais, de sorte a avaliar, nesse campo específico, a maleabilidade da proteção aos direitos autorais e sua adequação à criação de novas obras. Para tanto, remete-se à experiência criativa de e sobre Noel Rosa, expoente do samba brasileiro.

A Revista DIREITO GV agradece aos autores e aos detentores dos direitos sobre os textos traduzidos, além dos tradutores e revisores: os professores Viviane Muller Prado, Marta Rodrigues Assis Machado, Flávia Portella Püschel, José Rodrigo Rodriguez e Bruno M. Salama, além das pesquisadoras Maria Carolina Foss e Vivian Cristina Schroscher.

* * *

Espero que os leitores apreciem este número da Revista DIREITO GV e continuem a prestigiar nosso trabalho.

Boa leitura!

O Editor

EDITOR'S LETTER

The activities of corporations interest many regulatory fields such as Corporate Law, Consumer Law, Criminal Law, Tax Law, Labor Law, Environmental Law etc. This is a varied complex area that deals with the interests of tax payers, stockholders, stakeholders, workers, executives, governments, international organizations, consumers etc. Regulating corporations is not a strictly business issue, but a social issue that can be studied from different perspectives.

Revista DIREITO GV n. 7 is manly dedicated to corporations. One of its highlights is the article by Pr. ***Klaus J. Hopt*** *from the Max Plank Institute-Hamburg that compares the EU and the USA corporate regulation. This issue also includes two important translations on other themes and four articles on contracts, copyright, tax law and on the role of lawyers. Let me start by presenting the two translations.*

The first trabslation is a classical article by ***Eric A. Posner*** *on social norms that applies Law & Economics postulates to the study of symbolic interactions between human beings in general. Posner is one of the leading scholars of the Law & Economics movement. This translation includes notes elaborated by José Rodrigo Rodriguez, Bruno M. Salama and Maria Carolina Foss to facilitate the comprehension of economic terminology.*

The second one is the research agenda of the Max Plank Institute for Foreign and International Criminal Law written by its Director, Prof. ***Ulrich Sieber****. The text makes an impressive analysis of the main problems faced by contemporary Criminal Law in the context of a risk society preoccupied with security issues. It gives close attention to terrorism, international organized crime and internet crimes.*

The first five articles are on corporation or on corporations-related issues like arbitration, the protection of investors, corporate regulation and antitrust law.

The fist article, "The economics of arbitration: rational choice and value creation" by ***Celso Fonseca Pugliese*** *and* ***Bruno Meyerhof Salama*** *examines the institute of arbitration and its relationship with court activities from the perspective of transactions costs. Its shows how arbitration can reduce the transactions costs in a certain normative environment and contribute to institutional improvement. The competition between arbitration and jurisdiction both stimulate the creation of fast procedures to solve conflicts and tend to increase the performance of contracts.*

"The Protection Of Investors In The German Corporate Governance Code" by ***Roberto de Araújo Chacon de Albuquerque*** *analyzes the German Corporate Governance Code as a*

tool to foster the confidence of investors and the general public in the functioning of companies listed on the stock market. Based on nationally and internationally accepted standards, the Code contains recommendations that aim at favoring a more efficient cooperation between the Board of Directors and the Supervisory Board. The article also highlights the connection between corporate governance and the promotion of transparency in company management.

"The modernization of corporate law: a transatlantic perspective" by ***Klaus J. Hopt****, already mentioned above, is the transcript of a lecture at* DIREITO GV *given in September 11, 2007.*

"Content and logical structure of the article 20 of statute 8.884/94 (antitrust law)" by ***Marcel Medon Santos*** *is an interdisciplinary study of a standard of the Brazilian antitrust Law. The article combines Law and Economics and analyses the logical structure of the Brazilian Antitrust legal standard for anticompetitive conduct, identifying the criteria that compose it, and allowing thereby the location of the terms that enable the use of economic instruments and legal prudence in the analysis of anticompetitive conducts.*

"Corporate regulation in the New Brazilian Civil Code" by ***Ligia Paula Pires Pinto Sica*** *is an analysis of the role of judges and case law in the interpretation of the norms on corporations of the new Brazilian Civil Code. The main concern of the article is to reflect on how Law can guarantee economic agents the level of legal certainty needed to exercise their activities without losing its autonomy.*

The five articles presented above are followed by other four on varied themes and by the two translations mentioned above.

"The impact of the internation treaties on tax law on the brazilian law" de ***Gustavo Mathias Alves Pinto*** *presents the main aspects of the interaction between tax treaties and national law within the Brazilian legal system, including the exam of the Constitution and statutes, as well as the relevant cases on the subject. The article aims at demonstrating that, regarding the specific situations addressed in its body, the tax treaty takes precedence over the national law, based on the principle of self-limitation of taxation power.*

"The possibility to stipulate payments in foreign currency in Brazilian Law" by ***Marcelo Sampaio Siqueira*** *examines the rules for nullifying contract clauses for payments in foreign currencies, in Brazil, even when the conversion to national currency might occur when the obligation is due. For that purpose, this paper analyses article 318 of the new Brasilian Civil Code and the special regulations on this subject.*

"'New Products' As A Lawyer's Competence" by ***Gilberto de Abreu Sodré Carvalho*** *is an analysis of the role of lawyers in the development of new products projects. This article aims at providing a possible methodology for a new products project in which counseling has protagonist role. In such methodology the coined term 'Pre-Product' shows the idea of an object being modeled in accordance with its adaptation to several legal structured environment systems until it becomes a product to be launched.*

"Seventy Years Later: Noel Rosa's Copyrights" by ***Daniel do Amaral Arbix*** *aims to analyze such rights' functionality with respect to musical works, in order to evaluate, in this field specifically, the flexibility of copyright protection and its adequacy for the creation of new works. To perform such task, the creative process of Brazilian samba expert, Noel Rosa, is examined.*

Revista DIREITO GV *wishes to thank authors and copyright owners for the authorization to translate their articles. It also wishes to thank the following translators and revisors: Professors Viviane Muller Prado, Marta Rodrigues Assis Machado, Flávia Portella Püschel, José Rodrigo Rodriguez, Bruno M.*

Salama, and the researchers Maria Carolina Foss e Vivian Cristina Schroscher.

* * *

We hope our readers will appreciate this issue and keep stimulating our work.

Good reading!

The Editor

A ECONOMIA DA ARBITRAGEM: ESCOLHA RACIONAL E GERAÇÃO DE VALOR

Antonio Celso Fonseca Pugliese e Bruno Meyerhof Salama

THE ECONOMICS OF ARBITRATION: RATIONAL CHOICE AND VALUE CREATION

RESUMO

Este texto analisa a arbitragem e suas relações com a jurisdição a partir do conceito de custo de transação. Seu objetivo é mostrar como a arbitragem é capaz de reduzir os custos de transação de um determinado ambiente normativo e contribuir para aperfeiçoar as instituições. Os custos relacionados ao uso da arbitragem e da jurisdição funcionam como um preço: quanto maior o custo, menor a procura por eles (e vice-versa). Potencialmente, a arbitragem pode permitir a redução dos custos de transação em razão (a) da relativa agilidade com que é concluída, (b) da relativa imparcialidade do árbitro e (c) da especialização dos árbitros. Além disso, a utilização da arbitragem pode criar melhores incentivos para o adimplemento das obrigações contratuais. Isso porque a inclusão da cláusula arbitral em um contrato dá às partes a possibilidade de regular o ambiente normativo a que se submeterão em caso de disputas. A falta de clareza sobre a legalidade dos procedimentos arbitrais aumenta os custos de transação impostos pelo ambiente normativo. Quanto maior o grau de incerteza, tanto maiores serão os incentivos para que os indivíduos alterem seus padrões negociais ou simplesmente reduzam sua participação em atividades econômicas, reduzindo-se, conseqüentemente, o potencial de geração de riqueza para a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE

arbitragem, Direito e Economia, eficiência, segurança jurídica

ABSTRACT

This article examines the institute of arbitration and its relationship with court activities from the perspective of transactions costs. Its objective is to show how arbitration can reduce the transactions costs in a certain normative environment and contribute to institutional improvement. The costs related to the use arbitration and court proceedings work like a price mechanism: the bigger the cost, the lower the demand (and vice-versa). The institute of arbitration can potentially engender a reduction of transactions costs because of (a) the relative quickness with which it is carried out, (b) the relative neutrality of arbiters, and (c) the specialization of arbiters. Moreover, the use of arbitration can create better incentives for the fulfillment of contractual promises. This is so because the use of an arbitration clause in a contract allows the parties to regulate the normative environment to which they will be bound in case of a dispute. The lack of clarity about the lawfulness of arbitration proceedings increases the transactions costs imposed by the normative framework. Higher levels of uncertainty create incentives for the individuals to change their negotiating patterns or simply to reduce their participation in economic activities, thereby reducing the potential for generating wealth for society.

KEYWORDS

arbitration, Law & Economics, efficiency, legal certainty

"When will mankind be convinced and agree
to settle their difficulties by arbitration?"
Benjamin Franklin

Introdução

A prestação jurisdicional é função do Estado, visão partilhada até mesmo por teóricos liberais como Adam Smith (1976, p. 231) e Friedrich Hayek (1979, p. 47). Com isso, é fácil esquecer que a administração da Justiça e a própria arbitragem precedem a formação do Estado moderno e que, hoje em dia, parte importante da função jurisdicional é exercida por entes privados por meio de mecanismos alternativos de resolução de disputas (LANDES; POSNER, 1978), entre os quais se destaca a arbitragem.

Este artigo tem por objeto o exame de dois temas relacionados à arbitragem. O primeiro diz respeito aos motivos pelos quais indivíduos e empresas decidem arbitrar seus conflitos e o segundo, aos ganhos sociais que podem ser gerados pela utilização da arbitragem.

A perspectiva adotada será a da disciplina de Direito e Economia (também conhecida como "análise econômica do direito" ou simplesmente *Law & Economics*). Em outro trabalho recente, Bruno Salama examinou em detalhes a epistemologia da disciplina de Direito e Economia (SALAMA, 2008). Aqui, traçamos os contornos de cinco de suas premissas metodológicas centrais:[1]

1. *Escassez*: os indivíduos vivem em um mundo de recursos escassos. Se os recursos fossem infinitos, não haveria o problema de ter que equacionar sua alocação; todos poderiam ter tudo o que quisessem e nas quantidades que quisessem, mas, em um mundo de recursos escassos, os indivíduos precisam realizar escolhas.

2. *Maximização racional*: os indivíduos farão escolhas que atendam seus interesses pessoais, sejam eles quais forem. Assim, na formulação de teorias, se partirá da premissa de que os indivíduos calculam para alcançar os maiores benefícios aos menores custos. Essa suposição de maximização racional leva ao chamado processo de "decisão marginalista". Isso quer dizer que, nos processos de tomada de decisão e realização de escolhas, os indivíduos realizarão a próxima unidade de uma dada atividade se, e somente se, os benefícios dessa próxima unidade excederem seus custos.[2]

3. *Equilíbrio*: o equilíbrio é o padrão comportamental interativo que se atinge quando todos os atores estão maximizando seus próprios interesses simultaneamente. Uma lei, por exemplo, é o resultado que surge – é um ponto de equilíbrio, portanto –

quando todos os agentes políticos estão maximizam seus interesses por meio do processo político.

4. *Incentivos*: são preços implícitos. Nos mercados, indivíduos procuram maximizar seus benefícios realizando escolhas que minimizem seus custos e maximizem seus benefícios. Assim, consumidores geralmente irão consumir menor quantidade de um bem quando o preço subir e maior quantidade quando o preço cair. Já os produtores, geralmente, seguirão o caminho inverso (produzirão maior quantidade quando o preço subir e menor quantidade quando o preço cair).[3] As condutas humanas, inseridas em um determinado contexto institucional, podem seguir uma dinâmica parecida. Por exemplo: de acordo com o Código Nacional de Trânsito, exceder o limite de velocidade em uma rodovia enseja o pagamento de multa. Portanto, ao dirigir um automóvel em alta velocidade, cada motorista irá sopesar, de um lado, (a) o benefício auferido com o aumento da velocidade (em virtude, por exemplo, do prazer de dirigir em alta velocidade ou do menor tempo do percurso) e, de outro, (b) o custo da multa por excesso de velocidade ponderado pela probabilidade de haver autuação e imposição da multa. Nesse caso específico, os incentivos legais resultam do limite de velocidade estabelecido em lei, do valor da multa e da eficácia da fiscalização.

5. *Eficiência*: o termo "eficiência" tem diversas acepções. Neste trabalho, eficiência diz respeito à maximização de ganhos e minimização de custos (SALAMA, 2008).[4] Sob esta ótica, um processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos. Para ilustrar o conceito, suponha que cada acidente aéreo cause, no total, custos de $100 milhões (referimo-nos aqui à soma de todos os custos relevantes que englobam tanto as perdas da companhia aérea quanto as das vítimas dos acidentes). Uma empresa de transporte aéreo se depara com a decisão de investir ou não $2 milhões em uma nova tecnologia de segurança aérea que causará uma diminuição de 1% na probabilidade de ocorrência de acidentes. Será que esse investimento é eficiente? A resposta é negativa. Afinal, a empresa investirá $2 milhões para evitar custos de $1 milhão (1% x $100 milhões = $1 milhão). O investimento nessa tecnologia diminui as chances de acidentes, mas torna a sociedade mais pobre e, por isso, não é eficiente.

Antes de prosseguir, convém perguntar: o que a justiça tem a ver com a eficiência? Neste trabalho, é possível apenas esboçar em poucas linhas os contornos de uma resposta minimamente satisfatória. A sugestão será a de que regras justas são, em geral, eficientes também. O desperdício de recursos é, no mínimo, indesejável, e há

algo de intuitivo no emparelhamento entre eficiência (que corresponde à ausência de desperdício) e justiça.

Muitas das nossas intuições sobre noções de justiça podem ser igualmente explicadas sob a ótica da busca pela eficiência, e os exemplos vão desde "não roubarás até "a punição deve ser proporcional ao crime" (SALAMA, 2008), mas a discussão sobre o eficiente não substitui a discussão sobre o justo. Tomemos por exemplo a discussão a respeito dos custos de preservação de vidas humanas. Nenhuma sociedade, nem mesmo as mais desenvolvidas sociedades ocidentais, estão comprometidas com a preservação da vida a qualquer custo. Há muitas atividades (na verdade, a maioria delas) que, ao menos estatisticamente, certamente causarão a perda de vidas. Para ficarmos com o exemplo clássico de Guido Calabresi, "nós construímos um túnel sob o Mont Blanc porque isso é essencial para o mercado comum europeu e diminui o tempo de viagem de Roma a Paris, ainda que saibamos que aproximadamente um homem por quilômetro construído de túnel morrerá" (CALABRESI, 1970, p. 17-18).

A noção de que não estamos dispostos a preservar vidas a qualquer custo é tão perturbadora quanto realista. Aliás, a simples contratação pelo Estado de um policial que enfrenta o crime diariamente sugere que a sociedade está disposta a sacrificar algumas vidas (porque é certo que alguns policiais morrerão) para atingir alguma forma de paz social (e, no fim das contas, para evitar um número ainda maior de mortes).

Será que, sendo baixo o custo em vidas para a construção do túnel sob o Mont Blanc, a sociedade deve considerar justa a autorização de sua construção? Ou em termos mais abrangentes: será que tudo que é eficiente também é justo? Calabresi propôs como resposta um sonoro "não". A construção do direito sugere uma forma de ética pública, porque o direito está interligado com a justificação moral de ações tomadas no domínio público. Como nota Calabresi, "decisões que sopesem vidas humanas contra custos e conveniência não podem ser exclusivamente monetárias, de modo que a solução via mercado não é jamais a única a ser utilizada" (CALABRESI, 1970, p. 17-18).

Assim, a questão não é saber se eficiência pode ser igualada à justiça; não pode. A questão é saber como a construção da justiça pode se beneficiar da discussão de prós e contras, custos e benefícios e incentivos postos pelo sistema jurídico. A análise dos incentivos postos pela legislação é onde pode começar a discussão do justo; não onde ela deve acabar. Grandes dilemas morais se prestam à determinação política e devem ser decididos por meio dos sistemas políticos adotados pela sociedade. Contudo, noções de justiça – e construções jurídicas – que não levem em conta as prováveis conseqüências de suas articulações práticas são incompletas. O desafio é, portanto, enriquecer o debate jurídico integrando a discussão da eficiência na discussão do justo.

Identificados os objetivos e premissas deste artigo, passaremos à análise crítica de alguns aspectos econômicos da utilização da arbitragem como meio de pacificação de conflitos sociais. Iniciaremos com a análise das razões econômicas que conduzem à adoção de cláusulas arbitrais, antes e depois do surgimento de controvérsias. A seguir, sustentaremos que a prestação jurisdicional privada compete com a prestação pública e que, no médio e longo prazos, esse processo pode conduzir ao aprimoramento dos sistemas públicos de prestação jurisdicional. Sugeriremos, então, que o enfraquecimento do instituto da arbitragem pode vir associado a conseqüências econômicas negativas e, finalmente, apresentaremos nossas conclusões.

1. Incentivos econômicos da arbitragem

A literatura jurídico-econômica comparada ressalta duas principais razões para a adoção de cláusula arbitral nos contratos.[5] Em primeiro lugar, a arbitragem poderá reduzir os custos de transação relacionados à prestação jurisdicional. Em segundo lugar, a arbitragem pode favorecer o estabelecimento de um sistema de incentivos mais adequado para o cumprimento de contratos, maximizando os ganhos na relação comercial entre as partes. Cada um desses dois aspectos é analisado a seguir.

1.1 Redução dos custos de transação

Custos de transação (ARROW, 1969)[6] são os custos para realização de intercâmbios econômicos. Todos os custos que o indivíduo incorre, em função dos relacionamentos que deve manter com os demais integrantes do sistema produtivo, podem ser chamados de custos de transação. Assim, os custos de transação compreendem todos os custos associados a procura, negociação e monitoramento do intercâmbio econômico (inclusive os custos de oportunidade).

Um exemplo clássico de custos de transação diz respeito aos custos relacionados à solução de eventuais conflitos decorrentes de uma relação contratual. Quando analisa a conveniência e a oportunidade de celebração de um contrato, o indivíduo leva em consideração, entre outros fatores, os custos (a) de monitoramento do cumprimento do contrato pela outra parte (*e.g.*, confirmação de pagamento das parcelas ou aferição da qualidade do produto prometido) e (b) a eficácia dos remédios oferecidos pela lei e pelo contrato para o caso de inadimplemento das obrigações assumidas. Quanto maiores os custos, menor o interesse do indivíduo em tomar parte no negócio jurídico.

Com efeito, se comparada à prestação jurisdicional estatal, a arbitragem pode reduzir os custos de transação da prestação jurisdicional. Em primeiro lugar, em razão da *agilidade* com que é concluída. O procedimento arbitral não está sujeito à rigidez dos processos judiciais, não se submete ao regime dos infindáveis recursos a instâncias superiores, e os árbitros, não raro, contam com a infra-estrutura necessária para que suas decisões sejam tomadas com grande rapidez.

Na prestação jurisdicional estatal, o tempo de espera por uma decisão definitiva gera alto custo para as partes, que ficam privadas dos bens ou direitos litigiosos durante todos os anos que precedem o efetivo cumprimento da decisão transitada em julgado. Nesse caso, as partes arcam com o custo de oportunidade decorrente da privação dos bens e direitos disputados em Juízo.[7]

A possibilidade de melhora na qualidade das decisões, decorrente da *especialização* dos árbitros, também pode representar economia para as partes. Uma das vantagens da arbitragem é a possibilidade de utilização de árbitros que tenham familiaridade com a matéria objeto da controvérsia. Ao contrário do juiz estatal, o árbitro pode ter formação específica em área técnica que interessa diretamente ao objeto da arbitragem. É razoável supor, por exemplo, que o árbitro com anos de experiência na indústria petrolífera possa aferir com maior precisão os termos técnicos da contratação para exploração ou transporte de petróleo, além dos usos e costumes nos negócios da indústria petrolífera. A expectativa de que os contratos sejam interpretados por especialistas diminui os custos das partes relativos à negociação de contratos.

A especialização permite, assim, a redução dos *erros* nas decisões arbitrais. Em tese, apesar de todos os procedimentos estarem sujeitos a erros, a probabilidade de o árbitro especializado decidir de forma equivocada, por não conhecer a matéria discutida, é menor. A redução da probabilidade de erro na decisão reduz o risco da relação contratual, tornando o contrato mais atrativo para as partes e todo o mercado.

A diminuição de custos também pode ser reflexo de maior garantia de imparcialidade do árbitro. Em relações comerciais internacionais, por exemplo, existe temor de que as cortes estatais favoreçam a parte nacional em detrimento da parte estrangeira. A possibilidade de determinar, contratualmente, que a arbitragem ocorra em jurisdição estranha às partes faz com que cada uma delas retire de seus custos a parcela correspondente ao risco de litigar em ambiente jurídico desfavorável (BÜHRING-UHLE, 2005, p. 25).[8]

Portanto, as partes contratantes, ao preverem a arbitragem como forma de solução de controvérsias, antecipam que a expectativa de decisões mais ágeis e acertadas no futuro diminui o risco de comportamento oportunista no presente. As partes terão, assim, incentivos para cumprir as obrigações assumidas no contrato, pois eventuais inadimplementos serão punidos com rapidez e precisão. A maior confiabilidade dos contratos reduz os custos de transação (neste caso, representados pelo risco de a parte inadimplente beneficiar-se da morosidade dos procedimentos judiciais) e desonera a produção de riqueza social.

1.2 Arbitragem *ex ante facto* e *ex post facto*

Existem dois momentos em que os indivíduos podem optar pela arbitragem: antes ou depois do surgimento da disputa. Dá-se o nome de arbitragem *ex ante facto* ao

acordo para realização de arbitragem celebrado "antes" do surgimento da disputa (notadamente, a negociação de cláusula arbitral) e, ao acordo para realização de arbitragem celebrado após o surgimento de controvérsias, dá-se o nome de arbitragem *ex post facto*.

A dinâmica do acordo para arbitragem *ex ante facto* e *ex post facto* obedece à mesma lógica econômica que tratamos neste estudo: indivíduos tendem a escolher a opção mais econômica, isto é, que minimize os custos e maximize os ganhos esperados.

Vimos na seção acima que a arbitragem pode ensejar a criação de valor de duas formas: reduzindo os custos de transação relacionados à prestação jurisdicional e incentivando as partes ao adimplemento contratual. Resta saber, agora, se essas economias ocorrem igualmente nas arbitragens *ex ante facto* e *ex post facto*. A resposta é negativa.

Após o surgimento da disputa, os custos com a prestação jurisdicional podem ser reduzidos, mas já não é possível maximizar os ganhos com incentivos para o adimplemento contratual. A razão é evidente: o surgimento da disputa pressupõe que uma parte não esteja satisfeita com a prestação da outra parte. Se a prestação defeituosa já ocorreu, já não há que falar em incentivos para adimplemento da obrigação.

A arbitragem *ex ante facto* é, portanto, capaz de gerar valor de mais maneiras do que a arbitragem *ex post facto*. A possibilidade de inclusão de cláusula arbitral em contrato confere às partes a possibilidade de regular o ambiente normativo a que se submeterão em caso de disputas. As partes podem optar pela arbitragem para reduzir os custos de disputas e coibir comportamentos oportunistas durante o curso do contrato. Após o surgimento da disputa, contudo, já não é possível alterar os incentivos do ambiente normativo (BOND, 1990).[9]

2. Competição pela prestação jurisdicional e a eficiência do ordenamento jurídico

A arbitragem pode ser entendida, do ponto de vista econômico, como a *oferta* de modelo de solução de controvérsias que *compete* com o modelo estatal de jurisdição. A competição pela atividade de prestação jurisdicional ocorre, assim, entre o prestador público – o Estado – e os árbitros e câmaras de arbitragem. A possibilidade de arbitrar conflitos obriga o indivíduo a escolher entre o processo judicial e o procedimento arbitral.[10]

A dinâmica da relação de oferta e procura pela prestação jurisdicional tem contornos semelhantes à da oferta e procura por produtos e serviços no mercado. A teoria microeconômica (e diversos casos práticos) indica que, nos mercados, a competição geralmente induz à redução dos preços.

Mas qual seria o "preço" pago pelos indivíduos pelos "serviços" de prestação jurisdicional pública e privada?[11] Tanto no caso da jurisdição estatal quanto no caso

da arbitragem, o "preço" corresponde aos custos de transação incorridos para a resolução da disputa (procedimentos lentos e ineficazes, por exemplo, significam maiores custos de transação para as partes e, portanto, "preços" mais elevados).[12]

A competição entre a prestação jurisdicional pública e privada induz, assim, a redução dos custos de transação associados à prestação jurisdicional pelo Estado. Em especial, a competição dá incentivos ao Estado para modernizar a legislação, repelindo normas indesejadas ou menos eficientes e substituindo-as por normas mais adequadas às necessidades da sociedade.

Não surpreende, portanto, que, no Brasil, o movimento de fortalecimento da arbitragem tenha sido acompanhado por seguidos esforços legislativos de recuperação da jurisdição estatal.[13] Com efeito, diversos projetos de lei foram criados para aumentar a agilidade e a informalidade dos procedimentos judiciais (características típicas da arbitragem), como a implantação dos Juizados Especiais e as seguidas reformas da legislação processual civil. Apesar de os dois movimentos serem, em certa medida, uma reação conjunta às falhas do sistema judicial, não se pode negar que a evolução dos mecanismos de eficiência jurisdicional pode ser aproveitada por cada um deles.

A competição entre a prestação jurisdicional pública e privada contribui, assim, para a modernização legislativa e para a melhora do ambiente normativo e institucional. Nas palavras de Richard Posner, "quando as partes podem efetivamente estipular o foro, público ou privado, para resolverem disputas [...] a competição é factível e nós devemos esperar o surgimento de uma legislação substantiva mais eficiente" (LANDES; POSNER, 1978).

Essa assertiva é comprovada, de um ponto de vista histórico, pela absorção da *Lex Mercatoria* pelas diversas legislações comerciais dos Estados modernos. A *Lex Mercatoria* pode ser definida como corpo de normas criado por comerciantes na Idade Média a fim de atender às necessidades do renascimento comercial europeu.[14] Esse sistema de normas surgiu como alternativa aos sistemas jurídicos que criavam entraves (ou elevados custos de transação) às relações comerciais da época, oferecendo aos agentes econômicos um sistema de solução de conflitos independente do Estado (GOLDMAN, 1964).[15]

Durante o movimento de codificação ocorrido na Europa continental no curso do século XIX, os principais conceitos da *Lex Mercatoria* foram incorporados às leis estatais e se tornaram fatores importantes para o sucesso dos movimentos de afirmação do Estado como eixo central de poder.[16]

Podemos afirmar, assim, que a competição incentiva os sistemas de prestação jurisdicional mais eficientes a inovar e os sistemas menos eficientes a emular. Ao longo do tempo, o aumento da competição entre a prestação jurisdicional pública e privada enseja alinhamento entre as políticas judiciais e as necessidades dos seus cidadãos. Nas palavras de Robert Cooter, "a competição enseja a evolução legal, [...] a inovação diferencia e a emulação harmoniza" (COOTER, 2000, p. 137).[17]

3. Arbitragem e o comportamento da demanda por soluções de litígios

A arbitragem também pode ser analisada sob o ponto de vista da *demanda*, isto é, das forças de procura pela prestação jurisdicional. Vimos no capítulo anterior que o Estado, de um lado, e os árbitros e câmaras arbitrais, de outro, competem pela oferta dos "serviços" de prestação jurisdicional. Neste capítulo, enfocaremos a contrapartida da oferta, a demanda (ou procura).

No curso das discussões sobre a constitucionalidade da Lei da Arbitragem, muito se falou de suposta usurpação do poder jurisdicional do Estado.[18] De modo geral, os defensores dessa tese acreditavam que, na impossibilidade de arbitrar conflitos, os indivíduos seriam compelidos a recorrer aos tribunais estatais para solução de seus litígios. A idéia, portanto, seria enfraquecer o instituto da arbitragem para preservar a demanda pela jurisdição do Estado.

Aqueles que se opuseram, exemplificativamente, à constitucionalidade da Lei de Arbitragem imaginavam que a eliminação do instituto potencialmente mais eficiente (arbitragem) garantiria a demanda pelo instituto menos eficiente (processo judicial). Esqueceram-se, contudo, de que os indivíduos optam, em regra, pela solução mais eficiente disponível no mercado.

Dessa forma, nos casos em que o indivíduo não possui incentivos para utilizar a arbitragem na solução de controvérsias, sua escolha pela jurisdição estatal dependerá da eficiência das instituições judiciais. Eventual falta de eficiência do Estado será um incentivo para que o indivíduo resolva suas disputas alterando seus padrões negociais, de forma a evitar ou tornar desnecessária a disputa judicial (LANDES; POSNER, 1978). É o caso, por exemplo, dos indivíduos que aumentam as taxas de juros e encargos em seus contratos, ou reduzem a oferta de crédito, para compensar a inadimplência esperada de seus clientes (PINHEIRO; SAADI, 2005), dos locadores que aumentam o valor do aluguel em razão da lentidão dos procedimentos para desocupação do imóvel ou mesmo daqueles que simplesmente reduzem ou eliminam sua participação em atividades de risco, ainda que essas atividades possuam relevante função social e potencial de geração de riqueza.

Fica evidente, dessa forma, que, em países como o Brasil, em que a prestação jurisdicional estatal é morosa e custosa, a criação de incertezas sobre a legalidade e a força vinculante dos procedimentos arbitrais não significará maior demanda pela tutela dos tribunais. Ao contrário, a demanda racional guiará os indivíduos a soluções extrajudiciais que minimizem os custos e maximizem os ganhos de suas relações jurídicas, fazendo com que toda a sociedade pague pela falta de eficiência do Estado. A falta de apoio do Estado à arbitragem, portanto, será causa para o aumento dos custos sociais, contrariando o interesse público de que as relações negociais sejam eficientes na produção de riquezas para a sociedade.

4. Conclusão

A disciplina de Direito e Economia estuda a formação, estrutura, processos e impacto econômico da legislação e das instituições jurídico-políticas existentes (MERCURO; MEDEMA, 1999, p. 3). Na síntese de Susan Rose Ackerman, o Direito e Economia serviria para (a) definir a justificativa econômica da ação pública, (b) analisar de modo realista as instituições jurídicas e burocráticas e (c) definir papéis úteis para os tribunais dentro dos sistemas modernos de formulação de políticas públicas (ROSE-ACKERMAN, 1999, p. 79).

Normas jurídicas eficientes aumentam o potencial de produção de riqueza econômica pela sociedade e possibilitam que políticas públicas destinadas à geração de bem-estar social alcancem resultados mais eficazes e justos (CALABRESI, 1984, p. 833).[19]

Ao longo deste artigo, procuramos utilizar ferramentas da análise econômica do Direito para demonstrar que normas jurídicas que confiram legalidade e força vinculante à arbitragem são mais eficientes de um ponto de vista econômico. Nossos argumentos podem ser resumidos da seguinte forma:

(a) Ao resolverem disputas, tanto por meio da arbitragem quanto mediante procedimentos judiciais, as partes incorrem em custos de transação.

(b) Os custos de transação, associados à prestação jurisdicional (pública e privada), funcionam como preços: quanto maiores forem os preços, menor será a demanda (ou procura).

(c) A arbitragem permite redução dos custos de transação em virtude, principalmente, (a) da agilidade com que é concluída, (b) da especialização dos árbitros e (c) da imparcialidade do árbitro, especialmente nos casos de arbitragens internacionais.

(d) A maior eficiência da arbitragem na solução de disputas cria incentivos para o adimplemento das obrigações contratuais pelas partes.

(e) A inclusão de cláusula arbitral em contrato confere às partes a possibilidade de regular o ambiente normativo a que se submeterão em caso de disputas. A arbitragem *ex ante facto* tende, por este motivo, a gerar mais valor do que a arbitragem *ex post facto*.

(f) A arbitragem pode contribuir para o aperfeiçoamento do Estado e de institutos jurídicos concorrentes, como a legislação processual civil.

(g) Eventual questionamento ou insegurança jurídica sobre a legalidade dos procedimentos arbitrais aumenta os custos de transação impostos pelo ambiente normativo.

Quanto maior o grau de incerteza, tanto maiores serão os incentivos para que indivíduos alterem seus padrões negociais ou simplesmente reduzam sua participação em atividades econômicas, reduzindo-se, conseqüentemente, a geração de riqueza social.

Em todo mundo, a jurisdição estatal tem sido desafiada por instrumentos alternativos de solução de litígios. A arbitragem vem, nesse contexto, se revelando como a melhor resposta para o desafio de uma prestação jurisdicional justa, rápida e eficiente.

: ARTIGO APROVADO (12/05/2008) : *RECEBIDO EM 23/01/2008*

NOTAS

1 Um dos possíveis panos de fundo para análises empreendidas com a metodologia do Direito e Economia – a nosso juízo, o mais proveitoso – é a Teoria Neo-Institucionalista. Dela surgem pelo menos três idéias importantes: (a) o reconhecimento de que a Economia não tem existência independente ou dada, ou seja, de que a história importa, pois cria contextos culturais, sociais, políticos, jurídicos, etc. que tornam custosas, e às vezes inviáveis, mudanças radicais (o que se convencionou chamar de "dependência da trajetória", tradução de *path dependence*); (b) o reconhecimento de que a compreensão do Direito pressupõe uma análise evolucionista e centrada na diversidade e complexidade dos processos de mudança e ajuste (daí a importância da abertura para todas outras disciplinas além da Economia, mas também a utilidade da Teoria da Escolha Racional e da Teoria dos Jogos para estudar a complexidade dos processos de ação e decisão coletiva); e (c) a preocupação de ir além da filosofia prática e especulativa, visando à compreensão do mundo tal qual ele se apresenta (o que conduz ao estudo das práticas efetivamente observadas e do Direito tal qual de fato aplicado). Esses três pontos traduzem preocupações que o leitor deve ter em mente quando se ocupar da aplicação do ferramental econômico para a análise do direito.

2 A noção de maximização racional é instrumental. Ela serve para formular hipóteses e construir teorias que permitam simplificar, compreender e prever a conduta humana. A noção de racionalidade não significa que necessariamente há um cálculo consciente de custos de benefícios (embora esse cálculo freqüentemente ocorra, e qualquer advogado processualista sabe disso porque age estrategicamente no curso do processo). Mesmo assim, a pesquisa em Direito e Economia há muito tempo vem se afastando do paradigma da hiper-racionalidade, geralmente substituindo-o pela noção mais flexível de "racionalidade limitada". Reconhecendo que os indivíduos nem sempre processarão as informações disponíveis de forma ótima, eles passam a ser vistos como "intencionalmente racionais", ainda que limitados por aptidões cognitivas.

3 Para tornar a explicação mais simples, deixei de lado o problema da intensidade da resposta dos consumidores e produtores às mudanças de preço, isto é, das elasticidades.

4 Há outras duas acepções do termo "eficiência" que, neste texto, deixaremos de lado: a eficiência paretiana e a eficiência de Kaldor-Hicks.

5 As principais referências estrangeiras sobre o tema são as seguintes: SHAVELL, Steven. Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis. *Journal of Legal Studies*, v. 24, 1995; LANDES & POSNER, op. cit.; SHAVELL, Steven. Suit, Settlement, and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs. *Journal of Legal Studies*, v. 11, 1982; BERNSTEIN, Lisa. Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the

Diamond Industry. *Journal of Legal Studies*, v. 21, 1992, p. 115-157; BERNSTEIN, Lisa. Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 99, n. 7, p. 1724-1790, 2001; ASHENFELTER, Orley; BLOOM, David E. Models of Arbitrator Behavior: Theory and Evidence. *The American Economic Review*, v. 74, n. 1, 1984; BLOOM, David E. Empirical Models of Arbitrator Behavior under Conventional Arbitration. *The Review of Economics and Statistics*, v. 68, n. 4, 1986.

6 O *conceito* de custos de transação foi introduzido por Ronald Coase em 1937 com o famoso artigo *The Nature of the Firm*. Coase se referiu aos custos de transação como os "custos para a utilização dos mecanismos de preço". Essa conceituação reflete o fato de que qualquer interação econômica requer o uso (em maior ou menor grau) de recursos pelas partes. Kenneth Arrow definiu os custos de transação como "os custos para conduzir o sistema econômico".

7 O custo de oportunidade indica o valor do benefício abandonado ao se escolher uma alternativa em vez de outra. É, portanto, o custo de algo em termos de uma oportunidade renunciada ou impedida. Quanto mais longo o processo, maior o custo de oportunidade.

8 Entrevistas com 68 árbitros e advogados de diversos países com "grande experiência em disputas comerciais internacionais" indicou que as duas maiores vantagens do procedimento arbitral são "a neutralidade do foro arbitral" e a "possibilidade de adjudicação dos laudos arbitrais internacionais".

9 Não é por outra razão que a imensa maioria das arbitragens internacionais decorre de acordos *ex ante facto*.

10 Salvo as hipóteses em que o Estado detém o monopólio da prestação jurisdicional como nos casos de natureza criminal, eleitoral, etc.

11 Para levantamento empírico sobre o tema, vide: PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e economia no Brasil. In: ZYLBERSTAJN, Décio; STAJN, Rachel. *Direito & economia*: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 244-283.

12 No caso brasileiro, por exemplo, a arbitragem somente passou a ser prática comum após 2001, com a decisão do STF no sentido da constitucionalidade da Lei da Arbitragem. Antes da decisão do STF, o risco de que o laudo arbitral não seria reconhecido pelo Judiciário representava um preço excessivamente alto a ser "pago" pelas partes na hipótese de realização de procedimento arbitral.

13 A legislação chinesa tem passado pelo mesmo fenômeno de competição e modernização com o crescimento e fortalecimento da arbitragem.

14 As principais características da *lex mercatoria* eram as seguintes: (a) caráter transnacional, (b) fundada nos usos e costumes do comércio, (c) aplicada por árbitros comerciantes, (d) informalidade e presteza e (e) realçada importância do princípio da boa-fé no desempenho da atividade mercantil.

15 Sobre o surgimento a partir da segunda metade do século XX do que supostamente seria uma "nova lex mercatoria", vide: CARBONNEAU, Thomas E. *Lex Mercatoria and Arbitration*. Nova Iorque: Transnational Juris Publications, Dobbs Ferry, [s.d.].

16 Exemplos clássicos incluem o *Code Commerce* francês, de 1807, e o *Handelgesetzbuch* alemão, de 1897.

17 Naturalmente, a complexidade da evolução histórica torna falsa praticamente a totalidade das proposições universais sobre interações sociais. Isso vale também para as proposições de que a competição entre a prestação jurisdicional pública e privada sempre gera riqueza social, ou sempre beneficia o cidadão. Na falta de proposições universais satisfatórias, o cientista social se vê obrigado a fiar-se em generalizações.

18 Para uma discussão abrangente, sob o ponto de vista histórico, do crescimento da arbitragem em países da América Latina, vide: SIQUEIROS, José Luis. Arbitral Autonomy and National Sovereign Authority in Latin America. *Lex Mercatoria and Arbitration*. Editado por Thomas E. Carbonneau, Transnational Juris Publications, Inc., Dobbs Ferry, p. 183, [s.d.].

19 Nesse sentido, a análise econômica do Direito fornece instrumentos para que políticas em áreas como segurança, saúde, educação, combate à pobreza, entre tantas outras, sejam elaboradas com maior precisão pelos

legisladores, implementadas com menores custos pelos governantes e interpretadas com mais subsídios por nossos tribunais. Embora a produção de riqueza não seja o único objetivo da ordem institucional, a produção de riqueza importa: não se pode, de boa-fé, advogar o desperdício de recursos, a não ser que circunstâncias excepcionais o justifiquem. Nas palavras de Guido Calabresi, "evitar desperdícios é parte de uma noção comum de justiça".

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARROW, Kenneth. The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-Market Allocation. *The Analysis and Evaluation of Public Expenditures*: The PBB-System, Joint Economic Committee, 91st Congress, 1**st** session, v. 1. Government Printing Office: Washington, D.C., 1969

BOND, Stephen. How to Draft an Arbitration Clause (Revisited). *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 1, 1990

BÜHRING-UHLE, Christian. A Survey on Arbitration and Settlement in International Business Disputes, parcialmente reproduzido. In: DRAHOZAL, Christopher; NAIMARK, Richard. *Towards a Science of International Arbitration*: Collected Empirical Research. The Hague: Kluwer Law International, 2005, p. 25

CALABRESI, Guido. First Party, Third Party and Product Liability Systems: Can Economic Analysis of Law Tell us Anything about Them?. *Iowa Law Review*, v. 69, 1984, p. 833

SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. [S.l.]: Edwin Cannan editor, v. 2, 1976, p. 231

_____. *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis.* New Haven: Yale University Press, 1970, p. 17-18

COOTER, Robert. *The Strategic Constitution*. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 137

GOLDMAN, Berthold. Frontières du Droit et Lex Mercatoria. *Archives de Philosophie du Droit*, v. 9, 1964

HAYEK, Friedrich. *Law, Legislation and Liberty*: The Political Order of a Free People. Chicago: The University Chicago Press, v. 3, 1979, p. 47

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Adjudication as a Private Good. *Journal of Legal Studies*, v. 8, 1979

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law – From Posner to Post-Modernism*, Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 3

SALAMA, Bruno M. O que é Pesquisa em Direito e Economia?. In: *Caderno Direito GV* (no prelo). São Paulo: FGV/EDESP, 2008. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama>.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, cap. 9

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Law and Economics: Paradigm, Politics, or Philosophy?*, 1989, *apud* MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law – From Posner to Post-Modernism*. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 79

Antonio Celso Fonseca Pugliese

MESTRE EM DIREITO PELA USP, BRASIL
ÁRBITRO DA CHINA INTERNATIONAL ECONOMIC AND TRADE ARBITRATION COMISSION (CIETAC), EM BEIJING, CHINA
VISITING SCHOLAR NA UNIVERSIDADE DE COLUMBIA, EUA

Velloso, Pugliese & Guidoni Advogados
Rua São Tomé, 86 – 7º andar
Vila Olímpia – 04551-080
São Paulo, Brasil
pugliese@vpgadvogados.com.br

Bruno Meyerhof Salama

PROFESSOR DA DIREITO GV, BRASIL
DOUTOR EM DIREITO PELA UC BERKELEY, EUA

DIREITO GV
Rua Rocha, 233 – 8º andar
Bela vista – 01330-000
São Paulo, Brasil
bruno.salama@fgv.br

A PROTEÇÃO AO INVESTIDOR NO CÓDIGO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA ALEMÃO

Roberto de Araújo Chacon de Albuquerque [1]

THE PROTECTION OF INVESTORS IN THE GERMAN CORPORATE GOVERNANCE CODE

RESUMO

Este artigo analisa o Código de Governança Corporativa alemão como um instrumento para aumentar a confiança dos investidores e do público em geral no funcionamento das sociedades anônimas. Baseado em padrões aceitos nacional e internacionalmente, o Código contém recomendações que procuram favorecer uma cooperação mais eficiente entre a Diretoria e o Conselho de Administração. O artigo também ressalta a conexão entre a governança cooperativa e a promoção da transparência na administração das empresas.

PALAVRAS-CHAVE

governança corporativa, código, alemão.

ABSTRACT

This article analyzes the German Corporate Governance Code as a tool to foster the confidence of investors and the general public in the functioning of companies listed on the stock market. Based on nationally and internationally accepted standards, the Code contains recommendations that aim at favoring a more efficient cooperation between the Board of Directors and the Supervisory Board. The article also highlights the connection between corporate governance and the promotion of transparency in company management.

KEYWORDS

corporate governance, code, German.

Sumário:

Introdução.
1. Código de Governança Corporativa alemão.
2. Medidas legislativas complementares.
3. Pontos críticos para a governança corporativa alemã.
3.1 Proteção insuficiente dos interesses dos acionistas.
3.2 Composição dual da direção das empresas, com Diretoria e Conselho de Administração.
3.3 Transparência insuficiente na direção das empresas.
3.4 Independência insuficiente do Conselho de Administração.
3.5 Independência restrita dos auditores.
Conclusão.
Bibliografia.

Introdução

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), ao aprovar os Princípios de Governança Corporativa, conferiu ao tema uma abalizada projeção internacional. Publicados pela primeira vez em 1998 e atualizados em 2004, os Princípios tornaram-se um modelo no qual os mais variados países têm buscado inspiração para modernizar sua legislação. A governança corporativa tem como objetivo assegurar que se tenha um negócio de qualidade, lucrativo e bem administrado, aumentando seu valor perante a sociedade. Ao estimular uma gestão mais responsável, facilita-se o acesso das sociedades anônimas[2] ao crédito disponível no mercado.

A governança corporativa engloba a série de procedimentos mediante os quais uma sociedade anônima é dirigida, administrada ou controlada. O objetivo, com a adoção dessa série de procedimentos, é aumentar o valor de mercado da sociedade, facilitando seu acesso ao capital disponível no mercado ao combater abusos e corrupção. A governança corporativa, ao conferir mais transparência e eficiência à gestão das sociedades anônimas, dá uma nova dimensão ao relacionamento entre seus principais *players*, os acionistas, a Diretoria e o Conselho de Administração.[3] Instrumentos de fiscalização e de controle da gestão das sociedades anônimas devem ser adotados, dentro de um contexto no qual seja prevista a atuação independente do Conselho de Administração, para que seja assegurada a fiscalização da Diretoria com ampla transparência e prestação de contas.

Para os Princípios de Governança Corporativa da OCDE, é fundamental que as empresas por ações sejam adequadamente dirigidas e fiscalizadas, inclusive no que diz respeito ao relacionamento entre si dos órgãos que compõem as sociedades anônimas, como a Diretoria e o Conselho de Administração, e às relações mantidas pelas empresas com seus próprios acionistas e investidores. A própria superação do chamado "conflito de agência", provocado pela separação entre a propriedade e a gestão da empresa, é um dos objetivos maiores da governança corporativa. O titular da propriedade delega a um agente o poder de decisão sobre a gestão da empresa. Surgem, então, conflitos de agência, conflitos de poder entre quem administra a empresa e quem é seu proprietário. Nem sempre os objetivos e interesses do titular da propriedade e do administrador da propriedade são os mesmos.[4]

A principal meta é colocar em prática mecanismos eficientes, como sistemas de fiscalização, que assegurem a compatibilidade entre as atividades desempenhadas pelos executivos e os interesses dos acionistas. Os Princípios de Governança Corporativa da OCDE visam proporcionar aos proprietários das sociedades por ações,[5] os acionistas, maior controle sobre a gestão da empresa contra abusos de poder do acionista controlador sobre acionistas minoritários, do Conselho de Administração sobre os acionistas; contra erros estratégicos, provocados pelo poder concentrado em uma só pessoa, normalmente o executivo principal; e contra fraudes,

com a utilização de informação privilegiada em benefício próprio. Para que se supere o conflito de agência, é necessário que se confiram aos proprietários das sociedades anônimas instrumentos jurídicos que fomentem a governança corporativa, permitindo-lhes descortinar, fiscalizando e avaliando, o funcionamento das empresas.[6]

A Comissão Governamental, instituída pelo Ministério da Justiça alemão em setembro de 2001, adotou, em 26.02.2002, o Código de Governança Corporativa,[7] um instrumento jurídico baseado nos Princípios de Governança Corporativa da OCDE que pretende ajudar a superar o conflito de agência na Alemanha. O Código, graças ao previsto na Lei das Sociedades Anônimas,[8] art. 161, com a redação que lhe foi conferida pela Lei de Transparência e Publicidade,[9] possui força cogente.[10] Ele não constitui apenas um código de auto-regulação. O Código de Governança Corporativa faz parte integrante do ordenamento jurídico alemão. A Comissão Governamental permanece ativa, mesmo após a promulgação do Código. Ela acompanha sua colocação em prática pelas sociedades por ações, possibilitando a reflexão sobre eventuais atualizações em seu texto. Ao menos uma vez por ano, a Comissão Governamental verifica se o Código de Governança Corporativa precisa ser adaptado.[11]

Com o Código, as normas de direção e fiscalização das sociedades anônimas, tanto para investidores nacionais como estrangeiros, devem tornar-se mais transparentes, de maneira a fortalecer a confiança no funcionamento das empresas alemãs. Ele disciplina todos os assuntos críticos essenciais, sobretudo sob o ponto de vista internacional, no que diz respeito à estrutura das sociedades por ações daquele país, fundamentalmente: (1) proteção insuficiente dos interesses dos acionistas; (2) composição dual da direção das empresas, com Diretoria e Conselho de Administração;[12] (3) transparência insuficiente na direção das empresas; (4) independência insuficiente do Conselho de Administração; e (5) independência restrita dos auditores. Os dispositivos do Código de Governança Corporativa alemão disciplinam cada um destes pontos críticos. Ele, evidentemente, não pode versar, em profundidade, sobre cada um desses aspectos, mas estabelece uma orientação sobre o que deve ser feito a respeito pelas sociedades por ações para que se tenha um negócio de qualidade, lucrativo e bem administrado, capaz de atrair o interesse do mercado de capitais internacional. O Código contém os dispositivos essenciais para a direção e fiscalização das sociedades anônimas, sob a forma de recomendações, levando em consideração padrões reconhecidos nacional e internacionalmente. Seu objetivo primordial é promover o funcionamento das empresas alemãs de uma forma transparente.

1. Código alemão de Governança Corporativa

A governança corporativa na Alemanha tem bases sólidas, mas tem sido preciso adaptá-la ao paradigma de governança corporativa anglo-americano. Mesmo os investidores

asiáticos têm como referência a perspectiva anglo-americana, e não a alemã. O objetivo do Código de Governança Corporativa é tornar a Alemanha um lugar atraente para os investidores estrangeiros, que, tradicionalmente, têm demonstrado desconfiança no que concerne ao sistema dual de gestão das sociedades por ações alemãs, à interação entre a Diretoria e o Conselho de Administração nas empresas daquele país. O Código não constitui um exemplo isolado no esforço de promoção da governança corporativa na Alemanha. A Lei de Controle e Transparência no Ambiente Empresarial,[13] por exemplo, aprimorou consideravelmente a dinâmica das sociedades por ações, sob o ponto de vista de sua direção e fiscalização. Mas um dos maiores problemas para o investidor estrangeiro é, justamente, que eles consideram a legislação alemã sobre sociedades por ações confusa. A quantidade de leis é muito grande. Além da própria Lei das Sociedades Anônimas, a Lei do Comércio de Títulos de Crédito,[14] o Código Comercial[15] e a Lei de Co-Gestão[16] também disciplinam aspectos que, direta ou indiretamente, dizem respeito às sociedades por ações. Eles não têm sido considerados suficientes pelo investidor estrangeiro no que diz respeito ao estímulo à transparência da direção e fiscalização das empresas. As disposições do Código, levando em consideração esta crítica, são curtas e precisas, sendo de fácil compreensão até mesmo para leigos no assunto. Elas condensam as regras principais da governança corporativa, podendo ser compreendidas tanto por empresários como por investidores. O Código contém apenas cerca de 12 páginas.

O Código alemão de Governança Corporativa é um marco na assunção, por parte dos próprios agentes econômicos, de suas responsabilidades junto ao mercado financeiro. Ele complementa, indo além do *soft law*, do direito sem coercitividade imediata, o disposto na Lei de Transparência e Publicidade, que consagra o princípio *comply or explain*.[17] Esta lei prevê a necessidade de o Código ser observado. Quer-se que as sociedades alemãs por ações correspondam ao seu real valor de mercado. Adotaram-se normas claras para a Diretoria e o Conselho de Administração naquilo que diz respeito, por exemplo, à divulgação de conflitos de interesse, à instituição de comissões, com o objetivo de aumentar a transparência inclusive na compra e venda de ações da sociedade anônima, tendo sempre em vista a melhora do acesso das empresas alemãs aos recursos do mercado de capitais internacional. O Código consagra várias recomendações para incrementar a confiança do investidor estrangeiro nas sociedades por ações alemãs.

A necessidade de promoção da governança corporativa não constitui um fato isolado, tampouco consumado. A crise nas bolsas de valor americanas, o escândalo envolvendo fraudes em sociedades por ações, como a gigante de energia americana Enron,[18] prejudicaram a credibilidade do mercado de capitais. A promoção da governança corporativa envolve um esforço constante tanto do legislador como dos agentes econômicos na melhora não apenas dos princípios em que ela se assenta,

como de sua colocação em prática. Tanto nacional como internacionalmente, desenvolvem-se, e aperfeiçoam-se, os fundamentos da governança corporativa. O Código de Governança Corporativa precisará ser constantemente adaptado a tais padrões. Ele não tem nem terá uma feição definitiva. A Comissão Governamental, conforme já se pôde ressaltar, reúne-se, ao menos uma vez por ano, para efetuar as adaptações necessárias ao Código, levando em consideração o desenvolvimento do assunto. A Comissão, convocada pelo Ministério da Justiça alemão, tem em sua composição investidores institucionais e privados; membros da Diretoria e de Conselhos de Administração de sociedades por ações; representantes de trabalhadores, bem como da comunidade científica e funciona com independência em relação ao Ministério da Justiça. O Código uniformiza os princípios da governança corporativa para as sociedades alemãs por ações.

A principal missão da Comissão tem sido condensar, em um único instrumento jurídico, as recomendações essenciais para a direção e fiscalização das sociedades anônimas, levando em conta princípios reconhecidos nacional e internacionalmente, com o objetivo de estimular a administração responsável das empresas alemãs. A Comissão Governamental, após a redação do Código de Governança Corporativa, monitora sua colocação em prática, de maneira que a *práxis* da direção das empresas seja fiscalizada, bem como procede ao exame anual de suas próprias recomendações. O Código é um catálogo de referências sobre o estado da arte da governança corporativa. Não apenas sociedades por ações alemãs, mas também estrangeiras, e representantes da política, economia, sindicatos, meios de comunicação, mercado de capitais contribuíram para sua feitura. Quer-se que a valorização das empresas alemãs na bolsa de valores corresponda ao seu valor efetivo, evitando-se fraudes como a que vitimou os acionistas da gigante de energia americana Enron. O Código tem o mérito de resumir o que várias leis e regulamentos contêm, de forma dispersa, a respeito da governança corporativa. Esta tem uma longa tradição na Alemanha, que precisará ser constantemente adaptada. A Comissão levou em consideração os pontos críticos na direção e fiscalização das sociedades por ações na Alemanha, sempre à luz da estrutura econômica daquele país, procurando encontrar soluções para problemas concretos. Não se incorporou, literalmente, a crítica internacional à governança corporativa alemã.

Nem todas as sociedades por ações aceitarão integralmente as recomendações do Código; algumas acatarão tais ou quais recomendações, já que elas podem não se adequar ao perfil da respectiva empresa. Uma recusa bem fundamentada das recomendações do Código não constitui, necessariamente, uma mácula para a governança corporativa de uma empresa. Serão os comunicadores e operadores do mercado de capitais, como os jornalistas e analistas, que decidirão como avaliar tais recusas. A Lei das Sociedades Anônimas (art. 161) obriga toda sociedade por ações que não queira cumprir o previsto no Código de Governança Corporativa alemão a

justificar-se perante o público e investidores. As normas claras do Código para a Diretoria e o Conselho de Administração, ao aumentar a transparência para os investidores tanto no que diz respeito ao seu funcionamento interno como à inter-relação entre esses órgãos, devem facilitar o acesso das empresas alemãs aos recursos do mercado de capitais internacional.

A questão da aquisição de empresas, por exemplo, é de importância fundamental. O legislador alemão já procurou discipliná-la na Lei de Aquisição de Títulos de Crédito e de Aquisição de Empresas.[19] Esta lei remete ao dever de neutralidade da Diretoria em seu art. 33, muito criticado pelo mercado de capitais, que o considerou pouco preciso. A Comissão Governamental, neste particular, preferiu consignar no Código de Governança Corporativa que se deve levar a consulta, junto à Assembléia Geral, questões como a da aquisição de empresas. A Assembléia Geral, portanto, deve ser consultada não apenas nos casos previstos expressamente em lei. Mesmo quando não for necessário legalmente, deve-se consultar a Assembléia Geral, em benefício da transparência. É necessário, neste aspecto, levar em consideração também a antiga discussão sobre a aquisição de empresas no seio da União Européia, com a proposta de uma diretiva comunitária sobre o assunto.[20] A reação dos investidores ao previsto no Código de Governança Corporativa alemão sobre a aquisição de empresas constituirá um indicador importante no tocante à aceitação do próprio Código.

2. Medidas legislativas complementares

A promoção da governança corporativa na Alemanha não se esgota com a adoção do respectivo Código. Ela requer a reforma da Lei das Sociedades Anônimas, bem como normas ainda mais específicas sobre a aquisição de empresas, que aperfeiçoem a proteção do acionista minoritário. Uma parte dessa tarefa já foi assumida pelo legislador, com a Lei de Estímulo ao Mercado de Capitais[21] e a Lei de Transparência e Publicidade.

O Código de Governança Corporativa alemão está ancorado na Lei de Transparência e Publicidade, na redação que conferiu ao art. 161 da Lei das Sociedades Anônimas. Ela obriga a Diretoria e o Conselho de Administração das sociedades por ações a declarar, anualmente, se as recomendações do Código foram cumpridas, declaração que deve ser divulgada aos acionistas. As sociedades anônimas têm a opção de declarar que cumprem as recomendações do Código de Governança Corporativa ou elucidar por que não desejam cumpri-las. As recomendações gozam, portanto, de obrigatoriedade, ainda que limitada. Não se prevê, na Lei de Transparência e Publicidade, uma inspeção das atividades da Diretoria e do Conselho de Administração, para verificar se elas estão de acordo com o previsto no Código. Esta inspeção poderá, no entanto, ser levada a cabo por auditores independentes com

o objetivo de comprovar se as recomendações têm sido efetivamente cumpridas. O próprio mercado de capitais também pode avaliar, periodicamente, por seus próprios meios, o cumprimento do previsto no Código de Governança Corporativa alemão. Esta espécie de verificação difusa pode terminar sendo a mais eficaz, de maior efeito dissuasivo.

A Lei de Transparência e Publicidade entrou em vigor em 26.07.2002. Adotou-se, à luz do previsto em seu art. 1.º, § 16, uma nova redação para o art. 161 da Lei das Sociedades Anônimas, com esclarecimentos sobre a obrigatoriedade do Código de Governança Corporativa:

> A Diretoria e o Conselho de Administração das sociedades por ações declararão anualmente se as recomendações da "Comissão Governamental do Código de Governança Corporativa alemão", publicadas pelo Ministério Federal da Justiça na seção administrativa do Diário Oficial eletrônico, foram ou serão cumpridas, ou quais recomendações não foram ou não serão adotadas. A declaração será colocada duradouramente à disposição dos acionistas.[22]

O art. 3.º, § 2.º, "3", da Lei de Transparência e Publicidade contém um dispositivo relativo ao art. 161 da Lei das Sociedades Anônimas que passou a constar do art. 15 da Lei de Introdução à Lei das Sociedades Anônimas:[23]

> A declaração prevista no art. 161 da Lei das Sociedades Anônimas será entregue pela primeira vez no ano de 2002.[24] Ela poderá neste ano restringir-se a se as recomendações da "Comissão Governamental do Código de Governança Corporativa alemão" serão cumpridas ou quais recomendações não serão adotadas.[25]

Após a adoção do Código, o legislador disciplinou, no art. 15a da Lei do Comércio de Títulos de Crédito, a divulgação da compra e venda de ações da empresa por membros da Diretoria e do Conselho de Administração.[26] Assim, a recomendação do Código de Governança Corporativa alemão, art. 6.6., § 1.º,[27] revestiu-se de maior obrigatoriedade e foi reforçada pelo disposto no art. 15a da Lei do Comércio de Títulos de Crédito.

3. Pontos críticos para a governança corporativa alemã

A Comissão Governamental trabalhou baseada no consenso de que o Código de Governança Corporativa só terá sucesso se não se restringir às normas de governança corporativa tradicionalmente vigentes na Alemanha. Levou-se em consideração, desde o início, a crítica à governança corporativa alemã sob uma perspectiva internacional,

as queixas dos investidores estrangeiros com respeito ao funcionamento das sociedades por ações naquele país. O Código, conforme pudemos assinalar anteriormente, trata dos pontos críticos essenciais, sempre do ponto de vista internacional, no que diz respeito à dinâmica das sociedades anônimas, fundamentalmente: (1) proteção insuficiente dos interesses dos acionistas; (2) composição dual da direção das empresas, com Diretoria e Conselho de Administração; (3) transparência insuficiente na direção das empresas; (4) independência insuficiente do Conselho de Administração; e (5) independência restrita dos auditores. Cada um destes aspectos será analisado a seguir.

3.1 Proteção insuficiente dos interesses dos acionistas

O primeiro capítulo do Código trata, especificamente, dos acionistas e da Assembléia Geral. Os interesses dos acionistas, os proprietários das sociedades anônimas, são alvo de proteção específica. Os direitos individuais de participação dos acionistas na Assembléia Geral e, especialmente, o direito de voto, de acordo com o princípio *one share, one vote*,[28] são consagrados, bem como a competência da Assembléia Geral na deliberação de questões essenciais às sociedades por ações. Sobretudo para o investidor estrangeiro, isto é de fundamental importância. Uma de suas maiores queixas, com relação à governança corporativa alemã, consiste, justamente, em que aos acionistas deve ser facilitado o exercício de seus direitos, sobretudo do direito de voto.

O Código de Governança Corporativa alemão prevê que as sociedades anônimas devem providenciar instruções sobre a instituição de representantes com direito de voto na Assembléia Geral (Código, art. 2.3.3).[29] Elas também devem permitir aos acionistas acompanhar a Assembléia Geral via *internet* (Código, art. 2.3.4).[30] No tocante ao tema, muito discutido, das medidas de proteção contra propostas de aquisição, o Código prevê que a Diretoria deve convocar uma Assembléia Extraordinária na qual os acionistas se informarão sobre a proposta, podendo, ainda, decidir que medidas poderão adotar contra ela (Código, art. 3.7, § 3.º).[31]

3.2. Composição dual da direção das empresas, com Diretoria e Conselho de Administração

A Diretoria,[32] na Alemanha, dirige a empresa e seu presidente[33] coordena as respectivas atividades. O Conselho de Administração[34] fiscaliza e aconselha a Diretoria, envolvendo-se diretamente em decisões fundamentais para a empresa. O presidente do Conselho de Administração também coordena o trabalho na sua esfera de atuação. A co-gestão exige que, de acordo com o tamanho da empresa, até a metade dos membros do Conselho de Administração seja representante dos trabalhadores.

Prevalece, fora da Alemanha, nos países que não seguiram o modelo de composição dual, um sistema no qual a direção e fiscalização das empresas se efetua

predominantemente mediante um órgão unitário, o *Board of Directors* anglo-americano ou o *Conseil d'administration* francês. Os membros de tais órgãos reúnem-se com freqüência e compartilham intensamente informações sobre a empresa na qual trabalham. O presidente da Diretoria[35] de uma sociedade por ações alemã e de um *Board of Directors* anglo-americano desempenham basicamente, no entanto, as mesmas funções. Em um *Board of Directors*, também há a diferença entre membros diretivos e não diretivos. Na França, as empresas podem dispor, com apoio na lei, para sua direção, de uma Diretoria,[36] com funções diretivas, e de um Conselho de Administração.[37] Na prática, o sistema é dual, tanto na Alemanha como nos Estados Unidos e na França. O *Boardsystem* anglo-americano e o *Verwaltungsratsystem*[38] alemão, ambos, dispõem de um sistema dual de direção e fiscalização nas sociedades por ações.

O Código de Governança Corporativa alemão fomenta o trabalho conjunto da Diretoria e do Conselho de Administração, bem como uma discussão aberta e intensa de questões empresariais no próprio Conselho de Administração, estimulando, assim, o intercâmbio de informações entre os dois órgãos (Código, Capítulo III). Ele também trata do repasse de informações ao Conselho de Administração e dispõe sobre o fornecimento de relatórios escritos, de maneira pontual, por parte da Diretoria. O Código acentua que o Conselho de Administração não deve restringir-se, no exercício de suas atividades, à análise de relatórios que lhe forem encaminhados pela Diretoria. Muito pelo contrário, tanto a Diretoria como o Conselho de Administração devem assumir, reciprocamente, suas responsabilidades no que diz respeito ao dever de informar e relatar.

O Conselho de Administração deve assumir um papel ativo na fiscalização do funcionamento da empresa (Código, art. 3.4, § 1.º),[39] o que não será alcançado sem o aperfeiçoamento da cultura de discussão no interior do próprio Conselho de Administração. Prevê-se a instituição mais freqüente de comissões (Código, art. 5.3)[40] e consultas regulares a acionistas e terceiros[41] antes das reuniões do Conselho de Administração (Código, art. 7.1.1).[42] Para uma discussão mais aberta no Conselho de Administração, bem como para um intercâmbio de opiniões entre a Diretoria e o Conselho de Administração, a observação estrita da confidencialidade é de fundamental importância. Ninguém prestará informações se temer que, no dia seguinte, elas serão divulgadas à imprensa. O Código apóia a observação estrita da confidencialidade (Código, art. 3.5, § 1.º).[43]O Código de Governança Corporativa alemão deixa claro quais são as tarefas e competências do presidente do Conselho de Administração:

> O presidente do Conselho de Administração deverá manter contato regular com a Diretoria, especialmente com o presidente, ou, se for o caso, com o representante da Diretoria, e, com ele, discutir a estratégia, o desenvolvimento da sociedade e a gestão dos riscos da empresa. O presidente do Conselho de Administração será informado imediatamente pelo presidente da Diretoria, ou,

> se for o caso, pelo representante da Diretoria, com relação aos acontecimentos importantes que forem de significado essencial para a avaliação da situação e desenvolvimento, bem como da direção da empresa. O presidente do Conselho de Administração deverá, então, informar o Conselho de Administração e convocar, se for necessário, uma reunião extraordinária do Conselho de Administração[44] (Código, art. 5.2, § 3.º).[45]

Se a Diretoria e o Conselho de Administração obedecerem às normas estabelecidas pelo Código, a diferença, na prática, entre o funcionamento do *Boardsystem* anglo-americano e do *Verwaltungsratsystem* alemão deixará de existir.

3.3 Transparência insuficiente na direção das empresas

O estímulo à transparência é um dos principais objetivos do Código. Na prática, cada empresa tem, de acordo com sua situação específica, mecanismos próprios de fiscalização. O objetivo do Código não é uniformizar tais mecanismos, mas conferir-lhes clareza, de maneira que o mercado de capitais possa conceber uma imagem precisa do funcionamento da empresa. O Código de Governança Corporativa alemão procura conferir transparência à empresa, à sua direção e fiscalização, bem como ao sistema de remuneração dos membros dos órgãos diretivos e à percepção de lucros. Como ressaltamos anteriormente:

> Acionistas e terceiros serão informados sobretudo através do balanço consolidado da empresa. Eles deverão ser informados durante o ano fiscal através de relatórios parciais. O balanço consolidado da empresa e os relatórios parciais deverão ser redigidos levando em consideração princípios de contabilidade reconhecidos internacionalmente. Para fins da normativa societária (cálculo de dividendos, proteção dos credores), o balanço anual será redigido de acordo com o previsto na normativa nacional (Código Comercial), que também é base para a tributação (Código, art. 7.1.1).[46]

Balanços consolidados e relatórios parciais devem ser colocados com rapidez à disposição dos acionistas e investidores. Para os balanços consolidados, recomenda-se um prazo de "90 dias após o final do ano fiscal", e, para os relatórios parciais, um prazo de "45 dias após o final do respectivo período", ao qual o relatório diga respeito (Código, art. 7.1.2).[47] As sociedades por ações devem tratar de maneira igual os acionistas ao prestar-lhes informações, bem como prestar-lhes informações à disposição sem demora, oferecendo-as via *internet* (Código, art. 6.4).[48]

> A remuneração dos membros da Diretoria será fixada pelo Conselho de Administração [...] com base numa avaliação de desempenho. Critérios para

> a adequação da remuneração são, especialmente, as atribuições dos respectivos membros da Diretoria, seu desempenho pessoal, o desempenho da Diretoria, bem como a situação econômica, os resultados e as previsões quanto ao futuro da empresa, levando em consideração as empresas em funcionamento no mesmo setor (Código, art. 4.2.2, § 2.º).[49]

A composição variável da remuneração deve conter componentes com efeito de incentivo de longo prazo, o que diz respeito, por exemplo, a *stock options*[50] e *phantom stocks*[51] (Código, art. 4.2.3, § 2.º).[52] Não se devem adotar, a título de composição variável da remuneração, títulos de crédito[53] (Código, art. 4.2.4).[54] O sistema de remuneração do Conselho de Administração, previsto no Código de Governança Corporativa, também adota a avaliação de desempenho. O Código incentiva o engajamento acentuado e intenso dos membros do Conselho de Administração na fiscalização da empresa. Recomenda-se, assim, que não apenas o presidente como o seu representante no Conselho de Administração, à maneira do presidente e dos membros das Comissões, sejam especialmente remunerados. Isto estimula o cumprimento das atribuições que lhes são conferidas. O Código propõe que os membros do Conselho de Administração recebam uma "remuneração orientada pelo desempenho", que leve em consideração os resultados alcançados pela empresa a longo prazo (Código, art. 5.4.5, § 2.º).[55]

3.4 Independência insuficiente do Conselho de Administração

O Código de Governança Corporativa alemão contém, em várias de suas partes constitutivas, recomendações que asseguram a independência do Conselho de Administração. Não devem fazer parte do Conselho de Administração mais do que "dois ex-membros da Diretoria", e os membros do Conselho de Administração "não deverão exercer nenhuma função diretiva nem de consultoria em concorrentes importantes da empresa" (Código, art. 5.4.2).[56] O presidente do Conselho de Administração "não deve ser presidente da Comissão de Controle Interno" (Código, art. 5.2, § 2º).[57] "O presidente da Comissão de Controle Interno não deve ter sido ex-membro da Diretoria da sociedade" (Código, art. 5.3.2).[58] Tudo isso reforça a independência do Conselho de Administração.

Para assegurar que os membros do Conselho de Administração disponham de tempo suficiente para o exercício de seus mandatos, o Código de Governança Corporativa alemão recomenda que os membros da Diretoria não assumam "ao todo mais do que cinco mandatos em Conselhos de Administração em outras sociedades por ações estranhas à empresa" (Código, art. 5.4.3).[59] No que diz respeito a conflitos de interesse, o Código também assume uma posição clara em favor da transparência e publicidade:

> Todo membro do Conselho de Administração deverá informar conflitos de interesse ao Conselho de Administração, especialmente aqueles que possam surgir com base na consultoria ou função diretiva junto a clientes, fornecedores, credores ou outros parceiros de negócio (Código, art. 5.5.2).[60]

3.5 Independência restrita dos auditores

O Código de Governança Corporativa alemão quer que os auditores exerçam suas atividades de uma maneira eficiente e independente. Para a eleição do auditor, o Código recomenda que haja uma divulgação completa das relações profissionais, financeiras e outras que possa haver entre ele e a empresa. Os conflitos de interesse devem ser revelados prematuramente. A empresa de auditoria deve divulgar em que dimensão se prestaram serviços, especialmente no setor de consultoria, para a empresa e para que atividades de consultoria já foram assumidos compromissos para o ano seguinte (Código, art. 7.2.1, § 1.º).[61] O auditor deve relatar imediatamente ao presidente do Conselho de Administração ou da Comissão de Controle Interno os fundamentos de "exclusão ou rejeição' que possam surgir durante a auditoria, desde que tais fundamentos não possam ser eliminados imediatamente (Código, art. 7.2.1, § 2.º).[62]

Conclusão

A Comissão Governamental tem se reunido regularmente, apresentando sugestões de adaptação ao Código de Governança Corporativa alemão. A Comissão Européia divulgou seu plano de ação para a modernização da legislação referente às sociedades por ações e para o aperfeiçoamento da governança corporativa. São várias as recomendações da Comissão Européia que a Comissão Governamental tem cogitado incorporar ao Código.

A remuneração dos membros da Diretoria, por exemplo, deve ser adequada e transparente. A Comissão Governamental alemã, seguindo a orientação da Comissão Européia, decidiu especificar ainda mais o previsto no Código, (art. 4.2[63]) no sentido de que haja uma "divulgação individualizada da remuneração da Diretoria e do Conselho de Administração". A remuneração dos membros tanto da Diretoria como do Conselho de Administração deve ser individualizada em seus componentes constitutivos. Deve, por outro lado, passar a haver um teto para as *stock options*, que corresponda a parâmetros comparativos exigentes e relevantes. Em situações extraordinárias, o Conselho de Administração deve estabelecer limites na emissão de ações, devendo-se divulgar amplamente seu valor.

O sistema de remuneração dos membros da Diretoria e do Conselho de Administração deve ser anunciado na página da *internet* da sociedade por ações de

uma maneira que seja compreensível para o público em geral, bem como ter seus fundamentos esclarecidos nos relatórios financeiros da empresa. Outra recomendação da Comissão Européia, que pode ser incorporada ao Código de Governança Corporativa alemão, diz respeito a colocar a Assembléia Geral a par, pormenorizadamente, do sistema de remuneração dos membros da Diretoria e do Conselho de Administração. O próprio presidente do Conselho de Administração deve informar a Assembléia Geral sobre os fundamentos do sistema de remuneração e sobre suas alterações. Essas recomendações servem ao objetivo de conferir mais transparência ao sistema de remuneração vigente nas sociedades por ações. Os acionistas e investidores poderão, assim, verificar se o desempenho daqueles membros é compatível com a remuneração auferida. O sistema de remuneração deve ser efetuado de acordo com componentes fixos, participação nos lucros e gratificações por desempenho de longo prazo. Quando o sistema de remuneração dos membros da Diretoria e do Conselho de Administração for transparente, a própria gestão da empresa será mais racional, e a confiança depositada nela, maior.O Código de Governança Corporativa alemão poderá ser submetido a alterações, com o influxo de novos consensos que forem atingidos sobre o assunto em organizações internacionais. O G-7, o grupo das nações mais ricas do mundo, considera a governança corporativa o mais novo pilar da economia mundial. A OCDE promove, periodicamente, reuniões de discussão e avaliação do assunto. Conjuntamente com o Banco Mundial, a OCDE lançou, em setembro de 1999, o *Global Corporate Governance Forum*, tendo em mira conferir visibilidade ao tema. Surgiram, em vários países, instituições dedicadas a promover debates sobre governança corporativa.Uma das principais lições do Código de Governança Corporativa alemão reside no fato de que os princípios de governança corporativa, para serem efetivamente colocados em prática de uma maneira universal e cogente, precisam ultrapassar o umbral do *soft law* para transformarem-se em *hard law*. Até agora, no Brasil, tem-se encarado a governança corporativa com uma projeção eminentemente ética, de uma ética de resultados. Um dos principais fatores que contribuiriam para que as empresas adotassem os princípios da governança corporativa seria a melhora de sua imagem junto ao mercado. Uma empresa que seguisse os princípios da governança corporativa, para os investidores em potencial, seria mais digna de confiança e, assim, receberia mais investimentos. Recebendo mais investimento, seu valor de mercado aumentaria. A Alemanha, como podemos conferir ao longo deste artigo, transformou os princípios da governança corporativa de *soft law* em *hard law*. As sociedades por ações brasileiras, atualmente, têm se beneficiado de um momento poucas vezes vivenciado pela economia internacional. Pode chegar o momento em que, tendo de competir mais acirradamente por investidores nacionais e internacionais, para promover maior confiança em seu funcionamento, seja necessário uniformizar, de maneira obrigatória, o respeito no

Brasil à governança corporativa com intuito de consolidação do mercado de capitais e da proteção dos acionistas minoritários.

: ARTIGO APROVADO (12/05/2007) : *RECEBIDO EM 01/11/2006*

NOTAS

1 Advogado, doutor em direito pela FDUSP, professor universitário.

2 Neste artigo, utilizaremos alternadamente as expressões "sociedade anônima", "sociedade por ações" e "companhia".

3 No Código de Governança Corporativa alemão, utiliza-se o termo "*Aufsichtsrat*". "*Aufsicht*" significa supervisão, fiscalização. "*Rat*", conselho. *Aufsichtsrat*, portanto, poderia ser traduzido como Conselho de Supervisão, de Fiscalização. Ou, simplesmente, Conselho Fiscal, para aproximar-se da nomenclatura jurídica brasileira. A melhor tradução para Aufsichtsrat, no entanto, sob o ponto de vista funcional, é Conselho de Administração. À luz da Lei das Sociedades Anônimas alemã (*Aktiengesetz*), art. 84, ele nomeia os membros da Diretoria.

4 O conflito de agência é resultante efetivamente da separação entre a propriedade e a administração da empresa. O titular da propriedade delega ao administrador o poder de decisão sobre a empresa. Os interesses do proprietário nem sempre são idênticos aos do administrador. Para superar o conflito de agência, é necessário que se adotem mecanismos de fiscalização e incentivo que promovam um comportamento da parte dos administradores, dos executivos, que não seja discrepante do interesse dos proprietários da empresa, dos acionistas.

5 Ao utilizar esta expressão, "proprietários das sociedades por ações", procuramos ressaltar, para que se coloque em prática os princípios da governança corporativa, que os acionistas são efetivamente os proprietários das sociedades anônimas. O Conselho de Administração, representando os proprietários das sociedades por ações, os proprietários do capital, deve avaliar e fiscalizar o desempenho da gestão.

6 O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), em seu *website*, dispõe de material sobre o tema (www.ibgc.org.br).

7 *Deutscher Corporate Governance Kodex*.

8 *Aktiengesetz*.

9 *Transparenz- und Publizitätsgesetz*.

10 O previsto no art. 161 da Lei das Sociedades Anônimas alemã será analisado no Capítulo 2 deste artigo.

11 Código de Governança Corporativa alemão, Preâmbulo, item 9: "*Der Kodex wird in der Regel einmal jährlich vor dem Hintergrund nationaler und internationaler Entwicklungen überprüft und bei Bedarf angepasst*" ("Item 9: O Código será revisto regularmente uma vez por ano de acordo com o desenvolvimento nacional e internacional, sendo adaptado se for necessário" – tradução livre).

12 A composição dual diz respeito, neste texto, ao fato de haver uma divisão entre as atividades de direção (Diretoria) e fiscalização (Conselho de Administração) da empresa. Este sistema também é chamado de dualista. No sistema monista, ambas as funções são concentradas em um só órgão (*Board of Directors*).

13 *Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich*.

14 *Wertpapierhandelsgesetz*.

15 *Handelsgesetzbuch*.

16 *Mitbestimmungsgesetz*.

17 Em conformidade com o princípio *comply or explain*, que poderia ser traduzido, livremente, como "obedeça ou explique", as sociedades por ações que não cumprirem o previsto no Código de Governança Corporativa alemão devem declarar por que não adotaram suas recomendações.

18 A Enron, que na década de 1990 do século passado foi uma das mais atrativas empresas de energia do mundo, terminou declarando falência, admitindo haver fraudado seus balanços contábeis para atrair e manter investidores. Houve recentemente vários outros escândalos que também abalaram o mercado financeiro. Podemos citar, por exemplo, os da Parmalat, Tyco e World.Com. Eles, à semelhança do escândalo da Enron, causaram prejuízos aos investidores, abalando sua confiança no mercado de ações.

19 *Wertpapiererwebs- und Übernahmegesetz*.

20 Tem-se em mente a proposta da Comissão Européia para uma diretriz sobre a aquisição de empresas, de 02.10.2002.

21 *Finanzmarktförderungsgesetz*.

22 Lei das Sociedades Anônimas alemã, art. 161: "*Vorstand und Aufsichtsrat der börsennotierten Gesellschaft erklären jährlich, dass den vom Bundesministerium der Justiz im amtlichen Teil des elektronischen Bundesanzeigers bekannt gemachten Empfehlungen der 'Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex' entsprochen wurde und wird oder welche Empfehlungen nicht angewendet wurden oder werden. Die Erklärung ist den Aktionären dauerhaft zugängig zu machen*".

23 *Einführungsgesetz zum Aktiengesetz*.

24 Remetendo a entrega da declaração prevista no art. 161 da Lei das Sociedades Anônimas a 2002, ressaltamos que a entrada em vigor do Código já é um fato consumado de longa data na Alemanha.

25 Lei de Introdução à Lei das Sociedades Anônimas alemã, art. 15: "*Die Erklärung nach § 161 des Aktiengesetzes ist erstmals im Jahre 2002 abzugeben. Sie kann in diesem Jahr aber darauf beschränkt werden, dass den Empfehlungen der 'Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex' entsprochen wird oder welche Empfehlungen nicht angewendet werden*".

26 Esta modalidade de comportamento, a compra e venda de ações da empresa por membros da Diretoria e do Conselho de Administração, costuma ser designada como *directors dealings*.

27 Código de Governança Corporativa alemão, art. 6.6, § 1.º: "*Erwerb oder Veräußerung von Aktien der Gesellschaft oder von darauf bezogenen Erwerbs- oder Veräußerungsrechten (z. B. Optionen) sowie von Rechten, die unmittelbar vom Börsenkurs der Gesellschaft abhängen, durch Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder der Gesellschaft oder ihres Mutterunternehmens sowie durch bestimmte ihnen nahestehende Personen werden von diesen unverzüglich der Gesellschaft mitgeteilt. Von der Mitteilungspflicht sind der Erwerb auf arbeitsvertraglicher Grundlage, als Vergütungsbestandteil sowie unwesentliche Erwerbs- und Veräußerungsgeschäfte (25.000,- EURO in 30 Tagen) ausgenommen. Die Gesellschaft veröffentlicht die Mitteilung unverzüglich*" ("Art. 6.6, § 1.º: A compra ou venda de ações da sociedade ou de direitos de compra ou venda respectivos (por exemplo, opções), bem como de direitos que dependam diretamente da cotação em bolsa da sociedade, através de membros da Diretoria ou do Conselho de Administração da sociedade ou de sua empresa-mãe, bem como através de pessoas próximas a eles, serão imediatamente comunicadas por estes à sociedade. Ficam excluídas do dever de comunicação a compra prevista em contrato de trabalho, como parte integrante da remuneração, bem como a compra ou venda não relevantes (25.000,- EUROS em 30 dias). A sociedade publicará imediatamente a comunicação" – tradução livre).

28 O princípio *one share, one vote* remete ao lema da Revolução americana – *one man*, *one vote*.

29 Código de Governança Corporativa alemão, art. 2.3.3: "*Die Gesellschaft soll den Aktionären die persönliche Wahrnehmung ihrer Rechte erleichtern. Auch bei der Stimmrechtsvertretung soll die Gesellschaft die Aktionäre unterstützen. Der Vorstand soll für die Bestellung eines Vertreters für die weisungsgebundene Ausübung des Stimmrechts der Aktionäre sorgen; dieser sollte auch während der Hauptversammlung erreichbar sein*" ("Art. 2.3.3: A sociedade deverá facilitar o exercício pessoal pelos acionistas de seus direitos. A sociedade também deverá apoiar os acionistas na representação do direito de voto. A Diretoria deverá cuidar para que seja nomeado um representante para o exercício do direito de voto dos acionistas, de acordo com as instruções destes. Também deve ser prevista a possibilidade de contatá-lo durante a Assembléia Geral" – tradução livre).

30 Código de Governança Corporativa alemão, art. 2.3.4: "*Die Gesellschaft sollte den Aktionären die Verfolgung der Hauptversammlung über moderne Kommunikationsmedien (z.B. Internet) ermöglichen*" ("Art. 2.3.4: A sociedade deve possibilitar aos acionistas acompanhar a Assembléia Geral mediante meios modernos de comunicação (por exemplo, a internet" – tradução livre).

31 Código de Governança Corporativa alemão, art. 3.7, § 3.º: "*In angezeigten Fällen sollte der Vorstand eine außerordentliche Hauptversammlung einberufen, in der die Aktionäre über das Übernahmeangebot beraten und gegebenenfalls über gesellschaftsrechtliche Maßnahmen beschließen*" ("Art. 3.7, § 3.º: Nos casos oportunos, a Diretoria deve convocar uma Assembléia Extraordinária, na qual os acionistas debatam a oferta de aquisição e, se for necessário, decidam as medidas societárias legais a serem colocadas em prática" – tradução livre).

32 *Vorstand*.

33 *Vorsitzender*.

34 *Aufsichtsrat*.

35 *Vorstandsvorsitzender*.

36 *Directoire*.

37 *Conseil de surveillance*.

38 No *Verwaltungsratsystem*, vige explicitamente a composição dual da direção das sociedades anônimas, com Diretoria e Conselho de Administração.

39 Código de Governança Corporativa alemão, art. 3.4, § 1.º: "*Die ausreichende Informationsversorgung des Aufsichtsrats ist gemeinsame Aufgabe von Vorstand und Aufsichtsrat*" ("Art. 3.4, § 1.º: O fornecimento amplo da informação do Conselho de Administração é uma atribuição conjunta da Diretoria e do Conselho de Administração" – tradução livre).

40 Código de Governança Corporativa alemão, art. 5.3.: "*Bildung von Ausschüssen*" ("Art. 5.3: *Formação de Comissões*" – tradução livre).

41 A título de terceiros, pode-se pensar nos trabalhadores das empresas.

42 Código de Governança Corporativa alemão, art. 7.1.1: "*Anteilseigner und Dritte werden vor allem durch den Konzernabschluss informiert. Sie sollen während des Geschäftsjahres durch Zwischenberichte unterrichtet werden. Der Konzernabschluss und die Zwischenberichte sollen unter Beachtung international anerkannter Rechnungslegungsgrundsätze aufgestellt werden. Für gesellschaftsrechtliche Zwecke (Ausschüttungsbemessung, Gläubigerschutz) werden Jahresabschlüsse nach nationalen Vorschriften (HGB) aufgestellt, die auch Grundlage für die Besteuerung sind*" ("Art. 7.1.1: Acionistas e terceiros serão informados sobretudo através do balanço consolidado da empresa. Eles deverão ser informados durante o ano fiscal através de relatórios parciais. O balanço consolidado da empresa e os relatórios parciais deverão ser redigidos levando em consideração princípios de contabilidade reconhecidos internacionalmente. Para fins da normativa societária (cálculo de dividendos, proteção dos credores), o balanço anual será redigido de acordo com o previsto na normativa nacional (Código Comercial), que também é base para a tributação" – tradução livre).

43 Código de Governança Corporativa alemão, art. 3.5, § 1.º: "*Gute Unternehmensführung setzt eine offene Diskussion zwischen Vorstand und Aufsichtsrat sowie in Vorstand und Aufsichtsrat voraus. Die umfassende Wahrung der Vertraulichkeit ist dafür von entscheidender Bedeutung*" ("Art. 3.5, § 1.º: A boa direção da empresa pressupõe um diálogo aberto entre a Diretoria e o Conselho de Administração, bem como na Diretoria e no Conselho de Administração. A observação estrita da confidencialidade é, para tanto, de importância decisiva" – tradução livre).

44 As repetições da expressão "Conselho de Administração", nesta última frase, obedecem ao disposto no texto original. Quando, ao longo deste artigo, outros termos forem repetidos, tal repetição também corresponderá sempre ao previsto originalmente no Código de Governança Corporativa alemão.

45 Código de Governança Corporativa alemão, art. 5.2: "*Aufgaben und Befugnisse des Aufsichtsratsvorsitzenden,* § 3.º *Der Aufsichtsratsvorsitzende soll mit dem Vorstand, insbesondere mit dem Vorsitzenden bzw. Sprecher des Vorstands, regelmäßig Kontakt halten und mit ihm die Strategie, die Geschäftsentwicklung und das Risikomanagement des Unternehmens beraten. Der Aufsichtsratsvorsitzende wird über wichtige Ereignisse, die für die Beurteilung der Lage und Entwicklung sowie für die Leitung des Unternehmens von wesentlicher Bedeutung sind, unverzüglich durch den Vorsitzenden bzw. Sprecher des Vorstands informiert. Der Aufsichtsratsvorsitzende soll sodann den Aufsichtsrat unterrichten und erforderlichenfalls eine außerordentliche Aufsichtsratssitzung einberufen*".

46 Código de Governança Corporativa alemão, art. 7.1.1: "*Anteilseigner und Dritte werden vor allem durch den Konzernabschluss informiert. Sie sollen während des Geschäftsjahres durch Zwischenberichte unterrichtet werden. Der Konzernabschluss und die Zwischenberichte sollen unter Beachtung international anerkannter Rechnungslegungsgrundsätze aufgestellt werden. Für gesellschaftsrechtliche Zwecke (Ausschüttungsbemessung, Gläubigerschutz) werden Jahresabschlüsse nach nationalen Vorschriften (HGB) aufgestellt, die auch Grundlage für die Besteuerung sind*".

47 Código de Governança Corporativa alemão, art. 7.1.2: "*Der Konzernabschluss wird vom Vorstand aufgestellt und vom Abschlussprüfer sowie vom Aufsichtsrat geprüft. Der Konzernabschluss soll binnen 90 Tagen nach Geschäftsjahresende, die Zwischenberichte sollen binnen 45 Tagen nach Ende des Berichtszeitraums, öffentlich zugänglich sein*" ("*Art. 7.1.2: O balanço consolidado da empresa será redigido pela Diretoria e examinado pelo auditor revisor e pelo Conselho de Administração. O balanço consolidado da empresa deverá ser colocado à disposição do público dentro de 90 dias após o final do ano fiscal, os relatórios parciais deverão ser colocados à disposição do público dentro de 45 dias após o final do respectivo período*" – tradução livre).

48 Código de Governança Corporativa alemão, art. 6.4: "*Zur zeitnahen und gleichmäßigen Information der Aktionäre und Anleger soll die Gesellschaft geeignete Kommunikationsmedien, wie etwa das Internet, nutzen*" ("Art. 6.4: Para a informação tempestiva e consistente dos acionistas e investidores, a sociedade deverá utilizar meios de comunicação adequados, como a internet" – tradução livre).

49 Código de Governança Corporativa alemão, art. 4.2.2, § 2.º: "*Die Vergütung der Vorstandsmitglieder wird vom Aufsichtsrat unter Einbeziehung von etwaigen Konzernbezügen in angemessener Höhe auf der Grundlage einer Leistungsbeurteilung festgelegt. Kriterien für die Angemessenheit der Vergütung bilden insbesondere die Aufgaben des jeweiligen Vorstandsmitglieds, seine persönliche Leistung, die Leistung des Vorstands sowie die wirtschaftliche Lage, der Erfolg und die Zukunftsaussichten des Unternehmens unter Berücksichtigung seines Vergleichsumfelds*" ("*Art. 4.2.2, § 2.º: A remuneração dos membros da Diretoria será fixada pelo Conselho de Administração, levando em consideração quaisquer rendimentos percebidos na empresa, numa dimensão adequada, com base numa avaliação de desempenho. Critérios para a adequação da remuneração são, especialmente, as atribuições dos respectivos membros da Diretoria, seu desempenho pessoal, o desempenho da Diretoria, bem como a situação econômica, os resultados e as previsões quanto ao futuro da empresa, levando em consideração as empresas em funcionamento no mesmo setor*" – tradução livre).

50 As *stock options* são uma modalidade de remuneração efetuada por sociedades anônimas. Essencialmente, dizem respeito a uma opção de compra de uma ação da empresa. Este sistema permite que os dirigentes e empregados adquiram suas ações numa data e com um preço fixado antecipadamente. Os dirigentes e empregados são, então, estimulados a agir no sentido de aumentar o valor de mercado da sociedade anônima. As *stock options* podem ser utilizadas para atrair e manter talentos na empresa, ao permitir que empregados, após um certo período de atividade na empresa ou com o cumprimento de determinadas metas, possam adquirir ações a um preço prefixado. O empregado poderá adquiri-las a um preço relativamente baixo para vendê-las por um preço mais alto quando a sociedade anônima estiver mais valorizada no mercado.

51 *Phantom stocks*, ou ações-fantasma, são adotadas por empresas de capital fechado, ou por aquelas que não querem oferecer ações negociadas na bolsa de valores.

52 Código de Governança Corporativa alemão, art. 4.2.3, § 2.º: "*Als variable Vergütungskomponenten mit langfristiger Anreizwirkung und Risikocharakter dienen insbesondere Aktien der Gesellschaft mit mehrjähriger Veräußerungssperre, Aktienoptionen oder vergleichbare Gestaltungen (z.B. Phantom Stocks). Aktienoptionen und vergleichbare Gestaltungen sollen auf anspruchsvolle, relevante Vergleichsparameter bezogen sein. Eine nachträgliche Änderung der Erfolgsziele oder der Vergleichsparameter soll ausgeschlossen sein. Für außerordentliche, nicht vorhergesehene Entwicklungen soll der Aufsichtsrat eine Begrenzungsmöglichkeit (Cap) vereinbaren*" ("Art. 4.2.3, § 2.º: Como componentes varáveis da remuneração com efeito de incentivo a longo prazo e caráter de risco, constituem exemplo, especialmente, as ações da sociedade com bloqueio plurianual à alienação, *stock options* ou instrumentos análogos (por exemplo, *phantom stocks*). *Stock options* ou instrumentos análogos deverão referir-se a parâmetros de comparação exigentes e relevantes. A alteração posterior dos objetivos ou dos parâmetros de comparação deverá ser excluída. Para desenvolvimentos extraordinários e imprevisíveis, o Conselho de Administração deverá acordar uma possibilidade de limitação (Cap)" – tradução livre).

53 *Wertpapier*.

54 Código de Governança Corporativa alemão, art. 4.2.4: "*Die Vergütung der Vorstandsmitglieder soll im Anhang des Konzernabschlusses aufgeteilt nach Fixum, erfolgsbezogenen Komponenten und Komponenten mit langfristiger Anreizwirkung ausgewiesen werden. Die Angaben sollen individualisiert erfolgen*" ("*Art. 4.2.4: A remuneração dos membros da Diretoria deverá ser estabelecida no anexo do balanço consolidado da empresa, com indicação separada dos componentes fixos e daqueles relacionados a rendimento e a incentivo de longo prazo. Os dados deverão ser individualizados*" – tradução livre).

55 Código de Governança Corporativa alemão, art. 5.4.5, § 2.º: "*Die Mitglieder des Aufsichtsrats sollen neben einer festen eine erfolgsorientierte Vergütung erhalten. Die erfolgsorientierte Vergütung sollte auch auf den langfristigen Unternehmenserfolg bezogene Bestandteile enthalten*" ("Art. 5.4.5, § 2.º: Os membros do Conselho de Administração deverão receber uma remuneração fixa e uma remuneração orientada pelo desempenho. A remuneração orientada pelo desempenho também deve conter componentes relacionados ao resultado de longo prazo da empresa" – tradução livre).

56 Código de Governança Corporativa alemão, art. 5.4.2: "*Eine unabhängige Beratung und Überwachung des Vorstands durch den Aufsichtsrat wird auch dadurch ermöglicht, dass dem Aufsichtsrat nicht mehr als zwei ehemalige Mitglieder des Vorstands angehören sollen und dass Aufsichtsratsmitglieder keine Organfunktionen oder Beratungsaufgaben bei wesentlichen Wettbewerbern des Unternehmens ausüben sollen*" ("Art. 5.4.2: A consultoria e controle independentes da Diretoria pelo Conselho de Administração também serão proporcionados, de maneira que não deverão pertencer ao Conselho de Administração mais do que dois ex-membros da Diretoria. Os membros do Conselho de Administração não deverão exercer nenhuma função diretiva nem de consultoria em concorrentes importantes da empresa" – tradução livre).

57 Código de Governança Corporativa alemão, art. 5.2: **"***Aufgaben und Befugnisse des Aufsichtsratsvorsitzenden, § 2.º: Der Aufsichtsratsvorsitzende soll zugleich Vorsitzender der Ausschüsse sein, die die Vorstandsverträge behandeln und die Aufsichtsratssitzungen vorbereiten. Den Vorsitz im Prüfungsausschuss (Audit Committee) sollte er nicht innehaben*" ("Art. 5.2: Atribuições e competências do presidente do Conselho de Administração, § 2.º: O presidente do Conselho de Administração deverá ser ao mesmo tempo presidente das comissões que tratam dos contratos da Diretoria e que preparam as reuniões do Conselho de Administração. Ele não deve ser presidente da Comissão de Controle Interno" – tradução livre).

58 Código de Governança Corporativa alemão, art. 5.3.2: "*Der Aufsichtsrat soll einen Prüfungsausschuss (Audit Committee) einrichten, der sich insbesondere mit Fragen der Rechnungslegung und des Risikomanagements, der erforderlichen Unabhängigkeit des Abschlussprüfers, der Erteilung des Prüfungsauftrags an den Abschlussprüfer, der Bestimmung von Prüfungsschwerpunkten und der Ho-norarvereinbarung befasst. Der Vorsitzende des Prüfungsausschusses sollte kein ehemaliges Vorstandsmitglied der Gesellschaft sein*" ("Art. 5.3.2: O Conselho de Administração deverá estabelecer uma Comissão de Controle Interno que se encarregue, especialmente, das questões referentes à contabilidade e à gestão dos riscos, à independência exigida do auditor revisor, à atribuição do cargo de revisão ao auditor, à determinação dos pontos-chave de revisão e dos honorários. O presidente da Comissão de Controle Interno não deve ter sido ex-membro da Diretoria da sociedade" – tradução livre).

59 Código de Governança Corporativa alemão, art. 5.4.3: "*Jedes Aufsichtsratsmitglied achtet darauf, dass ihm für die Wahrnehmung seiner Mandate genügend Zeit zur Verfügung steht. Wer dem Vorstand einer börsennotierten Gesellschaft angehört, soll insgesamt nicht mehr als fünf Aufsichtsratsmandate in konzernexternen börsennotierten Gesellschaften wahrnehmen*" ("Art. 5.4.3: Todo membro de Conselho de Administração deverá ter à disposição tempo suficiente para o exercício de seu mandato. Quem pertence à Diretoria de uma sociedade por ações não deverá exercer ao todo mais do que cinco mandatos em Conselhos de Administração em outras sociedades por ações estranhas à empresa" – tradução livre).

60 Código de Governança Corporativa alemão, art. 5.5.2: "*Jedes Aufsichtsratsmitglied soll Interessenkonflikte, insbesondere solche, die auf Grund einer Beratung oder Organfunktion bei Kunden, Lieferanten, Kreditgebern oder sonstigen Geschäftspartnern entstehen können, dem Aufsichtsrat gegenüber offenlegen*" ("Art. 5.5.2: Todo membro do Conselho de Administração deverá informar conflitos de interesse ao Conselho de Administração, especialmente aqueles que possam surgir com base na consultoria ou função diretiva junto a clientes, fornecedores, credores ou outros parceiros de negócio" – tradução livre).

61 Código de Governança Corporativa alemão, art. 7.2.1, § 1.º: "*Vor Unterbreitung des Wahlvorschlags soll der Aufsichtsrat bzw. der Prüfungsausschuss eine Erklärung des vorgesehenen Prüfers einholen, ob und ggf. welche beruflichen, finanziellen oder sonstigen Beziehungen zwischen dem Prüfer und seinen Organen und Prüfungsleitern einerseits und dem Unternehmen und seinen Organmitgliedern andererseits bestehen, die Zweifel an seiner Unabhängigkeit begründen können. Die Erklärung soll sich auch darauf erstrecken, in welchem Umfang im vorausgegangenen Geschäftsjahr andere Leistungen für das Unternehmen, insbesondere auf dem Beratungssektor, erbracht wurden bzw. für das folgende Jahr vertraglich vereinbart sind*" ("Art. 7.2.1, § 1.º: Antes de submeter uma proposta de eleição, o Conselho de Administração ou a Comissão de Controle Interno deverão obter uma declaração do auditor que se tem em vista com respeito às relações profissionais, financeiras ou de outra natureza que existam entre a empresa de auditoria, seus órgãos e seus diretores de auditoria, de um lado, e a sociedade e os membros de seus órgãos, de outro lado, que possam suscitar dúvidas com relação à sua independência. A declaração deverá especificar em que medida, no ano fiscal anterior, outras atividades, especialmente no setor de consultoria, foram desempenhadas para a empresa, e se tais atividades foram acordadas contratualmente para o ano seguinte" – tradução livre).

62 Código de Governança Corporativa alemão, art. 7.2.1, § 2.º: "*Der Aufsichtsrat soll mit dem Abschlussprüfer vereinbaren, dass der Vorsitzende des Aufsichtsrats bzw. des Prüfungsausschusses über während der Prüfung auftretende mögliche Ausschluss- oder Befangenheitsgründe unverzüglich unterrichtet wird, soweit diese nicht unverzüglich beseitigt werden*" ("Art. 7.2.1, § 2.º: O Conselho de Administração deverá entrar em acordo com o auditor revisor, no sentido de que o presidente do Conselho de Administração ou da Comissão de Controle Interno sejam informados imediatamente sobre circunstâncias que surjam durante a atividade de auditoria que possam suscitar a exclusão ou rejeição do auditor, desde que elas não possam ser eliminadas imediatamente" – tradução livre).

63 Código de Governança Corporativa alemão, art. 4.2: "*Zusammensetzung und Vergütung*" ("Art. 4.2: Composição e remuneração" – tradução livre).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex. Ausführungen von Dr. Gerhard Cromme Vorsitzender der Regierungskommission Deutscher Corporate-Kodex anlässlich der Veröffentlichung des Entwurfs Deutscher Corporate Governance-Kodex am 18. Dez. 2001 in Düsseldorf, Berlim, 2001.

———. Ausführungen von Dr. Gerhard Cromme. Vorsitzender der Regierungskommission Deustscher Corporate Governance-Kodex anlässlich der Pressekonferenz nach Übergabe des Deutschen Corporate Governance-Kodex an die Bundesministerin der Justiz Frau Prof. Dr. Herta Däubler-Gmelin am 26. Februar 2002 in Berlin, Berlim, 2002.

———. Deutscher Corporate Governance Kodex, Berlim, 2003.

———. Mitteilung für die Presse nr. 9/02 Berlin, am 26 Februar 2002. Kodex macht deutsche Unternehmen fit für die internationalen Finanzmärkte. Klare Verhaltensstandards für Transparenz und Vertrauen in deutschen Unternehmen, Berlim, 2002.

———. Mitteilung für die Presse, am 8. Nov. 2002, Berlim, 2002.

———. Mitteilung für die Presse, am 21. Mai 2003, Berlim, 2003.

———. Transparenz und Publizitätsgesetz in Kraft getreten, Berlim, 2003.

BAYERISCHE HYPO- UND VEREINSBANK AKTIENGESELLCHAFT. Erklärung zum Deutschen Corporate Governance Codex, Munique, 2 Dez. 2003.

HAKELMACHER, Sebastian. *Corporate Governance oder Die korpulente Gouvernante*. 2. ed. Colônia: Otto Schmidt, 2005.

HILB, Martin. *Integrierte Corporate Governance*. Ein neues Konzept der Unternehmensführung und Erfolgskontrolle: Ein Neues Konzept Der Unternehmensfuhrung Und Erfolgskontrolle. 2. ed. Berlim: Springer, 2006.

HOMMELHOFF, Peter; HOPT, Klaus J.; WERDER, Axel von. *Handbuch Corporate Governance*. Colônia, Otto Schmidt, 2003.
KUCK, Dieter. *Aufsichtsräte und Beiräte in Deutschland*. Rahmenbedingungen, Anforderungen, professionelle Auswahl. Wiesbaden: Gabler, 2006.
MALIK, Fredmund. *Corporate Governance und Unternehmenspolitik*. Von der richtigen und guten Führung. Frankfurt: Campus Verlag GmbH, 2007.
———. *Die Neue Corporate Governance*. Richtiges Top-Management - Wirksame Unternehmensaufsicht. 3. ed. Frankfurter Allgemeine Buch, 2002.
MENZIES, Christof. *Sarbanes-Oxley Act*. Professionelles Management interner Kontrollen. Stuttgart: Schäffer-Poeschel, 2004.
PASALIC, Mario. *Der Deutsche Corporate Governance Kodex*. Die Akzeptanz und Umsetzung bei börsennotierten Gesellschaften. Saarbrücken: Verlag Dr. Müller, 2007.
SCHEWE, Gerhard. *Unternehmensverfassung*: Corporate Governance Im Spannungsfeld Von Leitung, Kontrolle Und Interessenvertretung. Berlim: Springer, 2005.

Roberto de A. Chacon de Albuquerque

Universidade Católica de Brasília
SGAN 916 – Módulo "B" – Sala B 304
Plano Piloto – 70790-160
Brasília, Brasil
robertocalbuquerque@yahoo.com

Professor da Universidade Católica de Brasília, Brasil
doutor em direito pela USP, Brasil

TEXTO APRESENTADO NO SEMINÁRIO *COMPANY LAW MODERNIZATION: TRANSATLANTIC PERSPECTIVES*, REALIZADO EM 17 DE SETEMBRO DE 2008, NO AUDITÓRIO DA DIREITO GV.

MODERNIZAÇÃO DO DIREITO SOCIETÁRIO: PERSPECTIVA TRANSATLÂNTICA

Klaus J. Hopt

THE MODERNIZATION OF CORPORATE LAW: A TRANSATLANTIC PERSPECTIVE

TRADUÇÃO *Viviane Muller Prado*

RESUMO

Este texto reproduz a palestra proferida pelo Prof. Dr. Klaus Hopt na Direito GV em 17 de setembro de 2007. O autor aborda temas importantes do direito societário de uma perspectiva transatlântica, isto é, com o olhar para as influências recíprocas existentes entre o direito norte-americano e o europeu. Discorre sobre *disclosure* e transparência, analisa os diferentes problemas de agência na relação societária (acionista *versus* administradores, minoritários *versus* majoritários, e acionistas versus outros interessados na empresa); opina sobre a figura dos administradores independentes, sobre o difícil tema das operações entre partes relacionadas e conflito de interesses. Por fim, passa pelas regras de mercado, *soft law* societária, responsabilidade criminal e civil dos administradores e *enforcement* público e privado.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Societário, Direito Comparado, Estados Unidos, Europa

ABSTRACT

This text reproduces Prof. Dr. Klaus Hopt´s lecture at Direito GV on September 17, 2007. The Author writes about important subjects related to company law from a transatlantic perspective, it means, considering the reciprocal influences between American and European Law. He analyses the following themes: diclosure and transparency, different agency problems on corporate relations (shareholders *versus* managers, minority *versus* majority, and shareholders *versus* other constituencies), independent directors, related party transactions, conflict of interest, market law, soft company law, criminal and civil liability of directors and, finally, public and private enforcement.

KEYWORDS

Corporate Law, Comparative Law, USA, Europe

Introdução: Direito societário, modernização, perspectiva transatlântica e competição global

Direito societário, na minha abordagem, não é o conjunto de minúcias dogmáticas e práticas de cada país, deleite de acadêmicos e um trabalho altamente lucrativo para aqueles que exercem profissões jurídicas. Em vez disso, examinarei alguns problemas gerais e fundamentais deste ramo do direito (KRAAKMAN et al., 2004, p. 17). *Modernização* tem sido um elemento presente no direito societário desde o início da

sua história. Já nos seus primeiros dias na Itália, o direito societário sempre tem se configurado, de um lado, pelas necessidades econômicas e, por outro lado, pelos abusos financeiros em detrimento dos acionistas e minoritários. Modernização foi a resposta para esses dois fenômenos, como demonstrado de modo impressionante pelas muitas codificações societárias no século XIX, bem como pela recente onda de reformas legislativas pré e pós-Enron, que ocorreu em vários países. Não há nada de novo em olhar a modernização do direito societário pela "perspectiva transatlântica". Inicialmente, o modelo de codificação do direito societário no século XIX foi o *Code de Commerce* francês de 1807, mas depois foi o *Join Stock Companies Act* inglês de 1844, em razão de sua abordagem moderna e liberal. Apenas na década de 1920, o direito societário americano tornou-se importante fonte de experiência e inspiração. Walter Hallstein, mais tarde presidente da Comissão Européia e, naquele momento, pesquisador sênior do Instituto Max Planck de Hamburgo, disse em 1931: "A característica mais importante do mais recente desenvolvimento do direito societário na Europa Continental [...] é a forte intromissão das linhas de pensamento anglo-americanas" (HALLSTEIN, 1931, p. 53). Desde então, o direito societário americano tornou-se relevante para os comparatistas e para os responsáveis pelas reformas legislativas. Após a Segunda Guerra Mundial, praticamente uma geração inteira de professores alemães de direito societário estudou nos Estados Unidos. Atualmente, as fortes ondas da Enron e do *Sarbanes-Oxley Act* estão inundando nossos países. Está se tornando muito forte a influência do direito americano no direito societário, nas regras contábeis e no direito de mercado de capitais europeu. A influência americana vai além, sendo sentida também na maioria de outros ramos do direito com relevância econômica. Não é de surpreender que tudo isso tenha ocasionado fortes movimentos contrários – à semelhança daqueles que são contra a vacinação – a "*lex* Americana" e a cultura jurídica americana – surgindo uma forte consciência do conflito de jurisdições e até mesmo, em alguns momentos, um sentimento de "guerra entre civilizações" dentro do hemisfério ocidental. Já em uma visão mais desinteressada, econômica e internacional de nós, advogados societários, tudo isso é apenas parte natural da "competição global" dos dias atuais, na qual não se incluem apenas produtos, como em tempos passados, ou serviços, como hoje em dia, mas também regras (*rules*) e leis (*law*) e formuladores de regras (*rule makers*) e legisladores. Considero que essa competição é saudável também no direito societário. Competição significa aprender com os outros, tanto em relação às boas quanto às más experiências de outros lugares. Nesse sentido, agora examinarei alguns princípios fundamentais do direito societário de uma perspectiva transatlântica. Ao fazer isso, tenho consciência de muitas características básicas comuns, mas também de diferenças decorrentes, entre outras coisas, da estrutura de capital e de propriedade, do acesso a formas de financiamento, do intervencionismo regulatório e de questões relacionadas com litígios.

1. Divulgação de informações (*disclosure*) e transparência

1.1 O aumento do *disclosure* nos direitos societário e de mercado de capitais da perspectiva transatlântica

Da perspectiva transatlântica, o primeiro e mais influente princípio fundamental do direito societário a ser mencionado relaciona-se com o *disclosure* e a transparência. É comum o retorno às reformas de Gladstone de 1844 e 1845 na Inglaterra, apesar de a mesma idéia ter surgido em outros lugares na Europa. Todos nós conhecemos o famoso *slogan* de Brandeis no seu livro intitulado *Other people's money*, publicado em 1914: "A luz do sol é o melhor desinfetante; a luz elétrica é a mais eficiente polícia" (BRANDEIS, 1914, cap. 5). Mas o famoso responsável pela reforma da lei societária da Prússia sobre companhias ferroviárias, David Hansemann, já sabia disso em 1837: "Entre outros motivos pelos quais um administrador de uma grande companhia compromete-se com o cumprimento da lei e age de maneira eficiente deve ser incluído o fato dele estar, em certo grau, exposto à opinião pública. Este é o controle mais efetivo. Em nenhum Estado, seja qual for a sua constituição política, pode ser encontrada razão que justifique não permitir este tipo de controle" (HANSEMANN, 1837, p. 104).

Já o *disclosure*, considerado instrumento regulatório fundamental, foi introduzido no direito societário e no direito de mercado de capitais europeu apenas posteriormente, via regulação americana sobre valores mobiliários, de competência do direito societário federal, até certo ponto, como todos nós sabemos. Esse desenvolvimento foi descrito detalhadamente em outro lugar. Interessante observar o paralelo histórico na Europa da importância dada à regulação substantiva pelos Estados americanos. O direito societário europeu confiou e ainda confia mais na regulação substantiva. Apenas recentemente a regulação relacionada com *disclosure* tornou-se mais importante. Além das tradicionais demonstrações financeiras anuais e outras informações voltadas ao passado, mencionarei o *disclosure* da remuneração dos administradores, o *disclosure* das operações entre partes relacionadas, o *disclosure* de conflitos de interesses, o prospecto, o *disclosure* imediato ou *ad hoc*, o *disclosure* do quadro acionário, o *disclosure* no processo de aquisição do controle societário de uma empresa por outra (*takeover*) e, mais recentemente, o relatório de governança corporativa de companhias abertas. Este último está disciplinado na Diretiva que reformou as regras sobre demonstrações financeiras, de 14.06.2006.

1.2 Os prós do *disclosure* como instrumento regulatório europeu, apesar dos problemas práticos

Apesar das incertezas teóricas e práticas, estou convencido de que *disclosure*, incluindo *disclosure* obrigatório, é um dos mais importantes instrumentos modernos da regulação do direito societário europeu, principalmente por três razões. Primeiro,

porque o *disclosure* favorece a autonomia das partes e ajuda a tornar as operações de mercado mais confiáveis e, por isso, mais atrativas para os seus participantes, tanto os profissionais quanto os não-profissionais. A regulação de *insider trading* protege os intermediários e, por conseqüência, reduz o preço dos *spreads*; a informação sobre *takeover* protege os acionistas e, por isso, fomenta o mercado de aquisição de controle societário. Segundo, porque o *disclosure* é menos intrusivo e representa uma regulação orientada para o mercado se comparada com a regulação substantiva, o que deveria ser a primeira escolha para as regras européias. Terceiro, porque o *disclosure* e a transparência podem ajudar no *enforcement* tanto por instituições públicas como pela iniciativa privada de acionistas.

2. Diferentes problemas na relação entre principal e agente

2.1 Acionistas *versus* administradores: problemas no conselho

Para a modernização do direito societário, uma das diferenças de maior destaque entre o novo e o velho mundo é a prevalência de dois tipos distintos de problemas de agência. Enquanto nos Estados Unidos o foco é o conflito entre acionistas e administradores (KRAAKMAN et al., 2004, p. 53/67), na Europa continental a maior preocupação dos legisladores tem sido a proteção dos minoritários perante o acionista majoritário ou a sociedade controladora, o que, claro, decorre da diferença da estrutura de propriedade e a prevalência de companhias com controle pulverizado (*public companies*) nos Estados Unidos e de companhias com bloco de controle e de empresas familiares na Europa continental. Já há algum tempo que dispomos de dados empíricos de boa qualidade também em relação a estas últimas.

A estrutura de capital existente nos Estados Unidos levou os advogados, os tribunais e a academia a se preocupar com o Conselho (KRAAKMAN et al., 2004, p. 224). Neste ponto, o conflito entre administrador e acionistas tornou-se bastante óbvio. A idéia de administrador independente logicamente nasceu nos Estados Unidos e apenas mais tarde foi transplantada para a Europa. Também não é de surpreender que o fenômeno dos investidores institucionais e, mais recentemente, dos *private equity* e fundos de *hedge* primeiro apareceu nos Estados Unidos, fato seguido de preocupações na regulação. Seria precipitado, no entanto, concluir que há uma relação de conseqüências comuns entre Estados Unidos e Europa. Da visão da Europa continental, alguns tendem a equiparar o Reino Unido aos Estados Unidos, como poderia sugerir o modo próprio de falar de uma família jurídica anglo-saxã. O mercado de capitais do Reino Unido, no entanto, é muito mais marcado pelos investidores institucionais que o dos Estados Unidos e, algumas vezes, segue estratégias regulatórias completamente diferentes e até mesmo opostas. Um bom exemplo disso é a lei sobre *takeover* e o princípio de não-frustração (*anti-frustration*)

para os administradores da empresa-alvo, de acordo com o *City Code,* se comparado com a regra de apenas-diga-não (*just-say-no rule*) existente em Delaware. Claro que, na Europa continental, por um longo tempo, o conselho também tem sido objeto de discussão e reforma, em particular o chamado conselho de supervisão do modelo alemão. Atualmente, parte da discussão se deve às diferentes estruturas de governança, incluindo o sistema de administração monista (*one-tier board system*) ou dualista (*two-tier board system*). A escolha entre os dois sistemas não parece depender da estrutura de propriedade, mas do desenvolvimento histórico e outras questões históricas relacionadas com os modelos de regulação. Recentemente, tem-se constatado certa tendência de convergência dos dois sistemas, que surge, por exemplo, desde que no Reino Unido existe separação interna de companhias listadas no órgão de administração (*one-tier board*), conseqüência da necessidade de atender à expectativa do melhor controle que surge com a existência de administradores independentes. Além disso, no Reino Unido – diferente dos Estados Unidos –, a separação entre a figura do principal executivo da companhia e do presidente do órgão de administração tornou-se cada vez mais comum. Por outro lado, em algumas companhias alemãs com bloco de controle ou com controle familiar, a separação formal é quase sem significado, uma vez que os membros do órgão de gestão de fato escolhem os membros do conselho de supervisão. Ainda, a existência de diferentes sistemas de administração traz diferenças jurídicas e práticas, razão porque acadêmicos do *High Level Group* e também a Comissão Européia, no seu Plano de Ação, pensaram em conferir liberdade para que os acionistas escolham entre os dois sistemas. Atualmente, na Itália, há um menu com três modelos para que os acionistas optem por um deles.

2.2 Minoritário *versus* majoritário: direitos do acionista e proteção ao minoritário

Deixem-me tratar do segundo conflito de agência: a difícil relação entre majoritários e minoritários nas companhias. Este conflito parecia sofrer mais pressão e estava sujeito a um esforço regulatório maior na Europa (KRAAKMAN et al., 2004, p. 60/69). Como resultado, legisladores europeus prestaram mais atenção aos direitos e à proteção dos minoritários. O fenômeno das regras específicas sobre grupos societários, que podem não estar necessariamente consolidadas em regras especiais como as que existem no direito dos grupos alemão (*Konzernrecht*), pode ser explicado por esta preocupação. Também existem grupos societários nos Estados Unidos, ainda que geralmente com a participação pela controladora em 100% do capital. Já na Europa a controladora é apenas titular de uma maioria mais ou menos sólida, suficiente para exercer o controle, e tal participação encontra razão em questões tributárias. Não entrarei agora no direito dos grupos com mais detalhe, mas quero enfatizar que a distinção usual entre países que possuem direito dos grupos e outros que não o têm, como os Estados Unidos e o Reino Unido, é superficial e até mesmo enganosa. Devo

acrescentar que, nos Estados Unidos, há um conjunto de casos sobre grupos, ainda que sob o título de desconsideração da personalidade jurídica e de obrigações do acionista controlador. Sobre acionistas e mais especificamente sobre proteção dos minoritários, as variações entre os ordenamentos jurídicos europeus são consideráveis. Um importante instrumento de proteção do acionista ou do minoritário é o direito de saída, proposto pelo *High Level Group*, e a 13.ª Diretiva o fez obrigatório sob certas condições após a ocorrência de uma *takeover* que tenha êxito. O Plano de Ação prevê esse direito de maneira mais genérica mesmo em situações fora da *takeover*, equivalente ao direito de exclusão (*squeeze-out*) conferido aos acionistas majoritários. Em razão da restrição de tempo, devo passar rapidamente pela atual e intensa discussão sobre o princípio uma ação – um voto.[1] Surpreendentemente, o Diretor McCreevy, que não é apenas um procrastinador, declarou que este tema é uma prioridade da Europa, principalmente para desincentivo dos países escandinavos, onde os direitos de voto múltiplos são comuns (na Finlândia, até recentemente, até 1.000 vezes). Se o direito de voto duplo fosse afetado, a França também se oporia. O presidente da União Européia da Finlândia entendeu ser esta questão bastante importante, tanto que foi objeto da Conferência em Heisinki realizada em 05.10.2006. Neste contexto, deve ficar claro que o *High Level Group* reprimiu a recomendação de tal princípio geral. Ao contrário, entendemos que essa regra é útil em um contexto mais restrito das *takeovers* com o fim de abrir empresas muito protegidas, principalmente em *takeover* que ocorra com empresas de diferentes países. A Comissão Européia determinou a realização de um estudo sobre esta questão e, se McCreevy insiste, nós poderemos terminar com uma recomendação européia sobre isso, mas provavelmente não antes de 2008. Estabelecer o limite do alcance do princípio passa a ser extremamente difícil, tendo em vista o surgimento de inúmeros novos instrumentos financeiros no mercado que permitem deixar clara a distinção entre acionistas e obrigacionistas. Além disso, deve-se esperar difíceis problemas de compensação, como demonstra a experiência alemã com a introdução de tal regra. Deixem-me dizer uma última palavra sobre a proteção dos minoritários em geral. É óbvia a dificuldade de decidir entre proteção e flexibilidade da lei societária. A resposta básica deve ser – tanto aqui como no direito societário em geral – liberdade contratual e avaliação da competição contratual no mercado de capitais. Regras obrigatórias precisam ser justificadas.

2.3 Acionistas *versus* outros interessados na empresa: o caso da co-gestão *(codetermination)* dos trabalhadores

Estou caminhando para o terceiro problema de agência, o conflito entre os acionistas e outros interessados na empresa, por exemplo, credores, trabalhadores e consumidores (KRAAKMAN et al., 2004, p. 2/22). Existem consideráveis diferenças históricas na percepção e na regulação desse problema entre os Estados Unidos e

parte da Europa, de um lado, e entre economistas e sociólogos, de outro. Muito disso se deve a diferentes identidades históricas e culturais dos Estados Unidos e da Europa e das duas disciplinas. Esta diversidade encontra seu ponto máximo no fenômeno da participação dos trabalhadores no conselho. Mas vou poupar vocês da descrição do acalorado debate que existe na Alemanha. Estou convencido de que os acionistas são os últimos a correr os riscos empresariais e que a proteção dos trabalhadores é necessária, mas esta proteção não é tarefa do direito societário (KRAAKMAN et al., 2004, 18/61 et seq.).

3. Administradores independentes, operações entre partes relacionadas e conflitos de interesses

3.1 Administradores independentes nos direitos americano e europeu: o perigo de transplantes

Como mencionado antes, a obrigatoriedade de administradores independentes originariamente foi uma idéia americana. Primeiramente, foi considerada uma panacéia; depois, as expectativas começaram a apagar essa percepção consideravelmente, mas ainda é um importante artifício para atenuar o conflito. O direito americano encoraja fortemente que não-empregados (e também independentes) sejam membros do conselho de companhias abertas. Além disso, regras do mercado de capitais dos Estados Unidos exigem uma maioria de administradores independentes no conselho de companhias listadas (KRAAKMAN et al., 2004, p. 50).

A idéia vem sendo absorvida pelo direito societário europeu. A Comissão Européia, na sua recomendação de 15.02.2005,[2] sugeriu que as companhias listadas deveriam ter três comitês: um para nomeação, um para remuneração e um para auditoria; e a maioria dos seus membros deveria ser independente. Independência certamente não é apenas o que o tradicional modelo de administração dualista exige – por exemplo, incompatibilidade de uma mesma pessoa ser membro nos dois órgãos da administração –, indo muito mais longe. O Parágrafo 13.1 afirma como princípio geral: "Um administrador deve ser considerado independente somente se ele for livre de qualquer relação de negócio, familiar ou outro tipo de relação com a companhia, seus acionistas controladores e administradores de ambos, que crie conflito de interesses que prejudique seu julgamento". O anexo II dessa recomendação enumera uma longa série de situações nas quais a independência pode estar faltando. Enquanto ainda estou tratando dessa recomendação, não apenas porque retoma o proposto do nosso *High Level Group*, gostaria de apontar três problemas sérios das companhias européias. O primeiro é a bem conhecida decisão entre administradores independentes ou aqueles que tenham profundo conhecimento da companhia, preocupação que deve ser acomodada pela correta combinação de ambos os tipos de

administradores e a prevalência da competência do conselho sobre as recomendações dos comitês. Uma exceção a isso deve ser o comitê de auditoria.

O segundo problema é conseqüência dos tradicionais grupos europeus e suas relações de controle com suas subsidiárias diretas e indiretas, exercido freqüentemente por meio da administração da subsidiária. Se essa forma é proibida ou não é mais confiável, outras maneiras de exercício do controle ou de estruturação das relações nos grupos devem ser encontradas, o que deve causar mais interesse na Europa que nos Estados Unidos, uma vez que os mercados, as línguas, as culturas e as leis são consideravelmente diferentes. O terceiro problema relaciona-se com a acima mencionada co-gestão dos trabalhadores. O resultado de seguir a recomendação da União Européia na Alemanha implica dividir os membros do conselho eleitos pelos acionistas em independentes e outros administradores, enquanto os representantes dos trabalhadores não seriam atingidos, o que poderia não somente representar preponderância dos trabalhadores nos três comitês de administração, mas, no final das contas, também no próprio conselho. Por sorte, até o momento, tal recomendação da Comissão Européia não é vinculante.

3.2 Operações entre partes relacionadas e conflitos de interesses, em particular *insider trading* e remuneração dos administradores

Usei os administradores independentes como exemplo para demonstrar as dificuldades do transplante de regras estrangeiras em uma legislação própria sem considerar as estruturas de capital e de grupo em diferentes ambientes econômicos e legais. Regras societárias que podem funcionar bem nos Estados Unidos podem ter efeitos muito diversos na Europa. Pensamento similar, talvez não com tão dramática diferença de tradição, poderia ser mostrado em outros temas do direito societário, como as operações entre partes relacionadas e, mais genericamente, o conflito de interesses, área na qual as legislações dos Estados Unidos e do Reino Unido, muito antes de vários países europeus, reconheceram problemas e estabeleceram regras legais, ainda que nem sempre efetivas. Quatro tipos de operações com a administração podem ser mencionados: negócio consigo mesmo (*self-dealing*), apropriação de oportunidades da companhia, uso de informações privilegiadas (*insider dealing*) e remuneração. Em alguns países europeus, apenas competir com a companhia e obter crédito junto a ela estavam sujeitos à aprovação do conselho. *Self-dealing* e apropriação de oportunidades da companhia tornaram-se de interesse do direito societário muito tempo depois. Ainda mais revelador foi o desenvolvimento da proibição do uso de informações privilegiadas (*insider trading*). Enquanto os Estados Unidos foram adiante com a regra de registro do Parágrafo 16 do *Securities and Exchange Act*, em 1934, e mais tarde com a provisão mais geral de antifraude da *Rule* 10 b-5, o Reino Unido fez o mesmo com a provisão no *Companies Act*, de 1947, e a França, apenas em 1967/68. Muitos outros países, incluindo a

Alemanha, foram forçados pela Diretiva Européia sobre *Insider Trading*, de 1989, a introduzir proibição legal mais significativa em relação ao uso de informações privilegiadas. Quando o *insider trading* foi considerado ilegal na Suíça, foi visto como uma "*lex* americana", uma vez que a *SEC* não tolerava mais uma série de *insider trading* não ser conhecida em razão do sigilo bancário suíço. A remuneração adequada dos administradores permanece um problema ainda sem solução nos Estados Unidos, onde a remuneração explodiu, assim como na Europa. Informação individual obrigatória, como sugerida pela Comissão Européia na sua Recomendação de 14.12.2004, ainda encontra forte resistência em inúmeros países europeus. Mesmo quando tal recomendação é cumprida, não representa um verdadeiro freio. Ao contrário, aqui, *disclosure* parece ter encoberto especialmente o aumento da remuneração dos administradores. Às vezes, protestos públicos podem ajudar, mas apenas em circunstâncias específicas, por exemplo, quando a companhia não tem sensibilidade suficiente e, mais ou menos ao mesmo tempo, demite trabalhadores e aumenta substancialmente a remuneração dos administradores, ou quando tal aumento ocorre juntamente com a insolvência de uma ex-subsidiária e com grande repercussão para os ex-empregados da Siemens. Outros esforços regulatórios são necessários para parar com o denominado "pagamento sem resultados." A necessária deliberação em assembléia geral, como exigido no Reino Unido, é uma forma de regulação, mas as demonstrações financeiras podem ser um pouco mais eficientes, como já prescrito depois de um longo debate pela *IFRS* e pela *US GAAP*.Duas lições podem ser aprendidas destas observações. A primeira é que, com freqüência, alguns problemas regulatórios no direito societário, bem como em outras áreas do direito, surgem primeiro nos Estados Unidos e apenas posteriormente são reconhecidos na Europa. É evidente que a razão disso não é que os europeus sejam mais devagar, como um atributo a eles inerente (apesar de certamente ser mais lento o divergente processo político europeu). Ao contrário, isso ocorre porque os Estados Unidos têm um mercado maior, uma economia e uma sociedade mais abertas, em que fenômenos econômicos e da sociedade moderna industrial ocorrem com maior extensão primeiro. A segunda lição e em conexão com esse tema refere-se aos reguladores dos Estados Unidos, que se tornaram mais sensíveis a conflitos de interesses antes e em maior grau que os legisladores europeus. Enquanto na Alemanha e na Suíça o *insider trading* era ainda muito difundido e não perfeitamente previsto na legislação, mas representava a sinalização da necessidade de vigilância, nos Estados Unidos já era considerado crime. O conflito de interesses dos administradores ainda é tratado de forma inadequada em muitos países europeus, da mesma maneira que na regulação bancária e de valores mobiliários havia tempo que vinha sendo fonte de preocupações nos Estados Unidos, enquanto na Alemanha a regulamentação do tema não tinha sido tratada em uma discussão genérica antes de 1975. Regras cogentes surgiram em muitos países europeus apenas quando a União Européia as

exigiu na Diretiva sobre Serviços de Investimentos, de 1993, e de uma forma muito mais detalhada no *MiFID*, de 21.04.2004.

4. Regras de mercado, *Soft Law*, Sanções e *Enforcement*

4.1 Mercado e regras de saída do mercado

4.1.1 Em muitos países da Europa continental, o direito societário tradicionalmente foi considerado direito contratual ou, se a companhia fosse uma pessoa jurídica, direito de uma organização jurídica. A idéia de o mercado ter algum papel nisso estava muito longe. As regras sobre transferência de participação societária e ações eram apenas um anexo do direito societário. Com o surgimento da regulação sobre valores mobiliários ou – como os europeus costumam chamar – do direito do mercado de capitais, isso mudou. Esta mudança ocorreu primeiro nos Estados Unidos na década de 1930 e depois na Europa, com base no exemplo americano, apesar de na Alemanha e na Suíça ter acontecido de maneira lenta a partir da década de 1970. A regulamentação sobre valores mobiliários desenvolveu-se, em certo grau, como "direito societário federal", nos Estados Unidos, e representou um tipo de herança americana para a Europa e para o mundo. Na teoria societária moderna européia, direito societário e direito do mercado de capitais são também irmãos gêmeos. As muitas sobreposições de regras são prova disso.

É verdade que a dupla natureza das regras e dos institutos de direito societário e de direito de mercado de capitais tem os seus problemas, o que pode ser percebido no hiato entre considerar o direito societário como direito privado e o direito do mercado de capitais como direito público (KRAAKMAN et al., 2004, p. 213) (o contraste dessa distinção, por questões históricas, é sentido mais fortemente sentido na Europa que nos Estados Unidos). Mas os problemas também podem ser constatados no fato de diferentes tribunais e jurisdições terem competência para decidir conflitos. Por outro lado, o caráter híbrido é similar aos registros de um órgão de igreja, uma vez que eles permitem muitas nuances e tocar com forças diferentes. Como exemplo, pode-se tomar a questão do *enforcement*. Não posso ir mais fundo nesta questão, mas gostaria de mencionar apenas três áreas particularmente férteis para o desenvolvimento tanto do direito societário quanto do direito do mercado de capitais. A primeira é o direito de exclusão (*squeeze-out*), que tanto está previsto em dispositivo sobre questões posteriores ao *takeover*, conforme a 13.ª Diretiva, quanto é considerado em instrumentos do direto societário, conforme o Plano de Ação da Comissão Européia. Tenho conhecimento de que os ingleses restringem o direto de exclusão às normas sobre *takeover*, enquanto em outros países, até a 13.ª Diretiva, esse direito não existia ou, se existia, era um instrumento que

possibilitava ao acionista participação de 95% ou mais e excluir o restante. Segundo, o exemplo americano mostra a fertilidade das regras antifraude, como a *Rule* 10b-5 que a *SEC* e as cortes americanas utilizam com freqüência. Por razões históricas e de direito administrativo, as comissões européias sobre valores mobiliários, ao menos na Alemanha, abstiveram-se de aumentar as provisões antifraude. O equivalente às regras antifraude, no entanto, ao menos para os administradores de companhias, está nas suas obrigações de lealdade, que têm extensas ramificações. Terceiro, há a clara tendência no direito societário moderno, tanto na lei e na prática quanto na academia e na teoria, de se ter um conjunto de regras específicas para as companhias listadas (por exemplo, na França, Suécia, Áustria, Alemanha e em parte da legislação européia sobre direito societário, auditoria e demonstrações financeiras). Esta tendência está claramente aumentando, com conseqüências para a teoria e prática do direito societário.

4.1.2 O direito do mercado de capitais é certamente o mais próximo e o mais importante para o direito societário. Deveria mencionar ainda, rapidamente, três outros ramos do direito importantes para o mercado, funcionalmente relevantes para o direito societário. Primeiro está o direito concorrencial que mantém o mercado aberto, questão que, no passado, ainda era tratada dentro das fronteiras do direito societário. Nos Estados Unidos, perto da virada do século XIX para o XX, *The Trust Problem* era um problema do poder das companhias. O desenvolvimento concorrencial ocorreu gradualmente em um campo separado do direito. Hoje, existem importantes sobreposições entre as duas áreas. Alguns conceitos são similares nos dois ramos, por exemplo, a noção de controle, o problema de certas condutas, requisitos de divulgação de informações etc.

Por um lado, o direito específico aplicável às instituições financeiras e às companhias seguradoras e a sua supervisão são também direitos orientados para o mercado. A regulação não apenas da conduta dessas companhias no mercado, mas também da sua formação e organização, é pensada como forma de permitir que apenas agentes sérios atuem no mercado bancário e de seguros. Um dos mecanismos de supervisão neste campo é o requerimento de sistema de gestão de riscos. Estes mecanismos são mais importantes como sinal de alerta prévio e têm o objetivo de evitar quebras com repercussão no mercado e para os seus participantes. É interessante ver que, conforme o direito alemão de sociedades por ações, o órgão de administração é obrigado a estabelecer um sistema de gestão de riscos para identificar e conter procedimentos que possam ameaçar a sobrevivência da empresa. As ligações entre as regras de direito societário com as muito mais avançadas regras bancárias e de seguros são óbvias, apesar de ainda não terem sido adequadamente exploradas. Terceiro, eu deveria mencionar o que pode ser chamado de o direito de saída do mercado (*market exit law*), por exemplo, o direito falimentar. A inter-relação entre direito societário e falimentar é antigo e óbvio.

4.2 *Soft law* societária

Passarei pela *soft law* societária de maneira bastante rápida, apesar de o tema estar crescendo rapidamente. Ao menos uma vez, é um avanço triunfante que iniciou na Europa, especificamente no Reino Unido, e não nos Estados Unidos. Não é apenas uma importante fonte adicional de regulação, como demonstra o movimento internacional de códigos de governança corporativa, e apresenta questões muito complicadas, tanto teóricas quanto práticas, que ainda não foram nem um pouco resolvidas. Uma delas refere-se aos prós e contras da auto-regulação societária como uma alternativa para afastar as normas constantes nos códigos e mesmo no direito cogente.

4.3 Responsabilidades criminal e civil dos administradores

4.3.1 O direito criminal como mecanismo para disciplinar a conduta dos administradores está muito em evidência. Nos Estados Unidos, casos como *Enron*, *Worldcom,* entre outros, formam um histórico, para não mencionar os muitos espetaculares processos judiciais de *insider trading* e fraudes com valores mobiliários que testemunhamos por muitas décadas. No Reino Unido, o promotor público também tem uma função significativa de repressão (KRAAKMAN, et al., 2004, p. 130).O mesmo ocorre na França, onde as sanções criminais aos administradores têm longa tradição. Em ambos os países, promotores públicos têm uma importante função na investigação de operações conflituosas e no fortalecimento do poder de negociação dos litigantes que contestam essas operações. Na França e em outros países, procedimentos criminais podem também ter relação com batalhas políticas. Há países em que os legisladores estão rapidamente adicionando regras criminais e sanções para as condutas da companhia.Neste contexto, eu faria uma objeção no sentido de limitar o direito criminal a violações centrais. São muitas as razões para esta objeção, incluindo a função do direito criminal, a dificuldade probatória, a inefetividade e duração de muitos procedimentos criminais, os bem conhecidos problemas da regulação dos crimes de colarinho branco, a importância do *business judgment rule* para direção das empresas em um ambiente de competição global cada vez mais difícil, de um lado, e as expectativas exageradas do público, da imprensa e de políticos, de outro. Em suma, sanções criminais não deveriam ser utilizadas como remédio geral do direito societário.

4.3.2 Por outro lado, dever-se-ia dar mais peso à responsabilidade dos administradores no direito societário e civil. Deixem-me dar um exemplo: responsabilidade de informações contidas nos prospectos e responsabilidade de administradores por informações falsas presentes nos relatórios financeiros. A Diretiva européia sobre prospectos, de 04.11.2003, contém regra um pouco rudimentar sobre responsabilidade,

incluindo responsabilidade de administradores, da qual muitos países europeus necessitavam. Os legisladores, no entanto, deveriam ir além e introduzir regra mais genérica de responsabilidade dos administradores por informações falsas contidas nos relatórios financeiros. Isso não é para fazer objeção ao chamado "juramento" contábil financeiro obrigatório que supostamente faz do administrador um garantidor da lisura das demonstrações financeiras anuais e dos relatórios financeiros da companhia. As deturpações intencionais ou quase-intencionais ("do que de antemão sabe-se que está incorreto" – "*scienter*") para o publico investidor deveriam ter conseqüências pela má conduta dos administradores, conseqüência lógica da responsabilidade por informações do prospecto no mercado primário, que deve ser seguida também pela responsabilidade por informações financeiras no mercado secundário, por exemplo, informações falsas na assembléia anual, na reunião anual da administração para análises financeiras, e semelhante nos *road shows* e nos relatórios para a imprensa financeira. Neste contexto, a tradicional restrição de tal responsabilidade à responsabilidade do administrador apenas perante a sua companhia deveria ser repensada. Nestas situações mencionadas, deveria ser permitida a responsabilidade direta perante os investidores que sofreram danos financeiros.

4.4 *Enforcement* público e privado e função dos intermediários e *gatekeepers*

4.4.1 A já mencionada questão de apostar na responsabilidade criminal ou na responsabilidade civil dos administradores é parte de uma questão maior: qual é a melhor política jurídica, o *enforcement* público ou privado do direito privado, um campo enorme que não pode ser tratado aqui. Mas uma coisa deve ficar clara sobre o fato de a responsabilidade civil dos administradores poder ser efetiva somente se estiver acompanhada de possíveis instrumentos processuais que facilitam a propositura de ação de responsabilidade contra os administradores (KRAAKMAN et al., 2004, p. 211). Isso implica facilitar a legitimidade dos acionistas para o ajuizamento de medidas judiciais em nome da companhia (*derivative suits*), conferir aos acionistas ou a uma minoria deles a possibilidade de iniciar investigação especial tanto na companhia independente quanto no grupo, e até mesmo a possibilidade de introduzir as *class actions*, não no estilo americano, mas no estilo canadense, como propusemos para o direito do mercado de capitais em um estudo do Instituto Max Planck de Hamburgo para o Ministério da Justiça há alguns anos. Melhorar as possibilidades de *enforcement* privado é uma tendência geral, tendo como exemplo recente o direito concorrencial europeu, mas certamente isso não é uma panacéia. *Enforcement* público – não necessariamente pelo promotor público, mas por um ente fiscalizador do mercado de capitais – permanece crucial para o direito do mercado de capitais e para o direito societário. O exemplo americano de agências administrativas independentes, que exercem a fiscalização e o controle do mercado de capitais e em outros campos,

ditou o ritmo na Europa e em todo o mundo. A lição a ser aprendida disso também é a atuação integrada do ente fiscalizador público, dos tribunais e das partes privadas. Muito trabalho de pesquisa ainda precisa ser realizado neste campo.

4.4.2 Um último ponto a ser mencionado neste contexto é a importante função dos intermediários e dos *gatekeepers* no direito societário e no direito de mercado de capitais. Para o direito societário, isso também não é novo, se for considerado que os administradores são *trustes* dos acionistas e, nesse sentido, intermediários deles. Ocorre que uma função mais relevante de intermediário e de *gatekeeper* é exercida pelos auditores, o que sempre foi reconhecido nos Estados Unidos e no Reino Unido e também em muitas leis societárias européias. Mais recentemente, a União Européia saiu do atraso com a Diretiva n. 8, de 17.05.2006.

5. Conclusão

Iniciei com uma rápida análise do direito societário, da sua modernização e da perspectiva transatlântica. Concluirei da mesma maneira. O *direito societário* está mais moderno que nunca, continua na dianteira das mudanças econômicas e mantém-se relacionado com o desenvolvimento. O direito societário deve servir como laboratório para a regulação jurídica que, se der certo, deve depois passar suas experiências e receitas para o direito civil. Um exemplo recente é a regulação de conflito de interesses, que iniciou no direito societário e no direito do mercado de capitais, tornou-se importante no direito bancário e no do mercado financeiro e, hoje, sua importância é reconhecida genericamente na prática e na regulação dos serviços industriais pelo direito civil. A "modernização do direito societário" continua em construção. Difícil qualquer dos tijolos ou pedras desta construção não estar cercado de controvérsia, o que não poderia ser de outra maneira, pois quase todas as reformas estão relacionadas com interesses adquiridos, na maioria das vezes interesses financeiros, mas também com costumes, tradições, convicções ou ideologias. A "perspectiva transatlântica" é mais útil que nunca no direito societário e no direito de mercado de capitais e vai além. O diálogo transatlântico entre Europa e Estados Unidos é absolutamente essencial. Bons progressos estão sendo feitos, iniciando-se pelo direito concorrencial, continuando com a governança corporativa e regulamentação de valores mobiliários, e está indo para o campo do direito bancário. O Instituto de Governança Corporativa Europeu é um confiável agente e um bom parceiro para a Comissão Européia neste diálogo, que envolve o melhor interesse de ambas as partes envolvidas. Isso porque, no longo prazo, Europa e EUA estarão enfrentando os mesmos desafios que estão surgindo em países do Oriente, como China e Índia.

NOTAS

1 A literatura é vasta. Para uma breve introdução, ver KRAAKMAN et al., 2004, p. 56.

2 Hopt ZIP 2005, 469.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Brandeis, Louis Dembitz. *Other People's Money:* and how the bankers use it. New York. New York : F.A. Stokes, 1914.
Hallstein, Walter. *Die Aktienrechte der Gegenwart:* gesetze und entwu?rfe in rechtsvergleichender darstellung. Berlim: F. Vahlen, 1931.
HANSEMMAN, David Justus Ludwig. *Die Eisenbahnen und deren Aktionäre in ihrem Verhältniß zum Staat*. Leipzig: Renger'sche Verlagsbuchhandlung, 1837.
KRAAKMAN, Davies et al. *The anatomy of corporate law:* a comparative and functional approach. Oxford: Oxford University Press, 2004.

Klaus J. Hopt

Professor do Instituto Max-Planck – Instituto de Direito Privado, Alemanha

Max-Planck – Instituto de Direito Privado
Mittelweg, 187 – D-20148
Hamburgo, Alemanha
hopt@mpipriv-hh.mpg.de

A REGRA-MATRIZ DE INCIDÊNCIA ANTITRUSTE
PARA CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS

Marcel Medon Santos *

CONTENT AND LOGICAL STRUCTURE OF THE ARTICLE 20 OF STATUTE 8.884/94 (ANTITRUST LAW)

RESUMO

Característica marcante do Direito da Concorrência é a interdisciplinaridade. Nas análises de condutas lesivas à ordem econômica, existe a necessidade de aplicação do Direito sobre um suporte fático geralmente composto por fatos econômicos. Por essa razão, a evolução doutrinária e jurisprudencial da matéria aponta um aprofundamento da utilização da Ciência Econômica na identificação jurídica das condutas anticoncorrenciais. No entanto, no atual estágio de evolução dos estudos da matéria no Brasil, verifica-se pouca clareza a respeito dos papéis e dos níveis de atuação de cada disciplina. Este artigo procurará facilitar essa visualização, dissecando a estrutura lógica da norma jurídica de Direito Concorrencial para repressão a condutas lesivas à ordem econômica, identificando os critérios que a compõem e permitindo, com isso, a localização dos termos que viabilizam a utilização do instrumental econômico na tarefa de dizer o Direito nos casos de condutas anticoncorrenciais.

PALAVRAS-CHAVE

Direito da Concorrência, condutas anticoncorrenciais, norma jurídica, estruturas lógicas, regra-matriz de incidência, Suporte fático.

ABSTRACT

A striking feature of Antitrust Law is its interdisciplinarity. The analysis of anticompetitive conducts generally requires the implementation of Law on a factual support composed of economic facts. Therefore, the development of doctrine and case law indicates a deepening of the use of Economic Science in the legal identification of anticompetitive conducts. However, in the current stage of the studies in Brazil, there is little clarity regarding the roles of the Law and the Economics in this task. This article seeks to make this viewing easier, dissecting the logical structure of the Brazilian Antitrust legal standard for anticompetitive conduct, identifying the criteria that compose it, and allowing thereby the location of the terms that enable the use of economic instruments and legal prudence in the analysis of anticompetitive conducts.

KEYWORDS

Antitrust Law, anticompetitive conducts, legal standards, logic structures, matrix rule of incidence, factual support.

1. Introdução

Como é sabido, tem sido crescente a utilização dos conceitos da Ciência Econômica na análise de infrações à ordem econômica. O avanço da utilização do instrumental microeconômico faz-se cada vez mais importante para conferir maior precisão possível ao descobrimento da verdade pelo julgador antitruste em sua atividade de aplicar o Direito aos casos concretos.

No entanto, embora o estudo de base microeconômica venha avançando, não se observa a mesma evolução quanto à pesquisa sobre os limites jurídicos de abrangência da aplicação da norma de Direito da Concorrência para condutas anticoncorrenciais. Com isso, não raro, vêem-se os operadores do Direito da Concorrência distanciando-se da percepção de que a base para a aplicação da teoria microeconômica nos casos concretos é exatamente a existência de uma norma jurídica, que, como em qualquer outro ramo do Direito, requer a compreensão dos elementos que compõem sua estrutura lógica e da fenomenologia da incidência de seus conceitos aos conceitos dos casos concretos.

Como resultado dessa compreensão parcial, observa-se uma tendência à mistura de entendimentos acerca dos níveis de atuação do Direito e da Economia nas análises, prejudicando, inclusive, a tarefa de aplicação da lei aos casos concretos.

O que se pretende demonstrar neste trabalho, a partir de uma identificação dos elementos constitutivos da norma de defesa da concorrência para condutas anticoncorrenciais, inserta no artigo 20 da Lei 8.884, de 11.06.1994, é que Direito e Economia atuam em níveis lógicos diferentes e não-conflitantes. Para tanto, serão utilizados, como ferramenta, conceitos e metodologia de análise consagrados em outros ramos da Ciência Jurídica, que certamente já foram objeto de mais estudos jurídicos do que o Direito da Concorrência no Brasil.

Acredita-se, com isso, contribuir para deixarem-se mais claros os limites de abrangência da aparentemente amplíssima norma que prevê as hipóteses de condutas lesivas à ordem econômica.

Este trabalho inicia com uma revisão doutrinária acerca da estrutura lógica das normas jurídicas de comportamento, de caráter sancionador. Em seguida, analisam-se os fundamentos constitucionais e o conteúdo da norma jurídica de defesa da concorrência para condutas anticoncorrenciais. Por fim, passa-se a aplicar a metodologia de análise lógica realizada na parte inicial à norma jurídica de Direito da Concorrência para condutas lesivas à ordem econômica.

2. Conceito de regra-matriz de incidência

2.1 Preâmbulo

A expressão "regra-matriz de incidência", que será utilizada neste trabalho, é extraída da teoria exposta por Paulo de Barros Carvalho, em seu *Curso de direito tributário*. Nessa obra, o autor descreveu com profundidade e clareza a estrutura lógica das normas jurídicas, em especial das normas tributárias, e analisou a fenomenologia de incidência normativa.

Como a base das lições do eminente professor pode ser aplicada em qualquer ramo do Direito, pretende-se visualizar e analisar, da mesma forma, a estrutura lógica da

norma de Direito de Defesa da Ordem Econômica, inserta no artigo 20 da Lei 8.884, de 1994, para condutas anticoncorrenciais e a fenomenologia de sua incidência.

Para fins de simplificação, serão utilizadas como sinônimas à expressão "defesa da ordem econômica" as expressões "antitruste" e "defesa da concorrência", uma vez que não representam prejuízos à correção do que se pretende expressar.

2.2 A completude das normas e a sanção

Relevante iniciar o estudo proposto fazendo referência às duas principais correntes de pensamento acerca da completude das estruturas lógicas das normas jurídicas.

De um lado, há os chamados sancionistas, que atribuem grande importância ao papel desempenhado pela sanção no Direito. Para Hans Kelsen, precursor e principal autor dessa corrente, a norma jurídica completa tem uma estrutura dúplice, formada por uma norma primária e uma norma secundária. A norma secundária é a que prevê um fato e prescreve uma determinada conduta humana. A norma primária é a que prevê o descumprimento da prescrição da norma secundária, prescrevendo, para tanto, a sanção (MELLO, 1999, p. 31).[1] Para alguns autores, como Lourival Villanova, norma primária deve ser a norma que prescreve o comportamento e a norma que prescreve a sanção deve ser a norma secundária. Carlos Cossio, aceitando a estrutura dúplice apregoada por Kelsen, mas evitando a polêmica sobre a correção da nomenclatura de normas primárias e normas secundárias, denomina as normas que prescrevem as condutas de endonormas e as que prescrevem sanções, de perinormas.

De outro lado, há a corrente dos não-sancionistas, que defendem ser a norma jurídica uma proposição completa sempre que preveja um fato e prescreva um preceito a ele correspondente. Segundo esse pensamento, por ser dotada de ambos os elementos, a norma que prescreve a sanção é outra norma jurídica completa. Para os defensores dessa idéia, como Pontes de Miranda, Von Tuhr e Larenz, a incompletude da norma estaria relacionada à falta de menção ao fato ou ao preceito (MELLO, 1999, p. 32).

Pode-se afirmar que essa discussão ganha maior relevância quando se estudam as normas jurídicas sem sanção, que estabelecem princípios, procedimentos, criação de órgãos e a forma como as normas devem ser criadas, transformadas ou expulsas do sistema jurídico. Segundo Paulo de Barros, tais normas são intituladas normas de estrutura. Estas não serão tratadas neste estudo, por não apresentarem pertinência com o tema proposto. Já as normas de conduta, que serão aqui examinadas, estão diretamente voltadas à conduta das pessoas, nas suas relações de intersubjetividade (CARVALHO, 1999, p. 174). Para as últimas, a presença da sanção exerce papel vital. Os seres humanos, a quem se destinam as normas jurídicas, podem cumprir os deveres estabelecidos nas prescrições legais ou podem proceder em sua desobediência, incorrendo, conseqüentemente, nas chamadas sanções. O ordenamento jurídico,

com intuito de regular a vida em sociedade, garante o cumprimento de suas ordens, por meio da estipulação de medidas coercitivas, que afetam a propriedade ou a liberdade das pessoas. "Daí por que, ao criar uma prestação jurídica, concomitantemente o legislador enlaça uma providência sancionatória ao não-cumprimento do referido dever" (CARVALHO, 1999, p. 343).

A norma de Direito da Concorrência, inserta no artigo 20 da Lei 8.884/94, é evidentemente uma norma de comportamento, de caráter sancionador, na medida em que disciplina a conduta dos agentes econômicos em seu proceder nos mercados, prescrevendo punições para as hipóteses de violação que prevê. Tal qual ocorre com as demais normas de caráter sancionador, as normas de Direito da Concorrência que estabelecem as proibições ou as condutas desejáveis, em conformidade com o Direito, não se encontram escritas. Adota o legislador, nesse particular, uma linguagem elíptica, "omitindo-se a referência expressa à conduta desejada, que, no entanto, é de ser considerada parte integrante da norma" (MELLO, 1999, p. 30).

Segundo Marcos Bernardes de Mello:

> [...] o próprio Kelsen reconhece não ser necessário que esteja a proibição ou a imposição da conduta desejada (para cuja transgressão se estabelece a sanção) explicitamente expressada na formulação legislativa da norma, uma vez que constitui pressuposto necessário de sua incidência.

Assim, "tanto em sua formulação legislativa, com linguagem elíptica, como em sua expressão integral a norma penal contém, sempre, uma norma primária e uma norma secundária" (MELLO, 1999, p. 30-31).

Quando o legislador prevê como conduta reprovável pelo Direito, por exemplo, "abusar de posição dominante", estabelecendo as penas para a violação, está proibindo o abuso de posição dominante e deixando claro (porém não expresso em texto) que a conduta desejável seria o "não-abuso de posição dominante". Apesar de o texto da norma apenas prever o fato "abuso de posição dominante" e prescrever a pena, a "proibição" de tal conduta ou a "estipulação da conduta desejável", contrária a tal violação, apesar de implícita, está obviamente presente na estrutura lógica da norma jurídica em comento. Em termos didáticos, portanto, a regra referida, em sua completude, deve ser assim entendida: (1) é proibido abusar de posição dominante; (2) se alguém abusar de posição dominante, deverá ser punido com penas previstas nos artigos 23 e 24 da Lei 8.884/94. Como visto, apesar de apenas estar escrita a segunda proposição na Lei 8.884/94, é inegável que a primeira esteja presente, ainda que de forma implícita.

Tomando-se mais uma vez por base a metodologia de Paulo de Barros, podem-se identificar, analogamente, dois tipos de normas de Direito Antitruste. As normas em sentido amplo e as em sentido estrito. A norma antitruste em sentido estrito descreve

os fatos que violam a ordem econômica, estipula os sujeitos da relação jurídica e estabelece as sanções. A essa norma será atribuída a denominação de "regra-matriz de incidência antitruste".

A norma jurídica que prevê o controle de atos de concentração também pode ser considerada norma antitruste em sentido estrito. No entanto, neste trabalho, será focalizada apenas a regra antitruste para condutas anticoncorrenciais, propondo-se uma interpretação do texto[2] do artigo 20 da Lei 8.884/94[3]. As demais normas presentes na Lei de Defesa da Ordem Econômica, sejam as que definem princípios ou que fixam quaisquer outras providências, são as normas antitruste em sentido amplo, que não constituem objeto da presente análise, também por não se relacionarem diretamente com o tema proposto.

2.3 Suporte fático e hipótese

Muitas são as formas para denominação do evento desencadeador da incidência normativa e para denominação de sua previsão abstrata no plano normativo. As discussões em torno do tema revelam defensores das expressões "situação-base", "pressuposto de fato, "suporte fático", "fato imponível", "hipótese de incidência", "fato gerador".[4]

Aqui, será adotada a metodologia de separação do que é previsão normativa, abstrata, existente no mundo das idéias, e do que é fato concreto, existente no mundo dos fatos.

A parte da regra-matriz que prevê abstratamente o fato e todas as suas características e circunstâncias, que, se implementados, desencadearão o fenômeno da incidência, é a "hipótese". Essa parte da regra de incidência de Direito da Concorrência em sentido estrito será denominadaneste trabalho, de "hipótese antitruste".

É a hipótese antitruste, pois, que define, de forma abstrata, quais dos incontáveis fatos da realidade serão considerados "fatos jurídicos", após a incidência do conceito da regra jurídica. Já ao conjunto dos acontecimentos no plano dos fatos – que sejam previstos pela hipótese de uma norma jurídica –, independentemente do fenômeno da incidência, a doutrina denomina "suporte fático".[5]

É importante ficar claro que "hipótese" e "suporte fático" referem-se a conceitos que se encontram em regiões ontologicamente distintas, não havendo, portanto, que confundir ambos.

2.4 Estrutura da norma jurídica em nível lógico

Em termos de estrutura lógica, a doutrina considera que a "hipótese" localiza-se no "antecedente" ou "descritor" da norma, isto é, no campo de previsão descritiva abstrata dos fatos objeto de sua incidência. O estudo da hipótese permite dividi-la em três critérios: "critério material", "critério temporal" e "critério espacial".

Sobre o critério material ("Cm"), Paulo de Barros, em seu *Curso de direito tributário*, reproduz lição de sua obra *Teoria da norma tributária*, afirmando tratar-se do "encontro

de expressões genéricas designativas de comportamentos de pessoas, sejam aqueles que encerram um fazer, um dar ou, simplesmente, um ser (estado)". O critério material, nesse contexto, é sempre composto de um verbo mais seu complemento.[6]

Critério temporal ("Ct"), por sua vez, é a previsão do momento do acontecimento do fato previsto na hipótese. É com esse acontecimento que automaticamente se considera ocorrido o fenômeno da incidência. Por fim, critério espacial ("Ce") é aquele que define o lugar do acontecimento do fato previsto na hipótese. Nem sempre existe registrado na hipótese, textualmente, o local do fato previsto. Sendo assim, nesses casos, deve-se entender o critério espacial como qualquer local de ocorrência do fato previsto, dentro do âmbito de validade territorial da Lei.

Já no "conseqüente" ou "prescritor", dentro da estrutura lógica da norma jurídica, localiza-se a prescrição dos efeitos jurídicos que o acontecimento propagará após a incidência. Isto é, ocorrido o fato descrito na hipótese, sobre seu conceito incide o conceito da norma jurídica, tornando-o fato jurídico e irradiando os efeitos jurídicos. Assim, o conseqüente da norma é aquele em que se localiza a previsão dos efeitos jurídicos, como a instauração da relação jurídica, o nascimento de direitos e deveres correlatos. Dois são os critérios componentes do conseqüente: critério pessoal e critério quantitativo.

É no critério pessoal ("Cp") que se localiza a "relação jurídica". Nos exatos termos do magistério de Paulo de Barros (1999, p. 201):

> [...] para a Teoria Geral do Direito, *relação jurídica* é definida como o vínculo abstrato, segundo o qual, por força da imputação normativa, uma pessoa, chamada de sujeito ativo, tem o direito subjetivo de exigir de outra, denominada sujeito passivo, o cumprimento de certa prestação.

Na relação jurídica, pois, correlato ao direito do sujeito ativo existe um dever do sujeito passivo. No caso de normas de caráter penal ou administrativo-sancionador de aplicação exclusiva pelo Estado, diz-se haver não propriamente um "direito" do Estado de punir, mas sim um "dever-poder".[7]

O critério quantitativo ("Cq") é aquele em que se localiza a previsão da constrição patrimonial ou de liberdade do sujeito passivo. No caso das normas de natureza penal ou administrativo-sancionadora que fixam sanções pecuniárias, geralmente o critério quantitativo é composto de uma base de cálculo e uma percentagem a ser aplicada sobre ela, podendo também ser uma quantia determinada, prevista em lei. Há, ainda, normas que prevêem sanções de caráter não pecuniário, como a imposição de obrigações de fazer ou de não-fazer ou qualquer outra forma de constrição patrimonial ou de liberdade.

Pode-se construir o seguinte esquema gráfico para resumir a estrutura lógica da norma jurídica de caráter sancionador:

Norma Jurídica de Caráter Sancionador

H	**Ct =** MOMENTO DO ACONTECIMENTO DO FATO	**Cm =** VERBO + COMPLEMENTO	**Ce =** LOCAL DA OCORRÊNCIA DO FATO
C	**Cp =** RELAÇÃO JURÍDICA: SUJ. ATIVO + SUJ. PASSIVO	**Cq =** BASE DE CÁLCULO + PERCENTAGEM; OU QUANTIA FIXA; OU OBRIGAÇÃO DE FAZER OU DE NÃO FAZER; OU QUALQUER OUTRA CONSTRIÇÃO PATRIMONIAL OU DE LIBERDADE	

Em resumo, toda vez que ocorrem determinados fatos da realidade, cujo conceito compõe o conceito da hipótese de uma regra jurídica, opera-se a entrada desses fatos no plano jurídico. A operação lógica que propicia tal "entrada" é denominada pela Ciência Jurídica "incidência",[8] sendo a operação lógica inversa denominada "subsunção".[9]

No momento em que ocorre um fato e sobre seu conceito incide o conceito de uma regra jurídica, nasce o "fato jurídico", do qual se irradiam "efeitos jurídicos". A etapa pós-incidência denomina-se "eficácia jurídica".[10] Na lição de Pontes de Miranda: "é o que se produz no mundo do Direito como decorrência dos fatos jurídicos" (PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 4). Ou, ainda, "a eficácia jurídica provém da juridicização dos fatos" (PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 17). É, pois, a eficácia jurídica (ou eficácia do fato jurídico) o nascimento das "relações jurídicas", com seus inerentes "direitos e deveres subjetivos". A instauração de uma relação jurídica é caracterizada pela formação de um vínculo entre dois elos subjetivos. Logo, diz-se haver o "liame subjetivo" ou "vínculo de imputação deôntica".

No caso de fato regulado pela norma jurídica antitruste para condutas, desencadeiam-se, como efeitos jurídicos, o nascimento da relação jurídica entre o Estado e o particular, caracterizada pelo dever do Estado de exercer o *jus puniendi*, do qual é titular monopolista, e o dever do particular de coadunar-se à sanção.

3. A NORMA JURÍDICA ANTITRUSTE PARA CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS

Estabelecidas as bases metodológicas para uma análise da estrutura de normas jurídicas de caráter sancionador, passa-se agora a analisar a norma jurídica antitruste para condutas anticoncorrenciais, com suas peculiaridades.

3.1 Suporte fático e hipótese

Nos termos do artigo 20 da Lei 8.884/94, o suporte fático da regra jurídica antitruste completa-se com a ocorrência de determinados "atos", que produzem ou podem produzir certos "efeitos". Esses "atos", com a incidência, passam a ser considerados fatos jurídicos ilícitos,[11] dando ensejo ao nascimento da relação jurídica entre o Estado e o particular, caracterizada pelo dever daquele de aplicar as punições previstas nos artigos 23 e 24 do mesmo diploma legal.

As normas jurídicas em questão, portanto, são resumidas de acordo com o seguinte enunciado, como qualquer outra norma de caráter punitivo: completado o suporte fático, satisfaz-se a previsão contida na hipótese, incidindo o conceito da norma inserta no artigo 20; com a incidência, os fatos passam a ser considerados fatos jurídicos ilícitos; dados os fatos jurídicos ilícitos, deve ser aplicada a punição, legitimada pelo nascimento da relação jurídica entre o Estado e o particular infrator.

Ocorre que, diferentemente de muitos ramos do Direito, que lidam com acontecimentos razoavelmente certos e determinados no tempo e no espaço, o Direito de Defesa da Ordem Econômica cuida predominantemente de fatos inseridos em situações dinâmicas, que requerem uma análise do contexto econômico específico em que estão inseridos e uma boa dose de previsibilidade acerca de situações futuras.

Esse aspecto tenta o intérprete, na busca por conferir um viés jurídico a uma previsão normativa sobre fatos predominantemente econômicos, a enveredar pela controvertida teoria dos fatos jurídicos simples e complexos, disseminada no Direito Tributário. A tendência do intérprete, nesse contexto, seria considerar os fatos previstos pela regra-matriz de incidência antitruste como pertencentes aos da segunda categoria.

Paulo de Barros (1999, p. 188-189), em contexto de crítica, descreve essa teoria da seguinte forma:

> Os fatos geradores seriam instantâneos, quando se verificassem e se esgotassem em determinada unidade de tempo, dando origem, cada ocorrência, a uma obrigação tributária autônoma. Os continuados abrangeriam todos os que configurassem situações duradouras, que se desdobrassem no tempo, por intervalos maiores ou menores. Por fim, os complexivos nominariam aqueles cujo processo de formação tivesse implemento com o transcurso de unidades sucessivas de tempo, de maneira que, pela integração dos vários fatores, surgiria o fato final.

No entanto, para o autor, não existem hipóteses simples ou complexas, pois esses predicados são atribuíveis a eventos do mundo físico exterior. As hipóteses normativas, são conceitos abstratos do plano das idéias, permitem a decomposição dos

acontecimentos da realidade em unidades. O exercício de abstração possibilita cindir o que muitas vezes é incindível no mundo físico exterior e isso ocorre com freqüência quando se trata de hipóteses normativas.

A própria descrição da fenomenologia de incidência das normas jurídicas, feita acima, desde a realização do suporte fático até a produção de efeitos jurídicos, como se fosse uma seqüência de eventos em disposição cronológica, é claramente um exercício de raciocínio abstrato. Em realidade, ocorridos os fatos previstos, tudo o que foi descrito posteriormente se dá automática e simultaneamente, sendo, no entanto, impossível discorrer sobre tais ocorrências sem descrevê-las em seqüência, o que só é possível em razão de um exercício de abstração.

Ora, o mesmo tipo de raciocínio, portanto, é aplicável às hipóteses normativas, entre elas, como não poderia deixar de ser, as hipóteses antitruste. Relevante reproduzir o questionamento de Paulo de Barros: "Porventura um acontecimento do mundo social, econômico, político, histórico, fisiológico ou jurídico pode independer de seus antecedentes integrativos? Certamente que não. Inexiste fato que advenha do nada" (CARVALHO, 1999, p. 177).

Sendo assim, no momento em que o legislador faz menção a determinados fatos para compor o suporte fático de uma norma, destacando-os do encadeamento factual seqüencial ou mesmo concomitante em que estejam inseridos na realidade, está deixando de considerar jurídicos todos os outros fatos do mesmo encadeamento. E isso, por óbvio, não significa que os fatos que compõem a hipótese advenham do nada no plano da realidade. Esses fatos, descartados da hipótese normativa, apenas não apresentam relevância para o direito de que se trata.

Paulo de Barros (1999, p. 190), arrematando a crítica à doutrina dos fatos geradores "simples", "continuados" e "complexivos", afirma que:

> O acontecimento só ganha proporção para gerar o efeito da prestação fiscal, mesmo que composto por mil outros fatos que se devam conjugar, no instante em que todos estiverem concretizados, na forma legalmente estipulada. Ora, isso acontece num determinado momento, num especial marco de tempo. Antes dele, nada de jurídico existe, em ordem ao nascimento da obrigação tributária. Só naquele átimo irromperá o vínculo jurídico que, pelo fenômeno da imputação normativa, o legislador associou ao acontecimento do suposto.
> Se o chamado *fato gerador complexivo* aflora no mundo jurídico, propagando seus efeitos, apenas em determinado instante, é força convir em que, anteriormente àquele momento, não há que falar-se em obrigação tributária, pois nenhum fato ocorreu na conformidade do modelo normativo, inexistindo portanto os efeitos jurídico-fiscais próprios da espécie.

Entende-se que a hipótese antitruste deve ser encarada de forma análoga. Apesar da inegável complexidade dos fatos anticoncorrenciais, a hipótese normativa só é satisfeita com a ocorrência completa daquele conjunto de fatos abrangidos pela norma. O desafio do operador do Direito, então, é identificar o momento preciso da incidência, em vista da formulação das hipóteses antitruste em termos evidentemente abertos.

O legislador, pois, exatamente no intuito de prever satisfatoriamente os fatos juridicamente relevantes, utilizou uma formulação que leva o intérprete a analisar o contexto econômico em que os fatos estiverem inseridos, bem como o dinamismo próprio dos fatos econômicos. Não basta, pois, em geral, que um fato ocorrido no ambiente econômico apresente uma semelhança com uma descrição de um acontecimento estático, que possa ocorrer no mercado (vide incisos do artigo 21 da Lei 8.884/94). Deverá o intérprete considerar os efeitos, atuais ou potenciais, para o mercado e para a coletividade, decorrentes da conduta (vide *caput* do artigo 21 e artigo 20 do mesmo diploma legal).

É para que seja possível a previsão adequada desses fatos que a técnica legislativa utiliza os chamados "conceitos jurídicos" expressados por "termos indeterminados" (BRUNA, 2001, p. 148-149).[12] Trata-se de conceitos exprimidos por termos "abertos", ou seja, termos que apresentam pouca precisão ou alguma ambigüidade, devendo a sua significação ser atribuída pelo operador do Direito em cada caso examinado, sempre vinculado, no entanto, aos princípios que fundamentam a norma.[13]

A seguir, discorre-se sobre os princípios que fundamentam a norma concorrencial.

3.2 Conteúdo

3.2.1 Princípios e objetivos constitucionais. As políticas de defesa da concorrência

Para a interpretação do conteúdo da regra-matriz de incidência antitruste para condutas anticoncorrenciais, faz-se necessário recorrer aos princípios constitucionais que lhe dão fundamento.

O artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, estabelece a livre iniciativa como princípio fundamental da República Federativa do Brasil. Especificamente em relação ao domínio econômico, o princípio da livre iniciativa foi erigido como um dos fundamentos da ordem econômica, conforme previsto no *caput* do artigo 170 da Carta Constitucional. Portanto, conforme a Constituição, o Brasil é um país regido pela economia capitalista, caracterizada pela liberdade de iniciativa.

Para o bom funcionamento de uma economia capitalista, no entanto, é fundamental que outros princípios sejam observados, a fim de estabelecerem-se limites para o exercício da liberdade de iniciativa. A história mundial é rica em exemplos de que uma economia capitalista sem regras mínimas estruturais e de disciplina comportamental entre os agentes econômicos é "autofágica", isto é, leva à própria destruição

do capitalismo, com efeitos desastrosos para o sistema econômico e para a dignidade humana, em razão dos abusos e da exploração excessiva que podem ocorrer.

Sobre a preocupação com o bom funcionamento dos mercados e com a dignidade dos indivíduos no campo econômico, encontram-se no texto constitucional, estabelecendo os limites para o exercício da livre iniciativa, os princípios da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho (incisos III e IV do artigo 1.º e *caput* do artigo 170), da livre concorrência (inciso IV do artigo 170), da propriedade privada (inciso II do artigo 170), da função social da propriedade (inciso III do artigo 170) e da defesa dos consumidores (inciso V do artigo 170). Além disso, a Constituição estabelece expressamente que o Estado reprimirá os abusos do poder econômico (§ 4.º do artigo 173).

A livre concorrência, nesse contexto, apresenta papel de destaque. Uma economia com livre concorrência funciona com limites naturais e corretos para a liberdade de iniciativa, evitando os abusos por parte de entes com poder econômico, sejam eles privados ou públicos. Com isso, protegem-se os indivíduos da exploração excessiva pelo poder econômico, preservando-se a propriedade privada e a liberdade de iniciativa também dos agentes que não detenham esse poder.

O princípio da livre concorrência, no entanto, não confere um direito absoluto de concorrer ou de permanecer no mercado. Sendo o Brasil um país regido por uma economia de livre mercado, a retirada do sistema competitivo de agentes econômicos puramente por razões de ineficiência em relação aos seus competidores, bem como a existência de limitações naturais de ingresso de concorrentes em determinados mercados, não constituem causas ou efeitos da violação ao conjunto de princípios que regem a ordem econômica.

É importante observar que a aplicação desses princípios, além de ter a finalidade de "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social" (artigo 170, *caput*, da Constituição Federal), constitui-se em um meio para o alcance de determinados objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, expressos no artigo 3º da Carta Política: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a promoção do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalidade, com a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos.

Para obtenção desses resultados, a Constituição Federal, em seu artigo 174, *caput*, estabelece que o Estado é "agente normativo e regulador da atividade econômica" e deve exercer, "na forma da lei", funções como as de "fiscalização, incentivo e planejamento". Com base nas duas primeiras funções, o Estado estabelece "políticas de defesa da concorrência",[14] visando à produção e ao incremento da eficiência econômica.

Ao estimular o funcionamento eficiente dos mercados, o Estado procura obter a alocação ótima dos recursos produzidos na sociedade. Atividades que consomem

mais recursos do que o necessário para satisfazer a demanda tendem a reduzir esses gastos desnecessários e vice-versa. Fornecedores são direcionados a competir, cumprindo a função social de suas propriedades e gerando, inclusive, efeitos positivos para o ambiente econômico e para a sociedade.[15] Cria-se uma tendência saudável ao aumento da produção e à diminuição de custos e de desperdício de recursos utilizados. Os preços dos produtos e serviços tendem a diminuir, com uma melhora da qualidade. Estimula-se, ainda, a inovação e o aumento da tecnologia. Para os consumidores, os produtos e serviços ofertados tendem a se aproximar de seus desejos e suas disponibilidades financeiras, trazendo-lhes bem-estar. Para os competidores, permite-se um incremento do valor econômico dos bens ofertados.

Em razão da referida necessidade de redução de custos que os agentes econômicos enfrentam em uma economia competitiva, aumenta a competição no mercado de trabalho, estimulando os trabalhadores, tanto estabelecidos quanto ingressantes, a aprimorar suas habilidades e contribuir da melhor forma com seus empregadores, o que, além de trazer ganhos privados para os trabalhadores e empregadores, acaba também gerando um aumento da eficiência da economia, fortalecendo a competitividade das empresas e dos mercados e contribuindo para o desenvolvimento nacional.

Um dos instrumentos utilizados pelo Estado para a consecução de políticas de defesa da concorrência, especificamente na vertente fiscalizadora mencionada, é a própria Lei de Defesa da Concorrência,[16] que possui dupla função: viabilizar a "repressão" aos abusos do poder econômico cometidos, que produzem ou podem concretamente produzir efeitos prejudiciais à ordem econômica e, na medida em que representa uma ameaça de punição, "prevenir" o sistema econômico de efeitos prejudiciais, desestimulando os comportamentos anticoncorrenciais.[17] A prevenção torna-se mais eficaz à medida que a aplicação da lei seja mais efetiva, tornando-se, assim, uma "ameaça crível" aos agentes detentores de poder econômico.

3.2.2 Conteúdo do artigo 20 da Lei 8.884/94

Para a realização de uma atividade justa e eficiente de identificação e repressão aos ilícitos concorrenciais, o aplicador do Direito Antitruste necessita munir-se de ferramentas que o tornem apto a buscar em suas análises a aproximação da verdade real.[18] É nesse ponto que se faz importante a utilização dos conceitos e técnicas de microeconomia, que subsidiam o aplicador do Direito na delimitação do contexto econômico, na identificação da racionalidade dos agentes envolvidos e das conseqüências (efeitos) dos fatos submetidos ao seu exame.

Tendo em vista os objetivos deste trabalho, não serão expostas as técnicas de análise antitruste para identificação dos ilícitos concorrenciais, como os requisitos colocados pela tradicional análise estrutura-conduta-desempenho (E-C-D). Apenas procede-se a uma interpretação dos termos contidos no artigo 20 da Lei 8.884/94.

Para tanto, deve-se ter em mente os princípios e objetivos constitucionais referidos anteriormente. Em acordo com referidos princípios, a Lei Antitruste, em seu artigo 1º, *caput*, estabelece que:

> [...] esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Por sua vez, seu parágrafo único dispõe que "a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei".[19]

Segundo a doutrina, para se verificar uma lesão à ordem econômica proveniente de uma conduta anticoncorrencial, os atos previstos no artigo 20 da Lei 8.884/94 devem ser submetidos a uma análise de seu impacto sobre o "bem-estar social" (SCHUARTZ, 2002, p. 98).[20] A técnica para aferir o impacto sobre essa "grandeza" é a constatação do efeito líquido produzido.[21] Para qualquer conduta, a soma dos efeitos negativos e positivos resultará no impacto causado sobre o bem-estar. Por "efeitos positivos", entende-se as eficiências para a economia, provenientes da conduta e, por "efeitos negativos", o desperdício produzido com a alocação ineficiente de recursos, além do desestímulo à inovação e ao desenvolvimento tecnológico.

Segundo lição de Schuartz (2002, p. 98-99):

> [...] uma determinada configuração econômica (ou mudança entre duas configurações) é eficiente se e somente se os ganhos dos agentes econômicos beneficiados por essa configuração (ou por essa mudança) são suficientes para compensar as perdas dos agentes econômicos prejudicados pela mesma, isto é, se e somente se o valor total desses ganhos é maior ou igual ao valor total dessas perdas. Posto dessa maneira, o conceito de eficiência (aqui denominada de eficiência econômica, alocativa ou "potencial de Pareto") irá servir como instrumento de mediação entre a idéia normativa de bem-estar social – agora despida das habituais conotações ético-políticas – e sua operacionalização sob forma de uma aplicação *tecnicamente controlável* da legislação antitruste.[22]

O fato de a Lei de Defesa da Concorrência prever, no § 1º do artigo 20, que a maior eficiência do agente não caracteriza o ilícito previsto no inciso II (dominar mercado relevante) não significa que os ilícitos previstos nos incisos I e III (limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre iniciativa ou a livre concorrência; e aumentar arbitrariamente os lucros) dispensem a cogitação sobre os efeitos benéficos das condutas que provocam tais efeitos.

Isso porque, na realidade, as hipóteses ali referidas, compostas por conceitos expressados por "termos abertos", referem-se aos efeitos "preponderantes" das condutas que os produziram. O legislador, nesses casos, destacou que as hipóteses concernem ao efeito líquido negativo ao bem-estar que a limitação, falseamento ou prejuízo, sob qualquer forma, da concorrência e aumento arbitrário[23] de lucros provoca. Portanto, para a autoridade antitruste decidir se uma conduta limitou, falseou ou prejudicou de qualquer forma a livre concorrência ou causou o aumento arbitrário de lucros,[24] deverá verificar se a conduta produziu um prejuízo preponderante ao bem-estar social.[25]

Interpretação diversa parece ir de encontro com a finalidade da Lei Antitruste, que é, como visto, proteger a ordem econômica, preservando ou mesmo promovendo o bem-estar social. Ora, se uma conduta, ainda que cause limitação à concorrência ou aumento de lucros, possa causar ou tenha causado, em termos líquidos, maior eficiência para a economia, não há sentido considerá-la ilícita no âmbito antitruste, sob pena de subverterem-se os princípios, valores e objetivos da ordem econômica.

Quanto ao inciso IV do artigo 20, da mesma forma, ao se referir a "abuso" de posição dominante, partiu o legislador da premissa de que condutas economicamente abusivas provocam efeito líquido negativo para a sociedade.[26] O mesmo pode ser dito, como visto, quanto à expressão "aumentar *arbitrariamente* os lucros", do inciso III: o lucro arbitrário é aquele obtido a partir da adoção de uma conduta economicamente lesiva à sociedade.

Para a configuração de infração à ordem econômica, a conduta deve ter sido praticada por agente com "aptidão" (ou "capacidade") de produzir efeitos lesivos, tendo o mercado "condições estruturais favoráveis" de sofrê-los, não havendo eficiências que possam ser produzidas pela conduta, aptas a compensar ou superar os prejuízos ao bem-estar social.

Frise-se, no entanto, que a ineficiência também pode ser produzida por condutas "não-abusivas", podendo advir do mero exercício regular do poder de mercado, o que não se configura ilícito.

Admita-se, como exemplo, uma empresa que, em um mercado sujeito às liberdades de iniciativa e de concorrência, eliminou concorrentes e conquistou posição dominante exclusivamente por sua maior eficiência. Essa empresa procurará maximizar seu lucro, ofertando seu produto a um preço acima do custo marginal,[27] conduta economicamente racional de um agente econômico que atue com perspectiva de lucro em um livre mercado.[28]

No entanto, o êxito do intento mencionado (oferta consistente de bens a preços acima do custo marginal) significa também uma redução da quantidade ofertada a um nível inferior ao eficiente, uma extração do excedente dos consumidores e uma perda de bem-estar, em razão de um desperdício de recursos (*deadweight loss*). Não obstante a produção desses efeitos negativos, o agente atuou, em todos os momentos,

estritamente conforme a racionalidade econômica e dentro das regras de livre mercado. Considerar ilícita tal conduta seria desestimular os agentes econômicos a concorrer, subtraindo da sociedade os benefícios do processo competitivo.[29] O aumento de lucro proporcionado pela conquista de mercado é o prêmio para a maior eficiência da empresa, que, ao adotar uma postura competitiva, gerou benefícios à sociedade. Daí porque não há que falar, também nesse caso, em abuso do poder econômico ou, mais especificamente, em aumento "arbitrário" de lucros.

As únicas hipóteses de intervenção do Estado em casos como esse seriam a regulação de mercado – o que, no entanto, somente pode ocorrer nas situações constitucional e legalmente previstas –, a coibição de atos praticados pelo agente para afastar a entrada ou o crescimento de concorrentes e a "advocacia da concorrência".[30] Das três hipóteses, apenas as duas últimas coadunar-se-iam com a aplicação da Lei de Defesa da Concorrência.

A idéia de "abuso", "arbítrio" ou "desvio da função social da propriedade" na Lei Antitruste refere-se à adoção de condutas que extrapolam a razoabilidade e a proporcionalidade em vista dos objetivos privados pretendidos, sacrificando valores jurídicos ou econômicos do ordenamento jurídico e produzindo ou sendo capaz de produzir concretamente, com isso, um resultado lesivo, traduzido por efeito líquido negativo (ineficiente) para a sociedade.

Em nosso ordenamento jurídico, a hipótese de "abuso de direito" encontra-se prevista no Código Civil, que estabelece, em seu artigo 187, que "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". No âmbito de proteção à coletividade, os abusos ocorrem quando são ofendidos bens jurídicos de interesse desta, em afronta a princípios maiores da Constituição. No caso da defesa da concorrência, são considerados abusivos os atos que violam os princípios da ordem econômica, acima mencionados.

Um agente econômico, em sua atuação no mercado, almejando aumentar seus lucros, pode escolher um entre dois caminhos: (1) enfrentar a concorrência pela eficiência, procurando reduzir custos e produzir em maior escala, baixando seus preços e, mesmo assim, obtendo lucro, investindo no aumento da qualidade e procurando conquistar os consumidores ou adquirentes pela diferenciação de seu produto em relação aos de seus concorrentes; ou (2) prejudicar a concorrência e os consumidores por meios artificiais, caracterizados por estratégias voltadas a eliminar concorrentes, influindo nas estruturas e no funcionamento do mercado por meio de condutas como o estabelecimento de acordos com empresas concorrentes, para diminuir a produção, aumentar os preços e auferir maiores lucros, o estabelecimento de acordos com empresas verticalmente relacionadas para obter o fechamento aos concorrentes dos canais de aquisição de insumos ou de distribuição dos produtos, a adoção de práticas que ensejem a elevação dos custos dos rivais, a oferta de produtos a preços predatórios etc.

A decisão entre adotar uma ou outra postura envolve uma análise de custo-benefício. Os agentes econômicos maximizam seus interesses quando, entre as alternativas que se lhes apresentam, escolhem as que lhes tragam os maiores ganhos a menores custos, presentes ou futuros. Muitas vezes, competir vigorosamente investindo na eficiência representa para o agente econômico um alto grau de incerteza quanto à possibilidade, à intensidade e ao momento do retorno dos investimentos realizados, especialmente se o mercado for competitivo. De outra parte, pode ser mais cômodo e lucrativo ao agente adotar uma estratégia prejudicial à concorrência, especialmente se a perspectiva de seu êxito for rápida e o risco de punição pelas autoridades antitruste e mesmo o montante da punição forem pequenos.[31]

Como já visto, quando um agente econômico adota uma postura competitiva, baseada na eficiência, não apenas benefícios privados são produzidos, mas também benefícios para toda a coletividade. Diferentemente, uma atuação em prejuízo da livre concorrência, apesar de trazer, como visto, alguns benefícios privados, acarreta também um custo social considerável.

Assim, para um mesmo resultado – a apropriação de lucros –, os agentes econômicos podem adotar condutas eficientes, desejáveis à luz do ordenamento jurídico, com efeitos positivos à sociedade, ou condutas lesivas à ordem econômica, consideradas juridicamente reprováveis, porque "desproporcionais" e "não-razoáveis". Incorrem esses agentes econômicos, nesse último caso, em "abuso", "arbítrio" ou "desvio da função social da propriedade". Destarte, para a configuração do abuso importa considerar se, para o mesmo fim, o agente econômico poderia ter se valido de conduta menos onerosa, ou mesmo benéfica, à coletividade.

Sendo assim, como já adiantado acima, os diferentes efeitos previstos nos incisos do artigo 20 da Lei 8.884/94 "nada mais seriam do que instâncias de um tipo genérico de infração, definível então como produção efetiva ou potencial de efeito líquido negativo sobre o bem-estar social" (SCHUARTZ, 2002, p. 98). A essa assertiva acrescenta-se que, para a configuração da infração, deve também estar presente o componente jurídico do "abuso", "arbítrio" ou "desvio da finalidade social do poder econômico", isto é, a reprobabilidade da conduta em razão do ferimento à razoabilidade e à proporcionalidade dos meios utilizados para o alcance dos fins visados, violando-se indevidamente "outros valores maiores (econômicos ou não) da ordem jurídica" (BRUNA, 2001, p. 177).

Ao final de sua análise, pois, o aplicador do Direito Antitruste deve responder se a conduta examinada provoca ou pode concretamente provocar, "abusivamente, efeito líquido negativo ao bem-estar social".[32]

a) Responsabilidade objetiva

Conforme regra geral do Código Civil, a responsabilidade civil resultante de atos ilícitos será independente de culpa "nos casos especificados em lei, ou quando

a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem" (parágrafo único do artigo 927).

Analogamente ao dever de reparação originado pela responsabilidade civil pela prática de um ato ilícito, no Direito Administrativo Sancionador (assim como no Direito Penal), a conseqüência jurídica para a prática de um ato considerado ilícito é o dever de submissão à sanção que deve ser aplicada.

No caso das infrações à ordem econômica, o artigo 20, *caput*, da Lei 8.884/94 expressamente dispensa a cogitação acerca da existência de culpa. Portanto, para apuração da responsabilidade em nível administrativo pela infração, a análise da conduta prescinde da constatação de negligência, imprudência ou imperícia do agente que a pratica. Importa apenas o nexo de causalidade entre o resultado lesivo e o fato causador.

Isso porque, segundo a doutrina, aquele que disponha de um conforto oferecido pelo desenvolvimento econômico ou exerça uma atividade que gera utilidade ou bem-estar deve suportar os riscos a que exponha os outros (PEREIRA, 2005, p. 663). A noção de culpa, portanto, desloca-se para a noção de "risco" da atividade (PEREIRA, 2005, p. 663-664). Nesse sentido, a norma contida no já comentado artigo 187 do Código Civil considera ato ilícito o exercício de um direito que exceda seu "fim econômico ou social", que contrarie a boa-fé e os bons costumes, sem cogitar a necessidade de identificação de qualquer elemento subjetivo.

Logo, sendo objetiva a responsabilidade do agente que lesou a ordem econômica, os efeitos previstos podem ou não advir de conduta culposa (ou mesmo dolosa) do agente. A ausência de tal elemento subjetivo, desse modo, não serve de escusa para a violação.

b) Não-exigência de formalidades

O artigo 20 da Lei 8.884/94 expressamente dispensa formalidades para manifestação dos atos que considera anticoncorrenciais (atos "sob qualquer forma manifestados"), porque os atos que interessam ao Direito da Concorrência podem se expressar sob as mais variadas formas, importando apenas os efeitos que são ou podem ser produzidos nos mercados.

De negócios jurídicos formalizados a atos com efeitos meramente morais, basta que produzam ou possam produzir os efeitos previstos nos incisos do artigo 20 para serem sujeitos à Lei 8.884/94. Portanto, mesmo documentos tidos por atos preparatórios de negócios jurídicos, que em geral não produzem efeitos para o Direito Civil ou para o Direito Comercial, podem servir como prova para constatação de infração à ordem econômica.[33]

Exigir, diferentemente, que os atos anticoncorrenciais devam ser sempre externados por meio de uma formalização faria da Lei Antitruste letra morta. Não seria razoável presumir que os agentes em atuação anticoncorrencial, sujeitos a punições

pelos efeitos de suas condutas no mercado, haveriam sempre de externar suas ações de forma solene, seja registrando suas estratégias comerciais, seja formalizando negócios jurídicos, com força vinculante entre os envolvidos. Em muitos casos, como nos cartéis, os agentes envolvidos geralmente se preocupam mesmo em ocultar ao máximo suas atitudes das autoridades.[34]

A norma jurídica antitruste, portanto, incide sobre *fatos*, e não necessariamente sobre *atos jurídicos* ou *negócios jurídicos*, sob o ponto de vista do Direito Civil ou do Direito Comercial, não se exigindo formalidades ou solenidades em sua realização.[35]

c) Hipótese de potencialidade

Importante frisar, como adiantado acima, que o conceito da norma jurídica antitruste incide não somente sobre o conceito de atos que produzem efetivamente efeitos líquidos lesivos i. A expressão "atos [...] que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos", conjugada com "ainda que não sejam alcançados", do *caput* do artigo 20 da Lei 8.884/94, institui claramente que atos com "potencialidade de produção líquida de efeitos lesivos" também configuram infração à ordem econômica.

A hipótese contemplada em tais expressões é a da prática de atos que representem "risco" de desestabilização da normalidade concorrencial, em prejuízo à coletividade. Apesar de dispensar a constatação empírica da produção líquida de efeitos negativos à coletividade, a hipótese exige ao menos que haja possibilidade "concreta" de sua produção, considerando-se a "aptidão" (ou "capacidade") do agente econômico e "condições estruturais de mercado favoráveis".

Diante disso, é importante observar que a hipótese constante das expressões "atos [...] que tenham por objeto" e "possam produzir" "não exige" a presença de uma intenção especificamente voltada à provocação do resultado lesivo. Obviamente que a deflagração de uma intenção desse tipo também pode contribuir para a configuração do ilícito. No entanto, o que define a infração é a possibilidade concreta de provocação de tal resultado, "prevendo-se consistentemente" a produção líquida de efeito negativo.[36]

A expressão "tenham por objeto" não pode ser interpretada isoladamente, apartada das demais contidas no dispositivo, sob pena de autorizar-se a punição de agentes econômicos simplesmente por possuírem uma intenção de vencer a concorrência.

Tratando-se de atos praticados no ambiente econômico, intenção geralmente está associada à noção de "racionalidade econômica", que pode ser traduzida como o intuito dos agentes econômicos de vencer a batalha concorrencial e prosperar, adquirir poder econômico, auferir lucros. Essa intenção genérica, por si só, é algo presumivelmente lícito, por estar plenamente de acordo com o que se espera de um agente econômico em um livre mercado.

A intenção só passa a ser um componente relevante do ilícito quando, externada por qualquer meio ou forma, seja especificamente direcionada a um resultado

não-razoável e desproporcional, caracterizado pela produção, plenamente possível concretamente, de efeito líquido negativo à coletividade.

Nesse ponto, não se alegue que sempre que a prática não tenha causado efeitos de fato é porque estes não teriam condições de ocorrer. A refutação a essa assertiva advém exatamente da conjugação das expressões "tenham por objeto ou possam produzir" com "ainda que [os efeitos previstos nos incisos I a IV] não sejam alcançados", porque não se pode olvidar da possibilidade da ocorrência de eventos imprevisíveis ou mesmo da existência de circunstâncias alheias à vontade do agente e estranhas ao funcionamento regular dos mercados, que frustrem a produção dos efeitos, não obstante a verificação de sua potencialidade.[37]

Em conclusão, para se constatar a infração à ordem econômica caracterizada pela "potencialidade", deve-se verificar se o ato examinado, sob qualquer forma manifestado, independentemente de culpa do agente e, ainda que não produza os efeitos lesivos, é praticado por agente "com aptidão" de causá-los, tendo o mercado "condições estruturais favoráveis" de sofrê-los, não havendo eficiências decorrentes do próprio ato que compensem ou superem os prejuízos potenciais verificados.[38]

3.3 Estrutura lógica

De acordo com a divisão metodológica proposta inicialmente, compõem a estrutura lógica da norma jurídica em sentido estrito a hipótese, ou antecedente, e o conseqüente.

3.3.1 Hipótese ou antecedente

Esta parte da norma jurídica, como visto, é composta pelos critérios material, temporal e espacial. É nesta parte que os conceitos e técnicas de microeconomia são utilizados.

a) Critério material

Pode-se identificar, na hipótese ou antecedente da regra-matriz de incidência antitruste para condutas anticoncorrenciais, seu "critério material" como prática de ato que produza ou possa concretamente produzir, efetiva ou potencialmente, de maneira abusiva, independentemente de culpa, efeito líquido negativo sobre o bem-estar social. Como visto, as formas pelas quais se externe a prática do ato que produz ou possa produzir tal efeito não interessam para o Direito Antitruste.

b) Critério temporal

O critério temporal identifica o momento em que uma conduta "coloca em risco" a ordem econômica (hipótese de potencialidade), de acordo com os moldes descritos acima, ou "efetivamente" provoca o prejuízo descrito (hipótese de danos concretos). Neste último caso, os prejuízos concorrenciais podem ser permanentes,

prolongando-se no tempo. De qualquer modo, o momento da incidência é a prática do ato que representa o risco ou produz efetivamente o efeito lesivo.

c) Critério espacial

Dentro do critério espacial está previsto qualquer mercado relevante,[39] abrangido pela validade territorial da Lei 8.884/94, no qual se desenvolva a prática.

Como já visto, os ditames constitucionais relativos à proteção da ordem econômica devem nortear-se pelos princípios e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que, por sua vez, é "formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal". Além disso, em nível infraconstitucional, o artigo 1.º, *caput* e parágrafo único, da Lei 8.884/94, estabelece que a titular da proteção à livre iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e beneficiária da repressão ao abuso do poder econômico é a coletividade. Por sua vez, dispõe o artigo 2.º, *caput*, do diploma legal mencionado: "aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos".

Da interpretação sistemática da Lei e dos dispositivos da Constituição referentes à ordem econômica extrai-se que o regramento antitruste brasileiro incide sobre danos, potenciais ou efetivos, a algum mercado relevante no Brasil ou parte de mercado relevante localizada no Brasil.[40] A "coletividade" a que se refere o parágrafo único do artigo 1º da Lei Antitruste é a coletividade do território nacional, porque não tem a Lei 8.884/94 a finalidade de tutelar a regularidade do funcionamento concorrencial de mercados mundiais nem a coletividade de outros países.

A conjugação das expressões "práticas cometidas no todo ou em parte do território nacional" e "ou que nele produzam ou possam produzir efeitos", portanto, abrange somente as práticas que, realizadas no Brasil ou no exterior, produzam ou possam produzir efeitos "em face da coletividade no Brasil".

3.3.2 Conseqüente

Ocorrido o fato que satisfaz a hipótese ou antecedente normativo, sobre seu conceito incide o conceito da norma jurídica antitruste, passando a ter destaque o conseqüente normativo. Compõem o conseqüente, como visto, os critérios pessoal e quantitativo da norma jurídica.

a) Critério pessoal

No critério pessoal encontra-se a "relação jurídica" entre o Estado e o particular infrator, ligados que estão pelo "vínculo abstrato de imputação deôntica". Ao dever do Estado de punir corresponde o dever do particular de submeter-se à sanção.

b) Critério quantitativo

No critério quantitativo, encontra-se a previsão da constrição patrimonial ou de liberdade do sujeito passivo. Os artigos 23 e 24 da Lei 8.884/94 prevêem multa, correspondente a um percentual aplicado a uma base de cálculo, ou um valor determinado,[41] publicação da condenação em jornal, proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos, inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, recomendação aos órgãos públicos competentes para que seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator, não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos e a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.[42]

3.3.3 Esquema gráfico

Ante todo o exposto, pode-se construir o seguinte esquema gráfico para retratar a estrutura lógica da norma jurídica de defesa da ordem econômica para condutas anticoncorrenciais:

Norma Jurídica Antitruste para Condutas Anticoncorrenciais

H	**Ct =** MOMENTO DA PRÁTICA DO ATO	**Cm =** PRATICAR ATO QUE PRODUZA OU POSSA CONCRETAMENTE PRODUZIR, EFETIVA OU POTENCIALMENTE, DE MANEIRA ABUSIVA, INDEPENDENTEMENTE DE CULPA, EFEITO LÍQUIDO NEGATIVO SOBRE O BEM-ESTAR SOCIAL	**Ce =** MERCADO RELEVANTE NO BRASIL OU PARTE DE MERCADO RELEVANTE LOCALIZADA NO BRASIL
C	**Cp =** ESTADO + INFRATOR	**Cq =** ARTS. 23 E 24 DA LEI 8.884/94 (BASE DE CÁLCULO + PERCENTAGEM; OU QUANTIA FIXA; OU OBRIGAÇÃO DE FAZER OU DE NÃO FAZER; OU QUALQUER OUTRA CONSTRIÇÃO PATRIMONIAL OU DE LIBERDADE PREVISTA)	

3.4 Incidência e efeitos jurídicos

Em resumo, ao escolher, além de outros acontecimentos, alguns atos para compor o suporte fático da norma, o legislador nada mais fez do que selecioná-los para considerá-los, toda vez que possam concretamente produzir, ou que produzam de fato, efeitos negativos à sociedade, que não sejam compensados ou compensáveis, ou superados ou superáveis por efeitos benéficos (sobre seu conceito incidindo, portanto, o conceito da norma jurídica mencionada), como "fatos jurídicos ilícitos".

Da mesma forma que em qualquer ramo do Direito, a partir do acontecimento desses fatos, passando a ser considerados fatos jurídicos ilícitos, irradiar-se-ão os efeitos jurídicos, como, *in casu*, a instauração da relação jurídica, consistente no nascimento do dever do Estado de punir os infratores, mediante constrição em seu patrimônio ou liberdade.

4. Conclusões

Os princípios constitucionais da ordem econômica, previstos no artigo 1º, inciso IV, artigo 170, *caput* e incisos II, III, IV, V e artigo 173, § 4.º, da Constituição Federal de 1988, orientam-se para a realização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no artigo 3º da Carta Política.

Para cumprimento desses objetivos, o Estado, em seu papel de fiscalização das atividades econômicas, previsto no artigo 174, *caput*, da Constituição, formula e executa políticas de defesa da concorrência, visando à produção de eficiências econômicas, benéficas para o sistema econômico do País e para o bem-estar social, o que contribui para a consecução dos objetivos fundamentais referidos.

A Lei de Defesa da Concorrência, na vertente de fiscalização, é um dos instrumentos para realização dessas políticas. Quanto mais efetiva sua aplicação, mais ela tende a se tornar uma ameaça crível de punição aos agentes econômicos, que, com isso, são desestimulados a adotar comportamentos anticompetitivos. Com isso, a Lei contribui para estimulá-los a competir, produzindo eficiências, benéficas não só para os consumidores e os próprios agentes econômicos, como também para toda a sociedade.

Para cumprimento da tarefa de persecução dos ilícitos conconcorrenciais por parte das autoridades, o legislador, com intuito de definir satisfatoriamente as hipóteses antitruste, valeu-se de conceitos jurídicos expressos por termos abertos ou indeterminados. A razão disso é a complexidade característica dos fatos que constituem infrações à ordem econômica, seja por estarem inseridos em situações dinâmicas, que requerem certa previsibilidade de situações futuras, seja porque requerem uma investigação do contexto econômico de que fazem parte.

Para determinação da existência ou não de infração à ordem econômica, deve o aplicador do Direito examinar se a conduta, externada por qualquer meio ou forma,

provoca ou pode concretamente provocar, abusivamente, independentemente de culpa do agente, efeito líquido negativo ao bem-estar da coletividade no Brasil.

Para identificar essas infrações e punir aqueles que as cometem, as autoridades antitruste devem utilizar a teoria microeconômica, que se constitui em ferramenta fundamental para delimitação do contexto econômico em que as condutas dos agentes são praticadas, além de possibilitar a identificação dos efeitos benéficos ou prejudiciais ao bem-estar da sociedade. Serve, ainda, para estabelecer as previsões mais prováveis sobre esses efeitos, de acordo com a racionalidade dos agentes econômicos e as condições estruturais dos mercados.

A teoria econômica, portanto, é indispensável para conferir maior precisão às autoridades antitruste na busca da verdade real, possibilitando-lhes emitir "decisões jurídicas", consistentes (i) no reconhecimento da incidência ou não do conceito da norma jurídica antitruste ao conceito do fato examinado, (ii) na declaração de que o particular é ou não infrator da Lei, reconhecendo-se a existência ou não da relação jurídica entre o Estado e o particular e, (iii) no caso do reconhecimento da relação jurídica, na aplicação da punição, que ocorre mediante constrição do patrimônio ou da liberdade do infrator. Com isso, permite-se uma aplicação do Direito da Concorrência direcionada a atingir da melhor forma os objetivos constitucionais pertinentes à ordem econômica.

: ARTIGO APROVADO (12/09/2007) : *RECEBIDO EM 18/03/2007*

NOTAS

* Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Direito da Concorrência pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (DIREITO GV). Ex-Coordenador-Geral de Assuntos Jurídicos e Ex-Diretor do Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico (MJ). Advogado em São Paulo e Brasília.

1 Para Kelsen, a sanção exerce papel fundamental no Direito, daí por que, para o autor, a sanção comporia a norma primária. No entanto, em obra publicada após a sua morte, *Allgemeine theorie der normen*, Kelsen parece ter esboçado uma revisão dessa nomenclatura, invertendo-a. (MELLO, 1999, p. 29, nota 21)

2 Segundo Eros Roberto Grau (2005, p. 23/26), a norma ou regra jurídica é o produto da interpretação, sendo incorreto afirmar que se interpretam normas jurídicas: "O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo". Ou ainda: "Repetindo: as normas resultam da interpretação, que se pode descrever como um processo

intelectivo através do qual, partindo de fórmulas lingüísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo".

3 Tem havido, em algumas ocasiões, certa dificuldade na distinção entre condutas anticoncorrenciais e atos de concentração, uma vez que o artigo 54, *caput*, pertinente ao controle de atos de concentração, refere-se aos mesmos efeitos produzidos pelos atos previstos pelo artigo 20, incisos I e II, da mesma Lei 8.884/94, referente a condutas anticoncorrenciais. Contribui para essa dificuldade a inexistência de imposição pelo mesmo artigo 54 da Lei Antitruste, de *apresentação prévia* dos atos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), já que efeitos (lesivos ou não) desses tipos de atos podem ser produzidos concretamente antes de sua submissão à autoridade antitruste. Sem qualquer pretensão de esgotar esse assunto, uma vez que se trata de tema para outro estudo, pode-se exemplificar, *grosso modo*, como atos de concentração aqueles previstos no § 3.º do artigo 54 da Lei 8.884/94, isto é, "fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)". Por outro lado, podem ser citados como exemplos de condutas os cartéis, a venda casada, a prática de preços predatórios, o estabelecimento de acordos entre empresas que se mantêm independentes, verticalmente relacionadas, para obtenção do fechamento dos canais de distribuição de produtos ou aquisição de insumos, entre outras hipóteses exemplificativamente previstas nos incisos do artigo 21 da Lei 8.884/94.

4 Carvalho, 1999, p. 170. Segundo Marcos Bernardes de Mello (1999, p. 37-38): "A expressão *suporte fáctico* – com que Pontes de Miranda traduziu a alemã *Tatbestand* – foi utilizada inicialmente no Direito Penal, e trazida para o Direito privado por Tohl, segundo depoimento de Cammarata. O conceito, conforme demonstra Pontes de Miranda no prefácio do seu Tratado de Direito Privado, é de aplicação universal na Ciência Jurídica, não sendo privativo de um determinado ramo do Direito. Tanto isso é verdade que nos diversos campos jurídicos o vemos empregado muitas vezes disfarçado por outras denominações, como *pressuposto de incidência*, *tipificação legal*, *tipo legal*, *hipótese de incidência*. No Direito Tributário, emprega-se a expressão *fato gerador*, embora com muita impropriedade, como mostramos em nossa Contribuição do Estudo da Incidência da Norma Jurídica Tributária, pág. 34, porque na verdade o *fato gerador* da obrigação tributária é o *fato jurídico*, portanto, o suporte fático depois da incidência, já juridicizado, e não o suporte fático apenas. Entre os autores italianos está difundido o uso do termo *fattispecie* – proposto por Betti – e entre os autores de língua espanhola a expressão *supuesto de hecho*".

5 Paulo de Barros não utiliza essa expressão em seu *Curso de direito tributário*. Extraímo-la das obras de Pontes de Miranda (1954) e de Marcos Bernardes de Mello (1999).

6 "Esse núcleo, ao qual nos referimos, será formado, invariavelmente, por um verbo, seguido de seu complemento. Daí por que aludirmos a comportamento humano, tomada a expressão na plenitude de sua força significativa, equivale a dizer, abrangendo não só as atividades refletidas (verbos que exprimem ação) como aquelas espontâneas (verbos de estado: ser, estar, permanecer etc.)." O autor, entretanto, logo em seguida, pondera: "estimaríamos melhor considerar os procedimentos humanos em consonância com a teoria clássica dos movimentos, de origem aristotélica, que os divide em três categorias básicas: movimentos voluntários, involuntários e reflexos. A cada qual corresponderia um grupo de verbos, denotadores dos diversos comportamentos. Nesse quadro imenso, qualquer forma de manifestação estará certamente contida, possibilitando a livre escolha do objeto da disciplina jurídica". O autor, ainda, faz uma ressalva para o fato de que não são admissíveis verbos impessoais, como *haver*, ou verbos sem sujeito, como *chover*. (CARVALHO, 1999, p. 180-181).

7 Celso Antônio Bandeira de Mello (1998, p. 587) assim explica referido conceito: "[...] a Administração exerce *função*: a função administrativa. Existe função quando alguém está investido no *dever* de satisfazer dadas finalidades em prol do *interesse de outrem*, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são *instrumentais* ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do *dever* posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, 'deveres-poderes', no *interesse alheio*. Quem exerce 'função administrativa' está adstrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido. Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder –, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como 'poderes' ou como 'poderes-deveres'. Antes se qualificam e melhor se designam como 'deveres-poderes', pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai

atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações".

8 "Quando o suporte fático *suficiente* ocorre, a regra jurídica incide". Pontes de Miranda (1954, p. 17). "A *incidência* é, assim, o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do seu suporte fáctico que o Direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico" (MELLO, 1999, p. 58).

9 Adverte Karl Engisch (2001, p. 95) acerca da inadequação técnica da expressão "subsunção do fato à norma", visto que a *subsunção*, por tratar-se de operação lógica, somente opera-se entre iguais. Por isto, segundo o autor, o correto é afirmar que o *conceito do fato* subsume-se ao *conceito da norma jurídica*: "A um conceito apenas pode ser subsumido um conceito. [...] São, portanto, subsumidos conceitos de factos a conceitos jurídicos". No mesmo sentido, Paulo de Barros Carvalho (1999, p. 173): "A subsunção, como operação lógica que é, só se opera entre iguais".

10 Djalma Bittar, citando lição de José Souto Maior Borges, assevera: "'A eficácia jurídica é a produção de efeitos jurídicos', constituindo-se em 'irradiação do fato jurídico depois da incidência no suporte fático'". (BORGES apud BITTAR, 1993, p. 66). Marcos Bernardes de Mello (1999, p. 58) chama a atenção para a distinção entre eficácia da regra jurídica e a eficácia do fato jurídico: "É preciso, portanto, considerar que há a eficácia da norma jurídica (chamada eficácia legal), de que resulta o fato jurídico, e a eficácia jurídica que decorre do fato jurídico já existente". Neste sentido, Pontes de Miranda (1954, p. 56) é enfático: "A incidência da regra jurídica é a sua eficácia; não se confunde com ela, nem com a eficácia do fato jurídico; a eficácia da regra jurídica é a sua incidência; a do fato jurídico, irradia-se, é a juridicização das conseqüências dele, devido à incidência. Cada regra de direito enuncia algo sobre os fatos (positivos ou negativos). Se os fatos, de que trata, se produzem, sobre eles incide a regra jurídica e irradia-se deles (feitos com a incidência, jurídicos) a eficácia jurídica. Já aqui estão nitidamente distinguidos apesar da confusão reinante na ciência européia: – a eficácia da regra jurídica, que é a de incidir, eficácia 'legal' (da lei), eficácia jurídica, mera irradiação de efeitos dos fatos jurídicos. Seria erro dizer-se que é a regra jurídica que produz a eficácia jurídica; a eficácia jurídica provém da juridicização dos fatos (incidência da regra jurídica sobre os fatos, tornando-os jurídicos). Os fatos a que a regra jurídica se refere são ditar o dado fáctico, da regra jurídica. No direito, como em outras ciências, o fato pode ser múltiplo, complexo ou simples. A morte é fato simples, como o nascimento o é; o suporte fáctico suficiente ocorre, a regra jurídica incide; a conduta humana, de tal maneira que trata o fato se não houvesse incidido. Sem regra jurídica, e sem fato, ou fatos, sobre os quais ela incida, não há fatos jurídicos e, pois, efeitos jurídicos. Daí não se conclua que todo efeito tenha de ser efeito da lei e do fato. Toda eficácia jurídica é eficácia de fato jurídico, portanto, da lei e do fato, e não da lei ou do fato".

11 Nesse sentido, perfeitamente aplicável ao Direito Antitruste a lição de Geraldo Ataliba (1999, p. 65), relativa ao Direito Tributário, quanto à não-importância da classificação do fato, por outros ramos do Direito, como ato jurídico; a norma jurídica sempre incidirá sobre um fato: "[...] a melhor doutrina é unânime na afirmação da tese segundo a qual o fato imponível é um fato jurídico e não um ato jurídico. Isto quer dizer: se a lei colocar como aspecto material da hipótese de incidência um fato que para os outros ramos do direito é voluntário, para o direito tributário esse fato será fato jurídico simplesmente, sendo indiferente sua classificação como fato voluntário ou não. Em outras palavras: para o direito tributário é irrelevante a vontade das partes na produção de um negócio jurídico. Tal vontade é relevante, para os efeitos privados (negociais) do negócio. Para o direito tributário a única vontade relevante, juridicamente, é a vontade da lei, que toma esse negócio (ou ato unilateral privado) como fato, ao colocá-lo, como simples fato jurídico, na h.i. [hipótese de incidência]".

12 Eros Roberto Grau (2005, p. 231-232) lança reserva à expressão *conceitos jurídicos indeterminados*, defendendo que, em realidade, indeterminados são os *termos* (expressões lingüísticas) que exprimem os conceitos jurídicos: "Este ponto era e continua a ser, para mim, de importância extremada: não existem *conceitos indeterminados*. Se é indeterminado o *conceito*, não é *conceito*. O mínimo que se exige de uma suma de idéias, abstrata, para que seja um conceito é que seja determinada. Insisto: todo conceito é uma suma de idéias que, para ser conceito, tem de ser, *no mínimo*, determinada; o mínimo que se exige de um conceito é que seja determinado. Se o conceito não for, em si, *uma suma determinada de idéias*, não chega a ser conceito".

13 Eros Roberto Grau (2005, p. 233), como visto acima, após fazer importante reserva à expressão *conceitos jurídicos indeterminados*, assim explica o que se entende pela indeterminação comentada: "Podemos, todavia, de modo amplo e sumariamente, mencionar que são tidos como 'indeterminados' os 'conceitos' cujos termos são ambíguos ou imprecisos – especialmente imprecisos –, razão pela qual necessitam ser completados por quem os aplique. Neste sentido, são eles referidos como 'conceitos' carentes de preenchimento com dados extraídos da realidade. Os parâmetros para tal

preenchimento – quando se trate de conceito aberto por imprecisão – devem ser buscados na realidade, inclusive na consideração das concepções políticas predominantes, concepções, essas, que variam conforme a atuação das forças sociais [Forsthoff 1973: 17-18]. Quando se trate de conceito aberto por ambigüidade seu preenchimento é procedido também mediante a consideração do contexto em que inserido – o que, de qualquer forma, não deve obscurecer a verificação de que, *sempre*, é da *participação no jogo de linguagem* no qual inserido o termo do conceito que decorre a possibilidade de o compreendermos, procedendo ao seu preenchimento. Como observei anteriormente, ainda que ambíguas e imprecisas, as palavras e expressões jurídicas (= os termos dos conceitos) expressam significações sempre determináveis".

14 Sobre o papel das políticas de defesa da concorrência, discorre Elizabeth Farina (2005, p. 37): "Desde os primórdios da Ciência Econômica, a concorrência tem sido considerada como o motor da transformação e do desenvolvimento econômico. Se na Escola Econômica Neoclássica é a concorrência que garante a eficiência alocativa do sistema, para Schumpeter ela provê incentivo à inovação e garante a eficiência dinâmica. Para North a concorrência estimula o aprendizado favorecendo o desempenho econômico através do tempo. Aí está a principal justificativa fornecida pela Ciência Econômica para as políticas de defesa da concorrência: proteger e mesmo intensificar a força competitiva, que se supõe constituir o mecanismo mais eficaz para alcançar a eficiência produtiva, o vigor da inovação técnica e a criação de novos produtos". Maria Tereza Leopardi Mello e Mario Luiz Possas (2002, p. 136-137) também discorrem sobre a finalidade social da defesa da concorrência: "A política de defesa da concorrência tem por finalidade garantir a existência de condições de competição, preservando-se e/ou estimulando a formação de ambientes competitivos com vistas a induzir, se possível, maior eficiência econômica como resultado do funcionamento dos mercados. [...] A esta altura, cabe indagar por que se esperam da concorrência resultados positivos do ponto de vista social. A resposta só pode ser encontrada no âmbito da teoria econômica: a concorrência deve ser defendida porque gera – ainda que não exclusivamente, e nem sempre – eficiência no funcionamento dos mercados. É essa sua 'finalidade social' – espera-se que agentes concorram por meio da busca de maior eficiência que lhes propicie vantagens competitivas". Direito e economia na análise de condutas anticompetitivas.

15 A Ciência Econômica denomina "externalidades" os efeitos de uma ação que afeta não apenas os indivíduos participantes dessa ação. Quando a ação de um indivíduo impõe custos a outros, há externalidade negativa. Quando uma ação de um indivíduo gera benefícios a outros, ocorre externalidade positiva. Exemplo clássico de externalidade negativa é a poluição ambiental provocada por indústrias e automóveis e de externalidade positiva, a plantação de árvores. Cf. Eduardo Andrade e Regina Madalozzo (2002, p. 86-87) e Pindyck e Rubinfeld (2006, p. 555-558). Conforme lição de Fábio Nusdeo (2001, p. 152), tais custos e benefícios circulam externamente ao mercado, não sendo apropriados pelos participantes da ação que os gera e restam não compensados, e a eles o mercado não consegue imputar um preço. As externalidades representam uma "falha de mercado" e sua presença resulta em ineficiência, porque, no caso das positivas, os incentivos para a prática das ações que as geram são insuficientes e, por essa razão, tais ações acabam sendo praticadas menos do que o socialmente desejável e, no caso das negativas, as proibições ou incentivos contrários são insuficientes ou inexistentes, resultando em mais práticas do que o socialmente desejável. O Direito pode e deve atuar para "internalizar" os custos e benefícios externos nas próprias unidades produtoras, de modo a contribuir para o incentivo aos comportamentos socialmente benéficos e para o desestímulo daqueles socialmente indesejáveis. Veja-se, a respeito, Fábio Nusdeo (2001, p. 158-160).

16 Paula A. Forgioni (2005, p. 193-194), destacando o papel da lei antitruste como instrumento para a realização de políticas públicas, afirma: "Tendo-se em mente os objetivos da Lei Antitruste, aparece clara, conjuntamente com o aspecto instrumental desse tipo de norma, sua aptidão para servir à implementação de políticas públicas, especialmente de políticas econômicas entendidas como 'meios de que dispõe o Estado para influir de maneira sistemática sobre a economia'. Ou seja, o antitruste já não é visto apenas em sua função de eliminação dos efeitos autodestrutíveis do mercado, mas passa a ser encarado como um dos instrumentos (ou meios, conforme a terminologia utilizada por José Francisco Camargo) de que dispõe o Estado para conduzir o sistema".

17 Com a defesa da concorrência, "reprime-se a tentativa, por parte dos agentes, de relaxar as pressões competitivas a que estão submetidos; a lei busca evitar que se utilizem de meios 'artificiais' para ganhar o mercado – *i.e.*, meios não baseados na maior eficiência, que falseiem a concorrência". (MELLO; POSSAS, 2002, p. 137).

18 O princípio da verdade real fundamenta predominantemente o processo penal e o processo administrativo. Por esse princípio, o juiz não se restringe às provas produzidas pelas partes, devendo dar seguimento à instrução por inércia da parte e mesmo determinar, *ex officio*, a produção de provas para descobrir, tanto quanto possível, a verdade. Cf. Julio Fabbrini Mirabete (1998, p. 44). Já pelo princípio da verdade formal, predominante no Processo Civil, o juiz decide a lide "nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a

iniciativa da parte" (artigo 128 do Código de Processo Civil) e aprecia as provas "atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos" (artigo 131 do Código de Processo Civil).

19 Calixto Salomão Filho (2003, p. 61-94) identifica três interesses protegidos pela Lei Concorrencial: o interesse dos consumidores, o interesse dos concorrentes e o interesse institucional da ordem concorrencial, sendo este último o objeto imediato da tutela legal. O autor entende ser mais adequada a identificação do interesse imediato protegido em razão de seu objeto (*interesse institucional da ordem concorrencial*) do que em razão de seus sujeitos (*interesses difusos*).

20 Jorge Fagundes (2003, p. 114), discorrendo sobre o bem-estar e a política econômica, afirma que o "objetivo de qualquer organização econômica, incluindo o sistema econômico como um todo, é o de satisfazer as necessidades e desejos dos indivíduos, de modo que é possível – e mesmo desejável – julgar a *performance* econômica do sistema ou organização em termos dessa meta".

21 Como se verá na nota 32, *infra*, nada obsta que a produção desse efeito, em alguns casos e presentes algumas condições, passe a ser *presumida*.

22 No debate teórico sobre a aplicação dos conceitos de Direito e Economia para a formulação de políticas públicas e para a aplicação da Lei de Defesa da Concorrência, destacam-se algumas concepções de "eficiência econômica". O conceito de "ótimo de Pareto" refere-se à situação de equilíbrio em que é impossível melhorar o bem-estar de um indivíduo sem que seja piorado, ao mesmo tempo, o de outro. No critério de eficiência de Kaldor-Hicks ou "potencial de Pareto", mencionado, admite-se a existência de indivíduos ganhadores e indivíduos perdedores. Segundo esse critério, uma mudança de configuração econômica é eficiente quando os ganhos obtidos pelos indivíduos ganhadores compensam (ou mesmo superam) as perdas dos indivíduos perdedores. Veja-se, a respeito, Daniel K. Goldberg (2006, p. 28-45).

23 O adjetivo "arbitrário", constante do inciso III do artigo 20, por si só já contém a idéia de que se trata de lucro obtido por meio de atuação abusiva, lesiva à ordem econômica e que, portanto, extrapola os benefícios dos ganhos de eficiência.

24 Para Calixto Salomão Filho (2003, p. 86-87), "o aumento dos lucros só pode ser considerado arbitrário, e, portanto, só pode constituir ilícito independente, quando decorrente da exploração de uma situação de monopólio. [...] O aumento arbitrário dos lucros só se caracteriza em presença de poder no mercado, pela simples razão de que a arbitrariedade só se configura quando o aumento dos lucros decorre do aproveitamento de posição dominante no mercado (seja ela monopolista ou oligopolista). O fato de a dominação dos mercados e o aumento arbitrário dos lucros aparecerem na nova lei em incisos separados (II e III) do art. 20 não significa que possam ter configurações independentes". Veja-se, também, nota 29, *infra*.

25 Como se verá na nota 32, *infra*, nada obsta que essa produção preponderante de efeitos negativos, em alguns casos e presentes algumas condições, passe a ser *presumida*.

26 Sérgio Varella Bruna (2001, p. 177), conceituando abuso de poder econômico, adiciona ao elemento econômico (apropriação de excedente) o elemento jurídico (desvio da função social do poder econômico), *in verbis*: "[...] tem-se por abuso do poder econômico o exercício, por parte de titular de posição dominante, de atividade empresarial contrariamente a sua função social, de forma a proporcionar-lhe, mediante restrição à liberdade de iniciativa e à livre concorrência, apropriação (efetiva ou potencial) de parcela da renda social superior àquela que legitimamente lhe caberia em regime de normalidade concorrencial, não sendo abusiva a restrição quando ela se justifique por razões de eficiência econômica, não tendo sido excedidos os meios estritamente necessários à obtenção de tal eficiência, e quando a prática não represente indevida violação de outros valores maiores (econômicos ou não) da ordem jurídica".

27 O termo "marginal", em Economia, refere-se à diferença resultante de uma unidade adicional de algo. Cf. Fábio Nusdeo (2001, p. 33-34/240-242). Custo marginal, por isso, refere-se ao custo de produzir uma unidade a mais de um bem. Cf. Pindyck e Rubinfeld (2006, p. 185). Em um mercado perfeitamente competitivo, um vendedor procura igualar o preço do produto ao custo marginal; se produzir menos do que a quantidade correspondente a esse ponto, não lucrará tanto quanto poderia; se produzir mais, o custo será superior à receita obtida com a quantidade a mais. Nessa situação, nenhum vendedor ou comprador em particular são capazes de influenciar o preço do produto, que é dado pelo mercado. Já na situação de monopólio, dada a falta de alternativas para os consumidores, fixar o preço do produto acima do custo de produzir uma unidade a mais não significará uma redução significativa das vendas. Portanto, nesse caso, em comparação com um mercado competitivo, o vendedor provoca maior escassez, eleva o preço do produto, lucra mais em detrimento dos consumidores e gera para a sociedade um desperdício de recursos. Para uma explicação detalhada sobre o processo

de formação dos preços no mercado nas situações mencionadas e seus efeitos, Pindyck e Rubinfeld (2006, p. 287 et seq.) e Sérgio Varella Bruna (2001, p. 17-35).

28 Ocorre que a existência de um "mercado contestável" evita esse exercício exacerbado de poder. A presença de baixas barreiras à entrada de novos concorrentes, baixo grau de diferenciação de produtos e altas elasticidades cruzadas da oferta e da demanda evitam que o agente econômico eleve em demasia o preço de seu produto. Caso o agente, no entanto, insista em elevar o preço nessas condições, poderá ocasionar a entrada de novos concorrentes no mercado (a concorrência, antes desse fato, encontra-se em estado potencial) ou um movimento de substituição, pelos consumidores, do produto por ele ofertado por produtos similares. Para uma explanação sobre "mercado contestável" e "concorrência potencial", veja-se Paula A. Forgioni (2005, p. 334-341). Para a conceituação de barreiras à entrada, veja-se Sérgio Varella Bruna (2001, p. 57) e Hovenkamp (2005, p. 39). Para a conceituação de produtos diferenciados e homogêneos, veja-se Pindyck e Rubinfeld (2006, p. 222/377). E para a conceituação de elasticidades preço e cruzada da oferta e da demanda, veja-se Pindyck e Rubinfeld (2006, p. 30) e Fábio Nusdeo (2001, p. 230-235/255-256).

29 O artigo 21, inciso XXIV, da Lei 8.884/94 estabelece a hipótese de cobrança de preços excessivos como um possível ilícito antitruste. No entanto, a hipótese remete à necessidade de constatação da presença ou potencialidade de produção dos efeitos lesivos à coletividade. Nesse sentido, vale reproduzir o voto do ex-Conselheiro do Cade Leônidas R. Xausa: "'Contudo, o aumento abusivo de preços não é senão um sintoma de uma prática restritiva da concorrência. Esta sim merece a atenção deste órgão. Não cabe ao Conselho punir o aumento de preços em si – estas medidas o governo por diversas vezes tentou operar, sempre com fracasso –, mas tê-lo como indício de uma outra conduta, esta sim passível de sanção. Trata-se por exemplo de aumento abusivo de preços em decorrência de um abuso de posição dominante ou da formação de um conluio. Nestes casos, o órgão de defesa da concorrência deve punir o abuso da posição dominante ou o conluio, utilizando o aumento abusivo de preços como mero indicador da conduta antijurídica'. Voto na Averiguação Preliminar n.º 08000.000178/90, de 1.º de outubro de 1997, Representante: Revalino Vieira da Cunha, Representada: Golden Cross Assistência Internacional de Saúde S/C. In *DOU* de 16 de outubro de 1997, Seção I, pág. 23385"(Franceschini, 1998, p. 108). Veja-se, no mesmo sentido, o entendimento reproduzido na nota 24, *supra*.

30 A Lei 8.884/94, em seu artigo 7.º, incisos X e XVIII, e em seu artigo 14, incisos XII, XIII e XIV, atribui poderes de *advocacia da concorrência* aos Órgãos Administrativos responsáveis por sua aplicação. Uma das inúmeras possibilidades de utilização desses poderes é a recomendação a outros Órgãos Públicos que adotem medidas em suas áreas de competência de forma a promover ou incentivar a concorrência. Como exemplo, pode-se mencionar a recomendação à Câmara de Comércio Exterior (Camex) que reduza alíquotas do Imposto de Importação, a fim de facilitar a entrada de produtos no mercado interno e diminuir o poder do agente econômico dominante sobre os preços.

31 Nesse ponto, como já visto, uma eficaz aplicação da Lei de Defesa da Concorrência representa um risco elevado de condenação de práticas restritivas da concorrência, reforçando a perspectiva de que os agentes econômicos podem incorrer em elevados custos caso decidam adotá-las. Vide notas 15 e 17, *supra*.

32 Muito se discute sobre a possibilidade de condenações de condutas *per se* ou sobre uma suposta necessidade de utilização da chamada "regra da razão" na análise das condutas anticoncorrenciais à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Costuma-se afirmar que, pela regra *per se*, basta a simples comprovação da prática para se considerar configurada a infração. Já pela regra da razão, para tanto, devem-se sopesar os efeitos negativos com eventuais efeitos positivos que a prática produza. No entanto, a adoção da regra *per se* não significa um abandono dessa ponderação entre efeitos. A diferença é que, na regra *per se*, a produção de efeitos líquidos negativos passa a ser *presumida*. Isto porque a reiteração de condenações de um mesmo tipo de prática, cujas investigações sempre apontam a presença de efeito líquido negativo, somada a uma previsão razoavelmente segura – em geral fundamentada no direito comparado e na doutrina econômica – de que em tais casos é mínima ou inexistente a probabilidade de produção líquida de efeitos benéficos, pode autorizar a dispensa da investigação prática e comprovação desses efeitos. No texto da Lei 8.884/94 essa possibilidade também é albergada na expressão "tenham por objeto ou possam produzir" do *caput* do artigo 20 da Lei 8.884/94. A autoridade antitruste, baseada nessa *expertise* adquirida, passa a considerar que o ato analisado tem por objeto ou produz efeitos líquidos negativos sem a necessidade de comprová-los, bastando para tanto apenas comprovar a prática do referido ato. Para efeitos práticos, o que ocorrerá nesses casos será apenas uma *diminuição do número de etapas de investigação*, privilegiando-se o princípio da eficiência administrativa. Portanto, no atual sistema jurídico antitruste brasileiro nada impede, a partir de uma *evolução jurisprudencial*, a criação de regras *per se*. Corroborando o entendimento de que regra *per se* e regra da razão distinguem-se pela quantidade de informações requeridas para consideração da prática como uma infração e que a regra *per se* promove uma diminuição do número das etapas de investigação,

(Hovenkamp, 2005, Seção 5.6b, intitulada "The exaggerated distinction between rule of reason and per se treatment", p. 255-259) e Luis Fernando Schuartz (2002, item 2, intitulado "O real significado da distinção entre a regra *per se* e a 'regra da razão'", p. 111-118).

33 "Com efeito, no caso, serão vedadas práticas ainda que não possam ser consideradas jurídicas, ou seja, ainda que não produzam (ou possam produzir) qualquer efeito juridicamente vinculante, qualquer obrigação. Note-se que a doutrina especializada chega até a colocar atos que produzam efeitos meramente morais, desde que restritivos da concorrência, como sendo vedados pela Lei Antitruste. Assim também, ainda que se trate de ato nulo de pleno direito, inválido ou ineficaz, ou mesmo que não tenha chegado a existir no mundo jurídico, poderá subsumir-se à Lei Antitruste brasileira, caso determine a incidência de qualquer dos incisos do artigo 20 da Lei 8.884 de 1994" (Forgioni, 2005, p. 159-160). No mesmo sentido, quanto ao significado do termo "acordo" no artigo 81 do Tratado da Comunidade Européia: "a noção de 'acordos' é aqui usada em sentido amplo de forma a abranger quer os contratos [...] quer outros acordos, mesmo que tácitos e não assinados, de onde derivem restrições, incluindo por meio de sanções morais ou económicas, à liberdade de agir ou decidir autonomamente de uma ou algumas das partes. Ficam assim incluídos quer os *gentlemen's agreements*, quer os cartéis ou uniões informais e mesmo os actos preparatórios de contratos futuros" (SANTOS; GONÇALVES; MARQUES, 1998, p. 372).

34 Nesse sentido, valiosas as palavras de Benjamin M. Shieber (1966, p. 88), sobre a dificuldade de encontrar provas sobre o acordo de vontades em restrição da concorrência: "Às vezes não existem provas diretas da concordância de vontades, ainda que o acordo em restrição da concorrência seja notório. A dificuldade em encontrar provas documentais decorre do fato de raramente acontecer que conspiradores que visam praticar um abuso do poder econômico lavrem e arquivem atas de suas reuniões, tanto quanto provas testemunhais, pois é evidente que não podemos esperar que os participantes de acordo em restrição da concorrência testemunhassem contra si e admitissem a existência de tal acordo. Freqüentemente, negam eles a existência de qualquer concordância de vontades, e, portanto, a existência de um acordo". Mais recentemente, a Lei 10.129/2000 inseriu na Lei 8.884/94 os artigos 35-B e 35-C, que prevêem a celebração de "acordos de leniência", como uma forma de estimular a confissão e a delação das atividades ilícitas por seus próprios participantes. Com a celebração desse acordo, os autores de infração à ordem econômica procuram obter a extinção da ação punitiva da Administração Pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, bem como a extinção da punibilidade dos crimes correlatos, previstos na Lei 8.137/90.

35 Veja-se nota de rodapé 11, *supra*.

36 Como visto na nota de rodapé 32, *supra*, a referida produção líquida de efeitos, no caso da adoção da regra *per se*, pode ser *presumida*.

37 Como exemplo, pode-se mencionar a hipótese de aplicação de medida preventiva pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) ou pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) (artigo 52 da Lei 8.884/94), de forma a evitar, cautelarmente, a produção efetiva de efeitos lesivos. Outro exemplo é a hipótese em que três únicas empresas em um mercado, caracterizado por elevadas barreiras à entrada de novos concorrentes, alto grau de homogeneidade do produto e baixas elasticidades cruzadas da oferta e da demanda (vide nota de rodapé 28, *supra*), resolvem reunir-se para estabelecer um acordo informal de fixação de preços e quantidades de produção. Para tanto, trocam informações estratégicas sobre preços, quantidades produzidas e capacidade de produção. Ocorre que, antes do início da implementação do combinado, duas das empresas são adquiridas por grupos econômicos distintos, que não concordam, por razões éticas ou mesmo comerciais, com a realização do cartel e resolvem não dar início à execução dos termos acordados. Nesse caso, não obstante o cartel não tenha chegado a produzir efeitos concretos, não se pode negar que as três empresas, dado o contexto, colocaram concretamente em risco os princípios constitucionais relativos à ordem econômica ao terem se reunido para estabelecê-lo, incorrendo, assim, em infração à ordem econômica. Destarte, quaisquer documentos ou informações (cf. exposto no item 3.2.2, *b*, *supra*) que demonstrem a ocorrência e o conteúdo de tal reunião, poderão contribuir substancialmente para se provar a infração.

38 Veja-se nota de rodapé 36, *supra*.

39 Segundo Paula A. Forgioni (2005, p. 231), "mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado". Para sua delimitação, identificam-se duas dimensões, a material e a geográfica. "O mercado relevante geográfico é a área onde se trava a concorrência relacionada à prática que está sendo considerada restritiva". (FORGIONI, 2005, p. 233). "O mercado relevante material (ou mercado do produto) é aquele em que o agente econômico enfrenta a concorrência, considerado o bem ou serviço

que oferece" (FORGIONI, 2005 p. 241). Para o Cade, em sua Resolução 20, de 09.06.1999: "O mercado relevante constitui o espaço – em suas dimensões produto ou geográfica – no qual é razoável supor a possibilidade de abuso de posição dominante". A técnica utilizada pelos três órgãos administrativos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) no Brasil para delimitação de mercados relevantes em casos concretos é o chamado "teste do monopolista hipotético", do qual a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF), na Portaria Conjunta SEAE/SDE 50, de 1.º.08.2001, extraem a seguinte definição de mercado relevante: "o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um 'pequeno porém significativo e não transitório' aumento de preços". No mesmo sentido, Portaria SEAE 70, de 12.12.2002 e Resolução CADE 20, de 09.06.1999.

40 A Constituição Federal, ainda, em outro dispositivo, estabelece que: "Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal".

41 "Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I – no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável;

II – no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinqüenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador.

III – No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente. *(Incluído pela Lei n.º 9.069, de 29.6.95).*

Parágrafo único. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro".

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Eduardo; MADALOZZO, Regina. *Microeconomia*. São Paulo: Publifolha, 2003.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

BITTAR, Djalma. *Relação jurídica tributária em nível lógico*. São Paulo: LTr, 1993.

BORGES, José Souto Maior. *Lei complementar tributária*. São Paulo: Educ, 1975.

BRASIL. Ministério da Fazenda e Ministério da Justiça. Secretaria de Acompanhamento Econômico e Secretaria de Direito Econômico. *Portaria Conjunta SEAE/SDE n.º 50, de 1.º de agosto de 2001*. Brasília: Ministério da Justiça e Ministério da Fazenda, 2001. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/guias>. Acesso em: 14 set. 2007.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Acompanhamento Econômico. *Portaria n.º 70, de 12 de dezembro de 2002*. Brasília: Ministério da Fazenda, 2002. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/guias>. Acesso em: 14 set. 2007.

BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. 1. ed. São Paulo: RT, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Resolução CADE n.º 20, de 9 de junho de 1999*. Brasília: CADE, 1999. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/legislacao/resolucoes/20resol99.asp>. Acesso em: 14 set. 2007.

COYLE, Diane. *Sexo, drogas e economia*: uma introdução não-convencional à economia do século 21. Tradução de Melissa Kassner. São Paulo: Futura, 2003.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FAGUNDES, Jorge. *Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência*. São Paulo: Singular, 2003.

———; PONDÉ, João Luiz; POSSAS, Mario Luiz. Defesa da concorrência e regulação. Disponível em:

<http://www.ans.gov.br/portal/upload/forum_saude/forum_bibliografias/regulacaodomercado/CC3.pdf>. Acesso em: 14 set. 2007.
FARINA, Elizabeth M. M. Querido. Teoria econômica, oligopólios e política antitruste. *Revista de Direito da Concorrência,* Brasília: IOB/CADE, n. 6, p. 29-60, abr.-maio-jun. 2005.
FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2005.
FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Lei da concorrência conforme interpretada pelo CADE*, São Paulo: Singular, 1998.
GOLDBERG, Daniel K. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Singular, 2006.
GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
———. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy*: the law of competition and its practice. Third edition. St. Paul: Thomson/West, 2005.
MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico* (plano da existência). 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
MELLO, Maria Tereza Leopardi; POSSAS, Mario Luiz. Direito e economia na análise de condutas anticompetitivas. In: POSSAS, Mario Luiz (Coord.). *Ensaios sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002.
MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
NUSDEO, Fábio. *Curso de economia*: introdução ao direito econômico. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2001.
PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1.
PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. Trad. Eleutério Prado e Thelma Guimarães. 6. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.
PONTES DE MIRANDA, F. P. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. I.
———. ———. Rio de Janeiro: Bosh, 1972. v. 1.
RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: IOB/CADE, n. 6, p. 13-26, abr.-maio-jun. 2005.
SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial:* as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003.
———. *Direito concorrencial:* as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998.
———. *Regulação e concorrência* (estudos e pareceres). São Paulo: Malheiros, 2002.
SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito económico*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
SCHUARTZ, Luis Fernando. Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes. In: POSSAS, Mario Luiz (Coord.). *Ensaios sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002.
SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do poder econômico*: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA. São Paulo: RT, 1966.
VARIAN, Hal R. *Microeconomia:* princípios básicos. Trad. Ricardo Onojosa e Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

Marcel Medon Santos

Rua Monte Alegre, 470, apto. 171
Perdizes – 05014-000
São Paulo, Brasil
marcelmedon@hotmail.com

Especialista em Direito da Concorrência pela DIREITO GV, Brasil

OBRIGAÇÕES EMPRESARIAIS
NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Ligia Paula Pires Pinto Sica [1]

CORPORATE LAW AND THE NEW BRAZILIAN CIVIL CODE

RESUMO

Tendo em vista a promulgação do novo Código Civil brasileiro, que reúne dispositivos que revogam o antigo Código Civil de 1916 e a maioria dos capítulos do Código Comercial de 1850, unificando-os, é importante que se frise que remanesce a diferenciação entre as matérias de Direito Civil e Comercial, de acordo com suas lógicas peculiares.

Sendo assim e tendo o novo Código introduzido diversas normas de caráter geral, este trabalho pretende discutir o papel do juiz e da jurisprudência na aplicação dessas normas de maneira casuística, dando-lhes tratamentos distintos de acordo com os fatos apresentados em juízo, de forma a manter a autonomia das áreas do Direito mencionadas e garantir aos agentes econômicos o grau de segurança e previsibilidade necessário às suas atuações no mercado.

PALAVRAS-CHAVE

unificação, interpretação, boa-fé, cláusula geral, jurisprudência

ABSTRACT

In regard of the enactment of the new brazilian Civil Code, that unifies the issues treated in the old Civil Code from 1916 and on the majority of the Chapters of the Commercial Code from 1850, it's important to insist that the differences between the Civil and Commercial Law remains, according to their peculiar logics.

As it is, and as the new Code brought several rules of general character, this paper intends to discuss the role of the judge and jurisprudence in the civil law system, by interpretating those rules in a casuistic manner, giving them different treatments, according to the presented facts during litigation, in a way to maintain the autonomy of the Law areas mentioned above and guarantee to the economic agents the level of certainty and previsibility, needed to exercise their activities in the market.

KEYWORDS

unification, interpretation, good faith, general clause, jurisprudence

"Havendo duvida sobre a intelligencia e força de hum Contracto mercantil, deve-se interpretar a mente dos contrahentes segundo o uso, ou Estatuto da Praça e lugar em que se fez o mesmo contracto; e bem assim o Juizo dos Commerciantes costumados a praticar essa especie de negocio, ainda que aliás as palavras do trato, ou escripto diversamente signifiquem: pois sempre a boa fé e o estylo mercantil he que deve prevalecer e reger, e não o estreito significado dos termos e menos ainda as intelligencias cavillosas e contrarias ao verdadeiro espirito do contracto"

(José da Silva Lisboa, o Visconde de Cayru, *Principios de direito mercantil e leis da Marinha,* Rio de Janeiro: Typographia Acadêmica, 1874, t. II, p. 471).

1. Delimitação do tema

Iniciei este trabalho a partir de duas questões: (i) a promulgação do Código Civil brasileiro, que unifica grande parte das disciplinas de Direito Comercial e Direito Civil, causará falta de segurança jurídica para a celebração de negócios empresariais? e (ii) qual o papel do aumento dos poderes do juiz e a importância da jurisprudência neste cenário, especialmente diante da inserção de cláusulas gerais no referido diploma legal?

Sem dúvida, essas questões partiram da minha intuição de que a jurisprudência se prestaria a pautar a interpretação dos novos artigos, embora eu não tenha me proposto a provar essa assertiva. Comecei a minha pesquisa teórico-doutrinária e, depois, jurisprudencial (que, a meu ver, não deixa de ser teórica), a partir de um índice que pouco tem a ver com o sumário acima. Não queria convencer nem ser convencida de uma única resposta, mas adianto: a pesquisa levou-me, aos poucos, a um convencimento acerca de respostas às duas perguntas acima descritas e à reformulação delas.

Comecei os trabalhos pelo estudo do novo Código, de alguns artigos que traziam cláusulas gerais e da doutrina acerca dos institutos de Direito Obrigacional que elas representavam. Contudo, percebi que aquele cabedal não responderia satisfatoriamente às perguntas primeiramente formuladas e sobre o papel do juiz e da jurisprudência na interpretação dos artigos no contexto delimitado (relações empresariais).

Assim, sem almejar traçar panorama prévio acerca das regras de interpretação do Direito e do Direito Empresarial (ou Direito Comercial, aqui e adiante utilizados como sinônimos), passei a buscar "como" explicitar a relação entre a interpretação dos novos dispositivos do Código Civil quanto às obrigações advindas de relações empresariais e a jurisprudência. Isso porque, como alguns dos dispositivos do Código Civil são propositalmente vagos (cláusulas gerais), a um certo ponto, passei a crer que a jurisprudência demonstrará ter um papel importantíssimo na construção ou confirmação do já construído, ao atuar como base sólida para que os agentes econômicos possam pautar suas condutas, conforme será visto adiante. Em razão disso, para este trabalho, ainda que sejam mencionados os deveres do "juiz" (de maneira singular), dever-se-á entender o vocábulo "jurisprudência"[2] como aquele que exprime o consolidado de decisões de tribunais, no mesmo sentido, que construam um "entendimento pacífico", de forma a garantir segurança e previsibilidade a esses agentes.[3]

Além disso, em razão do desenrolar das pesquisas que culminaram neste texto, optei por não aprofundar, na medida em que incidentais, as análises dos novos dispositivos do Código Civil à luz de preceitos da teoria econômica. Tampouco objetivei

realizar análise econômica da reforma legislativa advinda com o novo diploma civil. Todavia, é possível dizer que, por vezes, mostrou-se imperioso o olhar sobre a ciência econômica concomitantemente à análise jurídica realizada, já que não foi possível encontrar no Direito todas as respostas ou fundamentações às proposições surgidas. Exemplo disso: um dos intuitos do texto foi prever o modo de aplicação ou não-aplicação de alguns artigos do Código Civil às relações empresariais por meio de uma interpretação ampla e conjunta, ou seja, delineada pela análise interpretativa jurídica, econômica e social buscando soluções para essas regras (i) nelas próprias, (ii) no ordenamento como um todo, (iii) em diversos conceitos próprios da teoria econômica e (iv) na conduta dos agentes econômicos.

Em razão da ausência de preocupação em nomear a ciência ou área afeita a cada solução buscada no texto, muitas vezes as "linguagens" se confundem e misturam. Na verdade, os parâmetros interpretativos diferenciados mencionados neste texto nada mais são do que a expressão do padrão de racionalidade do agente econômico verificado no mercado. Além disso, o papel da jurisprudência como orientação consolidada ou "pacífica" de que este texto cuidará adiante nada mais é do que o atendimento da necessidade jurídica "e" econômica de segurança e previsibilidade.[4]

Ainda com base nas premissas negativas para delineamento do foco deste trabalho, cuidei da demonstração da ampliação dos poderes do juiz pelo processo civil e do aumento do papel da jurisprudência por via de conseqüência no último tópico deste texto, mas optei por não tratar do papel da prestação jurisdicional, seja por parte do Estado, seja por formas privadas de solução de controvérsias.[5]

Em conclusão, a reformulação das questões primeiramente tomadas para o início do trabalho levou-me ao questionamento que pode ser extraído das linhas gerais do texto, ainda que estas não o proponham diretamente: é possível a convivência do antagonismo entre duas necessidades do Direito Empresarial: (i) a flexibilidade advinda do informalismo e dinamismo do ambiente em que se travam as avenças empresariais e (ii) a segurança protetiva do Direito e a previsibilidade da jogada alheia por meio desta? Deixo ao leitor a tarefa de responder, a partir das conclusões deste texto, se a jurisprudência consolidada atua de maneira a dirimir ou minimizar este conflito.

2. Princípios, cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados

A doutrina denominou de "cláusulas gerais" as disposições genéricas e abstratas trazidas "no corpo" de alguns artigos do novo Código Civil. Interessam a este trabalho as disposições de Direito Obrigacional Empresarial e o estudo dos artigos não será o foco do texto, ainda que alguns deles sirvam de ilustração. Pretendo avaliar os papéis dos poderes dos juízes e da construção jurisprudencial diante dos dispositivos mencionados e, para tanto, importante, de início, diferenciar princípios, cláusulas gerais

e conceitos legais indeterminados, especialmente quanto à utilização destes nas decisões judiciais.

Em sua obra *I principi generali*,[6] Alpa (1993, p. 45) afirma não existir uma definição de "princípios" universalmente aceita e que cada autor dá sua própria definição, distinguindo-os das disposições escritas, dos valores, dos *standards*, dos conceitos, das cláusulas gerais, das máximas, dos brocardos, "preenchendo-os" como mais lhe aprouverem para poder atingir os objetivos que queiram perseguir, como "caixas vazias".

Fazendo ainda a ressalva de que cada definição esconde um pré-juízo, ou seja, o modo em que o intérprete entende o termo a definir, o seu emprego e o seu contexto,[7] o autor conseguiu enxergar duas concepções de princípios em particular: aquela que entende "o princípio como regra geral que se funda sobre (ou se induz a partir das) regras expressas no ordenamento" e outra que considera princípio "um *prius*, metajurídico ou extralegislativo", dando a entender que, se os princípios preexistem nas normas, não são mais do que "manifestações sensíveis do princípio" (ALPA, 1993, p. 46). Ambas as definições imputam aos princípios as características de serem expressos em fórmulas genéricas e imprecisas.

Contudo, mais abrangente pareceu uma outra definição, trazida pela moderna teoria de interpretação jurídica: "os princípios embasam as regras e lhes são hierarquicamente superiores, configurando, pois, o sistema", razão pela qual desempenham papel fundamental na interpretação do direito e dos atos jurídicos; "a exegese há de ser empreendida a partir da consideração dos princípios que conformam o ordenamento. Afinal, as regras são concreções de princípios".[8-9]

E, funcionalmente, talvez incorrendo no pré-juízo criticado por Alpa, a noção de "princípio" que mais serve à comparação que se quer demonstrar adiante neste texto é a de Grau (2003, p. 95):

> [...] um sistema jurídico ou ordenamento jurídico não será jamais integrado exclusivamente por regras. Nele se compõem também princípios jurídicos ou princípios de Direito. São utilizados pela jurisprudência para fundamentar decisões. Diz-se que tais princípios são descobertos no direito positivo e, aí, passam de princípios descritivos a princípios positivados de inspiração doutrinal. *Princípio geral do direito é, assim, princípio ainda não positivado,* mas que pode ser formulado ou (re)formulado pela jurisprudência (grifos nossos).

O autor supracitado menciona a jurisprudência, o que corrobora a idéia de Bergel (2001, p. 108) de que "*os princípios gerais do direito não têm existência própria competindo ao juiz dar-lhe força e vida*, em uma certa representação das relações entre o homem e o poder" (grifos nossos).

Nesse sentido, fez-me notar com mais interesse para este trabalho o início da obra *I principi generali*, em que Alpa (1993, p. 6/9)[10] trata especificamente do "uso

jurisprudencial dos princípios". Diz o autor que a jurisprudência tende a considerar o princípio como regra geral e abstrata, aplicável a diversos tipos concretos e que se obtém cumprindo sucessivas subsunções de regras particulares específicas e circunscritas a conteúdo mais amplo, reconduzíveis todas ao ápice, ao vértice, justamente o princípio.

Para ele, em cada caso, a jurisprudência oferece exemplos de utilização dos princípios ou de locuções sobre princípios "que aparecem para subtrair o trabalho dos intérpretes a um quadro claro de referências e de conexões lógicas"[11]

Diante de uma perspectiva formalista, Alpa (1993, p. 13/18-23) ainda menciona que, para o uso jurisprudencial dos princípios, estes assumem funções diversas – integrativa, interpretativa, delimitativa e fundante – e que, em um quadro sistemático de usos dessas funções pela jurisprudência, duas modalidades destacam-se: "o uso formal", no qual se ressalta o principio como técnica interpretativa e "o uso 'teleológico'", no qual se ressalta o princípio como técnica de manipulação finalística.

Diversos foram os usos dos princípios indicados pelo autor nas duas modalidades citadas. Na primeira, os usos foram: (i) para criação da "regra do caso" (criação da norma aplicada ao caso concreto pelo juiz a partir dos princípios em conexão ao ditame normativo); (ii) como regra geral ou fato normativo preexistente (ao contrário de como resultado da interpretação de um dispositivo); (iii) na orientação do juiz na escolha interpretativa do texto da lei; e (iv) como limite aos poderes interpretativos dos juízes.

Na segunda modalidade destacada, a do uso finalístico, vale destacar o uso de princípios para suprir lacunas legislativas, admitir vantagens entre as partes (ex. Administração Pública em juízo), entre outros menos conexos ao enfoque deste texto.

Assim, diante das diversas concepções sobre a conceituação de princípio e do recorte trazido por Alpa sobre "os usos" destes pelos juízes e, via de conseqüência, pela jurisprudência, vê-se "que os princípios jurídicos, *não expressos no direito positivado*, fazem parte do ordenamento jurídico com função interpretativa e supletiva da ordem positivada".[12]

Já as denominadas "cláusulas gerais"[13] foram trazidas pelo Código Civil com a dupla função de: (i) mobilidade, uma vez que atenuam as regras mais rígidas, e (ii) atuar de forma a concretizar o que se encontra previsto nos princípios gerais de direito e nos conceitos indeterminados (MARTINS-COLA, 1992, p. 50). Estas são diferentes dos princípios, "uma vez que estão positivadas", ou seja, são formulações também de caráter genérico e abstrato, mas contidas na lei. Em razão desse caráter genérico e abstrato, as cláusulas gerais devem ser preenchidas pelo juiz autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz.[14]

A importância e o papel do juiz e da jurisprudência, que quer tratar este texto, estão diretamente relacionados à tarefa de "preencher de valores"[15] *as cláusulas gerais*.

Veja que, quando o juiz está diante de um "conceito legal indeterminado", cabe a ele, no momento de subsunção do fato à norma, preencher "os claros" e dizer se a norma atua ou não no caso concreto. Em outras palavras, neste caso, a solução já está preestabelecida na própria norma legal, que enuncia o conceito indeterminado e dá as conseqüências dele advindas, "de forma que ao juiz competirá apenas aplicá-la ao caso, sem exercício de função criadora".[16]

Assim, apenas como parâmetro negativo de delimitação da noção de cláusulas gerais, vale dizer que estas são diferentes também de "conceito legal indeterminado" pela finalidade e eficácia, já que permitem ao juiz preenchê-las com os "valores designados para aquele caso para que se lhe dê a solução que ao juiz parecer mais correta" (NERY JÚNIOR, 2003, p. 409), ou seja, concretizando os princípios gerais de direito e determinando o conceito abstrato contido na cláusula geral "pela função" que esta deverá exercer no caso concreto.

Neste sentido, segundo Alpa e Bessone (2001, p. 18),[17] o papel do juiz consiste em dirimir os conflitos aplicando a lei, mas a aplicação pressupõe a interpretação da lei da qual se diz (extrai) o conteúdo criativo, especialmente nas hipóteses em que se devem aplicar "cláusulas gerais", termo criado pela doutrina alemã que indica teor geral, não específico e de conteúdo "especificado" pelos juízes, de vez em quando, segundo o desenvolver dos hábitos e da voz dos cidadãos: em uma palavra, "da consciência social".

Sendo, então, as cláusulas gerais "normas" – fontes de direitos e deveres – de "ordem pública"[18] – conforme o art. 2.035 do Código Civil –, estas podem e devem ser aplicadas pelo juiz, inclusive de ofício. O fato de serem consideradas de ordem pública é de extrema importância para o Direito Privado, eis que este tipo de norma tem um peso determinante na *ratio decidendi* das controvérsias levadas a juízo porque o controle judicial sobre a base do ordenamento jurídico é dirigido a invalidar a relação se esta for com aquela contrastante.[19]

Ora, se as cláusulas gerais "devem" ser aplicadas e as conseqüências desta aplicação – "ao contrário" da subsunção do fato a um mero conceito legal indeterminado – serão estipuladas pelo juiz, então, aqui se verifica "o primeiro apontamento" da importância (i) do papel do juiz (ampliado) e (ii) da jurisprudência majoritária, a qual, ao pacificar um entendimento, pautará as decisões dos agentes econômicos como "regra". Este ponto, o qual será acrescido de outros argumentos, demonstra em verdade o que não se pode negar: que a jurisprudência é, sim, fonte "não formal"[20] do Direito, ao contrário do que afirma parte da doutrina.

Assim, ainda que se aborde, exemplificativamente, o modo de aplicação do *conteúdo* de cláusulas gerais estabelecidas pelo Código Civil, conforme já mencionado, não se pretende neste trabalho analisar seus conteúdos profundamente, tampouco suas vantagens ou desvantagens,[21] mas sim determinar o que estas representam para o Direito Empresarial e o papel da jurisprudência, como fator de previsibilidade, diante das referidas inovações legislativas.

3. Interpretação "autêntica" do juiz

Não se pode tentar analisar o papel do juiz e da jurisprudência no contexto da regulação das relações obrigacionais no Direito Comercial, diante da promulgação do Código Civil de 2002, sem antes fazer a ressalva de que "os artigos que abordam a matéria serão tratados como *normas*". Dessa forma, a inovação que se buscou neste trabalho reside na constatação de que o tratamento jurídico das relações entre as pessoas – físicas e jurídicas – extrapola o texto do Código: aqui não se fala somente do texto legal, mas justamente deste enquanto norma,[22] "após sua interpretação".

Para que se entenda como é possível o Código Civil trazer dispositivos que podem ser aplicados tanto nas "relações civis" entre cidadãos como naquelas empresariais (em que o padrão de conduta do agente envolve profissionalidade e dinamismo), é necessário também que se diga que a norma só existe de maneira completa quando "interpretada".

Assim, só podemos dizer que se trata de "norma" quando esta já passou pelos olhos do intérprete e, para tornar a afirmação mais nítida, cabe destacar a definição de "interpretação" de Grau:

> [...] interpretar é, além de compreender, reformular ou reexprimir o objeto da interpretação sob forma nova. A interpretação, assim, consubstancia um processo intelectivo através do qual, partindo de *fórmulas lingüísticas* contidas nos atos normativos, *alcançamos a determinação do conteúdo normativo.*[23]

Mas o intérprete não só "produz" a norma (mas também, às vezes, a "reproduz", uma vez que o texto normativo pode não possuir significações diferentes), mas é a moldura da construção da decisão-norma, que terá seu sentido dado pela realidade, ainda que não seja o intérprete o criador da moldura em si. Assim, "a *norma* encontra-se (parcialmente), em estado de potência, involucrada no *enunciado* (texto ou disposição); o intérprete a desnuda".[24]

Tendo como pressuposto, então, que a "norma" nasce da interpretação, os juristas como um todo, ou todos aqueles que interpretam o Direito, em alguma medida, produzem normas, até o momento anterior ao da definição da "norma de decisão". Quem produz esta última é o "intérprete autêntico": o juiz revestido de poder para "criar" as normas jurídicas. [25-26]

Assim, o ato de vontade ou escolha do órgão estatal aplicador do Direito "dá feição à interpretação autêntica" e, neste sentido, é a única interpretação que efetivamente "cria Direito" –porque a interpretação do advogado não é "vinculante" para o órgão que aplica a norma jurídica.

Desta feita, se "os textos (= as leis) nada dizem, eles dizem o que os intérpretes dizem que eles dizem"[27], e se só o juiz pode "criar norma" ao decidir por meio de uma construção interpretativa que vincula as partes submetidas "ao sentido" dado

àquela por ele, então, vê-se claramente "a função/poder do juiz" de dizer o direito e "a função/poder da jurisprudência pacificada" de tornar o direito criado estável o suficiente para previsibilidade de condutas.

Importante dizer, ainda, que o juiz não pode se furtar de julgar ou "dizer o direito". Esse poder jurisdicional não pode ser afastado, uma vez constitucionalmente previsto[27] e porque "o dever-de-julgar confere completabilidade ao sistema; não é a completude condição do dever-de-julgar [...] a omissão do juiz não se harmoniza, em tese, com o ordenamento jurídico dentro do qual o juiz é juiz" (VILANOVA apud CAMPILONGO, 2002, p. 81).[28]

Assim, "o segundo ponto" que se quer demonstrar neste trabalho passa a ser enxergado:

(i) se as cláusulas gerais são, conforme os dizeres de Nery Junior (2003. p. 408), "normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir"; e
(ii) se somente o juiz será aquele que dirá quais as conseqüências advindas da aplicação da norma de forma vinculante, "criando o significado desta e preenchendo a cláusula geral".

Então, os poderes dos quais é investido o juiz (de criação de direito por meio de tomada decisão) foram nitidamente ampliados pela "vagueza" do que se denominou cláusula geral.

4. O contraponto não refuta a constatação deste trabalho

Creio que não se pode pensar em texto de cunho acadêmico elaborado com seriedade se o autor não se debruçar sobre constatações contrárias às suas, sob pena de crer ser a sua a "verdade absoluta" provavelmente inexistente. Muitas vezes, essas "opiniões" contrárias não são expressas no texto, mas aguçam o autor a refutá-las ou acolhê-las e, de qualquer modo, acabam por enriquecer o trabalho.

Muitos foram os contrapontos que encontrei quando passei a acreditar que a jurisprudência é, sim, ainda que de maneira *sui generis*, fonte do Direito.

Cabe aqui mencionar algumas palavras de Nivarra, Ricciuto e Sconamiglio (2003, p. 14 et seq.) que, a meu ver, como tantas outras, refutam, mas, ao mesmo tempo, não desautorizam o que acabei por "pregar" neste trabalho. Para esses autores, a jurisprudência (ou seja, complexo de decisões pronunciadas pelos juízes) não é fonte do Direito e o juiz tem tão-somente alguns deveres: interpretar uma norma geral e abstrata, quando esta necessitar e, uma vez interpretada, aplicá-la ao caso concreto colocado em face do juízo pelas partes.

Ainda dizem que a *Corte di Cassazione*, por sua vez colocada no vértice do sistema judiciário italiano, pronunciando suas decisões, portanto, em última instância,

tem o dever de assegurar a exata observância e uniforme interpretação da lei (conforme o art. 65 *dell'ordinamento giudiziario*), corrigindo eventuais interpretações que tenham sido equivocadas e cujo conteúdo tenha sido emanado da instância inferior. Assim, para estes, não se trata de atividade criativa de nova regra, mas, sim, de atividade interpretativa e de aplicação de regras já existentes e, mesmo que a atividade interpretativa requeira do juiz uma contribuição criativa (a exemplo de regras que sejam lacunosas ou extremamente genéricas), a eficácia da sua decisão é limitada somente às partes em juízo: a interpretação fornecida pelo juízo não vincula os juízes que serão chamados a julgar casos de conteúdo análogo, mas admitem: "Se o quanto dito até aqui é verdade, é, porém, igualmente verdadeiro que freqüentemente a interpretação dada pelos tribunais a uma disposição de lei possui, de fato, uma eficácia persuasiva, muito mais do que transcurável",[29] e partem daí para a conclusão de que, ao buscar o significado de uma disposição, os operadores do Direito – de fato – dão muita atenção ao modo como a regra foi interpretada no passado (especialmente pelas cortes superiores) e esta eficácia persuasiva é tão maior quanto mais consolidado o entendimento e acaba, ao final, por firmar um entendimento que mitiga a própria liberdade da atividade interpretativa – uma vez que os juízes, provavelmente, não adotarão posição diferente daquela já "consolidada".

O entendimento desses autores é contrário ao que se expõe neste texto, mas a admissão da ressalva acima transcrita é, em verdade, a admissão de um dos mais fortes argumentos utilizados e que embasa a posição aqui "defendida". Dessa maneira, este estudo não demonstra "nadar contra a maré", mas analisar a realidade e provocar a reflexão, tendo por base certas premissas que não são refutadas nem por aqueles que discordam da conclusão construída.

Não se trata de simplesmente propor a adoção do sistema jurídico da *common law*, e sim de observar a dinâmica do próprio sistema romano-germânico, fugindo da ingenuidade e atentando para a lógica interpretativa que se enxerga na prática do Direito nos países que adotam esse último sistema. Ora, dessa maneira, tanto não se pode dizer que a jurisprudência é "fonte direta, formal e vinculante" do Direito no sistema romano-germânico (em razão das normas de interpretação que dizem o contrário), como não se deve ignorar, assim como os autores que ora cito exemplificativamente, que a orientação jurisprudencial "consolidada" ronda a razão e permeia as decisões judiciais, sendo "fonte informal direta" do Direito.

Para ilustrar com um exemplo brasileiro, seguem as palavras do Ministro Afrânio Antônio da Costa, em seu voto (p. 482) no Recurso Extraordinário 15.906/MG, cujo relator era Álvaro Ribeiro da Costa, julgado pela 1.ª Turma do STF em 08.05.1950: "[...] Ponderei sobre a questão, porque, como é dever de todo juiz, disciplinar-me-ei pela jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal. E com o maior acatamento fui procurar a razão de ser para o meu modesto voto, à margem

da jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal, convencendo-me, *data venia* que o argumento é ponderável [...]".

Em conseqüência, essa relativa previsibilidade acarreta o direcionamento da conduta dos agentes econômicos. Nesta medida, a conclusão sobre jurisprudência ser fonte *sui generis* do Direito, ainda que informal,[30] coube ser trazida a este texto, neste tópico, o que complementa outras conclusões adiante.

5. Cláusulas gerais no Direito Comercial, jurisprudência, norma e realidade

É bem verdade que, ao observar, por exemplo, a "arte", nota-se que o homem é um ser ilimitadamente "criativo". Contudo, é fato que tanto o texto puro das leis e avenças[31] – porque elaboradas pelos homens – quanto os seus intérpretes sofrem de limitação de completude em razão do que a teoria socioeconômica denomina de "limitação de racionalidade". Segundo Leonardo L. Ribeiro, o conceito trata do "reconhecimento de que o ser humano é limitado em sua habilidade de formular e solucionar problemas", além de apontar a sujeição dos seres humanos à assimetria de informação nos seus relacionamentos, às perspectivas subjetivas na forma com que cada indivíduo observa e assimila o mundo que o cerca e à própria limitação da sua capacidade cognitiva, situação agravada "pela existência de custos" para procurar, obter, armazenar, processar e utilizar informações.[32] Também, em razão dessa característica do próprio ser humano, coerente foi a escolha do legislador brasileiro em inserir no Código Civil as antes conceituadas "cláusulas gerais". Contudo, essa inserção traz questionamentos de ordem teórica e prática quanto à aplicação dessas normas aos negócios jurídicos celebrados no ambiente empresarial, seja porque basilares para o bom andamento da economia, seja porque celebrados em ambiente mais dinâmico, entre outros motivos.

Assim, além dos poderes do juiz, ditos ampliados pela inserção de cláusulas gerais no Código Civil e das últimas reformas processuais (adiante mencionadas), importante analisarmos também o papel da jurisprudência diante da inovação legislativa.

Para aplicação do regramento positivado às obrigações advindas de relações empresariais, as regras precisam ser interpretadas, conjugando a observância (i) da realidade factual; (ii) dos usos[33] (no caso do juiz, tanto para a *ratio decidendi* quanto como propriamente um elemento de convencimento); e (iii) da jurisprudência "pacificada".

Ao depreender outras "funções" da mencionada "jurisprudência pacificada", Cruz e Tucci (2003), citando Giovani Orrù, sobre a eficácia dos precedentes na Itália e Alemanha, traz os seguintes exemplos:

1) a jurisprudência consolidada garante a certeza e a previsibilidade do Direito;
2) a jurisprudência consolidada assegura a igualdade dos cidadãos perante a distribuição da justiça;

3) a jurisprudência consolidada evidencia submissão moral de respeito à sabedoria acumulada pela experiência; e
4) a jurisprudência constrói uma presunção (relativa) em prol da justiça do precedente, até porque, sem um razoável grau de confiança na anterior elaboração judicial, faltaria um dos fundamentos mais relevantes da evolução do Direito.

Portanto, a jurisprudência pacificada, além de exercer função de pauta para interpretação das regras, garante também a elas a "estabilidade necessária", na medida em que a manutenção de seu entendimento "estável" se dá de acordo com as necessidades socioeconômicas surgidas e expostas pelas demandas apresentadas perante o Poder Judiciário. Em outras palavras, a estabilidade garantida à interpretação da regra pela jurisprudência pacificada só é alterada quando a sociedade ou o mercado ou um segmento de mercado (dependendo do agente) modifica-se de forma a gerar demandas sociais ou econômicas ou políticas de tamanha relevância[34] que, pelo balanço de valores e princípios, essas demandas sobreponham-se à estabilidade da interpretação normativa consolidada. Dessa maneira, a consolidação de entendimento jurisprudencial garante, dentro dos seus limites, a normatização das obrigações advindas de relações empresariais pela completude da regra interpretada relativamente estável.

Ao contrário do que prega parte da doutrina,[35] no sentido de que o mercado e as relações empresariais como um todo se auto-regulam e buscam plena liberdade para criação diante do dinamismo dessas relações, vê-se que a normatização "não" é repudiada pelo mercado.[36]

Aliás, até mesmo a eventual "relativização" do princípio do *pacta sunt servanda* por alguns dispositivos do Código Civil é muitas vezes, de fato, excelente para o bom funcionamento do "mercado".[37] O princípio do *pacta sunt servanda* é o que traz confiança ao sistema, mas é prejudicial se cumprido em detrimento da observância de princípios e regras de lealdade contratual. Assim, pode ser vista a "excessiva onerosidade" como instituto relativizador do princípio citado, mas que exerce função de "azeitamento" das relações – ou até de presunção de boa conduta ou conduta justa dos agentes, o que, conforme já dito anteriormente, é favorável ao mercado.

O texto legal é mero ponto de partida para criação da norma (que só tem sentido concreto quando interpretada) no momento de sua aplicação ao caso. Nesse sentido, importante lembrar que também é requisito necessário para criação da norma de Direito Empresarial o olhar sobre a realidade. Faz parte dessa realidade a situação factual de aplicação da regra, emoldurada pela praxe do empresário e, principalmente, pelo mercado.

Ainda que o precedente judicial deva ser observado, diante da "presunção (relativa) em prol da justiça do precedente" (CRUZ E TUCCI, 2003), é certo, porém, que cada situação concreta deve ser analisada como única, uma vez que apresenta peculiaridades, e sempre dentro do contexto em que se apresenta.

Grau, em seu discurso de agradecimento proferido na solenidade de entrega da medalha *Teixeira de Freitas*, menciona que este jurista buscava fazer a ciência do Direito presa a rigores metodológicos, mas sem afastá-la do "mundo da vida" e cita excerto que ora cabe transcrever:

> Examinar as leis em seus próprios textos sem influência de alheias opiniões, comparar atentamente as leis novas com as antigas, medir com precisão o alcance e conseqüências de umas e outras, eis que o laborioso processo, que empregado temos para conhecer a substância viva da Legislação.[38]

E comenta: "Essa *substância viva é composta pela realidade – em rigor, é parcela da própria realidade – à luz da qual os enunciados dos textos assumem diversos conteúdos normativos*"[39] (grifos nossos). Dessa forma, ainda que a noção de mercado como *locus* de atividade econômica suponha a livre competição – conjunto de operações econômicas e modelo de trocas; conjunto de contratos, convenções e transações relativas a bens ou operações realizadas no lugar/mercado[40] –, a regulação de suas operações e das condutas de seus agentes é necessária, eis que é também "instituição jurídica, constituída pelo direito posto pelo Estado, e deste se reclama, a um tempo só, que garanta a liberdade econômica e, concomitantemente, opere a sua regulamentação [= regulação]. Sendo atividade, as *regras de mercado* consubstanciam o seu substrato".

Diante desta consideração, posso dizer que a regulação do revogado Código Comercial e do atual Código Civil, então, cumpriu e cumpre, respectivamente, função estatal devida ao mercado para a boa fluência das relações econômicas no País.

Em conclusão, levando-se em conta a afirmação de que o texto normativo precisa ser interpretado, em especial se elaborado com intuito de completude diante da aplicação ao caso concreto, e que só a jurisprudência pode garantir a sistematização do entendimento, a partir do seu olhar sob o caso concreto e o ambiente em que este se desenrola, não se pode falar em normatização desejada pelo mercado que não seja aquela que já tenha "passado pelo crivo" da autoridade judicial que trará a ela a completude necessária. Daí a importância da jurisprudência nos casos em que se requer a aplicação de novos dispositivos do Código Civil aos negócios jurídicos empresariais.

Um advogado, como operador do Direito, é intérprete solitário diante da norma e contará não só com suas limitações pessoais, como também com a quase inafastável inclinação a abstrair da norma a interpretação que mais lhe favoreça. Já a jurisprudência é formada de decisões que são o fruto da prestação de um dever (dever de prestação jurisdicional), com suas fundamentações atreladas à imparcialidade e à necessidade de observar cada caso concreto singularmente, mas "dentro" de seu contexto (ambiente, momento, grau de informação das partes etc.). Tais características

legitimam a jurisprudência como fonte de complementação do sentido da norma com relativos efeitos *erga omnes,* eis que induzem os atos dos sujeitos de direitos.

Tendo em vista que tão maior é a confiança na posição jurisprudencial quanto maior seja o lapso temporal em que as decisões estejam sendo preferidas em um sentido ou outro, estar-se-ia diante de um problema pelo fato de o Código Civil emanar regras sobre as quais os tribunais ainda não tenham se pronunciado.

Contudo, os novos dispositivos do Código Civil não significam novos fatos, nova prática e, muitas vezes, nem sequer novo Direito. Os negócios continuarão a celebrar-se com suas racionalidades próprias; os conflitos continuarão a existir, porém a mensuração do risco na tomada de algumas decisões poderá ser reavaliada diante de alguns preceitos.

Para verificar se a mensuração do risco deverá ou não ser reavaliada, o empresário olhará a norma e, para enxergar qual será seu mais provável entendimento diante do caso em que se insere, olhará "para trás". Nesse olhar, verá, ao menos: qual a racionalidade que movia os juízes na aplicação de outras normas; que os juízes necessariamente se debruçavam sobre a realidade e sobre os escritos doutrinários e que tinham suas "amarras" nos princípios constitucionais e naqueles de Direito Empresarial.

Para ilustrar o exposto acima, com intuito de tornar algumas assertivas mais claras, exemplifico adiante algumas previsões interpretativas à luz da doutrina e da jurisprudência atuais e do passado.

6. Inserção de normas de Direito Comercial no Código Civil: breves considerações sobre a experiência italiana

Antes de passar pontualmente às ilustrações, cumpre realizar breves considerações sobre a inserção de normas de Direito Comercial no Código Civil por meio de diploma unificado. Neste sentido, cabe ser feito um breve paralelo com a experiência italiana, clara inspiradora da elaboração do Código pátrio, para que depois possa adentrar, de maneira contextualizada, na exemplificação de regras inseridas no Código Civil brasileiro sob a forma de cláusulas gerais e que serão aplicadas tanto às relações de Direito Civil como às de Direito Comercial. Isto porque, como o Código brasileiro, o *Codice Civile* italiano recorreu bastante à utilização de cláusulas gerais para o Direito Privado, a exemplo de termos como "*giusto motivo*", "*interessi del creditori*" dos artigos 1.173, 1.414, "*termine congruo*" do artigo 1.379, "*termine congruo*" do artigo 24, entre outros.

Passaram também os italianos por uma codificação una de Direito Privado, em 1942, a qual compreendeu as disciplinas das relações entre particulares, que compõem dois grandes "ramos": o primeiro é o Direito "Civil" (extraído do termo *civis*, que significa cidadão), que trata de todas as relações privadas com exceção daquelas

de que cuida o segundo, Direito Comercial, que trata das relações advindas de operações econômicas atinentes ao comércio e à indústria e realizadas com profissionalidade, com exceção daquelas de trabalho.

As razões da unificação das obrigações em um único diploma na Itália foram múltiplas, mas, sobretudo, políticas, eis que a ditadura fascista totalitarista não concebia a possibilidade de duas diferentes categorias de tratamento entre particulares (entre comerciantes ou entre comerciantes e particulares), uma vez que cada relação deveria ser "reconduzida" à mesma fonte – o Estado – e "harmonicamente coordenada com as outras, também para sublinhar que a sociedade, dividida em *classes*, não conhecia divisões no âmbito do Direito", e que todos "colaboravam com a edificação da sociedade (fascista, corporativa, unitária)".[41]

A dupla codificação – derrogada – era justificada pela necessidade de manter uma disciplina particular própria para tutelar as relações travadas no comércio de maneira mais simples e freqüentes, de acordo com a praxe comercial, além de ser necessária uma regulação "*a-nazionale*" e o mais geral possível para todos os mercados. Todavia, diante do fato da especialidade do Direito Comercial, as normas elaboradas para o diploma legal italiano de 1942 foram tão influenciadas pelo antigo e revogado Código de Comércio que alguns dizem ter havido, à época, uma "comercialização" do Direito Privado.

Em razão de um dos ideais fascistas,[42] então, a Itália realizou a unificação do Direito Privado. No Brasil, outras razões a embasaram, mas essas de ideais menos contundentes, dos elaboradores do projeto e que, talvez por isso, não se possam dizer da Nação.[43]

"*Oggi la distinzione è rimasta in ambito accademico e scientifico*", disseram Guido Alpa e Mario Bessone sobre a diferenciação[44] entre o Direito Civil e o Comercial, e a doutrina é observada nas decisões dos juízes. Os dois "Direitos" extraídos do *Codice Civile* foram "assentados" em suas disciplinas pela doutrina e jurisprudência e, creio, assim deverá acontecer no Brasil.

Cabe destacar que as vozes são muitas no mesmo sentido. Tulio Ascarelli destaca que o Direito Comercial é ramo autônomo do Direito, regido por "princípios peculiares"; o elemento de distinção é a "peculiaridade de seus princípios jurídicos". E ensina:

> A explicação da autonomia do direito comercial não está apenas em peculiaridades técnicas necessariamente inerentes à matéria por ele regulada, mas na peculiaridade dos seus princípios jurídicos, acolhidos de início em um âmbito limitado [...], sucessivamente em um âmbito mais vasto.[44]

Além da peculiaridade principiológica, cabe destacar outra importante diferenciação, uma vez que, conforme Goldschmidt, o que é uma qualidade no Direito Civil – a exemplo da formalidade – pode ser um defeito no Direito Comercial.[45]

Assim, não serão deixados de lado todos os escritos da tradição doutrinária pátria, tampouco será desprezada a evolução construída pela jurisprudência, em especial em algumas disciplinas de Direito Comercial, uma vez que os "institutos" próprios deste Direito particular existem na prática do empresariado da maneira que são necessários, do modo como nasceram.

Tendo em vista todo o exposto, conforme dito no tópico anterior, passo a "exemplificar"[46] como algumas chamadas "cláusulas gerais", que tanto aumentaram o poder dos juízes e o papel da jurisprudência, quando aplicadas ao Direito Comercial pelos tribunais, não gerarão risco excepcional aos agentes empresários. As relações destes mantêm-se "protegidas" pelos princípios próprios de Direito Empresarial, em especial pelo padrão de mercado que deve orientá-los.

6.1 Ilustração

6.1.1 Abuso de direito

O primeiro exemplo é a cláusula geral de "abuso de direito" expressa no artigo 187 do Código Civil de 2002, que apresenta, para sua configuração, a afronta ao "fim econômico". Nesse artigo, a expressão "fim econômico", "no Direito Empresarial", equivale à "função econômica", ou seja, a "razão" pela qual as partes celebraram o contrato, não confundida com o mero intuito de obter lucro. Em palavras similares, disse Chiovenda (1933, p. 188) que ninguém contrata pela mera intenção de trocar declarações de vontade, ou seja, as partes sempre apresentam uma razão ou estímulo para contratar, uma "causa".[47]

Contudo, não podem ser generalizados os termos da afirmação *supra*, sob pena de perder o sentido da aplicação das cláusulas gerais. Assim, o juiz que buscar dirimir conflito em que se perquira se houve ou não afronta ao limite estabelecido no artigo 187 não pode afirmar que a função econômica do determinado contrato era "obter lucro", mas deve buscar, na(s) vantagem(ns) obtida(s) de cada contratante e na medida dos riscos por eles assumidos, os "porquês" da contratação e o modo em que esta se deu.

Dessa forma, o parâmetro para verificar o abuso é, então, o atentado à mencionada "função econômica", a ser auferida pelo juiz não pela estrita interpretação do contrato em si, mas pela lógica que envolveu a formação daquele, dentro dos parâmetros de mercado em que se insere. A doutrina italiana denomina esta técnica de análise como o instituto da "*presupposizione*",[48] por meio do qual o juiz buscará determinar qual era o "interesse comum dos contraentes" no momento da contratação. Em razão dessa teoria, a tipicidade contratual é benéfica a esta verificação, uma vez que explicita padrões de condutas dos contratantes em um ou outro mercado, de acordo com um ou outro tipo de contrato que seja celebrado. Ao escolher um tipo contratual, observa-se a sua função econômica, lógica das partes de terceiros e o funcionamento (almejado) deste no mercado.

Somada a análise do "interesse comum dos contraentes" e da lógica da boa-fé, em busca das pressuposições, será necessário que o magistrado também se debruce sobre a razão que norteou a conduta questionada em juízo como abusiva, que pode representar uma vantagem para aquele agente – e somente para ele – ou pode ser considerada uma prática para o melhor funcionamento do negócio que, ao final, gerará vantagens a todos.[49] Se a conduta funcionará em prol do "negócio" como um todo e não para o interesse singular de uma parte, não se vislumbra a possibilidade de que esta seja tida como abusiva porque não contraria a função do contrato, mas só o interesse ou até o "gosto" do outro contratante. Infelizmente ou felizmente, o Direito Empresarial não socorre aqueles que querem ver supridos seus gostos ou caprichos, a não ser que estes estejam inseridos nos padrões de conduta esperada[51] do agente econômico no seu mercado específico (em bom funcionamento) e de acordo com a função econômica do contrato.

6.1.2 Boa-fé objetiva

Ainda que a boa-fé objetiva não seja novidade[50] para interpretação dos contratos no Direito Empresarial, tampouco como pauta para execução destes ou para delimitação e até criação de obrigações neste ramo do Direito,[51] cabe mencioná-la entre os exemplos ora trazidos, eis que remanesce aplicável às relações comerciais e é mencionada (direta ou indiretamente) pelo Código Civil brasileiro nos artigos 113, 187 e 422.[52]

O padrão de boa-fé objetiva, nas suas duas funções principais no Direito Comercial – ou seja, servir de pauta de interpretação e de fonte de obrigações –, é extraído do que é denominado "comum" ou "praxe" (padrão para garantir a calculabilidade da afronta ou não afronta) no bom funcionamento do mercado. A boa-fé é "calculada" de acordo com o que se pode presumir da vontade das partes no mercado em que esses agentes econômicos atuam.

Mas não só. Posso, a partir disso, afirmar que o padrão da boa-fé objetiva no Direito Comercial é extraído da necessidade de segurança, previsibilidade e confiança para as condutas dos agentes; dos usos e costumes; da intenção comum das partes; da praxe e contexto de mercado; e do azeitamento do fluxo das relações de mercado atingidas pela preservação obtida com a regulação.[53] Esses não são, contudo, padrões para calculabilidade da boa-fé nas relações civis e esta afirmação é resguardada pela construção jurisprudencial. Por diversas vezes, a posição da jurisprudência já atestou a importância do mercado, bem como o diferenciado padrão de conduta do comerciante, que age com profissionalidade. Para não me furtar do dever de ilustrar e embasar a assertiva, aproveito trecho extraído de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça paulista em 1913, mencionado e transcrito pela Professora Paula A. Forgioni[54], conforme a seguir, em merecido destaque:

Em 1913, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tratou da seguinte questão: um comerciante vendeu sua loja a outro, acordando que não se restabeleceria na Rua da Consolação. No entanto, instalou-se em rua próxima. Haveria má-fé? Entendeu o Tribunal que não, porque isso não havia sido acordado. Aliás, o vendedor poderia ter limitado a zona de proibição do restabelecimento; não o fez à época do negócio e não o poderia fazer posteriormente.

Em nota de rodapé, a autora transcreveu trecho do acórdão:

Vale transcrever, aqui, esse julgado: "O Apelado explorava certo ramo de negócio á rua da Consolação, nesta capital. O Apelante, vendo-lhe a prosperidade, propoz-lhe a comprar-lhe o estabelecimento se ele quizesse tomar o compromisso de não abrir naquela rua negocio identico. A proposta foi bem acolhida, a transação foi ultimada e o compromisso foi assumido. O homem não tardou, porém, a mostrar ao seu successor que mereceria a prosperidade comercial que o favoneava. Era, de facto, da cabeça aos pés, um negociante esperto. Foi a uma rua próxima á da Consolação e abriu outro negocio... O comprador do negocio antigo pulou de raiva. Aquilo era mais do que uma deslealdade: era uma violação positiva ao compromisso assumido. *– Engano, meu amigo, puro engano, volveu o homenzinho com placidez. Nem uma cousa nem outra: nem deslealdade nem violação de compromisso... A que foi que eu me comprometi? Não fio a isto apenas: a não abrir na rua da Consolação negocio identico ao que lhe vendi?* [...] *– Boa duvida! Que importa que não abrisse na rua da Consolação se abriu nas proximidades dessa rua? O transtorno que me causa é sempre o mesmo. – Perdão. É possivel que assim seja. Mas eu nada tenho com isso. A minha obrigação é apenas a de respeitar o compromisso, e o compromisso é muito claro: 'rua da Consolação, negocio do mesmo gênero'. Não diz palavra sobre proximidades daquela rua.* [...] *Foram a juízo. O Juiz, tanto o de primeira instancia como o Tribunal, concordou com o negociante e repeliu a pretensão do outro. O compromisso só se referia á Rua da Consolação. Nada dizia quanto ás suas proximidades. A abertura de novo negocio, em outra rua, embora proxima daquela, não o violou. Observaram, ainda, os srs. Ministros: '– Porque, no contrato, esse cidadão não falou tambem nas proximidades da rua da Consolação? Podia até marcar a zona dentro da qual ao outro não seria permitido comerciar... Não o fez! Quer fazer agora?'* ACÓRDÃO: Accordam em Tribunal de Justiça [...] confirmar, como confirmam, a sentença appellada [...]. Julgado em 13 de dezembro de 1913, por Xavier de Toledo, A. França, Meirelles Reis e Rodrigues Sette" (as aspas que iniciam e findam as falas dos "personagens" foram por nós

> colocadas). Os embargos, posteriormente opostos, foram rejeitados e o acórdão confirmado.

Após, a autora continua:[55]

> Ora, percebemos que, neste anedótico julgado, a "esperteza" própria do bom comerciante foi aplaudida em detrimento da outra parte, que não havia se comportado como um mercador diligente. A mesma solução poderia ser dada se se tratasse de um contrato celebrado entre não comerciantes? O mesmo padrão de boa-fé deveria ser considerado? Por certo que não. É isso que precisa restar claro, neste início de vigência do Código Civil: a boa-fé que rege as relações mercantis parte de uma realidade diversa e desempenha uma função um tanto diferente daquelas que cercam a maioria dos negócios celebrados entre não comerciantes.

Cumpre ainda anotar a consideração do quão importante é que se tenha em mente a tradição jurisprudencial brasileira quanto aos padrões de condutas dos agentes nas relações de Direito Comercial, sob pena de incorrer, por exemplo, em equivocadas interpretações protecionistas próprias da lógica do Direito do Consumidor, tão difundida e utilizada nos tribunais brasileiros.[56]

Por fim, concluo pela possibilidade de aplicação dos novos artigos do Código Civil que trazem a cláusula geral de boa-fé, exercendo funções plurais, de maneira distinta ao se tratar de relações empresariais, em conformidade com seus padrões, a doutrina e a jurisprudência já consolidada.

6.1.3. Lesão

O terceiro exemplo é o instituto da "lesão", expresso como cláusula geral no artigo 157[57] do Código Civil de 2002. Este dispositivo prevê que será configurada "lesão" quando uma pessoa, "sob premente necessidade, ou por inexperiência", obrigar-se à prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta, salvo se for oferecido suplemento suficiente ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito, sob pena de ser decretada a anulação do negócio.

Primeiramente, observo que nem sempre as partes contratadas terão igualdade de prestações, ao contrário, na maioria das vezes, isso não acontece. Pereira (2001, p. 205) menciona que não se pode pretender a igualdade absoluta das prestações e que, diante disso, o Direito:

> [...] tem de observar a repressão da injustiça no plano ideal, disciplinando as condutas em certos setores de atividades em que, por força das circunstâncias

> ou das desigualdades das partes, o contrato reflita descompasso atentatório da comutatividade.[58]

Em razão da impossibilidade de exata igualdade de contraprestações e pelo fato de o contratante, no âmbito empresarial, escolher quais os riscos que pode ou não assumir é que, muitas vezes, advogados que realizam intermediações de contrato empresariais são "taxados" sob a "pecha" daquele que dificulta a celebração do negócio. Na ânsia de minimizar todos os riscos para o seu cliente, o advogado "litiga" na celebração do contrato, o que pode ser inclusive atentatório ao interesse maior daquele que está sendo "protegido": a celebração do negócio.

Bem como resta frustrado o advogado que tenta impor todas as limitações e proteções ao seu cliente em cláusulas contratuais, não poderá supri-las o magistrado por meio da aplicação inapropriada do artigo 157 do Código Civil. É claro que a força econômica, entre outras circunstâncias, como o grau de acesso à informação (ou simples assimetria), acaba por moldar parte da negociação, mas as cláusulas que regerão aquele negócio expresso em contrato são fruto da assunção de risco ponderada por cada parte.

Além disso, menciona Pereira (2001, p. 205) que somente no plano ideal poder-se-ia vislumbrar a lesão a partir do desequilíbrio tão evidente entre as partes que a desproporção das prestações bastasse para revelar exploração. Em razão disso, o próprio artigo que a define traz a necessidade de sua configuração por dois elementos cumulativos:

a) a desproporcionalidade das prestações e b) o dolo de aproveitamento caracterizado pelo abuso daquele que está "sob premente necessidade" ou que seja inexperiente.

Quanto à necessidade contratual, Pereira (2001, p. 1999) ensina que não se confunde a "necessidade" com a "pobreza", mas, sim, a circunstância de ter o declarante de realizar aquele negócio "independente do seu estado de fortuna", "para a satisfação de necessidade e que em razão da necessidade o contraente seja compelido a contratar em situações iníquas", e ilustra: "exemplo frisante que se apresenta é o de um pai que tem de tratar um filho gravemente doente ou gravemente ferido, e se vê na contingência de pagar um preço absurdo por aquilo que em circunstâncias normais lhe custaria muitíssimo menos". O autor traz ainda exemplo que entendo em desconformidade com seus próprios ensinamentos, mas que cabe a mim, no dever de expor, e não de convencer, transcrever: "alguém em estado de insolvência, que tem de vender suas coisas, para realizar prontamente recursos em dinheiro".

Para ater-me ao foco exemplificativo da aplicação do instituto no ambiente empresarial, cabe dizer que, tradicionalmente, o instituto da lesão, como desenhado para o Direito Civil, é excluído dos contratos empresariais. Diz-se que Visconde de Cayru já referia que tal instituto só poderia ser alegado "nas vendas a retalho com o povo".

Contudo, o referido jurista, em sua obra *Principios de direito mercantil e Leis da Marinha* (LISBOA, 1874, p. 470-471), ao tratar dos requisitos essenciais para validade dos contratos mercantis – que consistiam em nove –, entre eles,[59] mencionou: "que não haja lesão enorme, e menos enormissima". Sobre a falta deste requisito para validade do contrato, o mestre admite que "se rescinde o contracto em que interveio lesão contra a natural equidade e conhecido valor da cousa *na geral estimação do lugar e tempo em que se celebrou o mesmo contracto*", e faz a importante ressalva: "porém entre commerciantes, e em effeitos mercantis, a *não ter havido arte e engano*, he raro, pouco honroso e inadmissível allegar-se lesão, a não ter havido arte e engano da parte contraria" (grifos nossos). E continua:

> Todo contracto em que há igualdade e rectidão, isto he, que esta em grao, ou circumstancias de poder dar a ambas as partes igual lucro ou damno, *correndo ambos a sorte de perder ou ganhar*, deve-se considerar racionável, proporcionado e justo [...] E nada abona tanto, e dá credito a qualquer negociante e Praça, que a lealdade, inviolabilidade e pontualidade ou religioso cumprimento da palavra, contracto e fé dada [...] são os pactos licitos o mais sagrado e universal vinculo da Sociedade Civil. *Vender, e arrepender* he o aphorismo pratico em transacções do Commercio (grifos nossos).

Tais ensinamentos encontravam-se em consonância com o título VIII do Código Comercial de 1850, ao tratar da compra e venda mercantil, que trazia o seguinte artigo: "Art. 220. A rescisão por lesão não tem lugar nas compras e vendas celebradas entre pessoas todas comerciantes; salvo provando-se erro, fraude ou simulação".

Ainda hoje, não faz sentido que o dispositivo, tal como apresentado pelo Código Civil vigente e ilustrado por Caio Mário da Silva Pereira, seja aplicado às relações empresariais, uma vez que, muitas vezes, o agente celebra contratos em que aufere menos vantagens do que o padrão de mercado para "não perder o negócio", diminuindo sua vantagem propositalmente, mas por meio de uma jogada desejada. Outras vezes o próprio segmento de mercado ou a grandeza de um contratante impõe ao outro uma desvantagem contratual e este não deixa de celebrar o contrato em razão disso, já que sabe que a prática o impede de impor outras condições.[60]

Ademais, o empresário é experiente por definição (elemento da profissionalidade o define) e o que lhe impulsiona a contratar é a análise das vantagens auferidas dentro do cálculo organizado de risco, e não a equivalência estrita das prestações de um contrato ou outro.

O "dolo de aproveitamento" caracterizado pelo abuso da inexperiência ou da premente necessidade da outra parte não tem razão de ser diante do fato de o empresário ser experiente por profissão e pelo motivo de, muitas vezes, contratar conscientemente uma situação de desvantagem, uma vez que realmente está em

"premente necessidade", ou seja, "precisa 'fechar negócio'", mas que assim o faz com o risco do negócio calculado.

Não enxergo a possibilidade de haver dúvida de que não será considerada em situação de "premente necessidade", para configuração da lesão, a empresa que apresente dificuldades econômico-financeiras advindas de imprevisibilidades danosas de conjuntura macroeconômica ou até de má condução dos negócios por parte do administrador e que celebre negócio de alto risco ou alto custo, voluntariamente, na busca da implementação de uma estratégia para viabilidade da continuação da atividade. Da mesma maneira que ninguém contesta, até porque a racionalidade é óbvia, o fato de o preço do crédito, quando concedido, para empresas em situação econômica deficitária ser maior do que aquele liberado para investimento em novos projetos de empresas plenamente saudáveis.

No ambiente do Direito Empresarial, o agente experiente que calcula mal sua jogada provavelmente será penalizado pelo mercado, que o exclui.

É certo, porém, que, em especial no Brasil, em razão da falta de preparo e/ou instrução de pequenos negociantes para o exercício de suas atividades, nem todo empresário é "experiente". A questão, então, que pode vir a se colocar é um tanto "regionalista" e pode parecer apologia ao protecionismo da escala econômica dos pequenos empresários, mas não é.

Ao tratar dos desafios para entrar em um mercado de trabalho em que a concorrência para o primeiro emprego é bem maior do que aquela enfrentada para ingressar na faculdade, as jornalistas Weinberg e Brasil (2003), em artigo constante da revista *Veja,* de 17.12.2003, afirmam que boa parte das empresas daqueles que "trabalham por conta própria" fecha as portas por falta de capital, de clientes, pelo excesso de carga tributária, por culpa de maus pagadores, por não conseguir acompanhar a forte concorrência e por "descuidos comportamentais", os quais "estão entre as principais razões para o fechamento de microempresas". Segundo as autoras, meio milhão de empresas são "abertas" todos os anos e, de acordo com os dados do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae), cerca de metade delas quebra antes de chegar ao segundo ano de vida e somente 30% daquelas "ultrapassam a marca dos cinco anos". Esta realidade é ainda mais infeliz se traçarmos um paralelo com dois fatos: (i) os altos índices de desemprego no Brasil, muitas vezes, "arrastam" os cidadãos para a tentativa de colocar-se no mercado por conta própria e (ii) muitos profissionais preferem lançar-se no empreendedorismo – em que a renda mensal pode variar entre 25% e 50% de um mês para outro – do que procurar por um emprego e galgar uma remuneração "estável".[61]

Não se trata de inserir neste ponto da discussão a importância econômica e social das pequenas empresas,[62] que participam em grande escala da economia e representam instrumentos hábeis nas mãos do empreendedorismo, tampouco analisar o tratamento

destas na regulação de mercado e pelo ordenamento jurídico como um todo,[63] diferenciando-as das grandes estruturas.[64]

Pretendo, porém, formular a seguinte questão: no contexto social brasileiro, o conceito de empresário trazido pelo artigo 966 do Código Civil como aquele que "exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços" e que pressupõe a experiência deste em razão do elemento da profissionalidade pode ser flexibilizado pela realidade social, de forma a dar margem à quebra da racionalidade tradicional de não-aplicação do instituto da lesão aos negócios empresariais?

Creio que a resposta seja negativa.

A inexperiência do pequeno empresário brasileiro que busca o exercício da atividade empresarial como fuga do desemprego não legitima sua salvaguarda contra as forças do mercado. Contudo, essa mesma inexperiência talvez o leve a contratar mal em certas situações em virtude de não ter consciência do significado do ato ou das conseqüências que este possa acarretar. Todavia, a anulabilidade dos atos praticados nesta situação é protegida pelo Código Civil, que, em seu artigo 138, prevê: "São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro[65] substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal em face das circunstâncias do negócio". Não se trata de dizer que o pequeno empresário despreparado não seja pessoa de diligência normal, e sim de afirmar que este restará protegido quanto ao erro como vício de sua própria vontade quando "traduz-se numa representação inexacta ou na ignorância de uma qualquer circunstância de facto ou de direito que foi determinante na decisão de efectuar o negócio".[66] Ainda menciono a possibilidade de anulação do negócio jurídico celebrado em função de omissão dolosa de fatos por parte de um dos contratantes, que leve aquele menos informado a contratar.[67]

Sendo da essência da atividade empresarial o cálculo de risco e o custo da contratação, não há como vislumbrar a possibilidade de aplicação da cláusula geral constante do artigo 157 do Código Civil para situações ocorridas no âmbito das relações empresariais. Mesmo porque tal aplicação causaria danos aos próprios agentes econômicos, em teoria "tutelados" pela disciplina, uma vez que impossibilitaria transações em fase de má situação econômica temporária da empresa ou aumentaria sobremaneira o custo da contratação, inviabilizando-a.

6.1.4 Denúncia contratual

Optou-se por inserir o artigo 473 do Código Civil, que trata da suspensão da denúncia contratual pelo juiz para demonstrar a positivação pelo Código de um entendimento jurisprudencial construído com base na prática quotidiana e da necessidade de mínima segurança jurídica para o retorno de investimento realizado por empresários.

A tese de livre-docência apresentada ao Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo pela Professora Paula A. Forgioni, denominada *O contrato de distribuição:* função econômica e análise jurídica, traz exemplo perfeito: o contrato de distribuição (e aqui menciono o contrato de distribuição como o de concessão comercial, e não aquele trazido pelo artigo 710 do Código Civil) foi reconhecido primeiramente "pela jurisprudência" como contrato típico, próprio e de execução continuada, contrariamente à argumentação abusiva de que seriam várias compras e vendas realizadas pelo mesmo intermediário. Para que assim fosse entendido pela jurisprudência,[68] esta se antecipou ao artigo 473, parágrafo único, e elaborou análise da função econômica do contrato, sua natureza e o vulto dos investimentos normalmente realizados pelos distribuidores. Hoje, a jurisprudência majoritária entende que em um contrato deste por prazo indeterminado pode-se denunciar o contrato, "desde que seja feito com um prazo razoável".

Assim, o dispositivo mencionado do Código Civil, que determina que a "resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte", porém ressalva em seu parágrafo único que, dada a natureza do contrato, se uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, "a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos".

Pela "natureza do contrato", a lógica leva-me a crer que, a partir da referida construção jurisprudencial, o artigo provavelmente refere-se àqueles de execução continuada, que prevejam "investimento". Neste caso, sendo prevista a "eficácia suspensa" da denúncia até que sejam recuperados os investimentos, com arbitramento a cargo do juiz, principalmente para os negócios empresariais, há de ser questionado: (i) qual o tipo de investimento a que se refere o artigo e (ii) quais serão os critérios "econômicos" para auferimento de prazos.

Os recursos de força de trabalho, *know-how* e formação de clientela seriam passíveis de ser considerados investimentos a serem recuperados mediante suspensão da denúncia? Para responder a essas e tantas outras questões sobre os tipos de investimentos e os modos de auferimento de valores e prazos, será necessário que os juízes façam análises não só jurídicas, mas principalmente mercadológicas e econômicas. Seja por perícia, seja por estudo e preparação própria ou da classe (por eventuais iniciativas de aprimoramento, comuns nas Escolas de Magistratura).

Haverá, por exemplo, necessidade de verificar se os investimentos enquadram-se como: (i) investimentos irrecuperáveis (no sentido de que o prazo deve permitir sua amortização) e (ii) recuperáveis (e aí sim definir o prazo para "recuperar o recuperável" a partir da notificação da denúncia). Se um juiz que precisa auferir o valor para embasar o prazo de continuação do contrato com base no artigo 473, de maneira temerária, opta ser por utilizar o critério de "custo de oportunidade" (assim denominado na teoria econômica), o qual significa, "grosso modo", determinar o valor que

poderia ter sido ganho se o dinheiro estivesse investido, certamente não calculará um valor real de ressarcimento.

Contudo, trago estes questionamentos a este texto apenas para chamar atenção de que muitas vezes, em especial no âmbito da aplicação em relações empresariais, a vagueza de uma norma envolve não só uma interpretação jurídica, mas também de outras ciências, das quais os intérpretes não podem se isolar para que não cometam injustiças ou preguem "meias verdades".

6.1.5 Excessiva onerosidade

Os artigos 478, 479 e 480[69] do Código Civil prevêem a resolução dos contratos de execução continuada ou diferida, nos casos em que a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, salvo se o demandado oferecer modificação contratual para tornar as condições eqüitativas.

Muito do que já foi exposto sobre racionalidade empresarial nos quatro exemplos acima pode ser aplicado a estes dispositivos. O Código Civil menciona "acontecimentos extraordinários e imprevisíveis", mas a doutrina e a jurisprudência protegem os contratos empresariais da fragilidade pelo entendimento de que as condições de mensuração da eqüidade voltam-se para a função econômica do contrato e, especialmente, porque, para auferir o "extraordinário e imprevisível" nas relações empresariais, os padrões são embasados nas condutas de empresários, que atuam em seus mercados específicos (diferente do cidadão comum ou do consumidor e seus contextos de vida).

Assim, não há dúvida na doutrina e na jurisprudência – e não há de havê-la após a promulgação do Código – de que, nos casos em que a desvantagem advém da álea normal do negócio, de acordo com a natureza do contrato (moldura), não há que falar em excessiva onerosidade.

Novamente afirmo que, no ambiente do Direito Empresarial, o agente que "erra" a jogada continuará a ser – como sempre foi – penalizado pelo mercado.

7. Tendência de ampliação dos poderes do juiz também expressa no Direito Processual

A gênese do Estado de Direito, no final do século XVIII, início do XIX, vem evidentemente inspirada pela ideologia liberal, em que prevaleciam o individualismo (e a intangibilidade das garantias do indivíduo em relação ao poder estatal, especialmente no tocante ao direito de propriedade, da autonomia da vontade e da livre iniciativa) e a igualdade formal de todos perante a lei. Esses ideais ficaram por longo tempo impregnados na consciência jurídica daqueles que operam o Direito, e somente hoje é que se sente, no Brasil, efetivamente, a superação

desses paradigmas.[70] Como visto nos itens anteriores, são vários os indícios dessa mudança de mentalidade.

De fato, se no terreno contratual "instituiu-se"[71] no Direito Privado o princípio da boa-fé objetiva como regra interpretativa que permite ao juiz afrouxar os laços obrigacionais que emergiam da vontade esposada pelos contratantes, é porque se criou a consciência de que a autonomia da vontade não é nem pode ser ilimitada.

Somam-se a tudo isso grandes mudanças de perspectiva de análise jurídica, como o reconhecimento da função social da propriedade e dos contratos, até a instituição de regras de atenuação do princípio do *pacta sunt servanda*, como as regras concernentes à lesão nas relações civis, ao estado de perigo e à onerosidade excessiva.

Mesmo saindo do campo empresarial, o que mais interessa a este trabalho, a especialização e desenvolvimento das regras de defesa do consumidor só foram possíveis porque se quebrou o princípio da igualdade formal de todos perante a lei.

Esses são apenas alguns sinais que denotam uma superação do ideal liberal, que vinha impregnado no Código Civil de 1916, e que vinham sendo dados na jurisprudência muito antes da entrada em vigor do novo Código. Ou seja: não se tratou de um processo rápido e que se consubstanciou em uma reforma legislativa; ao contrário, foi ele longo e paulatino.

Com efeito, muitas das regras que, hoje, estão expressas no direito positivo já vinham sendo aplicadas pelos tribunais,[72] provando que o Direito, enquanto produto da cultura humana, jamais se dissocia dos aspectos sociais e econômicos que o cercam. E mais: todas essas transformações só se operaram aumentando os poderes do juiz, pela instituição de várias cláusulas gerais e "conceitos legais indeterminados", tornando a atividade do juiz muito mais ampla no momento de interpretar/aplicar o direito objetivo, mas não só quanto às normas que regem a relação entre os indivíduos em sociedade é que essa mudança de enfoque se mostra presente.

Concomitantemente a elas, as normas que regem o processo também passaram a se adequar à superação dos ideais liberais nos quais o Código de Processo Civil de 1973 continuava a vir calcado. Apesar de ter se proclamado um diploma mais avançado, sob esse ponto de vista, do o que o antecedeu, o Código de Processo Civil projetado por Alfredo Buzaid apresentou apenas um refinamento técnico muito superior, sem ter alterado a substância das normas e a estrutura do processo estatuído pelo diploma de 1939.

Na famosa obra *Acesso à justiça,* Cappelletti e Garth[73] identificaram as três "ondas" de renovação do processo civil, desde os momentos vetustos em que a ciência processual passou a se afirmar como ciência autônoma.

Na primeira onda, criou-se a consciência da necessidade de alargar as portas do Judiciário para aqueles que, principalmente por deficiências econômicas e culturais, não tinham condições de ser protagonistas da solução judicial de conflitos. Um dos principais resultados dessa onda de renovação consistiu na criação de leis que

isentavam os pobres de custas judiciais ou lhes franqueava assistência jurídica ou judiciária. Nada mais do que o reconhecimento da desigualdade entre os membros da sociedade e a aplicação da idéia de que os desiguais devem ser tratados de modo desigual, na medida de suas desigualdades.

Na segunda onda, alargou-se a proteção jurídica não só aos direitos individuais, mas também aos transindividuais, como produto do desenvolvimento da "sociedade de massa". Assim, aumentou-se a participação do particular na defesa dos interesses compartilhados por coletividades, nas três categorias abrangidas por nossa atual legislação (isto é, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública): os direitos difusos (aqueles que tocam indistintamente a todos os membros da coletividade, como o meio ambiente ou o patrimônio cultural ou urbanístico); os coletivos (aqueles compartilhados por um grupo de pessoas que estão ligadas por uma relação jurídica base, como todos os membros de um sindicato ou todos os empregados de uma determinada empresa); e, finalmente, os individuais homogêneos (os compartilhados por um grupo indistinto de pessoas e que, embora possam ser reclamados individual e separadamente por cada um dos interessados, podem ser defendidos em conjunto pelos entes legitimados pela lei).

A terceira e última onda – que, pode-se dizer, vem sendo implementada em nosso ordenamento, ao contrário das outras já superadas por nós – é marcada por uma série de medidas que implementem a realização do acesso à justiça por meio do processo, que vão desde a especialização dos juízes até o incremento dos seus poderes de iniciativa probatória, o aumento da importância da mediação e da conciliação etc.

De fato, o movimento reformista a que se deu início logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 resultou em uma completa transformação do processo, especialmente em duas searas.

A primeira delas está centrada no aumento dos poderes do juiz na condução da causa, seja pelo alargamento da possibilidade de sua iniciativa probatória, seja pelo aumento dos seus poderes na coibição da litigância de má-fé e do abuso dos direitos processuais. Coloca-se, assim, o juiz como autoridade pública, protagonista principal do processo e condutor desse instrumento que deve atender a três escopos (segundo clássica obra de Cândido Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*): o escopo social (consistente na pacificação da comunidade por meio da eliminação dos litígios que nela surgem), o escopo político (no sentido de afirmação do Estado de Direito, por meio do juiz) e o escopo jurídico (com a aplicação do Direito Positivo aos litígios, de maneira a compô-los).

De outro lado, verifica-se um aumento da "efetividade dos instrumentos de cumprimento" das decisões judiciais. Aqui, novamente, as modificações dividem-se em duas ordens.

A primeira ordem de modificações nesse sentido operou-se via generalização das antecipações de tutela, a fim de impedir que aquele que razoavelmente demonstre

ter direito não se prejudique por causa do "garantismo" exagerado dos direitos do réu, e o provimento final do processo, que reconheça o direito reclamado pelo autor, lhe seja inútil, pois o resultado prático que esperaria do provimento jurisdicional já não mais lhe serve.[74] Superou-se, assim, a insuficiência do processo cautelar como meio de "preservar" determinada situação jurídica, de modo a deixá-la em compasso de espera até que o processo chegasse à sua solução final, somente quando se poderiam sentir, realmente, os efeitos práticos da decisão jurisdicional.

A segunda ordem de alterações diz respeito aos instrumentos para assegurar o "cumprimento" das decisões judiciais, com a completa desfiguração do processo de "execução", principalmente. As primeiras modalidades de execução atingidas foram as das obrigações de fazer e não fazer, com a reforma, em 1994, do artigo 461 do Código de Processo Civil. O que chama a atenção, aqui, é a prevalência da "execução específica" das obrigações e dos comandos emergentes da decisão judicial. Anteriormente, sob os cânones da ideologia liberal, a vontade humana era intangível, de maneira que o descumprimento a um dever de fazer ou não fazer redundava invariavelmente na conversão em perdas e danos. Hoje, ao contrário, privilegia-se sempre o cumprimento específico das obrigações, com a implementação de uma série de "meios de apoio" tendentes a "coagir" o litigante a adimplir o seu dever.

Destacam-se, aqui, especialmente as "astreintes" (ou as também chamadas "multas cominatórias"), mas não se resumem a elas, pois ao juiz é franqueado determinar "todas as providências necessárias para que a sentença seja cumprida". Haveria uma "atipicidade" dos meios de apoio, que poderiam adequar-se ao caso concreto e incluir busca e apreensão de pessoas e coisas, desfazimento de obra, uso de força policial etc. Todos esses meios são empregados ou como mecanismos de coerção (impelem o devedor a comportar-se de determinada forma para evitar as conseqüências negativas do seu inadimplemento) ou de sub-rogação (substituição da vontade do devedor pelo ato judicial, que determinará, por meio de seus auxiliares, que faça aquilo que a parte deixou de fazer).

Depois, esses mesmos mecanismos de *enforcement* das decisões judiciais estenderam-se também àquelas que impunham obrigação de dar, o que se consubstanciou na introdução do artigo 461-A no Código de Processo Civil, em 2002. Outras reformas se avizinham, agora com o objetivo de tornar mais efetiva a execução de obrigações de pagar quantia em dinheiro.

Cabe apenas abrir parênteses para observar que o Código Civil atual, promulgado em 2002, não atentou para essas transformações e dispôs, em seus artigos 249 a 251, que a inobservância dos deveres de fazer, não fazer e dar redundam sempre em conversão da obrigação em pecúnia. Trata-se, de fato, de um retrocesso em relação às reformas recentes no sistema processual, e seus efeitos podem ser devastadores se pensarmos que o Código Civil entrou em vigor depois das alterações nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil e, tratando-se de leis ordinárias, prevalece a posterior.

Deixando de lado essa questão, o espírito que norteia essas duas esferas de transformações não é outro, senão o de implementar o processo como meio "efetivo" de acesso à justiça (ou, segundo a expressão cunhada por Watanabe (2000) e largamente disseminada, "acesso à ordem jurídica justa"), isto é, um meio de implementação de direitos.

A ferramenta indispensável para tanto é, justamente – e aqui retornamos a um dos pontos iniciais –, o aumento dos poderes do juiz. Não pode mais ele, como autoridade estatal encarregada da pacificação social com justiça, adotar postura passiva diante do conflito. Seu ativismo deve ser incentivado como condição indispensável para a realização do Direito.

É justamente nessa perspectiva que emerge a importância da "criação jurisprudencial" também na órbita do processo.

Com efeito, nada mais além do empenho dos juízes em tornar o processo um meio efetivo de realização do Direito, explica criações pretorianas como a penhora de faturamento (limitada, segundo assentaram inúmeros julgados, ao percentual de 30%), em substituição ao instituto do "usufruto de empresa" (artigos 671 e seguintes do Código de Processo Civil), de dificílima e raríssima aplicação.

Assim, seja no campo do Direito Processual, seja no campo do Direito Privado, a complexidade crescente dos conflitos que surgem na sociedade gera a necessidade de interpretação casuística para que estes sejam satisfatoriamente solucionados. Uma vez que o sistema positivo nunca preverá todas as situações de fato e para garantir a completude do sistema jurídico – único e uno – a jurisprudência aplica as leis, ou seja, interpreta-as de forma a garantir a "justiça" por meio das decisões que a formam.

Essas decisões, de maneira conjunta, por vezes geram positivação de suas tendências e entendimentos (vide exemplo da denúncia unilateral *supra*), outras vezes trazem diferentes "sentidos" a normas já positivadas (vide acima a menção às diferentes aplicações de cláusulas gerais nos Direitos Civil e Comercial). De qualquer forma, a jurisprudência garante (i) a aplicação concreta das normas aos conflitos e (ii) a previsibilidade de interpretação daquelas normas que ainda precisam de "sedimentação" no sistema.

Observando a doutrina e a jurisprudência construída ao longo do tempo, os atores (em especial, neste trabalho, os agentes econômicos) podem prever suas decisões futuras, tendo em vista que serão fundamentadas em novos dispositivos legais, "mas nem sempre em novo direito".[75] Da mesma forma que se pode fazer "direito novo" a partir de regras velhas[76] pela interpretação contextualizada e contemporânea, manter-se-ão o "velho Direito Comercial" e suas práticas, após a promulgação de novas regras de Direito Privado unificadas pelo Código Civil de 2002.

: ARTIGO APROVADO (12/09/2007) : *RECEBIDO EM 22/02/2007*

NOTAS

1 Pesquisadora da Direito GV. Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

2 Sobre o significado de jurisprudência de acordo com o entendimento mencionado vide Montoro (1977), conforme os trechos abaixo transcritos:

"A palavra jurisprudência pode ter, na linguagem jurídica, três significações diferentes:

1. pode indicar a Ciência do Direito, em sentido estrito, também denominada Dogmática Jurídica ou Jurisprudência; 2. pode referir-se ao conjunto de sentenças dos Tribunais, em sentido amplo, e abranger tanto a jurisprudência uniforme como a contraditória; 3. em sentido estrito, jurisprudência é apenas o conjunto de sentenças uniformes; nesse sentido, falamos em firmar jurisprudência ou contrariar a jurisprudência.

É nesta última acepção que se coloca o problema da jurisprudência como fonte de direito. [...]

Jurisprudência não se confunde com sentença. Sentença é uma decisão individualizada, aplicável a um caso concreto. Enquanto que a jurisprudência, como fonte de direito, constitui uma norma geral, aplicável a todos os casos idênticos. Da mesma forma que o costume se forma pela repetição de fatos individuais, a jurisprudência se constitui através de sentenças idênticas. Daí a aproximação que muitos autores fazer entre a jurisprudência e o costume. Alguns chegam mesmo a denominá-la costume judiciário, em oposição ao costume popular".

3 Para Mancuso (2001), a "palavra *jurisprudência* não apresenta um conteúdo unívoco, ao longo da evolução do Direito, no tempo e no espaço" (p. 19) e ensina que cinco são as acepções para a "visualização da jurisprudência": a) no sentido amplo de "ciência do Direito"; b) etimologicamente, como o "Direito aplicado aos casos concretos pelos hoje denominados *operadores do Direito*; c) sob o ângulo exegético, ou hermenêutico", como "interpretação teórica do Direito, feita pelos jurisconsultos e doutrinadores (juristas) em artigos, teses, livros ou mesmo em pareceres, sem, portanto, necessária afetação a um caso concreto; d) sob o ângulo da distribuição da justiça", como a "somatória global de julgados dos Tribunais, harmônicos ou não, ou seja, a totalização dos acórdãos produzidos pela função jurisdicional do Estado"; e pela acepção adotada neste trabalho: e) "num sentido mais restrito, ou propriamente técnico-jurídico", como a "coleção ordenada e sistematizada de acórdãos consonantes e reiterados, de um certo Tribunal, ou de uma dada *Justiça*, sobre um mesmo tema jurídico" (p. 32-33).

4 Dessa maneira, vê-se com clareza a complementaridade das ciências do Direito e da Economia no âmbito da interpretação das regras atinentes às obrigações contraídas no ambiente empresarial, que dá motivo a uma pesquisa própria aprofundada e a escusa da não-inclusão desta por esta autora para os limites deste trabalho, sob pena de perder o foco de análise.

5 O estudo do papel da prestação jurisdicional na diminuição do inadimplemento das obrigações e no desenvolvimento econômico, no entanto, foi empreendido por Leonardo L. Ribeiro, em seu artigo Interações medicamentosas – o papel conjunto do sistema judiciário e das medidas de âmbito privado na diminuição da inadimplência e no desenvolvimento econômico (trabalho não publicado, apresentado como monografia no curso "Obrigações e Obrigações Empresariais", ministrado no 1.º semestre de 2004 pelo Professor Mauro Rodrigues Penteado na Pós-graduação da Faculdade de Direito da USP), o qual será apontado neste texto em algumas ocasiões para explicar algumas fundamentações que, conforme já dito, podem ser tidas como "jurídico-econômicas", na medida em que as duas áreas – a do Direito e da Economia – prestam soluções em conjunto para alguns problemas.

6 "Os princípios gerais" (tradução livre).

7 Em outras palavras, os intérpretes traduzem, ao usar a fórmula dada a definição de princípio, "de maneira mais ou menos consciente, a idéia de direito, de norma, de ordenamento, de justiça e de seu próprio papel" (tradução livre), em Alpa (1993, p. 46).

8 Segundo Paula A. Forgioni (2003, nota 34), no qual ainda ensina: "sobre a moderna teoria da interpretação e o papel nela desempenhado pelos princípios jurídicos v. Eros Roberto Grau, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 122 e ss. Do mesmo professor, *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 46-47".

9 Sobre serem ou não conceituados os princípios como *regras*, vide também que, para Rosa Maria de Andrade Nery (2002, p. 110), o Direito não submete as situações de fato normalmente aos princípios, mas sim às "regras". Para a autora, não se podem classificar os princípios como regras, nem como regras gerais, já que para aplicação aos casos concretos é necessária sua concretização. Para Nelson Nery Junior (2003, p. 406), traz o vocábulo "regra" ao conceituar os princípios

como "*regras* de conduta que norteiam o juiz na interpretação da norma, do ato ou negócio jurídico. Os princípios gerais de Direito não se encontram positivados no sistema normativo. São *regras* estáticas que carecem de concreção. Têm como função principal auxiliar o juiz no preenchimento das lacunas" (grifos nossos).

10 (ALPA, 1993, p. 6/9). Nesta obra, o autor trata de diversas noções de "princípios", em vários contextos (ex. como elemento de disciplina, como valor, como instrumento e como regra abstrata), com funções identificadas conforme o papel do intérprete: uso doutrinário, jurisprudencial ou legislativo.

11 Em Alpa (1993, p. 9): "*che appaiono sottrarre il lavoro degli interpreti ad um chiaro quadro di riferimenti e di connessioni logiche*" (tradução livre).

12 O Código austríaco de 1811 foi o primeiro a prever expressamente sua existência jurídica, não positivada, em seu artigo 7.º: " [...] *si el caso resultase aún dudoso, se decidirá según los princípios del derecho natural, habida consideración de las circunstancias diligente recogidas y maduramente ponderadas*".

13 A exemplo da função social do contrato contida no artigo 421, a boa-fé objetiva e a probidade no contrato contidas no artigo 422; entre outras como as dispostas nos artigos 187, 2.035, 623, 1.208, 1.634, 927 do Código Civil etc.

14 Larenz-Wolf, Allg Teil, § 3.º, IV, n. 94, p. 82-83, apud Nelson Nery Junior (2003, p . 408).

15 Vide também Reale (2000).

16 "Conceitos legais indeterminados são palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos", segundo Nelson Nery Junior (2003, p. 407). Vide ainda Barbosa Moreira (1979), p. 605-622.

17 Extraído de Alpa; Bessoni (2001, p. 18) (tradução livre).

18 Importante ressaltar que se utiliza do termo para especificar a necessidade de aplicação de cláusulas gerais para resolução de caso que dê ensejo a isto, mas atento para parte da doutrina que, como Alpa; Bessoni (2001, p. 18), entendem ser a expressão "*ordine pubblico*" equivocada em alguns casos uma vez que "*non indica, quando `e impiegata nel diritto privato, soltanto l'ordine esterno, l'ordine della coletività, in altre parole l'ordine di polizia; indica invece il complesso dei principe inderogabili sui quali si fonda l'ordinamento*". Assim, segundo os mesmos autores (p. 19), as normas de ordem pública estabelecem a tutela dos interesses públicos e se relacionam com diversos tipos de relações, a exemplo da disciplina do matrimônio (família) e da nulidade de pactos de não-concorrência superiores a um determinado período de tempo, conforme o artigo 2.596 do *Codice Civile* (natureza econômica).

19 Vide decisão da Corte de Cassazione italiana de 1993, n. 348, bem como a de n. 6381, citadas por Alpa; Bessoni (2001, p. 19).

20 Por "não formal" quer-se dizer "não-vinculante" no mundo do dever ser, mas que se mostra vinculante na análise dos conflitos práticos da vida quotidiana, "da vida como ela é".

21 Neste sentido, vide Leonardo L. Ribeiro (não publicado, p. 6), sobre a impossibilidade de completude de leis e contratos em razão da limitação da racionalidade do ser humano e os "conseqüentes custos positivos e crescentes para se obter informação". Segundo o autor, "o reconhecimento de que os seres humanos têm sua racionalidade limitada é fundamental para que se compreenda a importância das instituições em uma sociedade. Por outro lado, como as instituições são forjadas pelo homem, também é de se esperar que a racionalidade limitada impeçam-nas de serem completas. Por exemplo, não se deve esperar que as leis sejam redigidas de forma a abarcar todo e qualquer comportamento humano. De forma análoga, o legislador não pode prever as inúmeras formas com que as patologias da inadimplência surgirão e se repetirão". Ainda, para o conceito de "instituições" da forma tratada, vide p. 3 do mesmo trabalho.

22 Conforme Grau (2003b), p. 71: "Praticamos a interpretação do direito não – ou não apenas – porque a linguagem jurídica é ambígua e imprecisa, mas porque, como adiante veremos, interpretação e aplicação do direito são uma só operação, de modo que interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (= compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (= interpretamos) os fatos".

23 Conforme Eros Roberto Grau (2003, p. 153 et seq.), aí se revela o caráter alográfico da interpretação do Direito.

24 Mais uma vez, conforme o Professor Eros Roberto Grau (2003b), p. 81.

25 Aqui se fala da "interpretação autêntica" feita pelo órgão estatal aplicador do Direito, enunciada por Kelsen, por meio da qual a interpretação cognoscitiva do Direito – advinda de operação de conhecimento – é somada ao ato de vontade em que o órgão aplicador do direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas por meio daquela mesma interpretação cognoscitiva, segundo Grau (2003b, p. 86).

26 Vide ainda Marcelo Neves (2003, p. 361, nota 24): "A norma jurídica só é produzida no decurso da solução do caso" e complementa: "Nesse sentido, afirma Muller que o juiz não é 'legislador de segundo grau', mas sim o único legislador, mesmo que isso soe estranho".

27 Nas palavras de Ruiz e Cárcova (1991, p. 320).

28 Vide também Mancuso (2001, p. 28), reportando-se na nota de rodapé 36 a Lúcio Bittencourt (1998, p. 145): "A esse ponto veio ressaltado por Charles Evans Hughes, Presidente da Suprema Corte norte-americana: 'Vivemos sob uma Constituição, mas a Constituição é o que os juízes afirmam que ela é (*We are under a Constitution*, *but the Constitution is what the judge say it is*)'".

29 "*Se quanto detto fin qui è vero, è però altrettanto vero que spesso l'interpretazione data dalle corti ad una disposizione di legge possiede di fatto un'efficacia persuasiva tutt'altro che trascurabile", Nivarra, Ricciuto e Sconamiglio, Istituzioni di diritto privato*, p. 15 (tradução livre).

30 Informal e, talvez, casuística. Contudo, os elementos deste estudo fazem-me enxergá-la como fonte do Direito. A maioria da doutrina se mantém em correntes que ensinam que a norma ou regra "vem de cima", imposta pelo Estado regulador ou "de baixo", como ensinaram tantas vezes Ascarelli, Vivante, Irti e "não pelo lado", nas palavras da Professora Paula Forgioni, em relato em 13.01, significando construção jurisprudencial. No entanto, sem discordar, não se pode negar a criação da norma pelo juiz a partir do texto normativo e a segurança e certeza causada tão-somente pela análise da interpretação da norma pelos julgados, fatores que me levaram às conclusões deste trabalho, considerando o Direito como fenômeno além da regra, mas como ciência produzida pelo sistema jurídico que abarca a regra.

31 Note-se, contudo, que muitas vezes o fator econômico é aquele determinante da maior ou menor completude de um contrato celebrado, com a omissão de disposições para manter flexibilidade.

32 Ribeiro (não publicado, p. 3). Nota-se a repetição da citação deste artigo na medida em que este trabalho, em alguns momentos, dialoga com a referida monografia, não aderindo a todas as suas conclusões, mas demonstrando a utilidade da co-explicação jurídica e econômica para os mesmos problemas, de forma a tentar respondê-los de maneira mais abrangente.

33 A parcela da normatização que se terá em foco, contudo, será aquela aplicável ao Direito Comercial, que se dá tanto pelos usos como pelas regras positivadas.

Quanto aos usos, merece destaque o conceito de "bom costume", que em conjunto com o de "ordem pública" apresenta relevo particular no Direito Empresarial porque resguarda a validade dos atos jurídicos. Bom costume não é boa-fé. Esta será adiante tratada pela sua influência no adimplemento dos contratos. Não é também um complexo de princípios de ordem moral e sexual, tampouco o complexo de princípios sociais e morais que são o fundamento de uma sociedade. A noção de bom costume, como a de ordem pública, é ampla e variável de acordo com o desenvolver dos costumes ou praxe ou das condições econômicas e sociais, dentro de um certo contexto e momento histórico (Vide Alpa; Bessone, 2001, p. 19 et seq.).

Ainda sobre normatização mercantil, Eros Roberto Grau em seu discurso de agradecimento proferido na solenidade de entrega da medalha Teixeira de Freitas discorre: "O Código Civil é codificação de preceitos normativos que ordenam relações sociais entre pessoas, simplesmente. Surge quando o Estado deles se apropria, produzindo direito posto. Além deles, porém, também os preceitos aplicáveis aos que praticam atos do comércio apropria-se o Estado. Nosso Código Comercial ainda era medievo, embora consubstanciasse um tipo de "código aberto", por cujas frestas penetravam, fecundando-o, os usos e as práticas mercantis. Desses preceitos – repito – também se apropria o Estado. Mas é certo que *o substrato do sistema de Direito Comercial é integrado por dois tipos de normas: (i) aquelas originárias dos próprios comerciantes, em*

sua prática, e (ii) aquelas nascidas de autoridades exógenas aos comerciantes". O autor cita, em seu apoio, em nota de rodapé, a tese de Forgioni (2002, p. 346-347).

34 Para tanto, além do "poder" de pacificar entendimentos ou transformá-los nos diversos tribunais do país, a jurisprudência conta com instrumento fortíssimo, qual seja os julgados e súmulas do Supremo Tribunal Federal brasileiro, que por diversas vezes foi invocado para colocar "pá de cal" em divergências surgidas na sociedade ou entre esta e o Estado, nas quais em diversas delas adotou fundamentos que dessem razões a necessidades políticas (econômicas ou sociais) nacionais.

35 Vide Crane (1987, p. 324-347), artigo apresentado no encontro da SPTL Administrative Law Group na Universidade de Warwick, em 23 e 24 de março de 1987. Também: Bernstein (1992, p. 115-157).

36 No mesmo discurso: "A garantia da fluência de suas relações é uma *dupla garantia*, contra o Estado e contra os outros agentes econômicos que atuam no mercado". Quanto à primeira, depois, o Professor Eros Roberto Grau explica "a generalidade e a abstração da lei garantem o indivíduo contra a arbitrariedade estatal, porque isso é indispensável ao *cálculo e segurança inerentes à produção capitalista*; mas o *cálculo e segurança inerentes à produção capitalista* reclamam também previsibilidade no comportamento dos agentes econômicos". Adiante, ainda repete: "[...] Vale dizer, cálculo e segurança inerentes à produção capitalista exigem uma *dupla garantia*: (a) contra o Estado [= liberalismo político] e (b) em favor do mercado [= liberalismo econômico]".

37 Para definição de mercado nesse trabalho, Eros Roberto Grau (2004), palestra proferida na Universidade de Lisboa: "Ao final do século XVIII o mercado toma forma como projeto político e social e serve ao tipo de sociedade que os liberais desejavam instaurar. O mercado se desdobra: sem deixar de referir os lugares que designamos como *mercado e feira*, assume o caráter de *idéia*, lógica que reagrupa uma série de atos, de fatos e de objetos. *Mercado* deixa então de significar exclusivamente o *lugar* no qual são praticadas relações de troca, passando a expressar um projeto político, como *princípio de organização social*".

38 *Consolidação das Leis Civis*, Rio de Janeiro, Typographia Universal de Laemmert, 1885, página X da Introdução.

39 Transcrição do Instituto dos Advogados Brasileiros, 2003, p. 11.

40 Rosanvallon (1989, p. 3).

41 Introdução da obra de Guido Alpa e Mario Bessone, já tantas vezes citada neste trabalho, *Elementi di diritto privado*, p. 4 (tradução livre).

42 Muitos destes eram originários (nascidos) de ideais socialistas, a exemplo de incentivos econômicos a famílias pobres, medidas políticas para intercâmbio e distribuição de riquezas entre as regiões italianas, a criação da previdência social, entre outras, desnaturados pelo uso da força e pela posterior aliança nazista.

43 Extraído em 10.09.2003 do texto do Professor Miguel Reale, os princípios que nortearam a elaboração do Código de 2002, são os da *eticidade, socialidade* e *operabilidade*, de forma a tornar efetiva a previsão de normas para "o homem comum" Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/ncc/discmr.htm>.

44 Em Ascarelli (2001, p. 93).

45 *Storia universale del diritto comerciale* (1913, p. 13).

46 Cabe mencionar, ainda que não se trate de transcrição, que muitos destes exemplos foram extraídos da análise realizada pela Professora Paula Andrea Forgioni, em palestra sobre *Contratos e direito concorrencial*, no mês de maio de 2004, na sede da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), em curso denominado "Contratos no Novo Código Civil", coordenado pela Professora Priscilla Maria Pereira Correa da Fonseca.

47 Azevedo (2002, p. 152-154) explica que, à semelhança da vontade, que também não é elemento do negócio, mas é importante para sua validade e eficácia, a causa também não age no plano da existência, e sim nos outros dois mencionados. Para o autor, o papel da causa será de proteção à parte que se fiou na existência dela. Além disso, o autor distingue os dois diferentes tipos de causa entre o de "causa-motivo (como na expressão 'causa ilícita', que somente pode

ser entendida como 'motivo determinante ilícito' [...]; o de causa-fato jurídico, *causa efficiens* [...] em que a causa equivale ao fato jurídico que dá origem à obrigação [...]" e o sentido que o autor diz ser predominante atualmente ao qual se denomina sentido objetivo da causa, "isto é, um terceiro sentido da palavra, pelo qual se vê na causa, a função prático-social [para os autores que vêem causa também nos negócios patrimoniais], ou econômico-social do negócio [para os que somente levam em conta a causa dos negócios patrimoniais]", a causa entendida, pois, como "função".

48 Luca Nanni (1988), especialmente no capítulo 4.º trata com cuidado o instituto da *presupposizione* e atesta, na p. 402, que o artigo 1.366 c.c. é o artigo mais freqüentemente aplicado para fundamentar as sentenças que se socorrem daquele. Vale transcrever o conceito de *presupposizione* extraído da decisão da Corte de Cassação n.º 5.168, de 22.09.1981: "*Si ha presupposizione quando un determinato stato di fatto, comune ad entrambi i contrenti, il cui verificarsi sia indipendente dalla loro volontà e che abbia i caratteri dell'obiettività e certezza, sia sottinteso e deducibile dal contesto del negozio di cui costituisce il presupposto condizionante*" (p. 402), e mencionar artigo de Mario Bessone (1979, p. 403).

49 Exemplo citado pela Professora Paula Andrea Forgioni na já mencionada palestra na AASP, ao tratar de assunto similar foi a inserção de cláusulas que mitigam as vantagens e autonomia das partes, como as de exclusividade ou estoque mínimo nos contratos de concessão mercantil (distribuição), entre outros de intermediação. A "vítima", por exemplo, da cláusula de estoque mínimo somada a outra de limitação de preço para revenda (como um concessionário de uma fábrica de automóveis) aufere vantagens suficientes e, por isso, as celebra. Contudo, se estas cláusulas passam a ser utilizadas abusivamente para achatar o lucro, por exemplo, do distribuidor, franqueador ou concessionário (já que o preço final não pode aumentar), estas deverão ser tidas como abusivas, uma vez que as condutas "fogem" da racionalidade das cláusulas celebradas e do interesse comum inicial das partes.

50 Ao tratar do consentimento no contrato, José da Silva Lisboa, o Visconde de Cayru, ensina que desde os idos de 1874, ao analisar e interpretar um negócio jurídico empresarial, há de se observar o costume ou padrão usual dos agentes no mercado, conforme suas palavras: " Este consentimento póde ser verdadeiro, seja explicito ou expresso por palavra, escripto e aceno; seja simplesmente tacito, presumido ou subentendido pela natural relação dos objectos, usos e circumstancias do trato, lugar e pessoas contrahentes [...] e a suposta ordinaria intenção das partes", (1874, p. 470).

51 Béatrice Jaluzot (2001, p. 129), sobre as diversas formulações doutrinárias comparadas para a função do princípio da boa-fé: "*Le principe de bonne foi, bien que reconnu par la doctrine est formulé le plus souvent par l'exigence de la bonne foi dans l'exécution du contrat* [...]

Le droit allemand a voulu faire la distinction entre ces deux sens [directive dans l'execution du contract et une règle d'interprétation des contrats] et il est le seul à avoir inséré un principe d'interpretation du contrat en vertu de la bonne foi. Ce príncipe n'existe pas em droit français tandis que le droit japonais tout em ne l'ayant pas admis comme règle écrite, le connâit par l'intermédiare dela jurisprudence [...]

Le principe de bonne foi dans les contrats connâit par conséquent deux grandes formulations et la régle de l'exécution de bonne foi du contrat est la principale. [...] *Em second lieu, la bonne foi sert l'interpretation du contrat. Le juriste français qui lira ces quelques phrases aura certainement um élan pour dire que le droit français, tout comme le droit japonais, ne connâit pas ou a rejeté une telle règle. Pourtant le sens que les auteurs allemands donnent à cette règle n'est méconnu ni em droit français, ni em droit japonais (Section II. Le príncipe de l'interprétation du contract selon la bonne foi*)".

52 Artigo. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Artigo 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

Artigo 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

53 Segundo as lições da Profesora Paula A. Forgioni em sua palestra, não se trata aqui do que Pontes de Miranda (*Tratado de direito privado*, t. V, p. 264) denominou "legítima expectativa". A legítima expectativa é direito expectativo, não mera expectativa de Direito. Porque o ordenamento jurídico (de Direito Comercial) coloca aquela expectativa como suporte fático necessário à incidência da norma que dá origem ao direito subjetivo. Desta forma, o empresário, que é parte de uma relação jurídica, tem o direito subjetivo a não ter frustrada a sua *legítima expectativa*. Por isso *esta é direito e não expectativa*.

54 Segundo as lições da Profesora Paula A. Forgioni em sua palestra, não se trata aqui do que Pontes de Miranda (*Tratado de direito privado*, t. V, p. 264) denominou "legítima expectativa". A legítima expectativa é direito expectativo, não mera expectativa de Direito. Porque o ordenamento jurídico (de Direito Comercial) coloca aquela expectativa como suporte

fático necessário à incidência da norma que dá origem ao direito subjetivo. Desta forma, o empresário, que é parte de uma relação jurídica, tem o direito subjetivo a não ter frustrada a sua *legítima expectativa*. Por isso *esta é direito e não expectativa*.

55 A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro, *RDM* 130.

56 E aproveita para frisar o que crê que nem seria necessário: "neste caso, hoje sabemos que a interpretação haveria de ser restritiva, porque se trata de uma exceção à lei geral de proteção da concorrência, conforme raciocínio que desenvolvemos com Eros Roberto Grau: *Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei n.º 8.884, de 1.994, e Lei n.º 6.729, de 1979 ('Lei Ferrari')*, in *Boletim Lationamericano de Concorrência*, 5, Bélgica, 1999. Também publicado na *Revista do IBRAC*, 6,1999, 5, bem como na *Revista Trimestral de Direito Público*, 21, 1998, 107" (grifos nossos).

57 Creio que se deva temer, também por razões macroeconômicas, a "consumerização" ou "civilização" do Direito Comercial, sob pena de, paulatinamente, isolar o País de investimentos no atual contexto de economia globalizada. Os investidores estrangeiros e pátrios são "sedentos" por minimização de riscos e certamente não se interessariam em investir em um país onde eventuais litígios sejam dirimidos por decisões judiciais que podem tanto, em um pólo, atender aos padrões globais de mercado quanto, em outro, *fugir* para lógicas protecionistas que só servem às relações de consumo (equilíbrio perante a hipossuficiência do consumidor).

58 Diz o artigo: "Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. § 1.º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. § 2.º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito".

59 Nesse sentido é que menciono as cláusulas gerais como regras que possam ser aplicadas de ofício pelos juízes, ainda que algumas delas, a exemplo daquela que regulamenta e conceitua a lesão, sejam vistas como não "de ordem pública" na medida em que podem vir a gerar *anulabilidades* e não *nulidades*. Ou seja, por estar topologicamente no Código dentre os defeitos do negócio jurídico – o que parece errôneo diante da teoria das variações de discrepância entre vontade e declaração – e, por isso, dar ensejo a anulabilidade, há de se questionar se, neste caso, trata-se de regra de ordem pública, passível de aplicação de ofício pelo juiz. Sendo ou não assim conceituada, diante da natureza de diretriz que permeia sua aplicação, caberá ao juiz, independentemente de provocação das partes, aplicá-la ou não ao caso concreto litigioso apresentado.

60 A capacidade para contratar; que os contraentes procedessem de acordo com a boa-fé (conforme já escrito acima); que não faltassem as partes às condições do ajuste etc.

61 Artigo 153 do Código Civil: "Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial".

62 Conforme dados de estudos trazidos pelo artigo da revista *Veja* supramencionado: o Brasil apareceu em primeiro lugar num levantamento feito quanto ao perfil empreendedor de alguns países, com a marca de que um em cada oito brasileiros acaba montando um "negócio próprio". Em segundo lugar apareceram os Estados Unidos com a proporção de um em cada dez.

63 Ainda que os faturamentos (receita bruta) anuais máximos de uma microempresa ou de uma empresa de pequeno porte sejam diminutos em relação a outras estruturas empresariais, ou seja, respectivamente, R$ 244.000,00 (duzentos e quarenta e quatro mil reais) e R$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais), estas, em conjunto, representam grande "filão" das empresas nacionais e mobilizam grande soma de valores, além de exercerem função social de primeira grandeza diante do cenário econômico brasileiro. O referido "filão" representa não menos de 98% das empresas brasileiras, as quais garantem o emprego de sessenta milhões de brasileiros (dados do site do Sebrae).

64 Tanto é assim que a Constituição Federal, nos termos dos seus artigos 170, 178 e 179, assegura às microempresas e às empresas de pequeno porte tratamento jurídico diferenciado e simplificado nos campos administrativo, tributário, previdenciário, trabalhista, creditício e de desenvolvimento empresarial. Este preceito foi regulamento, mais recentemente, pelas Leis 9.841/1999 e nº 9.317/1996, e algumas alterações posteriores. Por meio destas, revogaram-se as Leis 7.256, de 27.11.1984, e 8.864, de 28.03.1994.

65 A "margem de manobra" das micro e pequenas empresas é muito menor dentro do mercado – que "esmaga" a competitividade destas. Ainda que a pequena empresa nem sempre seja vista com bons olhos, uma vez que pode apresentar

ameaça à empresa de médio porte, existe grande preocupação com a garantia da viabilidade de empresas nessa escala empresarial, que já contam com entraves quanto à obtenção de crédito para seu desenvolvimento.

66 Importante notar também, em razão da razoabilidade da interpretação no contexto em que se apresenta a disciplina do "erro" no Código, que o "erro de cálculo" mencionado no artigo 143 deve ser entendido no seu sentido estrito de erro matemático de valor a ser apresentado em contrato, e não pode ser entendido como erro de cálculo de risco da contratação, mesmo porque o artigo apenas autoriza a "retificação da declaração da vontade".

67 Mota Pinto (1999, p. 505). Vide, ainda, p. 464, a diferença entre erro-obstáculo, em que o "declarante emite a declaração divergente da vontade real, sem ter consciência dessa falta de coincidência" e a dita "falta de consciência na declaração", em que o "declarante emite uma declaração, sem sequer ter a consciência [a vontade] de fazer a declaração negocial, podendo até faltar completamente a vontade de agir".

68 Conforme se extrai dos artigos 145 e 147 do Código Civil.

69 Vide levantamento jurisprudencial completo Forgioni (2002).

70 Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

71 Vide Kuhn (2001) quanto à mudança de visão que exige a alteração de pensamento e, via de conseqüência, de demandas de toda uma comunidade, desatreladas do *paradigma* anterior, posteriormente a uma situação de crise estrutural que faz com que aquele anterior não mais se preste às respostas a que se propõe.

72 Vide comentários ao artigo 131 do Código Comercial acima.

73 Cruz e Tucci (2003, p. 281-286) faz referência a inúmeros exemplos dessa antecipação do precedente judicial à lei, como o reconhecimento de direitos entre "concubinos", a aplicação do princípio da boa fé objetiva, do enriquecimento sem causa etc.

74 Tradução de Ellen Gracie Northfleet.

75 Na mesma esteira, Nicolò Trocker, em sua obra *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, p. 213 (apud Cruz e Tucci, 1997, p. 114), também observou que uma justiça obtida de forma lenta é um grande malefício à sociedade, eis que "provoca danos econômicos (imobilizando bens e capitais), favorece a especulação e a insolvência, acentua a discriminação entre os que têm a possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, tudo têm a perder. Um processo que perdura por longo tempo transforma-se também num cômodo instrumento de ameaça e pressão, uma arma formidável nas mãos dos mais fortes para ditar ao adversário as condições da rendição".

76 Professor Antonio Angarita, em Os óbices da Administração Estadual (reprodução da palestra do autor): "Primeira reflexão que eu propus: cuidado para nós não fazermos uma marcha errada ao desentravar; o carro pode descer pela ladeira. Depois, não é proibido criar direito novo em cima de norma velha, eu sei que é difícil, mas para isso os nossos juristas já têm tradição e os nossos juízes já têm coragem".

77 Como as decisões dos Tribunais embasadas na necessidade de recuperação de empresas em crise a partir de interpretação contemporânea do obsoleto Decreto de 1945, a "Lei de Falências".

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALPA, Guido et al. *Interpretazone giuridica e analisi economica*, Milano, Giuffrè, 1982.
———. *I principi generali*. Milano: Giuffrè, 1993.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Elementi di diritto privato*. Roma: Laterza, 2001.
ANGARITA, Antonio. Os óbices da Administração Estadual. In: WALD, Arnoldo (Coord.). *O direito brasileiro e os desafios da economia globalizada*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.
ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947.
———. O contrato plurilateral. in Problemas das sociedades anônimas e direito comparado. Campinas: Bookseller, 2001. p. 93.
AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Estudos em homenagem ao professor Orlando Gomes*. Organização da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 605-622.
BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 1.
BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the legal system: extralegal contractual relations in the diamond industry. *Journal of Legal Studies*, University of Chicago, v. 21, p. 115-157, jan. 1992.
BESSONE, Mario. Presupposizione, 'causa' tipica del negozio, economia del contratto. *Riv. Dir. Comm.*, v. 2, p. 146-403, 1979.
BITTENCOURT, Lúcio. Sobre a jurisprudência. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará*. p. 145, jul.-dez de 1998
BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas Camargo. *Ordem jurídico-econômica e trabalho*. Porto Alegre: Fabris, 1998.
CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. *Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1933, v. 1.
COMPARATO, Fabio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-emprêsa*. São Paulo: RT, 1970.
COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1994.
CRANE, Peter. *Self Regulation and Judicial Review*, p. 324-347. Artigo apresentado no encontro da SPTL Administrative Law Group na Universidade de Warwick, em 23 e 24 de março de 1987.
CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Perspectiva histórica do precedente judicial como fonte do direito*. 2003. Tese (Titularidade da Cadeira de História do Direito Departamento de Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.
———. *Tempo e processo*. São Paulo: RT, 1997.
DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
FERRI, Giovanni B. *Il negozio giuridico*. Padova: Cedam, 2001.
FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, 130, 2003, p. 7-38.
———. *O contrato de distribuição*: função econômica e análise jurídica. 2002. Tese (Livre-docência) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo.
FRANCO MONTORO, André. *Introdução à ciência do direito*. 6. ed. São Paulo: RT, 1977. v. 2.
FRIEDRICH, Carl J. *O interêsse público*. Tradução de Edílson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro, 1967.
GALGANO, Francesco. *Lex Mercatoria*. Bologna: Il Mulino, 2001.
GOLDSCHMIDT, Levin. *Storia universale del diritto commerciale*. Turim: UTET, 1913.
GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação crítica)*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003a.
———. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003b.
_____. *O direito posto e pressuposto*. São Paulo : Malheiros, 2003.
_____. *Mercado, Estado e Constituição*. São Paulo: Renovar, 2004.
——— et al. Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional. *Estudos jurídicos em homenagem ao Prof. Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Fabris, 1995.
JALUZOT, Béatrice. *La bonne foi dans les contrats*: étude comparative de droit français, allemand et japonais. Paris: Dalloz, 2001.
KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.
LANZANA, Antonio Evaristo Teixeira. *Economia brasileira*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
LANZILLO, Rafaella. *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*. Padova: Cedam, 2003.
LARENZ, Karl. *Derecho civil*: parte general. Tradução espanhola de Miguel Izquierdo e Macías-Picavea. Madrid: Edersa, 1978.

LISBOA, José da Silva. *Principios de direito mercantil e Leis da Marinha*. Rio de Janeiro: Typographia Acadêmica, 1874. t. II.
MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.
MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. 2.ª tiragem. São Paulo: RT, 2000.
———. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *RT* 680/50.
MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. 12.ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
NANNI, Luca. *La buona fede contrattuale*. Padova: Cedam, 1988.
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. 1. ed. 2.ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.
NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil: apontamentos gerais. *O novo Código Civil*. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003. p. 406.
NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: RT, 2002. p. 110.
NIVARRA, Luca; RICCIUTO, Vincenzo; SCONAMIGLIO, Cláudio. *Istituzioni di diritto privato*. 2. ed. Torino: G. Gappichelli, 2003.
OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Barcelona: Doxa, n. 14, p. 169-194, 1993.
PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos.* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito* – teoria tridimensional do direito: norma, fato e valor. São Paulo: Saraiva, 2000.
RIBEIRO, Leonardo L. Interações medicamentosas – o papel conjunto do sistema judiciário e das medidas de âmbito privado na diminuição da inadimplência e no desenvolvimento econômico. Não publicado.
ROSANVALLON, Pierre. *Le libéralisme économique* – Histoire de l'idée de marche. Paris: Éditions du Soleil, 1989. p. 3.
RUIZ, Alicia; CÁRCOVA, Carlos. Derecho y transición democrática. *Materiales para una teoría crítica del derecho.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991. p. 320.
WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. Campinas: Bookseller, 2000.
WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Tradução de José Medina Echeverria e outros. México: Fondo de Cultura Económica, 1969. v. 1.
WEINBERG, Mônica; BRASIL, Sandra. O segundo vestibular. *Revista Veja*. São Paulo, ano 36, ed. 1833, p. 168, 17 dez. 2003.
WILLIAMSON, Oliver E. *The mecanisms of governance*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

Ligia Paula Pires Pinto Sica

Doutora em direito pela USP, Brasil
Pesquisadora da DIREITO GV, Brasil

DIREITO GV
Rua Rocha, 220 – cj. 21 C
Bela vista – 01330-000
São Paulo, Brasil
ligia.pinto@fgv.br

TRATADOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO INTERNO NO BRASIL

Gustavo Mathias Alves Pinto

THE IMPACT OF THE INTERNATIONAL TREATIES ON TAX LAW ON THE BRAZILIAN LAW

RESUMO

Este artigo tem como objetivo apresentar os principais aspectos a respeito do tratamento oferecido aos tratados internacionais em matéria tributária no ordenamento jurídico brasileiro. Para tal, o artigo analisa as características desses tratados enquanto fonte de direito internacional, seu posicionamento hierárquico perante a Constituição Federal e legislação infraconstitucional, bem como a jurisprudência mais relevante a respeito da matéria. Ao final, pretende-se demonstrar que, nos casos específicos sobre os quais tais instrumentos versarem, estes prevalecem sobre o ordenamento interno em razão do princípio da autolimitação da soberania no tocante à imposição tributária.

PALAVRAS-CHAVE

soberania, tratados internacionais, matéria tributária, acordos de bitributação, conflito de leis

ABSTRACT

The following article presents the main aspects of the interaction between tax treaties and national law within the Brazilian legal system. The article analyses the characteristics of such treaties as sources of international law, their hierarchy before the Constitution and legislation, as well as the relevant jurisprudence on the subject. The article aims at demonstrating that, regarding the specific situations addressed in its body, the tax treaty takes precedence over the national law, based on the principle of self-limitation of taxation power.

KEYWORDS

sovereignty, international treaties, tax law, double taxation agreements, conflict of laws

1. Soberania e suas feições

Foi o jurista francês Jean Bodin quem pela primeira vez empregou o termo soberania para identificar novos Estados independentes que se formaram na Europa a partir do século XIII. À ocasião, definiu-a como o poder absoluto e perpétuo de uma república, vinculado, todavia, ao direito natural e ao direito das gentes (GRUPENMACHER, 1999, p. 11). Essa noção foi posteriormente desenvolvida por Hegel, que afirmava não haver ordenamento jurídico superior apto a limitar o ordenamento jurídico estatal. Para Hegel, o Estado é a encarnação do poder absoluto,

tendo a prerrogativa de concluir tratados internacionais, mas permanecendo acima deles diante de sua vontade incontrastável.

Observa-se que há mais de um conceito de soberania. Na verdade, há vários, e até mesmo Burdeau, ao cuidar da matéria, reconheceu não ser possível esgotá-los todos (BURDEAU, 1982, p. 51-52, apud TÔRRES, 2001, p. 62). Pode-se dizer, no entanto, que, buscando um espaço de redução lógica comum, tem-se na soberania uma expectativa de neutralização de qualquer espécie de subordinação da autoridade estatal e uma qualidade do poder estatal (TÔRRES, 2001, p. 62). Na concepção clássica adotada por Hans Kelsen, para orientar sua defesa do monismo internacional, a soberania também é fenômeno vinculado à noção de poder reconhecido internacionalmente.

Xavier (1993, p. 13) aponta uma divisão entre soberania pessoal e territorial. A primeira seria o poder de legislar sobre as pessoas que integram um determinado Estado pela nacionalidade, independentemente do local onde se encontram. Já a soberania territorial é o poder do Estado de legislar relativamente a pessoas, coisas ou fatos que se localizam no seu território.

Schoueri (2003, p. 21) chama a atenção a outro aspecto da soberania. Segundo o autor, ela se apresenta de maneira dupla, dividindo-se em soberania interna e soberania externa. A soberania interna poderia ser explicada como poder de o Estado estruturar livremente sua ordem jurídica, poder este necessariamente submetido ao direito. Não é essa a noção que mais nos interessa neste estudo, uma vez que, enquanto reduzida ao seu aspecto interno, a soberania não produz efeitos que afetam o direito tributário internacional, cujo interesse está naquelas relações em que a pretensão estatal, especialmente a tributária, estende-se além fronteiras. Como exemplo de uma situação em que a pretensão estatal estende-se além das fronteiras, Schoueri cita o art. 43, § 2.º, da Lei Complementar nº 104/2001, que permite a possibilidade de o imposto de renda atingir receita ou rendimento oriundos do exterior (SCHOUERI, 2003, p. 21). É justamente nesse ponto que reside a importância do aspecto externo da soberania. À medida que os Estados estendem suas pretensões tributárias para alcançar situações ocorridas além de suas fronteiras, torna-se mais freqüente a cumulação de pretensões, gerando o fenômeno da bitributação internacional, que, conquanto não seja algo ilícito, é vista como algo repudiável por questões de ordem econômica, principalmente por apresentar-se como obstáculo intransponível ao comércio exterior, além de implicar uma injusta distribuição de carga tributária (GRUPENMACHER, 1999, p. 92). Por isso, Hector Villegas afirmou que, modernamente, tem-se observado que a bitributação internacional apresenta-se como um obstáculo ao desenvolvimento econômico e social dos países, principalmente dos pouco desenvolvidos (VILLEGAS, 1994, p. p. 483-484, apud GRUPENMACHER, 1999, p. 93).

Em função desse senso comum quanto aos efeitos perversos desse tipo de situação podemos encontrar na atualidade limitações quanto à soberania. Nesse sentido, por exemplo, é que Tôrres afirma que é lícita a atividade legislativa do Estado, desde que mediante a utilização de critérios de conexão que exprimam um contato efetivo entre o fato evento com elementos de estraneidade e o Estado, que tem a pretensão de discipliná-lo fiscalmente (TÔRRES, 2001, p. 69).

Da mesma forma, Xavier (1993, p. 13) afirma que o direito internacional público reconhece automaticamente aos Estados o poder de tributar limites em que ele se estende, mas recusa-lhes tal poder na medida em que esses limites forem ultrapassados, de tal modo que, se um Estado tributar estrangeiros em função de situações que não tenham qualquer conexão com o seu território, estará violando o direito internacional.

No entanto, é importante salientar que tais limitações não devem ser vistas como afronta à soberania, mas como preservação desta, por meio da submissão à lei, uma vez que o Estado, ao autolimitar-se, determina sua vontade por ele próprio, permanecendo soberano.

Assim, observa-se que, quando analisamos a soberania na sua faceta externa, constatamos que, na atualidade, ela não é mais considerada o poder absoluto dos Estados, tal como o era antigamente. Em face de um contexto internacional atual que impõe cooperação cada vez maior entre países, é necessário que os Estados limitem parte de sua soberania. Trata-se do fenômeno a que Jhering se referiu por regra da autolimitação (SCHOUERI, 2003, p. 21). Essa solidariedade de interesses entre as nações é bem refletida no caso italiano, em que o país fez constar no art. 11 de sua Carta Magna disposição segundo a qual o país consente, nas condições de paridade com outros Estados, as limitações à soberania necessárias a uma ordem internacional capaz de assegurar a paz e a justiça entre as nações.

Dessa forma, como Xavier bem apontou, é no âmbito do direito internacional que encontramos limites à soberania externa. Cumpre-nos, portanto, encontrar suas fontes para que se possa prosseguir neste estudo.

2 Fontes do direito internacional — o tratado internacional

Podemos encontrar as fontes do direito internacional no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Segundo o dispositivo, são fontes de direito internacional o direito consuetudinário, os princípios de direito geralmente reconhecidos pelas nações civilizadas e os tratados internacionais.

Soares (2002, p. 55) afirma que o rol de fontes apresentado pelo art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça contém uma lacuna, pois deixou de mencionar as declarações unilaterais dos Estados com efeitos jurígenos no direito internacional e as decisões tomadas pelas organizações internacionais

intergovernamentais. Segundo o autor, ambos os instrumentos já eram reconhecidos pela doutrina dominante à época da elaboração do Estatuto como fontes de direito internacional.

Independentemente do número exato de fontes existentes, importa-nos constatar que os tratados internacionais são reconhecidos como uma fonte de direito internacional. Assim, considerando que o objeto principal desta análise são tratados internacionais em matéria tributária, cabe-nos fazer uma análise mais detalhada a respeito destes e de sua abrangência.

Para fins da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969),[1] tratado significa "um acordo internacional celebrado entre Estados em forma escrita e regido pelo direito internacional, que conste ou de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica".[2]

A primeira inferência que pode ser realizada sobre a definição constante da Convenção é que, segundo esta, o tratado visa regular somente relações mútuas entre Estados, não envolvendo outros entes de direito internacional. Tal limitação correspondeu à circunstância de que as regras da Convenção foram fixadas pelos Estados negociadores para regularem tão apenas as suas relações mútuas. Inexistiu, assim, qualquer interesse na regulação de tratados entre Estados e outros entes de direito internacional, ou entre estes apenas, embora a existência de tratados celebrados por outros sujeitos de direito internacional seja expressamente reconhecida no art. 3.º da Convenção (BAHIA, 2000, p. 1).

Também critica-se o fato de a Convenção ter inserido na definição do termo a expressão "que conste, ou de instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos". Com efeito, a referida expressão não é essencial ao conceito, pois a uniinstrumentalidade ou pluriinstrumentalidade servem apenas para distinguir os tratados, e não defini-los (BAHIA, 2000, p. 2).

Em razão dessas alegadas insuficiências do conceito exposto na Convenção de Viena, doutrinadores cuidaram de tecer outras definições sobre o tratado que, a seu ver, são mais fiéis à realidade do instituto.

Assim, por exemplo, segundo Rezek, o tratado é "todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos" (REZEK, 1995, p. 14). Já segundo Hildebrando Accioly, o tratado é o "ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas internacionais" (ACCIOLY, 1956, p. 20).

Nas doutrinas brasileira e estrangeira, são diversas as definições de tratados. Não cabe aqui destrinchar cada uma delas, uma vez que fugiria ao escopo do trabalho. Considera-se mais proveitoso enunciar o núcleo comum que pode ser encontrado nas definições expostas pelos doutrinadores.

Segundo esse núcleo comum, o tratado internacional pode ser definido como um acordo de vontades entre pessoas de direito internacional, regido pelo direito das

gentes. Os três elementos mais importantes dessa definição são: (i) o consentimento, do que se percebe que atos unilaterais não podem gerar tratados; (ii) a personalidade internacional dos contratantes; e iii) a regência pelo direito internacional, demonstrando que o controle de consentimento (aí incluindo-se forma e objeto) e dos efeitos jurídicos do acordo não fica a cargo do direito interno das partes no tratado (BAHIA, 2000, p. 2-3).

Neste ponto, cabe fazer uma ressalva. Há diversas classificações difundidas acerca dos tratados internacionais. Alguns autores defendem que é melhor usar o termo "convenção" para tratados do tipo normativo, enquanto outros autores defendem aplicações específicas para acordo, ajuste ou convênio. Para Saulo José Casali Bahia, tratado seria gênero, do qual todas essas espécies de atos internacionais seriam espécie (BAHIA, 2000, p. 3-6). Já Bernardo Ribeiro de Moraes defende que tratado e convenção são sinônimos, ambos representando o ato jurídico firmado por dois ou mais Estados, mediante seus respectivos órgãos competentes, com o objetivo de estabelecer normas comuns de direito internacional.

Em razão dessas classificações, surgem, por exemplo, críticas ao fato de o art. 98 do Código Tributário Nacional ter disposto em sua redação que: "Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam [...]". Segundo autores que consideram o tratado como gênero, do qual convenção seria espécie, a expressão utilizada no artigo seria redundante. A mesma crítica se aplicaria ao art. 84, VIII, da Constituição Federal, em que está prevista competência privativa do presidente para celebrar tratados, convenções e atos internacionais.

Conquanto concordemos com o posicionamento de Bahia sobre a questão, a discussão é infrutífera para os fins pretendidos neste estudo. Dessa forma, utilizaremos o vocábulo tratado como termo genérico a designar um acordo de vontades entre pessoas de direito internacional e regido pelo direito das gentes.

No tocante às classificações atribuídas aos tratados internacionais, interessam-nos apenas duas. A primeira é a distinção entre tratados em matéria tributária e os que a afetam , examinada no tópico a seguir. A segunda é a distinção entre tratados-normativos e tratados-contrato, objeto de análise detida mais adiante.

2.1 Tratados internacionais que afetam matéria tributária

Xavier (1993, p. 87) afirma que há convenções internacionais que, embora versando essencialmente sobre outra matéria, contemplam, acidental ou acessoriamente, disposições tributárias. O autor cita como exemplos os acordos visando à formação de zonas aduaneiras, ou de livre comércio, bem como a outros que tratam de assuntos como imunidades diplomáticas e consulares.

Schoueri (2003, p. 23) também faz distinção entre os tratados internacionais que afetam matéria tributária e os tratados internacionais em matéria tributária. Quanto aos primeiros, cita como exemplo o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (Gatt), que

abole discriminação nas relações comerciais mediante a extensão generalizada da cláusula da nação mais favorecida. Trata-se de fato intrinsecamente ligado ao fenômeno de integração econômica que pode ser observado na atualidade. Além do Gatt, outros acordos comerciais que afetam matéria tributária podem ser citados, como o Tratado de Roma, o Mercosul e o Nafta.

Assim, é importante apenas demonstrar que pode haver tratados que não tenham por objeto matéria tributária, mas que venham a afetá-la. No entanto, a heterogeneidade desses tratados dificulta um tratamento dogmático unitário à matéria e, além disso, não se enquadram na categoria que aqui nos interessa.

2.2 Tratados internacionais em matéria tributária

Os tratados internacionais podem versar sobre as mais diversas matérias, e, entre elas, obviamente está a matéria tributária.

Com freqüência quase absoluta, os tratados em matéria tributária dispõem sobre acordos de bitributação. A bitributação, conforme visto, é a coincidência de pretensão tributária de natureza semelhante de mais de um Estado sobre um mesmo contribuinte, em virtude da mesma circunstância e relativa ao mesmo período. Os acordos de bitributação são os instrumentos de que se valem os Estados para evitar ou mitigar os efeitos da bitributação por meio de concessões mútuas.

Schoueri (2003, p. 27) oferece um bom panorama sobre a evolução dos acordos de bitributação. Aponta o autor que, já no final do século XIX, os Estados passaram a adotar acordos bilaterais para evitar a bitributação da renda. No começo, o fenômeno era observado apenas entre Estados limítrofes, no entanto, com o decorrer do tempo, e principalmente após o final da Primeira Guerra Mundial, observou-se a construção de uma rede de acordos na Europa Central, fenômeno que acabou se alastrando pelo resto do mundo com o fim da Segunda Guerra Mundial.

Muito dessa evolução quanto aos acordos de bitributação pode ser atribuída ao trabalho da Sociedade das Nações, que elaborou um modelo uniforme de acordo de bitributação a ser seguido pelos países. Em 1921, quatro especialistas em finanças públicas foram encarregados pelo Comitê Financeiro da Sociedade das Nações de apresentar um relatório sobre os problemas econômicos decorrentes da bitributação e quais seriam as possíveis soluções para o problema.

Entre 1926 e 1927, com o auxílio de especialistas europeus e norte-americanos, o Comitê elaborou quatro modelos de acordos, que tratavam, além dos impostos diretos, do imposto de sucessões, da assistência administrativa e da assistência judiciária. Tais modelos foram aprovados, em 1928, por representantes de 28 Estados. Em 1940, após diversas reuniões do Comitê Permanente de Assuntos Fiscais, foi sugerida a revisão dos modelos de 1928, realizada em 1943, quando consagraram-se os interesses dos países menos desenvolvidos, com aceitação da tributação segundo o princípio da fonte. Essa situação não tardou a mudar, uma vez que, encerrado o conflito mundial,

quando os países desenvolvidos puderam voltar a centrar suas atenções na discussão, surgiu um novo modelo que privilegiava a tributação na residência.

A Organização das Nações Unidas procurou retomar os trabalhos da Sociedade das Nações, tendo sido propostos o exame e a revisão dos modelos na primeira reunião do Comissão de Finanças Públicas. Não obstante, os trabalhos da organização nessa época restaram infrutíferos. Somente em 1967, por influência dos trabalhos da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômicos, esta retomaria seus trabalhos para a criação de um modelo de acordo de bitributação.

Em 1956, foi instituído um Comitê Fiscal com a tarefa de apresentar um novo modelo de acordo de bitributação pela Organização Européia de Cooperação Econômica, que posteriormente (1961) passaria a se chamar Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE). O Comitê Fiscal concluiu seus trabalhos em 1963, apresentando um modelo de acordo de bitributação, em que, à semelhança do modelo elaborado no pós-guerra pela Sociedade das Nações, contemplava-se a tributação na residência. O Comitê para Assuntos Fiscais existente na atualidade é a evolução deste Comitê Fiscal, e ainda hoje continua a trabalhar na convenção-modelo e em seus comentários.

3. Relação com o direito interno

Tecidas essas considerações a respeito dos tratados em matéria tributária e compreendida a importância deles no contexto internacional atual, cumpre-nos analisar agora sua relação com o direito interno. Nesse aspecto, o primeiro ponto a ser discutido é a questão da sua prevalência sobre os sistemas positivos de cada país.

Discute a doutrina, já de longa data, quanto à relação entre o direito interno e o direito internacional, existir uma dicotomia identificada como monismo e dualismo das ordens jurídicas. Embora não reputemos a importância que muitos da doutrina atribuem à questão, posição compartilhada com Tôrres (2001, p. 553) é necessário conhecer tais correntes teóricas acerca da relação entre direito internacional e direito interno, uma vez que as conseqüências da opção por uma ou outra tese implicarão reconhecimento de efeitos específicos quanto à forma de admissão do direito internacional ao direito positivo de um Estado, bem como quanto ao modo de relacionamento entre tais normas, no tocante à hierarquia sistêmica das mesmas.

3.1 Monismo

Com seu precursor em Kelsen, a corrente monista sustenta a existência de uma única ordem jurídica que engloba as ordens interna e a internacional. Segundo esta corrente, não são necessárias normas de fonte interna que reproduzam os mandamentos contidos nas regras constantes de um tratado internacional, uma vez que se trata do

mesmo ordenamento. Assim, pode-se dizer que a essência do monismo repousa na plena integração do direito interno com o direito internacional.

Podemos encontrar três vertentes distintas na corrente monista: a primeira sustentando a primazia do direito interno; a segunda, a primazia do direito internacional; e a terceira vertente, conciliatória, que pode ser chamada de monismo moderado.

Com origem em Hegel, a vertente que defende a primazia do direito interno afirma ter o Estado soberania absoluta, não se sujeitando a qualquer outro sistema jurídico. Seus defensores negam o direito internacional em razão da soberania absoluta do Estado. De acordo com essa corrente, o direito internacional seria apenas um direito interno que os Estados aplicam na sua vida internacional. Assim, o direito estatal não passaria de um direito estatal externo. Essa corrente é duramente criticada por Charles Rousseau, que chama a atenção para o fato de o direito internacional ser composto também por princípios e normas consuetudinárias, não se limitando unicamente aos tratados.

A vertente que defende a primazia do direito internacional, cujo principal defensor durante muito tempo foi Kelsen (DOLINGER, 1996, p. 75), nega a existência de dois ordenamentos jurídicos autônomos e entende que só a ratificação dos tratados produz, concomitantemente, efeitos nos ordenamentos interno e internacional. Essa vertente baseia-se essencialmente no princípio *pacta sunt servanda*, segundo o qual os Estados não podem descumprir o que contrataram entre si.

Para Kelsen, segundo o direito internacional, o governo de um Estado é legítimo quando é efetivo e independente. Isto significa que, de acordo com o direito internacional, uma autoridade estabelecida de fato é o governo legítimo, sendo válida a ordem jurídica coercitiva estabelecida por este governo. Assim, as normas fundamentais dos diversos ordenamentos jurídicos nacionais são baseadas em uma norma geral do ordenamento jurídico internacional. Nesse sentido, conclui que a norma fundamental do ordenamento jurídico internacional é, também, a razão última da validade dos ordenamentos jurídicos nacionais.[3]

Essa corrente também é objeto de críticas, por simplesmente ignorar a existência de normas de direito interno que vão contra a ordem internacional e, mesmo assim, permanecem válidas no âmbito do Estado.

Dos atritos entre ambas as correntes acabou surgindo uma terceira corrente, conciliatória, qual seja, a do monismo moderado. Fundada por Alfred Verdross, defende a paridade hierárquica do direito internacional e do direito interno. De acordo com Jacob Dolinger, os seguidores dessa vertente postulam que os juízes nacionais devem aplicar tanto o direito nacional quanto o internacional, de acordo com a regra *lex posterior derogat priori*, aplicada pelas jurisprudências americana e brasileira (DOLINGER, 1996, p. 75).

3.2 Dualismo

Liderada por Karl Heinrich Triepel, na Alemanha, e Dionísio Anzilotti, na Itália, a corrente dualista reconhece nos ordenamentos interno e internacional duas ordens distintas. Duas ordens que se ignoram e não se superpõem.

Segundo Triepel, a classificação das normas jurídicas deve ser feita a partir das relações sociais de que tratam, distinguindo-se aí diversos ramos diferentes (direito administrativo, penal etc.), ou a partir da vontade de que emanam. Considerando esses aspectos, direito interno e internacional seriam opostos nos dois sentidos supracitados.

Na corrente dualista, uma norma de direito internacional somente passa a vigorar na ordem interna se o mandamento nela contido for reproduzido por meio de uma norma do direito nacional, passando a ter fonte interna (teoria da transformação). Havia dissonâncias quanto a essa corrente, com autores que defendiam a possibilidade de uma norma de direito internacional passar a vigorar no direito interno por meio da teoria da adoção. Triepel era um defensor da primeira corrente, afirmando a necessidade de um ato legislativo de incorporação para que uma norma internacional pudesse ter aplicabilidade e eficácia no plano interno.

Charles Rousseau novamente critica o posicionamento dos dualistas, sustentando que a origem da norma do direito interno e do direito internacional público seria sempre a mesma, qual seja, o produto da vida social. Além disso, também chama a atenção para o fato de haver normas que versam sobre direito interno e internacional, como normas sobre competência para celebrar tratados.

Assim como o monismo, podemos encontrar duas vertentes distintas para o dualismo. Em primeiro lugar, tem-se o chamado dualismo extremado, que exige um ato de incorporação legislativa que transforme todas as normas de um tratado em direito nacional, ou seja, exige uma lei formal que reproduza o conteúdo do tratado.

Em segundo lugar, há o dualismo moderado, que defende uma divisão fundamental entre as ordens estatal e internacional, mas reconhece que relações Estado–indivíduo e indivíduo–indivíduo também são objeto de direito internacional. Segundo essa corrente, a incorporação prescindiria de lei, embora possuísse *iter procedimental* complexo, com aprovação congressual e promulgação executiva.[4]

Segundo Schoueri (2003, p. 30), não obstante as divergências teóricas iniciais, atualmente monistas e dualistas evoluíram para versões moderadas, sendo possível afirmar que, hoje, suas divergências repousam apenas sobre os princípios jusfilosóficos, não acarretando qualquer conseqüência na busca de soluções para questões concretas pontuais.

Nesse mesmo sentido, Charles Rousseau também qualifica a controvérsia doutrinária entre monismo e dualismo como *discussion d'école*. Realmente, há quem argumente que é mera questão de interpretação constitucional. Nos Estados Unidos, por exemplo, os tribunais americanos não recorreram às escolas dualista e monista para explicar a relação entre direito legal e convencional e a solução para

suas antinomias. O problema foi resolvido contando unicamente com a cláusula da supremacia da Constituição. Naquele país, leis sancionadas e tratados celebrados sob a autoridade do representante para tal são declarados lei suprema da terra, e nenhuma autoridade soberana é dada a uns sobre os outros. A última vontade soberana é que vale.

4. Sistemática da Constituição Federal

Tecidas essas considerações a respeito do tratamento doutrinário à questão do relacionamento entre fontes internas e internacionais, pode-se passar à análise específica do caso brasileiro. Nesse sentido, faz-se mister examinar a forma como a Constituição Federal brasileira dispõe sobre os tratados e sua incorporação.

O art. 84, VIII, da Constituição Federal dispõe expressamente que compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

Dessa forma, quem pode celebrar tratados é apenas o Presidente da República. No entanto, cabe ressaltar que ele pode delegar essa função a um plenipotenciário, representante do Executivo, segundo o direito interno, investido de poder para expressar a vontade do representado, no caso, o Presidente da República. Excetuando alguns casos relativos a chefes de missões diplomáticas, os plenipotenciários carregam um documento denominado "carta de plenos poderes", que os habilita a representar o Estado na negociação, adoção, autenticação ou mesmo expressão, em termos definitivos, do consentimento em obrigar-se por um tratado.

Uma vez celebrado o tratado, há duas possibilidades. Se este acarretar encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, deve ser encaminhado ao Congresso para referendo. Trata-se de mandamento previsto no art. 49, I, da Constituição. Pode-se dizer que é uma tradição constitucional brasileira desde 1891, sendo a única exceção a Carta Magna de 1937. Se o tratado não acarretar encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, não haverá necessidade de referendo, cabendo apenas a ratificação pelo Executivo posteriormente.

Salienta-se que o envio do tratado ao Congresso Nacional é um ato discricionário do Presidente. Se ele não quiser enviar, não é necessário; no entanto, tampouco poderá o tratado ser ratificado depois.

Na prática, as hipóteses de tratados que não incidem no art. 49, I, da Constituição, são muito escassas. Um possível exemplo de tratados que dispensariam a análise do Congresso são os acordos executivos. Trata-se dos acordos de caráter meramente administrativo, como acordos de cooperação para troca de informações, nos quais não se vislumbra nenhum encargo ou compromisso gravoso ao patrimônio nacional. No entanto, isso não é ponto pacífico na doutrina. Entre os

autores que defendem a hipótese supracitada, podem-se citar Celso Albuquerque de Mello, Guido Soares e Vicente Marotta Rangel. Entre os contrários, podem-se mencionar Manoel Gonçalves Ferreira Filho, José Cretella Júnior e Oscar Dias Correa. (BAHIA, 2000, p. 50-55) Na prática, a questão perde relevância, uma vez que, na maioria dos casos, o Congresso encontra pretexto para invocar o art. 49, I. Além disso, no caso dos acordos de bitributação, estes invariavelmente implicam incidência do referido artigo.

De fato, o entendimento do Congresso quanto à incidência do art. 49, I, é tão abrangente, que abarca inclusive as revisões de tratado ou quaisquer outros ajustes complementares.[5] Nesse aspecto, caso interessante acontece quando um tratado confere poder de revisão não às partes, mas aos órgãos internos da Organização Internacional criada pelo tratado. Trata-se de matéria polêmica, uma vez que, criada por tratado, a Organização Internacional é pessoa internacional distinta das partes contratantes e, em certos casos, dotada de soberania. No entanto, mesmo nesses casos, a experiência tem demonstrado que o Congresso condiciona revisões do tratado à sua aprovação.

Durante o trâmite do tratado no Congresso, este realiza reservas e emendas no texto. Alguns autores criticam isso, pois, em tese, a mudança do texto do tratado seria matéria de competência do Executivo, e não do Legislativo. No entanto, reconhece-se que, na prática, caso o Congresso não pudesse realizar tais reservas e emendas, isso levaria à rejeição de tratados. Aliás, é justamente em função disso que é raro o Congresso rejeitar um tratado. Um dos poucos exemplos conhecidos é a Convenção n°90 da Organização Internacional do Trabalho, relativa ao trabalho noturno de menores em indústrias. Nesse caso, o Congresso rejeitou o tratado porque a regra nele contida no tocante aos requisitos etários mínimos para trabalho noturno de menores era menos favorável que a da legislação brasileira.

Caso o tratado seja aprovado, cabe ao presidente do Congresso editar Decreto Legislativo e determinar sua publicação. No entanto, o referendo não transforma o tratado em direito interno, dando-lhe aplicabilidade e eficácia. Aqui cabe uma ressalva. Poder-se-ia dizer simplesmente que o referendo não dá vigência ao tratado, o que seria um equívoco. Vigência o tratado tem desde sua assinatura. O que lhe falta é aplicabilidade e eficácia no direito interno.[6] Daí a afirmação supracitada.

Publicado o Decreto Legislativo, pode o Presidente realizar a ratificação do tratado, emitindo carta de ratificação a quem de direito. Trata-se, mais uma vez, de faculdade discricionária do presidente.[7]

Muito se discute se as disposições do tratado passam a ter aplicabilidade desde o Decreto Legislativo, desde a ratificação pelo Presidente ou a partir do Decreto Executivo do Presidente da República. Alguns autores, como Paulo de Barros Carvalho, Estevão Horvath e Hamilton Dias de Souza, defendem que é a partir do Decreto Legislativo, uma vez que o Executivo já teria manifestado sua anuência com

o texto do tratado ao enviá-lo ao Congresso, bastando apenas o referendo deste para lhe dar aplicabilidade e eficácia. No plano ideal, em que apenas ao Executivo caberia fazer reservas e emendas aos tratados, o posicionamento destes autores teria procedência, mas, considerando a prática no trâmite dos tratados no Congresso, é difícil vislumbrar aplicabilidade e eficácia a tratados que podem conter reservas e emendas que não foram ratificadas pelo Executivo.

Tôrres (2001, p. 568) apresenta posicionamento interessante sobre a questão. Afirma o autor que o tratado teria aplicabilidade e eficácia desde a ratificação pelo Presidente, sendo desnecessário o Decreto Executivo para tal. Segundo o autor, caso o tratado só passasse a valer no direito interno a partir do Decreto Executivo, teríamos situação inusitada em que o tratado, após sua ratificação, vigoraria apenas no plano internacional, sem gerar efeitos no plano interno, o que colocaria o Brasil na privilegiada posição de poder exigir a observância do pactuado pelas outras partes contratantes, sem ficar sujeito à obrigação recíproca, atribuindo os respectivos direitos aos destinatários do seu conteúdo ou realizando os deveres ali estabelecidos. Isso tudo porque o tratado teria ficado à mercê de um mero ato administrativo, o Decreto Executivo do Presidente da República.

Outros autores, como João Grandino Rodas e Francisco Rezek, defendem a necessidade do Decreto Executivo do Presidente para que o tratado seja aplicável. Justificam isso alegando que, como o sistema brasileiro evoluiu, por razões de certeza jurídica, no sentido de apenas viabilizar a validade de uma regra cujo conteúdo fosse dado a conhecer previamente aos destinatários desta, não haveria motivo para pretender que uma regra convencional pudesse ser aplicada internamente antes que a publicidade tivesse ocorrido. Segundo Rezek, apesar de a publicidade não ser uma regra constitucional e não estar prevista em local algum, seria o "produto de uma praxe tão antiga quanto a Independência e os primeiros exercícios convencionais do Império" (REZEK, 1984, p. 385).

A despeito do posicionamento dos autores citados, em especial Tôrres, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento jurisprudencial consolidado, estabelecendo que é realmente a partir do Decreto Executivo do Presidente da República que os tratados passam a ter validade na ordem interna.[8]

Até a Emenda Constitucional nº 45/2004, muito se discutia também se os §§ 1.º e 2.º do art. 5.º da Constituição Federal contemplariam uma hipótese de incorporação automática no direito interno para normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Entre os doutrinadores que defendem essa hipótese, podem-se citar Betina Treiger Grupenmacher, Antônio Augusto Cançado Trindade e Alberto Xavier. Aliás, este último autor, em trabalho conjunto com Helena Araújo Lopes Xavier, entende que os tratados em matéria tributária –entre os quais se encontram os acordos de bitributação – também devem ser recepcionados automaticamente no direito interno. Isso porque, segundo os autores, também os tratados que versam sobre

matéria tributária tendem a salvaguardar os interesses dos contribuintes, mediante a enunciação de garantias a estes.[9]

Em razão dos parágrafos supramencionados do art. 5.º da Constituição, há inclusive autores que defendem que o sistema brasileiro teria adotado o sistema monista, que, em conjunto com art. 98 do Código Tributário Nacional, asseguraria prevalência ao direito internacional.

A discussão perdeu seu objeto com a Emenda Constitucional nº 45/2004, que veio introduzir o § 3.º no art. 5.º da Constituição. Segundo a nova redação do artigo, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados em cada Casa do Congresso Nacional pelo mesmo processo deliberativo das emendas constitucionais serão equivalentes a estas. O parágrafo citado acabou com a discussão sobre a possível incorporação automática no ordenamento brasileiro de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, uma vez que deixou clara a necessidade de apreciação pelo Congresso Nacional para que possam ser incorporados.

No entanto, a despeito de ter solucionado uma questão, o parágrafo levantou outras indagações. Ponto interessante que se levanta em razão desse parágrafo refere-se à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a admissibilidade de preceito constitucional fora da Constituição. A jurisprudência do Supremo é pacífica no sentido de não admitir preceito constitucional para além do texto formal da Constituição. Entendemos que esse posicionamento do Supremo deverá agora ser revisto. Ora, se o tratado internacional sobre direitos humanos é equivalente à emenda constitucional, tem-se uma matéria constitucional que não está inserida em preceito normativo formalmente constitucional, ao contrário, surge uma matéria constitucional fora do texto constitucional formal. Não obstante, até o presente momento, o Supremo não se posicionou em relação à questão.

Há também autores que defendem que os tratados, quando fundados no âmbito de um acordo de integração, como o Mercosul, teriam recepção automática, por força do disposto no art. 4.º da Constituição Federal. No entanto, trata-se de posicionamento minoritário na doutrina, tendo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal inclusive já se posicionado sobre o assunto, decidindo que tais casos não contemplam hipótese de recepção automática no direito interno brasileiro.[10]

Considerando o exposto, e fazendo remissão ao tópico anterior, vemos que a corrente à qual o Brasil mais se aproxima seria a do dualismo moderado. Esse é o posicionamento, por exemplo, de Betina Treiger Grupenmacher. No entanto, a autora ressalta que, em razão das peculiaridades presentes no sistema brasileiro, em especial a ausência de uma disposição constitucional referente à hierarquia dos tratados perante as leis, o nosso sistema representaria um dualismo moderado com temperamentos (GRUPENMACHER, 1999, p. 72).

Atualmente, a situação foi esclarecida pelo posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal em dois *leading cases*: a ADIn 1.480[11] e a CR 8.279[12]. Em ambas as

oportunidades, o Supremo se pronunciou de forma uníssona, direta e precisa sobre o tema do monismo e dualismo, acabando com as dúvidas antes existentes. Destaca-se a posição do Supremo na CR n° 8.279, nas passagens em que classifica o sistema brasileiro como dualismo moderado, com base, entre outros, no RE n° 71.154.[13]

O RE nº 71.154 é outro *leading case* sobre a matéria. O caso trata de um conflito entre a Lei do Cheque, de 1912, e a Lei Uniforme de Genebra sobre os cheques, de 1931. O Juiz de primeira instância julgou prescrita a ação de cobrança do cheque em virtude de já ter decorrido o prazo prescricional de seis meses previsto no art. 52 da Lei Uniforme de Genebra sobre os cheques. Já o art. 52 da lei brasileira de 1908 sobre letra de câmbio, ao qual o art. 15 da lei de cheque de 1912 remetia, estabelecia prazo prescricional de cinco anos. O Juiz de segunda instância reformou a decisão, alegando que a Convenção de Genebra não teria afetado a lei brasileira sobre o cheque, pois convenções internacionais não seriam diretamente aplicáveis, necessitando de aprovação de uma lei pelo Congresso para tal fim.

No recurso para o Supremo Tribunal Federal, o relator do caso, Ministro Oswaldo Trigueiro, rejeitou a opinião dualista do Tribunal paraense. O Ministro argumentou que o Congresso é quem aprova tratados e leis, seguindo o mesmo procedimento legislativo. Não haveria sentido em exigir lei específica reproduzindo conteúdo do tratado para tal. Por fim, o Ministro afirma também que a Constituição arrola entre as competências do Supremo Tribunal Federal rever decisões que atentem contra leis ou tratados, donde se entende que não haveria necessidade de lei reproduzindo *ipsis litteris* o conteúdo do tratado.

Dessa forma, por todo o exposto, pode-se dizer As opiniões que defendem a filiação do Brasil à corrente do monismo moderado encontram-se superadas em face do pronunciamento recente do Supremo Tribunal Federal.

5. Hierarquia de lei e tratado na Constituição

Uma vez superada a questão referente à sistemática brasileira de incorporação de tratados no ordenamento interno, pode-se passar à etapa seguinte da análise, o exame sobre o patamar hierárquico destes no sistema. Quanto a esse aspecto, deve-se dividir a análise em dois momentos. Em primeiro lugar, deve-se analisar a posição hierárquica dos tratados perante a própria Constituição e, em segundo lugar, a sua posição diante do ordenamento infraconstitucional.

5.1 Conflito entre tratado e Constituição

A Constituição contempla uma solução expressa quando há conflito entre ela e um tratado. Esse entendimento pode ser depreendido da análise do art. 102, III, *b*, da Constituição Federal, que preceitua o controle de constitucionalidade dos tratados internacionais.

Apesar de a Constituição prever o controle de constitucionalidade dos tratados, são muito raros os casos em que isso ocorreu. Pode-se citar decisão do Supremo Tribunal Federal, em 1974, que declarou a inconstitucionalidade, em parte, de alguns artigos da Convenção da OIT nº 110 referentes às condições de trabalhadores em fazenda.[14]

Dessa forma, o fato de os tratados estarem sujeitos a controle de constitucionalidade, na forma do art. 102, III, *b*, bastaria para concluirmos que tais instrumentos estão subordinados à Constituição.

Não obstante, conforme referido há pouco, em virtude dos §§ 1.º e 2.º do art. 5.º da Constituição, bem como o § 3.º inserido com a Emenda Constitucional 45/2004, ainda há divergências quanto a esse posicionamento.

Entre os autores que defendiam o *status* constitucional dos §§ 1.º e 2.º do art. 5.º antes da Emenda Constitucional de 2004, podem-se citar Grupenmacher, Antônio Augusto Cançado Trindade, Celso Ribeiro Bastos, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Celso de Albuquerque Mello. Vale também reiterar o já mencionado posicionamento de Xavier, segundo o qual até tratados em matéria tributária cairiam no escopo dos parágrafos.

De qualquer forma, pode-se dizer que a questão foi pacificada no julgamento da ADIn nº 1.480 pelo Supremo Tribunal Federal. À ocasião, tratando especificamente da posição hierárquica da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho perante a Constituição, o Tribunal decidiu de forma praticamente unânime que esta se encontraria em posição de paridade com leis federais, não podendo nunca dispor em sentido contrário à Constituição. O único voto a favor do *status* constitucional da Convenção foi do Ministro Carlos Velloso; no entanto, ressalta-se que isso se deu em momento anterior à promulgação da Emenda nº 45/04.

5.2 Conflito entre tratado e legislação interna

Não há, na Constituição Federal brasileira, dispositivo que verse sobre a hierarquia de normas entre tratado e legislação interna. Nesse sentido, observa-se que a nossa Constituição andou no sentido contrário ao de Constituições de outros países, como Argentina e Paraguai, que asseguram constitucionalmente caráter superior aos tratados perante as leis.

Tôrres (2001, p. 562) tem posicionamento contrário à questão. Alega que:

> [...] a maioria dos doutrinadores que a Constituição do Brasil não contém enunciados expressos que disponham sobre o reconhecimento do Direito Internacional e o procedimento de recepção à ordem interna, salvo algumas poucas e esparsas referências às formas procedimentais, encontradas no bojo das normas de repartição de competências, como se vê nos arts. 21, I; 49, I; 84, VIII, da CF. Contrariamente, entendemos que a Constituição Federal disponibiliza sim um conjunto de enunciados, decerto restrito, mas adequado

para dizermos, sobre a recepção e a posição que devem os tratados ocupar no direito interno.

Em seguida, baseando-se na interpretação dos já mencionados arts. 4.º e 5.º, § 2.º, da Constituição Federal, bem como o procedimento formal de saída de um tratado, o autor defende que os tratados firmados pela República são mantidos no direito interno subordinados à Constituição e com prevalência de aplicabilidade sobre qualquer lei, complementar ou ordinária; federal, estadual, distrital ou municipal; anterior ou posterior ao seu ingresso na ordem jurídica.

Em que pese o respeito ao posicionamento do autor, há de se reconhecer que a Constituição não oferece uma solução direta e explícita no tocante à hierarquia entre tratados e lei ordinária, e, por mais legítima que seja a solução oferecida, estará sempre sujeita a questionamentos. Nesse sentido, consideramos mais oportuna uma análise sobre alguns dos *leading cases* a respeito do assunto.

Considerando a interpretação dos tribunais quanto à questão, podem-se identificar dois momentos bastante distintos concernentes ao tratamento da matéria no Brasil, quais sejam o período pré-década de 1970 e o período pós-década de 1970.

5.2.1 Período pré-década de 1970

Nos primeiros tempos da República, a jurisprudência e a doutrina brasileiras postulavam um quase monismo jurídico. Admitiam-se a validade e a aplicabilidade do tratado, mesmo em afronta à Constituição, quando este tivesse sido aprovado e ratificado antes do texto constitucional. Os tratados, superiores às leis, sobrepujavam inclusive a Constituição, em certos casos. Um dos casos que ilustra esse posicionamento é o *habeas corpus* n° 2.280,[15] de 1905, em que se deu prevalência a um tratado de extradição com a Itália, mesmo havendo divergência em face da Constituição de 1891. Nesse sentido, também é citado freqüentemente o Julgamento da Extradição n° 7,[16] de 1914. À ocasião, aplicou-se tratado celebrado com a Alemanha contra a Lei n° 2.416, de 1911. A referida lei exigia que documentação de extradição fosse autenticada, com o reconhecimento, pelo representante diplomático brasileiro, e de uma série de outros requisitos. Além disso, todo pedido devia passar pelo Judiciário. Considerando não terem sido atendidas as exigências mencionadas, o Supremo Tribunal Federal rejeitou o pedido.

Entretanto, após a decisão do Supremo, o Ministério da Justiça encaminhou uma comunicação ao Tribunal dizendo que o pedido havia sido equivocado, pois a lei que regulava o processo de extradição era de 1911, enquanto o tratado com a Alemanha era de 1877. Dessa forma, ressaltou que, quando o pedido da Alemanha foi feito, ainda estava em vigor o tratado entre eles (1877), que só seria denunciado em 1913. O tratado entre os dois países não exigia nenhuma das formalidades constantes da Lei n° 2.416/1911. Além disso, o tratado também estipulava que a extradição seria concedida sem pronunciamento do Judiciário.

Considerando o comunicado do Ministério da Justiça sobre a questão, o Supremo Tribunal Federal reuniu-se novamente e reconheceu sua incompetência para julgar o caso, haja vista as disposições do tratado entre Brasil e Alemanha, de 1877. Assim, o pedido de extradição foi finalmente deferido.

Em outra oportunidade, na Apelação Cível n° 9.587,[17] a Companhia Rádio Internacional do Brasil propôs ação contra a União Federal para obter a restituição de certa importância, acrescida de juros e mora, proveniente de imposto que lhe fora cobrado na importação de radiorreceptores e radiotransmissores dos Estados Unidos. A autora sustentava que a cobrança seria ilegal em virtude de tratado de comércio celebrado entre Brasil e EUA, regularmente integrado ao ordenamento pátrio, segundo o qual não seria possível, nessas operações, cobrar imposto maior que o cobrado no Brasil ou nos EUA, na data da celebração do tratado.[18] Novamente, o Supremo reconheceu a aplicação das disposições do tratado para o cômputo do tributo devido.

À ocasião, o Supremo Tribunal Federal consolidou também seu posicionamento de que o tratado revogaria as leis que lhe fossem anteriores, mas não poderia, entretanto, ser revogado pelas posteriores, se estas não o fizessem expressamente ou não o denunciassem. A ementa é clara e determina o quanto segue: "O tratado revoga as leis que lhe são anteriores; não pode, entretanto, ser revogado pelas posteriores, *se estas não o fizerem expressamente ou se não o denunciarem*".[19]

Posicionamento igual foi adotado pelo Ministro Orosimbo Nonato na AC n° 8.332,[20] de 1944. Segundo o Ministro:

> [...] o Estado, vinculado por tratado, não pode citar lei alguma que contrariasse esse tratado [...] Enquanto não fizer a denúncia não pode ser descumprido o tratado e a obrigatoriedade de sua observância, a não ser que use desse meio específico, acarreta a conseqüência de que o Estado continua preso ao tratado.

Muito se discute na doutrina quanto à interpretação adequada de tais *leading cases*. Alguns sustentam o posicionamento de que esses casos serviriam para demonstrar que, naquele período, o Supremo Tribunal Federal teria consagrado a preponderância dos tratados sobre as leis. Assim, o tratado estaria em um nível hierárquico superior ao das leis e, por isso, não poderia ser revogado por elas.

Já outros sustentam que os referidos casos não colocaram os tratados internacionais em patamar superior ao das leis, tendo estas apenas salientado que, independentemente da relação hierárquica, os tratados seriam leis especiais, com método próprio de revogação, qual seja, a denúncia. Assim, os tratados não poderiam ser revogados por leis porque isso seria uma impropriedade técnica, e não porque seria superior a estas.

De fato, em nenhum dos casos analisados pôde-se encontrar uma transcrição taxativa de ementa ou voto de Ministro, donde se depreenda que os tratados seriam

superiores às leis. Ao contrário, encontramos posicionamento no sentido de que os tratados seriam leis especiais. Assim, pode-se citar trecho do voto do Ministro Lafayette de Andrada, segundo o qual: "Os tratados constituem *leis especiais* e por isso não ficam sujeitos às leis gerais de cada país, porque, em regra, visam justamente a exclusão dessas mesmas leis".[21]

A despeito das diferentes interpretações sobre os casos, atendo-se ao núcleo comum das decisões, pode-se afirmar que, no período pré-década de 1970, segundo a interpretação do Supremo Tribunal Federal, os tratados não poderiam ser revogados por leis posteriores, a não ser que estas o fizessem expressamente ou que aqueles fossem denunciados.

5.2.2 Período pós-década de 1970

Em 1977, com o julgamento do RE nº 80.004,[22] o Supremo muda seu entendimento. O caso tratou de conflito entre as disposições do Decreto-lei nº 427/1969 e a Lei Uniforme de Genebra. Em razão do posicionamento do Supremo sobre as questões ali tratadas, sua decisão é considerada uma das mais importantes em matéria de direito internacional já exarada pela mais alta Corte do País. Segundo Dolinger, todos os internacionalistas brasileiros foram surpreendidos pelo seu teor, que ia de encontro à opinião doutrinária absolutamente majoritária em matéria de conflito entre o direito interno e o internacional e, segundo os críticos, representou uma reviravolta total na posição do Tribunal (DOLINGER, 1996, p. 91)

O caso teve origem com a edição do Decreto-lei nº 427/1969, que determinou o registro obrigatório de todas as letras de câmbio e notas promissórias na repartição fiscal competente (repartição fazendária), como requisito de sua validade. O decreto estabelecia que, sem o registro, a ser efetuado nos 15 dias posteriores ao saque do título, este não poderia ser protestado, nem admitido à cobrança judicial, já que seria nulo e inválido. A medida tinha como objetivo propiciar maior controle sobre o mercado financeiro paralelo que existia à época.

A Lei Uniforme de Genebra enumera os requisitos das letras de câmbio no art. 1.º, e das notas promissórias, no art. 75. O Decreto-lei nº 427/1969 acrescentou outro requisito para a validade desses títulos de crédito – o registro junto à repartição fiscal competente. No entanto, isso ia além do que estipulava a Lei Uniforme de Genebra, pelo que significava uma alteração daquele acordo internacional aprovado e ratificado.

Rubens Requião, em um artigo de grande repercussão à época, defendeu que títulos que apresentassem os requisitos da lei uniforme seriam válidos. Segundo ele, países signatários e aderentes se despiram do direito e da faculdade de cominarem a nulidade, pelas suas legislações nacionais, de títulos cambiários que não contivessem o tributo do selo, quando existisse tal exigência (REQUIÃO, 1971, p. 28).

O relator do caso, Ministro Xavier de Albuquerque, adotou entendimento predominante no País de que o Decreto não poderia revogar tratado. Para tal, apoiou-se

nos doutrinadores brasileiros, especialmente o mencionado artigo de Requião sobre o assunto, bem como a jurisprudência passada do Supremo sobre o assunto.

O Ministro Cunha Peixoto divergiu do relator. Iniciou seu voto de forma radical, afirmando que as Convenções de Genebra não eram lei no Brasil, uma vez que não havia sido promulgada lei interna sobre a matéria, tendo o tratado sido apenas ratificado. Trata-se de posicionamento alinhado com um dualismo extremado, que contrasta com decisões anteriores do Supremo Tribunal Federal. O Ministro citou também os exemplos da Alemanha, França e Itália, que haviam promulgado leis internas sobre a matéria, não se limitando a ratificar o tratado, nem a considerá-lo direito interno nos seus respectivos países. Em seu voto, o Ministro cita uma colocação de Amílcar de Castro, que ilustra bem seu ponto de vista:

> parlamento é todo poderoso, mas não pode transformar homem em mulher; da mesma forma, lei estatal é onipotente, mas como o direito internacional rege relação entre Estados, enquanto direito interno relações diversas, não pode transformar direito internacional em direito interno.(CASTRO, 1987, p. 26)

Vale ressaltar também que o Ministro descarta em seu voto a aplicabilidade do art. 98 do Código Tributário Nacional, afirmando que o dispositivo versaria apenas a respeito dos tratadoscontratuais, e não tratadosnormativos. Esse é um tópico importante neste trabalho, objeto de análise detida mais adiante.

O Ministro Cordeiro Guerra discorda do Ministro Cunha Peixoto no tocante à não-incorporação da Convenção de Genebra no ordenamento interno. Nesse sentido, cita o já mencionado RE nº 71.154, que, segundo ele, teria pacificado a matéria. De acordo com o magistrado, da mesma forma como um tratado posterior derroga a lei, também a lei posterior derroga o tratado anterior, segundo o princípio *lex posterior derrogat lex priori*. Por ausência de previsão constitucional expressa, tratado e lei estariam no mesmo patamar no Brasil. Finalmente, na esteira do posicionamento de Cunha Peixoto, o Ministro limita o escopo do art. 98 do Código Tributário Nacional aos acordos contratuais.

O voto do Ministro Leitão de Abreu é considerado o mais importante no julgamento. Ele diverge do Ministro Cunha Peixoto, afirmando que a Lei Uniforme de Genebra estaria integrada ao ordenamento pátrio. Para tal, cita novamente o RE nº 71.154. Após referir-se ao princípio do *later in time rule* seguido nos Estados Unidos, citando Bernard Schwartz em *The powers of government* e retornando às lições de Kelsen sobre a querela entre monismo e dualismo em sua *Teoria geral do direito e do Estado*, o Ministro argumentou que, embora a Constituição estabelecesse a competência do Supremo para decidir a inconstitucionalidade de leis e tratados, daí não se inferia que ambos tivessem o mesmo *status*. Segundo o Ministro, tanto lei como tratado estariam abaixo da Constituição, o que não significaria que tivessem sido

equalizados; eles manteriam suas características específicas e diferenciadas. Dessa forma, declarou que não poderia aderir à teoria segundo a qual a lei posterior derroga o tratado anterior, especialmente considerando que um tratado só pode ser revogado pela sua denúncia ou por outro tratado. Assim, segundo sua opinião, não se podia dizer que o Decreto-lei nº 427/1969 tivesse revogado as normas da Lei Uniforme de Genebra com que conflitasse (DOLINGER, 1996, p. 92). No entanto, o Ministro reconhece que tribunais são obrigados a aplicar a lei interna do Estado, só estando autorizados a deixar de fazê-lo na presença de permissão constitucional para tal. Como não haveria tal autorização para deixar de aplicar a lei em conflito com o tratado, conseqüentemente os tribunais não teriam outra alternativa se não aplicar a lei, mesmo quando ela conflitasse com o tratado.

O magistrado salienta, no entanto, que isso não significava a revogação do tratado, mas apenas que lei posterior excluiria a aplicabilidade dele, quando houvesse conflito. É algo diferente de revogação, pois, nesse caso, se a lei viesse a ser revogada no futuro, não voltaria a ser aplicável, enquanto, naquela hipótese, se a lei viesse posteriormente a ser revogada, as disposições do tratado que haviam sido afastadas voltariam a ter aplicabilidade. Aliás, vale salientar que isso de fato ocorreu em 1979, e o Supremo Tribunal Federal continuou a aplicar as disposições da Lei Uniforme de Genebra.

A decisão do Supremo Tribunal Federal no RE nº 80.004 foi alvo de muitas críticas na doutrina. José Carlos Magalhães, escrevendo sobre a responsabilidade do Estado na arena internacional, disse que "as decisões dos tribunais são também atos do Estado; elas refletem sobre a ordem internacional e podem vincular a comunidade internacional". O autor acrescentou ainda que o acórdão do caso era fraco, uma vez que as opiniões dos ministros se baseavam em raciocínios diferentes, permanecendo, portanto, a esperança de que o Tribunal eventualmente modificasse seu entendimento (MAGALHÃES, p. 61-66 apud DOLINGER, 1996, p. 93).

Uma das críticas mais ácidas foi formulada por Celso Albuquerque de Mello, que justifica seu posicionamento com base em três argumentos. Em primeiro lugar, cita o art. 98 do Código Tributário Nacional que, segundo ele, atribuiria primazia dos tratados sobre a lei interna. Em segundo lugar, cita os arts. 10, 11 e 12 da Convenção de Havana, que estabeleceriam que um Estado contratante só poderia se abster de aplicar tratado com assentimento dos demais. Os tratados permaneceriam vigentes mesmo após mudança da Constituição da parte contratante, e a parte que se recusasse a aplicar o tratado seria responsabilizada por danos advindos desse ato. Por fim, cita a jurisprudência precedente do Supremo Tribunal Federal, que, segundo o autor, teria consagrado o primado do direito internacional sobre o direito interno (MELLO, [s.d.], p. 86).

Outros autores alegam que a referida decisão seria prejudicial para processos de integração econômica. Baseiam seu entendimento no inciso IX e parágrafo único do

art. 4.º da Constituição Federal, segundo os quais o Brasil buscará a integração econômica com os demais países da América Latina. De acordo com os autores, tais dispositivos demonstram que o constituinte não pretendeu apenas incentivar, mas conduzir em definitivo uma real integração com outros países. A única maneira de fazer isso seria por meio da prevalência dos tratados sobre as leis. Com base nisso é que Hamilton Dias de Souza, por exemplo, defende a hierarquia superior dos tratados perante as leis.

Não obstante, há divergências na doutrina. Dolinger, por exemplo, afirma que a referida decisão não mudou nada (DOLINGER, 1996, p. 91). Ele se posiciona como uma "voz solitária" entre os professores brasileiros a aplaudir a decisão e procura demonstrar que o julgado não só foi sensato, como não destoou das decisões anteriores do Supremo Tribunal Federal. Segundo o autor, não haveria por que invocar o art. 98 do Código Tributário Nacional no caso, uma vez que este teria natureza excepcional, como declarou o Supremo Tribunal Federal. Em segundo lugar, a Convenção de Havana não teria nenhuma influência em matéria legal totalmente interna, e a responsabilidade que esta preceitua em seu art. 12 deve ser entendida como referente apenas a tratados contratuais. Por fim, o autor sustenta que não há contradição entre a jurisprudência anterior do Supremo e a decisão no caso da nota promissória, o que seria demonstrado por decisões posteriores em que os tratados seriam aplicados a despeito de leis posteriores conflitantes (DOLINGER, 1996, p. 94).

Conquanto o posicionamento de Dolinger seja posição minoritária na doutrina, é certo afirmar que, pelo menos em matéria tributária, e especialmente com relação aos acordos de bitributação, não houve grandes mudanças decorrentes do julgamento do RE nº 80.004.

De fato, observa-se que os ministros amparam parte de seus posicionamentos na interpretação do art. 98 do Código Tributário Nacional, bem como na classificação de tratados em normativos e contratuais. Os ministros inclusive fizeram questão de ressaltar que o caso tratava de matéria de direito comercial e que, se a matéria fosse tributária, a solução seria diversa. Dessa forma, observa-se que o tribunal não inovou em matéria tributária, mantendo seu entendimento sobre a prevalência desses tratados sobre a legislação infraconstitucional.

Considerando a importância do art. 98 do Código Tributário Nacional e a divisão entre tratados-norma e tratados-contrato para o Supremo Tribunal Federal. Esses dois pontos serão objeto de análise nos tópicos a seguir.

6. ARTIGO 98 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

O art. 98 do Código Tributário Nacional prevê a primazia dos tratados sobre a legislação interna, impondo a observância do quanto estabelecido nos tratados e convenções internacionais pela legislação posterior que lhes sobrevenha.

Pela redação do dispositivo, podem-se realizar duas inferências básicas. Em primeiro lugar, constata-se que os tratados internacionais "revogam" ou modificam legislação tributária interna que lhes preceda. Em segundo lugar, tratados internacionais prevalecem sobre legislação tributária que lhes sobrevenha.

Salienta-se que o artigo contém uma imprecisão terminológica, pois lei interna não é revogada pela norma internacional. A norma interna permanece válida e eficaz dentro do ordenamento interno, somente com sua eficácia paralisada em relação aos atos e fatos conflitantes com a norma internacional.

Nesse sentido, pode-se citar o comentário de Xavier, segundo o qual:

> [...] é incorreta a redação deste preceito quando se refere à revogação da lei interna pelos tratados. Com efeito, não se está aqui perante um fenômeno ab-rogativo, já que a lei interna mantém a sua eficácia plena fora dos casos subtraídos à sua aplicação pelo tratado. Trata-se, isso sim, de limitação da eficácia da lei que se torna relativamente inaplicável a certo círculo de situações e pessoas, limitação esta que caracteriza o instituto da derrogação. (XAVIER, 1993, p. 102-103)

Alguns doutrinadores, como Luciano Amaro e Roque Antônio Carrazza, questionam a constitucionalidade do art. 98 do CTN, sob o argumento de que não é atribuição constitucional de lei complementar dispor sobre hierarquia normativa. Na visão desses autores, somente a Constituição poderia dispor sobre hierarquia de fontes normativas.

Schoueri parece compartilhar dessa opinião. Apesar de não se referir diretamente ao art. 98 do Código Tributário Nacional, examinando o § 2.º do Código Tributário alemão, que preceitua a prevalência dos tratados sobre as leis tributárias, desde que se tenham tornado direito interno de aplicação imediata, o autor afirma que se poderia questionar a constitucionalidade do dispositivo, tendo em vista se tratar de mera lei ordinária e, como tal, não poderia tratar de hierarquia de leis.

Há também quem defenda a constitucionalidade do artigo, uma vez que o art. 98 é texto de lei complementar que, por força do art. 146 da CF, tem por função primordial estabelecer normas gerais em matéria tributária, entre as quais encontrar-se-iam também disposições referentes à interpretação, vigência e aplicação da legislação tributária.

É o entendimento, por exemplo, de Sacha Calmon Navarro Coêlho. Segundo o autor:

> [...] sempre se entendeu no Brasil que as normas sobre vigência, interpretação e aplicação da legislação tributária são, por excelência, normas gerais de direito tributário, de observância obrigatória pela União, Estados e Municípios. Ao que

> o art. 98 do CTN encartado no capítulo que trata precisamente dessas matérias harmoniza-se com a Constituição à perfeição. (COELHO, [s.d.], p. 186)

Entendimento original é o de José Souto Maior Borges, que afirma não ter pertinência a discussão, uma vez que a norma do art. 98 teria conteúdo meramente declaratório, pois a suspensão da legislação interna seria um dos efeitos próprios do tratado, em razão de sua especialidade.

No tocante à abrangência do art. 98 do Código Tributário Nacional, novamente pode-se encontrar divergência doutrinária. Haroldo Valladão, considerado por alguns um monista radical (DOLINGER, 1996, p.81), defendia a aplicação do art. 98 a todo o sistema jurídico, e não apenas à matéria tributária. Segundo o autor, nem uma nova Constituição poderia afetar tratados em vigor (VALLADÃO, 1980, p. 96, apud DOLINGER, 1996, p.81).

Xavier também parte para uma posição mais radical, defendendo inclusive a superioridade hierárquica dos tratados, independentemente de sua natureza. A razão disso é o argumento já exposto sobre sua interpretação do art. 5.º, § 2.º. Assim, a norma não atribuiria hierarquia aos tratados e leis, função exclusiva da Constituição, mas, sim, traria apenas regra acerca de aplicação do tratado em detrimento da lei interna, no caso de conflito entre ambas. No entanto, cabe salientar que se trata de posicionamento exarado antes do advento da Emenda Constitucional nº 45/04.

Não obstante o posicionamento dos ilustres autores sobre o tema, pode-se dizer que o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a questão é pacífico no sentido de que o art. 98 do Código Tributário Nacional é aplicável apenas nos casos que envolvam matéria tributária.

7. Tratado-norma e tratado-contrato

Conforme visto, o Supremo Tribunal Federal atribui grande importância à divisão entre tratados-norma e tratados-contrato. Segundo o entendimento reiterado do Tribunal, apenas os tratados-norma poderiam ser contrariados por lei interna posterior. Os tratados, em matéria tributária, prevalecem sobre a legislação interna que lhes sobrevenha.

Tratados normativos são aqueles que veiculam normas gerais e abstratas, em que as vontades dirigem-se a uma finalidade comum a ser alcançada pela conduta idêntica de todas as partes. Um exemplo dessa espécie seria um tratado sobre proscrição de armas nucleares.

Rodrigo Maitto (2006, p. 75-76) se refere aos tratados normativos como tratados-lei. Segundo o autor, estes têm por finalidade o estabelecimento de normas jurídicas propriamente ditas, sem que haja uma relação sinalagmática previamente constituída.

Ao contrário dos tratadosnormativos, os tratados-contrato possuem normas individuais e concretas, pelas quais as partes assumem direitos e deveres recíprocos. Segundo Maitto (2006, p. 75-76), os tratados-contrato impõem aos países signatários o dever de agir de um modo específico em situações determinadas, regulando interesses recíprocos mediante concessões mútuas. Nesse sentido, talvez o principal exemplo de um tratado-contrato sejam os acordos de bitributação.

É importante não confundir tratado-contrato com contrato administrativo internacional (*state contracts*), regido pelo direito nacional e celebrado pelo Estado com particulares fixando normas individuais e concretas, por meio das quais assumem as partes direitos e deveres recíprocos (BAHIA, 2000, p. 4).

Accioly distinguiu os tratados-contrato em executados e executórios. Os primeiros são aqueles que devem ser de logo executados e, quando assim ocorre, dispõem sobre a matéria permanentemente, de uma vez por todas. Um possível exemplo seriam os tratados de fronteiras. Já os tratados executórios são aqueles que prevêem atos que devem ser executados regularmente, todas as vezes em que se apresentem as condições suficientes (ACCIOLY, 1970, p. 139, apud MAITTO, 2006, p.76).

No entanto, a despeito do tratamento dispensado à matéria, Maitto acentua que, em virtude da precariedade dos argumentos em prol da distinção entre tratadosnormativos e tratados-contrato, esta classificação estaria em declínio (MAITTO, 2006, p. 76). Nesse mesmo sentido, Francisco Rezek afirma que "a distinção entre tratados contratuais e tratados normativos vem padecendo de uma incessante perda de prestígio" (REZEK, 1995, p. 29).

Entre os defensores da diferenciação, pode-se citar Alfred Verdross, discípulo de Kelsen, e Dolinger. Além destes, Schoueri (1995) traz o posicionamento salutar de Klaus Vogel sobre a questão. O autor concorda com a classificação dos tratados de bitributação como tratados-contrato, na medida em que tais instrumentos contemplam concessões mútuas por parte dos países signatários. Entretanto, faz uma ressalva no sentido de que, como os direitos e obrigações firmados pelos Estados têm implicações diretas para os contribuintes residentes em seus territórios, de modo que as autoridades fiscais e os tribunais acabam aplicando as disposições convencionais do mesmo modo que as leis internas, o caráter de reciprocidade desses tratados acaba perdendo relevância, ficando mais próximos, em termos de caracterização, dos tratados-lei.

Entre os críticos da diferenciação, podem-se citar Kelsen, Mello e Tôrres.[23] Xavier também é contra a diferenciação, alegando que esta só tem utilidade classificatória, mas não pode influenciar a interpretação dos tratados. Nesse sentido, reitera seu já citado posicionamento de que o Brasil adotou o sistema monista e que os tratados têm prevalência sobre as leis, qualquer que seja seu tipo, normativo ou contratual.

Assim, observa-se que há fortes críticas à classificação dos tratados em normativos e contratuais. De fato, parece-nos que a relativa importância que essa classificação

ainda detém repousa no entendimento jurisprudencial brasileiro, segundo o qual haveria supremacia dos tratados internacionais em relação à ordem jurídica interna, no caso de tratados-contrato, e pela sua inferioridade hierárquica, no caso de tratadosnormativos. Além dessa circunstância, não é possível encontrar nenhuma outra utilidade prática para a classificação.

8. Considerações finais

Pelo exposto, pode-se observar que o Supremo Tribunal Federal entende que os tratados em matéria tributária, especialmente os acordos de bitributação, seriam tratados-contrato, o que justificaria a aplicação de um regime específico de solução de antinomias segundo o qual as normas posteriores não poderiam revogar tais tratados.

Procurando interpretar o critério adotado pelo Supremo Tribunal Federal, autores oferecem diferentes posições sobre o assunto. Grupenmacher, por exemplo, defende que a prevalência dos tratados nesses casos se daria em razão da especialidade deles. Segundo a autora:

> [...] em matéria tributária, especialmente, é possível afirmar-se a prevalência dos tratados sobre dispositivo de lei interna após a sua aprovação por decreto legislativo, pelo critério da especialidade, pois os tratados são normas especiais, ao passo que a lei interna tem a nota da generalidade. (GRUPENMACHER, 1999, p. 107)

Nesse aspecto, cabe reiterar o posicionamento do Ministro Lafayette de Andrada, em voto proferido nos Embargos à Apelação Cível n° 9.583, de que os tratados constituem leis especiais e, por isso, não ficam sujeitos às leis gerais de cada país, porque, em regra, visam justamente à exclusão dessas mesmas leis.

Vogel se refere aos acordos de bitributação como uma máscara que se coloca sobre direito interno, tapando determinadas partes deste. Nessa máscara há buracos, que correspondem aos casos em que o acordo permite o livre exercício da pretensão tributária do Estado. Assim, os dispositivos que continuarem visíveis, por meio de buracos contidos na máscara, são aplicáveis, enquanto os demais não. O autor também esclarece que há possibilidade de existirem buracos na máscara, mas não haver nenhum conteúdo visível. Trata-se dos casos em que o Estado não legislou sobre aquele tributo (VOGEL, 1996, p. 121, apud SCHOUERI, 2003, p. 35).

Tratando da explicação proposta por Vogel, Schoueri (2003, p. 35) afirma que se trataria de uma figura feliz, porque, entre outras razões, mostraria que o tratado não revoga lei interna, apenas prevalece, ou seja, afasta aplicabilidade. A lei interna continua válida, mas tem sua aplicação contida. Trata-se de uma autolimitação da pretensão tributária do Estado, não podendo mais este fazer incidir sua regra de incidência sobre

as situações comprometidas internacionalmente. Retoma-se assim o conceito de autolimitação da soberania, tratado no início deste artigo.

Conquanto o mecanismo proposto por Vogel seja uma ferramenta muito interessante para explicar a relação entre os tratados internacionais em matéria tributária, observa-se que este não deixa de ser um critério de *lex specialis*, segundo o qual a lei específica prevaleceria sobre a lei geral. Nesse sentido, é um dos critérios clássicos de solução de antinomias.

Assim, mesmo sendo uma ferramenta útil, acreditamos ser necessário acrescentar outro aspecto a essa explicação, justamente o último ponto levantado por Schoueri ao enaltecer a figura criada por Vogel, qual seja, a autolimitação da pretensão tributária do Estado.

Com efeito, após essa exposição a respeito das fontes do direito internacional e do relacionamento entre os tratados e o direito interno, acreditamos ser necessário fazer uma remissão ao tópico inicial deste trabalho, que tratou justamente da soberania. À ocasião, observou-se que, em face de um contexto internacional atual que impõe cooperação cada vez maior entre países, é necessário que os Estados limitem parte de sua soberania.

Essa autolimitação é reflexo imediato de uma solidariedade de interesses decorrente de um senso comum quanto aos efeitos perversos da bitributação internacional. E é justamente nesse sentido que se observa que não há nenhuma afronta à soberania, mas, antes, a própria preservação desta, uma vez que o Estado, ao autolimitar-se, determina sua vontade por ele próprio, permanecendo soberano.

Esse também parece ser o posicionamento de Schoueri. Tratando da questão das isenções heterônomas decorrentes de tratados internacionais, o autor apresenta um interessante raciocínio, que corresponde à idéia que pretende-se demonstrar. Segundo o autor:

> [...] não há que se cogitar da proibição à isenção heterônoma, pois não estamos diante de isenção. Poder de isentar anda junto com o poder de tributar, ou seja, aquele que pode tributar pode isentar. Quando Brasil celebra um acordo em que diz: não vou tributar, não vou discriminar os produtos da Argentina, o que eu tenho é uma renúncia ao poder de tributar, que é momento anterior à própria existência do poder de tributar. Ou seja, do ponto de vista lógico, antes mesmo de um Estado poder tributar um automóvel ele teve esse poder cortado por uma renúncia que o Estado brasileiro fez àquele poder. Insisto nisso: é próprio do Direito Internacional admitir que o Estado renuncie a parte de sua soberania numa relação em que outro Estado também está renunciando. Se não, não haveria Direito Internacional. Eu renuncio porque outros renunciaram. Claro, posso a qualquer momento retomar minha soberania denunciando o tratado

> e dizendo, volto a exercer o poder pleno. Mas enquanto não denunciar esse tratado, renunciei ao exercício desse poder. (SCHOUERI, 1999, p. 68-69)

Embora o autor esteja tratando de isenções heterônomas, assunto que não foi objeto de análise específica aqui, acreditamos ser possível transportar sua linha de raciocínio ao tema deste trabalho. Assim, os tratados internacionais em matéria tributária, em especial os acordos de bitributação, prevalecem sobre o ordenamento interno, não porque seriam uma lei especial, mas, antes, porque o próprio Estado autolimitou sua soberania no tocante à imposição tributária, naqueles casos específicos sobre os quais o tratado versar. Dentro dessa capacidade de autolimitar a imposição tributária, obviamente inclui-se a renúncia ao poder de tributar uma determinada situação, caso em que pode surgir a isenção heterônoma.

Por fim, cabe ressaltar que essa linha de interpretação também não se afasta do princípio do *pacta sunt servanda*. Se é certo que soberania é princípio universalmente aceito no direito internacional público, também é certo que deve ser respeitado o princípio do *pacta sunt servanda*. Assim, se o Estado resolveu se comprometer, ou seja, se o Estado decidiu autolimitar sua soberania, então, deve cumprir com as obrigações assumidas. E, conforme visto, a maneira própria de escusar-se destas obrigações é pela denúncia do tratado.

: ARTIGO APROVADO (04/01/2008) : *RECEBIDO EM 12/09/2007*

NOTAS

1 No tocante à Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, vale mencionar que este tratado ainda não foi ratificado pelo Brasil. De fato, o texto da Convenção foi encaminhado ao Congresso em 1992. Este foi aprovado na Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados e transformado no projeto de Decreto Legislativo 214/1992. Posteriormente, o texto foi aprovado na Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara e encontra-se pronto para a ordem do dia desde 28.10.1995. Não obstante, pela sua importância no direito internacional público, ela é invocada em larga medida, praticamente como se já tivesse sido ratificada. Pode-se dizer que, pela sua importância, as disposições da Convenção transcenderam e já se tornaram verdadeiros costumes internacionais. Cabe mencionar inclusive que referências à Convenção já constam de decretos presidenciais, tais como o Decreto 176/91.

2 Art. 1.º, *a*.

3 Diz o mestre da escola de Viena: "Segundo o direito internacional o governo legítimo de um Estado é o governo efetivo e independente. Isto significa que, de acordo com o direito internacional, uma autoridade estabelecida de fato é o governo legítimo, sendo válida a ordem jurídica coercitiva estabelecida por este governo. [...] Assim, as normas

fundamentais dos diversos ordenamentos jurídicos nacionais são baseadas em uma norma geral do ordenamento jurídico internacional. [...] A norma fundamental do ordenamento jurídico internacional é, também, a razão última da validade dos ordenamentos jurídicos nacionais" (KELSEN, 1966. p. 561-562).

4 "[...] o dualismo dividir-se-ia em *radical* – no qual haveria necessidade de edição de uma lei distinta para a incorporação do tratado à ordem jurídica nacional – e em moderado – no qual a incorporação prescindiria de lei, embora possuísse *iter procedimental* complexo, com aprovação congressual e promulgação executiva; o monismo dividir-se-ia também em radical e moderado. O radical pregaria a primazia do tratado sobre a ordem jurídica interna, e o moderado procederia à equiparação hierárquica do tratado à lei ordinária, subordinando-o portanto à Constituição e à aplicação do critério cronológico em caso de conflito. [...]" (ARAÚJO; ANDREIUOLLO, 1999. p. 87-99).

5 O Congresso Nacional, com a edição do Decreto Legislativo 165, de 21.06.1991, firmou o entendimento pela interpretação literal do art. 49, I, da Constituição Federal: "São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão do Acordo, bem como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do art. 49, I, da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional".

6 "Concluído o tratado, as suas normas entram em vigor. Desde então ele adquire plena *validade*. A sua existência jurídica preexiste, portanto, ao ato de ratificação pelo Congresso Nacional. Não é simplesmente referendar o inexistente. Dizê-lo válido significa afirmar que o tratado desde logo adquire força obrigatória, *i.e.*, vinculante para as partes nele envolvidas, porque elas não mais poderão unilateralmente liberar-se do vínculo respectivo. Nesse sentido, a recusa do referendo pelo Congresso somente afeta a aplicabilidade do tratado na ordem interna. Não sua validade" (BANDEIRA DE MELLO, Celso, 1997, p. 167.)

7 Há casos de convenções aprovadas pelo Congresso Nacional e não ratificadas pelo Presidente da República, tais como as relativas ao Mar Territorial e à Zona Contígua, sobre o Alto-Mar, sobre Pesca e Conservação dos Recursos Vivos do Alto-Mar e sobre a Plataforma Continental, concluídas em Genebra em 1958.

8 ADIN 1.480-3/DF, rel. Min. Celso de Mello, em 04.09.1997.

9 Segundo os autores: "Ora, a matéria tributária situa-se precisamente no cerne dos direitos e garantias constitucionais, pois não só a própria Constituição assim o considera (art. 150, *caput*), como atinge de pleno direitos e garantias, como a propriedade privada, a liberdade de comércio e a proibição do confisco" (XAVIER; XAVIER, [s.d.], p. 40).

10 AR 8.279-4, rel. Min. Celso de Mello, em 17.06.1998.

11 ADIN 1.480-3/DF, rel. Min. Celso de Mello, em 04.09.1997.

12 AR 8.279-4, rel. Min. Celso de Mello, em 17.06.1998.

13 RE 71.154, rel. Min. Oswaldo Trigueiro, em 04.08.1971.

14 No final, o Brasil denunciou a Convenção.

15 RHC 2.280/DF, rel. Min. Lúcio de Mendonça, em 14.06.1905.

16 PE 7, rel. Min. Canuto Saraiva, em 07.01.1914.

17 Apelação Cível 9.587, rel. Min. Antônio Carlos Lafayette de Andrada, em 21.08.1951.

18 Apelação Cível 9.587, rel. Min. Antônio Carlos Lafayette de Andrada, em 21.08.1951.

19 Grifos da transcrição.

20 Apelação Cível 8.332, em 07.07.1944.

21 Grifos da transcrição.

22 Recurso Extraordinário 80.004-SE, rel. Min. Xavier de Albuquerque, em 1.º.06.1977.

23 "Quero deixar registrado a minha mais profunda indiferença à corrente e tola distinção entre 'tratados-normativos' e 'tratados-contratos' [...]" (TÔRRES, 2001, p. 570).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

XII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, Mesa de Debates "C" – Mercosul. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Malheiros, n. 75, 1999.
ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Ministério das Relações Exteriores, 1956.
ARAÚJO, Nádia de; ANDREIUOLLO, Inês da Matta. A internacionalização dos tratados no Brasil e os direitos humanos. *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
BAHIA, Saulo José Casali. *Tratados internacionais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Isenções em Tratados Internacionais de Impostos dos Estados-Membros e Municípios. *Direito tributário*: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros, 1997.
CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
CO LHO, Sacha Calmon Navarro. Tratados internacionais em matéria tributária perante a Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Malheiros, n. 59.
DOLINGER, Jacob. As soluções da Suprema Corte brasileira para os conflitos entre o direito interno e o direito internacional: um exercício de ecletismo. *Revista Forense,* Rio de Janeiro: Forense, n. 334, abr.-jun. 1996.
GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna*. São Paulo: Dialética, 1999.
KELSEN, Hans. *Principles of international law.* Ed. Robert W Tucker. 2. ed. 1966.
MAITTO, Rodrigo. Aplicação de tratados internacionais contra a bitributação – qualificação de *partnership joint ventures*. *Série Doutrina Tributária*, São Paulo: Quartier Latin, v. 1, 2006.
MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. v. 1, 2000.
REQUIÃO, Rubens. Cambial: invalidade da lei que exige seu registro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 1, 1971.
REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
————. *Direito internacional público*: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 1995.
SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação*: treaty shopping. São Paulo: RT, 1995.
————. Tratados e convenções internacionais sobre tributação. *Direito Tributário Atual,* São Paulo: Dialética, n. 17, 2003.
SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1.
TÔRRES, Heleno. *Pluritibutação internacional sobre as rendas de empresas*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.
XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
————; XAVIER, Helena de Araújo Lopes. Tratados: superioridade hierárquica em relação à lei face à Constituição Federal. *Revista de Direito Tributário,* São Paulo: Malheiros, n. 66.

Gustavo Mathias Alves Pinto

Doutorando em direito pela USP, Brasil
Mestre em Direito pela Harvard Law School, EUA

Rua Eng. Edgar Egídio de Souza, n. 36, apto 81
Higienópolis - 01233-020
São Paulo, Brasil
gumathias@gmail.com

CONVENÇÃO DE PAGAMENTO EM MOEDA ESTRANGEIRA NO BRASIL

Marcelo Sampaio Siqueira [1]

THE POSSIBILITY TO STIPULATE PAYMENTS IN FOREIGN CURRENCY ACCORDING TO BRAZILIAN LAW

RESUMO

Este trabalho pretende tratar da nulidade de estipulações contratuais em moeda estrangeira no Brasil, ainda que realizada a conversão em moeda corrente nacional quando do efetivo pagamento. Em função disso, o trabalho analisa o artigo 318 do novo Código Civil brasileiro e a normatização especial sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE

pagamento; moeda estrangeira; nulidade

ABSTRACT

This paper describes the rules for nullifying contract clauses for payments in foreign currencies, in Brazil, even when the conversion to national currency might occur when the obligation is due. For that purpose, this paper analyses article 318 of the new Brasilian Civil Code and the special regulations on this subject.

KEYWORDS

payments, foreign currency, nullity

1. INTRODUÇÃO

O artigo forense que segue traz como tema um fato jurídico, cuja viabilidade deve ser analisada à luz do ordenamento com o fim precípuo de estabelecer seu alcance.

Por um lado têm-se as leis, os usos ou outras fontes do direito, cabendo à consciência humana, utilizando-se das regras de hermenêutica, interpretar o fato à luz do ordenamento e extrair a conclusão do efeito jurídico.

O fato é jurídico quando o evento, originário da vontade humana ou decorrente de fatos naturais, gera conseqüência na órbita do direito, criando, transformando, modificando ou extinguindo relações jurídicas (RODRIGUES, 2002, p. 155-456).

O saudoso professor cearense Clóvis Beviláqua, no seu livro *Teoria geral do direito civil* (1955, p. 9), citando Herman Post, entende por ciência geral do direito: "a exposição sistematizada de todos os fenômenos da vida jurídica da humanidade e a determinação de suas causas". Mais adiante o mestre afirma: "E como a vida jurídica,

por um lado, se manifesta sob a forma de leis e usos jurídicos, e, por outro lado, é operação da consciência individual, a ciência geral do direito é, ao mesmo tempo, sociológica e psicológica".

O aplicador do direito, ou seu operador, ao analisar o fato deverá valorá-lo, procurando interpretar sua validade e conseqüência perante regras jurídicas, que possuem diferenças perante as demais regras de natureza social.

No dizer de Cordeiro (2002, p. 98):

> As regras jurídicas distinguem-se das demais regras sociais, apenas, pela sua inclusão assumida num particular processo de decisão, ou seja: pela sua sujeição estrita à Ciência do Direito. Mas isso não absorve todas as regras. À necessidade de elementos suprapositivos soma-se o realismo no estabelecer das soluções: estas, fatalmente influenciadas pelos cenários culturais que presidem ao seu encontrar, apresentam sempre níveis éticos que não devem ser ignorados.

No final de 2004, em magistral aula no curso de doutoramento em ciências jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, o já citado Professor Doutor Antônio Menezes Cordeiro, titular da disciplina de Direito Civil, lecionou sobre o processo de realização do direito e suas várias fases (informação verbal),[2] que vai da determinação da fonte à aplicação.

A aceitação desse conjunto coordenado de fases leva à conclusão de que o processo hermenêutico pode ser sistemático.

A intenção deste artigo não é aprofundar estudos sobre teorias interpretativas, mas, sim, analisar uma relação jurídica de natureza obrigacional: a viabilidade de um contrato firmado no Brasil, e a ser cumprido neste país por partes estabelecidas no território brasileiro, ter como objeto prestação de pagar moeda estrangeira.

Tomando por base a análise sistemática do problema, apresentam-se os seguintes tópicos (CORDEIRO, 2002, p. 101): (a) fonte (o negócio jurídico proposto no parágrafo anterior); (b) interpretação (inteligência do negócio jurídico: é permitida obrigação pecuniária com fixação de pagamento em moeda estrangeira?); (c) integração de eventuais lacunas (se houver); (d) delimitação da matéria de fato (contratos estabelecidos e com local do pagamento fixado no Brasil); (e) qualificação jurídica (artigos do Código Civil e legislação aplicável à espécie); e (f) aplicação (plano da validade e eficácia).

A questão apresentada é interessante e a justificativa para sua pesquisa é a reflexão sobre os artigos 318[3] e 315[4] do Código Civil (BRASIL, 2007), que consolidam e alteram a legislação sobre moeda de pagamento de obrigações exeqüíveis no Brasil; sobre as normas do Decreto-lei 857/1969,[5] e da Lei 10.192/2001,[6] e sobre o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, cujos julgados recentes[7] entendem que é válida a contratação em moeda estrangeira, desde que o pagamento seja efetivado mediante a devida conversão em moeda nacional.[8]

A conclusão apresentada pelo dito Tribunal Superior é importante, pois indica uma tendência da interpretação das regras citadas, cuja viabilidade desta linha de raciocínio se constitui a pergunta a ser respondida.

Se o objetivo da pesquisa é analisar a interpretação e a conclusão de uma linha jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça,[9] tornam-se necessárias algumas considerações sobre questões hermenêuticas.

O artigo será dividido em três itens: (1) a exegese do ordenamento aplicável à espécie, particularmente o artigo 318 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2007); (2) a teoria da viabilidade; e (3) a teoria da inviabilidade. Observa-se que esses itens se apresentam como objetivos específicos da pesquisa, visando a uma melhor ordenação das idéias e objetivando ao final apresentar resposta ao problema levantado.

1. O ARTIGO 318 DO CÓDIGO CIVIL

A análise literal do artigo 318 do Código Civil (BRASIL, 2007) coloca o operador do direito diante de uma vedação taxativa, não prevista pelo Código de 1916 (BRASIL, 2002):[10] "são nulas as convenções de pagamento em moeda estrangeira, bem como a utilização desta a título de atualização monetária, salvo os casos previstos em legislação especial".

O problema em tela traz um negócio jurídico obrigacional firmado no Brasil, para ser cumprido em território nacional, estabelecido entre partes capazes e legítimas, cujo objeto da obrigação constitui uma prestação de dar valor pecuniário fixado em moeda estrangeira. Logo, a discussão está no plano da validade e eficácia do negócio jurídico. Exemplificando: é possível uma pessoa natural, maior e capaz, alugar a uma outra, com igual característica jurídica, um imóvel residencial em Fortaleza, na Avenida Beira Mar, e ser ajustado no contrato um aluguel mensal em moeda européia?

Afirma-se de logo que não se constitui tarefa deste artigo analisar os contratos formados e firmados no exterior e os casos excepcionais, como os tratados, por exemplo, no artigo 2.º do Decreto-lei 857/1969[11]. Informa-se também que a questão central desta pesquisa não é tão-somente examinar a convenção de pagamento em moeda estrangeira, mas também observar a validade e a eficácia do negócio jurídico que tenha como objeto da obrigação a prestação fixada em moeda estrangeira.

O Professor Doutor Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p. 42/49) é categórico ao lecionar sobre as diferenças entre validade e eficácia do negócio jurídico: "A validade é, pois, a qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas ('ser regular')".

Em outro capítulo o autor reitera:

> O terceiro e último plano em que a mente humana deve projetar o negócio jurídico para examiná-lo é o plano da eficácia. Nesse plano, não se trata,

> naturalmente, de toda e qualquer possível eficácia prática do negócio, mas sim, tão-só, da sua *eficácia jurídica* e, especialmente, da sua *eficácia própria ou típica*, isto é, da eficácia referente aos efeitos manifestados como queridos. Feita essa advertência preliminar, e antes de tratarmos da situação normal, que é a da eficácia dos atos válidos, lembramos duas situações excepcionais: a eficácia do nulo e a ineficácia do válido. Ambas são, a nosso ver, provas cabais de que não se pode confundir válido com eficaz e nulo com ineficaz; não só há o ato válido ineficaz, como, também, o nulo eficaz.

Partindo do pressuposto de que o negócio jurídico retratado no problema lançado é existente,[12] passa-se agora a observar o plano da validade e eficácia do dito negócio, devendo estas esferas ser analisadas separadamente.

O campo da validade difere do da eficácia, pois o negócio jurídico pode ser válido e ineficaz,[13] já a recíproca não é verdadeira. Isto é, salvo raras exceções,[14] não pode existir negócio jurídico inválido, mas eficaz.

A questão da validade também não se confunde com a questão da nulidade, afinal o negócio inválido é nulo[15] ou anulável. É neste prisma que se deve analisar o negócio jurídico proposto.

O fato apresentado, que trata de um contrato de locação, à luz do artigo 104 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2007), traz: agente capaz; objeto lícito (não é ilícito possuir moeda estrangeira); objeto possível (moeda estrangeira é um bem existente e passível de negociação); objeto determinado (a prestação é líquida). Logo, resta analisar de forma mais detalhada o inciso III, que trata da forma prescrita ou não defesa em lei, no tocante a validade e eficácia.

A infração a qualquer um desses itens torna o negócio jurídico inválido e conseqüentemente nulo ou anulável. A existência de forma prescrita ou não defesa em lei, expressa no novo Código Civil, que repete a regra do artigo 82 do Código passado (BRASIL, 2002), diz respeito à exteriorização da vontade, que poderá ser formal (escrita) ou informal (oral, gesto ou silêncio), e acarreta a invalidade do negócio se alguma forma exigida não estiver presente ou se o contrato possuir alguma forma vedada em lei.

A forma constitui um elemento a se observar no plano da validade. Pedro Pais de Vasconcelos (2003, p. 539), ao tratar sobre o assunto, com propriedade afirma: "O negócio jurídico torna-se reconhecível pela forma. A forma é o modo de exteriorização do acto ou do negócio jurídico, o modo como ele se torna aparente e reconhecível pelas pessoas perante quem se destina a vigorar".

A exteriorização do negócio jurídico, conhecida como a forma do contrato, no entanto, não se pode confundir com as formalidades, que também têm importância no plano da validade, caso haja preterição de algo prescrito ou não defeso em lei.

As formalidades, no entanto, transcendem a forma, pois constituem requisitos acessórios de validade, e o descumprimento daquelas tornam o negócio jurídico nulo, inválido, mesmo que a forma exigida tenha sido obedecida.

Citando mais uma vez Pedro Pais de Vasconcelos (2003, p. 540), observa-se que a distinção ora tratada deve ser considerada pela doutrina:

> Há na prática jurídica uma tendência para identificar ou mesmo confundir as formalidades com a forma, para inserir a forma no âmbito de um conceito amplo de formalidade, ou para incluir as formalidades num conceito alargado de forma. Mas é útil distinguir. A forma é o modo como o acto e o negócio se manifestam ou exteriorizam. As formalidades são actos acessórios, que estão funcionalmente ligados ao negócio mas que dele não fazem parte. Acompanham-no mas não se identificam com ele, nem são por ele englobados.

Pode-se levar a crer que a questão abordada neste artigo, pagamento em moeda estrangeira relativa a negócio jurídico firmado e a ser executado no Brasil, encontra-se no campo da formalidade, visto que a exteriorização do negócio jurídico tem o foco limitado à forma do contrato.

Os artigos 104 e 107 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2007) tratam da forma, mas não citam as formalidades como elemento de validade.

A preterição de alguma formalidade legal torna o ato nulo, sendo estes elementos categoriais de natureza inderrogável (AZEVEDO, 2002, p. 43).

A lei não exige no contrato de locação, utilizado como parâmetro nesta pesquisa, nenhuma forma predeterminada, mas a exteriorização da vontade possui alguns limites, como a impossibilidade, nos contratos de locação para uso residencial, de se cobrar antecipadamente o aluguel mensal. Esta questão, que se constitui uma formalidade (pacto acessório), pode ser interpretada como algo defeso em lei[16] (artigo 43, inciso III, da Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991).[17]

O artigo 318 do Código Civil (BRASIL, 2007), cujo texto foi citado na nota 2 deste texto, traz uma vedação: cumprimento de uma obrigação mediante pagamento em moeda estrangeira, estipulação que pode constituir-se simultaneamente à própria formação do negócio jurídico.

No entanto, não se vislumbra que a fixação de uma estipulação, pagamento em moeda estrangeira de contrato firmado e a ser cumprido no Brasil, seja uma questão de forma ou formalidade, por dois aspectos básicos: a um, não se está discutindo a maneira de exteriorização do negócio relatado; a dois, a fixação de pagamento em moeda estrangeira não se configura um pacto acessório, nem uma solenidade.

O assunto, na opinião deste articulista, encontra-se tratado no artigo 166, inciso VII, do nosso Código Civil (BRASIL, 2007), que declara: "é nulo o negócio jurídico quando: VII – a lei taxativamente declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem

cominar sanção". Logo, a invalidade do negócio jurídico tratado poderia ser fundamentada neste plano.

A análise literal do texto da citada regra (artigo 318) cumulado com o artigo 166, inciso VII, ambos do Código Civil (BRASIL, 2007), deixa claro que o descumprimento ao preceito estabelecido leva à nulidade da estipulação, mas julgados recentes vêm declarando a validade do negócio jurídico, o que torna necessária a fixação da teoria da viabilidade ou da inviabilidade deste tipo de estipulação.

A dúvida persiste: o contrato de locação indicado neste artigo, que contenha a estipulação do aluguel em moeda estrangeira, é nulo?

2. A QUESTÃO DA VIABILIDADE

Julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça, cujos exemplos são citados na nota 6 deste artigo, aceitam a validade do negócio jurídico que pactua pagamento em moeda estrangeira, desde que este se efetive mediante conversão em moeda nacional.

O Código Civil de 1916 (BRASIL, 2002) e o Código Comercial, movidos pelos ideais liberais, não estipulavam nenhum empecilho ao pagamento de obrigações em moeda estrangeira. A preocupação em limitar as estipulações em questão começou a se manifestar com o surgimento das políticas econômicas, na década de 1930 (Decreto 23.501, de 27 de novembro de 1933), visando ao curso forçado do papel-moeda circulante.[18]

Códigos estrangeiros, como o de Portugal e o da Espanha, não demonstram, neste assunto, a mesma preocupação dispensada pelo artigo 318 do Código Civil brasileiro de 2002 (BRASIL, 2007). Sem dúvida alguma, as realidades econômicas são diferentes, mas naqueles diplomas continua a se consagrar a liberdade na pactuação do papel-moeda em que se dará o cumprimento da prestação, podendo ser este diverso da moeda local.

O Código Civil espanhol (ESPANHA, 2007) vigente no seu artigo 1.170, 1ª parte, estipula: "*El pago de las deudas de dinero debera hacerse 'en' la espécie pactada y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España*".[19]

O direito das obrigações na Espanha permite o cumprimento das estipulações pecuniárias em moeda estrangeira, determinando que o pagamento dessas prestações em moeda que tenha curso forçado na Espanha só se dará em caso de impossibilidade da entrega da moeda originariamente pactuada.

O Código Civil português (PORTUGAL, 2004), de forma mais complexa, no Livro II (Direito das Obrigações), Título I (Das Obrigações em Geral), Capítulo III (Modalidade das Obrigações), Secção VI (Obrigações pecuniárias), trata tanto do princípio nominalista, artigo 550,[20] como das obrigações em moeda específica, artigos 552,[21] 553[22] e 554.[23]

A análise das regras transcritas em nota mostra que, para o direito português, não é nula a estipulação em moeda específica ou de certo metal, diferente da moeda

portuguesa, presumindo-se que as partes querem vincular-se ao valor corrente que estas tenham em relação à moeda que tenha curso legal no país.

Fazer um estudo comparado do direito lusitano e hispânico é interessante, pois trata-se de culturas semelhantes, dado os traços históricos advindos da colonização, embora os artigos transcritos apenas evidenciem uma diferença entre as legislações, acentuando a dúvida, pois o artigo 318 do Código Civil brasileiro (BRASIL, 2007) possui regra restritiva, vedando inclusive a estipulação da compensação da diferença entre o valor da moeda específica pactuada e o da moeda nacional.

Nos tópicos anteriores, dissecou-se acerca do fato jurídico objeto deste estudo, sendo importante ressaltar que a questão é de hermenêutica, cuja teoria sistemática foi citada na introdução, observando-se que a tendência jurisprudencial mencionada neste artigo foi construída com base no Código de 1916 (BRASIL, 2002), cujo texto não proíbe o negócio, mas já sob a égide do artigo 1.º do Decreto-lei 857/1969 e do artigo 1.º da Lei 10.192/2001, que estipulam regra proibitiva semelhante a observada no artigo 318 do novo Código Civil (BRASIL, 2007).

À primeira vista, parece estranha a interpretação produzida pelo STJ, não aplicando a nulidade do negócio jurídico que estipula pagamento em moeda estrangeira, pois denotaria uma violação à expressa determinação legal. Analisando os julgados citados em notas (*vide* notas 6 e 7), observa-se que a qualificação jurídica apresentada ao caso em estudo, dentro do processo sistemático, indica que: (a) o pagamento pactuado em moeda estrangeira, após a realização da devida conversão, é realizado em moeda nacional; (b) a nulidade do negócio jurídico traria proveito desmedido a uma das partes, que estaria tirando benefício da própria torpeza ou implicaria o enriquecimento injusto do devedor; e (c) o preço ajustado em moeda estrangeira, mas, em equivalência a certa quantidade de reais, não implica infração ao artigo 318 do Código Civil e às demais regras citadas.

O trabalho do hermeneuta[24] no tema proposto é a busca do sentido da regra esculpida no artigo 318 do Código Civil (BRASIL, 2007), observando se a qualificação disposta no parágrafo anterior é passível de aceitação.

A análise da questão deve ser tópica,[25] focando-se a regra do artigo 318 do Código Civil (BRASIL, 2007) e seus desdobramentos. Observa-se que a tópica não exclui o pensamento sistemático, ao contrário, complementa-o (CANARIS, 2002, p. 273).

O ponto nodal deste artigo é a análise dos argumentos apresentados pelas citadas jurisprudências do STJ, que não decretam a nulidade dos contratos que convencionam o pagamento em moeda estrangeira, mesmo estando vigentes as regras do artigo 1.º do Decreto-lei 857/1969 e a do artigo 1.º da Lei 10.192/2001, semelhante à regra existente no artigo 318 do Código Civil.

Para entender as conclusões dos citados julgados, faz-se necessário observar não só a fundamentação, mas também a motivação destes julgados.

A motivação[26] que deve existir nas decisões judiciais consiste nos "argumentos" desenvolvidos pelo julgador para justificar a decisão. É com o acesso à motivação da decisão que as pessoas poderão conhecer as razões do julgador, permitindo a crítica doutrinária e o controle democrático sobre a atividade jurisdicional do Estado, evitando decisões arbitrárias e erradas (ROCHA, 1995, p. 67).

Esse princípio não vem explicitamente consagrado na Constituição de 1988 (BRASIL, 2007), mas encontra-se, implicitamente, previsto no § 2.º do artigo 5.º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2007), que determina: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

É com a motivação das decisões que as razões do convencimento do juiz são explicitadas, isto é, há a exteriorização dos motivos daquele posicionamento.

A fundamentação é outro princípio processual constitucional, cujo enunciado difere substancialmente do princípio da motivação.

O juiz, ao aplicar a norma jurídica pertinente à lide, resolve o conflito. O instrumento que põe fim à ação é justamente a sentença, que deverá conter, além dos requisitos constantes no Código de Processo Civil, a motivação, as conclusões emanadas pelo julgador para justificar a decisão, e a fundamentação, sujeição do juiz ao ordenamento jurídico como um todo (ROCHA, 1995, p. 67).

Ao contrário do princípio da motivação, a fundamentação vem expressamente prevista na Constituição Federal de 1988, inciso IX do art. 93 (BRASIL, 2007), e tem como finalidade, também, garantir às pessoas contra o arbítrio porventura cometido pelo Judiciário.

Os julgados citados apresentam motivações díspares, mas todos validam o negócio jurídico em tela, não considerando a nulidade, que, para os ministros, não se aplica à situação em estudo.

Passa-se agora à apresentação das argumentações observadas nos votos analisados:

a) O pagamento pactuado em moeda estrangeira, após a realização da devida conversão, é pago em moeda nacional[27]: este argumento leva em conta o fato de que o pagamento efetivo é feito em moeda nacional, embora deva guardar equivalência à certa quantidade de moeda estrangeira contratada. O contrato não desrespeita a regra legal se existir cláusula determinando que o valor fixado em moeda estrangeira, objeto da prestação, seja pago em moeda corrente nacional, em valor correspondente, na data do vencimento. O Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em voto proferido em recurso indicado na nota 26, afirma que "a finalidade do dispositivo (BRASIL, Decreto-lei 857, de 11 de setembro de 1969) consiste em inibir a restrição ou recusa do curso legal do cruzeiro, impondo, *a contrario sensu,* o seu curso forçado". Mais adiante motiva que: "o dólar americano foi tomado como parâmetro de mera

atualização monetária, não havendo imposição contratual de que a liquidação da obrigação devesse ocorrer em dólar". A interpretação desses aplicadores do direito é que a norma do artigo 1.º Decreto-lei 857, assemelhada à do artigo 318 do Código Civil diz respeito tão-somente à execução, que não pode ser efetuada em moeda estrangeira. Em síntese, não se veda a estipulação da prestação em moeda alienígena, desde que o pagamento se dê em moeda corrente nacional.

b) A nulidade do negócio jurídico traria proveito desmedido a uma das partes, que estaria tirando benefício da própria torpeza ou implicaria o enriquecimento injusto do devedor[28]**:** esta motivação repele a nulidade do negócio jurídico pela questão da aparente injustiça que ocorreria entre os negociantes. Um dos princípios dos contratos é o da boa-fé objetiva,[29] que, ao contrário da boa-fé subjetiva, considera como modelo a ser observado uma conduta padrão de justiça aceitável para o caso, cujos preceitos transcendem ao aspecto literal da regra e do artigo 318 do Código Civil (BRASIL, 2007) (artigo 1.º do Decreto-lei 857/1969). A preocupação retratada nesse argumento está na possibilidade da efetivação de um contrato sinalagmático, no cumprimento da prestação por um e no descumprimento por parte do outro, que teria que pagar em moeda estrangeira, sob alegação de nulidade da pactuação em face da ordem vigente. A viabilidade do pedido de nulidade traria uma situação de insegurança jurídica e de indiscutível injustiça sofrida por parte daquele que concedeu a partida e não recebeu a contrapartida por questões formais, nulidade do contrato. Os defensores da viabilidade do negócio afirmam que a solução para evitar essa situação, em conformidade com a boa-fé, que deve existir entre os negociantes, é aceitar a validade do contrato, desde que o seu cumprimento se dê em moeda nacional. Logo, aplicar-se-ia a tese do item anterior, com o acréscimo do princípio citado, evitando-se injustiça e enriquecimento ilícito, artigo 884 do Código Civil(BRASIL, 2007).[30] De acordo com este argumento, a nulidade só poderia ser aceita se o contrato vergastado não possuísse qualquer outra forma de cumprimento senão em moeda estrangeira.

c) O preço, quando ajustado em moeda estrangeira, estipulando-se sua equivalência a certa quantidade de moeda nacional, não implica infração ao ordenamento jurídico: este argumento é um complemento da tese desenvolvida nos itens "a" e "b", cujo aplicador do direito, ao interpretar as normas citadas, defende: "que o legislador não visou evitar a celebração de pactos ou obrigações em moedas estrangeiras, mas, sim, a estipulação do seu pagamento em outro valor que não o cruzeiro – moeda nacional – recusando seus efeitos ou restringindo seu curso legal". Mais uma vez, informa-se que não existirá problema algum se a execução do contrato se efetivar em moeda nacional, cumprindo-se o espírito da norma, conferir o curso forçado à moeda nacional.

Logo, há uma corrente importante do STJ que defende a teoria da viabilidade dos negócios jurídicos celebrados em moeda estrangeira, desde que o cumprimento da prestação se dê em moeda corrente nacional. Para os julgados apresentados, a correta exegese do artigo 1.º do Decreto-lei 857/1969[31] é que a nulidade do pactuado só ocorre se o credor exigir o cumprimento do pactuado em moeda estrangeira.

As três motivações afastam a nulidade tratada de forma imediata no artigo 318 e de forma mediata no artigo 166, VII, ambos do Código Civil, pois a nulidade seria apenas se ocorresse impossibilidade de se cumprir a prestação em moeda nacional.

É interessante agora tentar contrapor ou testar a tese defendida neste item, procurando fazer uma análise do artigo 318 do novo Código Civil (BRASIL, 2007) e, ao final, concluir pela viabilidade ou inviabilidade.

3. A QUESTÃO DA INVIABILIDADE

O problema, com a vigência do artigo 318 do novo Código Civil, ganha nova conotação, pois a redação deste difere do artigo 1º da Lei 10.192, e do artigo 1º do Decreto-lei n. 857. O princípio em nossa opinião é o mesmo, mas a norma do novel Código Civil, além de reproduzir as normas antigas ("As estipulações de pagamento de obrigações pecuniárias exeqüíveis no território nacional deverão ser feitas em REAL, pelo seu valor nominal" – artigo 1º da Lei 10.192/2001), acrescenta um aspecto novo: a vedação "da compensação da diferença entre o valor da moeda estrangeira e o da moeda nacional".

A novidade citada introduz uma vedação importante, objeto de análise neste item, mas inicialmente deve-se examinar o artigo 1º do Decreto-lei 857/1969, que não é incompatível com a nova lei. O que ocorreu com a vigência do novo Código Civil foi apenas o acréscimo de uma vedação.

Os julgados citados até agora neste artigo concluíram pela viabilidade do negócio jurídico em tela. A questão é complexa, pois existem opiniões em contrário, mesmo quando a fundamentação utilizada é a exegese do Decreto-lei 857/1969, que ainda se encontra vigente.[32]

Em voto proferido no REsp 23.707-9/MG,[33] o Excelentíssimo Ministro Athos Carneiro defende taxativamente a nulidade da cláusula que fixa preço em moeda estrangeira em contrato de compra e venda. A sua motivação está no fato de que a norma do artigo 1º do Decreto-lei 857/1969, que veda esta estipulação, é de ordem pública e que dispor de forma diversa só poderia ocorrer nos casos do artigo 2º do mesmo diploma, já que o contrato, discutido na ação, era inteiramente exeqüível no Brasil.

Miguel Reale (1987, p. 131), ao lecionar sobre ordem pública, grifou:

> O primeiro tipo de regras jurídicas que nos cumpre estudar são as chamadas regras jurídicas cogentes ou de ordem pública. A expressão de ordem pública

> tem trazido, infelizmente, várias confusões. O emprego do adjetivo *pública* leva, às vezes, alguns espíritos a confundir essas regras com as de Direito Público, que é aquele que rege as relações sociais em que, de maneira imediata, prevalece o interesse da coletividade.
> Ordem pública aqui está para traduzir a ascendência ou primado de um interesse que a regra tutela, o que implica a exigência irrefragável do seu cumprimento, quaisquer que sejam as intenções ou desejos das partes contratantes ou dos indivíduos a que se destinam. O Estado não subsistirá, nem a sociedade poderia lograr seus fins, se não existissem certas regras dotadas de conteúdo estável, cuja obrigatoriedade não fosse insuscetível de alteração pela vontade dos obrigados.

A caracterização da norma em discussão como de ordem pública é essencial, pois impede a disposição de forma diversa pela vontade das partes. Logo, segundo esse importante voto, o contrato em análise é nulo, não podendo as partes dispor livremente do preceito em comento, mas a pergunta que se faz nesta fase da pesquisa é se os argumentos levantados no item 2 deste artigo podem ser contraditados.

Em primeiro lugar, "o pagamento pactuado em moeda estrangeira, mas pago em moeda nacional, após a realização da devida conversão", não pode ser considerado, em face das normas anteriores ao Código Civil de 2002 e em relação a este mesmo, pois a execução do contrato em moeda nacional não afasta a nulidade preconizada, o que torna a estipulação inválida. O ponto nodal encontra-se no fato de que permitir a validade do contrato é burlar o preceito legal que expressamente veda a pactuação. A conversão realizada funcionaria como uma cláusula de escala móvel (artigo 316 do Código Civil) indexada à moeda estrangeira, fato proibido pela Legislação Federal brasileira (Lei 6.423, de 17.06.1977)[34] vigente à época, e hoje pelo próprio Código Civil, parte final do artigo 318 do Código Civil.

Em segundo lugar, "a nulidade do contrato não traria proveito desmedido a uma das partes, caso uma delas tenha cumprido com sua prestação". Em item anterior (1), discorreu-se sobre a questão da viabilidade e da eficácia do negócio jurídico, cuja conclusão é que a inviabilidade, salvo exceções, traz a ineficácia do negócio jurídico. Imagine-se, mais uma vez, um contrato de locação de imóvel, cujo aluguel mensal é fixado em moeda estrangeira. Como ficaria o locador que concedesse o uso e o gozo da coisa e, no momento do recebimento do aluguel, fosse surpreendido com a alegação de nulidade contratual? O que implicaria efeito *ex tunc*? Em um primeiro momento, poder-se-ia pensar que o locatário, que usou o bem, iria se beneficiar, pois não teria como ser cobrada sua retribuição neste tipo de contrato sinalagmático, em face da nulidade. Essa aparente injustiça não ocorrerá, pois o locador, diante da nulidade, poderá alegar enriquecimento sem causa da parte *ex adversa* e requerer a restituição do indevidamente auferido (artigo 884[35] do Código

Civil), evitando-se um locupletamento indevido. Venosa (2006, p. 211) afirma com propriedade que:

> […] sempre que houver prejuízo econômico sem causa jurídica, haverá direito à ação de enriquecimento. Observemos, de plano, que o princípio não se confunde com indenização por perdas e danos. Não se está no campo da responsabilidade civil. A noção de culpa é irrelevante para o princípio geral.

É interessante observar que a norma citada é uma novidade do Código Civil de 2002, mas, sem dúvida alguma, o preceito estudado se constituía, no ordenamento anterior, um princípio geral do direito, e a impossibilidade de reaver o ganho injustamente auferido pelo devedor (inquilino) acarretaria no dever de restituir os ganhos, como medida de justiça,[36] artigo 158 do Código Civil de 1916 (BRASIL, 2002).

A tese ora defendida, além de juridicamente possível à luz do diploma civil antigo e do vigente, também está de acordo com o princípio da boa-fé objetiva,[37] pois o ressarcimento do locador, segundo o exemplo apresentado, que deseja receber a retribuição contratada, é a conduta aceitável pelos padrões sociais, evitando-se assim o seu prejuízo. É bem verdade que o seu ressarcimento não se dará pela cobrança da prestação anteriormente ajustada, mas por intermédio de outro remédio jurídico, fundamentado no citado artigo 884 do Código Civil(BRASIL, 2007). Logo, não se deve aceitar o argumento apresentado no item anterior.

Em terceiro lugar, "o preço quando ajustado em moeda estrangeira, estipulando-se sua equivalência a certa quantidade de moeda nacional, implica infração ao ordenamento jurídico". Aceitar a tese contrária é concordar com a indexação da prestação pecuniária à variação cambial, tendo como base moeda estrangeira, fato vedado anteriormente (vide BRASIL, Lei 6.423, de 17 de junho de 1977) e atualmente pelo artigo 318 do Código Civil (BRASIL, 2007). Aceitar que é válido o negócio jurídico se o pagamento se der em moeda corrente nacional, tendo como parâmetro moeda estrangeira, é indubitavelmente utilizar a variação da moeda estrangeira como indexador, fato que acarretaria também a nulidade da avença.

A regra do artigo 315[38] do Código Civil (BRASIL, 2007), cujo artigo correspondente no Código Civil de 1916 (BRASIL, 2002) era o 947, indica que qualquer dívida pecuniária deverá ser paga no vencimento e em moeda corrente. Esta regra não afasta a aplicação do artigo 318 do Código Civil, ao contrário, o completa. Ressalta-se também que ela não pode ser usada para tornar válido o negócio retratado neste artigo, pois o pagamento em moeda nacional de contrato firmado em moeda estrangeira levaria a indexação do contrato a esta moeda, cuja vedação foi exposta no parágrafo anterior.

A oposição aos três argumentos levantados no item anterior leva o hermeneuta a concluir pela inviabilidade de sua aplicação, já que existe norma expressa que veda

a estipulação da prestação em moeda estrangeira e, mesmo que o pagamento ocorra em moeda nacional, não muda a ordem emanada na norma, pois a sua permissão implicaria, no mínimo, uma indexação do objeto da prestação à variação cambial, representada pela cotação da moeda alienígena.

A nulidade dos contratos com prestação pecuniária em moeda estrangeira é patente, e o fato de a execução se dar em moeda nacional não desvirtua este absurdo jurídico. É importante, no entanto, verificar a questão com mais acuidade, pois a nulidade indicada e a vedação à ocorrência de qualquer efeito podem gerar injustiça ou até enriquecimento sem causa. Azevedo (2002, p. 66) afirma:

> Tanto dentro de cada plano quanto nas relações entre um plano e outro há um princípio fundamental que domina toda a matéria da inexistência, invalidade e ineficácia; queremos referir-nos ao *princípio da conservação*. Por ele, tanto o legislador quanto o intérprete, o primeiro, na criação de normas jurídicas sobre os diversos negócios, e o segundo, na aplicação dessas normas, devem procurar conservar, em qualquer um dos três planos – existência, validade e eficácia –, o máximo possível do negócio jurídico realizado pelo agente.
>
> O princípio da conservação consiste, pois, em procurar salvar tudo o que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência, quanto da validade, quanto da eficácia. Seu fundamento prende-se à própria razão de ser do negócio jurídico; sendo este uma espécie de fato jurídico, de tipo peculiar, isto é, uma declaração de vontade (manifestação de vontade a que o ordenamento jurídico imputa os efeitos manifestados como queridos), é evidente que, para o sistema jurídico, a autonomia da vontade produzindo auto-regramentos de vontade, isto é, a declaração produzindo efeitos, representa algo de juridicamente útil. A utilidade de cada negócio poderá ser econômico ou social, mas a verdade é que, a partir do momento em que o ordenamento jurídico admite a categoria negócio jurídico, sua utilidade passa a ser jurídica, visto vez que somente em cada negócio concreto é que adquire existência a categoria negócio jurídico.

A análise da situação e a tendência pela nulidade do negócio jurídico tratado neste artigo poderiam trazer a falsa conclusão de que uma das partes poderia se beneficiar da nulidade, isto é, firmar pacto contendo como objeto uma prestação pecuniária em moeda estrangeira e em momento posterior requerer a sua nulidade com base no artigo 318 do Código Civil ou no Decreto- lei 857/1969, abstendo-se de cumprir sua prestação. O problema existirá se a outra parte já tiver adimplido com sua obrigação, observando que o contrato pode estipular diversas relações obrigacionais, o que geraria uma situação injusta.

Com o advento do novo Código Civil, esta situação de injustiça seria passível de correção não só pelo princípio da conservação, mas também pelas regras dos artigos 182 e 884, ambos do Código Civil (BRASIL, 2007), que conferem "um mínimo de eficácia" à estipulação nula, evitando-se o enriquecimento ilícito. Observa-se que os julgados analisados foram proferidos com base no Código Civil de 1916, mas a conclusão não seria diferente, já que a doutrina, naquela oportunidade, aceitava o princípio da conservação e do enriquecimento sem causa.

A regra do artigo 182[39] do Código Civil (BRASIL, 2007), que reproduz o artigo 158 do Código passado, não é, portanto, uma novidade, mas a ocorrência de um ato comissivo ou omissivo, mesmo que nulo, que desequilibra, sem causa justificada, os patrimônios das partes de uma relação obrigacional, acarretando uma vantagem patrimonial para um e uma desvantagem patrimonial para outro, configura uma situação anômala passível de interposição de uma ação de repetição, hoje positivada pelo artigo 884 do Código Civil (BRASIL, 2007).

Ressalta-se que os requisitos para caracterização do enriquecimento ilícito são: ato comissivo ou omissivo; desequilíbrio desmedido e injusto entre as partes; e prejuízo sem causa para uma das partes. Observa-se que tais requisitos são inteiramente diferentes dos requisitos caracterizadores da responsabilidade civil.

A caracterização do enriquecimento sem causa, segundo Mário Júlio de Almeida Costa (2004, p. 450-462), é derivado, além dos três requisitos positivos, de três requisitos negativos. Como requisitos positivos cita: (1) "enriquecimento" (enriquecimento da pessoa obrigada à restituição); (2) "suporte do enriquecimento por outrem" (um enriquecimento à custa de um empobrecimento); e (3) "correlação entre o enriquecimento e o suporte deste" (conexão entre o enriquecimento e o sacrifício econômico do outro). Como requisitos negativos citam: (1) "ausência de causa legítima" (inexistência de causa jurídica que justifique o deslocamento patrimonial); (2) "ausência de outro meio jurídico" (não se pode alegar enriquecimento sem causa quando há outro meio de ser indenizado ou ressarcido); e (3) "ausência de preceito legal que negue o direito à restituição".

Retornando ao problema levantado neste artigo, a nulidade da estipulação do pagamento em moeda estrangeira acarretaria a nulidade de toda a relação contratual, mas, se uma das partes tiver cumprido com sua prestação e a outra usufruído da situação, deverá e poderá aquela requerer a restituição, que não poderá ser superior ao empobrecimento sem causa suportado.

No exemplo dado, referente a um contrato de locação de imóvel firmado no Brasil, cujo aluguel é fixado em moeda estrangeira, ao contrário do exposto na teoria da viabilidade, a conclusão é pela sua nulidade, em conformidade com a regra dos artigos 318 e 166, VII, do Código Civil (BRASIL, 2007). O locador, caso não tenha recebido o aluguel, após o uso do inquilino e a declaração de nulidade, poderá pedir a restituição provando: (a) enriquecimento do inquilino (usou da coisa

locada); (b) empobrecimento do locador (deixou de obter renda originária do bem locado); (c) conexão entre o enriquecimento e o empobrecimento (não-pagamento do aluguel pelo fato de nulidade contratual); (d) inexistência de causa que justifique o enriquecimento de um e o empobrecimento de outro (o locador almeja a retribuição pela locação); (e) ausência de outro meio jurídico (única forma de corrigir a injustiça – artigo 886 do Código Civil (BRASIL, 2007); e (f) inexistência de vedação legal à restituição do indevidamente auferido.

Existem certos casos em que o objeto da restituição não pode ser realizado pelo fato de ter ocorrido perecimento ou consumo deste, levando o empobrecido a realizar a repetição pelo valor do bem (artigo 884, parágrafo único, do Código Civil). No exemplo do contrato de locação, cujo locatário, que se encontra na posse do imóvel, se recusa ao pagamento do aluguel por ser convencionado em moeda estrangeira, fica impossível a restituição por parte do inquilino da vantagem que auferiu com o uso do imóvel, que é consumível. O que poderá restituir, sem dúvida alguma, é a equivalência pecuniária pelo uso (vantagem) experimentado.[40]

A tese da viabilidade, indicada no item anterior, como não poderia deixar de ser, foi desenvolvida em torno da legislação anterior ao Código de 2002. A vigência do artigo 318 do Código Civil só reforça os argumentos levantados neste item, que declara expressamente a nulidade da estipulação tratada e veda a compensação da diferença entre o valor da moeda estrangeira e o da moeda nacional. Ora, o cumprimento da obrigação estipulada em contrato desse tipo, mesmo que o pagamento se dê em moeda nacional, implica infração à regra da compensação.

Conforme visto, a solução ou reparação das possíveis injustiças se daria por intermédio do instituto do enriquecimento sem causa, existente e aceito no ordenamento anterior, embora regulamentado no Código Civil de 2002.

Logo, configura-se inviável defender, em face da nossa legislação anterior e da vigente, a tese da "viabilidade de um contrato firmado no Brasil e a ser cumprido no mesmo local por partes estabelecidas no território brasileiro ter como objeto prestação de pagar moeda estrangeira".

CONCLUSÃO

As conclusões obtidas com a pesquisa, que trata da viabilidade ou inviabilidade de contrato firmado no Brasil, e a ser cumprido em nosso país por partes estabelecidas no território brasileiro, ter como objeto prestação de pagar moeda estrangeira, e expostas neste artigo ao longo dos itens dissertados, podem ser apresentadas nos seguintes pontos:

1) O plano da validade difere do da eficácia, pois o negócio jurídico pode ser válido e ineficaz,[41] já a recíproca não é verdadeira. Isto é, salvo raras exceções,[42] não pode

existir negócio jurídico inválido, mas eficaz. A questão da validade não se confunde com a nulidade, mas o negócio inválido é nulo ou anulável. É neste prisma que devemos analisar o negócio jurídico proposto.

2) A exteriorização do negócio jurídico, conhecida como a forma do contrato, no entanto, não pode ser confundida com as formalidades, que também têm importância no plano da validade, caso haja preterição de algo prescrito ou não defeso em lei. As formalidades, contudo, transcendem a forma, pois constituem requisitos acessórios de validade, e o descumprimento daquelas torna o negócio jurídico nulo, sendo inválido, mesmo que a forma exigida tenha sido obedecida.

3) Não se vislumbra que a fixação de uma estipulação, pagamento em moeda estrangeira de contrato firmado e a ser cumprido no Brasil, seja uma questão de forma ou formalidade, por dois aspectos básicos: a um, porque não se está discutindo a maneira de exteriorização do negócio relatado; a outro, porque a fixação de pagamento em moeda estrangeira não se configura um pacto acessório nem uma solenidade. O assunto, na opinião deste articulista, encontra-se tratado no artigo 166, inciso VII, da nossa lei substantiva (BRASIL, 2007), pois declara que "é nulo o negócio jurídico quando: VII – a lei taxativamente declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção". Logo, a invalidade do negócio jurídico tratado poderia ser fundamentada neste plano.

4) Há uma corrente importante do STJ que defende a teoria da viabilidade dos negócios jurídicos celebrados em moeda estrangeira, desde que o cumprimento da prestação se dê em moeda corrente nacional. Para os julgados apresentados, a correta exegese do artigo 1º do Decreto-lei 857/69 é que a nulidade do pactuado só ocorre se o credor exigir o cumprimento do pactuado em moeda estrangeira.

5) O pagamento pactuado em moeda estrangeira, mas pago em moeda nacional, após a realização da devida conversão, não pode ser considerado em face das normas anteriores ao Código Civil de 2002**,** pois a execução do contrato em moeda nacional, mesmo que firmado em moeda estrangeira, não afasta a nulidade preconizada, o que torna a estipulação inválida.

6) Aceitar que é válido o negócio jurídico se o pagamento se der em moeda corrente nacional, tendo como parâmetro a moeda estrangeira, é indubitavelmente utilizar a variação da moeda estrangeira como indexador, fato que acarretaria também a nulidade da avença.

7) A oposição aos três argumentos levantados no item anterior leva o hermeneuta a concluir pela inviabilidade, já que existe norma expressa que veda a estipulação da

prestação em moeda estrangeira, e mesmo que o pagamento ocorra em moeda nacional não muda a ordem emanada na norma, pois a sua permissão implicaria, no mínimo, uma indexação do objeto da prestação à variação cambial, representada pela cotação da moeda alienígena.

8) Retornando ao problema levantado neste artigo, a nulidade da estipulação do pagamento em moeda estrangeira acarretaria a nulidade de toda a relação contratual, mas, se uma das partes tiver cumprido com sua prestação e a outra usufruída da situação, deverá e poderá aquela requerer a restituição, que não poderá ser superior ao empobrecimento sem causa suportado.

9) Existem certos casos que o objeto da restituição não pode ser realizado pelo fato de ter ocorrido perecimento ou consumo deste, levando o empobrecido a realizar a repetição pelo valor do bem (artigo 884, parágrafo único, do Código Civil.

10) Logo, configura-se inviável defender, em face da nossa legislação anterior e a vigente, a tese da viabilidade de um contrato firmado no Brasil, e a ser cumprido no mesmo local por partes estabelecidas no território brasileiro, ter como objeto prestação de pagar moeda estrangeira.

: ARTIGO APROVADO (12/09/2007) : *RECEBIDO EM 05/02/2007*

NOTAS

1 Advogado; Procurador do Município de Fortaleza; Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC;) Especialista em Processo Civil pela Universidade de Fortaleza (Unifor); Bacharel em Economia pela Universidade de Fortaleza (Unifor); Professor Assistente da FA7 e da FIC; ex-Procurador Geral Adjunto do Município de Fortaleza.

2 Nesta ocasião, informou a existência de várias fases: determinação da fonte; sua interpretação; integração de eventuais lacunas; a delimitação da matéria de fato; a sua qualificação jurídica e a aplicação.

3 BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Dispõe o art. 318: São nulas as convenções de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, bem como para compensar a diferença entre o valor desta e o da moeda nacional, excetuados os casos previstos na legislação especial.

4 BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Dispõe o art. 315: As dívidas em dinheiro deverão ser pagas no vencimento, em moeda corrente e pelo valor nominal, salvo o disposto nos artigos subseqüentes.

5 BRASIL. Decreto-lei n. 857, de 11 de setembro de 1969. Art. 1.º São nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que, exeqüíveis no Brasil, estipulem pagamento em ouro, em moeda estrangeira, ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro.

6 BRASIL. Lei n. 10.192, de 14 de fevereiro de 2001. Dispõe sobre medidas complementares ao plano real e dá outras providências. Art. 1.º As estipulações de pagamento de obrigações pecuniárias exeqüíveis no território nacional deverão ser feitas em REAL, pelo seu valor nominal.

Parágrafo único. São vedadas, sob pena de nulidade, quaisquer estipulações de:

I – pagamento expressas em, ou vinculadas a ouro ou moeda estrangeira, ressalvado o disposto nos arts. 2º e 3º do Decreto-lei n. 857, de 11 de setembro de 1969, e na parte final do art. 6.º da Lei n. 8.880, de 27 de maio de 1994.

7 Brasil. STJ. AGRG no REsp 466801/RJ. Clube de Regatas do Flamengo e RSF Promoções e Eventos. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília. 26.06.2003; Brasil. STJ. REsp 33992/SP. Joaquim de Sousa Nogueira Pinto e Ary da Silva Ramos. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Brasília. 24.06.1997; Brasil. STJ. REsp 194629/RJ. Jair de Oliveira e Banco Excel Econômico S.A. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília. 11.04.2000; Brasil. STJ. AGRG no AG 612405/MG. Manoel Carlos Barbosa e Antônio Ronaldo Rodrigues da Cunha. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. Brasília. 16.06.2005.

8 Brasil. STJ. REsp 194629/RJ. Jair de Oliveira e Banco Excel Econômico S.A. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília. 11.04.2000.

9 Ementa: Processo civil – Agravo de instrumento – Negativa de provimento – Agravo regimental – Embargos do devedor – Matéria constitucional – Sede imprópria – Ofensa ao art. 535 do CPC – Inocorrência – Nota promissória em moeda estrangeira – Admissão – Data da conversão do valor do título – Honorários advocatícios – Art. 20, § 4.º, do CPC – Apreciação eqüitativa do juiz – Desprovimento.

"3 – No concernente à nulidade do título expresso em moeda estrangeira (art. 1.º, do Decreto-lei 857/69; 1.º da MP 1675-55/98, convertida no art. 1.º da Lei 10.192/01 e art. 618, II, do CPC), as alegações dos recorrentes também não encontram respaldo na jurisprudência desta Corte Superior de Uniformização, porquanto, neste aspecto, o v. acórdão decidiu em consonância com a orientação deste Tribunal e do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que é legítimo o valor do título expresso em moeda estrangeira, desde que o pagamento efetive-se mediante a conversão em moeda nacional. E, conforme salientou o v. acórdão, em suas conclusões, os valores foram devidamente convertidos. Precedentes" (STJ, Quarta Turma, AgRg no Ag. 612405/MG, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Data da publicação 22.08.2005, p. 287).

10 A vedação, no entanto, era prevista no Decreto-lei 857/1969, artigo 1º, cujo texto é transcrito na nota 3 e na 9, e na Lei 10.192/2001, artigo 1.º, parágrafo único, inciso I, transcrito na nota 4.

11 Decreto-lei 857/1969. Art. 1.º São nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que, exeqüíveis no Brasil, estipulem pagamento em ouro, em moeda estrangeira, ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro.

Art. 2.º Não se aplicam as disposições no artigo anterior:

I – aos contratos e títulos referentes a importação ou exportação de mercadorias;

II – aos contratos de financiamento ou de prestação de garantias relativos às operações de exportação de bens de produção nacional, vendidos a crédito para o Exterior;

III – aos contratos de compra e venda de câmbio em geral;

IV – aos empréstimos e quaisquer outras obrigações cujo credor ou devedor seja pessoa residente e domiciliada no exterior, excetuados os contratos de locação de imóveis situados no território nacional;

V – aos contratos que tenham por objeto a cessão, transferência, delegação, assunção, ou modificação das obrigações referidas no item anterior ainda que ambas as partes contratantes sejam pessoas residentes ou domiciliadas no país.

12 O negócio jurídico proposto, locação de imóvel com pagamento de aluguel em moeda estrangeira, é existente, pois estão presentes os pressupostos gerais: forma, objeto e declaração de vontade, além dos elementos gerais extrínsecos: tempo, lugar e agente.

13 Como exemplo de negócio jurídico válido, mas ineficaz, são as obrigações condicionais suspensivas.

14 BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Por exemplo, o artigo 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória (BRASIL, 2007).

15 "Os negócios jurídicos são nulos, em razão de causas que interessam ao direito privado, quando desobedecida a regra da incapacidade absoluta ou lhe faltar qualquer um dos demais requisitos legais de validade" (COELHO, 2005, p. 350).

16 Além de ser um vício de forma, a existência desse pacto no negócio e a execução da mesma constituem uma contravenção penal.

17 Dispõe sobre a locação dos imóveis urbanos e os procedimentos a eles pertinentes (BRASIL, 2007).

18 Ver sobre o assunto Pereira, 2004, p. 131 e 141.

19 É importante informar que esta transcrição é de uma parte do artigo.

20 Artigo 550.º **Princípio nominalista.** O cumprimento das obrigações pecuniárias faz-se em moeda que tenha curso legal no País à data em que for efectuado e pelo valor nominal que a moeda nesse momento tiver, salvo estipulação em contrário

21 Artigo 552.º **Validade das obrigações de moeda específica.** O curso legal ou forçada da nota de banco não prejudica a validade do acto pelo qual alguém se comprometa a pagar em moeda metálica ou em valor dessa moeda.

22 Artigo 553.º **Obrigações de moeda específica sem quantitativo expresso em moeda corrente.** Quando for estipulado o pagamento em certa espécie monetária, o pagamento deve ser feito na espécie estipulada, existindo ela legalmente, embora tenha variado de valor após a data em que a obrigação foi constituída.

23 Artigo 554.º **Obrigações de moeda específica ou de certo metal com quantitativo expresso em moeda corrente.** Quando o quantitativo da obrigação é expresso em dinheiro corrente, mas se estipula que o cumprimento será efectuado em certa espécie monetária ou em moedas de certo metal, presume-se que as partes querem vincular-se ao valor corrente que a moeda ou as moedas do metal escolhido tinham à data da estipulação.

24 "De todo modo, se a atividade ou o simples ato de captação do sentindo é interpretação, as regras pelas quais ela se opera e o entendimento de suas estruturas e do seu funcionamento, enfim, o entendimento dos seus labirintos é a Hermenêutica" (FALCÃO, 1997, p. 84).

25 "Em função disso, o Direito há de ser visto topicamente. Quer dizer, frente a um determinado problema, procurar-se-á sua solução; a seguir, a solução conseguida será apoiada em tópicos, consistentes em pontos de vista que pudessem ser compartilhados pela parte adversa na discussão, até que, admitidos esses pontos de vista, ter-se-ia uma resposta lógica correta" (FALCÃO, 1997, p. 179).

26 Para o direito brasileiro a exigência da motivação vem das Ordenações Filipinas: "E para as partes saberem se lhes convém apelar ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas, e os juízes da mor alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os juízes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaisquer outros julgadores, ora sejam letrados, ora o não sejam, declarem especificamente em suas sentenças definitivas, assim na primeira instância, como no caso da apelação ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar ou absolver, ou a confirmar ou revogar" (Livro III, Título LXVI, § 7.º).

"Essa regra filipina foi para o regulamento 737 impondo ao juiz a motivação da decisão (art. 232)."

"Os Códigos estaduais não fugiram a essa orientação, nem o nacional de 1939. No Código atual ela se apresenta em várias passagens: o juiz indicará, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento (art. 131) requisito essencial da sentença, que deve ser fundamentada (art. 458, II), e até os despachos interlocutórios serão fundamentados, ainda que de modo conciso (art.165). A motivação é imposta ainda nos processos originários da competência dos tribunais" (ROSAS, 1997, p. 46).

27 Ementa: Civil – Contrato de cessão de direito de imagem – Clube de futebol – Atleta profissional – Cláusula contratual que atrela as correções monetárias à variação cambial de moeda estrangeira – Pagamento em moeda nacional, com base na cotação de câmbio – Legalidade – Decreto-lei n. 857/69, art. 1.º – Exegese – Precedentes – Agravo desprovido.

– Na linha dos precedentes deste tribunal, é válida a contratação em moeda estrangeira, desde que o pagamento seja efetuado mediante a devida conversão em moeda nacional.

(Brasil. STJ. AgRg no REsp 466801/RJ. Clube de Regatas do Flamengo e RSF Promoções e Eventos. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília. 26.06.2003).

28 Ementa: Comercial – Validade de contrato celebrado em moeda estrangeira – Pagamento em cruzeiro – Exegese da norma contida no art. 1.º do Decreto-lei n. 857/69.

I – Legítimo é o pacto celebrado em moeda estrangeira, desde que o pagamento se efetive pela conversão em moeda nacional.

II – Alegação de nulidade do ajuste por suposta violação ao art. 1.º do Decreto-lei n. 857/69, não favorece os partícipes na celebração do negócio porque estariam tirando proveito da própria torpeza.

III – O legislador visou evitar não a celebração de pactos ou obrigações em moedas estrangeiras, mas, sim, aqueles que estipulassem o seu pagamento em outro valor que não o cruzeiro – moeda nacional – recusando seus efeitos ou restringindo seu curso legal.

IV – Inteligência do art. 1.º do Decreto-lei n. 857/69, precedentes Resp ns. 4.819/RJ e 11.801-0/RJ.

V – Recurso não conhecido.

(Brasil. REsp 36.120/SP. Meermagen-Assessoria de Exportação S/C Ltda. e Hengis Comércio Internacional e Representações Ltda.; Relator: Min. Waldemar Zveiter, Brasília. 21.09.1993.)

29 "Como o dispositivo do art. 421 se reporta ao que se denomina boa-fé objetiva, é importante que se distinga da boa-fé subjetiva. Na boa-fé subjetiva, o manifestante de vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio. Para ele há um estado de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado" (VENOSA, 2002, p. 379).

"A boa-fé objetiva, por outro lado, tem compreensão diversa. O intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Desse modo, a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com os determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos" (Idem, p. 379).

30 BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Dispõe o art. 884: Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se, a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

31 Idem.

32 Como o Decreto-lei 857/69 continua vigente, as exceções nele previstas, no art. 2º, não serão afetadas pelo advento do Código Civil, o qual, aliás, expressamente ressalva as previsões da lei especial (TEPEDINO et al., 2004, p. 319).

33 Ementa: Contrato de compra e venda, com preço fixado e indexado em dólares, para pagamento em cruzeiros. Nulidade da cláusula. Decreto-lei 857/69.

É taxativamente vedada a estipulação, em contratos exeqüíveis no Brasil, de pagamento em moeda estrangeira, a tanto equivalendo calcular a dívida com indenização ao dólar norte-americano, e não a índice oficial ou oficioso de correção monetária, lícito segundo as leis nacionais.

Ação de cobrança da variação cambial, proposta pela vendedora. Nulidade de pleno direito da cláusula ofensiva a norma imperativa e de ordem pública.

Recurso especial conhecido e provido.

(Brasil. REsp 23707/MG, João de Lima Geo e Industrial Minas Oeste Ltda. Relator: Ministro Athos Carneiro. Brasília. 22.06.1993.)

34 Art. 1º A correção, em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico, da expressão monetária de obrigação pecuniária somente poderá ter por base a variação nominal da Obrigação do Tesouro Nacional – OTN.

35 Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

36 "Em que pesem alguns julgados em contrário em nossa jurisprudência, na qual se sentiu falta de um dispositivo genérico sobre o enriquecimento indevido, a corrente majoritária, mormente em São Paulo, passou a admitir a ação de rito ordinário de enriquecimento, entre os principais coobrigados do título nessa situação" (VENOSA, 2006, v. 2, p. 213).

"Evidente que, sob tal premissa, vedar a ação *in reverso* é contrariar o princípio da eqüidade que rege o enriquecimento sem causa. É curial que a ação se desvincule dos princípios cambiários, regendo-se pelos requisitos do enriquecimento sem causa. Há que se provar os requisitos expostos" (Idem, p. 213).

37 "Denota-se, portanto, que a boa-fé é tanto forma de conduta (subjetiva ou psicológica) como norma de comportamento (objetiva). Nesta última acepção, está fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e na consideração para com os interesses do outro contraente, especialmente no sentido de não lhe sonegar informações relevantes a respeito do objeto e conteúdo do negócio."

"A boa-fé objetiva constitui um modelo jurídico, na medida em que se reveste de variadas formas. Não é possível catalogar ou elencar, *a priori,* as hipóteses em que ela pode configurar-se, porque se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso. No entanto, essa imprecisão se mostra necessária, num sistema aberto, para que o intérprete tenha liberdade de estabelecer o seu sentido e alcance em cada caso" (GONÇALVES, 2004, p. 35-36).

38 BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Dispõe o art. 315: As dívidas em dinheiro deverão ser pagas no vencimento, em moeda corrente e pelo valor nominal, salvo o disposto nos artigos subseqüentes.

39 BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Dispõe o art. 182: Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.

40 Costa (2004):

"Observe-se, além disso, que a vantagem em que o enriquecimento consiste se mostra susceptível de ser encarada sob dois ângulos: o do *enriquecimento real*, que corresponde ao valor objectivo e autônomo da vantagem adquirida; e do *enriquecimento patrimonial*, que reflecte a diferença, para mais, produzida na esfera econômica do enriquecido e que resulta da comparação entre a sua situação efectiva (situação real) e aquela em que encontraria se a deslocação se não houvesse verificado (situação hipotética)".

"Ora as referidas concepções podem conduzir a quantitativos muito diversos. Imagine-se que A usa ou consome uma certa coisa de B. O enriquecimento real será apreciado através do valor objectivo da utilização ou consumo dessa coisa, independentemente dos reflexos que teve no patrimônio de A. Pelo contrário, com vista à determinação do enriquecimento patrimonial, importa averiguar tais repercussões concretas, podendo chegar-se a um resultado inferior ou superior ao cumprimento" (Idem, p. 450).

41 Como exemplo de negócio jurídico válido, mas ineficaz, são as obrigacionais condicionais suspensivas.

42 Exemplo de negócio jurídico inválido, mas que gera efeito: Exemplo: Casamento de dois irmãos (artigo 1.561 do Código Civil).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado.* Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1953, v. 1.

———. *Teoria geral do direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1955.

BRASIL. *Código Civil – Mini e Constituição Federal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

———. Decreto-lei n. 857, de 11 de setembro de 2007. Consolida e altera a legislação sobre moeda de pagamento de obrigações exeqüíveis no Brasil.

———. Decreto n. 23.501, de 27 de novembro de 1933.

———. Lei n. 6.423 de 17 de junho de 1977.

———. *Novo Código Civil*: texto comparado Código Civil de 2002 e Código Civil de 1916. São Paulo: Atlas, 2002.

BOBBIO, Noberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C.J. Santos. Brasília: Polis, 1989.

———. *A era dos direitos.* Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.
BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução da 3. ed. por Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.
COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil:* parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003, v.1.
CORDEIRO, Antônio Menezes. *Introdução a edição portuguesa da obra Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito,* de Claus-Wilhelm Canaris. Lisboa: Fundação Calouste Gunbenkian, 2002.COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações.* 9. ed. Lisboa: Almedina, 2004.
ESPANHA. *Código Civil*. Madrid: Tecnos, 2007.FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997.
GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 3.
PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Forense, 2003, v. 2.
PORTUGAL. *Código Civil*. Coimbra: Almedina, 2004.
REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.RODRIGUES, Silvio. *Direito civil:* parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v.1.
———. *Direito civil*: parte geral das obrigações. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.
ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional*. São Paulo: RT, 1997.
RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Trad. 6. ed. italiana por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999, v. 1.
TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. São Paulo: Renovar, 2004, v. 1.
VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil.* 3. ed. Lisboa: Almedina, 2003.
VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. São Paulo: Atlas, 2002, v. 2.
———. *Direito civil*: parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. 1.
WALD, Arnoldo. *O novo direito monetário.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Marcelo Sampaio Siqueira

Professor assistente da FA7 e da FIC, Brasil
Mestre em direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC), Brasil

Faculdade Sete de Setembro
rua Alm. Maximiliano da Fonseca, 1395
Luciano Cavalcante – 60811-020
Fortaleza, Brasil
marcelonpj@fic.br

'NOVOS PRODUTOS' COMO COMPETÊNCIA DO ADVOGADO

Gilberto de Abreu Sodré Carvalho

'NEW PRODUCTS' AS A LAWYER'S COMPETENCE

RESUMO

A participação profissional do advogado em projetos de "novos produtos" tem sido comum há muito tempo no Brasil. Entretanto, não se sabe da formulação de qualquer técnica de aceitação geral para a contribuição do advogado. Este artigo, dentro da temática 'Direito & Gestão', visa oferecer uma possível metodologia para projetos de novos produtos em que o advogado tenha papel protagonista. Nessa metodologia, o termo proposto "Pré-Produto" comporta a idéia de um objeto sendo modelado de acordo com sua adaptação a sistemas ambientais sob estruturantes jurídicas até que se torne um produto a ser lançado.

PALAVRAS-CHAVE

novos produtos, metodologia, 'direito & gestão', ambientes jurídicos, currículo acadêmico

ABSTRACT

Counsel's professional participation in 'new products' projects has been seen for a long time, in Brazil. However, to our knowledge, no generally accepted technique for counsel's contribution thereto has been developed yet. This article in the field of 'Law & Management' aims at providing a possible new products project methodology in which counsel is assigned a protagonist role. In such methodology the coined term 'Pre-Product' shows the idea of an object being modeled in accordance with its adaptation to several legal structured environment systems until it becomes a product to be launched.

KEYWORDS

new products, methodology, 'law & management', legal environments, law school curriculum

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é a formulação de uma metodologia básica que possa ser usada por advogados em projetos de "novo produto" ou "novo serviço" de mercado, sabendo-se que "produto" e "serviço" se correspondem um ao outro como conceitos, uma vez que ambos apresentam repetitividade e de padronização; dizer 'novos produtos' corresponde a dizer 'novos produtos e serviços' (CARVALHO, 2003, p. 21).

Este estudo dirige-se aos advogados que atendam questões não-judiciais em organizações empresariais, organizações governamentais e organizações não-governamentais e sejam chamados a participar da projetação e da validação de *novidades* em geral a serem

dirigidas ao público consumidor, no sentido mercadológico, ou aos públicos-alvo das organizações governamentais e não-governamentais.

No contexto deste artigo, teremos como referência a organização empresarial, no entanto, o mesmo pode servir de rascunho para os dois outros tipos de organização, em que como *novidade* se poderia ter um novo tributo a ser cobrado, um serviço federal de coleta de material radioativo e eletrônico, isto é, qualquer novidade (inovação) a ser colocada a um público determinável.

Insere-se este texto no âmbito temático de *Law* & *Management* ou Direito & Gestão. Nesse plano, o conteúdo apresentado sugere investigação sobre os "translimites" ou as áreas sombreadas entre as contribuições dos gestores e consultores de *marketing* perante o advogado organizacional.

Existem diversos trabalhos que se endereçam aos profissionais de gestão sobre novos produtos e seus projetos, como, entre vários, os de Urban e Hauser (1993) e Cooper (2001). Nas escolas de Administração e *Marketing*, a temática de novos produtos é tratada, já nas escolas de Direito isso não ocorre. Assim, sem qualquer prévio preparo formal, advogados têm ingressado nesse campo por força da realidade que determina formidavelmente a condicionante jurídica. É sabido que há mais de meio século as empresas, em especial as de origem norte-americana, no Brasil, têm feito o advogado interno ou de escritório participar de projetos de novos produtos. Desde há muito, os advogados têm tido seu papel reconhecido e inafastável. As exceções existiram em empresas nacionais típicas e nas de origem européia, estas menos afeitas ao papel do advogado em projetos de novos produtos. Hoje, aceita-se no Brasil como regra a participação do profissional jurídico, ainda que falte – fora das normas internas das grandes corporações – um modelo de atuação de aceitação geral. Mais ainda: não existe um modelo que seja desenhado a partir da ótica própria do profissional jurídico, ou seja, algo metodologicamente seu. As tinturas passadas nos cursos de especialização que tocam o tema "novos produtos", nas escolas de *Marketing* ou Administração, tendem (por evidente) a dar peso ao assessoramento do advogado, e não a reconhecer a intervenção verdadeiramente protagonista do profissional jurídico.

Em regra, o advogado posto frente a frente a "novos produtos" demora a adquirir maturidade técnica, o que só se dá com muita experiência. Percebe-se que estaria na graduação o tempo para se apropriar do território da competência do advogado, de certos espaços de investigação transdisciplinar, entre esses novos produtos. Seria como uma marcação de território e uma autopercepção do estudante como alguém a se desenvolver para projetos do novo, em que o Direito é condicionante, e não só cuidar de situações de confronto, como se tem no contencioso e na condução de saídas para problemas jurídicos dentro da dogmática do Direito. É ainda dominante a idéia de que cabe ao advogado analisar, sob a dogmática legal, o já ocorrido ou mapear as questões mediante o modelo do certo ou errado ou do

verdadeiro ou falso, estabelecendo situações de contradição entre dois pólos, como: isto é e aquilo não é, ou seja, visualizando oposições ou situações adversárias. É verdade que as novas escolas de Direito da Fundação Getulio Vargas, em São Paulo e no Rio de Janeiro, buscam desenvolver intencionalmente nos alunos capacitação proativa na formulação ou *design* de soluções. No entanto, trata-se de experiência recente, com pouca repercussão.

O modo tradicional de perceber a função do advogado é, apenas e ainda, adequado para a atividade do contencioso judicial ou administrativo ou para a elaboração de pareceres a consultas especificamente no plano jurídico. No entanto, não serve para o fazimento do novo ou para a inovação. Não é afeito a projetar-se ou criar-se a novidade, quando não há registros de conhecimento que possam dar imediata sustentação a dizer-se que algo é certo ou errado, verdadeiro ou falso. Na gestação do novo, ele pode alterar-se para atender a ditames restritores e a receber forma e conteúdo para aproveitar espaços. Trata-se da modelagem de algo que se vai descobrindo. Não é trabalho analítico de alguma coisa existente, mas de perceber alguma coisa a ainda existir (DE BONO, 1991). Como pano de fundo, tem-se que os advogados brasileiros estão sendo crescentemente exigidos pelos seus clientes a serem criativos e inovadores dentro de uma economia global formidavelmente competitiva que se volta às exigências do conhecimento aplicado e da criatividade.

Em suma, o que os advogados têm a oferecer a seus clientes é aprendido fora da escola, nos escritórios e nas organizações. "Novos produtos" é um exemplo da defasagem entre o modelo acadêmico-curricular de graduação e as exigências profissionais de décadas. Outros exemplos podem ser: relações organizações-governos; planejamento estratégico; inteligência competitiva; e gestão de proteção da propriedade imaterial. Esses são tópicos ao acesso transdisciplinar dos profissionais do Direito.

Este artigo é, isto posto, uma contribuição à discussão e definição de uma metodologia profissional do advogado em projetos de novos produtos dentro das organizações empresariais. É ainda, esperamos, o oferecimento público de um novo olhar sobre um papel do advogado que tem sido escondido até aqui: o advogado como *designer* do novo, como um profissional de criação.

1. SUGESTÃO DE UM MODELO DE ATUAÇÃO PROFISSIONAL

Parece-nos que o acesso investigativo jurídico nos projetos de novos produtos, em seguida a obra doutrinária seminal de Leães (1987), legitimou-se por força do Código de Defesa do Consumidor. Este estabelece nos artigos 12 e 14, e no conjunto do seu texto, que o fornecedor responde pelo seu produto independentemente de culpa pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes

de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação, acondicionamento e informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. O artigo 12 se reporta a produtos e o 14, a serviços; tratam, no fundo, do mesmo objeto, uma vez que produto e serviço se identificam, como tratado antes neste artigo.

Outro ponto a legitimar o acesso investigativo jurídico é a emergência do Direito Concorrencial, visto em termos amplos, o qual aponta para o dever de o fornecedor de produtos respeitar a livre concorrência e ser leal nos seus procedimentos perante os demais fornecedores do mercado relevante em que seus produtos disputem a escolha dos consumidores (CARVALHO, 2002).

Tudo isso ocorre em situação básica na qual os valores, princípios e regras de Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito do Trabalho, Direito da Propriedade Industrial e outros são condicionantes e modeladores de novos produtos. Importa dizer que novos produtos, como objeto de conhecimento, é tema profissional jurídico, tanto quanto é assunto de *Marketing*, de Engenharia da Produção, de Pesquisa e Desenvolvimento ou de Gestão de Projetos. Cabe lembrar o ensaio de Fernando Gherardini Santos (2000), em que se identificou um "Direito do *Marketing*", tendo o *marketing* como objeto próprio da investigação jurídica.

Um projeto de novo produto é uma tarefa criativa à base de tentativas e erros, uma vez que, ao mesmo tempo em que segue um curso de procedimentos, *reinventa*, em revisões constantes, seu próprio objeto de investigação. Não se visa aqui a apresentação de uma "receita de bolo" ou de uma metodologia que faça dar certo – sob o ponto de vista jurídico e geral –, se seguidos passos específicos. Trata-se apenas de uma metodologia desenvolvida na nossa experiência profissional. O que se quer é provocar, com base em uma *techne* artesanal, a discussão de uma metodologia consistente para todos ou, ainda, se for o caso, aperfeiçoar-se o aqui apresentado.

O advogado pode e deve ter um modelo validado que o ajude nos projetos de novos produtos. A consultoria jurídica organizacional brasileira no início do século XXI está definitivamente comprometida com o *design* ou a modelagem de soluções, e não apenas com a saída jurídica "mágica" ou a intervenção corretiva. Essa percepção do advogado como um criador ou um *designer* faz resultar a conveniência da imposição de algum método profissional que venha a ser geralmente aceito. Deve estar voltado, assumimos, à visão *transdisciplinar* a partir do Direito (ver em específico: CARVALHO, 2003; CARVALHO; CAVALCANTI, 2007; e, no geral, quanto à transdisciplinaridade: NICOLESCU, 2001; DOMINGUES, 2005) ou para o *lateral thinking* (DE BONO, 1992) que determine caminhos mesmo que aparentemente fora da matéria jurídica, mas dirigidos à proteção jurídica do produto.

Na nossa ótica, o ponto a desenvolver para que fique evidente o papel do advogado nos projetos de novos produtos é o "estudo dos ambientes", em que se torna

mandatória a atitude transdisciplinar, a competência de *interface* com outras áreas do conhecimento e razoável cultura geral. Transdisciplinaridade, conforme Nicolescu (2001, p. 50-52), "como o prefixo 'trans' indica, diz respeito àquilo que está ao mesmo tempo *entre* as disciplinas, *através* das diferentes disciplinas e *além* de qualquer disciplina. Seu objetivo é a compreensão do mundo presente, para o qual um dos imperativos é a unidade do conhecimento". "Pensamento lateral" ou *lateral thinking* (DE BONO, 1992) significa o uso de caminhos não-padronizados ou não-focais na procura do novo. Em verdade, uma coisa é resolver um problema como um *puzzle,* outra é conceber ou desenhar o novo.

No estudo dos ambientes, implicações jurídicas e "transjurídicas" podem surgir de qualquer ponto em que o produto em projeto esteja presente após seu lançamento. Em nosso modelo metodológico, tais ambientes são estruturados por elementos jurídicos. O papel estruturante dos elementos jurídicos corresponde ao conceito de "paradigma', como se tem em Kuhn (2003), quando esse autor explica o modo da validação do que é correto cientificamente e o que não é, dentro de determinada circunscrição do conhecimento e determinado momento da História da Ciência. No caso presente, remetemos ao termo para indicar que os elementos jurídicos têm papel estruturante em cada ambiente onde o produto estará. A função paradigmático-estruturante, ou seja, modeladora dos elementos jurídicos no âmago dos sistemas ambientais, se cumpre por via de essas dimensões corresponderem, em cada caso, a valores, assunções, princípios e regras que dão ordem ou coerência à nossa cognição do dado ambiente. Em outras palavras, a adequada *interpretação* dos ambientes ocorrerá com o uso das estruturantes jurídicas.

2. O PRÉ-PRODUTO

Chamamos de "pré-produto" um futuro ou possível produto sendo estudado (e enquanto estiver sendo estudado), isto é, ainda no papel, na bancada ou no monitor de computador. Nossa metodologia é da construção, no sentido mais amplo, do novo produto por via das percepções sobre o "pré-produto" *vis-à-vis* os ambientes. Cabe *projetar* o novo produto, por via de permanentes revisões e acertos no "pré-produto", em decorrência das informações extraídas do seu comportamento perante aspectos ambientais em situação de laboratório. Nessas inúmeras situações, o "pré-produto" estará "oportunizado" (ou seja, o aspecto ambiental estudado responde de forma sinergética ou, ao menos, favorável), "estará viável" (ou seja, o aspecto ambiental analisado ao mesmo tempo não oferece resistência, mas não corresponde à oportunidade especial), estará "ameaçado" (ou seja, o aspecto ambiental investigado responde negativamente, ainda que sem clareza ou certeza de rejeição), ou estará "bloqueado" (ou seja, o aspecto ambiental investigado obstrui ou barra o "pré-produto"). A identificação das interações ambientais,

as quais adaptamos e desenvolvemos, tem origem na Universidade de Harvard, na década de 1970, sendo conhecida como a matriz SWOT (*strenghts*, *weaknesses*, *opportunities* e *threats)*. Sobre o assunto, entre outros, se tem Thompson e Strickland III (2002).

Vamos supor que exista uma encomenda de estudos sobre a viabilidade de um produto, ou seja, de um "pré-produto", feita por iniciativa do gestor de organização empresarial a quem se atenda. Em vista da encomenda, terão de ser desenvolvidas as indicações iniciais do gestor em termos de formulação conceitual do "pré-produto" e testar sua consistência perante o ambiente ou suas segmentações operativas (ambientes), até que se chegue ao "pré-produto" *final*, que constará de *projeto executivo* na forma de um plano, ao mesmo tempo amplo e detalhado, de todas as atividades de produção e entrega. Em outras palavras, o trabalho do projeto é ser sistemicamente orientado, com o "pré-produto" visto como uma 'criatura' a existir em ambiente de laboratório, como um "animal engenheirado geneticamente" que se testa e possa, uma vez completo seu projeto, inserir-se na ecologia já preparado para superar ou fugir de predadores e adversidades, buscar alimento, procriar e sobreviver por um dado ciclo de tempo.

3. AMBIENTES DE PRÉ-PRODUTO

Por ambientes entendemos as segmentações temáticas do ambiente pleno do "pré-produto". Cada ambiente é, assim, o conjunto de oportunidades, viabilizações, ameaças e bloqueios de dado tipo que se apresenta para o "pré-produto", em antecipação laboratorial ao que se apresentaria em situação real para o novo produto. O "pré-produto" deve ser validado em todos os ambientes. Deve afirmar-se por inteiro garantindo a previsão de retorno financeiro que lhe tenha sido fixada, sem embaraços imprevistos. Esse resultado ideal é o que se espera do projeto executivo.

Por certo, a Ciência do Direito, em sua estrutura dogmática, não tem por objeto esses temas. Trata-se de assunto tecnológico sustentado transdisciplinarmente (seria um tema jurídico "zetético", como referido em FERRAZ JUNIOR, 2001, 44-47), no campo do que se pode chamar de *Law* & *Management*, na falta de melhor enquadramento. Como em Drucker (1993, p. 10-20), a tecnologia, no sentido aqui usado, é a *techne* submetida à sistematização como conhecimento recolhido, *logia*. No caso, a *techne* do advogado sobre novos produtos é obtida na lida com seus clientes.

Na teoria das organizações, Lawrence e Lorsch (1967) estão entre os que primeiro perceberam a importância do ambiente na modelagem das organizações e, por extensão, podemos assumi-la na modelagem de novos produtos como técnica, como pretendido neste trabalho. De rigor, o ambiente corresponde a uma continuidade de

elementos em interação e é uno. No entanto, para fins práticos, isto é, de conhecimento aplicado, podem-se identificar vários ambientes de investigação. A decomposição anunciadado ambiente em diversos ambientes é um procedimento que se tem de algum modo já em Lawrence e Lorsch (1967) e visa dar condições à investigação organizada, independentemente de virmos em seguida a proceder à aproximação sistêmica como em Bertalanffy (2001). Os ambientes são sistemas sob estruturantes jurídicas, os quais formam um sistema ambiental maior. A decomposição é útil para efeito de método.

Identificamos oito ambientes pela decomposição do ambiente real, percebendo-se que nossa segmentação desconsidera diferenças entre ambientes imediatos e macroambientes, uma vez que essa diferenciação não teria proveito para o propósito deste trabalho. Os ambientes são: ambiente jurídico-político (o mais 'jurídico' dos ambientes, sem que os demais percam essa referência), ambiente interno, ambiente cultural, ambiente socioeconômico, ambiente científico-tecnológico, ambiente concorrencial, ambiente do consumidor e ambiente espaço-tempo.

Vamos a cada um deles, explicando seus conteúdos e mostrando suas "estruturantes jurídicas", isto é, condicionantes jurídicas (valores, princípios e regras jurídicas) que organizam sistemicamente o entendimento dos ambientes.

4. OS AMBIENTES UM A UM

4.1 Ambiente Jurídico-Político

Corresponde ao ambiente das interações do "pré-produto" com as oportunidades, viabilidades, ameaças e bloqueios feitos pelas legislações do Brasil e/ou, conforme o caso, dos países onde o "pré-produto" venha a ser comercializado. Inclui as barreiras e restrições da tributação e as oportunidades de incentivos fiscais e financeiros. Compreende as regras de Direito Constitucional, Regulatório, Civil, Comercial, Administrativo, do Trabalho, Previdênciário, do Consumidor e de Propriedade Industrial que incidam sobre o "pré-produto". Cabe verificar se o "pré-produto" resiste a esse ambiente e como tirar proveito dele. Se o não provocar o retorno financeiro esperado por conta das ameaças e dos bloqueios desse ambiente, é o momento de abandoná-lo, pondere-se.

4.1.1 Estruturantes jurídicas

O sistema jurídico no conjunto e na especificidade de suas normas afeta diretamente o "pré-produto". Essas normas são de Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito do Trabalho, Direito Obrigacional e dos Contratos, Direito Societário, Direito Civil, Direito Comercial e Direito Penal. Os valores, princípios e regras jurídicas da generalidade da ordem jurídica são os elementos (estruturantes e demais) deste sistema ambiental.

4.2 Ambiente Interno

Corresponde às interações do "pré-produto" com as oportunidades, viabilidades, ameaças e bloqueios que se apresentem a ele quanto à disponibilidade de condições e meios de fábrica, recursos humanos, insumos em geral, distribuição de recursos econômicos e financeiros. Nesse ambiente, o "pré-produto" terá de disputar oportunidade com outros possíveis pré-produtos e produtos existentes. Além de ser um ambiente em que parece haver objetividade quanto à coleta de dados para análise, é também altamente politizado (MORGAN, 2002, p. 177-214), isto é, os gerentes de outros projetos, ou seja, de outros pré-produtos e de produtos, estarão disputando os mesmos recursos e os mesmos meios. É uma questão, muitas vezes, de definição política ou de vontade política do gestor em direcionar os recursos e meios para o "pré-produto", e não para outros fins. Evidentemente, se não houver a garantia dos recursos e meios internos, cabe alterar o "pré-produto" ou deixá-lo de lado para melhores tempos.

4.2.1 Estruturantes jurídicas

As questões relativas a orçamento e planejamento são objeto de decisões normativas pelos órgãos próprios da organização empresarial. Nesse quadro, serão necessárias providências de Direito Societário para a legitimação da provisão de recursos para o "pré-produto". Os valores, princípios e regras jurídicas societárias são os elementos estruturantes deste sistema ambiental.

4.3 Ambiente Cultural

Esse ambiente corresponde às interações do "pré-produto" com as oportunidades, viabilidades, ameaças e bloqueios que se podem apresentar a ele perante os valores e ideais prestigiados pela comunidade em que o "pré-produto" será comercializado. Também se incluem como elementos desse ambiente os hábitos, preceitos religiosos ou filosóficos praticados, noções de felicidade, prazer e interesses intelectuais, formas de mostrar consideração social, meios de aquisição de prestígio social e perda de prestígio, gosto estético, noção do certo e do errado e tudo o mais que representar modelo mental. Caso o "pré-produto" não satisfaça ou não se harmonize com o ambiente cultural, caberá reformulá-lo ou alterá-lo no que for ameaçado ou bloqueado, em favor de sua viabilização ou mesmo oportunização. Se a adaptação for impossível, deve-se examinar se o projeto criativo não deve ser terminado, esquecendo-se por ora ao menos do "pré-produto".

4.3.1 Estruturantes Jurídicas

A Constituição Federal protege o livre-arbítrio e as manifestações culturais e religiosas, bem como não admite preconceitos injustos, por qualquer razão que seja. Nesse quadro, abre oportunidade para ações de danos morais para os ofendidos. Os valo-

res, princípios e regras jurídicas constitucionais protetivas do ser humano e da sua dignidade são os elementos estruturantes deste sistema ambiental.

4.4 Ambiente Socioeconômico

Corresponde às interações do "pré-produto" com suas oportunidades, viabilidades, ameaças e bloqueios no tocante à comunidade ou ao suposto mercado-alvo do "pré-produto", relativas a demografia, perfis sociais e distribuição da renda, efetividade e modo da movimentação social. Esse ambiente importa ao "pré-produto" quanto ao público-alvo e ao retorno de preço que o mercado estaria disposto a pagar por ele. Se o preço possível for insuficiente para um retorno financeiro satisfatório, o "pré-produto" deve ser descartado ou alterado de forma que o retorno seja aceitável.

4.4.1 Estruturantes Jurídicas

De conformidade com o Direito Concorrencial, a fixação do preço deve ser legitimamente feita a partir da estrutura de custos. O uso de política de preços predatórios é delicado, ainda mais se puder ser comprovada a intenção direta de afastar concorrente. As regras antitruste proíbem os preços abusivos. Importa aqui o conceito de função social da propriedade empresarial e do contrato. Os valores, princípios e regras jurídicas constitucionais e concorrenciais restritivas do abuso do poder econômico são os elementos estruturantes deste sistema ambiental.

4.5 Ambiente Científico-Tecnológico

Este ambiente é das interações do "pré-produto" com as oportunidades, viabilidades, ameaças e bloqueios relativos à tecnologia ligada a ele, à disponibilidade dessas tecnologias no Brasil e no resto do mundo, entradas de patentes no domínio público livres para uso, pesquisas básicas que estejam sendo desenvolvidas por universidades e entidades de pesquisa no Brasil e no mundo. O "pré-produto", para ser adequado a esse ambiente, deve representar um aproveitamento de oportunidade quanto a uma dada tecnologia. Se não houver segurança quanto à tecnologia, se isso for uma barreira, restrição ou ameaça, a segurança tecnológica deve ser obtida por outra fonte, com alteração do "pré-produto", ou o seu descarte imediato ser considerado.

4.5.1 Estruturantes Jurídicas

Os bens intangíveis, tecnológicos e autorais são, em regra, objeto de propriedade; excepcionalmente não o são. Impõe-se, assim, a investigação jurídica quanto à sua utilização no "pré-produto". Os valores, princípios e regras jurídicas de propriedade industrial, de direito autoral e de propriedade intelectual em geral são os elementos estruturantes deste sistema ambiental.

4.6 Ambiente Concorrencial

Este ambiente é o das interações do "pré-produto" com as oportunidades, viabilidades, ameaças e bloqueios apresentados pelos concorrentes existentes ou possíveis por conta do "pré-produto". O passo importante será verificar quem são esses concorrentes e suas condições de criação de bloqueios e ameaças ao "pré-produto". Pode ocorrer de o comportamento dos concorrentes oportunizá-lo. Caso o "pré-produto" não consiga diferenciar-se dos concorrentes, no valor líquido que aporte, será o caso de reformulá-lo ou abandoná-lo. A avaliação dos concorrentes também deve se dirigir às análises comparativas de redes de distribuição e entrega do "pré-produto".

Os concorrentes relevantes são os seguintes, em que seguimos Porter (1980):

- os que já estão na mesma indústria do "pré-produto";
- os possíveis entrantes vindos de outros mercados relevantes que tenham facilidade de custos ou de ganho sinergético que motive objetivamente a apresentação de produto ou serviço que concorra com o "pré-produto";
- os vindos de outros mercados relevantes em que já ofereçam produtos que possam ser identificados como substitutos do "pré-produto"; e
- os fornecedores ou compradores de insumos para quem uma integração para frente ou para trás, na forma de produto ou serviço concorrente do "pré-produto", seja vantajosa; e
- os grupos de empresas de alta diversificação, para quem o investimento em produto ou serviço concorrente do "pré-produto" seja uma alternativa valiosa.

4.6.1 Estruturantes Jurídicas

As relações com os concorrentes devem ser legitimadas pelo crivo do Direito Concorrencial Público e pelo que chamamos de Direito Concorrencial Privado (CARVALHO, 2002), no que se incluem as questões cíveis de responsabilidade civil concorrencial, cobrindo-se inclusive as de concorrência desleal. Os valores, princípios e regras jurídicas constitucionais econômicas e concorrenciais são os elementos estruturantes deste sistema ambiental.

4.7 Ambiente do Consumidor

É o ambiente das interações do "pré-produto" com as oportunidades, viabilidades, ameaças e bloqueios apresentados pela legislação de Direito do Consumidor e pela jurisprudência dos juizados especiais cíveis e órgãos de defesa do consumidor em geral, relativos a ofertas semelhantes ou intercambiáveis com o "pré-produto". Inclui também o exame dos procedimentos de segurança do "pré-produto" quanto aos danos que possa causar ao consumidor, levando em conta as várias possibilidades de seu uso ou consumo. Caso o "pré-produto" não possa atender ao consumidor, o que abrange os referidos cuidados de segurança, ele deve ser alterado ou descartado de vez.

4.7.1 Estruturantes Jurídicas

As relações com o consumidor são objeto do Direito Constitucional e do Direito do Consumidor. Os ambientes operacionais concorrencial e do consumidor têm uma alta articulação, no entanto, devem ser tratados em separado, como tivemos oportunidade de apreciar em trabalho anterior (CARVALHO, 2004). Os valores, princípios e regras jurídicas de proteção do consumidor são os elementos estruturantes deste sistema ambiental.

Esses são os sete ambientes em que se devem fazer investigações pontuais. O oitavo ambiente, denominado ambiente espaço-tempo, em que foi dada consistência aos sete primeiros, é assunto para mais adiante.

5. PERGUNTAS SOBRE OS AMBIENTES

O método que sugerimos pode ser chamado de "maiêutico de implicação interativa", com fundamento em Sócrates, no século IV a.C. "Maiêutico", do grego *maieutikos*, porque age como parteira, extraindo idéias e informações a partir de perguntas. A imagem é de que as idéias já existem na mente 'grávida' do investigador, mas precisam de um parto para que se tornem manifestas. "De implicação interativa", pelo fato de as perguntas terem por fundamento a tensão interativa entre dois elementos. Um, o "pré-produto", o qual se quer modelar e dar condições de sucesso; outro, cada segmento de ambiente em que será posto ao ser lançado.

Em nosso plano metodológico, cada aspecto ambiental será perante o "pré-produto": uma oportunidade, uma viabilidade, uma ameaça ou um bloqueio. A mente do advogado é "engravidada" com a tensão contida na pergunta para, em seguida, colher-se a resposta. Evidentemente, para que seja possível uma resposta consistente e útil, é preciso que o advogado tenha informações suficientes sobre o aspecto ambiental dado, além de conhecer com exatidão o "pré-produto". E mais, como já dito, tenha atitude transdisciplinar, competência de "interface" e boa cultura geral.

Com base na nossa experiência profissional, cabem perguntas a serem feitas e respondidas com os olhos postos na modelagem do "pré-produto". Trata-se de perguntas para provocar percepções e conhecer melhor o que se quer e modelar o "pré-produto" da melhor maneira. É um processo criativo, uma vez que o "pré-produto" é algo "inexistente" no real; trata-se de um esforço intelectual de superação. Nesse quadro, deve-se estar atento para perceber bloqueios e ameaças ao "pré-produto", diante dos quais a conduta profissional é encontrar uma possibilidade alternativa para o "pré-produto", que o leve a uma situação de oportunidade, ou ao menos de viabilidade. Convida-se o advogado organizacional a não praticar a argumentação do sim e do não, do pode e do não pode, do certo/errado, do verdadeiro/falso, etc. Há assim, sugerimos, dois momentos de exercício intelectual. No primeiro, procura-se perceber o que parece ser bloqueio ou ameaça ao

"pré-produto" como esse 'existir' naquele momento. No segundo, devem-se buscar exclusivamente as possibilidades positivas para o "pré-produto", isto é, de como ele pode – feitas alterações no "pré-produto" ou no próprio ambiente, ou não – ter viabilidade ou mesmo oportunidade virtuosa. Como ensina De Bono (1999), não se deve proceder aos dois exercícios ao mesmo tempo, como que sopesando os fatores. Ocorre que a bioquímica mental não é a mesma, para criticar e imaginar possibilidades novas e criativas. Além disso, a tendência seria em favor de precaução,de dizer não ou ceder ao bloqueio ou à ameaça e regredir esterilmente.

As alterações poderão ser feitas no "pré-produto" ou no próprio ambiente. Mudanças no "pré-produto" podem ocorrer na sua aparência, na sua fórmula ou elementos componentes, nos seus propósitos declarados de atendimento a necessidades–desejos dos consumidores, no seu preço e na oferta de diferenciações, na sua identidade própria em contraste com os produtos concorrentes, etc. As mudanças ambientais são resultado de intervenções da organização empresarial para viabilização ou oportunização do "pré-produto", como uma matéria jornalística sobre os pontos favoráveis de um elemento do "pré-produto", uma mudança de legislação por *lobbying*, a compra de direitos de patente relativa ao "pré-produto", ações perante concorrentes em cartel, instalação de uma nova fábrica especializada no "pré-produto", etc.

As perguntas servem como provocações para chegar-se à percepção de como o novo produto decorrente do "pré-produto" deve ser. As perguntas podem e devem remeter a outras indagações e a respostas que podem não estar no âmbito das respostas articuladas para "aquela" pergunta. O advogado deve estar atento a todas. Nada a temer em ele próprio fazer essas perguntas no âmbito do grupo do projeto do "pré-produto" ou perante os gerentes ou especialistas que as possam responder. Ele terá autoridade para tanto, uma vez que as poderosas estruturantes jurídicas existentes em todos os ambientes validarão a pertinência da participação ativa do profissional jurídico.

É atribuição do gestor a definição do grupo que desenvolverá o "pré-produto". O gestor provavelmente convocará, com o advogado, profissionais de *marketing,* de produção e logística, de controle e de finanças; talvez ainda outros.

Para melhor entendimento da metodologia do "pré-produto" como apresentada neste trabalho, convém que ela seja usada em exercício prático de simulação até chegar a um "projeto executivo". Recomendamos que o leitor primeiro saiba o que deve conter o projeto executivo quanto a conteúdo, de modo que saiba a que deve chegar e com que dados. Em seguida, volte a este ponto, em que nos está lendo, para fazer as perguntas quanto aos ambientes, percebendo que as perguntas servem para dirigir a sua atenção a determinados pontos de interesse do "pré-produto". O leitor pode usar, para esse exercício, uma experiência própria com projetos de novos produtos, como advogado. Não importa que sua participação real na ocasião

tenha sido pequena, em razão de bloqueios por parte da cultura da empresa ou dos seus gestores, que não quiseram o advogado envolvido, mesmo que ele estivesse disponível e capacitado.

Quando agora for realizado o exercício, o leitor perceberá a importância que teria tido para a qualidade do "pré-produto".

Lembramos que as perguntas são chamadas da sua atenção para determinados pontos. Muitas vezes, as perguntas não serão diretamente pertinentes ao seu "pré-produto", mas provocarão algum tipo de ponderação útil. Nada importa ou é mesmo adequado que de um ponto a atenção do leitor flua para outro foco. O que é relevante é o escrutínio de todos os aspectos possíveis, inclusive aqueles escondidos nos recônditos dos ambientes.

5.1 Perguntas sobre o Ambiente Jurídico-Político

Como está o "pré-produto" (como percebido agora nesta fase do projeto) em interação com:

a) o cumprimento ou aproveitamento da legislação administrativa e tributária?
b) o cumprimento ou aproveitamento da legislação trabalhista e de higiene/segurança?
c) os projetos em curso no Congresso Nacional e outras casas legislativas?
d) as licenças e autorizações de governos e agências públicas?
e) o cumprimento da legislação do meio ambiente e de saúde pública?
f) as providências relativas a posturas municipais?

5.2 Perguntas sobre o Ambiente Interno

Como está o "pré-produto" (como percebido agora nesta fase do projeto) em interação com:

a) os outros "pré-produtos" e produtos em produção?
b) os recursos orçamentários?
c) os recursos humanos necessários?
d) os meios industriais para sua produção e entrega?
e) os meios de informação, controladoria e sistemas integrados corporativos?
f) os modelos contratuais e formulários relativos a comercialização e vendas?
g) as providências jurídico-societárias necessárias para sua aprovação?

5.3 Perguntas sobre o Ambiente Cultural

Como está o "pré-produto" (como percebido agora nesta fase do projeto) em interação com:

a) os valores culturais de conforto, segurança, beleza, prestígio social, etc.?
b) os valores religiosos e costumes recomendados pelos preceitos de religiões?
c) os preceitos de estética disseminados na comunidade e no mercado-alvo?
d) o que seja entendido como "politicamente correto"?

e) o pensamento e o julgamento das pessoas formadoras de opinião?
f) as necessidades-desejos que o "pré-produto" supõe estar satisfazendo?

5.4 Perguntas sobre o Ambiente Socioeconômico

Como está o "pré-produto" (como percebido agora nesta fase do projeto) em interação com:
a) o seu suposto ou assumido mercado-alvo ou segmento mercadológico?
b) estudos de renda e demográficos do mercado-alvo?
c) as possibilidades de seu desenvolvimento em novas ofertas/segmentos?
d) as possibilidades de uma família de produtos?
e) a política de preços?

5.5 Perguntas sobre o Ambiente Científico-Tecnológico

Como está o "pré-produto" (como percebido agora nesta fase do projeto) em interação com:
a) o estado da tecnologia disponível?
b) a possibilidade de uso indevido de direitos imateriais de outros?
c) a garantia de suprimento de tecnologia e de *upgradings*?
d) as possibilidades da sua proteção como segredo de negócio?
e) as patentes de terceiros que estejam para tornar-se de domínio público?
f) a garantia da provisão de conhecimento científico e tecnológico?

5.6 Perguntas sobre o Ambiente Concorrencial

Como está o "pré-produto" (como percebido agora nesta fase do projeto) em interação com:
a) a sua inserção no(s) mercado(s) relevante(s)?
b) os planos e metas relativos aos produtos concorrentes?
c) o patrimônio e a capacidade de endividamento dos concorrentes?
d) os fornecedores de insumos próprios e os dos produtos concorrentes?
e) a força das marcas e as insígnias próprias e dos produtos concorrentes?
f) a contratação de agentes e de distribuidores?

5.7 Perguntas sobre o Ambiente do Consumidor

Como está o "pré-produto" (como percebido agora nesta fase do projeto) em interação com:
a) as instruções ou manuais de uso e/ou consumo?
b) a transparência das informações veiculas pela ações de publicidade?
c) os registros de pesquisa e procedimentos quanto à qualidade e à segurança?
d) o equilíbrio contratual e a não-abusividade dos contratos de comercialização?
e) as garantias dadas nos textos de comercialização?

f) a devolução em caso de defeitos e trocas em caso de arrependimento?
g) as peças sobressalentes e a assistência técnica?

6. O AMBIENTE ESPAÇO-TEMPO

O ambiente espaço-tempo corresponde a todos os demais ambientes vistos em uma perspectiva de evolução temporal e de movimento. Isto é, das oportunidades, viabilidades, ameaças e bloqueios proporcionados pelo fato de os elementos ambientais evoluírem no espaço-tempo de forma a que percam sua atual importância oportunizadora ou restritiva do "Pré-Produto". A expressão "espaço-tempo", que aproveitamos de Koch (2003, p.170-186), visa indicar, em memória à "teoria da relatividade" de Albert Einstein, que também, nos planos social e cultural, o tempo não é um contínuo ou um fluxo constante, mas, sim, interdependente do espaço para se avaliar a oportunística do "pré-produto". Em suma: o tempo poderá ser mais ou menos "rápido" conforme os acontecimentos no espaço tiverem seqüência mais ou menos curta. Isso não é filosofia. É da experiência comum que os eventos se aceleram ou se espaçam, fazendo com que seja absurdo para o estrategista supor, no tocante aos seus estudos de oportunidade ou oportunística, um tempo de fluxo constante. É no espaço-tempo que podem ser encontrados os nichos para a melhor ocasião de o "pré-produto" transformar-se em novo produto posto no mercado ou, então, de perder a oportunidade ou mesmo a viabilidade. Outra visão qualquer seria empobrecedora. A realidade ambiental é melhor reproduzida com a inclusão da dimensão espaço-tempo.

7. ESTUDO DOS DADOS E PROJETO EXECUTIVO

Ao final, ter-se-á um amontoado de anotações relacionadas às provocações indagativas feitas. O que fazer? Entendemos que as respostas fundamentadas às questões deverão ser classificadas como oportunidades ,viabilidades, ameaças ou bloqueio ao "pré-produto". Depois disso, cabe ponderar se o resultado do "pré-produto" em cada ambiente tende a ser positivo. Se a tendência for positiva, o que poderá não resultar do maior número de oportunidades registradas, mas da qualidade e peso de certas oportunidades, então caberá repensar o "pré-produto" perante todas as ameaças e bloqueios identificados de modo a verificar se não seriam possíveis alterações no "pré-produto" que o levarão ao menos a neutralizar as ameaças e bloqueios, sem que se percam as adaptações do "pré-produto" que o fizeram ter respostas de oportunidade.

Feito isso, cumpre juntar o trabalho produzido em cada ambiente e discutir cada "pré-produto"/ambiente diante de cada um e dos demais seis "pré-produtos"/ambientes em conjunto. Certamente, haverá "pré-produtos" diferentes,

uma vez que, em cada ambiente, se fez o exercício de adaptação de "pré-produto" para transformar as situações de ameaça e bloqueio em oportunidade ou, ao menos, em viabilidade.

O exercício de busca da melhor modelagem do "pré-produto" é um empreendimento do grupo do projeto com a ativa participação do advogado. É ser um processo de idas e voltas, de conflitos e encontros, nunca algo linear ou cartesiano. O processo do novo produto é essencialmente criativo. O "pré-produto" na sua forma final decorrerá mais de *insights* que de esforço analítico ou do relacionamento de informações no computador (DE BONO, 1991, p. 217-219). É ainda um processo social em que o cometimento de cada representante do grupo do projeto deve ser pleno e leal tanto no processamento das idéias como no criticismo destas. Não há situação de perde-ganha ou de certo-errado, mas o sentido construtivo do achamento do mais adequado "pré-produto".

Cabe perguntar se o uso do projeto de outro modelo metodológico pelo grupo teria algum impacto, sabendo-se que as grandes corporações têm cada uma os seus procedimentos. Assumimos que, ocorrendo isso (o que é comum), não significará que o advogado organizacional deva valer-se ou limitar-se aos procedimentos corporativos mandatórios. Cumpre, ao que parece, que o advogado tome como instrumental profissional seu o modelo dos ambientes sob estruturantes jurídicas ou outro que corresponda a uma *rationale* de investigação jurídica. Será a partir de um modelo profissional próprio de atuação que o advogado poderá firmar convicção e terá argumentação para o cumprimento de seu mister de garantir ao "pré-produto" a melhor qualidade jurídica.

Para o projeto executivo (o qual também deve ser um instrumental do advogado, independentemente do documento usado pelo grupo), é preciso atender, pensamos, aos seguintes títulos e segmentos. A descrição de projeto executivo a seguir é uma montagem a partir do que vimos em empresas de cosmética, da indústria farmacêutica, da indústria bélica e do setor bancário e securitário:

- descrição do produto; descrição do produto conforme sua percepção pelos consumidores; premissas e projetos de *marketing* e publicidade em sustentação do produto; marcas, patentes e outros registros proprietários; possibilidades de diferenciações do produto; identificação por exclusão de produtos semelhantes, etc.;
- estrutura gerencial e de recursos humanos com descrição de responsabilidades e competências, interfaciamentos e reportes específicos quanto à dinâmica da produção e entrega; níveis de autoridade para aprovação de "desvios"; inclusão do produto em sistema integrado de gestão – *information integrated system*;
- base física e maquinário para produção e entrega do produto; fornecimentos necessários do produto por terceiros; insumos financeiros para produção e entrega do produto; pós-venda e assistência técnica; garantias e suporte ao consumidor;

- parceiros nos procedimentos de produção e de entrega (descrever, se for o caso, o entrosamento do produto com adições de ofertas de parceiros, quando de blocos de ofertas integradas);
- política de comercialização e de preços; critérios de revisão das premissas; procedimentos contratuais de venda do produto e "desvios" possíveis; modelos de contratos e documentos outros de sustentação da comercialização do produto;
- definição de expectativas comerciais e retorno; mecanismos de monitoramento do desempenho do produto e critérios para avaliação de *performance*; definição da periodicidade de reuniões de monitoramento e pessoas envolvidas;
- discussão da oportunística do espaço-tempo para o produto; cronograma de procedimentos, ações e interdependência desses eventos; critérios e periodicidade de revisão do cronograma; e
- planos de contingência (descrever as alternativas a terceiros de venda de todo o empreendimento relativo ao produto, identificação de compradores possíveis, identificação de oportunidades de parceirização com terceiros na divisão dos riscos).

O projeto executivo e a documentação relativa ao "pré-produto" devem ser percebidos como "informação confidencial" proprietária em conformidade com os preceitos protetivos de Direito Comercial e da Propriedade Industrial (ver FEKETE, 2003, sobre o regime proprietário dos segredos de negócio e informações confidenciais). Representam um esforço formidável na produção de conhecimento novo aplicado empresarialmente (como se estuda, na Teoria das Organizações, em NONAKA; HIROTAKA, 1997; STEWART, 1998; CHOO, 1998; EDVINSSON, 2003; KROGH et al., 2000). Aconselhamos, de modo a preservar a propriedade sobre o conhecimento gerado, que se separe da referida documentação, para efeito do Direito do Consumidor, a memória dos cuidados relativos à segurança do novo produto quanto ao seu uso ou consumo.

8. CONCLUSÃO

Podemos concluir em caráter eminentemente provocativo:

(i) O envolvimento e a participação do advogado em projetos de novos produtos são mandatórios. A participação do advogado não é um traço cultural norte-americano que chegou há décadas ao Brasil, mas impõe-se em todos os projetos de novos produtos como ponto central e inafastável. Cumpre que os advogados organizacionais internos e os vindos de escritórios desenvolvam suas competências de "interface" com outros especialistas, bem como aumentem sua percepção transdisciplinar e seu letramento funcional nos assuntos de organização e economia.

(ii) Uma metodologia para o uso do advogado com intuito de melhorar os projetos de novos produtos é proceder à verificação das "interações" do "pré-produto"

com os diversos segmentos de ambiente, vistos a partir de suas estruturantes jurídicas, valores, princípios e regras de ordem normativa que determinam a cognição sobre cada ambiente, ou, ainda, em uma ótica mais simples, estabelecem critérios estáveis e de aceitação geral para o entendimento dos ambientes.

: ARTIGO APROVADO (12/09/2007) : *RECEBIDO EM 11/04/2007*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERTALANFFY, Ludwig von. *General system theory*. New York: George Braziller, 2001.
CARVALHO, Gilberto de Abreu Sodré. *Responsabilidade civil concorrencial*: introdução ao direito concorrencial privado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
_____. *A nova empresa na era da concorrência e da gestão do conhecimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.
_____. Concorrência e consumidor no âmbito da administração pública; uma relação a ser vista como de tensão no plano dos valores. *Revista de Administração Pública* – RAP, v. 38, n. 4, , p. 643-655, jul.-ago. 2004.
_____; CAVALCANTI, Bianor Scelza. Esboço sobre a transdisciplinaridade como método possível: a superação da co-responsabilidade dos consorciados nas licitações e o caso das PPPs. *Revista de Direito Administrativo* – RDA, v. 244, p. 151-164, jan.-abr. 2007.
CHOO, Chun Wei. *The knowing organization*: how organizations use information to construct meaning, create knowledge and make decisions. New York: Oxford University Press, 1998.
COOPER, Robert Gravlin. *Winning at new products*: accelerating from idea to launch. 3. ed. Cambridge: Basic Books, 2001.
DE BONO, Edward. *I am Right, You are wrong*: from this to the new renaissance: from rock logic to water logic. Penguin Books, 1991.
_____. *Serious creativity*: using the power of lateral thinking to create new ideas. New York: Harper Business, 1992.
_____. *Six thinking hats*. Boston: Back Bay Books, 1999.
DOMINGUES, Ivan. Em busca do método. In: _____ (Coord.). *Conhecimento e transdiciplinaridade II* – aspectos metodológicos. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005. p. 17-40.
DRUCKER, Peter. *Sociedade pós-capitalista*. São Paulo: Pioneira, 1993.
EDVINSSON, Leif. *Longitude corporativa:* navegando na economia do conhecimento. São Paulo: Makron Books, 2003.
FEKETE, Elisabeth Kasznar. *O regime jurídico do segredo de indústria e comércio no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
KOCH, Richard. *As leis do poder*: a ciência do sucesso. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.
KROGH, Georg von; ICHIJO, Kazuo; NONAKA, Ikujiro. *Enabling knowledge creation*: how to unlock the mystery of tacit knowledge and release the power of innovation. New York: Oxford University Press, 2000.
KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.
LAWRENCE, Paul; LORSCH, Jay. *Organization and environment*. [S.l.]: Harvard Business School Press, 1967.
LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*. São Paulo: Saraiva, 1987.
MORGAN, Gareth. *Imagens da organização*. Edição Executiva. São Paulo: Atlas, 2002.
NICOLESCU, Basarab. *O manifesto da transdisciplinaridade*. Tradução de Lucia Pereira de Souza. 2. ed. São Paulo: Triom, 2001.
NONAKA, Ikujiro; HIROTAKA, Takeuchi. *Criação de conhecimento na empresa*. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

PORTER, Michael E. *Competitive strategy*: techniques for analysing industries and competitors. NewYork: Free Press, 1980.
SANTOS, Fernando Gherardini. *O direito de marketing*: uma abordagem jurídica do marketing empresarial. São Paulo: RT, 2000.
STEWART, Thomas A. *Capital intelectual*: a nova vantagem competitiva das empresas. Rio de Janeiro: Campus, 1998.
THOMPSON, Arthur A.; STRICKLAND, A., J. *Planejamento estratégico*: elaboração, implementação e execução. São Paulo: Pioneira, 2002.
URBAN, Glen; HAUSER, John. *Design and marketing of new products*. Prentice Hall, 1993.

Gilberto de Abreu Sodré Carvalho

Mestre em direito político e econômico pelo Mackenzie, Brasil
Advogado

Gilberto Sodré Advocacia
Rua Machado Bittencourt, 317, cj. 81
Vila Clementino – 04044-000
São Paulo, Brasil
gsodre@gilbertosodre.com.br

SETENTA ANOS DEPOIS: DIREITOS AUTORAIS EM NOEL ROSA

Daniel do Amaral Arbix

SEVENTY YEARS LATER: NOEL ROSA'S COPYRIGHTS

RESUMO

Um regime ótimo de direitos autorais, ao tomar fundamento no estímulo ao desenvolvimento de novos bens intelectuais, depende de limites bem traçados. Este artigo procura aferir a funcionalidade desses direitos no que diz respeito a composições musicais, de sorte a avaliar, nesse campo específico, a maleabilidade da proteção aos direitos autorais e sua adequação à criação de novas obras. Para tanto, remete-se à experiência criativa de e sobre Noel Rosa, expoente do samba brasileiro. A marcada assunção de riscos por autores de obras derivadas, a formalização irregular das relações jurídicas entre titulares de direitos autorais e a profissionalização de determinados autores são constatadas como respostas diretas aos incentivos legais pertinentes. A incerteza decorrente dessas respostas expõe a dessintonia entre alguns dos objetivos das normas analisadas e seus efeitos práticos.

PALAVRAS-CHAVE

direito autoral, domínio público, obra intelectual, direito moral do autor

ABSTRACT

An optimal copyright regime, based on fostering the development of new intellectual works, depends on well designed limitations. This article aims to analyze such rights' functionality with respect to musical works, in order to evaluate, in this field specifically, the flexibility of copyright protection and its adequacy for the creation of new works. To perform such task, the creative process of Brazilian samba expert, Noel Rosa, is examined. A remarkable assumption of risks by derivative works' authors, the irregular formalization of legal relations between copyright owners and the profissionalization of certain authors are seen as direct answers to the legal incentives currently in force. The uncertainty derived from such answers exposes the tension between some of the analyzed norms' objectives and their actual effects.

KEYWORDS

copyright, public domain, intellectual work, author's moral rights

Introdução

Os direitos de propriedade intelectual conferem uma artificial exclusividade às criações imateriais, nelas inserindo o elemento da escassez, próprio do mundo concreto (Barbosa, 2003, p. 70-71). Essa resposta jurídica dirige-se a um problema econômico – os bens intelectuais, não-exclusivos e não-concorrentes, geram externalidades

positivas. Falhas de mercado capazes de beneficiar *free riders* e desestimular o desenvolvimento de novos bens intelectuais.

Para que haja estímulo à atividade criativa, tais direitos procuram internalizar parte do benefício social decorrente dos bens intelectuais (LEMLEY, 2005, p. 1032; LANDES; POSNER, 2003a, p. 24). Contudo, o regime brasileiro de direitos autorais, voltado ao progresso das *manifestações de espírito*, revela-se muitas vezes inadequado para conduzir textos, músicas e pinturas, entre outros, ao melhor aproveitamento social. Permite, por exemplo, que criações coletivas sejam apropriadas inadvertidamente, mas também que os contornos muito marcados da exclusividade sobre obras intelectuais as releguem ao esquecimento, ou que sejam impedidos usos e recriações legítimos, aprimoramentos e transformações inevitáveis, confrontos e misturas geniais.

Nos últimos 70 anos, assim como durante a vida de Noel de Medeiros Rosa, morto em 4 de maio de 1937, a utilização de suas melodias e letras esteve sujeita a fortes amarras jurídicas, primeiro do Código Civil, e, depois, tanto da antiga Lei nº 5.988/73 quanto da vigente Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98). Este artigo busca recompor momentos de brilho do sambista – acompanhado por um sem-número de outros autores, conhecidos ou não –, dissecando os potenciais riscos para as criações musicais e ilícitos relacionados a direitos autorais. Pretende-se expor, à luz de alguns dos sambas mais notáveis da memória musical brasileira, as ameaças que pairam sobre as obras intelectuais já existentes e a lúgubre sombra que avança sobre as futuras.

Uma vez descrito o eixo normativo dos direitos autorais – a exclusividade conferida sobre a obra intelectual –, será detalhada a proteção sobre composições musicais. Na seqüência, será exposto o contexto criativo do samba, para, então, abordar os diálogos nos quais a obra de Noel Rosa prepondera. A partir desses exemplos, a dinâmica da utilização livre de obras intelectuais será discutida tanto durante a vigência dos direitos autorais quanto após seu esgotamento.

1. A PROTEÇÃO AUTORAL – EXCLUSIVIDADE

> "A Vila é uma cidade independente
> Que tira samba mas não quer tirar patente."
> *Palpite infeliz,* 1935, Noel Rosa.

Os direitos autorais cumprem um propósito simples: garantem a seus titulares a prerrogativa da exclusividade sobre os bens intelectuais (ASCENSÃO, 1980, p. 85). Não obstante o trabalhador intelectual por vezes se satisfazer com o reconhecimento e a gratidão por sua criação e alcançar satisfação estética sobre o produto de seus

esforços, somente com essa exclusividade lhe é assegurado "o proveito material, consistente no resultado pecuniário que possa colher de seu trabalho" (CERQUEIRA, 1946, p. 68).

A exclusividade denota a funcionalidade desses direitos (BARBOSA, 2003, p. 22). Com a possibilidade e a expectativa de retribuição, objetiva-se incentivar potenciais autores a criar, ampliando e aprofundando as ciências e as artes. O autor pode, assim, ser remunerado a cada utilização de sua obra (BITTAR, 2005, p. 65). Para isso, a escassez, própria dos bens materiais, é forjada por um regramento dos traços e limites relativos aos bens intelectuais, cuja reprodução é cerceada.

Nesse esteio, o sistema de direitos autorais encorajaria a inventividade humana (por meio de *royalties* e outras vantagens econômicas) e a conseqüente publicização de maior número de criações intelectuais beneficiaria a sociedade com ganhos em qualidade de vida e enriquecimento econômico e cultural (ASCARELLI, 1970). Os impulsos normativos à atividade criativa, porém, não são o único fundamento para os direitos autorais. O direito natural do homem a suas criações, já presente em Locke (1994, p. 108), motivou abordagem *moral* dos direitos autorais, que seriam extensão da personalidade humana.

Entretanto, com o primado do titular de direitos, traduzido por uma ênfase em sua "propriedade" e na repressão aos *free riders*, os benefícios sociais são reduzidos. A restrição ao uso dos bens intelectuais com base na *injustiça* do enriquecimento ilícito, ou a simplificação econômica de buscar a internalização completa das externalidades positivas geradas por esses bens, acarreta um excesso de proteção, que diminui o bem-estar de todos (LEMLEY, 2005, p. 1059-1065). Por ser uma deficiência sistêmica, essa medida inadequada de prerrogativas não caracteriza abuso de direito; porém, desemboca em inevitáveis atritos relativos à utilização de obras existentes e forte instabilidade no que diz respeito à criação de novas obras.[1]

No Brasil, as justificativas para os direitos autorais combinam a visão conseqüencialista, utilitarista, segundo a qual a sociedade ganha com a atribuição de exclusividade aos autores, com a óptica individualista, que reconhece tal exclusividade como inerente ao trabalho intelectual (UNCTAD-ICTSD, 2003, p. 30). Mescladas, essas premissas fundamentam boa parte da elaboração legislativa na matéria.[2]

Embora comumente rotulados como "propriedade", os direitos autorais possuem dinâmica própria e complexa, em especial porque seus objetos, bens intangíveis, não são naturalmente exclusivos nem concorrentes. Como, a partir da constituição de tais direitos, ocorre a afirmação de determinadas prerrogativas (LOPES, 2000, p. 21),[3] sua justificação – como instituto "propriedade" ou não – é imprescindível; não apenas para que esses direitos sejam positivados, mas para que sua aceitação pública aconteça sem fortes turbulências.

Transformações sociais e diferenças acirradas sobre a concepção e a implementação dos direitos autorais formam reivindicações que confrontam desenhos

normativos imprecisos e imperfeições funcionais, das perspectivas moral e econômica. Desse conflito entre os distintos valores e esquemas de incentivos relacionados aos direitos autorais (SILVEIRA, 1997, p. 23) surgem discussões sobre sua necessidade, utilidade e justiça.[4]

2. Direitos sobre composições musicais

"Eu bem sei que tu condenas
O estilo popular
Sendo as notas sete apenas
Mais eu não posso inventar."
Mais um samba popular, 1934, Noel Rosa.

Os esforços internacionais para a proteção das obras intelectuais consolidaram suas primeiras diretrizes no final do século XIX, com a preocupação de restringir a utilização de tais obras sem autorização de seus criadores ou titulares secundários. As diferentes legislações nacionais procuraram, a partir de então, atenuar a exclusividade sobre as obras intelectuais, prevendo exceções que equilibrassem a fruição de direitos por particulares e os benefícios sociais resultantes dos bens intelectuais.

No Brasil, às primeiras normas nacionais sobre o tema somaram-se, na década de 1970, os mandamentos da Convenção de Berna.[5] Após a cristalização dos direitos autorais por cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988,[6] o tratamento dos direitos autorais foi modificado pela Lei nº 9.610/98, que sintonizou a legislação brasileira aos pisos mínimos de proteção dos direitos de propriedade intelectual decorrentes da adesão do País ao Acordo (TRIPs).[7]

O conjunto normativo hoje vigente no País define o objeto da proteção conferida pelos direitos autorais simplesmente como *criações do espírito*.[8] Apesar de não se identificar com nenhuma de suas exteriorizações, mas sempre as transcender, "una creación intelectual no puede ser percibida sino a través de su exteriorización material en una cosa o en una energía, aunque sólo sera la energía sonora de la palabra" (ASCARELLI, 1970, p. 265).

Ao longo da história desses direitos, a exclusividade conferida sempre recaiu não sobre as idéias em si, mas sobre determinada expressão delas. O artigo 9.2 do Acordo TRIPs dispõe que "a proteção do direito do autor abrangerá expressões e não idéias, procedimentos, métodos de operação ou conceitos matemáticos como tais", previsão ecoada no artigo 8.º da Lei nº 9.610/98. Tendo em conta que "não é a idéia que é protegida, mas a sua realização em forma definida" (SILVEIRA, 1987, p. 13),[9] não são consideradas ilícitas as criações de obras intelectuais diferentes,

ainda que partam da mesmíssima idéia. Nesse esteio, as "variações sobre um mesmo tema" povoam as artes, das bailarinas de Edgar Degas à recorrência de enredos no campo literário (CALVINO, 1990, p. 270-271), alcançando as Variações Goldberg de Johann Sebastian Bach.[10]

Por causa da necessidade de expressão definida de uma concepção intelectual para que sobre ela sejam conferidos direitos autorais, bem como por conta do caráter abstrato de cada obra intelectual protegida, que se pode materializar sob diferentes roupagens, deve-se atentar para uma peculiaridade da proteção às composições musicais. Além dos direitos autorais, que recaem sobre melodia e letra, associam-se naturalmente a tais obras os direitos conexos de artistas e produtores fonográficos, isto é, seu direito de exclusividade sobre determinada interpretação ou gravação de uma obra musical.

Isso significa que, sobre uma versão de *Feitio de oração*, sobrepõem-se os direitos autorais, originalmente conferidos a Noel Rosa e Vadico, aos direitos conexos relativos àquela versão específica, por exemplo de Francisco Alves, Castro Barbosa e Orquestra Copacabana. Tendo em vista o objetivo de averiguar os efeitos práticos das normas sobre a *criação* de novas composições musicais, em que intérpretes e executantes não têm participação necessária, este artigo limitará sua apreciação aos direitos autorais, atribuídos a autores e eventualmente transmitidos a outros titulares. Serão considerados, em especial, os contornos dos direitos de reprodução e de criação de obras derivadas, bem como o direito moral de integridade.

3. Princípios do samba

"O samba na realidade
Não vem do morro nem lá da cidade
E quem suportar uma paixão
Saberá que o samba então
Nasce no coração."
Feitio de oração, 1933, Noel Rosa, Oswaldo Gogliano [Vadico].

Destacando-se do maxixe, seu precursor, o samba ensaiou seus primeiros passos no Rio de Janeiro, por influência direta da cultura baiana, herdeira de inúmeras tradições africanas de ritmo, compasso e percussão. Após algumas canções menos célebres, em novembro de 1916, foi registrada na Biblioteca Nacional a música *Pelo telefone*, que teve enorme sucesso, arrebatando das classes mais pobres à nata da elite carioca. Fruto de sessões de samba no terreiro da Tia Ciata, entre doces baianos, candomblé e celebrações musicais, *Pelo telefone* teve a maioria das estrofes coletada por Donga, freqüentador habitual da casa, que modificou levemente a letra, com o

auxílio de Mauro de Almeida, e registrou o resultado. "Com isso, o que ele faz? Inicia a grande fase da canção de Carnaval, dá à palavra 'samba' uma dimensão de sucesso e ressalta, por linhas tortas, a importância da autoria na música popular" (VIANNA, 2004, p. 24).

3.1 O registro de *Pelo telefone*

> [...] vinha revelar o início do processo de profissionalização dos músicos com talento criador saídos das camadas populares. Era já uma prova da tomada de consciência, por parte desses antigos músicos amadores, da possibilidade de aproveitamento comercial de suas produções pelo teatro de revista, pelos editores de música e pelos fabricantes de discos (Tinhorão, 1998, p. 277).

No entanto, esse processo foi conduzido em nome de um único autor, Donga, que não fez constar na Biblioteca Nacional a autoria coletiva. Já naquela época, se percebia a inadequação da proteção autoral em casos de diluição da autoria (CARBONI, 2003, p. 172-177), com uma tendência de apropriação das obras intelectuais por "organizadores" como Donga – que se intitulou, então, líder do processo criativo de *Pelo telefone*. Ironicamente, mais tarde o mesmo Donga se queixaria de apropriação semelhante por Noel Rosa.[11]

> A idéia de autoria estava muito longe de ser a que temos hoje. Mesmo dez, 15 anos depois, quando o samba urbano nascido no Estácio começou a fazer sucesso, vender sambas ou parcerias não era considerada uma atitude absurda pelos compositores. Sinhô, um dos supostamente ludibriados por Donga, foi acusado nos anos seguintes de roubar várias músicas – Heitor dos Prazeres, por exemplo, dizia que eram dele os refrões dos clássicos "Ora vejam só!" (1927) e "Gosto que me enrosco" (1928) – e a ele é atribuída a famosa frase "samba é como passarinho, é de quem pegar" (VIANNA, 2004, p. 25).

Mostra dessa flexibilidade na paternidade intelectual, hoje cristalizada como direito moral do autor (artigo 24, incisos I e II, da Lei nº 9.610/98), é a participação de Francisco Alves não só como intérprete, mas também como co-autor ou mesmo único autor dos sambas mais famosos de Ismael Silva, do Estácio:

> Como sempre se soube, Chico era um "compositor", classificação dada pelas línguas ferinas do Café Nice, na Avenida Rio Branco, que remunerava o trabalho alheio em troca da aquisição de parte ou totalidade dos direitos autorais. Mas, igual a ele, havia muitos e muitos. O que o diferenciava da malta é que ele era o cantor de maior sucesso do país" (VIANNA, 2004, p. 45).[12]

Os problemas com autoria dos sambas voltariam a se repetir inúmeras vezes, com uma miríade de diferentes compositores. Apropriações de melodias e letras contra a vontade de seus autores[13] ocorriam em paralelo com as muitas vendas consentidas, a preços os mais variados,[14] mas também conviviam, e ainda convivem, com criações verdadeiramente coletivas, sem "direção" ou "organização" que esclarecem a quem cabem os direitos autorais, como preconiza a Lei nº 9.610/98.

Quando Noel Rosa desfilava no carnaval de Vila Isabel com o bloco *Faz Vergonha*, por exemplo, compunha o grupo de improvisadores que todos os anos criavam os versos da segunda parte de um estribilho fixo (MÁXIMO; DIDIER, 1990, p. 125-126). Nesse caso, como identificar um autor ou um coordenador das plurais contribuições ao samba do bloco, com reparos, acertos e correções de múltiplas vozes?

Apesar de enriquecer com os frutos desses esforços criativos, no final da década de 1920, a indústria fonográfica apenas engatinhava. As gravadoras, ávidas por ampliar seus catálogos, recorriam a grupos amadores, de classe média, para a fixação de inúmeras composições musicais, nas quais não investiam nada além do material para os discos (MÁXIMO; DIDIER, 1990, p. 102).

Simultaneamente, um bairro do Rio de Janeiro ascendia como ambiente musical privilegiado. Nos tempos do primeiro grupo musical de Noel Rosa, o Bando de Tangarás, a Vila Isabel abrigava também Francisco Alves, Lamartine Babo e uma infinidade de outros "compositores, poetas, cantores, instrumentistas" (MÁXIMO; DIDIER, 1990, p. 143-152). A demanda das gravadoras por novidades foi em parte aplacada pelos músicos da Vila, inclusive pelo Bando de Tangarás. "Mesmo tendo pouca chance de aparecer como autor ou cantor, dada a liderança não muito democrática de Almirante, Noel emplacou algumas criações" (VIANNA, 2004, p. 87). Curiosamente, as primeiras composições de maior alcance do compositor e de sua banda foram emboladas, cocos, cateretês, toadas e desafios, voltadas a aproveitar a moda de músicas nordestinas "tradicionais" no Rio de Janeiro, ainda que criadas e executadas por cariocas (MÁXIMO; DIDIER, 1990, p. 107-113).

É, porém, com a linguagem e a ginga do samba que Noel Rosa verdadeiramente se identificou e nas quais se expressou com genialidade. Ao desenvolver sambas-canções, sambas de partido-alto e outras modalidades, muitas vezes caracterizadas pelo breque (LOPES, 2003), Noel inovou no acompanhamento dos instrumentos e na lírica poética. Conforme Máximo e Didier (1990, p. 130),

> [...] já é nítida sua preocupação com a originalidade, não repetir o que os outros já fizeram, não se deixar levar pelos caminhos fáceis do lugar-comum. A partir dessa preocupação, trata de desenvolver logo seus próprios esquemas de fazer música e letra. [...] descobre muito cedo que neste ofício de compositor popular existe como que uma chave, um ponto de partida em todo o processo de criação: a idéia. Noel Rosa começa a ser agora – e será

> sempre – um compositor temático, tudo ou quase tudo partindo de um motivo central, um tema.

4. Diálogos

> "E este samba que fiz de parceria,
> Depois de feito não é dele nem é meu."
> *Estamos esperando,* 1932, Noel Rosa.

Embriagado pelo samba, Noel Rosa vive o início da década de 1930 como músico em tempo integral. Abandonando a faculdade de medicina com rapidez, volta-se a "Cantar o seu bairro, a sua cidade, o seu país. Retratar os personagens que trafegam por aí, focalizar os episódios que testemunha, captar o espírito de tudo isso, eis o destino de Noel Rosa, poeta e cronista" (MÁXIMO; DIDIER, 1990, p. 170). Era inevitável que, em meio às referências ao cotidiano do Rio de Janeiro e do Brasil, surgissem remissões a idéias expressas musicalmente e a outros sambas e sambistas.

Nesse contexto, Noel começou a compor uma série de sambas para Francisco Alves, maior intérprete brasileiro da época,[15] sem perder de vista a riqueza da musicalidade do morro carioca.

> Ao longo de dois, três anos-chave em sua carreira, [...] até se firmar como um cartaz do rádio e do disco já no começo de 1932, Noel vai subir muitas vezes o morro, beber em sua fonte, experimentar parcerias com seus compositores, aprender com eles. Sábia e humildemente [...] [Sua busca] é sobretudo integradora, mais soma que troca, comunhão plena no ato de criar (MÁXIMO; DIDIER, 1990, p. 196).

O autor, da classe média da Vila Isabel, transitou entre as diferentes classes sociais da década de 1930 – ora debatendo com Heitor Villa-Lobos; ora fazendo sambas com o lustrador de móveis Canuto, ora com o jornalista e crítico Orestes Barbosa. Experimentando e integrando melodias, fundindo e repicando letras, Noel propunha sociedades a compositores, letristas e intérpretes, aprimorando versos, sugerindo acompanhamentos, remodelando partes, fazendo em vida 56 parcerias (MÁXIMO; DIDIER, 1990, p. 257-268).

Versos irreverentes aludindo a outras escolas motivaram criações e reações de samba, primeiro com Gargalhada, do Salgueiro (MÁXIMO; DIDIER, 1990, p. 197), depois com Wilson Batista. Esse segundo embate, dos mais profícuos da história do

samba, foi engatilhado pela resposta de Noel, na música *Rapaz folgado*, de 1933, à defesa da vadiagem do malandro carioca[16] feita por Wilson Batista na música *Lenço no pescoço*, do mesmo ano (DANTAS, 2003). A resposta de Noel valeu-se de elementos figurativos e trechos de versos da composição de Batista, que replicaria com *Mocinho da Vila* (MÁXIMO; DIDIER, 1990, p. 291-292). O diálogo virulento e explosivo, pouco notado pelos ouvintes dos sambistas, desembocou em uma parceria, o samba *Deixa de ser convencida*, que selou a paz entre os compositores. Nele, a letra de Noel foi combinada com a melodia de *Terra de cego*, de Wilson Batista (JUBRAN, 2000, p. 143; MÁXIMO; DIDIER, 1990, p. 421-422).

Se as composições que precederam a parceria oficial dos sambistas fossem consideradas obras em co-autoria, Noel Rosa teria violado os direitos de Wilson Batista – e vice-versa –, visto que "na co-autoria indivisível, o exercício dos direitos depende de acordo entre os interessados, não podendo nenhum deles, sem consentimento dos demais, publicar ou autorizar sua publicação" (BITTAR, 2005, p. 38). Esses diálogos, entretanto, expõem uma possibilidade salutar de reutilizações de elementos de quaisquer obras intelectuais, como se verá adiante.

Outras "conversas", diferidas no tempo, revelam um dinamismo latente nos bens intelectuais. Ao retomar as teses de Noel em *Mentir (mentira necessária)* e *Pra que mentir?*, Caetano Veloso reviu melodia e letra daqueles sambas, "atualizando-os" com evidentes acréscimos intelectuais, paralelos ao confronto de conselhos e de visões de mundo. Já Carmem Miranda, ao modificar a letra de Noel na música *Tenho um novo amor* e interpretá-la à sua maneira, distanciou a obra dos sambas do morro carioca, aportando um novo produto aos salões da alta sociedade fluminense (MÁXIMO; DIDIER, 1990, p. 235).

Mas citações, paráfrases e "respostas" são menos controversas do que efetivas modificações nas obras intelectuais de terceiros, representadas por paródias, traduções e outras obras derivadas e estão longe de esgotar a tradição de transformações típica do samba: a própria *Pelo telefone*, registrada por Donga, foi parodiada por seus possíveis co-autores, que ironizaram a apropriação da música mesclando a sua melodia os ácidos versos "Ó, que caradura / De dizer nas rodas / Que esse arranjo é teu! / É do bom Hilário / E da velha Ciata / Que o Sinhô escreveu. / Tomara que tu apanhes / Para não tornar a fazer isso. / Escrever o que é dos outros / Sem olhar o compromisso" (VIANNA, 2004, p. 25).

Noel Rosa, ainda jovem, divertia-se com paródias musicais, geralmente inserindo em melodias famosas letras próprias. Máximo e Didier (1990, p. 66-69) relatam transformações de *Gigolette* (de Franz Lehár), *Yes, Sir, that's my baby* (de Walter Donaldson e Gus Kahn) e *A casinha da colina* (de Pedro de Sá Pereira e Luís Peixoto). O lançamento de Noel no samba, ademais, pautou-se em paródias e citações: a letra de sua primeira composição de sucesso, *Com que roupa?*, substitui com perfeição a do Hino Nacional.[17]

A irreverência de Noel foi levemente mitigada pela adaptação da primeira parte da música para que passasse pela censura, mas, embora a melodia hoje conhecida não contenha, nos três compassos iniciais, as mesmas notas do hino, é direta a referência ao "Brasil de Tanga", como dizia o compositor (MÁXIMO; DIDIER, 1990, p. 120-121). As derivações não se interrompem nesse ponto: do primeiro trabalho famoso de Noel surgiram propagandas, charges, paródias e até um grupo musical intitulado *Com que roupa?* (MÁXIMO; DIDIER, 1990, p. 155-163) (VIANNA, 2004, p. 88).

Além disso, na obra do sambista podem ser identificadas diversas outras paródias. *Paga-me esta noite* é uma paródia de *Tell me tonight*, de Mischa Spoliansky; *Foi ele*, parodia *Foi ela*, de Ary Barroso; *Roubou, mas não leva* foi construída sobre *Ganhou, mas não leva*, de Benedito Lacerda e Milton Amaral; *Mas como... outra vez?* tem o estribilho calcado no *Liberstraum n. 3*, de Franz Liszt.

Durante as turnês com a banda Ases do Samba, as paródias de Noel no palco exalavam um humor cortante; mais tarde, em projetos para o rádio, especializou-se nos pastiches, que iam de marchinhas e tangos até as óperas de Rossini (MÁXIMO; DIDIER, 1990, p. 224/375-389). Nas viagens a Minas Gerais, improvisando sobre a melodia de *I'm looking over a four leaf clover*, de Mort Dixon e Harry Woods, Noel criou uma homenagem bem-comportada a Belo Horizonte, cantada em uma festa familiar. Mais tarde, na zona boêmia, revelou outra letra, apimentada e pornográfica (MÁXIMO; DIDIER, 1990, p. 351).

Também são vários os diálogos com sua própria obra.[18] Paródias de si mesmo – como *A Genoveva não sabe o que diz*, sátira de *Palpite infeliz* – convivem com recriações majestosas. A maior delas pode ser ouvida em *Quando o samba acabou*, cuja letra ergueu-se sobre a canção sertaneja *Mardade de cabocla*, nunca gravada (MÁXIMO; DIDIER, 1990, p. 115-116). Também de um esboço de música e letra, denominado *Vou te ripar*, Noel fez surgir duas composições diferentes: uma com o mesmo título, *Vou te ripar*, e outra chamada *Nunca... jamais!* – esta aproveitando parte da letra original, aquela parte de sua melodia (MÁXIMO; DIDIER, 1990, p. 131-132). Mais tarde, sua marcha *Uatch!*, preparada para um concurso do jornal *Folha de Minas*, foi reaproveitada nas composições *Morena e loura* e *Leite com café* (MÁXIMO; DIDIER, 1990, p. 354-355).

Da morte de Noel floresceram muitas e muitas homenagens (MÁXIMO; DIDIER, 1990, p. 488-490). Algumas delas se valem de elementos de suas obras, como *Inesquecível Noel* e *A Vila emudeceu*, compostas logo após sua morte, respectivamente por Osso e Cartola. Outras entrelaçam múltiplas referências, como *Noel, rosa do samba*, composta "Com uma rosa, uma rosa de versos dos sambas de Noel [...]", apenas por versos do sambista, "organizados" por Johny Alf e Paulo César Pinheiro (JUBRAN, 2000, p. 156). Ainda, outras composições contêm tintas de crítica e paródia: Caetano Veloso e Jorge Mautner formularam um feitiço muito diverso do *Feitiço da Vila (Feitiço sem farofa)*. Os seguintes versos de Noel Rosa e Vadico:

A Vila tem / Um feitiço sem farofa / Sem vela e sem vintém / Que nos faz bem... / Tendo nome de Princesa / Transformou o samba / Num feitiço decente / Que prende a gente [...]

Foram respondidos em *Feitiço*, de 2002:

Nosso samba / Tem feitiço, / Tem farofa / Tem vela e tem vintém / E tem também / Guitarra de rock 'n' roll, batuque de candomblé [...]

Em todos esses casos, o potencial criador de uma composição musical baseada em outras defronta-se com uma indagação complexa. A reprodução desautorizada de outra obra – melodia, letra, trecho – é plágio?[19] Alguns "empréstimos" são admirados em Shakespeare, Elliot e Joyce (LANDES; POSNER, 2003a, p. 58-60). Atualmente, há balizas legais firmes às utilizações diretas de idéias, sendo permitidas sempre sua apropriação e transformação em novas obras intelectuais. Mas quais são os limites para a inspiração? Basta um critério mitigado de originalidade, considerada de forma fraca?[20] Ou é preciso que sejam transfigurados, em alguma medida específica, os elementos da obra inspiradora? Como resolver conflitos de "aproximações" ou "cópias" não deliberadas?[21]

5. Exceções aos direitos autorais

"Nesse Brasil tão grande
Não se deve ser mesquinho
Quem ganha na avareza
Sempre perde no carinho."
Samba da boa vontade, 1931, Noel Rosa e Carlos Alberto Ferreira Braga [João de Barro].

O direito de reprodução de composições musicais, exclusividade do titular de direitos autorais, pode ser transferido a terceiros nos termos dos artigos 29, inciso I, e 49 da Lei 9.610/98.[22] Contudo, em alguns casos, a reprodução é autorizada sem que seja necessária a autorização do titular. Permite o artigo 46 da referida lei:

[...]
III – a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;
[...]

> VIII – a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

O artigo 47 da mesma lei dispõe que: "São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito".[23]

Aparentemente, portanto, há razoável liberdade às criações musicais inspiradas em obras anteriores, que se valham de elementos destas como citação, como pequenos trechos ou como base para paródias. Tomando uma composição original como um quebra-cabeça, teríamos clareza quanto à utilização, por novas obras, de uma única peça, ou de uma figura similar, mas expressa de maneira diferente da primeira. Ou até mesmo da figura original, desde que distorcida com a finalidade de parodiar a primeira.

A criação de obras derivadas que fujam à paródia e às citações, contudo, carece de regras análogas. Dependeria sempre, à primeira vista, da autorização do titular de direitos autorais, tanto por conta da previsão do artigo 29, incisos III e IV, da Lei 9.610/98 quanto pelo direito moral do autor de manter a integridade de suas criações.[24] Assim, quem buscasse compor uma obra a partir das mesmas peças do primeiro quebra-cabeça, ainda que com um arranjo diferente, ou quem quisesse colorir ou envernizar a figura montada, enfrentaria fortes incertezas normativas.

Significa isto que a atual Lei de Direitos Autorais trata de reprodução de obras anteriores e da criação de obras derivadas sem precisar a extensão lícita das metamorfoses em uma ou mais obras intelectuais de que se parte, nem definir uma obrigação maleável de se fazer referência aos aproveitamentos anteriores. Conseqüentemente, a utilização de obras intelectuais, quer desautorizada, quer sem indicação do autor, traz inúmeros problemas específicos no campo musical, que poderiam ser resolvidos com maiores clareza quanto aos objetivos legais e flexibilidade para utilizações desautorizadas.[25]

No Brasil, a licitude das citações depende de sua finalidade ("estudo, crítica ou polêmica") e da medida adequada. Muito mais restritiva para a criação de composições musicais é a exigência de indicar, sempre, "nome do autor e a origem da obra" citada. Esse requisito não foi previsto pela Convenção de Berna, que em seu artigo 10:1 prescreve apenas: "São lícitas as citações tiradas de uma obra já licitamente tornada acessível ao público, com a condição de que sejam conformes aos bons usos e na medida justificada pela finalidade a ser atingida".

À legislação brasileira restritiva somam-se entendimentos de que "é preciso que a citação seja uma necessidade intelectual, imposta pela obra citante, que a reclama como elemento esclarecedor, auxiliar de sua própria compreensão" (MANSO, 1989a,

p. 147).[26] Discorda-se, porém, de que haja freios objetivos possíveis às citações, que consigam antecipadamente selecionar os usos legítimos. Também não seria razoável, pela dinâmica dos bens intelectuais, restringir a citação a determinados tipos de obras, como bem confirmaram os tribunais pátrios.[27]

Justificar a retomada de elementos de certas obras em novas criações, portanto, dificilmente ocorrerá com recurso à liberdade das citações. Pontes de Miranda (1983, p. 89) já reconhecia que "A introdução de medidas musicais em música de outrem, por chiste ou paródia, não é citação". A alternativa das paródias, entendidas como obras derivadas ou como reproduções parciais permitidas, também conta com uma amarra relevante: a vedação de causarem descrédito à obra que parodiam (Ascensão, 1980, p. 19-20). Alguns autores chegam a estreitar ainda mais essa exceção aos direitos autorais, comprimindo-a entre a proteção à obra e também à honra do autor: "São livres, pois, as paráfrases, adaptações e outras transformações, nas condições que a lei prescreve e que, basicamente, referem-se ao respeito da obra originária, da sua integridade e da honra do autor, que não pode ser ridicularizado" (Cabral, 2003, p. 74-75).

Por diminuir custos de transação, a exclusividade às obras derivadas conferida ao titular de direitos autorais pode revelar-se eficiente, muito embora crie o risco de que não sejam produzidas obras intelectuais que desgostem esse titular (Abramowicz, 2005, p. 359). O inciso VIII do artigo 46 da Lei 9.610/98 permite a utilização de elementos de obras anteriores, sem diferenciar os casos de reprodução ou de nova obra derivada. A trôpega redação da Lei 5.988/73 (artigo 49, inciso I, alínea *a*) condicionava a possibilidade de uma obra intelectual incorporar partes de obras antigas ao "caráter científico, didático ou religioso", o que foi retificado pela nova lei (Carboni, 2003, p. 156-157), que exige apenas que "a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores".[28]

Os critérios de utilização de obras antigas reduzem as possibilidades criativas às hipóteses de "pequenos trechos" que não afetem "a exploração normal da obra reproduzida" ou os interesses de seus autores, desde que tal utilização não seja o objetivo da nova obra. No que tange às composições musicais, "Quando se trata de uma música com letra, por exemplo, a reprodução de um pequeno trecho de obra literária alheia, sem dúvida, não representa o objetivo principal da obra final" (Carboni, 2003, p. 158).

Pressupondo-se, no entanto, que os autores não possuem interesse justificável em simplesmente cercear a criação de obras intelectuais, permanece o indefinível obstáculo legal dos "pequenos trechos" – que admitem como único consenso não abrangerem *toda* a obra original. Daí a preocupação vocalizada por Frias (2006, p. 94): "parece-nos adequado que se estenda a imunidade da reprodução para uso privado às transformações e à tradução puramente privadas".

Em suma, as possibilidades relacionadas à criação de composições musicais com base em obras antigas têm parâmetros e amplitudes variáveis, sobrepondo-se em alguns casos, como visto na Tabela I:

Tabela I: Liberdades para a criação de novas composições musicais

PERMISSÃO	REQUISITOS	DISPOSITIVO DA LEI 9.610/98
APROVEITAMENTO DE *IDÉIAS*, SISTEMAS, MÉTODOS, PROJETOS, ESQUEMAS, PLANOS OU REGRAS PARA REALIZAR ATOS MENTAIS, JOGOS OU NEGÓCIOS, INFORMAÇÕES DE USO COMUM, LEGENDAS, NOMES E TÍTULOS ISOLADOS		ARTIGO 8.º
APROVEITAMENTO DE OBRAS EM *DOMÍNIO PÚBLICO*	• SETENTA ANOS DA MORTE DO AUTOR • SETENTA ANOS DA PRIMEIRA PUBLICAÇÃO (OBRAS ANÔNIMAS OU PSEUDÔNIMAS) • AUSÊNCIA DE SUCESSORES DE AUTORES FALECIDOS • AUTOR DESCONHECIDO	ARTIGOS 41, 43 E 45
CITAÇÃO DE PASSAGENS	• PARA FINS DE ESTUDO, CRÍTICA OU POLÊMICA • NA MEDIDA JUSTIFICADA PARA O FIM A ATINGIR • INDICAÇÃO DO NOME DO AUTOR E DA ORIGEM DA OBRA	ARTIGO 46, INCISO III
REPRODUÇÃO DE *PEQUENOS TRECHOS*	• A REPRODUÇÃO EM SI NÃO SER O OBJETIVO PRINCIPAL DA OBRA NOVA • NÃO PREJUDICAR A EXPLORAÇÃO NORMAL DA OBRA REPRODUZIDA • NÃO CAUSAR PREJUÍZO INJUSTIFICADO AOS LEGÍTIMOS INTERESSES DOS AUTORES	ARTIGO 46, INCISO VIII
PARÁFRASES E *PARÓDIAS*	• NÃO SEREM VERDADEIRAS REPRODUÇÕES DA OBRA ORIGINÁRIA • NÃO IMPLICAREM DESCRÉDITO À OBRA ORIGINÁRIA	ARTIGO 47

FONTE: DADOS DO AUTOR

Diretrizes legais mais objetivas selecionariam obras derivadas lícitas de ilícitas com base na competição entre a obra derivada ou reproduzida e a obra original: *"Courts should not extend the derivative right to works that would not compete with plausible authorized transformations, nor should they extend the reproduction right to works that would not compete with the original"* (Abramowicz, 2005, p. 388). Assim, seriam aceitos ele-

mentos de outras obras apenas se não fosse visada a apropriação destas e de seus méritos econômicos.[29]

O atual escopo da proteção autoral, todavia, é insuficiente para determinadas utilizações socialmente aceitas e desejáveis de obras intelectuais. E sua estrutura normativa impõe uma limitação ulterior: as exceções dos artigos 46 e 47 meramente imunizam determinados agentes das sanções civis e penais aplicáveis às ofensas aos direitos autorais. Tais exceções não constituem expressamente direitos subjetivos, uma vez que a Lei 9.610/98 "não confere à coletividade direito oponível ao titular do direito" (FRIAS, 2006, p. 79-81). E a doutrina nacional descreve como exaustivas as exceções desta lei, ainda que estabelecidas "em razão de interesses da coletividade" (BITTAR, 2005, p. 59).[30]

Esses mesmos interesses da coletividade, como se percebe das composições musicais implicadas na obra de Noel Rosa, impõem outro tratamento para os direitos autorais, reclamando em muitos casos balizas rígidas ao exercício desses direitos. Em outros casos, a desnecessidade de negociação com seu titular, ainda que alguma remuneração seja prevista, permitiria o melhor aproveitamento social de determinadas obras intelectuais.[31] Por esse motivo abundam as propostas de licenciamento compulsório relacionadas a bens intelectuais,[32] incluindo o tabelamento de preços para uso de determinadas obras (Bittar, 2005, p. 67-68), o que reduz os custos de transação necessários para sua exploração, ou permissão plena e não remunerada de uso a obras intelectuais "fora de catálogo" (Lessig, 2004, p. 299-300).

Domínio público?

"Não te vejo e nem te escuto,
O meu samba está de luto."
Silêncio de um minuto, 1935, Noel Rosa.

Em 2008, a obra intelectual de Noel Rosa cairá em domínio público. Suas obras que não tenham co-autores terão os direitos autorais patrimoniais exauridos. Melodias e letras poderão ser utilizadas com maior flexibilidade por quaisquer interessados, quer para a produção de obras derivadas,[33] quer para outros fins.[34]

Após o esgotamento dos direitos autorais sobre as composições musicais do sambista, caberá ao Estado sua proteção, porque pertencentes a toda a sociedade (Pontes de Miranda, 1983, p. 94-95). Alguns autores consideram que a obra caída em domínio público "faz parte da identidade cultural de um povo. Mantê-la intacta é um dever do Estado" (Cabral, 2003, p. 46). O autor original seria indiretamente tutelado, não recaindo a atenção estatal apenas sobre suas obras: "Observa-se, pois, ante a posição do Estado, de um lado, verdadeiro direito-dever, na defesa da obra, exatamente para

proteção de valores da cultura do País e, de outro, caso particular de exercício de direitos morais, por quem não detém a titularidade da criação" (Bittar, 2005, p. 55-56).

Essas construções, além de priorizarem um hipotético – e pouco provável – domínio público "nacional", sugerem que se resguardem os bens intelectuais "intactos", o que contraria a própria natureza das "criações do espírito", sempre dependentes de diálogos e de fontes. Uma repetição de *El ingenioso hidalgo Don Quixote de la Mancha* nunca diminuirá Cervantes, mesmo que se confunda com sua obra (BORGES, 1998), ou que dê origem a paráfrases, transcriações ou "traduções" de tempo e lugar, mas não idiomáticas (FRANCO, 2003).

A temporariedade, princípio comum a diversas variedades de propriedade intelectual, tem como fundamento o retorno à sociedade de tudo o que o autor dela extraiu para criar sua obra, imersa em seu meio e em sua história. Garante-se por determinado tempo a exclusividade ao autor no uso e gozo da obra criada; depois, com a queda em domínio público, ela pode ser repartida e aproveitada por toda a sociedade.[35]

Por isso mesmo, na escolha política do prazo de proteção autoral, faz pouco sentido inserir uma extensão à duração dos direitos sobre obras já criadas, como prevista no artigo 112 da Lei 9.610/98.[36] Se os incentivos da legislação anterior haviam sido suficientes para a criação da obra, por que se renunciou a dez anos de domínio público? Essa escolha legislativa, alvo de exíguas manifestações no Brasil, sofreu fortes críticas no exterior.[37]

Para o melhor aproveitamento das obras caídas em domínio público, sua gratuidade é fundamental – aliando autorização jurídica e liberdade de uso a acesso facilitado (SAMUELSON, 2006, p. 820-823). Felizmente, os regimes especiais de utilização, com remuneração ao Estado, foram eliminados no Brasil (BITTAR, 2005, p. 112-113). Os custos de oportunidade representam, portanto, o cerne das considerações de quem se volta ao domínio público com interesses não-criativos, e são excluídos do cálculo de risco daqueles interessados eminentemente no processo intelectual criativo – que ganham mais à proporção que aumentam as obras desprotegidas por direitos autorais.

Landes e Posner (2003b) propuseram direitos autorais renováveis indefinidamente, exatamente por contestarem a eficiência econômica da entrada de obras intelectuais em domínio público. Os exemplos dos autores para comprovar essa hipótese, além das obras "órfãs" por conta do desestímulo advindo de sua utilização ser não-exclusiva, são reproduções da *Mona Lisa* e de quadros de Vincent van Gogh, que teriam desgastado o poder de atração dos originais. Respostas técnico-econômicas contrapõem-se à conclusão dos autores, apoiadas pela simples constatação de que são precisamente essas obras as que sobrevivem com maior brilho (KARJALA, 2006).

O "equilíbrio entre os direitos patrimoniais do autor e o interesse da sociedade é, sem dúvida, uma construção jurídica notável e que tem seu ponto básico na temporalidade dos direitos autorais" (Cabral, 2003:66). Com a devida formulação legal,

será possível no futuro escutar obras como *White Rabbit*, de 1967, composta pela banda Jefferson Airplane apenas sobre referências à obra de Charles Lutwidge Dodgson.[38] E os personagens dos *Sonhos* de Akira Kurosawa poderão caminhar despreocupadamente sobre as pinturas de Van Gogh.

Conclusão

"Adeus é pra quem deixa a vida
É sempre na certa em que eu jogo
Três palavras vou gritar por despedida:
'Até amanhã! Até já! Até logo!'."
Até amanhã, 1932, Noel Rosa.

"Eu quisera esquecer o passado,
Eu quisera, mas sou obrigado,
A lembrar o grande Noel.
Ainda resta a cadeira vazia
Da escola de filosofia
No bairro de Vila Isabel."
Cadeira vazia, Angenor de Oliveira [Cartola], Nuno Veloso.

Com a profissionalização de músicos e intérpretes e o crescimento da indústria fonográfica e do rádio, regras eficientes e justas para as composições musicais foram cada vez mais reclamadas – tanto pela classe artística quanto pelas empresas que se valiam de suas criações. A "passagem da gratuidade artística (quando o povo urbano correspondia apenas às suas expectativas, produzindo para si) para a nova fase de produção destinada à venda (em que o compositor passava a usar a cultura de sua classe como matéria-prima na produção artística dirigida a outros)" (Tinhorão, 1998, p. 277-278) modificou a maneira de enxergar o samba. Essa nova perspectiva foi acompanhada de mudanças relacionadas à noção de autoria e à liberdade para o aproveitamento de obras intelectuais sem autorização de seus titulares.

A informalidade nas relações jurídicas entre autores e titulares de direitos autorais (que nem sempre chegavam a coincidir), contudo, prevaleceu por muito tempo desde os anos 1930 e a explosão do samba. A formalização irregular da exploração das composições musicais perdurou como regra, em oposição ao reconhecimento da paternidade sobre elas e a sua utilização sob marcos legais precisos. Resultados dessas práticas são a impressionante variação de formas e valores de remuneração de autores musicais e uma acentuada assunção de riscos por autores de obras derivadas, ou de obras que contenham elementos de criações anteriores.

As incertezas decorrentes das atuais permissões legais ao aproveitamento de obras já criadas, idêntica tanto para composições musicais quanto para as demais (Pontes de Miranda, 1983, p. 126-129), aumentam os custos relacionados à criação musical. Análises jurídicas, controle de acervos, batalhas judiciais e registros de partituras e letras afastam músicos e intérpretes de sua atividade-fim. A profissionalização das escolas de samba (Vianna, 2004, p. 180), pasteurizando alguns processos criativos, é concomitante ao desprestígio dos sambistas amadores.[39] A Lei 9.610/98 se por um lado protege o verdadeiro autor, por outro impõe fardos pesados à criação musical. Descompassados, os incentivos legais perdem cadência. Geram mais ruídos do que sintonias.

A utilização da música popular por Getúlio Vargas, como expressão do nacionalismo do Estado Novo (Tinhorão, 1998, p. 289-304), relegou seus autores ao segundo plano. O sucesso da Bossa Nova, "bem ao gosto do otimismo reinante nos anos JK" (Vianna, 2004, p. 176), reforçou a autoria individualizada, que prevaleceu nos desenhos normativos posteriores. No entanto, músicas coletivas sem organização, assim como as diretamente calcadas sobre outras anteriores, carecem de mecanismos adequados.

"A fundamental task of copyright law viewed economically [...] [is to] strike the optimal balance between the effect of copyright protection in encouraging the creation of new works by reducing copying and its effect in discouraging the creation of new works by raising the costs of creating them" (LANDES; POSNER: 2003a, p. 69). Para que o samba não se ressinta dessas leis, alguma afinação certamente é necessária.

: ARTIGO APROVADO (12/09/2007) : *RECEBIDO EM 18/03/2007*

NOTAS

1 Lemley (2005, p. 1058-1059) enquadra em cinco categorias os custos resultantes de direitos de propriedade intelectual excessivos: *"First, intellectual property rights distort markets away from the competitive norm, and therefore create static inefficiencies in the form of deadweight losses. Second,* ***intellectual property rights interfere with the ability of other creators to work, and therefore create dynamic inefficiencies.*** *Third, the prospect of intellectual property rights encourages rent-seeking behavior that is socially wasteful. Forth, enforcement of intellectual property rights imposes administrative costs. Finally, overinvestment in research and development is itself distortionary"* (grifos nossos).

2 A argumentação híbrida, comum na doutrina nacional sobre os direitos autorais, pode ser verificada em Ascensão (1980, p. 334-337), Bittar (2005, p. 10-11), Cabral (2003, p. 48-49), (Cerqueira, 1946, p. 67-70), Manso (1989a, p. 143) e Silveira (2005, p. 12-4). Carboni (2003, p. 62-63), embora afaste os direitos morais do autor da "mera proteção individualista do sujeito-autor", não os insere no conjunto de medidas de política pública voltadas ao desenvolvimento das artes,

mas os identifica como expressão do "interesse social no reconhecimento da identidade do emissor da mensagem". Landes e Posner (2003a, p. 63-66) notam a penetração, nos países de *common law*, do conceito de "personality", base para direitos autorais morais. Para os autores, a valorização do indivíduo criador estaria atrelada à ascensão das teorias românticas sobre criatividade, tida como expressão da personalidade.

3 Nos termos deste autor, "a propriedade não é uma coisa que existe fora das regras que a constituem".

4 É imperativo, em discussões mais abrangentes sobre os efeitos das normas de direitos autorais, que sejam examinadas suas conexões com a pluralidade de discursos e a garantia de manifestação das minorias, em especial no contexto da formulação de políticas submetidas ao regime democrático e influentes sobre a liberdade de expressão (vide TEHRANIAN, 2005). Essa análise foge ao escopo do presente artigo, que se restringe a apontar a falácia na associação de órgãos de censura à "defesa dos interesses dos titulares" de direitos autorais (BITTAR, 2005, p. 128-129), impossível na medida em que os potenciais titulares desses direitos são todos os cidadãos (inclusive os interessados na criação e na difusão de obras "subversivas").

5 Convenção de Berna relativa à Proteção das Obras Literárias e Artísticas, promulgada no Brasil pelo Decreto 75.699, de 06.05.1975 (como revista na Ata de Paris, de 24.07.1971), hoje sob o manto da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, órgão da Organização das Nações Unidas.

6 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 5.º, XXVII: "aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar".

7 Acordo *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*, Anexo 1C da Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT (criando a Organização Mundial de Comércio), assinada em Marraqueche, Marrocos, em 12.04.1994, e promulgado no Brasil pelo Decreto 1.355, de 30.12.1994.

8 Vide Lei 9.610/98, artigo 7.º: "São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro".

9 A jurisprudência brasileira corrobora este entendimento, como exemplificou notória disputa sobre a hipotética proteção autoral ao "esquema geral" do programa televisivo *Big Brother Brasil*, em oposição ao concorrente *Casa dos Artistas* (Agravo Regimental 225.882.4/1-01, 5.ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravantes: TV Globo e Endemol Entertainment International B.V., recorrida: TVSBT Canal 4 de São Paulo S.A. Relator Ministro Marcus Vinicius dos Santos Andrade. Acórdão proferido em 08.11.2001). Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça confirmou essa orientação (Recurso Especial 661.022/RJ, 3.ª Turma do STJ. Recorrente: Mostaert Publicidade e Promoções Ltda., recorrido: Banco Bradesco S.A. Relator Ministro Castro Filho. Acórdão proferido em 12.09.2006).

10 Arewa (2006, p. 603-604) lista interpolações e "empréstimos" realizados por Bach, assim como por outros autores a partir de suas obras. Ascensão (1980:13) assevera que o plágio "só surge quando a própria estruturação ou apresentação do tema é aproveitada".

11 Máximo e Didier (1990, p. 255-256) detalham as reclamações de Donga, que tinham por objeto a canção *Fita amarela*, relembrando inúmeras composições anteriores tanto a Noel quanto a Donga que já apresentavam os temas poético e melódico presentes na música. Para Carboni (2003:201), a questão da diluição da autoria torna-se mais sensível nos dias atuais: "Com o surgimento da multimídia e das redes de informação, a concepção extremamente individualista do direito moral de autor pode se tornar um perigoso obstáculo à criatividade, acarretando a inviabilização de projetos, por questões de mero capricho pessoal, camufladas sob o discurso da defesa desse direito. Defendemos, assim, um deslocamento do direito moral de autor do campo individualista do direito natural à obra intelectual para o campo funcional da identificação do criador, visando ao interesse social no reconhecimento da sua identidade enquanto emissor de uma mensagem".

12 Máximo e Didier (1990, p. 190) indagam "de quanta gente ele tem comprado parceria, colocando seu nome nos selos dos discos, nas partituras, em toda parte? E às vezes só o seu nome, condenando o verdadeiro autor ao anonimato. Faz isso com tanta freqüência que se pergunta por aí se serão mesmo suas canções tão bonitas como *Lua Nova* e *A Voz do Violão*". "Podemos ser compreensivos e observar que as atitudes do cantor não eram chocantes no contexto da época. Também podemos ser muito duros e simplesmente sublinhar a tibieza de caráter de Chico. Mas parece mais interessante reparar que ele cumpriu uma função tutelar típica das relações entre elite, e camadas populares na República Velha.

Branco, famoso, com estudo, ele levou o chamado "samba do morro" para a "cidade" sem retirar os compositores de uma posição socialmente precária e subalterna – de prestadores de serviços pagos com uma pequena fatia do bolo" (Vianna, 2004:47).

13 *Não quero mais*, de Angenor de Oliveira [Cartola] e Carlos Cachaça, foi registrado em 1935 como de Carlos e Zé com Fome (VIANNA, 2004, p. 58). *Arrasta a sandália*, sucesso do carnaval de 1933, foi rapinada de seu autor por Baiaco e Aurélio Gomes por meio de violentas ameaças (MÁXIMO; DIDIER, 1990, p. 290-291). *Lataria*, de 1930, foi creditada a Carlos Alberto Ferreira Braga [João de Barro] e Henrique Foréis Domingues [Almirante]; a co-autoria de Noel Rosa, porém, foi diversas vezes admitida por João de Barro (MÁXIMO; DIDIER, 1990, p. 129-130).

14 O próprio Noel Rosa, ao auxiliar músicos menos talentosos, mais de uma vez propôs "Uma letra por uma cerveja!" (Máximo, Didier, 1990:74). Vianna (2004) aponta que vendiam sambas por necessidade Wilson Batista e Ataulfo Alves. Máximo e Didier (1990) incluem também Cartola e Gradim, ressalvando que Cartola, ao contrário de tantos outros, negociara com Francisco Alves ceder apenas direitos de execução, e nunca os créditos por suas músicas. Os autores, ao tratarem da criação de *O orvalho vem caindo* por Noel e o ex-boxeador Giuseppe Gelsomino [Kid Pepe], insinuam que "na criação deste esplêndido samba, Noel entrou com música e letra. Kid Pepe, com os músculos" (p. 273).

15 Máximo e Didier (1990, p. 193-194) anotam que Noel, após aproximação inicial com o cantor, aceitou um carro em troca dos direitos autorais sobre alguns dos sambas que fosse compondo.

16 A glorificação do trabalho desejada pelo Estado Novo mais tarde seduziria Wilson Batista, antes exaltador da malandragem (VIANNA, 2004, p. 105). O próprio Noel Rosa, por sua vez, tem uma série de composições elogiosas à vadiagem do malandro, como *Cadê trabalho?*, de 1931 (MÁXIMO; DIDIER, 1990, p. 196-197).

17 Desde jovem, Noel se entregava a "um de seus prazeres maiores: parodiar o Hino Nacional [...] solando a melodia de Francisco Manuel da Silva em ritmo de valsa, tango, maxixe, ou arranjando para ela letras que fariam Osório Duque Estrada tremer no túmulo" (MÁXIMO; DIDIER, 1990, p. 84).

18 A utilização de trechos das próprias letras ou melodias para compor novas obras musicais é comum também no *rock*, como se percebe nas composições *Glass Onion*, dos Beatles, ou *Destroyer*, dos Kinks, que retomam inúmeras composições das respectivos bandas.

19 Burke (2001) relata mudanças históricas no conceito de plágio, sempre, porém, associado à apropriação desautorizada: "Na Roma Antiga, alguém que roubasse um escravo era conhecido como 'plagiarius', mas o poeta Marcial aplicou o termo aos escritores que imitavam seu trabalho [...] Em Atenas, Eurípides e Platão foram acusados de roubar as idéias de outros autores e filósofos. No Renascimento, os dramaturgos eram às vezes acusados de plágio, incluindo Shakespeare, porque as tramas de 'Hamlet' e 'Romeu e Julieta', por exemplo, foram tiradas de autores mais antigos. No mundo da ciência, já extremamente competitivo no final do século 17, os seguidores de Isaac Newton afirmaram que Leibniz plagiou a descoberta do cálculo de Newton, enquanto um colega inglês acusou o próprio Newton de plágio". Landes e Posner (2003a, p. 62) reconhecem *"the absence from the law of any general principle that appropriating intellectual property created by another person is wrongful, although particular forms of misappropriation are sometimes forbidden"*.

20 A doutrina brasileira descreve uma "originalidade de caráter relativo", como nas formulações de alguns de seus expoentes: "apresenta a originalidade caráter relativo, não se exigindo, pois, novidade absoluta, eis que inexorável é, de um ou outro modo, o aproveitamento, até inconsciente, do acervo cultural comum" (BITTAR, 2005, p. 23); "Essa originalidade deve ter caráter relativo, uma vez que é inevitável o aproveitamento, até inconsciente, do acervo cultural comum" (CARBONI, 2003, p. 55). Jorge Luis Borges explicou com maestria tais semelhanças: *"Creo que una forma de felicidad es la lectura; otra forma de felicidad menor es la creación poética, o lo que llamamos creación, que es una mezcla de olvido y recuerdo de lo que hemos leído"*.

21 As cortes estadunidenses abordaram a apropriação inconsciente de direitos autorais ao julgar a utilização da melodia de *He's So Fine* – composta por Ronald Mack e gravada em 1962 pela banda Chiffons – por George Harrison na música *My Sweet Lord*, de 1969. *"Did Harrison deliberately use the music of He's So Fine? I do not believe he did so deliberately. Nevertheless, it is clear that My Sweet Lord is the very same song as He's So Fine with different words, and Harrison had access to He's So Fine. This is, under the law, infringement of copyright, and is no less so even though subconsciously accomplished."* (Bright Tunes Music Corp. *v*. Harrisongs Music, Ltd., 420 F.Supp. 177 (S.D.N.Y., 1976).) Além de dividir os rendimentos advindos da execução pública de *My Sweet Lord*, a empresa de Harrison foi condenada a pagar US$ 1,6 milhão (SELF, 1993).

22 Noel Rosa, por exemplo, vendeu os direitos de *Com que roupa?* antes de o samba começar a ser vendido em disco, recebendo quantia irrisória por uma das composições mais tocadas na história do carnaval carioca. Mais tarde, cederia também os direitos de *Mão no remo*, composta em parceria com Ary Barroso, por 50 mil réis (MÁXIMO; DIDIER, 1990, p. 156,181).

23 Os tribunais brasileiros confirmam a licitude das paródias, não havendo descrédito à criação originária – vide Agravo de Instrumento 2000.002.09901, 1.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravante: Partido Democrático Trabalhista e agravado Carillo & Pastore Euro RECG Comunicações Ltda. Relatora Des. Maria Augusta Vaz M. de Figueiredo. Acórdão registrado em 02.05.2001. Discussão utilitarista sobre a regulamentação das paródias é aprofundada por Landes e Posner (2003a, p. 147-159).

24 "São direitos morais do autor: o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra" – artigo 24, inciso IV, da Lei 9.610/98.

25 Uma proposta nesse sentido parte da diferenciação entre reprodução e criação de obras derivadas – a exclusividade sobre obras derivadas não estimularia de modo relevante a criação de novas obras, mas impediria que obras redundantes, e portanto ineficientes, proliferassem (Abramowicz, 2005:329-332). Portanto, seria preciso dosar com cuidado as permissões a obras derivadas sem autorização do titular de direitos autorais e conferir permissão legal apenas àquelas que não concorressem com a obra original ou suas derivações.

26 É gritante o descabimento do requisito de "necessidade intelectual" desenvolvido por Manso (1989a, p. 150): "O autor que pretende expor um ponto de vista, ainda que não seja em si mesmo controvertido, tem necessidade de demonstrar que tal modo de pensar não é incomum, que não é isolado e que outros, antes dele, assim também pensaram. Logo, terá toda liberdade de citar trechos desses autores, na medida em que esses trechos sejam suficientes para comprovar o mesmo ponto de vista. Sem o confronto de dois pensamentos, é impossível falar em citações. Assim, sem necessidade intelectual (científica, técnica, artística ou de outra ordem cultural), não se justificam as citações, mesmo que estas se façam nos limites dos bons costumes, porque a citação é o instrumento de saber e de debates". Restritiva e instrumental, esta visão das citações as submete ao imponderável jugo da "necessidade intelectual", inapta a mensurar ou sequer indicar as finalidades estéticas às quais as obras intelectuais se orientariam. Visto o interesse desta citação em particular, de "confronto de pensamentos", lamenta-se a concessão metalingüística ao entendimento questionado.

27 Confirma essa possibilidade o Recurso Extraordinário 113.505-1, 1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Recorrente: TV Globo Ltda., recorrido: TV Studios Rio de Janeiro Ltda. Relator Ministro Moreira Alves. Acórdão proferido em 28.02.1989 (decisão exarada na vigência da antiga Lei 5.988/73). Ver também Ascensão (1980, p. 259-260).

28 São retomados literalmente os critérios da Convenção de Berna, que dispõe em seu artigo 9.2: "às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor". O Acordo TRIPs reitera essas condições em seu artigo 13: "Os Membros restringirão a limitação ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito".

29 Este parâmetro é corroborado pela jurisprudência; vide decisão que utiliza o termo "parasitismo" para ilustrar a conduta do réu que se apropriara de obra alheia com o fim de promover seus produtos: 16.ª Câmara Cível. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2006.001.08169. Apelantes: Bruno Villela Barreto Borges, K2 Comércio de Confecções Ltda. e Outros, apelada: os mesmos. Relator Des. Ronald Valladares. Acórdão registrado em 20.06.2006.

30 A exaustividade da previsão, na Lei 9.610/98, de exceções aos direitos autorais é ecoada por Cabral (2003, p. 70) e Silveira (2005, p. 59-60), entre outros.

31 Para Landes e Posner (2003a, p. 421), *"the higher transaction costs are, the less likely the law is to seek to regulate transactions, since a property right being a right against the world – that is, a right to insist that anyone wanting it negotiate with the owner of it – can be reallocated from lower to higher valued users only through voluntary transactions. If such transactions are infeasible because of high transaction costs, the law will narrow the property right. That is why we expect (and find) a much broader fair use doctrine (which in effect permits an uncompensated taking of property) in intellectual property law than in the law of physical property".*

32 Manso (1989b, p. 175), ao tratar da previsão constitucional da exclusividade, defende que apenas o titular dos direitos autorais poderia negociar a remuneração pelo exercício desses direitos. Essa interpretação restritiva, porém, segundo a qual "A Constituição deferiu ao legislador ordinário competência apenas para limitar a duração no tempo do direito autoral", distancia-se da visão de um sistema de direitos autorais como mecanismo de estímulo à criação e à difusão dos bens intelectuais.

33 "O problema da obra caída em domínio público é delicado. Elas não se tornam coisa pública, *res derelicta*. Ninguém pode delas apossar-se. O Estado tem a incumbência constitucional de protegê-las e garantir sua integridade. Mas, de outra parte, quando o legislador diz que quem adapta obra caída em domínio público tem direitos autorais sobre o trabalho que efetuou, está admitindo, obviamente, que a obra seja retrabalhada, o que a lei permite claramente" (Cabral, 2003, p. 38).

34 O uso de obras intelectuais em domínio público para a criação de novas obras raramente é discutido pelos tribunais. Por outro lado, a entrada de bens intelectuais em domínio público costuma ser apreciada em juízo. Vide (a) Apelação Cível 2003.001.12434, 5.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelante: Alberto Hekel Tavares e Zaira Carvajal Tavares Cuervello, apelada, Raimundo Fagner Candido Lopes e Roberto Hekel Tavares, apelados: os mesmos. Relator Desembargador Milton Fernandes de Souza. Acórdão proferido em 02.07.2003; (b) Recurso Especial 86.109/SP, 4.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recorrente: Lloyds Bank PLC, recorrida: Expedita Ferreira Nunes. Relator Ministro Barros Monteiro. Acórdão proferido em 28.06.2001; e (c) Apelação Cível 418.016-1, 8.ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Apelante: Talento Jóias Ltda., apelada: Renata Hermeto Sá Motta. Relator Sebastião Pereira de Souza. Acórdão proferido em 12.12.2003.

35 O artigo 27 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, prescreve: "1. Todo homem tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios. 2. Todo homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor". Ascensão (1980:190) é certeiro ao adjetivar propostas de direitos autorais perpétuos: "Trata-se de um absurdo, pois a proteção do autor não exige o sacrifício permanente do interesse público".

36 Prescreve o artigo 112 da Lei n. 9.610/98: "Se uma obra, em conseqüência de ter expirado o prazo de proteção que lhe era anteriormente reconhecido pelo § 2.º do art. 42 da Lei n. 5.988, de 14 de dezembro de 1973, caiu no domínio público, não terá o prazo de proteção dos direitos patrimoniais ampliado por força do art. 41 desta Lei". *Contrario sensu*, se ainda não houvesse expirado seu prazo de proteção, permaneceriam vigentes os direitos autorais patrimoniais por mais do que os sessenta anos estabelecidos pela Lei 5.988/73.

37 Nos Estados Unidos, a constitucionalidade da extensão dos direitos autorais pelo Sonny Bono Copyright Term Extension Act foi questionada no caso Eldred *v*. Ashcroft, descrito em detalhes por Lessig (2004). Landes e Posner (2003a, p. 409), ao defender que mudanças legislativas tenham sempre efeito prospectivo, denunciam que *"The possibility of retroactive legislation is a candle to rent-seeking moths"*.

38 Poderíamos escutar esse sucesso, criado a partir de elementos outrora protegidos por direitos autorais, mesmo se isso houvesse ocorrido sob as leis atuais, com direitos autorais mais duradouros, visto que na época de sua criação já haviam transcorrido setenta anos da morte do autor (1898). Note-se que, embora suas obras-primas *Alice's Adventures in Wonderland*, de 1864 (cujo título original é *Alice's Adventures Under Ground*), e *Through the Looking-Glass and What Alice Found There*, de 1871, tenham sido escritas sob o pseudônimo Lewis Carroll (Carroll, 2004), o autor foi conhecido antes de se passarem setenta anos de sua publicação (vide Lei 9.610/98, artigo 43, parágrafo único).

39 Vianna (2004, p. 69) lembra que Walt Disney levou para os Estados Unidos "o sambista/malandro brasileiro encarnado em Zé Carioca, cujo perfil há quem considere muito parecido com o de Paulo da Portela. Se foi essa a inspiração, Disney nunca pagou direitos de imagem".

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOWICZ, Michael. A theory of copyright's derivative rights and related doctrines. *Minnesota Law Review*, Minneapolis, v. 90, n. 2, p. 318-388, dez. 2005.

AKIRA Kurosawa's dreams: sonhos de Akira Kurosawa. Direção: Akira Kurosawa. Produção: Hisao Kurosawa; Mike Y. Inoue. Los Angeles: Warner Brothers, 1990. 1 DVD (120min), widescreen, color. Produzido por Warner Video Home.
AREWA, Olufunmilayo. From J.C. Bach to hip hop: musical borrowing, copyright and cultural context. *North Carolina Law Review*, Chapel Hill, v. 84, n. 2, p. 547-645, fev. 2006.
ASCARELLI, Tullio. *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali* (1957). Tradução espanhola de E. Verdera e L. Suárez-Llanos. *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1970.
ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
BORGES, Jorge Luis. Pierre Menard, autor del Quijote. *Ficciones* (1944). Tradução portuguesa de Carlos Nejar. Pierre Menard, autor do Quixote (Ficções). *Obras completas de Jorge Luis Borges*. São Paulo: Globo, 1998. v. 1. p. 490-498.
BURKE, Peter. A propriedade das idéias. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 24 jun. 2001, MAIS!.
CABRAL, Plínio. *A nova lei de direitos autorais*: comentários. 4. ed. São Paulo: Harbra, 2003.
CALVINO, Italo. *Se una notte d'inverno un viaggiatore* (1979). Tradução italiana de N. Moulin. *Se um viajante numa noite de inverno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.
CARBONI, Guilherme C. *O direito de autor na multimídia*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
CARROLL, Lewis. *Alice's Adventures in Wonderland and Through the Looking-Glass and What Alice Found There*. Nova York: Barnes & Noble, 2004.
CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade intelectual*. Parte I. Rio de Janeiro: Forense, 1946.
DANTAS, André. Malandro que é malandro.... *Morpheus* – Revista Eletrônica em Ciências Humanas, Rio de Janeiro, ano 2, n. 3, ISSN 1676, 2003. Disponível em: <http://www.unirio.br/morpheusonline/Número%2003%20-%20especial%20memória/andrédantas.htm>. Acesso em: 11 jan. 2007.
FRANCO, Jefferson Luiz. Fernando Sabino: tradutor de Dom Casmurro. *Revista Letras*, Curitiba, n. 61, especial, p. 367-375, 2003. Disponível em: <http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/letras/article/viewFile/2898/2380>. Acesso em: 28 fev. 2007.
FRIAS, Felipe Barreto. O instituto da cópia privada no direito autoral brasileiro – análise dogmática e crítica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 95, v. 846, p. 66-96, abr. 2006.
JUBRAN, Omar. *Noel pela primeira vez* (encarte). São Paulo: Funarte/Velas, 2000.
KARJALA, Dennis. Congestion Externalities and Extended Copyright Protection. *Georgetown Law Journal*, Washington, v. n. 94, n. 4, p. 1065-86, abr. 2006.
LANDES, William; POSNER, Richard. *The economic structure of intellectual property rights*. Cambridge/Londres: Harvard University Press, 2003a.
———; ———. Indefinitely Renewable Copyright. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 70, n. 2, p. 471-518, 2003b.
LEMLEY, Mark. Property, intellectual property and free riding. *Texas Law Review*, Austin, v. 85, n. 4, p. 1031-1075, mar. 2005.
LESSIG, Lawrence. Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. Nova York: Penguin, 2004. Disponível em: <http://www.free-culture.cc/freeculture.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2007.
LOCKE, John. *Two Treatises of Government*: The True Original, Extent and End of Civil-Government (1689) Tradução inglesa de M. Lopes e, M.L. Costa. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Petrópolis: Vozes, 1994.
LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*: lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2000.
LOPES, Nei. *Sambeabá*: o samba que não se aprende na escola. Rio de janeiro: Casa da Palavra/Folha Seca, 2003.
MANSO, Eduardo J. Vieira. Parecer: Obra inédita: conceito – divulgação de obra inédita – citação: conceitos – direitos violados; sanções aplicáveis. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, ano 13, n. 50, p. 133-162, out.-dez. 1989a.
———. Comentários de jurisprudência: direito autoral. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, ano 13, n. 47, p. 171-177, jan.-mar. 1989b.
MÁXIMO, João; DIDIER, Carlos. *Noel Rosa*: uma bio grafia. Brasília: Universidade de Brasília, 1990.
NOEL ROSA. *Noel pela primeira vez*. Organização de Omar Jubran. São Paulo: Funarte/Velas, 2000. 7 v., 14 CD, remasterizado em digital.
PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1983. v. 16.
SAMUELSON, Pamela. Enriching discourse on public domains. *Duke Law Journal*, Durham, v. 55, n. 4, p. 783-834, fev. 2006.

SELF, J. The "My Sweet Lord"/"He's So Fine" plagiarism suit. *The 910*, 1993. Disponível em: <http://abbeyrd.best.vwh.net/mysweet.htm>. Acesso em: 11 jan. 2007.
SILVEIRA, Newton. *Curso de propriedade industrial*. 2. ed. São Paulo: RT, 1987.
———. Garantias constitucionais aos bens imateriais. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 24 (nova série), n. 60, p. 18-23, out.-dez. 1997.
———. *Propriedade intelectual*: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares. 3. ed. São Paulo: Manole, 2005.
TEHRANIAN, John. Whither Copyright? Transformative Use, Free Speech, and an Intermediate Liability Proposal. *Brigham Young University Law Review*, Provo, n. 5, p. 1201-1260, 2005.
TINHORÃO, José Ramos. *História social da música popular brasileira*. São Paulo: Editora 34, 1998.
UNCTAD-ICTSD (United Nations Conference on Trade and Development, International Centre for Trade and Sustainable Development). Project on Intellectual Property Rights and Sustainable Development, *Policy Discussion Paper – Intellectual Property Rights*: Implications for Development. Genebra, 2003. Disponível em: <http://www.iprsonline.org/unctadictsd/policyDpaper.htm>. Acesso em: 11 jan. 2007.
VIANNA, Luiz Fernando. *Geografia carioca do samba*. Rio de janeiro: Casa da Palavra, 2004.

Daniel do Amaral Arbix

Mestrando em direito pela USP, Brasil
Consultor do Programa das Naçôes Unidas para o Desenvolvimento junto à Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça

Secretaria de Assuntos Legislativos - Min. da Justiça
Esplanada dos Ministérios, Bloco T, Min. da Justiça,
4º andar, sala 426 - 70064-900
Brasília, Brasil
d.arbix@uol.com.br

ORIGINALMENTE PUBLICADO EM: POSNER, ERIC A. SYMBOLS, SIGNALS, AND SOCIAL NORMS IN POLITICS AND THE LAW. *THE JOURNAL OF LEGAL STUDIES*, VOL. 27, NO. 2, SOCIAL NORMS, SOCIAL MEANING, AND THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (JUN., 1998), PP. 765-798.

SÍMBOLOS, SINAIS E NORMAS SOCIAIS NA POLÍTICA E NO DIREITO

Eric A. Posner [1]

SYMBOLS, SIGNALS, AND SOCIAL NORMS IN POLITCS

TRADUÇÃO *José Rodrigo Rodriguez* **REVISÃO DA TRADUÇÃO** *Maria Carolina Foss*
NOTAS *Bruno Meyerhof Salama, Maria Carolina Foss e José Rodrigo Rodriguez*

RESUMO

Este artigo utiliza um "modelo de sinalização"[2] (signaling model) para explicar o papel dos símbolos no comportamento e nas crenças, especialmente quanto à manipulação dos símbolos por meio do sistema jurídico. Argumenta-se que certas ações tornam-se simbólicas porque têm a "estrutura de custo" (cost structure) adequada e porque são, por razões históricas ou psicológicas, focais.[3] A estrutura de custo permite que as pessoas obtenham vantagens ao revelar informações sobre elas em uma situação de "equilíbrio diferenciador"[4] (separating equilibria). A característica focal da ação remove ambigüidades na interpretação dos motivos pelos quais alguém se engaja nela. Teoricamente, o governo pode utilizar instrumentos legais padronizados (que afetem, principalmente, o custo do sinal) para mudar o equilíbrio[5] de comportamentos e crenças. Usar o direito dessa maneira pode produzir efeitos imprevisíveis em razão dos múltiplos equilíbrios existentes e das diversas reações possíveis do comportamento dos indivíduos em relação aos parâmetros legais. No entanto, efeitos imprevisíveis ocorrem, na maior parte das vezes, porque o ato de fazer lobby e outros atos que influenciam na criação das leis podem se tornar, eles mesmos, sinais. Dessa forma, o direito será apenas um resultado do equilíbrio. A análise é utilizada para discutir o desrespeito à bandeira, à censura, ao voto e às leis contra a discriminação.

PALAVRAS-CHAVE

Símbolos, Sinais e Normas Sociais na Política e no Direito

ABSTRACT

This article uses a signaling model to explain the role of symbols in people´s behavior and beliefs, with special attention to legal manipulation of symbols. It is argued that certain actions become symbolic because they have the proper cost structure and because they are, for historical or psychological reasons, focal. The government can in theory use standard legal instruments (which mainly affect the cost of the signal) to change equilibrium behavior and belief. The use of the law in this way is likely to have unpredictable effects because of multiple equilibria and of the sensitivity of behavior to parameters, but it occurs frequently because lobbying and other actions that influence lawmaking can become signals themselves, and the law is simply an equilibrium outcome. The analysis is used to discuss flag desecration, censorship, voting, and antidiscrimination laws.

KEYWORDS

sovereignty, international treaties, tax law, double
Symbols, Signals, And Social Norms In Politcs And Law

Apresentação da tradução

Este texto de ***Eric Posner****, Professor de Direito da Universidade de Chicago, apesar de ter sido publicado recentemente, é uma referência fundamental para o campo de estudos denominado* Law & Economics. *Nele, o autor expande o alcance da metodologia deste campo para o estudo das normas sociais, mais especificamente, para o processo de interação simbólica entre os indivíduos. A leitura dos símbolos a partir deste modelo teórico abriu novos horizontes para a pesquisa, aprofundados pelo próprio autor no livro* Law and Social Norms *(Harvard University Press, 2000).*

As explicações e hipóteses presentes no texto dialogam com diversas ciências humanas, especialmente direito e sociologia. Neste texto, Eric Posner desenvolve conceitos que buscam compreender a relação entre normas sociais e normas jurídicas, problema altamente complexo, estudado pela sociologia do direito sob a rubrica "juridificação". Trata-se de pensar a necessidade e a adequação de criar normas jurídicas para regular os vários ambientes sociais. Neles, já existem normas sociais que disciplinam o comportamento dos indivíduos, que interagem com as normas jurídicas e que são afetadas por elas. Ao pensar a relação entre normas sociais e normas jurídicas sob o ponto de vista da economia, Eric Posner é inovador, pois constitui um novo ponto de vista, a partir do qual pode-se estudar e discutir o problema.

Esta tradução é acompanhada de notas explicativas que visam facilitar a compreensão dos termos econômicos por leitores não especialistas nesse campo de estudos.

José Rodrigo Rodriguez

Introdução

Os símbolos dominam a política dos Estados Unidos da América e permeiam suas leis, mas são mal compreendidos. O militante solitário que queima a bandeira americana na entrada de um tribunal inicia uma tempestade política e, quando a fumaça finalmente se dissipa, revela um sistema "jurídico" em grande confusão: líderes políticos condenando o perpetrador nos termos mais duros, promotores se esforçando para levá-lo aos tribunais, legisladores lutando para propor projetos de lei que tornem ilícito o desrespeito à bandeira; especialistas manipulando argumentos diante da possibilidade de emendar a constituição. De qualquer ponto de vista, esse é um tumulto extraordinário. De fato, a queima da bandeira não causa dano a ninguém. Em um país em que a visão política dominante sustenta que o principal objetivo do Estado é prevenir comportamentos danosos, a atenção dispensada à queima da bandeira – uma ação que não coage ou causa dano a ninguém – pode ser considerada apenas motivo de embaraço. É verdade que pessoas ficam ofendidas com o desrespeito de um símbolo, mas por que a bandeira dos Estados Unidos da América é um símbolo? E por que símbolos importam?

Que eles importam está acima de qualquer dúvida. Uma breve pesquisa revela a existência de uma multiplicidade de conflitos sobre símbolos, tanto nesse país quanto no exterior. Exemplos dos Estados Unidos da América incluem colocar gravuras com a representação do nascimento de Jesus e outros símbolos religiosos em prédios públicos, a exibição da bandeira confederada, que representa um símbolo dos campos de batalha, em certas universidades do Sul (SACK, 1997), a recusa de certos cidadãos em admitir os seus números da seguridade social e estampar *slogans* patrióticos nas placas de seus veículos, marchas de nazistas e dos membros da Klu Klux Klan, o "discurso do ódio" (*hate speech*[6]) nos *campi* universitários e as desculpas presidenciais às vítimas de políticas cruéis. No exterior, os exemplos incluem conflitos sobre o respeito em virtude da instituição do marco alemão como unidade monetária substituta ao "Reichsmark", ao canguru e ao Imperador do Japão (NASH, 1995;. SHENON, 1995; KRISTOF, 1995). A primeira reação dos cidadãos à queda dos regimes comunistas na Europa do Leste não foi a privatização da indústria ou a reforma de polícia secreta, mas a destruição das estátuas,[7] a mudança do nome das ruas e a adoção de novos desenhos para as bandeiras nacionais.

Muitos desses exemplos parecem triviais, mas não se pode duvidar da influência dos símbolos em políticas e mudanças jurídicas substantivas. Comete suicídio um político que defenda a modificação "incorreta" (na visão de seus correligionários) da lei sobre o aborto ou tenha posições "incorretas" sobre a ação afirmativa (*affirmative action*), a Seguridade Social, o controle de armas e outros problemas políticos de grande repercussão. Em linhas gerais, *pouco importa o quão trivial seja a modificação proposta*. Quando os eleitores interpretam o apoio de um certo político a um programa como

símbolo de seu compromisso com os valores e interesses desses mesmos eleitores, concessões políticas tornam-se difíceis, até mesmo impossíveis.

O que conta para o destaque conferido ao desrespeito à bandeira em detrimento de outras questões de puro simbolismo? Uma teoria afirma que a violação de símbolos causa "dano psíquico", outra argumenta que ela entra em conflito com as "normas sociais", mas essas teorias não explicam por que certos comportamentos têm ressonância simbólica tal, capaz de causar dano psíquico ou violar normas sociais, e outros comportamentos, não. A reivindicação de um direito de se ver livre de *qualquer* dano psíquico lançaria dúvidas, sobretudo, sobre todos os direitos liberais clássicos – liberdade de expressão, religião, privacidade e consciência. Para fundamentar uma ordem jurídica que proteja as pessoas de alguns danos psíquicos e não de outros, é preciso explicar como esses danos se produzem.

Este artigo usa um modelo de sinalização para explicar por que os símbolos importam. Símbolos importam porque a atitude manifesta de uma pessoa em relação aos símbolos diz aos outros algo sobre seu caráter. As pessoas confiam muito nessa informação para decidir realizar ou não comportamentos cooperativos em todos os domínios de suas vidas. De fato, porque os símbolos importam tanto, o esforço para mostrar respeito a eles faz surgir normas sociais. Quando os símbolos mudam, alguns obtêm vantagens ao formar relações cooperativas e outros perdem as vantagens que tinham.[8] Como as mudanças simbólicas resultam em perdas materiais para algumas pessoas, elas resistem às tentativas, seja do governo ou de outras pessoas, de desafiar um determinado sistema simbólico. Além disso, como o comportamento cooperativo pode ser instável e, portanto, muito sensível aos símbolos, há um grande incentivo para que o governo regule os símbolos. De outro lado, há também um grande perigo envolvido nisso.

1. Análise

1.1 Jogos Cooperativos[9]

Na vida cotidiana, estamos constantemente envolvidos em comportamentos simbólicos. Apertamos as mãos, aplaudimos nos teatros, saudamos a bandeira, usamos roupas da moda, trocamos alianças de casamento, nos curvamos, damos presentes, observamos protocolos diplomáticos e tratamos os superiores com deferência. Em todos esses casos, o comportamento simbólico visa fazer com que o receptor acredite que o emissor tem certas características, as quais não podem ser observadas diretamente pelo receptor. Quando o comportamento simbólico não visa, como nos casos listados acima, a objetivos obviamente privados, interesses "substantivos", todos compreendem sua natureza simbólica. Não se aplaude uma apresentação porque o ato de juntar as mãos seja agradável, mas porque o aplauso sinaliza para aquele

que se apresentou e para o restante do público que o *show* agradou. Muitos comportamentos, no entanto, têm objetivos simbólicos e substantivos. Alguém pode discriminar o membro de uma minoria tanto porque não gosta dessa pessoa quanto para mostrar aos outros que não gosta dos membros daquela minoria. Alguém pode buscar educar-se tanto porque acredita que a educação vai melhorar suas habilidades quanto para mostrar aos seus empregadores que é esperto o suficiente para obter um título. Alguém pode participar de uma parada patriótica porque aprecia o espetáculo e porque quer mostrar aos seus vizinhos que tem sentimentos patrióticos.

Para captar essas idéias e suas implicações para o sistema jurídico, uso um modelo de sinalização. O modelo será referido como "jogo cooperativo". Cooperação refere-se a qualquer tipo de relação cooperativa que possa ser reduzida ao modelo do "dilema do prisioneiro",[10] inclusive assuntos relativos à família e relações sociais. No espaço de que disponho, poderei apenas esboçar o caminho que o argumento deve seguir. Uma análise mais detalhada deve esperar um trabalho mais longo.

Em jogos cooperativos, cidadãos de tipo superior ("cooperadores") preocupam-se com ganhos futuros em relação aos ganhos presentes e, além disso, ganham mais em ações conjuntas do que em ações solitárias. De outro lado, cidadãos de tipo inferior ("trapaceiros") preocupam-se mais com o presente e têm oportunidades para agir individualmente e obter ganhos. Ambos os tipos de cidadão trapaceariam na encenação isolada do dilema do prisioneiro, mas, em uma versão em que esse jogo se repetisse sem prazo para terminar e gerasse as recompensas (*payoffs*) apropriadas para a ação de cada um, os cooperadores nunca trapaceariam e os trapaceiros sempre trapaceariam no primeiro movimento. Isso se deve ao fato de que os cooperadores preocupam-se suficientemente com os ganhos futuros para querer que o jogo continue, enquanto os trapaceiros dão mais valor aos ganhos imediatos do que ao oscilante fluxo de ganhos futuros.

Artificialmente, imaginemos que os dois tipos de cidadão ("emissores") buscam cooperar com os membros de um outro grupo ("receptores"). Imaginemos também que os receptores não possam distinguir os emissores pelo tipo. Se os receptores cooperarem com qualquer um que se aproxime deles, às vezes vão ganhar e às vezes perder. Como os cooperadores não trapaceiam no primeiro movimento do jogo de cooperação, os receptores saberão identificá-los e os dois jogadores poderão, então, cooperar indefinidamente e obter ganhos mútuos. Os trapaceiros trapaceiam logo no primeiro movimento, assim, os receptores deixarão de cooperar nos próximos movimentos, mas já suportaram uma perda pontual. A depender da fração de trapaceiros em uma população dada e da diferença entre ganhos derivados da cooperação e da trapaça, emissores podem ter a propensão de cooperar com qualquer um. No entanto, se as perdas esperadas no futuro superarem os ganhos, os emissores se recusarão a cooperar com quem quer que seja.

Para evitar a possibilidade de que os receptores não cooperem com eles, os cidadãos de tipo superior emitem sinais para os receptores que devem fornecer evidências com credibilidade suficiente para demonstrar que se está tratando com um cidadão daquele tipo, e não de outro. Um sinal é uma ação custosa (*costly action*) que, se bem-sucedida, evidencia que tipo de cidadão o emissor é. Um sinal será capaz de distinguir um cooperador de um trapaceiro apenas se o primeiro for capaz de suportar os custos de utilizá-lo e o segundo, não. Exemplos de sinais discutidos na literatura incluem: dar presentes, fazer propaganda, consumir produtos de luxo ou da moda (CAMERER, 1988, p. S180-S214; KLEIN; LEFFLER, 1981, p. 615-641; PESENDORFER, 1995, p. 771-792; BAGWELL; BERNHEIM, 1996, p. 349-373). Aquele que se engaja nesse tipo de ação mostra aos outros que espera obter altos retornos da cooperação; do contrário, ele não arcaria com os custos para usar o sinal. Deve-se enfatizar que sinais podem ser ambíguos: a ação de dar um presente, por exemplo, pode refletir a generosidade e o altruísmo de uma pessoa, e não sua taxa de desconto (POSNER, 1997, p. 579-580). Ademais, deve-se enfatizar que sinais dotados da estrutura de custo errada, ou seja, sinais muito caros ou muito baratos, podem ser inadequados para distinguir cooperadores de trapaceiros, levando a um estado de equilíbrio em que todos emitem um sinal ou todos o abandonam. Cooperadores emitem sinais para explicitar seu tipo; se os sinais forem dotados da estrutura de custo errada, os trapaceiros vão copiá-los. Se os cooperadores forem bem-sucedidos na ação de distinguir a si mesmos dos trapaceiros, os receptores cooperarão com os cooperadores; do contrário, não (ou se as recompensas forem adequadas, receptores cooperarão, na mesma proporção, com cooperadores e trapaceiros).

Muitos sinais têm recebido pouca atenção da literatura, a despeito de sua grande importância. Alguém realiza ações custosas quando mostra respeito pela bandeira, cumpre seus deveres cívicos de votar e participar de júris populares e evita qualquer relacionamento com pessoas consideradas inimigas do Estado, mas que, de fato, são, no curto prazo, parceiros desejáveis e cooperadores. Uma ação pode servir como um sinal em três hipóteses: se os receptores a interpretarem como evidência de estarem diante de um cidadão de um certo tipo;[11] se essa ação for barata o suficiente para que os cooperadores possam recuperar seus custos com as recompensas advindas da cooperação e, ainda, se ela for custosa o suficiente para que os trapaceiros possam recuperar seus custos ao desistirem no primeiro movimento do jogo. O porquê de essas ações, e não outras igualmente custosas (como sentar num pilar por um mês), funcionarem como sinais será discutido adiante. Quando eu centrar minha atenção neste tipo de sinal em contraste com ações como dar presentes, fazer propaganda e outras do mesmo tipo, vou me referir ao jogo de cooperação como "jogo de patriotismo", a despeito de ambos serem formalmente idênticos.

Para dar ao leitor uma noção mais precisa da influência dos sinais sobre o comportamento, vou esboçar aqui seus pontos centrais com a utilização de um exemplo

numérico simples (KLEIN; LEFFLER, 1981, p. 615-641; MILGROM; ROBERTS, 1986, p. 796-821).[12] Para os fins deste exemplo, vou me referir de maneira estilizada,, nas ocasiões apropriadas, ao sinal "saudar a bandeira". Esse comportamento, que pode parecer muito barato para servir como um sinal, deve ser tomado como metonímia de comportamentos patrióticos como os mencionados acima e será colocado no contexto adequado nas próximas seções deste artigo.

Emissores são ou cooperadores ou trapaceiros. A probabilidade de que um emissor seja um cooperador é de 0,9. No primeiro movimento do jogo, a Natureza determina qual é o tipo de emissor,que aprende qual é seu tipo e escolhe entre fazer uma saudação ou não. O receptor inicialmente não sabe o tipo de cidadão que está emitindo o sinal, mas sabe sobre a distribuição dos tipos. O receptor observa se o emissor o saúda ou não e, então, decide cooperar com ele ou rejeitá-lo. Se o receptor rejeita o emissor, todos recebem $0. Se o receptor cooperar e o emissor for um trapaceiro, o emissor trapaceará o receptor, obtendo um ganho ($2) e, do outro lado, o receptor suportará uma perda (- $2). Se o receptor cooperar e o emissor for um cooperador, ambos irão estabelecer uma relação de cooperação mútua e de longo prazo, da qual obterão um fluxo de ganhos isolados relativamente baixos, mas que se tornam altos quando agregados ($6 para cada um). Tecnicamente, o mesmo fluxo de pagamentos é acessível para o trapaceiro e para o cooperador, mas, porque ambos têm taxas de desconto diferentes,[13] o trapaceiro estabelecerá seu valor em menos de $2 (o ganho pela desistência) e o cooperador determinará seu valor em $6. Custa $3 para ambos os emissores saudarem a bandeira e $0 para não saudar a bandeira.

Uma situação de "equilíbrio diferenciador" (*separating equilibrium*) ocorre sob as seguintes condições. O receptor acredita que qualquer um que saúde a bandeira é um cooperador e qualquer um que não o faça é um trapaceiro. Conseqüentemente, o receptor coopera com todos aqueles que saúdem a bandeira (na expectativa de obter um ganho de $6 > $0) e rejeita qualquer um que não saúde a bandeira ($0 < -$2). O cooperador recebe $3 por saudar a bandeira ($6-$3), valor que excede seu ganho caso ele deixasse de saudá-la ($0). O trapaceiro recebe $0 quando deixa de saudar a bandeira, valor que excede o benefício que obteria caso a saudasse ($2 - $3 = - $1). Portanto, nenhum emissor se desvia de sua estratégia. O receptor não tem razões para revisar sua suposição de que todos aqueles que saúdam a bandeira são cooperadores, pois, em estado de equilíbrio, isso é verdade. Este equilíbrio é um equilíbrio bayesiano perfeito.[14]

Outro equilíbrio bayesiano perfeito é o "agrupamento passivo", a saber, um equilíbrio por agrupamento pelo qual ninguém emite o sinal. Suponha-se que ninguém saúde a bandeira e que o receptor estime, corretamente, a proporção de cidadãos de tipo superior e inferior em uma população dada. O receptor cooperará com todos, desde que seus ganhos (.9($6) + .1($2) = $5.2) excedam os ganhos decorrentes da

ação de rejeitar a todos ($0). Neste caso, nem o cooperador ($6>$6-$3) nem o trapaceiro ($2>$2-$3) saudarão a bandeira. Não importa em que o receptor fora do estado de equilíbrio acredita: mesmo que ele pense que apenas os cooperadores saúdam a bandeira, nenhum emissor ganha nada fazendo isso. Conseqüentemente, o agrupamento passivo é um equilíbrio bayesiano perfeito.

O "agrupamento ativo", no qual todos emitem o sinal, não é um equilíbrio bayesiano perfeito: o trapaceiro se sai melhor esquivando-se ou deixando de saudar ($0) do que saudando a bandeira ($2-$3=-$1), mas pode-se criar um equilíbrio por agrupamento ativo ajustando os números. Suponha-se que o trapaceiro ganhe $4 com o ato de cooperar; suponha-se também que o emissor acredite que é de 90% a possibilidade de que aquele que saúda a bandeira seja um cooperador. Suponha-se também que o receptor creia ser sempre um trapaceiro aquele que não saúda a bandeira. Se todos saudarem a bandeira, o receptor preferirá cooperar a rejeitar (.9($6) + .1(-$2)= $5.2>0). O cooperador não se desviará do comportamento adotado: o ganho por sinalizar ($6-$3=$3) excede o ganho por não sinalizar ($0). O trapaceiro também não se desviará ($4-$3=$1>$0).

Há muitos outros estados de equilíbrio possíveis, incluindo-se o equilíbrio no qual as pessoas de um tipo escolhem aleatoriamente entre sinais. Para manter a discussão mais simples, evitarei esses temas.[15] O exemplo é suficiente para meus propósitos, que são analisar o efeito da intervenção legal nos comportamentos simbólicos. Por ora, me concentrarei em três tipos de intervenção legal (uma quarta será introduzida na próxima seção).

Mudanças nos custos de sinalização. Consideremos nosso exemplo original. Suponha-se que o custo de saudar a bandeira caia para $1 para os dois tipos de emissores. O trapaceiro, agora, receberá $1 por saudar a bandeira ($2-$1=$1>$0), assim, as estratégias de diferenciação não mais constituem um equilíbrio bayesiano perfeito. Estados de equilíbrio por agregação, ativo e passivo, são agora possíveis. O equilíbrio passivo é possível, pois, quando os dois tipos de cidadãos deixam de saudar a bandeira, o receptor coopera mesmo assim ($5.2>$0). Desse modo, nenhum dos tipos de cidadão recebe o suficiente para diferenciar-se como cooperador e o custo do sinal não se justifica ($6>$5, $2>$1). O equilíbrio ativo também é possível, pois, quando os dois tipos de cidadãos saúdam a bandeira e o receptor acredita que todos aqueles que não emitem o sinal são trapaceiros, nenhum dos tipos ganha nada por deixar de saudar a bandeira; ser percebido como trapaceiro e ser rejeitado pelo receptor ($5>$0, $1>$0).

Mudanças nos ganhos de cooperação dos receptores e dos emissores. Na discussão do equilíbrio por agregação ativo, vimos que um crescimento de $2 para $4 nos ganhos de um trapaceiro em razão de sua cooperação é capaz de sustentar um equilíbrio por agregação ativo. Em geral, quanto maiores os ganhos do emissor com a cooperação (em relação à sua rejeição), maiores os incentivos para emitir o sinal e evitar ser identificado como

trapaceiro e rejeitado. Do mesmo modo, se o ganho de um receptor em razão de sua cooperação com um trapaceiro for reduzido em um montante suficiente, a agregação ativa ou passiva não mais estará em equilíbrio.

Mudanças nas crenças do receptor sobre as quantidades de tipos de cidadão. Suponha que haja um equilíbrio passivo por agregação no qual ocorre cooperação. Vimos que isso é possível com os números utilizados no primeiro exemplo; e o resultado continua a se sustentar se os ganhos do emissor em decorrência da cooperação com o trapaceiro forem ainda menores do que os mencionados no exemplo original, digamos, -$6. Suponha que um choque faça os receptores acreditarem que 60%, e não apenas 10%, de todos os emissores são trapaceiros. Como reação, os receptores irão recusar-se a cooperar quando os tipos de cidadão não puderem ser diferenciados (.4($6)+.6(-$6)=$1.2 < $0). Nesta situação, os cooperadores irão desviar-se de seu comportamento e saudarão a bandeira ($6-$3>$0). Os trapaceiros não se desviarão ($0>$2-$3). Como resultado, um equilíbrio diferenciador se formará. Os receptores não corrigirão suas crenças no futuro: como eles cooperam apenas com aqueles que saúdam a bandeira, e todos aqueles que saúdam a bandeira são cooperadores, eles não aprenderão a quantidade correta de tipos de cidadão.

1.2 O empresário normativo[16]

O jogo de cooperação requer que os sinais custem, mas nada no jogo determina a forma do sinal. Desde que uma ação seja, aparentemente e de fato, custosa, ela pode servir de sinal de que o emissor pertence ao tipo superior de cidadão. Como notamos acima, dar presentes, fazer propaganda, comprar produtos que estejam na moda e outras formas de desperdício podem servir como sinais no jogo de cooperação, mas os sinais podem ser ambíguos. Dar um presente ou assistir a uma parada não revela a taxa de desconto de uma pessoa se ela aprecia tais atividades. A questão é, portanto, como certos comportamentos ganham valor simbólico?

Uma resposta aproxima-se da idéia de pontos focais (SCHELLING, 1958, p. 203-264). Coincidência histórica, qualidades físicas e outros atributos podem levar as pessoas a associar um comportamento a certas qualidades de caráter. Por exemplo, o dia 19 de abril[17] tornou-se, meramente por acaso, a data em que um oponente do governo pode distinguir-se por explodir um prédio ou realizar outras formas de protesto, características da extrema direita. Os eventos ocorridos nesta data, por mera coincidência, conferiram-lhe destaque.

Outros sinais são fabricados. O dia de Martin Luther King, por exemplo, foi criado pelo governo federal: ele não emergiu espontaneamente. Uma vez criado, as pessoas puderam sinalizar sua lealdade ao movimento dos direitos civis, fazendo, neste dia, gestos públicos e visíveis para mostrarem seu respeito.

Sinais verdadeiramente fabricados são raros. Usualmente, quando o governo ou agentes privados conseguem estabelecer certas ações como sinais, eles o fazem

chamando a atenção pública para um ou vários pontos focais conflitivos. Para mostrar respeito aos direitos civis deve-se dispor de um feriado ou outra celebração. Ela deve ser em honra de King ou de outro líder? Ela deve coincidir com a morte de King, com seu nascimento ou com a data de um de seus feitos? A história nos fornece um bom número de pontos focais; indivíduos dotados de autoridade abrem espaço para os cidadãos organizarem-se em torno deles.

Situemos o jogo de cooperação, ou jogo do patriotismo, em um jogo mais amplo para analisar esses pontos formalmente. Antes mesmo do primeiro movimento do jogo, um empresário normativo anuncia que uma ação em particular será um símbolo. Ele afirma que uma certa ação, por exemplo, a de votar, será compreendida como sinal da propensão para cooperar. O jogo de cooperação resta modificado da seguinte forma. Cada emissor escolherá entre todos os sinais possíveis. Pode escolher o sinal recomendado pelo empresário normativo ou outros sinais. Depois de finalizado o jogo de cooperação, o empresário normativo obterá ganhos, cujo montante variará em função do número de pessoas que emitirem o sinal recomendado por ele. Em alguns contextos, faz sentido afirmar que ele receberá seu ganho se eliminar um equilíbrio agregador ativo; em outros contextos, faz sentido dizer que a recompensa virá de sua capacidade de transformar um equilíbrio agregador passivo em um equilíbrio diferenciador. O empresário normativo não tem, *ex ante*, informações perfeitas sobre os ganhos das partes no jogo de cooperação, portanto, não será capaz de escolher, sempre, o sinal capaz de maximizar seus ganhos. Entretanto, em razão da repetição do jogo, o empresário normativo pode elaborar novos sinais nas futuras partidas, se os sinais iniciais falharem em obter os maiores ganhos.

Ao escolher entre os sinais disponíveis, os emissores têm apenas uma vaga idéia de quais sejam os sinais capazes de diferenciá-los dos trapaceiros. Por isso, vamos supor que eles não saibam quais os ganhos do receptor e quais os custos e ganhos do emissor. Os emissores devem se preocupar se o receptor reconhecerá no sinal um esforço de diferenciação ou apenas a realização de um comportamento agradável. Este é um problema de coordenação: tais comportamentos poderão funcionar como sinais se todos, ou a maior parte das pessoas, acreditarem que certos comportamentos funcionam como sinais e, além disso, que eles tenham, de fato, a estrutura de custo adequada. Os emissores vão se fiar nos costumes (por exemplo, dar presentes), mas também nos sentidos fornecidos pelo *Zeitgeist*[18] (por exemplo, o anticomunismo): as sugestões de empresários normativos autorizados diminuem o espectro das possibilidades. Se um número suficiente de emissores resolver seguir as sugestões de uma determinada pessoa, ela se tornará um autêntico empresário normativo (uma condição importante para isso é a notoriedade: por esta razão, mesmo celebridades politicamente ignorantes podem fazer declarações influentes, política e culturalmente, além disso, os herdeiros da realeza, independentemente de suas habilidades, sempre podem encontrar seguidores).

A importância do jogo EN,[19] como passo a me referir a ele a partir de agora, é mostrar que, se um sinal não for capaz de criar um equilíbrio diferenciador ou um equilíbrio agregador ativo, o empresário normativo é incentivado a criar um novo sinal na esperança que ele seja bem-sucedido. Deve-se enfatizar também que a sinalização pode emergir espontaneamente, em função de eventos aleatórios que se tornam focais (como o dia 19 de abril) sem que empresários normativos exerçam nisso papel algum. Em ambos os casos, vamos utilizar a expressão *transformações simbólicas* para nos referirmos à criação de novos símbolos para substituir aqueles que falharam na produção do estado de equilíbrio apropriado.

Sendo mais realista: muitas pessoas, inclusive políticos estabelecidos, acadêmicos, escritores, jornalistas e outros agentes culturais, competem, no primeiro movimento do jogo EN, pela posição de um empresário normativo de sucesso. Eles propõem sinais; os cooperadores usam o sinal que aparenta ser o mais adequado para criar um equilíbrio diferenciador. Haverá conflito e confusão; no entanto, desse estado pode nascer uma agregação de participantes junto a um sinal e este fato gera benefícios que fluirão na direção do empresário normativo que o propôs.

Podemos acrescentar agora uma quarta alternativa aos três métodos utilizados para influenciar o equilíbrio da sinalização. Quando o Estado ou um empresário normativo privado for bem-sucedido em tornar um sinal público, as pessoas podem substituir sinais antigos pelo novo e este pode alterar o estado de equilíbrio.

1.3 Por que patriotismo?

Diferentes de sinais como dar presentes e fazer propaganda, sinais patrióticos fazem apelo a valores nacionais. No entanto, a diferença entre ambos os tipos de ação é superficial. Ações podem ser interpretadas como sinal do desejo de cooperar se tiverem alguma conexão com o bem-estar do receptor. Quando o grupo de jogadores for composto de pessoas envolvidas em relações sociais ou de negócios, os sinais consistirão, tipicamente, em ações que apelam aos prazeres e interesses dos membros do grupo,que, muitas vezes, são muito idiossincráticos e locais (churrascos, viagens de pesca, confraternizações, rituais e banquetes, trocas de presentes e assim em diante). Quando o grupo de jogadores consistir em uma nação, as ações devem ser tênues, ou seja, não devem causar ofensas ou custos significativos para a maior parte das pessoas. Nessas circunstâncias, será possível encontrar dois tipos de comportamento simbólico: símbolos "puros", como saudar a bandeira, cujos benefícios são completamente imateriais; e símbolos "impuros", como votar e discriminar os inimigos do estado, que produzem bens públicos benéficos a todos ou à maior parte dos cidadãos. Pode-se dizer que os símbolos "impuros" são mais focados no seguinte sentido: todos reconhecem como patriota alguém que se sacrifique pelo seu país. Já os símbolos "puros" precisam de um esforço concertado para criar ou disseminar uma tradição compreensível por todos.

Um exemplo estilizado pode nos ajudar a explicar por que demonstrações de patriotismo podem servir como sinais. A era McCarthy[20] surgiu de repente, depois da explosão de uma bomba de hidrogênio pela União Soviética e da exposição pública da existência de espiões soviéticos no governo dos Estados Unidos da América, eventos que aumentaram o medo relativo à segurança do país e geraram preocupação sobre a coesão nacional. Diante de fatos como esses, mesmo em negócios cotidianos e relações sociais muito distantes dos eventos internacionais, os cidadãos passaram a desconfiar que qualquer pessoa engajada em ações capazes de enfraquecer, ainda que remotamente, a segurança do país poderia ser um trapaceiro. Afinal, os trapaceiros preferem ganhos de curto prazo a recompensas de longo prazo e o declínio de um país é, normalmente, um processo lento e insidioso. No entanto, não devemos presumir que as pessoas deixem de confiar umas nas outras, mesmo naquelas pessoas consideradas um perigo remoto à segurança global do país, para realizar ações como: entregar pequenos objetos ou ajudar a consertar uma nova cerca. É suficiente presumir que alguns prestarão atenção à sua própria lealdade, evitando ostensivamente (ou relegando ao ostracismo) pessoas que realizem ações passíveis de serem interpretadas como não-patrióticas; pouco importando o quão insignificantes ou inofensivas elas sejam. Caso sejam bem-sucedidos, todos aqueles que desejam evitar ser considerados trapaceiros se reunirão ao redor dessas ações, inclusive o ostracismo de pessoas consideradas trapaceiras, produzindo-se, como resultado, uma grande conformidade a normas supostamente patrióticas.

Com o crescimento da ameaça soviética, as pessoas sentiram que podiam se diferenciar dos trapaceiros recusando-se a criticar o governo (ao menos sua ala militarista), engajando-se em manifestações patrióticas ostensivas, levantando suspeitas sobre imigrantes e outros, cuja conexão com os Estados Unidos da América tivesse sido atenuada, e criticando aqueles que criticam os valores do país, especialmente os partidários da ideologia comunista da União Soviética.

Note-se que o significado dos eventos mundiais foi duplo. Primeiro, eles forneceram o ponto focal, sugerindo, portanto, a forma do sinal. Se a União Soviética é a ameaça e é controlada por comunistas, os comunistas norte-americanos também podem ser uma ameaça. Evitar comunistas norte-americanos revela o comprometimento com os cidadãos não-comunistas. Segundo, os eventos mundiais podem ter aumentado a percepção da necessidade de evitar trapaceiros. Em tempos de paz, estabelecer uma relação com um trapaceiro pode não ser algo tão perigoso: eles podem trapacear você, mas, de qualquer maneira, pouca coisa está em jogo. Em tempos de guerra, estabelecer uma relação com um trapaceiro é perigoso: ao trapacear alguém, o trapaceiro faz com que o trapaceado fique vulnerável à escassez crescente da economia de guerra e também, quem sabe, a poderes hostis. McCarthy, um empresário normativo clássico, explorou esses medos. Ele não

fabricou a associação entre comunismo e subversão, mas forneceu teorias e "evidências" para fortalecer as suspeitas. Antes da era McCarthy, evitar comunistas não era um sinal forte de lealdade. Durante a era McCarthy, evitar comunistas tornou-se um sinal de lealdade tão forte que foi criado um equilíbrio diferenciador. Somente após alguns anos esse estado de equilíbrio se desfez, quando se passou a acreditar que a ameaça soviética era exagerada, que a ameaça dos trapaceiros era exagerada ou que era muito alto o custo de relegar injustamente ao ostracismo pessoas que não eram trapaceiros. Como resultado, deixou de ser vantajoso para todos incorrer no custo de emitir um sinal patriótico, pois seria possível obter ganhos semelhantes emitindo ou não o sinal e, além disso, o equilíbrio diferenciador se converteu em um equilíbrio agregador no qual ninguém (ou poucos) emitia mensagens patrióticas e ninguém (ou poucos) admitia que, por não emitir tais mensagens, uma determinada pessoa não seria um parceiro confiável.[21]

1.4 Pressuposições e qualificações

Emissores e receptores. Um aspecto pouco elegante do modelo é a divisão da população entre receptores e emissores, quando, de fato, todos os indivíduos são receptores e emissores. O raciocínio é o seguinte: quando alguém decide sinalizar ou não, toma o resto da população como dada. O receptor pode ser considerado o cidadão médio com o qual o emissor espera lidar, dado que, em toda sociedade funcional, a maior parte da população é de cooperadores e apenas uma pequena fração é de trapaceiros. A artificialidade dessas suposições pode ser evitada com a utilização de um modelo de coordenação no qual todos emitem e recebem sinais,[22] no entanto, um modelo como este produz uma complexidade desnecessária.

Trapaceiros. Alguém pode ganhar pouco ao cooperar porque tem uma alta taxa de desconto, mas também porque não deseja o que os outros podem oferecer-lhe ou porque os outros pedem dele, como sinal de sua disposição para cooperar, uma ação que ele julga custosa demais. Assim, o comunista comprometido ou o liberal por princípio pode se recusar a mostrar respeito à bandeira ou a realizar ações supostamente patrióticas porque ele ou ela acredita que um cidadão realmente cooperativo ou patriótico apontará as deficiências do sistema político. A diferença entre um trapaceiro e, digamos, um liberal por princípio é crucial: o segundo não se preocupa com o futuro, já o primeiro importa-se com o futuro, mas acredita que o comportamento simbólico que se requer dele é repugnante. Os dois tipos são agregados pelo cooperador, convencido do valor do sinal. Voltaremos em seguida a este problema: a crueza dos sinais.[23]

A razão para sinalizar: a recompensa pela cooperação privada. O modelo da cooperação e do patriotismo pressupõe que os cidadãos emitam sinais, inclusive sinais com significado político, para induzir os outros a cooperarem com eles. Outro propósito para a emissão de sinais políticos é revelar convicções para o governo e outros

cidadãos com o fim de influenciar a decisão dos primeiros e o voto dos segundos.[24] Uma terceira possibilidade é revelar o custo de alguém para os competidores em potencial.[25] Tais motivos podem ser importantes, mas, para simplificar a exposição, vou ignorá-los.

Note-se que é melhor pensar nos receptores cooperando *mais* ou *menos com* os cidadãos do que imaginar uma escolha do tipo "ou tudo ou nada".

Tipos e ações discretas versus *tipos e ações contínuas*. Um modelo alternativo pode supor que as pessoas se enquadrem em uma série de tipos contínuos. Apenas alguns serão supertrapaceiros ou supercooperadores e o resto se agrupará em uma posição moderada. Este modelo também pode supor que as pessoas emitam uma série de sinais patrióticos ou cooperativos, do mais barato ao mais caro. Um modelo que parta desses pressupostos não chegará a conclusões diferentes de um modelo dicotômico, mesmo levando-se em conta que um modelo assim ainda não foi bem desenvolvido pela literatura. Um aspecto positivo de um modelo não-dicotômico seria sua capacidade de mostrar como preferências contínuas resultam em comportamentos descontínuos; resultado obtido artificialmente em um modelo dicotômico. O resultado seria mais convincente por sugerir que o comportamento das pessoas nunca é completamente adequado aos padrões; elas são sempre influenciadas pelo conformismo dos outros.[26] Esse resultado é consistente com a observação do comportamento; sua importância será discutida adiante.[27]

2. Regulação estatal do comportamento simbólico

Podem-se distinguir dois efeitos possíveis resultantes da proibição pelo governo de comportamentos como queimar a bandeira. Primeiro, a lei pode ter algum efeito sobre o comportamento; aumentar ou diminuir a ação de queimar a bandeira. Chamamos esse efeito de *efeito comportamental* da lei. Segundo, a lei pode ter algum efeito sobre a percepção das pessoas sobre o comportamento que ela pretende influenciar. Por exemplo, aqueles que continuam a queimar a bandeira serão considerados não-patriotas. Antes da lei, eles eram reputados não muito patriotas ou apenas estranhos. De outro lado, aqueles que continuam a queimar a bandeira podem passar a ser tidos como libertários; antes da lei, eram considerados não-patriotas. O efeito da lei sobre a crença de alguém a respeito de uma pessoa que adota um certo comportamento será chamado de *efeito hermenêutico*.

O jogo de cooperação mostra as diversas maneiras pelas quais podem ser gerados efeitos comportamentais e hermenêuticos. Mencionamos acima quatro métodos. Primeiro, a lei pode mudar o custo de enviar um sinal. Segundo, ela pode modificar as recompensas resultantes da cooperação. Terceiro, ela pode mudar as crenças sobre a proporção de tipos de cidadão no total da população. Quarto, a lei pode modificar a recompensa de um empresário normativo em construir um sinal ou pode construir

um sinal ela mesma. Os quatro efeitos juntos podem produzir uma mudança no equilíbrio; o comportamento das pessoas nesse novo estado de equilíbrio representa o efeito comportamental da lei; as crenças nesse equilíbrio representam o efeito hermenêutico da lei.

Os exemplos seguintes ilustram esses fenômenos. Não farei esforços de sistematização, mas os exemplos tratarão de diferentes aspectos dos modelos. A parte IV juntará todos os fios.

2.1 Bandeiras

Uma maneira de mostrar-se cooperativo é demonstrar respeito pela bandeira. Chamarei de "saudar a bandeira" uma série de comportamentos, inclusive o de saudar a bandeira quando a oportunidade se apresente: exibir a bandeira, especialmente quando isso envolver rituais complexos etc. Chamarei de "desrespeito à bandeira" qualquer gesto percebido como desrespeitoso à bandeira: desde ignorar a bandeira em ocasiões em que se exige respeito a ela até o ato de queimá-la nas portas do tribunal. Saudar a bandeira é uma ação custosa. Embora o custo de saudar a bandeira seja o mesmo para cooperadores e trapaceiros, os primeiros percebem maiores ganhos ao emitirem esse sinal, pois os receptores não cortarão relações com eles ao descobrirem que tipo de cidadão eles são, no entanto, romperão relações com os trapaceiros. O jogo de cooperação demonstra porque o entusiasmo pela bandeira aumenta ou diminui. Em tempo de crise, o risco do ostracismo é tão grande que ninguém se arriscará a ser punido por se desviar do comportamento vigente no estado de agrupamento ativo. Em tempos seguros, os receptores cooperarão com qualquer um, pois perdem pouco ao deixar de cooperar com os trapaceiros. Assim, os trapaceiros não precisam se preocupar em saudar a bandeira. Em tempos de tensão, um equilíbrio diferenciador pode se instalar se os cooperadores acharem vantajoso saudar a bandeira.

Faz sentido que os receptores acreditem que todo aquele que não saúda a bandeira é um parceiro não-cooperativo? Sim e não. Sim, pela associação desse comportamento com os soldados que lutam e morrem pela bandeira em uma guerra justa. Por se sacrificarem para o bem da nação, os soldados são considerados os cooperadores por excelência. Não, porque lutam pela bandeira (e não, por exemplo, pelo rei) e a bandeira é (diga-se) apenas uma maneira de identificar a propriedade de um certo país. Também porque a bandeira é associada a um *governo* em particular, não à nação, e esse governo é desprezado. Por isso, em vários países, é ridícula tanto a idéia de que a bandeira é sagrada quanto a idéia de queimá-la. De fato, queima-se a bandeira apenas nos Estados Unidos da América. Nesse país, a bandeira tornou-se um ponto focal de cooperação em nível nacional (símbolo de patriotismo) em razão de contingências e tradições que não existem em nenhum outro país.

Todos os equilíbrios citados acima podem ser desejáveis ou não, pois saudar a bandeira é um sinal imperfeito da propensão de cooperar. Consideremos o equilíbrio

diferenciador. Alguns mostrarão respeito pela bandeira para obter ganhos decorrentes da cooperação, mas trapacearão quando a oportunidade se apresentar. Outros decidirão não mostrar respeito à bandeira por entenderem que um patriota de verdade não deve realizar esse tipo de ação; assim, os ganhos de cooperação resultantes da relação com essas pessoas serão perdidos. O equilíbrio se sustentará enquanto o percentual de erro for baixo o suficiente para que os receptores continuem a ganhar ao cooperar apenas com aqueles que saúdem a bandeira. Saudar a bandeira não será um sinal confiável de patriotismo se todos o fizerem para evitarem ser rejeitados e se for crença geral que fazê-lo não é garantia de patriotismo. Em uma situação como essa, será fácil perceber que alguns trapaceiros saúdam a bandeira. A ação torna-se um ritual vazio, fato que pode levar os cooperadores, com o tempo, a abandonar o sinal e o empresário normativo a criar outros (em um exemplo de *transformação simbólica*).

O Estado, considerado fator exógeno, pode influenciar a ação de saudar a bandeira de várias maneiras. Pode mudar o custo de saudar a bandeira. Considere-se uma lei que não apenas torne ilegal queimar a bandeira, mas que também exija dos cidadãos que mostrem respeito a ela de várias maneiras (uma lei que apenas *banir* o ato de queimar a bandeira não imporá qualquer custo à maioria da população: sua importância será discutida na Parte IV.C.). Suponha-se que, antes de a lei ser aprovada, exista um estado de equilíbrio diferenciador. Cooperadores mostram respeito pela bandeira e trapaceiros corrompem-na e chegam a queimá-la. A lei diminui o custo de saudar a bandeira aumentando o custo de corrompê-la ou ignorá-la. É plausível que essa ação crie um estado de equilíbrio agregador ativo. Porque emitir o sinal, agora, torna-se tão custoso, os trapaceiros tenderão a imitar os cooperadores e emitirão o sinal.

Mas a lei pode ter um efeito diverso sobre o comportamento. Quando aumenta o custo de *não* emitir o sinal, o receptor pode antecipar que todos – cooperadores e trapaceiros – respeitarão à bandeira. Se for este o caso, os receptores não poderão mais confiar neste sinal para identificar o tipo de cidadão com o qual estão lidando. Se as perdas suportadas pelo receptor ao cooperar com um trapaceiro forem altas o suficiente, ele se recusará a cooperar com qualquer um que possa suportar o custo de saudar a bandeira. Se os emissores forem capazes de antecipar tal reação, deixarão de se preocupar em saudar a bandeira, mesmo que a lei tenha reduzido o custo de tal ação. Por que ter esse custo se o receptor não cooperará? Desse modo, a lei produz um equilíbrio agregador passivo em que ninguém mostra respeito pela bandeira e ninguém coopera com ninguém.

É impossível prever o efeito comportamental de uma lei: ela pode aumentar ou diminuir o grau de respeito pela bandeira. Um defensor do desrespeito à bandeira pode argumentar que o objetivo da lei é mudar as crenças, e não o comportamento: instilar nas pessoas o sentimento de respeito à bandeira. No entanto, também é impossível prever o efeito hermenêutico de uma lei. O respeito à bandeira aumentará se as pessoas

acreditarem, mais e mais, que apenas cooperadores mostram respeito à bandeira. Se o *status quo* é um equilíbrio passivo e se a lei criar um equilíbrio diferenciador, ela pode levar as pessoas a abandonar a crença de que todos os que saúdam a bandeira são estranhos ou idiossincráticos. Nessas circunstâncias, a lei vai levá-las a crer que tais pessoas são cooperadores e patriotas. A lei pode falhar, do mesmo modo, se o *status quo* for um equilíbrio diferenciador e seu objetivo for aumentar o respeito à bandeira. Se ela produzir um equilíbrio agregador passivo, as pessoas deixam de se associar para saudar a bandeira com qualquer tipo de cidadão. Se ela produzir um equilíbrio agregador ativo, todos passam a crer que qualquer um que saúde a bandeira é um cooperador *ou* um trapaceiro. Denominamos este fenômeno de *reificação*. Neste caso, a lei torna ambíguo o sentido do símbolo em vez de aumentar o respeito por ele. Se o objetivo da lei for aumentar o respeito pela bandeira, nesse caso, ela será considerada autofrustrante.

Deve-se evidenciar a complexidade de prever o efeito de uma lei que trate da queima de bandeiras sobre os comportamentos e as crenças. Deve-se desconfiar de qualquer afirmação que preveja este ou aquele efeito socialmente desejável como decorrente de uma lei como essa. Se o que dizemos é verdade, por que há tanto apoio nos Estados Unidos da América a uma lei contra a queima de bandeiras? Responderemos a esta questão na Parte 4.3.[28]

2.2 Autocensura

A autocensura, como o respeito à bandeira, pode emergir como um sinal da propensão a cooperar. Com o objetivo de serem identificadas como cooperadores, algumas pessoas chamam a atenção sobre seu apoio ao governo e acusam os críticos de trapaceiros. Assim, atribuem ao comportamento de apoiar o governo o sinal de patriotismo. O cidadão médio gosta de criticar o governo ou vê nisso uma obrigação, portanto, deixar de criticar será, normalmente, uma ação custosa. Os cooperadores poderão recuperar o custo que tiveram por meio da cooperação com os receptores; os trapaceiros não poderão fazê-lo. A combinação entre autocensura e patriotismo aparece freqüentemente nos países em virtude, certamente, de uma tradição de autocensura e deferência em relação à autoridade e, em parte, sem qualquer dúvida, em razão das ameaças em tempo de guerra que ganham a forma de conflitos destrutivos pela preservação nacional. Os empresários normativos, normalmente, exploram tais oportunidades.

A diferença entre a autocensura e o respeito à bandeira diz respeito apenas à estrutura de custo de ambas as ações. Alguns podem achar a autocensura mais custosa, outros, o respeito à bandeira. De qualquer modo, se uma das ações ou ambas emergirão como sinais da propensão a cooperar, isso depende dos diversos custos com que ambos os tipos de cidadão se depararão, ainda, com a influência da tradição e de outras circunstâncias capazes de contribuir para a transformação de uma ação em um ponto focal.

O problema de um estado de equilíbrio com autocensura é que ele diminui o bem-estar da população. Este ponto é desenvolvido por Timur Kuran em um livro recente,[29] portanto, serei breve. Quando os custos referentes à reputação forem suficientemente altos, tanto trapaceiros quanto cooperadores sérios que se importem profundamente com o Estado, mas que discordem da opinião prevalente, podem evitar criticar o governo e, assim, informações valiosas serão perdidas.[30] Na era McCarthy, momento em que o custo de criticar o governo (e, em qualquer proporção, McCarthy e as políticas que ele apoiava) era extremamente alto, muitos (trapaceiros e cooperadores) deixaram de criticar o governo. Nessas circunstâncias, a possibilidade de criticar em nome do patriotismo foi perdida, ação de alto valor social e, além disso, desapareceu a (eventual) possibilidade de expor os trapaceiros.

Um dos aspectos mais impressionantes do *McCarthismo* foi sua ação de empresário normativo, capaz de alterar pontos focais sem modificar a lei, mas pode-se examinar também o efeito da lei, por exemplo, que institui a censura. Imaginemos uma situação de equilíbrio agregador passivo: ninguém pratica a autocensura. O Estado cria uma lei que institui a censura. Se a lei for dotada de sanções em intensidade adequada, será criado um estado de equilíbrio diferenciador. A lei terá dois efeitos que se devem notar: revela os trapaceiros (efeito *interno*) e desencoraja a crítica ao governo (efeito *externo*). Isso caracteriza todas as leis de que estamos tratando. A lei que protege a bandeira expõe os trapaceiros e encoraja o respeito à bandeira. Uma lei que institua a censura pode ser mais eficiente em expor os trapaceiros do que outra que proteja a bandeira; no entanto, terá mais efeitos sociais maléficos do que a última. Afinal, o discurso público tem efeitos sociais positivos ausentes do ato de mostrar respeito à bandeira.

O Estado pode produzir ou manter estado de equilíbrio diferenciador ou agregador ativo, influenciando a crença dos receptores sobre a fração de trapaceiros na população total. Suponha-se que os receptores acreditem que quase todos os cidadãos são cooperadores e, por isso, cooperem com qualquer um; assim ninguém emite o sinal que consiste em não criticar o governo. O governo intervém para alertar que vários cidadãos são, de fato, trapaceiros. Se o governo for persuasivo, os receptores deixarão de aceitar novos parceiros cooperativos (sendo mais realista, eles tomarão medidas para diminuir os ganhos dos emissores). A reação dos cooperadores será tentar diferenciar-se dos trapaceiros emitindo o sinal, ou seja, deixando de criticar o governo. Se os trapaceiros não conseguirem recuperar suas perdas, eles não imitarão os cooperadores, assim, será criado de um estado de equilíbrio diferenciador. Os receptores não terão elementos para revisar suas crenças, mesmo sabendo que são imprecisas, afinal, apenas cooperando com alguém será possível descobrir que tipo de cidadão aquela pessoa realmente é.

Pode-se analisar a propaganda de outra maneira. No jogo EN, o Estado pode assumir o papel de empresário normativo fazendo propaganda. Com isso, cria a

oportunidade para que os cidadãos emitam sinais de patriotismo ou subversão. O sinal é a autocensura: resistir ao impulso de discordar da propaganda. Quanto mais abertamente mentirosa for a propaganda, mais evidente será o sinal emitido por alguém que resista a discordar dela. As mentiras oficiais funcionam aqui como a bandeira ou como um feriado nacional: oferecem a oportunidade para demonstrar lealdade ao governo.

2.3 Votar e outras formas de participação em atividades cívicas

As teorias da escolha racional não conseguem explicar satisfatoriamente por que as pessoas votam. Poder-se-ia esperar que ninguém votasse diante da pequena possibilidade de um eleitor individual influenciar o resultado da eleição, além do custo relativamente alto de gastar tempo de trabalho esperando em uma fila para votar em uma cabine. Afirmar um "gosto" por votar transforma o problema em uma tautologia: outros esforços para lidar com funções utilitárias não foram bem-sucedidos.[31] Pode-se pressupor a existência de uma norma social que exige o ato de votar,[32] mas essa estratégia intelectual apenas transforma a questão "por que as pessoas votam?" na questão "por que existe uma norma social que exige que as pessoas votem?".

Tentar elaborar uma teoria adequada para explicar o voto nos levaria para além dos limites deste texto, mas podemos esboçar alguns de seus contornos. O sinal é votar na cabine, e não votar neste ou naquele candidato. Votar é uma ação observável, mas o ato de definir o voto não é: amigos, sócios e familiares ficam sabendo que votamos porque saímos do trabalho ou simplesmente porque contamos para eles em uma situação em que mentir é um risco para nossa reputação. O ato de votar é custoso tanto para cooperadores quanto para trapaceiros, mas os primeiros recuperam seus custos em várias rodadas de cooperação com o receptor; o trapaceiro não. Em um estado de equilíbrio diferenciador, todo votante é considerado um cooperador e os não-votantes, trapaceiros. Essa explicação chama atenção para o paradoxo envolvido na ação de votar: votar funciona como um sinal, pois os custos envolvidos em realizar tal ação são maiores do que os ganhos materiais decorrentes dela. Se votar fosse lucrativo, ou seja, se as pessoas fossem pagas para votar ou severamente punidas se não o fizessem, ou ainda, se todos derivassem "utilidades expressivas" desse ato, tanto cooperadores quanto trapaceiros votariam. De acordo com a teoria que estamos expondo, o ato de votar não está ligado a um gosto, ao desejo de se expressar ou de ajudar o país (embora saibamos que esses três motivos reforçariam o incentivo patriótico para que as pessoas votassem), mas de obter ganhos decorrentes da cooperação com outros agentes privados. O patriotismo é relevante apenas no contexto de uma teoria que procure explicar a ligação psicológica entre votar e cooperar.

Pode-se esperar que se crie um equilíbrio diferenciador no qual os cidadãos mais cooperativos votam e os menos cooperativos deixam de votar. Nos Estados Unidos

da América, desaprovam-se aqueles que deixam de votar e admitem isso publicamente. Tal reação é inexplicável para uma teoria que postule a existência de um gosto por votar, mas ela se segue de um modelo de sinalização: na desaprovação do receptor, podemos ver sua visão sobre o emissor, qual seja, pode ser que não se trate de uma pessoa confiável. Tempos de emergência nacional podem estimular a criação de um estado de equilíbrio agregador no qual todos (ou quase todos) votam. A principal razão para votar em uma situação como essa não é a importância do voto singular (ele continua importando pouco), mas o fato de que é importante que todos saibam que você não é um trapaceiro.

Não tenho espaço aqui para pesquisar evidências a favor e contra uma explicação do ato de votar segundo a teoria da sinalização, mesmo assim, mencionarei algumas. Primeiro, o fato de o percentual de votantes aumentar com a riqueza e a educação[33] fala a favor da teoria da sinalização e contra a teoria que postula a existência de um gosto por votar. Uma ação precisa ser custosa para funcionar como um sinal: o custo de votar cresce na proporção dos custos de oportunidade. Segundo, o percentual de votantes aumenta na proporção do aumento da participação em organizações como associações de pais e mestres, de caridade, de moradores, comerciais, grupos de interesse e sindicatos.[34] Todas essas associações exigem de seus membros comportamentos cooperativos. Terceiro, o freqüente exagero dos entrevistados ao falar de seu comportamento como votantes sugere embaraço em admitir que costumam não votar. Tal embaraço pode expressar a preocupação com sua reputação.[35]

Alguns países penalizam os não-votantes com multas de baixo valor; a Itália expõe publicamente o nome dos não-votantes. Todos esses países experimentam um alto percentual de cidadãos votantes (HASEN, 1996, p. 2160-2161). As duas formas de regular reduzem o custo do sinal, votar, mas o primeiro método confia na burocracia do Estado e o segundo, nas sanções sociais que existem independentemente das leis.

A ansiedade diante do baixo comparecimento às urnas é freqüentemente objeto de piadas, pois este fato pode significar que as pessoas estão relativamente satisfeitas com o *status quo*. O problema é que, no entanto, com a paz e a prosperidade, importa menos saber quem é cooperador ou trapaceiro, portanto, tende-se a deixar de votar como um sinal de patriotismo. Se o resultado disso for uma queda no percentual de votantes, haverá falta de informação sobre a preferência política dos cidadãos, o que pode levar os políticos a agir equivocadamente. Entretanto, um estado de equilíbrio em que todos votam também é indesejável. Aqueles que votam apenas para manter sua reputação não levam o ato de votar a sério e deixam de se informar sobre os vários candidatos. Votam movidos pela doçura ou pela familiaridade com os nomes dos candidatos.

2.4 Discriminação por raça, etnia e religião

A discriminação de membros de um grupo pode servir como sinal da propensão a colaborar ou como sinal de "patriotismo". Recusar-se a lidar socialmente ou

comercialmente com um determinado grupo é uma ação custosa, pois os membros do grupo discriminado têm determinadas habilidades e outras qualidades desejáveis. Pode emergir um equilíbrio diferenciador ou um equilíbrio agregador ativo, se os membros do grupo que pratica a discriminação reconhecem-na como um sacrifício em prol do grupo.[36]

Por que alguém pensaria que a discriminação de minorias é um sinal da propensão a colaborar? Por vezes, a resposta é a seguinte: o grupo discriminado tem conexões sociais ou ancestrais com determinado grupo que constitui uma ameaça inequívoca aos autores da discriminação. Exemplos incluem os norte-americanos de origem japonesa após o bombardeio de Pearl Harbor e descendentes de sérvios que vivem na Croácia ou na Bósnia. Outras vezes, a resposta é que os membros do grupo discriminado disputam recursos escassos com o outro grupo. Se a migração de negros ameaçar o domínio dos brancos sobre o mercado de trabalho, os brancos podem demonstrar sua lealdade a seu grupo discriminando os negros. Às vezes, um grupo minoritário prospera enquanto o restante da população passa dificuldades. A fonte de sua riqueza não é compreendida, mas pode estar remotamente ligada aos problemas da maioria. O domínio dos judeus sobre o mercado de crédito, e outros mercados importantes, ao longo de história da Europa, deu a eles um poder desproporcional ao tamanho do grupo. Resultado: este fato foi utilizado como justificativa para teorias que afirmavam serem os judeus uma influência danosa. Tais fenômenos reforçam uns aos outros: quando membros de um grupo discriminado se saem bem no mercado ou na sociedade, tornam-se suspeitos aos olhos dessa mesma sociedade. Seus membros (os membros da sociedade) tendem a discriminá-los para mostrar lealdade a seu próprio grupo. Da parte do grupo discriminado, tal ação faz com que seja cada vez mais importante que seus membros apóiem uns aos outros, aumentando, dessa forma, sua confiança e seus ganhos mútuos. Como resultado, temos mais discriminação por parte dos membros da sociedade.[37]

A discriminação de grupos por razões puramente auto-interessadas é freqüentemente objeto de racionalizações. Uma das mais comuns é a teoria que prega a superioridade racial ou étnica. Teorias assim são fornecidas incessantemente por empresários normativos. A transparente falsidade dessas teorias (não é verdade que os sérvios sejam superiores aos croatas [como crêem os sérvios], tampouco que os croatas sejam superiores aos sérvios [como crêem os croatas], que os arianos sejam superiores aos eslavos [como os nazistas acreditavam] ou que os eslavos sejam superiores a todos os demais, e assim por diante) apenas evidencia que as forças que levam as pessoas a um estado de equilíbrio na sinalização são mais fortes do que seu desejo de verdade. Da mesma maneira que alguém pode mostrar seu patriotismo em um país totalitário ao endossar propagandas evidentemente falsas (quanto mais falsa for a propaganda, mais efetivo será sinal), outros podem demonstrar seu patriotismo em países fascistas ao discriminar grupos minoritários, mesmo que

nutram sentimentos calorosos em relação a esse grupo ou, ainda, que a minoria seja definida arbitrariamente.[38] A teoria da sinalização enfatiza, portanto, a arbitrariedade das ideologias estatais, sejam elas étnicas, religiosas ou nacionalistas. O que conta como sinal depende da importância da cooperação para os indivíduos (que aumenta ou diminui com as flutuações da economia e da política), os acidentes históricos que criam associações entre certos tipos de pessoas e certos comportamentos e o custo relativo das ações que se destacam em razão dessas associações. Estas evidências contrastam claramente com a idéia de que pessoas com certas características, como etnia e raça, encontram sua posição "natural" na situação de submissão a um certo governo. A teoria da sinalização, de fato, mostra que a etnia e a raça são invenções criadas como reação a demandas por critérios que facilitem a cooperação em face de ameaças potenciais.[39]

O custo social desse comportamento é óbvio, no entanto, vale a pena mencionar que, neste caso, ao contrário da queima da bandeira, da autocensura e do ato de votar, o sinal fere pessoas que não participam do jogo. Os membros da minoria não são os "trapaceiros"; aqueles que se eximem de praticar atos discriminatórios é que são os "trapaceiros". É muito provável que uma teoria que sustente a seguinte idéia: "não discriminar é sinal da presença de um trapaceiro" também conclua serem trapaceiros todos os membros do grupo discriminado. No entanto, o membro do grupo dominante que resolver tratar os excluídos com respeito será especialmente desprezado.[40]

É desnecessário repetir aqui a análise dos equilíbrios. Em vez disso, mencionarei brevemente os quatro tipos de lei descritos acima. Primeiro, uma lei antidiscriminatória aumenta o custo de emitir o sinal e, assim, possivelmente, reduz a quantidade de discriminação. Segundo, porque no Sul[41] exigiu-se que brancos relegassem ao ostracismo brancos que trataram negros como iguais[42] (em razão de uma norma social, e não de uma lei). O ganho de um receptor que resolva cooperar com um branco que cooperou com um negro será reduzido em função da expectativa de que ele seja sancionado por desrespeitar a norma social que exige dele a ação de relegar esse branco ao ostracismo. Terceiro, o uso de propaganda para convencer os cidadãos de uma ameaça interna ligada a pessoas que *não* pertencem à minoria (ou seja, os trapaceiros) poderia aumentar o incentivo para que as pessoas praticassem discriminação como uma maneira de evidenciar que não pertencem ao grupo dos trapaceiros. Quarto, o Estado, agindo como empresário normativo, pode tentar, desde logo, estabelecer qual é o sinal, por exemplo, endossando ou rejeitando doutrinas que pregam a superioridade racial e colocando símbolos religiosos em propriedades públicas.

A teoria da sinalização ajuda a explicar a rapidez com que as normas sobre discriminação mudam. Os judeus haviam sido assimilados à sociedade alemã décadas antes da ascensão de Hitler; poucos anos depois eles eram párias. Os negros foram párias na sociedade norte-americana séculos antes do movimento pelos direitos

civis; no espaço de uma geração, as formas mais óbvias de discriminação desapareceram. É possível que tais mudanças se expliquem por alterações fundamentais nas atitudes, no entanto, sua rapidez somada ao sentimento disseminado, especialmente entre as minorias, de que elas foram vazias, sugerem a influência de equilíbrios de sinalização.

Devemos dizer mais sobre o papel do Estado no papel de empresário normativo. Pronunciamentos oficiais exercem um papel importante, pois as autoridades são objetos da atenção de toda a nação e, portanto, podem criar pontos focais com facilidade, por exemplo, as sedutoras teorias de Hitler sobre a influência dos judeus. O sucesso dos políticos nesse campo dá conta do conteúdo altamente simbólico de grande parte do comportamento político. Ocupantes de cargos públicos e candidatos precisam dar as mãos, marchar em paradas e comparecer a cerimônias organizadas por membros de organizações étnicas poderosas, pois, no momento em que um político for associado a um grupo minoritário, ele não terá credibilidade para, em algum momento, tentar explorar as circunstâncias e atribuir os problemas àquele grupo. No momento em que tal grupo for considerado malévolo, a ligação do político com ele afetará negativamente sua imagem.

O empresário normativo reconhece que há perigo para a ordem social quando a minoria torna-se invisível: leis que definam a minoria podem evitar que o sinal torne-se excessivamente custoso. A estrela amarela nazista e as leis antimiscigenação norte-americanas minimizaram o custo do sinal, pois eliminaram qualquer ambigüidade na identificação das pessoas que deveriam ser discriminadas. As "leis Jim Crow"[43] proporcionaram aos brancos oportunidades repetidas para sinalizar com a discriminação racial. Elas abriam a possibilidade, nunca aproveitada por ninguém, de rejeitar publicamente as normas raciais. Assim, além de reforçarem a segregação, essas leis lembravam a todos que todos emitiam o sinal. De outra forma, a má memória, os ganhos potenciais advindos do ato de cooperar com as minorias e a ambigüidade dos comportamentos fariam, ao longo do tempo, diminuir a efetividade do sinal.

Diante da perda da efetividade do sinal, responsável pela identificação dos trapaceiros em razão da influência de algum desses fatores e a necessidade de identificar os trapaceiros permanecer, os empresários normativos buscarão novos sinais.[44] Os exemplos mais impressionantes das mudanças de sinais resultantes de situações como essa vêm, de novo, da história do anti-semitismo europeu. Na Espanha do século XIV, na Alemanha e em toda a Europa do século XIX, a discriminação de alguém por ser judeu perdeu a efetividade como mecanismo diferenciador. Na Espanha, isso se deveu ao fato de que a perseguição levou os judeus e imigrar ou a converter-se ao catolicismo. Na Alemanha, os fundamentos teológicos da discriminação perderam sua plausibilidade diante da perda de influência geral da religião sobre a sociedade. No entanto, a demanda por unidade nacional

em ambos os países fez nascer a necessidade de um método para distinguir pessoas leais de pessoas desleais. Tal necessidade estimulou o desenvolvimento de uma nova teoria baseada na raça, e não na religião. Todos aqueles que praticavam rituais judaicos ou cujos parentes praticavam tais rituais foram classificados como judeus raciais. Esta abordagem, ao definir o grupo de pessoas que podiam ser objeto de discriminação, procurava lidar com problemas criados por tendências demográficas e teológicas. Os empresários normativos promoveram teorias raciais para suplementar (no caso da Espanha) ou para substituir (no caso da Alemanha) as teorias religiosas.[45]

3. Alguns temas

3.1 Implicações positivas[46]

Como mencionamos acima, o Estado pode influenciar os estados de equilíbrio de quatro maneiras diferentes. Primeiro, uma lei, tipicamente, influencia no custo relativo do ato de emitir o sinal. Uma lei antidiscriminação aumenta o custo de emitir um sinal de patriotismo via discriminação; uma lei que institua a censura aumenta o custo de sinalizar o patriotismo pela omissão em criticar o governo. Segundo, a lei pode influenciar os ganhos resultantes da cooperação tanto para emissores quanto para receptores. Exemplo: uma lei que tribute os empregadores que contratarem críticos do governo ou pessoas que violem normas largamente aceitas, que imponham a exclusão racial. Terceiro, a lei pode alterar a crença dos receptores sobre a proporção dos tipos de cidadão em uma certa sociedade. A propaganda produz esse efeito pela persuasão: outras leis, como as que impõem a deportação ou o aprisionamento de membros do grupo "errado", mudam as crenças porque, de fato, alteram a proporção. Quarto, uma lei pode influenciar ou excluir os esforços de um empresário normativo em construir novos sinais; leis e atos oficiais criam novos sinais ou refinam sinais já existentes por proporcionarem maiores oportunidades para que sejam emitidos ou por destacá-los.

Tentar prever os efeitos de uma lei pode levar a uma série de complicações. Primeiro, o efeito de uma lei depende do estado de equilíbrio vigente. Uma lei sobre censura imposta em um estado de equilíbrio agregador ativo pode não ter efeito algum sobre o comportamento dos cidadãos; imposta sobre outros estados de equilíbrio, pode produzir algum efeito relevante. Segundo, mesmo examinando-se um determinado estado de equilíbrio em particular, é difícil prever os efeitos de uma lei. Como já visto na Secção III. A, uma lei que reduza o custo de um sinal pode produzir um equilíbrio agregador ativo, bem como um equilíbrio agregador passivo. Terceiro, uma lei específica pode influenciar o comportamento dos cidadãos de várias maneiras diferentes, além das quatro formas já mencionadas. Por exemplo, uma lei contrária à queima da bandeira pode reduzir o custo relativo de

agitar a bandeira em geral, mas aumentá-lo no que diz respeito aos trapaceiros, por associar esse ato a uma atividade patriótica. Assim, a lei pode, ao mesmo tempo, reforçar ou compensar os efeitos de um sinal.

Dois outros complicadores são a descontinuidade e a transformação simbólica. Para compreender o problema da descontinuidade, imagine-se um equilíbrio agregador ativo em que todos discriminam os membros de uma minoria. Suponha-se que o "gosto" por discriminar esteja distribuído de maneira uniforme: muitos desejariam não discriminar, mas reprimem esse desejo para evitar o ostracismo. Promulga-se uma lei que proíbe a discriminação. Se a sanção for leve, é improvável que afete os comportamentos, pois o custo do ostracismo excederá o custo da sanção. Se a sanção for crescendo gradualmente, terá pouco efeito sobre a discriminação: enquanto a sanção social referente à reputação for maior do que a sanção legal, os comportamentos permanecerão imunes à lei, à exceção do comportamento dos cidadãos mais extremistas. No entanto, se a sanção legal alcançar certo nível, qual seja, o de suplantar a sanção social em termos de gravidade, haverá um declínio descontínuo nos atos de discriminação. Isso se explica assim: quando os cidadãos extremistas passarem a se comportar de outra forma em número suficiente e, assim, comprometerem a manutenção do equilíbrio agregador ativo, a sanção referente à reputação desaparecerá. Nessa situação, todos aqueles que desejavam cooperar com o grupo minoritário e não o faziam por medo de comprometer sua reputação abandonarão o comportamento discriminatório.[47] Esse fenômeno nos ensina que uma lei dotada de uma sanção leve (ou despida de sanção, como um anúncio oficial) pode ter efeitos desproporcionais sobre o comportamento; de outro lado, uma lei dotada de sanções severas pode não ter efeito algum sobre os comportamentos. Normas sociais são robustas, mas também delicadas.[48]

Transformações simbólicas ocorrem quando símbolos antigos não funcionam mais em razão de fatores exógenos e, assim, deixam de ser um bom critério para distinguir os cooperadores dos trapaceiros. Conseqüentemente, os empresários normativos são estimulados a descobrir novos sinais para substituí-los. Já discutimos o processo de substituição da discriminação religiosa pela discriminação racial quando esta se tornou sinal de lealdade diante da perda de efetividade da primeira. Outro exemplo, que apresentaremos de forma estilizada, vem da era McCarthy. Aproximadamente na mesma época em que McCarthy estava ligando comunismo e subversão, outros conectavam homossexualismo e subversão. Graças ao relatório Kinsey, amplamente lido, e aos deslocamentos sociais e demográficos decorrentes da Segunda Guerra Mundial, subitamente ficou evidente que muitas pessoas adotavam práticas homossexuais, assim como muitas pessoas apoiavam os comunistas. Cooperar com homossexuais identificáveis é uma ação custosa, portanto, pode funcionar como sinal de cooperação, mas, para que tal sinal funcionasse a contento, era preciso que as pessoas acreditassem que ele era

capaz de expressar a propensão para colaborar, e não apenas uma convicção, um preconceito ou um gosto. Os empresários normativos precisaram conectar homossexualidade e subversão, o que foi feito de várias formas, por exemplo, por meio do apelo à antipatia aos homossexuais, que deriva da tradição e da religião, ligada à afirmação da importância da unidade nacional para a segurança. Além disso, com a afirmação de que os homossexuais corrompiam a masculinidade da juventude, "masculinidade" em que a sociedade confiava para se defender (D'EMILIO, 1983). Mas, porque os homossexuais não representavam uma ameaça maior do que qualquer outra e, além disso, porque não era mais custoso para um trapaceiro discriminar os homossexuais do que para um patriota, algo como um equilíbrio agregador ativo se formou. Ataques crescentes a homossexuais, legais e não-legais, ocorreram em paralelo à maior parte dos ataques não-oficiais aos comunistas (D'EMILIO, 1983).

Uma transformação simbólica ocorre quando certo sinal (a autocensura) falha ao expor os trapaceiros em virtude, provavelmente, de mudanças exógenas nas recompensas, resultando na substituição ou adição de um novo sinal (a discriminação contra homossexuais). A ironia é que, se algum cidadão americano representava, de fato, uma ameaça na década de 1950, ele seria um comunista ou crítico de outra matriz ideológica, e não um homossexual. No entanto, a discriminação aos homossexuais permitiu a criação de um estado de equilíbrio bem mais poderoso do que a discriminação aos comunistas. Isso se deveu, provavelmente, à tradição norte-americana, anterior anosa década de 1960, que dava suporte à liberdade política e ao respeito à religião, mas não à liberdade sexual. Por isso, a autocensura constituía um sinal de patriotismo (de fato, poderia ser interpretada como falta de patriotismo) menos confiável do que a discriminação aos homossexuais.

3.2 Implicações normativas

Quando uma lei gera um novo equilíbrio sinalizador, avalia-se o direito comparando o novo equilíbrio com o velho. Ao fazer isso, é necessário dar conta dos efeitos comportamental e hermenêutico da lei.

3.2.1 O efeito comportamental

É fato conhecido que não se podem hierarquizar os equilíbrios sinalizadores por sua contribuição para o bem-estar social sem informações sobre os custos e os benefícios de cada tipo de equilíbrio. À primeira vista, um equilíbrio diferenciador pode parecer superior a um equilíbrio agregador, porque no primeiro a informação é revelada e é freqüentemente considerada algo valioso. Pode acontecer de os ganhos resultantes da exposição da informação em determinado equilíbrio diferenciador serem menores que os custos de sinalizar. Também pode acontecer que um equilíbrio agregador ativo seja superior ao equilíbrio diferenciador, pois revelar a informação pode

reduzir os incentivos para gerar valor.[49] Evitei tirar conclusões sobre o ganho de bem-estar geral da conversão de um equilíbrio no outro, pois não se pode generalizar com precisão sobre os custos e benefícios de cada tipo de equilíbrio.

Ainda assim, podemos esboçar três generalizações. Primeiro: há uma tensão entre o motivo pelo qual uma pessoa age e a contribuição para o bem público. Além disso, há uma tensão entre dois tipos de bens públicos resultantes de uma ação. De um lado, a revelação da informação e, do outro, a produção de algum outro bem público. Por exemplo, uma pessoa pode votar ou praticar autocensura para sinalizar que é um cooperador ou um patriota. Votar, felizmente, produz um bem público *externo* (revelar preferências políticas); a autocensura produz um mal público externo (ocultar as preferências políticas). Ambos os tipos de ação produzem um bem público *interno*, a exposição de trapaceiros, mas, mesmo nesse caso, o custo da sinalização pode ser superior aos benefícios resultantes da informação revelada. Sinalizar não é intrinsecamente algo benéfico para a sociedade: às vezes é benéfico, às vezes não.

Segundo: sinais são grosseiros (*crude*) e mesmo equilíbrios que possam ser considerados benéficos pela sociedade produzem alguns comportamentos indesejáveis. Cidadãos politicamente desinformados votam para evitar sanções reputacionais. Seria mais desejável que eles seguissem suas preferências não reputacionais e deixassem de votar. Quando um equilíbrio por autocensura emerge, constitui-se a estabilidade política, o que pode ser importante em tempos de guerra, no entanto, cooperadores com críticas válidas ao governo serão silenciados com os trapaceiros.

Terceiro: quando os equilíbrios sinalizadores são benéficos, podemos esperar que eles ocorram raramente. A razão é que um sinal é um bem público (isso não é verdade para modelos sinalizadores padrão, mas eles não dão conta da ambigüidade das ações que podem servir como signos). Para que ele se estabeleça, todos devem reconhecer que certas ações são mais baratas para alguns tipos de cidadão que para outros. Mas, porque os benefícios do sinal são experimentados por todos, enquanto os custos de fazer tal conexão são suportados por alguns poucos (os empresários normativos, fofoqueiros), haverá poucos tipos de sinal disponíveis para o uso.[50] Por razões similares, equilíbrios prejudiciais ocorrem com menos freqüência do que aconteceriam se não fossem produzidos por esforços coletivos.

3.2.2 O efeito hermenêutico: a criação do sentido social e o problema da reificação

Quando a lei transforma um equilíbrio diferenciador em um equilíbrio agregador ativo, as pessoas param de associar o sinal com uma propensão a cooperar com o patriotismo e, ao contrário, associam o sinal com a qualidade de não ser um trapaceiro. Esse resultado pode ser indesejável quando se dá importância ao "sentido social" da ação que

funciona como sinal. Essa é a diferença entre hastear a bandeira norte-americana em uma casa no subúrbio norte-americano e hasteá-la em um país estrangeiro hostil, ou a diferença entre criticar as autoridades em uma democracia e uma ditadura, ainda, é a diferença entre usar um triângulo rosa em um *campus* universitário na década de 1990 e fazê-lo na década de 1970 ou no começo da década de 1980. Porque todos ou quase todos emitem o sinal ele deixa de distinguir uma pessoa da outra. O "sentido social" de uma ação, que pode ser definido como a crença que o receptor médio tem do tipo de pessoa que se engaja naquela ação,[51] tornou-se "reificado".

Quando a lei transforma um equilíbrio diferenciador em um equilíbrio agregador passivo, o sinal desaparece. Veteranos reclamam que hoje não se leva a bandeira tão a sério quanto antigamente. Naquela época, o sinal, apesar de reificado, não era algo sem sentido: poucas pessoas deixavam de saudar a bandeira, mas aqueles que o faziam eram necessariamente trapaceiros. Assim, todos aqueles que saudavam a bandeira eram, ao menos, cooperadores em potencial. Hoje, saudar a bandeira é algo praticamente sem sentido em vários círculos. Um observador pressupõe que aquele que saúda a bandeira é antiquado ou mesmo um pouco amalucado, uma pessoa com gostos estranhos. Quando um observador não é mais capaz de associar um sinal a um determinado tipo de cidadão, pois muito poucos o emitem, pode-se dizer que o sinal foi "destruído".

Quando o Estado converte um equilíbrio agregador passivo em um equilíbrio diferenciador, produz sentido social. Uma ação que antes tinha pouco significado agora tem muito. Saudar um pedaço de tecido estampado com estrelas e listras não tinha importância nenhuma antes da guerra revolucionária; mais tarde significaria muito. A discriminação de homossexuais é vista inicialmente como uma reação a práticas consideradas imorais. Após a ação estatal, a discriminação é considerada uma expressão de patriotismo. Assim, um sentido social é criado.[52]

A despeito de toda a ênfase que demos ao papel do Estado, um sentido social pode surgir e desaparecer espontaneamente muitas vezes, apesar do esforço estatal de regulá-lo. Para entender o porquê, suponha que, em um momento 1, há um equilíbrio diferenciador e os cooperadores saúdam a bandeira apenas para mostrar que são cooperadores. No momento 2, o Estado promulga uma lei que pune as pessoas que deixam de saudar a bandeira. No momento 3, há um equilíbrio agregador ativo criado pelo desejo dos trapaceiros de se esquivarem da punição, mas neste momento, saudar a bandeira não é mais um sinal confiável de patriotismo. Se muitas pessoas saúdam a bandeira apenas para evitar a sanção, aqueles que o fazem não são necessariamente cooperadores: a saudação se reifica. No jogo do patriotismo, ambos os tipos de cidadão continuam a saudar a bandeira, os cooperadores, por temerem ser tomados por trapaceiros, caso deixem de fazê-lo. Mas, ao longo do tempo, muitas pessoas, cooperadores ou não, começarão a reconhecer o ato de saudar a bandeira como o ritual vazio que ele se tornou. Saudar a bandeira se torna algo embaraçoso, pois

todos sabem que se saúda a bandeira apenas para evitar a punição legal. Alguns esconderão seu embaraço atrás de uma máscara de ironia, mas, sob tais condições, os sentidos da saudação podem eventualmente "virar", tornando-se um sinal do medo da punição legal, e não de patriotismo.[53] A pessoa que saúda é abjetamente obediente e temerosa de ofender a autoridade alheia. A pessoa que deixa de saudar é íntegra e independente e tem uma natureza cooperativa autêntica. Deixar de saudar a bandeira torna-se um sinal de patriotismo melhor do que saudá-la. E acredito que seja assim em alguns círculos.

A "politização" do comportamento ocorre com a criação de uma lei que exija que as pessoas se engajem em comportamentos nos quais já haviam se engajado voluntariamente. As pessoas saúdam a bandeira ou rezam em cerimônias, então, uma lei é criada para exigir exatamente o mesmo comportamento. À primeira vista, poder-se-ia esperar que a lei não afetasse o comportamento ou que talvez o intensificasse, mas a lei pode "virar" o sinal de tal forma que o emissor passe a temer que os outros pensem que ele adota esse comportamento para cumprir a lei em vez de expressar genuíno patriotismo ou fervor religioso. O resultado pode ser que as pessoas parem de adotar o comportamento ou não, o que dependerá da intensidade das sanções e de outros parâmetros. A conclusão importante para nossos objetivos é que a politização destrói sentidos sociais importantes ao exigir, por meio de lei, comportamentos cujo sentido deriva, em parte, do fato de não serem exigidos por lei. Esse argumento é uma analogia ao argumento segundo o qual a "comodificação" de bens e serviços pelo mercado destrói o sentido social nos casos em que um comportamento deriva seu sentido do fato de que é oferecido gratuitamente.[54]

3.3 Endogenização do Estado

Vários artigos recentes afirmam que o Estado tem um papel importante em administrar normas e sentidos sociais. Normas, sentidos sociais e fenômenos similares criam externalidades que não podem ser barganhadas. Pode-se esperar que o mercado não forneça as normas e os sentidos sociais desejáveis, portanto, o Estado deve fazê-lo ou encorajar seu fornecimento por meio de incentivos legais (Lessig (1995); Sunstein (1996); Pildes (1991)).

Há problemas nesse argumento. Suponhamos que todos pratiquem a autocensura para evitar serem taxados de trapaceiros. O equilíbrio agregador ativo não está a serviço do interesse da maior parte do povo, no entanto, cada um dos cidadãos teme desviar-se dele. Pode-se dizer que, nesse caso, há um problema de ação coletiva que o governo poderia resolver, por exemplo, subsidiando a publicação de jornais e revistas, concedendo a políticos horário gratuito na TV, promulgando leis que imunizassem os cidadãos contra acusações de injúria e difamação e garantindo outros privilégios e subsídios. O problema é saber por que devemos supor que o governo tomaria qualquer uma dessas medidas. Não se trata apenas de sabermos que os funcionários do

governo poderiam apreciar a ausência de crítica na sociedade. A questão é: tais funcionários não irão propor leis como essas para evitar que seu apoio seja interpretado como um sinal da presença de um trapaceiro. Os cidadãos não farão pressão sobre o governo para promulgar tais leis, pois tal pressão, que viola a regra da autocensura, também será tomada como sinal da presença de trapaceiros. Não se pode esperar que o governo mude sentidos sociais indesejados quando eles são suficientemente fortes.

Tais considerações nos remetem à questão que levantamos no começo deste artigo: por que as pessoas buscam obter a promulgação de leis contra a queima da bandeira, se tal ato não causa nenhum dano "real"? Uma resposta possível é seguinte: os cidadãos sinalizam seu patriotismo não apenas com ações patrióticas, mas também fazendo pressão ou, ao menos passivamente, demonstrando apoio a leis que punam atividades não-patrióticas. A segunda resposta segue-se logicamente da primeira. Se o sinal, apoio político, for suficientemente barato, pode-se constituir um equilíbrio agregador ativo. Ainda, se o apoio a uma lei contra a queima da bandeira for tomado como sinal de patriotismo, funcionários eleitos do governo não poderão suportar as conseqüências políticas de se oporem a tal lei, tampouco professores de direito que esperem ser indicados a posições importantes no governo.[55]

Quando o governo age como empresário normativo, produz uma competição desnecessária por recursos governamentais. Grupos que competem entre si tratam o governo como um instrumento para transmitir seus símbolos. Um exemplo importante é a exposição de símbolos religiosos em prédios públicos. Um observador que veja tais símbolos interpretará tal fato como resultado da pressão de um grupo religioso e, portanto, concluirá que esse grupo tem uma influência política significativa. Tal inferência faz com que os receptores acreditem que o grupo religioso possui muitos membros ou muito poder. Em ambos os casos, os membros do grupo tendem a ser considerados parceiros desejáveis (ou inevitáveis) para ações de cooperação. Por isso, serão vãs as tentativas dos membros da maioria de discriminá-los para emitir um sinal de lealdade ou patriotismo. É do interesse dos grupos religiosos competir pela influência sobre a decisão governamental de utilizar ou não de símbolos religiosos. Restrições constitucionais impedem uma competição dispensável entre os grupos religiosos que disputam o governo como instrumento para recrutar novos membros como forma de apoio a suas crenças.[56] A liberdade religiosa e as leis que estabelecem o dever do Estado de tratar todos como iguais protegem, até certo ponto, os membros de minorias religiosas contra esse tipo de discriminação, que estimularia a disputa pelo poder político.

4. Conclusão: símbolos e normas sociais

Para compreender o que são as normas sociais é preciso utilizar modelos diferentes conforme o contexto,[57] pois a expressão "norma social" é usada na linguagem comum

para se referir a muitas espécies de comportamento. Neste artigo, afirmei que uma classe importante de normas sociais emerge de jogos de sinalização nos quais as pessoas escolhem as ações que sinalizam lealdade a Estados e comunidades. Porque as pessoas adotam um comportamento em particular apenas para mostrar que são leais, este comportamento adquire a qualidade peculiar de ser um símbolo vazio. As pessoas não sentem prazer algum (ou sentem pouco prazer) em comportar-se daquela maneira, mas o fazem em nome de sua reputação. Note-se que a norma social é endógena ao modelo: ela descreve o comportamento que resulta no equilíbrio. Não é que X puna Y por violar a norma social, ao contrário, X (e muitos outros) evita Y porque o comportamento de Y revela a X que, se associar a Y não servirá aos interesses de X. Embora na linguagem usual digamos que o comportamento de Y viola uma norma social, a punição é endógena, não é imposta por uma força externa.[58]

Este artigo contribui para a literatura sobre o direito e as normas sociais de três formas. Primeiro, ele incorpora o comportamento simbólico na análise geral. Segundo, mostra como um modelo de sinalização pode iluminar a relação entre o direito e as normas sociais. A principal alternativa, o modelo do jogo de repetição, explica como a cooperação é possível, mas não explica como surgem comportamentos padronizados ou influenciados por normas. A maior parte das discussões sobre normas sociais na literatura jurídica diferencia-se de duas maneiras: fazendo suposições exógenas sobre a razão pela qual as pessoas cooperam e tornando as preferências endógenas.[59] Por razões que devo explicitar, afirmo que este modo de ver o problema é um retrocesso. Pode-se fazer muito progresso em explicar a relação entre direito e comportamento sem recorrer a argumentos sobre preferências, notoriamente difíceis de analisar. Terceiro, este artigo revela como as normas sociais podem ser patológicas ou ineficientes.[60]

O último ponto que levantamos sugere, é claro, a possibilidade de uma intervenção estatal desejável. No entanto, há também várias razões para manter o ceticismo diante de propostas que envolvam o Estado em esforços conscientes de "regular" o sentido social. Primeiro, os funcionários do governo não se colocam fora do jogo de sinalização. Como cidadãos, eles são prisioneiros dos símbolos, se eles forem suficientemente fortes. Truman e Eisenhauer foram impotentes para resistir a McCarthy em seu auge, pois qualquer esforço para criticá-lo seria interpretado como um sinal da pusilanimidade do presidente, ou mesmo sua simpatia pelos inimigos dos Estados Unidos da América. Segundo, o efeito dos esforços governamentais para alterar um sinal pode ser oposto ao desejado, resultando no fortalecimento do símbolo que o governo desejava mudar (um possível exemplo são os esforços de Clinton em aumentar a aceitação dos *gays* entre os militares) ou na reificação do símbolo visado (um efeito possível de uma lei que banir o desrespeito à bandeira). Quando os esforços governamentais, deliberadamente ou não, destroem ou reificam os símbolos existentes, empresários normativos proporão novos símbolos, que podem ter efeitos piores

do que os anteriores. Quem procurar exemplos de esforços governamentais bem-sucedidos na exploração do comportamento simbólico encontrará repetidamente, na história de Estados fascistas e totalitários, modelos nada atrativos para os Estados Unidos, país em que as ações de empresários normativos que alcançaram maior sucesso foram realizadas por movimentos não-governamentais, como o movimento pelos direitos humanos, o feminismo e o evangelismo religioso.

NOTAS

1 Professor de Direito Assistente na Universidade da Pensilvânia (*NT: atualmente professor na Universidade de Chicago). Agradecimentos do autor a Matthew Adler, Douglas Baird, Steve Coate, Jason Johnston, Timur Kuran, Richard McAdams, Geoffrey Miller, Eric Rasmusen e participantes nessa Conferência e debates no Encontro Anual da American Law and Economics Association, Toronto, 1997. Karen Schoen contribuiu com valiosa assistência de pesquisa.

2 NT: A disciplina de Direito e Economia, da qual Eric Posner é um expoente, considera que mudanças legislativas alteram incentivos e, desta forma, controlam o comportamento dos indivíduos impondo "preços" elevados a condutas indesejadas. Por exemplo, aumentos nas multas por excesso de velocidade supostamente fazem com que motoristas dirijam de forma mais cautelosa. Embora essa visão centralizadora (e positivista) predomine, recentemente, adeptos da disciplina têm buscado compreender também como hábitos e costumes influenciam e regulam condutas: a indução de comportamentos vistos como desejáveis pode ser alcançada pela alteração das chamadas "normas sociais". O estudo das normas sociais relativiza, mas também aperfeiçoa, os modelos de escolha racional (*rational choice*) comumente empregados nos estudos de Direito e Economia.

3 NT: Isto é, centrais e relevantes.

4 NT: Na presença de relevantes assimetrias de informação, os indivíduos se vêem obrigados a tentar adivinhar os reais interesses das outras partes. Por exemplo, em uma negociação para compra e venda de um carro usado, o vendedor conhece muito melhor o verdadeiro estado de conservação do carro. Dependendo de como o vendedor se comportar – vale dizer, dos sinais emitidos por ele – o comprador ofertará um valor maior ou menor pelo carro. O chamado equilíbrio diferenciador (*separating equilibrium*) surge quando a parte menos informada consegue deduzir os reais interesses da parte mais bem informada, com base nos sinais por ela emitidos. Por exemplo, o comprador pode deduzir que se trata de um carro em bom estado de conservação porque o vendedor provou que todas as revisões foram feitas, que a quilometragem do carro é baixa para seu ano de fabricação e que o estepe nunca foi usado.

5 NT: O termo "equilíbrio" designa situações em que forças antagônicas encontram-se balanceadas e estáveis, de forma que, na ausência de influências externas, a situação não se alterará. O exemplo mais evidente é o equilíbrio de mercado, que ocorre quando o preço de um determinado bem, estabelecido em regime de competição em mercado, é gerado no momento em que a quantidade de bens produzidos se iguala à quantidade de bens consumidos. Há, contudo, exemplos mais sutis, e é neles que Eric Posner está interessado. A publicação da constituição de um país reflete uma situação de equilíbrio em que as diversas forças políticas, após um processo de barganha, chegam a um denominador comum; a criação da moralidade pública, do mesmo modo, emerge do choque entre as diversas visões do que seja justo, moral, útil e conveniente.

6 NT: A expressão *hate speech* (discurso do ódio) é muito utilizada no mundo anglo-saxão, especialmente nos EUA. Refere-se aos discursos que visam a degradar, discriminar ou incitar o ódio em relação a grupos sociais ou étnicos. O tema

tem sido discutido entre juristas, filósofos e estudiosos de outras ciências sociais. Nos EUA, há vários diplomas legais que regulam a questão e, recentemente, a Suprema Corte tratou do assunto em *R.A.V. v. City of St. Paul* (1992), utilizando-se do conceito de *fighting words* construído em Chaplinsky *vs.* New Hampshire (1942) . Para uma visão jurídica do problema, v. John B. Gould (*Speak no evil*: the triumph of hate speech regulation, Chicago: Chicago University Press, 2005). Para uma discussão filosófica, que problematiza o papel da Suprema Corte na regulação do problema, v. Judith Butler (Burning acts, injurious speech. In: *Excitable speech*: a politics of the performative. London: Routledge, 1997).

7 NT: Em Budapeste, por exemplo, imediatamente após a queda do regime totalitário, diversas estátuas de líderes do regime foram retiradas do centro da capital. As obras não foram destruídas, mas deslocadas para um parque (Szoborpark) na periferia da cidade.

8 NT: Como o atual desapego dos casais pelo uso da aliança como símbolo do matrimônio. Nesse caso, o abandono do símbolo proporciona uma reserva financeira ao casal (a economia do preço de um par de alianças em ouro), que pode ser usufruída por eles em outra ocasião (viagens, passeios, lazer, etc.). Assim, a desvalorização do símbolo pode ser revertida para a cooperação dos indivíduos. O desapego à utilização da aliança pode ser um sinal de que o casamento não é considerado sagrado pelos nubentes. Esse comportamento poderá sinalizar uma série de características sobre o casal. Um casal que não usa aliança provavelmente não freqüentará a igreja; possivelmente será a favor da legalização do aborto e do casamento de homossexuais; e assim por diante. É neste sentido que se diz que a não-utilização da aliança pode ser um "sinal" importante.

9 NT: A teoria dos jogos estuda situações estratégicas, nas quais os indivíduos escolhem diferentes ações na tentativa de maximizar seus benefícios aos menores custos possíveis. É comum utilizar a teoria dos jogos para modelar (i.e., tentar prever) o comportamento de indivíduos interagindo uns com os outros, pois ela se presta a analisar relações *dinâmicas*: se eu fizer A, como reagirão as outras pessoas? E se eu fizer B? Geralmente, o "jogo" se desenvolve em um ambiente em que cada "jogador" tem informações incompletas sobre as reações dos outros jogadores. Daí a importância dos "sinais" emitidos por cada um deles. Esse tipo de estudo tem apresentado resultados interessantes em pesquisas em diversas áreas, especialmente Economia, Ciência Política, Ética, Filosofia, Direito e Ciência da Computação. Jogos "cooperativos" são aqueles em que é possível cooperar celebrando acordos que maximizam o bem-estar do grupo porque há uma "coalizão" de jogadores capaz de fazer cumprir os acordos. Crianças jogando cobra-cega geralmente participam de um jogo cooperativo porque aquele que trapacear será expulso do jogo pelos demais ("com você eu não brinco mais"). Da mesma forma, se o Poder Judiciário for suficientemente organizado e honesto, os indivíduos podem celebrar contratos – portanto, cooperar – porque, se uma das partes romper o acordo, será processada e pagará suas obrigações prontamente com juros e correção. Os jogos "cooperativos" se opõem aos "não-cooperativos", aqueles em que a estratégia racionalmente adotada pelas partes será a de não cooperar. Por exemplo: se a lei não funciona na prática, e os mecanismos de reputacionais/sociais não são suficientemente fortes para fazer com que as regras sejam cumpridas, poderá tornar-se racional roubar, trapacear, não cumprir com a palavra dada, etc.

10 NT: O jogo é descrito da seguinte forma: dois suspeitos (A e B) são presos pela polícia após um roubo. A promotoria não tem provas suficientes para condená-los por roubo. Pode apenas condená-los por uma infração menor em que ambos receberão pena de seis meses de prisão. Para condenar A por roubo, é preciso que B confesse que realizou o roubo com A. Da mesma forma, para poder condenar B por roubo, é preciso que A confesse que realizou o roubo junto com B. A promotoria oferece, separadamente, um acordo para cada um dos dois prisioneiros: "se você confessar (e o seu comparsa mantiver-se em silêncio), você sairá livre e o comparsa receberá pena de dez anos de prisão; mas, se ambos confessarem, ambos receberão dois anos de prisão". A partir desse momento, os prisioneiros não se comunicam, isto é, decidem separadamente. O dilema de cada prisioneiro é decidir entre confessar ou calar-se. Se ambos se calam, ambos recebem pena de seis meses de prisão; se ambos confessam, os dois recebem dois anos de pena; e se um confessa e o outro não, o dedo-duro sairá livre e aquele que se manteve calado receberá dez anos de prisão. A solução clássica do dilema é que, agindo racionalmente, cada prisioneiro optará por confessar. Este jogo mostra fundamentalmente que: (i) a ação racional não é pressuposto da maximização de bem-estar; (ii) a cooperação (geralmente) é pressuposto da maximização de bem-estar; e (iii) a cooperação se instrumentaliza por meio da possibilidade da realização de acordos e contratos. Se os prisioneiros pudessem celebrar um acordo, combinariam que não iriam confessar e cada um deles receberia seis meses de pena de prisão. Como não podem contratar, ambos confessam. Em vez de ficarem seis meses na prisão, ficam dois anos.

11 NT: Como condição preliminar ao contrato, o comprador deve avaliar se o vendedor age de boa-fé, é um bom pagador: retirar as certidões para verificar a existência de pendências judiciais, fiscais e contábeis, etc.

12 Esse modelo assemelha-se aos modelos publicitários.

13 NT: As diferenças entre as taxas de desconto entre os jogadores decorrem das preferências por recompensas de longo prazo pelos cooperadores em oposição às preferências dos trapaceiros por ganhos imediatos. Assim, para Eric Posner (Altruism, status, and trust in the law of gifts and gratuitous promises, *Wisconsin Law Review*. p. 579-580, 1997), o ato de entregar presentes não está limitado a uma demonstração de generosidade ou altruísmo, podendo servir também para identificar os cooperadores e os trapaceiros.

14 NT: A contribuição do equilíbrio de Nash (equilíbrio estratégico) para a teoria dos jogos foi demonstrar a existência de uma situação em que o jogador adota a melhor jogada para si em vista das jogadas de seu opositor. Trata-se de um equilíbrio de estratégias dominantes, uma vez que haverá sempre uma cooperação eficiente entre as partes. O equilíbrio de Nash, segundo Jean Tirole e Drew Fundenberg (*Game theory*. Massachusetts:The MIT Press, 2000) "é um conjunto de ações dos agentes tais que nenhum jogador, tomando as ações de seus oponentes como dadas, desejaria alterar as suas próprias ações". Em uma das releituras dessa teoria, foram introduzidos por Harsany em 1967 os jogos bayesianos; situações em que os jogadores não conhecem a estrutura do jogo, isto é, mesmo com as repetidas jogadas não é possível determinar a estratégia dominante. Diante disso, o equilíbrio bayesiano perfeito serve como a criação artificial do equilíbrio [de Nash], ou melhor, considerando que as jogadas são dependentes de circunstâncias pouco prováveis, por exemplo, quando os jogadores não tomam as jogadas estratégicas se pudessem escolher outras, há introdução de um modelo bayesiano perfeito quando as variantes são desconsideradas e todos os jogadores escolhem as jogadas estratégicas.

15 As complicações surgem da dificuldade de consolidar conceitos satisfatórios de equilíbrio. Como exemplo, pode-se argumentar que o agrupamento ativo não é plausível. O cooperador prefere desviar do comportamento adotado se o receptor decidir cooperar com aqueles que prefiram desviar. Com isso, o cooperador irá economizar o custo do sinal (recebendo $6 em vez de $3). De fato, o receptor deverá acreditar que ninguém que opte por desviar o comportamento terá 90% de probabilidade de ser um cooperador, porque o cooperador e o trapaceiro agem melhor ao desviar do que ao sinalizar. Assim, admitindo que o receptor irá realmente cooperar com alguém que opte desviar do comportamento adotado, e por saber que os dois desviam melhor do que sinalizam, o receptor não terá razões para acreditar que apenas um trapaceiro optará por desviar o comportamento. Se o receptor tiver acreditado que alguém que desvie tem 90% de probabilidade de ser cooperador, ele irá cooperar. Nesse caso, portanto, o cooperador irá, antecipando tudo isso, desviar. Para uma discussão sobre a mais refinada noção de equilíbrio utilizada aqui, veja Baird; Gertner; Picker (1994, p. 255). Se o custo de um desvio sem sucesso é alto o suficiente, no entanto o cooperador irá achar inaceitável o risco de que o receptor possa equivocadamente rejeitá-lo.

16 NT: A expressão "empresário normativo" (*norm entrepreneur*), cunhada por Cass R. Sunstein, designa aqueles indivíduos interessados em liderar processos de mudança das normas sociais. Segundo Sunstein, "as [instituições] sociais são geralmente mais frágeis do que se poderia supor porque elas dependem das normas sociais com relação as quais – e este é um ponto fundamental – as pessoas às vezes não têm tanta fidelidade quanto se imagina [...] Os empresários normativos podem explorar este fato". (Social roles and social norms. *Columbia Law Review*, Vol. 96, No. 4 (May, 1996), pp. 903-968).

17 NT: Para alguns Estados norte-americanos, o dia 19 de abril é um feriado, denominado Dia da Pátria. Historicamente, considera-se, nessa data, o início da Guerra da Independência dos Estados Unidos da América em 1775. Adicionalmente, o dia 11 de setembro, por meio de decretos presidenciais renovados anualmente e, posteriormente, aprovado pelo Congresso em 2005, tornou-se o Dia da Pátria dos Estados Unidos da América, em homenagem às vítimas do atentado terrorista em Nova Iorque em 2001.

18 NT: Espírito do tempo.

19 NT: Referência ao empresário normativo.

20 NT: Referência a Joseph R. McCarthy (1908 - 1957), ex-senador norte-americano entre 1947 e 1957. A partir do início da década de 1950, McCarthy tornou-se o arauto do sentimento anticomunista nos Estados Unidos, no contexto das crescentes tensões entre aquele país e a União Soviética por conta da Guerra Fria. McCarthy notabilizou-se por realizar uma série de acusações sem provas e liderar perseguições políticas contra supostos espiões soviéticos nos Estados Unidos. A partir de 1954, suas bravatas o levaram ao descrédito e censura pública pelo Senado norte-americano.

21 Uma breve análise sobre a época de McCarthy encontra-se em Reeves (1989).

22 Ver, *e.g.*, Pesendorfer (1995); Camerer (1988).

23 Uma confusão adicional resulta de que em uma comunidade as pessoas demonstram lealdade pela realização de ações que violem as normas dominantes. Assim, uma pessoa pode queimar uma bandeira para mostrar aos opositores do governo que é profundamente comprometido e pode ser visto como um aliado valioso.

24 Ver Lohmann (1994, p. 518); Rasmusen (1993, p. 899).

25 Glazer e Konrad (1995, p. 167) argumentam que as firmas fazem *lobby* por regras protecionistas como forma de sinalizar aos entrantes em potencial que elas possuem baixos custos marginais, portanto buscam dissuadir a entrada do concorrente.

26 Ver Bernheim (1994, p. 841). Esse autor, entretanto, considera a preocupação sobre a reputação como exógena, mesmo que seja derivada dos ganhos com a cooperação.

27 Ver Seção 4.1

28 Para uma análise diferente sobre formas de profanar a bandeira, ver Eric Rasmusen (1998).

29 Ver Timur Kuran (1995).

30 Quando a sociedade em questão não é uma nação, mas sim uma comunidade menor, tal como uma universidade ou uma cidade pequena, obtém-se um resultado semelhante. Ver, por exemplo, Glenn C. Loury (1994).

31 Ver Donald P. Green; Ian Shapiro (1994).

32 Ver, *e.g.*, Richard L. Hasen (1996).

33 Ver Leighley; Nagler (1992); Durden (1987).

34 Ver Stephen Knack (1992). No conjunto de 41% dos votantes regulares, acordaram sobre o seguinte argumento para votar: "Meus amigos e familiares quase sempre votam e eu não me sinto confortável em dizer a eles que não votei" (KNACK, 1992, p. 137).

35 Presser; Traugott (1992); ver também Hasen (1996, p. 2160-2161).

36 A teoria não assume um "gosto pela discriminação" (BECKER, 1973) ou que as características físicas sejam utilizadas como equivalentes (*proxy*) às características não visíveis (ARROW, 1973).

37 Ver Eric A. Posner (1996).

38 Comparar McAdams (1995). O autor baseia-se na suposição de que as pessoas desejem *status*, isto é, derivam disso a utilidade de ser mais rico do que outra pessoa. A teoria dos sinais não faz essa suposição, aliás, pelo contrário, baseia-se nas suposições mais comuns sobre as preferências. O *status*, nesse modelo, é endógeno: ou seja, um possui *status* se o outro tem reputação para ser um parceiro de cooperação respeitável.

39 A teoria está, portanto, de acordo com a opinião de que as nações são "comunidades imaginárias", ver Anderson (1983) e a historiografia que enfatiza a contingência do Estado-nação, *e.g.*, Hobsbawm (1990).

40 Ver McAdams (1995, 1039-1040); Kuran (1997).

41 NT: Referência aos Estados do Sul dos Estados Unidos, favoráveis à manutenção da escravatura até a Guerra Civil americana (1861-1865).

42 Ver McAdams (1995).

43 NT: As chamadas "leis Jim Crow" (*Jim Crow Laws*) estiveram em vigor, no período de 1876 a 1965, em cidades e Estados do Sul dos Estados Unidos. Determinavam um regime de "separação igualitária" (*separate but equal*) entre brancos e negros: havia escolas públicas, locais públicos e transportes públicos separados para indivíduos brancos e

negros. Embora teoricamente devessem ser de mesma qualidade, na prática, esse regime de separação servia para criar um sistema racista e discriminatório.

44 A politização das raças realizada pelos empresários (políticos) normativos é discutida em Roback (1989).

45 Ver B. Netanyahu (1995). Netanyahu ressalta que maioria da população espanhola tinha grande interesse em adquirir o poder econômico e político dos judeus (na Espanha, os "cristãos novos", isto é, os judeus convertidos), do que se importava para cooperar em nível nacional. Por fim, o autor identifica no interesse por uma unidade nacional na Espanha como uma importante causa de perseguição dos cristãos novos. Idem, p. 1004. Portanto, a Espanha se uniu na oposição aos judeus. Mas, quando a religião judaica desapareceu, o povo judeu precisou ser recriado.

46 NT: No texto, a expressão "implicações positivas" tem o sentido de análise descritiva (como as coisas "são") e é usada em oposição à noção de "implicações normativas", proposições de como as coisas "deveriam ser". Por exemplo: uma estatística descrevendo o aumento da criminalidade é uma descrição (ou tentativa de descrição) da realidade; uma proposta de aumento das penas de prisão seria uma possível implicação normativa.

47 Cf. Bernheim (1994); Kuran (1995).

48 Ver Sunstein (1996, p. 909).

49 Ver, por exemplo, Mas-Colell et al. (1995, p. 455-457).

50 Ver Lawrence Lessig (1995).

51 Cf. Lawrence Lessig (1995).

52 A criação de sentidos sociais mediante um comportamento espontâneo pela população, porém, guiado e explorado pelos empresários normativos, colabora na explicação do fenômeno das "tradições inventadas". A conotação paradoxal deriva de que antigos comportamentos revelam pontos focais empregados para sinalizar a devoção a uma nova entidade política. Por não ser costume de nenhuma nação, exceto a Escócia, vestir o Kilt, considera-se que usar o Kilt é exclusividade do povo escocês. Entretanto, o Kilt apenas tornou-se um símbolo para o nacionalismo escocês após transformações nas condições sociais que possibilitaram a criação da comunidade escocesa. Assim, com o estabelecimento da comunidade, puderam-se obter ganhos de cooperação. Dessa forma, os empresários normativos refinaram o sinal ao, por exemplo, elaborar (como uma absoluta ficção) uma conexão entre os tartãs (tecido escocês xadrez) e os clãs. Ver Hobsbawn; Ranger (1983), especialmente o capítulo de Trevor-Roper nas tradições escocesas.

53 Cf. Kuran (1995).

54 Comparar Radin (1987).

55 Essas observações podem ser utilizadas para fundar uma teoria da ideologia mais abrangente, que deverá estabelecer as condições sobre as quais as pessoas aprovam (ainda que em grandes números) as posições políticas contrárias aos seus interesses. A origem dessa teoria está em Kuran (1995) e Loury (1994). Ver também Kuran (1987). Todo esse material, no entanto, serve para uma investigação futura.

56 Para uma discussão geral, ver Eric A. Posner (1996). Objeções a determinadas condutas "expressivas" de um governo derivam dos medos básicos de que tal conduta altere as crenças dos indivíduos. Em razão delas, espera-se uma redução nas habilidades dos indivíduos de relacionarem-se corporativamente. Opor-se a regras legais de um grupo em particular, mesmo que essas regras não causem prejuízos diretos ao indivíduo, justifica-se pela possibilidade de que tais regras em particular possam alterar as atitudes dos indivíduos que podem prejudicá-lo. Na minha opinião, esse tipo de motivação encontra-se também em objeções às manipulações raciais para influenciar votações (*gerrymandering*), não apenas em objeções morais em geral ao "reducionismo de valores" (*value reductionism*). A despeito disso, tais teorias são consistentes. Ver Pildes; Niemi (1993).

57 Para uma discussão de outros modelos possíveis, ver Eric A. Posner (1998).

58 Neste trabalho, afasta-se o aspecto secundário do dilema dos prisioneiros (ELSTER, 1989, p.132-133). Essa análise resulta na teoria, rejeitada neste artigo, de que as normas sociais são impulsionadas por uma ação coletiva intencional.

59 *E.g.*, Sunstein (1996); Lessig (1995). Ver também Robert D. Cooter (1994) e Cooter (*Cornell Law Review*), que combina uma teoria evolucionista do comportamento e a teoria de internalização das normas. Uma outra análise sobre as normas sociais decorre da suposição de que as pessoas desejam *status* para o seu próprio bem. Ver McAdams (1997); ver também Bernheim (1994).

60 Cf. Posner (1996c); Posner (1998); ver também Ellickson (1991).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDERSON, Benedict Richard O' Gorman. *Imagined communities*: reflections on the origin and spread of nationalism. London: Verso, 1983.

ARROW, Kenneth J. The theory of discrimination. In: ASHENFELTER, Orley; REES, Albert (Ed.). *Discrimination in labor markets.* Princeton: Princeton University Press, 1973.

BAGWELL, Laurie Simon; BERNHEIM, B. Douglas. Veblen effects in a theory of conspicuous consumption. *The American Economic Review*, vol. 86, n. 3, 1996, p. 349-373.

BAIRD; Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER; Randal C.. *Game theory and the law*. Cambridge: Harvard University Press, 1994, p. 255.

BECKER, Gary Stanley. *The economics of discrimination*. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1973.

BERNHEIM, B. Douglas. A theory of conformity. *The Journal of Political Economy*, vol. 102, n. 5, 1994, p. 841-877.

CAMERER, Colin. Gifts as economic signals and social symbols. *The American Journal of Sociology*, vol. 94, 1988, pp. S180-S214.

COOTER, Robert D. Structural adjudication and the new law merchant: a model of descentralized law. *International Review of Law and Economics*, vol. 14, n. 2, 1994, p. 215-231.

D'EMILIO, John. *Sexual communities*: the making of a homosexual minority in the United States, 1940-1970. Chicago: University of Chicago Press, 1983.

DURDEN, Garey C.; GAYNOR, Patricia. The rational behavior theory of voting participation: evidence from 1970 and 1982 elections. *Public Choice*, vol. 53, n. 3, 1987, p. 231-242.

ELLICKSON, Robert. *Order without law*: how neighbors settle disputes. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

ELSTER, Jon. *The cement of society*: a study of social order. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

GLAZER, Amihai; KONRAD, Kai A.. Strategic lobbying by potential industry entrants. *Economics & Politics*, vol. 7, n. 2, 1995, p. 167-179.

GREEN, Donald P.; SHAPIRO; Ian. *Pathologies of rational choice theory*: critique of applications in political science. Yale: Yale Univeristy Press, 1994.

HASEN, Richard L. Voting without law?. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 144, n. 5, 1996, p. 2135-2179.

HOBSBAWM, Eric J. *Nations and nationalism since 1780*. Cambridge; Nova Iorque: Cambridge University Press, 1990.

_____; RANGER, Terence O. (Ed.). *The invention of tradition*. Cambridge; Nova Iorque: Cambridge University Press, 1983.

KLEIN, Benjamin; LEFFLER, Keith B. The role of market forces in assuring contractual performance. *The Journal of Political Economy*, vol. 89, n. 4, 1981, p. 615-641.

KNACK, Stephen. Civic norms, social sanctions and voter turnout. *Rationality and Society*, vol. 4, n. 2, 1992, p. 133-156.

KRISTOF, Nicholas D. Japan's state symbols: now you see them... *The New York Times*. 12 nov. 1995.

KURAN, Timur. Preference falsification, policy continuity and collective conservatism. *The Economic Journal*, vol. 97, n. 387, 1987, p. 642-665.

_____. *Private truths, public lies*: the social consequences of preference falsification. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

_____. *From melting pot to salad bowl: ethnic activity and socially induced ethnification* (paper apresentado na Chicago Social Norms Conference), 1997.

LEIGHLEY, Jan E.; NAGLER, Jonathan. Individual and systematic influences on turnout: who votes?. *The Journal of Politics*, vol. 54, n. 3, 1992, p. 718-740.

LESSIG, Lawrence. The regulation of social meaning. *The University of Chicago Law Review*, vol. 62, n. 3, 1995, p. 943-1045.

LOHMANN, Susanne. Information aggregation through costly political action. *The American Economic Review*, vol. 84, n. 3, 1994, p. 518-530.
LOURY, Glenn C. Self-censorship in public discourse. *Rationality and Society*, vol. 6, n. 4, 1994, p. 428-461.
MAS-COLELL, Andreu et al. *Microeconomic theory*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1995.
MCADAMS, Richard H.. Cooperation and conflict: the economics of group status production and race discrimination. *Harard Law Review*, vol. 108, n. 5, 1995, p. 1003-1084.
_____. The origin, development, and regulation of norms. *Michigan Law Review*, vol. 96, n. 2. 1997, p. 338-433.
MILGROM, Paul; ROBERTS, John. Price and advertising signals of product quality. *The Journal of Political Economy*, vol. 94, n. 4, 1986, p. 796-821.
NASH, Nathaniel C. *The new symbol of Germany*: faith in a scrap of paper. 25 jun., 1995.
NETANYAHU, B. *The origins of the inquisition in fifteenth century Spain* 1052-1054. Nova Iorque: [s.n.], 1995.
PESENDORFER, Wolfgand. Design innovation and fashion cycles. *The American Economic Review*, vol. 85, n. 4, 1995, p. 771-792.
PILDES, Richard H.. The unintended cultural consequences of public policy: a comment on the symposium. *Michigan Law Review*, vol. 89, n. 4, 1991, p. 936-978.
_____; NIEMI, Richard G. Expressive harms, "Bizarre districts", and voting rights: evaluating election-district appearances after Shaw v. Reno. *Michigan Law Review*, vol. 92, n. 3, 1993, p. 483-587.
POSNER, Eric A.. The regulation of groups: the influence of legal and nonlegal sanctions on colletive action. *The University of Chicago Law Review*, vol. 63, n. 1, 1996a, p. 133-197.
_____. The legal regulation of religious groups. *Legal Theory*, vol. 33. n. 2, 1996b.
_____. Law, economics and inefficient norms. *University Pennsylvania Law Review*, vol. 144, n. 5, 1996c, p. 1697-1744.
_____. Altruism, status, and trust in the law of gifts and gratuitous promises *Wisconsin Law Review*, 1997, p. 567-609.
_____. Efficient norms. In: NEWMAN, Peter (Ed.). *The new palgrave dictionary of economics and the law*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 1998.
PRESSER, Stanley; TRAUGOTT, Michael. Little white lies and social science models: correlated reponse errors in a panel study of voting. *The Public Opinion Quarterly*, vol. 56, n. 1, 1992, p. 77-86.
RADIN, Maragaret Jane. Market-inalienability. *Harvard Law Review*, vol. 100, n. 8, 1987, p. 1849-1937.
RASMUSEN, Eric. Lobbying When decisionmaker can acquire independent information. *Public Choice*, vol. 77, n. 4, 1993, p. 899-913.
_____. *The economist of desecration*: flag burning and related activities. *The Journal of Legal Studies*, vol. 27, n. 2, 1998, p. 245-269.
REEVES, Thomas C. *McCarthyism*. 3. ed. Malabar: R.E. Krieger Pub. Co., 1989.
ROBACK, Jennifer. Racism as rent seeking. *Economic Inquiry*, vol. 27, n. 4, 1989, p. 661-681.
SACK, Kevin. Symbols of old south feed a new bitterness. *The NewYork Times*. 8 fev., 1997, at 1.
SCHELLING, Thomas C. *The strategy of conflict*. Cambridge: Harvard University Press, 1960.
SHENON, Philip. Battling over a national symbol: it's on the menu. *The NewYork Times*. 10 jul. 1995.
SUNSTEIN, Cass R.. Social roles and social norms.

Eric A. Posner

PROFESSOR DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE CHICAGO, EUA |

University of Chicago
1111, East 60th Street - IL 60637
Chicago, EUA
eposner@uchicago.edu

ORIGINALMENTE PUBLICADO EM: SIEBER, ULRICH. GRENZEN DES STRAFRECHTS – GRUNDLAGEN UND HERAUSFORDERUNGEN DES NEUEN STRAFRECHTLICHEN FORSCHUNGSPROGRAMMS AM MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES STRAFRECHT, ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTEN STRAFRECHTSWISSENSCHAFTEN, BAND 119 (2007), S. 1-68.

LIMITES DO DIREITO PENAL *

PRINCÍPIOS E DESAFIOS DO NOVO PROGRAMA DE PESQUISA EM DIREITO PENAL NO INSTITUTO MAX-PLANCK DE DIREITO PENAL ESTRANGEIRO E INTERNACIONAL

Ulrich Sieber

THE LIMITS OF CRIMINAL LAW

TRADUÇÃO *Alessandro Hirata* REVISÃO DA TRADUÇÃO *Vivian C. Schorscher*
REVISÃO TÉCNICA *Vivian C. Schorscher, Marta R. A. Machado, Flávia P. Püschel*

RESUMO

Este texto contém o programa de pesquisa que irá orientar as atividades do Instituto Max-Planck de Direito Penal Estrangeiro e Internacional de Friburgo nos anos que seguem. O programa funda-se num diagnóstico abrangente dos principais problemas penais enfrentados pelo direito no mundo de hoje e, por esta razão, além de norte para um dos principais centros de pesquisa em direito penal no mundo, o texto é um mapa preciso das mais relevantes questões penais contemporâneas. Ele tem três objetivos principais: (a) analisar alterações nos riscos à segurança e as idéias sobre segurança numa sociedade marcada pela globalização e por mudanças técnicas e econômicas; (b) analisar a criticar as alterações legais que acompanham as mudanças mencionadas e suas causas, (iii) desenvolver novas respostas para os desafios postos pela necessidade de efetivar as leis. Três assuntos merecem maior destaque: o crime organizado internacional, o terrorismo e os crimes cometidos pela Internet.

PALAVRAS-CHAVE

Instituto Max-Planck de Direito Penal estrangeiro e internacional; riscos de segurança; globalização e transformação técnica, econômica e política; desafios político-criminais; criminalidade organizada; terrorismo; internet

ABSTRACT

This paper describes the research program implemented by the current director of the Max-Planck-Institute for foreign and international penal law, which has its focus directed to the current challenges posed to penal law by contemporary social, economic and political changes. This program has three goals: (i) to analyze the real alterations to security risks and the ideas regarding security in a society branded by globalization and technical, economic and political changes; (ii) to analyze and critically evaluate the legal changes that accompany said changes and their causes; (iii) the development of new answers to the challenges posed to law enforcement policies. In this context, the following aspects are highlighted: international organized criminality, terrorism and crimes committed over the Internet.

KEYWORDS

Max-Planck-Institute for foreign and international penal law, security risks, globalization and technical, economic and political changes, challenges to law enforcement policies, organized criminality, terrorism, internet

1. Introdução

A sucessão na diretoria do Instituto Max-Planck de direito penal estrangeiro e internacional de Friburgo, no final de 2003, motivou a concepção de um "programa de pesquisa" projetado a longo prazo na divisão de direito penal do instituto. Tal programa[1]

– apresentado em forma de discurso de posse na comemoração da sucessão do cargo em março de 2004 – deverá concentrar os futuros trabalhos nos problemas centrais do direito penal do futuro, obter sinergia entre os projetos de pesquisas individuais e desenvolver novas abordagens para soluções no contexto de uma construção teórica de grande alcance.[2]

O "objeto do novo programa de pesquisa" são os desafios atuais do direito penal, derivados de modificações sociais, econômicas e políticas. Essas modificações sociais ocorrem em alta velocidade na atual sociedade mundial, de informação e de risco. Elas têm efeitos graves no desenvolvimento da criminalidade, no direito penal e na política criminal, podendo – como o princípio da prevenção, que avança no direito penal – conduzir a uma mudança de paradigmas. Esta mudança faz-se presente por meio da criação de novas formas de cooperação internacional e do direito penal supranacional não apenas no direito penal europeu e no direito penal internacional. Mudanças ainda mais graves revelam-se nas ações contra o terrorismo, por meio da dissolução de categorias políticas e jurídicas clássicas, como a distinção entre segurança interna e externa, guerra e crime, serviços secretos e polícia, polícia e milícia, assim como guerra e paz.[3]

Diante do pano de fundo desse desenvolvimento, o novo programa de pesquisa do Instituto Max-Planck de direito penal estrangeiro e internacional tem três "objetivos de pesquisas", cada qual constituindo a base para o seguinte; são eles: (i) a análise das "modificações reais" dos riscos de segurança e dos pensamentos sobre segurança na sociedade marcada pela globalização e pela transformação técnica, econômica e política; (ii) a análise e avaliação crítica das "modificações normativas" que acompanham referidas transformações e suas causas, assim como (iii) o desenvolvimento de novas respostas para os relevantes desafios "político-criminais".

A orientação do programa de pesquisa para as modificações sociais e jurídicas exige, para a determinação dos futuros "pontos centrais da pesquisa", primeiramente, uma análise da modificação social, seus efeitos sobre a criminalidade, o direito penal e a política criminal, assim como das questões fundamentais dela resultantes.[4] Esta análise estará no centro das observações que seguem (2.). Por fim, serão expostos os métodos e projetos de pesquisa com os quais esse programa de pesquisa deverá ser implementado (3.).

2. Modificações atuais da sociedade, da criminalidade, do direito penal e da política criminal: dos desafios categoriais do direito penal na sociedade global de risco

As atuais mudanças sociais podem ser descritas de maneira emblemática com a expressão "sociedade global de risco".[5] Por trás desse conceito, estão os desenvolvimentos da "sociedade mundial", da "sociedade de informação" e da "sociedade de

risco", estreitamente entrelaçadas. A partir dessas modificações, são especialmente relevantes para o desenvolvimento da criminalidade e para o direito penal duas linhas centrais de desenvolvimento que se fortalecem mutuamente:

- O processo de "globalização" proporciona novas oportunidades de execução de crimes que ultrapassam fronteiras, levando o direito penal a seus "limites territoriais" e exigindo novos modelos de um direito penal transnacional eficaz (cf. 2.1).[6]

- O desenvolvimento da "sociedade de informação e da sociedade de risco" gera novos riscos e uma criminalidade complexa, que também leva o direito penal – principalmente no contexto de uma crescente política criminal global – a seus "limites funcionais" na proteção da sociedade e da liberdade do indivíduo e o coloca ante novos desafios categoriais (cf. 2.2).[7]

Essas duas linhas de desenvolvimento serão expostas detalhadamente a seguir, sendo analisadas, para cada uma delas, as modificações do desenvolvimento da criminalidade, a correspondente transformação do direito penal e as novas questões e abordagens de pesquisa resultantes.

2.1 Globalização, crimes transnacionais e limites territoriais do direito penal

O processo de globalização é – em especial a partir da década de 1990 – geralmente caracterizado pelo avanço da comunicação, interação e organização mundiais.[8] Esse desenvolvimento não acarreta somente, como globalização econômica, problemas às economias nacionais, mas também leva ao desenvolvimento de uma nova criminalidade global, a modificações do direito penal e a uma crescente política criminal global. No centro dessas modificações e da análise a seguir está a progressiva "criminalidade transnacional", que tem causas específicas (N. 1), conduz o direito penal clássico nacional aos seus limites territoriais (N. 2) e gera novas questões fundamentais (N. 3).

2.1.1 Criminalidade transnacional

As novas possibilidades de execução transnacional de delitos decorrem das crescentes "oportunidades de ultrapassagem de fronteiras" por pessoas e no intercâmbio internacional de mercadorias, serviços e dados na sociedade global. Essas possibilidades têm causas técnicas, econômicas e políticas e efeitos correspondentes.

a) Causas técnicas: "modificações técnicas" na globalização possibilitam o uso de redes de dados mundiais para a prática de delitos. Essas redes e a natureza imaterial dos dados conduzem a uma comunicação e organização mundiais, as quais também podem ser

utilizadas para execução de delitos. Elas permitem que, com um computador, se modifiquem, em frações de segundo, dados de um sistema de computadores em um outro país, gerando sérias conseqüências. Além disso, os dados disponíveis na *internet* estão presentes em todo o mundo e podem ser acessados em vários Estados simultaneamente com um simples "clique no *mouse*". Um controle estatal dos fluxos de dados nas fronteiras territoriais de um país é, assim, praticamente impossível.[9] Outras modificações técnicas – principalmente nas redes de transportes – facilitam, ainda mais, o massivo tráfego transfronteiriço de pessoas, mercadorias e serviços, que, em virtude dessas modificações, dificulta o controle e incentiva a prática de crimes transnacionais.

b) Causas econômicas: as "modificações econômicas" decorrentes da globalização geram possibilidades adicionais de prática de delitos transnacionais nos recém-criados mercados mundiais. Assim, por exemplo, a lavagem de dinheiro ocorre em um mercado financeiro mundial, caracterizado por suas rápidas transformações e que, em sua maior parte, se subtrai ao controle individual dos Estados.[10] O enorme comércio global de *containers*, da mesma forma, é cada vez mais difícil de fiscalizar.[11] Em virtude da divisão internacional do trabalho, grupos econômicos com atuação internacional e ramificações no interior de numerosos territórios nacionais ampliam as possibilidades de atuação em nível mundial, tornando sua regulação cada vez mais difícil de ser feita individualmente pelos Estados.[12] As conseqüentes possibilidades crescentes de integração e divisão de trabalho mundial no âmbito da economia legal são utilizadas também para a prática de crimes transnacionais, o que se mostra particularmente no desenvolvimento de mercados ilegais, especialmente no comércio internacional de pessoas, no comércio ilegal de drogas e armas, na pirataria internacional de produtos e no comércio internacional de órgãos humanos.[13]

c) Causas políticas: as "modificações políticas" da globalização geram, além disso, um enfraquecimento das fronteiras dos Estados em sua função de barreira às transações transfronteiriças.[14] Assim, a decisão sobre o livre trânsito de pessoas, mercadorias e serviços na Europa, combinada com as modificações econômicas da globalização, gera novas oportunidades de prática de delitos na recém-criada zona econômica européia[15] e para a facilitação de transações em mercados proibidos, cujo controle é mais difícil no âmbito das fronteiras intracomunitárias do que antes da abertura das fronteiras.[16] A maior permeabilidade das fronteiras estatais também gera conseqüências de organização política e de política criminal, uma vez que, diante de diferentes relações de regulamentação entre os Estados no interior das fronteiras intracomunitárias, o mesmo fato pode, freqüentemente, ser deslocado de forma legal para o ordenamento jurídico mais favorável. Essa questão se mostra principalmente nos casos em que valorações divergentes ou interesses político-econômicos conflitantes

levam a diferentes regulações nacionais do mesmo fato, a exemplo de pesquisa de células-tronco ou do aumento de impostos. Além disso, diferentes relações de regulamentação nas fronteiras externas favorecem a criminalidade em subvenções, de natureza aduaneira e tributária.[17]

2.1.2 Limites territoriais do direito penal

a) Limites da soberania territorial: os efeitos técnicos, econômicos e políticos da globalização postos acima sobre o desenvolvimento da criminalidade levam o direito penal clássico – baseado na soberania territorial –, cada vez mais freqüentemente, às suas "fronteiras nacionais". Esses limites territoriais do direito penal têm como pressuposto o fato de que o direito penal nacional dificilmente será aplicado em nível global, enquanto o reconhecimento da validade de suas decisões em territórios estrangeiros exigir demorados procedimentos de cooperação administrativa ou judiciária.[18] Por isso, o direito penal apenas poderá superar esses novos desafios, na medida em que não se limitar a um campo de aplicação territorial e tornar-se, ele mesmo, global.[19]

b) Ampliações transnacionais: para o resultante desenvolvimento de um "direito penal com eficácia transnacional", há duas abordagens distintas na esfera da atividade legislativa penal, entre os quais se encontram, ainda, numerosas formas mistas.[20]

- Por um lado, são desenvolvidos "modelos de cooperação estatal em assuntos penais", pelos quais são validadas as decisões de um sistema de direito penal nacional em um outro sistema de direito penal. Uma abordagem cooperativa como esta fundamenta tanto a clássica colaboração administrativa e judiciária como o novo princípio – há alguns anos preferido na União Européia – de reconhecimento recíproco de decisões judiciais. Esse novo princípio tem como base o princípio da confiança mútua e é o fundamento de numerosas Decisões-Quadro (existentes e planejadas) da UE, especialmente sobre o reconhecimento das penas pecuniárias e multas, o mandado de detenção europeu e o mandado europeu de obtenção de provas.[21] Este princípio deve ser complementado na UE pelo princípio da "disponibilidade" dos dados existentes em outros ordenamentos jurídicos (como dados de registros penais), o que acarretará outras mudanças consideráveis na cooperação administrativa e judiciária clássica.[22]
- Por outro lado, desenvolve-se um "direito penal supranacional", com o qual o ordenamento jurídico-penal abrange um campo de aplicação territorial maior desde o início. Esse modelo é encontrado esporadicamente no direito sancionador da Comunidade Européia (por exemplo, na formação de cartéis e na proteção dos interesses financeiros da Comunidade Européia) e também – com uma abrangência mundial – no direito penal internacional.[23]

- Entre esses dois modelos existem numerosas "formas mistas" de uniões federativas e supranacionais, caracterizadas pela coexistência de ordenamentos jurídicos, centralizados e descentralizados (como no direito norte-americano) ou pela diferenciada divisão das atividades legislativa, judicial e executiva entre instituições centralizadas e descentralizadas.[24] Exemplos de modificações dos modelos-base supracitados são o modelo suíço de competências federais e dos cantões ou o direito penal internacional, dependente do trabalho conjunto com os Estados nacionais.[25]

A análise aprofundada dessas diversas formas de cooperação estatal em matéria penal, assim como do direito penal supranacional, como diferentes modelos para a superação dos limites territoriais do direito penal, representa uma das futuras tarefas centrais da ciência do direito penal em relação aos desafios da globalização.

2.1.3 Pesquisas pertinentes: Em direção a uma teoria da integração internacional do direito penal

Um primeiro tópico central do novo programa de pesquisa é formado pelo desenvolvimento dos fundamentos teóricos e práticos de um "direito penal transnacional eficaz". Para tanto, devem ser respondidas principalmente três questões centrais: (a) com que modelos e em quais sistemas desenvolve-se atualmente um direito penal transnacional eficaz e quais outras concepções de integração do direito penal podem ser imaginadas até aqui? (b) Como esses modelos e sistemas podem ser avaliados em relação às duas funções clássicas do direito penal – proteção da sociedade e liberdade do indivíduo? (c) Quais são as condições de aplicação para a execução dos diversos modelos e sistemas com vistas a espaços políticos e econômicos concretos?

a) Modelos e sistemas de integração do direito penal: os acima descritos "modelos fundamentais de um direito penal transnacional eficaz" podem ser encontrados, principalmente, no direito penal europeu, no direito penal internacional, nas Nações Unidas, em outras uniões políticas e econômicas, assim como em Estados federativos.[26] A globalização e internacionalização da política criminal dela decorrente levaram, principalmente na última década, à sobreposição de diversos ordenamentos jurídico-penais nacionais, supranacionais e internacionais, que, em parte, contêm modelos diferentes. Isso se evidencia no combate à lavagem de dinheiro e ao bloqueio de bens na Alemanha, determinados por meio de regulamentos e recomendações do legislador alemão, da União Européia, das Nações Unidas e da OCDE. A análise do estado atual do direito precisa, portanto, distinguir modelos individuais para a coordenação de diversos ordenamentos jurídicos nacionais e o sistema jurídico geral. Este, por sua vez, é determinado por vários atores internacionais (não raramente heterogêneos) e composto de diversos ordenamentos jurídicos e outros subsistemas jurídicos, que se influenciam reciprocamente – por instrumentos

"rígidos" ou "flexíveis". As atividades de diferentes atores nacionais, supranacionais ou internacionais na coordenação internacional do direito penal têm como efeito "sistemas com diversos níveis" e uma "fragmentação" do direito, que se torna ainda mais complexa por meio de sistemas de controle social e intervenções de atores privados, assim como de *public private partnerships*.[27]

b) Avaliação dos sistemas**:** a avaliação dos diversos modelos e dos sistemas jurídicos gerais por eles criados leva a numerosos problemas fundamentais. No âmbito dos "modelos de soluções de cooperação", apresenta-se, principalmente, a questão sobre até que ponto um Estado que procura cooperação jurídica na persecução de um determinado tipo de comportamento deve ser ajudado, se tal tipo de comportamento não é punível no Estado solicitado. Aqui ocorre uma colisão entre a aplicação transnacional efetiva do direito penal e a proteção do cidadão contra uma excessiva aplicação extraterritorial de direito estrangeiro.[28]

No campo dos "modelos de soluções supranacionais", por sua vez, trata-se principalmente das seguintes questões de direito do Estado: (i) a possibilidade de transferência de elementos do monopólio nacional da força para um contexto supranacional; (ii) relacionado a isso, a legitimação democrática de um direito penal supra-estatal; (iii) a transparência de seu surgimento; e (iv) um controle dos órgãos executivos responsáveis. Referidas questões, entretanto, apresentam-se não somente para um direito penal supranacional, mas também em relação a recomendações internacionais vinculantes – de direito ou de fato – para o direito penal nacional e para a cooperação entre países.[29] No futuro, elas serão importantes não apenas para o direito penal da União Européia e para as recomendações do Grupo de Ação Financeira (Gafi) sobre lavagem de dinheiro, mas, principalmente, para o direito penal e de segurança recomendado pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas.

Problemas de avaliação específicos resultam da acima constatada "fragmentação do direito" em diversos ordenamentos jurídicos e complexos normativos, como no nível dos Estados nacionais, da União Européia, das Nações Unidas e da OCDE. Esses "sistemas com diversos níveis" podem levar a colisões de sistemas normativos diferentes, assim como a contradições de normas ou valorações. Tais colisões encontram-se já na cooperação jurídica clássica, quando o dever de direito internacional público de um Estado em relação a outro, no contexto internacional, e a autorização limitada pela constituição, em contexto interno, são contraditórios. Elas aparecem também nas regras supranacionais no direito penal europeu, que podem contradizer o direito nacional (especialmente, o direito constitucional). Entretanto, esses conflitos tornam-se particularmente evidentes em sistemas jurídicos com fins diversos, como nos casos em que o direito das Nações Unidas (voltado a assegurar a paz) visa impor o congelamento de bens de terroristas em potencial, contradizendo

as garantias processuais nacionais e internacionais (voltadas à proteção dos direitos humanos).[30] Uma solução desses problemas concretos conduz a reflexões fundamentais sobre teoria do Estado, princípio da democracia, conceito de direito penal e legitimidade do poder de disposição no direito penal. Apenas sobre essa base pode-se desenvolver uma metanorma que, também nos casos de colisões, determina quais condições democráticas, de Estado de Direito e de direitos humanos uma norma internacional (seja de aplicação ou de criação de direito penal) deva preencher para preceder sobre determinados direitos protetivos nacionais ou regionais.

c) Determinação das condições para aplicação: para a política jurídica, coloca-se, então, a questão sobre os pressupostos e as condições para aplicação dos diversos modelos de integração do direito penal. Nesse contexto, é central a pergunta sobre a abrangência da necessária "harmonização do direito penal", tanto no direito material quanto no processual: a criação de modelos supranacionais de soluções para áreas geográficas maiores leva a uma completa harmonização jurídica, que, por sua vez, tem como pressuposto um consenso valorativo entre os ordenamentos jurídicos nacionais até agora vigentes. Como esse consenso é difícil de alcançar, e modelos supranacionais de soluções também exigem uma renúncia de soberania nacional, tanto a prática quanto a doutrina privilegiam, freqüentemente, os modelos de cooperação acima descritos. Entretanto, modelos de cooperação para o trabalho conjunto de diferentes ordenamentos jurídico-penais também podem funcionar somente com uma certa harmonização dos ordenamentos jurídicos em questão, o que é válido não apenas para a cooperação jurídica clássica, com seu princípio da dupla incriminação, vale também – como mostra a discussão sobre o mandado de detenção europeu – para modelos que se fundamentam no reconhecimento recíproco de decisões, uma vez que estes somente funcionam baseados em confiança mútua. Um mínimo de harmonização do direito também é necessário para todos os outros modelos de entrelaçamento de diferentes ordenamentos jurídico-penais.[31]

Um requisito indispensável para uma tal harmonização do direito penal é o "direito penal comparado" como instrumento central para a política jurídica e para a prática.[32] A comparação do direito penal deve analisar os casos em que normas penais nacionais mostram especificidades – especialmente culturais – que sejam inerentes às correspondentes sociedades.[33] Na medida em que tais especificidades culturais efetivamente existem, apenas pode ser considerada uma aproximação lenta e "flexível" dos diversos sistemas jurídicos, com auxílio de modelos de leis penais não-vinculantes.[34] No entanto, o reconhecimento e a aceitação de tais especificidades nacionais, para os modelos de cooperação, implicam questionar se e quando haverá prejuízo à aplicação do direito transnacional em face de normas penais específicas, vigentes apenas em Estados isolados, ou se a

aplicação deve ocorrer com base no reconhecimento mútuo de decisões, sem atenção às diferenças jurídicas. A conseqüente desistência da "dupla incriminação" na cooperação jurídica é de especial importância, uma vez que um direito penal transnacional eficaz deve servir não somente à aplicação do direito penal, mas também à proteção do cidadão contra a incidência de normas penais estrangeiras, com cuja vigência ele poderia ignorar no lugar do delito. Esse problema de cooperação entre ordenamentos jurídico-penais diferentes pode aparecer, por exemplo, quando delitos com autores em vários Estados é valorado diferentemente pelos diversos ordenamentos jurídico-penais aplicáveis, ou quando são publicados na *internet* conteúdos que não são objeto de punição no lugar físico onde se encontra o servidor em questão, mas podem ser consultados também em um outro Estado, onde são puníveis. A discussão decisiva mantida em relação ao reconhecimento mútuo – no mandado de detenção europeu e no mandado europeu de obtenção de provas[35] – sobre exceções materiais para o reconhecimento mútuo (por exemplo, em razão da *ordre public* européia ou nacional)[36] e sobre limitações territoriais (por exemplo, na execução de delitos no próprio território)[37] demonstra a existência de problemas e questões fundamentais complexas,[38] que têm, aliás, estreita relação com os limites funcionais do direito penal, abaixo analisados.

Com vistas à correlação do grau de integração e de harmonização, assim como da "eficiência do respectivo modelo de direito penal", deve ser especialmente analisado se os modelos de cooperação supracitados, com seu baixo grau de integração e harmonização entre os diversos ordenamentos jurídico-penais, enfraquecem não apenas a efetividade do trabalho conjunto – e com isso a função de proteção da sociedade pelo direito penal –, mas também as possibilidades de controle, transparência e consistência de todo o sistema e, conseqüentemente, também da proteção dos direitos de liberdade dos cidadãos. Um enfraquecimento dessa natureza poderia estar baseado no fato de que, em sistemas jurídicos crescentemente fragmentados, com maiores diferenças entre os subsistemas e com mais alta complexidade, também tende a aumentar a incidência de violações de normas, lacunas de regulamentação e *déficits* de controle.[39] No exame dessa hipótese, deverá ser analisada a medida em que as fragilidades – nítidas em trabalhos conjuntos intergovernamentais europeus e na cooperação jurídica internacional – de modelos descentralizados e pouco harmônicos podem ser compensadas por meio de regulamentações especiais.

d) Conseqüências: as citadas problematizações criam uma série de questões fundamentais complexas, cuja análise simultânea panorâmica e sintética deverá gerar uma contribuição para uma abrangente "teoria da integração internacional do direito penal" e de um direito penal transnacional eficaz.[40] O assim criado "primeiro ponto

central do novo programa de pesquisa" não pode, entretanto, limitar-se a uma resposta teórica das questões fundamentais, precisando – no caminho do direito comparado – investigar também quais experiências foram até agora alcançadas com os diversos modelos e sistemas de um direito penal transnacional eficaz. Faz-se necessária, portanto, uma abordagem empírica e baseada no direito comparado, tanto para a comprovação das diversas hipóteses e proposições teóricas quanto para o desenvolvimento de resultados capazes de ser utilizados, no tocante às questões centrais futuras da integração de direito penal europeu e mundial.

2.2 Novos riscos, criminalidade complexa e limites funcionais do direito penal

A transposição de fronteiras territoriais é apenas um aspecto – mesmo que central e específico – das modificações da criminalidade na sociedade atual. Um segundo aspecto fundamental para o desenvolvimento da criminalidade na sociedade global de risco são "os novos riscos e a complexidade" da delinqüência em modificação. Como conseqüência desse desenvolvimento, o direito penal defronta riscos cada vez maiores e fatos cada vez mais complexos, seja na definição do comportamento penal relevante, como também no esclarecimento de delitos. Em virtude dessas modificações e dos já apresentados problemas da globalização, para determinados âmbitos delitivos – mesmo com ataques cada vez mais intensivos ao direito de liberdade dos cidadãos – a atuação do direito penal, freqüentemente, limita-se à sua função simbólica.[41] A necessidade de uma prevenção reforçada e de um novo direito de segurança, propagada pela opinião pública e pela política, parece, na prática, colocar o direito penal perante a alternativa de ou se adaptar às novas necessidades ou deixar as regulamentações pendentes para ramos concorrentes do direito (como o direito de polícia, o direito do serviço secreto ou o direito de guerra). Esse desenvolvimento leva o direito penal aos seus "limites funcionais" não somente na garantia de proteção à sociedade, mas também e, especialmente, na sua tarefa de garantia da liberdade do indivíduo.[42]

2.2.1 Novos riscos da criminalidade complexa

Os novos riscos e a complexidade dos delitos na sociedade global de risco têm como causa – assim como a já analisada criminalidade transnacional – as "mudanças técnicas, econômicas e políticas" da sociedade atual. Tais modificações precisam ser mais detalhadamente estudadas, em razão de seus efeitos sobre a criminalidade e o direito penal, caso os problemas resultantes venham a ser conhecidos e soluções devam ser desenvolvidas. Trata-se aqui, principalmente, de riscos fortalecidos por novas dependências e vulnerabilidades da sociedade, possibilidades modificadas de cometer crimes e dificuldades específicas de esclarecimento eles, o que é especialmente claro no âmbito da criminalidade na *internet*, dos crimes contra a ordem econômica, da criminalidade organizada e do terrorismo.[43]

a) Causas técnicas: esses novos riscos da sociedade moderna e das formas de criminalidade complexa geradas por ela baseiam-se, em primeiro lugar, no "desenvolvimento técnico"[44], que se mostra, prototipicamente, na crescente dependência da sociedade moderna de informação dos sistemas de computadores, freqüentemente violados, em virtude das lacunas da segurança a eles imanentes e da coligação mundial dos agentes. A dependência da sociedade moderna de informação em relação a tais sistemas é resultado da importância central que, hoje, a tecnologia da informação adquiriu para o funcionamento de economia, sociedade e Estado: sistemas de computadores assumem, como infra-estrutura técnica, não apenas a condução do fluxo de dinheiro, o arquivamento dos mais importantes segredos de negócios e empresas e a condução da produção de fábricas. Eles também são empregados em infra-estruturas centrais, como a vigilância aérea, a distribuição de energia elétrica, o tratamento de informações pela polícia e militares e em grandes setores do sistema de saúde.[45] Os novos riscos técnicos nesses campos implicam dificuldades no esclarecimento dos respectivos delitos e, em parte, também no cometimento mássico de delitos.[46] Assim, na corrida com os agentes criminosos, a persecução penal não somente sofre a pressão da adaptação no sentido técnico, mas também alcança, do ponto de vista quantitativo, os limites da sua capacidade.

Paralelamente, também resultam do moderno desenvolvimento técnico novos perigos de energia nuclear, química, biotecnologia, assim como de instalações técnicas com potencial lesivo sobre o homem e o meio ambiente.[47] Entre estes se encontram não apenas riscos de uma proliferação de armas de destruição em massa entre terroristas,[48] mas também do possível abuso de "produtos de *dual-use*" e técnicas correspondentes. A transferência de agentes patogênicos animais para as pessoas, a réplica biotecnológica de genes de vírus e bactérias (também de exterminados), as possibilidades de alteração desses agentes patogênicos por intermédio da tecnologia, assim como a publicação das necessárias seqüências de genes em revistas renomadas podem, no futuro, aumentar os riscos do terrorismo por meio do abuso dos "produtos de *dual-use*".[49] Esses novos riscos poderiam aumentar sensivelmente se potenciais terroristas estivessem infiltrados em laboratórios de pesquisa adequados ou se eles se ocupassem intensivamente com o abuso da biotécnica, como o fazem atualmente com a técnica de armas e explosivos.[50] Esses riscos técnicos são, em muitos casos, impossíveis de ser limitados pelo local, tempo e número de atingidos.[51] Ao menos desde os ataques da seita japonesa *Aum* e do envio de cartas com *Antrax* nos EUA, cenários correspondentes também sempre têm lugar cativo nas estratégias de diferentes serviços de inteligência. O desenvolvimento técnico leva, com isso, não apenas a novos riscos, mas também a novas necessidades de segurança da sociedade e modifica também sua percepção dos riscos e da criminalidade.[52]

b) Causas econômicas: riscos adicionais resultam de "modificações econômicas". No nível geral da economia, são importantes, primeiramente, os efeitos negativos da globalização para determinados grupos de pessoas, assim como uma melhor visibilidade dos diferentes níveis de prosperidade e das diferenças sociais. Esses desenvolvimentos causam violência crescente e movimentos migratórios no lado dos perdedores.[53] O controle da imigração ilegal e os efeitos gerados tornam-se, assim, um problema central das sociedades desenvolvidas.[54]

De outro lado, surgem grupos econômicos e fundos nacionais e multinacionais, que têm à disposição consideráveis meios financeiros e poder – também político.[55] Abusos desse poder manifestam-se em corrupção, falsidades contábeis, crimes contra o meio ambiente e numerosas outras formas de crimes econômicos.[56] Os riscos daí resultantes se mostram, por exemplo, nos mercados financeiros globais, cujo abuso pode ter grandes efeitos na economia como um todo.[57] No entanto, o incremento e o tamanho de grupos econômicos multinacionais não têm apenas abusos financeiros como efeito, mas também uma transferência de poder do setor público para o privado, fortalecendo-se mediante a privatização de diversas funções públicas. Isso se evidencia na privatização de setores de segurança, na criação e atuação de empresas militares e de segurança, principalmente em relação aos conflitos armados e aos *failed states*.[58] Para o direito penal, a forma de organização dos grupos econômicos – principalmente multinacionais – leva a problemas específicos de esclarecimento e de aplicação, que ainda podem ser aumentados por estratégias empresariais criminosas.[59] Os problemas de controle do Estado que a isso correspondem são motivos importantes para a punibilidade da empresa, para o aumento de deveres de participação de particulares na investigação criminal, assim como para a crescente demanda por conceitos de auto-regulação.[60]

Aumentos de riscos resultam também das condições organizacionais econômicas modificadas, encontradas nas estruturas organizacionais de grupos criminosos: a melhoria do desempenho, o crescimento do poder e a periculosidade incrementada dos grupos criminosos organizados em virtude da divisão do trabalho, especialização e dinâmica do trabalho em grupo, não são fenômenos novos em crimes de bando e na criminalidade organizada.[61] As diversas formas de ação conjunta de criminosos em grupos estruturados hierarquicamente, redes livres ou células frouxamente organizadas, podem se utilizar, de forma muito mais eficaz, das técnicas de comunicação mundiais, da globalização de mercados e da abertura de fronteiras.[62] Mesmo a mobilização de um grande número de pessoas torna-se consideravelmente mais fácil com os meios de comunicação modernos – principalmente em redes informalmente ligadas entre si e, por isso, são estruturas de solidariedade de difícil apreensão,[63] como mostra o emprego da *internet* para propaganda terrorista ou divulgação de conteúdos racistas ou enaltecedores de violência.[64] A conseqüente melhoria do desempenho na formação de grupos e na

especialização tem efeitos nos campos dos crimes econômicos, da criminalidade organizada e em outras formas de criminalidade complexa.

c) Causas políticas: novos riscos conseqüentes a "modificações políticas" manifestam-se claramente no terrorismo motivado política, etnica ou religiosamente. Especialmente autores motivados pela religião entregam sua própria vida à atividade, pela qual, freqüentemente, não são mais influenciáveis pelo direito penal. Eles são organizados flexivelmente, em hierarquias rasas, redes de contato frouxas e células independentes, de difícil infiltração. Utilizam com sucesso a infra-estrutura técnica e as fontes dos seus oponentes para comunicação técnica, recrutamento, formação, *fund raising* e a sua utilização como arma. Atos terroristas são dificilmente reconhecidos com antecedência; sua grande periculosidade se manifesta na maioria das vezes apenas pouco antes da realização e, por isso, são raramente evitados. As ações não resultam apenas em grandes danos físicos, mas objetivam, por meio das mensagens e imagens divulgadas, efeitos psíquicos e fins políticos muito mais extensos: a violência terrorista espalha ansiedade e medo, que – fortalecidos pela mídia – visam atacar sensivelmente o conjunto econômico e político das sociedades modernas para torná-las suscetíveis a chantagens políticas. Com isso, o terrorismo busca, em um confronto assimétrico, quase bélico, primariamente objetivos políticos (como a retirada de Estados ocidentais de determinados territórios ou a desestabilização de governos moderados). Além disso, ataques terroristas pretendem provocar reações estatais e sociais que destruam os valores de liberdade das democracias ocidentais e conduzam novos simpatizantes e combatentes ao terrorismo.[65]

O terrorismo moderno fortalece, assim, um desenvolvimento que já se tornou claro em determinados países por meio da criminalidade organizada: na sociedade de risco moderna, a criminalidade pode levar a riscos políticos e, desse modo, a uma ameaça contra o Estado. Para a criminalidade organizada, isso se mostra não apenas nos países em que autores organizados ou empresas corrompem os agentes estatais. Também surgem riscos políticos, quando – por exemplo, na América Latina – traficantes de drogas concorrentes ou outros grupos de criminosos, relacionados a *war lords* locais e paramilitares, colocam em xeque o monopólio estatal da força, quando freqüentemente há uma ligação entre terrorismo e criminalidade organizada.[66] Um desenvolvimento similar existe em países – principalmente, africanos – na exploração violenta de recursos naturais do solo por meio de empresas criminosas e líderes de conflitos armados locais.[67] Os riscos políticos criados dessa forma adquirem importância quando um país torna-se, por causa deles, um risco de segurança global, o que pode se dar em decorrência de falhas na sua função local de proteção, seja de fato (como *failed state*) ou normativamente (como "Estado de não-direito") e, assim, transforme-se, mundialmente, em *crime*

havens (ou *safe harbours*) para grupos organizados de criminosos (por exemplo, na antiga Iugoslávia) ou para terroristas (como no Iêmen ou na Somália).[68]

Esses novos riscos políticos do terrorismo e da criminalidade organizada manifestam-se, em parte, também em confrontos violentos maiores e em "novas guerras". Não se trata mais, aqui, das conhecidas guerras entre Estados territoriais, mas, sim, de confrontos assimétricos entre Estados territoriais e redes organizadas – freqüentemente, internacionais.[69] Os novos confrontos bélicos com estruturas de redes internacionais relativizam, por isso, as distinções clássicas de segurança interna e externa para os Estados territoriais, assim como de crime e guerra. As "novas guerras", portanto, não raramente, são conduzidas – como na Bósnia, Afeganistão e Paquistão – pela polícia, militares, serviços secretos, comandos especiais e forças internacionais de intervenção. Depois dos ataques de 11.09.2001, a Otan e as Nações Unidas constataram, nessa medida, também a situação de defesa. Em vista do grande espectro dos diferentes ataques terroristas, no entanto, colocam-se difíceis questões sobre os limites entre o direito penal e o direito de guerra, sobre a diferenciação entre Estado de emergência "interno" e defesa "externa" e, também, sobre a abrangência do direito de legítima defesa do art. 51 do estatuto da ONU.[70]

A confusão entre segurança interna e externa, assim como entre crime e guerra, juntamente da crescente necessidade de defesa contra o perigo e de prevenção, coloca, assim, os sistemas jurídicos atuais diante de novos desafios categoriais, em que os "clássicos campos jurídicos" do direito penal, do direito de polícia e – em alguns países – também do direito de guerra criam um novo "direito de segurança".[71] O desenvolvimento de riscos políticos – intimamente relacionados à questão da globalização – fortalece também a necessidade da inclusão de questões de direito internacional público para a legitimação de intervenções da comunidade internacional com fins de efetivação da segurança internacional, segundo o Estatuto da ONU.[72]

Acrescem-se, ainda, outras modificações de caráter político, relacionadas à globalização, mas ultrapassam os problemas já analisados, de imposição de uma persecução penal transnacional. A crescente atuação de desenvolvimentos globais em fatos típicos locais e a cada vez maior mobilidade causam "contradições nas medidas valorativas sociais e nas normas estatais". Isso se apresenta não apenas em determinados campos, de crimes na *internet* (por exemplo, no direito penal de proteção de dados ou em conteúdos enaltecedores da violência), em que as legislações especiais nacionais permanecem amplamente sem efeito no *cyberspace* global.[73] O mesmo fenômeno apresenta-se também, por exemplo, na pesquisa médica internacional, em que limites claros entre comportamentos permitidos e proibidos não podem mais ser determinados ou impostos em razão dos diversos regulamentos internacionais.[74] Essa evolução alberga um grande potencial de conflitos, o que se torna visível no campo global da *internet* e na televisão mundial por satélite (em

virtude da convergência de meios de comunicação), quando são divulgados pornografia, conteúdos de risco para adolescentes, declarações ofensivas à honra, propagandas de bebidas alcoólicas ou caricaturas contra religião. Surgem tensões quando, sob o teto da União Européia, diversos ordenamentos jurídicos devem cooperar estreitamente entre si, sendo, por exemplo, o suborno quase totalmente afastado em alguns ordenamentos e, em outros, aceito como parte do sistema social. Conflitos parecidos de diferentes expectativas normativas surgem também como conseqüência das migrações mundiais, da resultante sociedade heterogênea, e os conflitos decorrentes dos respectivos modos de vida e valores diversos, reunidos em um pequeno local. Exemplos para esse *clash of cultures* são assassinatos pela honra, vinganças de sangue ou novas dimensões da violência na Europa.[75] As diferentes valorações de tipos de comportamento e os conflitos daí resultantes – por meio da *internet*, migração e outros fatores – transferem, assim, os antigos problemas internacionais sobre o dissenso de valores globais para o nível local, o que alberga riscos adicionais de escalação da violência.

d) Conseqüências: os novos riscos são freqüentemente acompanhados de maior complexidade dos tipos de delito, que se baseiam não apenas em causas técnicas ou econômicas, mas também em estruturas de autoria especiais, maior número de vítimas ou grande abrangência geográfica da execução do crime. Com esses novos riscos globais e com as complexas formas de criminalidade e seus problemas para a persecução, também ocorre, segundo vários autores, um enfraquecimento do Estado nacional.[76] Entretanto, tal análise permanece em aberto, de modo que a "cooperação internacional de Estados" na sociedade global de risco possa confrontar efetivamente esse desenvolvimento com medidas técnicas de vigilância, com o recém-criado "direito de segurança" e seus componentes de direito de polícia, penal e militar, com novas redes internacionais, assim como com os daí criados aparatos de poder, e como isso levará a uma transferência individual de poder do setor público para o privado.[77]

No contexto desse desenvolvimento, são relegados ao Estado e à cooperação estatal sempre novas tarefas e poderes na obtenção de segurança,[78] o que tem efeitos sobre o direito penal e os clássicos bens tutelados pelo direito penal, de modo especialmente grave, uma vez que na objetivada realização de segurança passam para o primeiro plano a garantia de prevenção e um novo direito de segurança, analisados a seguir.

2.2.2 Limites funcionais do direito penal

A análise anterior dos riscos modificados torna claros os motivos pelos quais o direito penal, na sua reação com os citados desafios, não raro encontra seus limites funcionais e procura novas respostas. Entretanto, a reação estatal e da sociedade aos

novos desafios é mais complexa do que os motivos e alternativas de "direito penal do inimigo" e "direito penal de cidadão", discutidos atualmente não apenas no tocante as suas causas, mas também em relação às possíveis soluções.[79] Para os novos desafios da "sociedade global de risco", encontram-se, assim, na política criminal duas respostas diferentes, com diversas facetas:

- A proposta de solução prevalecente – principalmente em Estados onde o terrorismo torna-se visível – objetiva uma ampliação e "desfronteirização" do direito penal, assim como sua burla por meio de outras disciplinas de um novo direito de segurança (*infra* a).
- A segunda proposta de solução compõe-se do desenvolvimento de medidas alternativas (fora do direito penal e, especialmente, também fora do direito) de prevenção criminal (*infra* b).

a) Desfronteirização do direito penal e novo direito de segurança: a "proposta de solução de um alargamento do direito penal" para além de seus limites atuais é genericamente caracterizada por meio de uma aparelhagem mais forte do direito penal em relação à prevenção e à segurança, além da conseqüente atuação já na fase anterior à execução do crime e da suspeita do fato.[80] Nesse contexto, trata-se – nas categorias do sistema alemão de classificação – de diversos ordenamentos jurídicos de (aa) antecipação da punibilidade no direito material; (bb) ampliação de conceitos preventivos de observação, a redução de garantias e a criação de competências especiais no direito processual penal; (cc) fortalecimento dos deveres de colaboração de particulares na fase anterior e fora do processo penal; (dd) a criação de *task forces* interinstitucionais e internacionais em uma nova "arquitetura de segurança"; além da (ee) dissolução de categorias jurídicas clássicas e da criação de um novo direito de segurança. A combinação desses desenvolvimentos fica evidente na codificação americana da *war on terror* (*infra* ff.).

aa) No "direito material, as antecipações da criminalidade" se mostram, por exemplo, na reação aos riscos de estruturas de autoria de crimes complexos e, especialmente, na apreensão de execução de crimes com divisão de tarefas, por grupos organizados de criminosos, redes e células: legislador e jurisprudência reagem mundialmente – no tocante à criminalidade organizada e ao terrorismo –com a criação de delitos de organização (especialmente, o apoio a criminosos e organizações terroristas), tipos penais de conspiração (*conspiracy*), figuras especiais de imputação (como *joint criminal enterprise*, *vicarious liability* e *strict liability*), assim como outras antecipações da punibilidade.[81] Também no campo da criminalidade econômica (e também dos crimes contra o meio ambiente) e no da criminalidade organizada, torna-se claro um correspondente desenvolvimento de direito material para os novos bens jurídicos supra-individuais, delitos de perigo abstrato e delitos de posse.[82] A ligação desses tipos penais de antecipação com os paradigmas de prevenção acima analisados fica

evidente nas discussões no Ministério da Justiça sobre a criminalização antecipada do § 129a StGB:[83] a atualmente discutida criminalização da participação em uma formação terrorista permitiria, a fim de evitar eventuais ataques terroristas contra pessoas e potenciais "suicidas", agir já antecipadamente (por exemplo, na sua volta para a Alemanha) com os meios do direito penal, especialmente de modo "preventivo".[84] A antecipação da proteção de direito penal é freqüentemente completada por meio de um aumento das penas cominadas.[85]

bb) Os riscos aumentados, assim como as dificuldades de esclarecimento e comprovação da nova criminalidade complexa, têm efeitos notáveis no direito processual. Também aqui se encontram fortalecidas, primeiramente, "medidas de efeito preventivo na fase antecedente à suspeita do crime",[86] em especial medidas de vigilância e de intervenção técnico-informativas secretas, que investigam conversas, telefonemas, dados de computadores, locais de estada e contas de cidadãos, unindo vários dados sobre eles.[87] De tais medidas interventivas podem-se desenvolver futuramente novos sistemas globais de vigilância de "suspeitos" ou pessoas "perigosas",[88] fundamentado em perfis de risco. O conceito de "prevenção para a persecução penal",[89] relacionado a tais medidas, descreve nitidamente a conseqüente mistura entre prevenção e repressão. Assim, fortalece-se a tendência de uma utilização preventiva imediata do direito penal, que já era clara anteriormente, nos motivos para prisão preventiva, assim como na expansão das medidas de segurança e, especialmente, com a medida de segurança após cumprimento de pena.[90]

Além disso, ocorre uma "redução das garantias e formas de proteção" no direito processual penal. Em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, isso significa novas possibilidades para prisão policial mais longa de pessoas suspeitas (que, na maioria dos casos, também serve a objetivos preventivos)[91] ou de facilitações de provas (que freqüentemente levam a uma ampliação do direito penal material).[92] Na Alemanha, a relevante discussão sobre os limites jurídicos do combate preventivo do terrorismo pela aplicação de tortura e pelo abatimento de aviões seqüestrados[93] esclarece quanto os novos riscos colocam limites tradicionais do direito penal em xeque. Dificuldades relativas ao esclarecimento e violações mássicas de normas, aliás, levam ainda à renúncia a uma imposição coerente das normas em favor de estratégias consensuais, como em acordos processuais ou medidas de resolução alternativas.[94] Os problemas de uma tal desformalização se evidenciam nos EUA quando, em casos isolados, um acordo para o encerramento de um processo é feito com a indicação das autoridades persecutórias referente a um possível envio do processo penal para a tutela/competência militar para *enemy combatants*.[95]

Além disso, ordenamentos jurídicos isolados criam "competências especiais (via de regra regionais) para a perseguição e julgamento de determinados âmbitos delitivos" (por exemplo, para a criminalidade econômica, a criminalidade organizada, o terrorismo ou a criminalidade complexa),[96] assim como, em parte, medidas especiais

de investigações também podem ser utilizadas para delitos comuns,[97] em virtude de cláusulas amplas de aplicação ou dos catálogos de tipos penais. Nesse contexto, também são consideradas medidas especiais exclusivas para determinados grupos de agentes, cujo comportamento é generalizado como uma ruptura permanente com a sociedade, o que pode ser denominado de forma emblemática com a expressão "direito penal inimigo".[98] Caso essa expressão não somente descreva criticamente os atuais desenvolvimentos, mas também seja formulada como recomendação de atuação, isso torna os perigos de uma "desfronteirização" do direito penal especialmente claros.

cc) Modificações fundamentais adicionais no sistema de coordenadas do direito penal e extrapenal – como reação a dificuldades estatais de esclarecimento – se mostram nos "deveres de colaboração de particulares" para o controle, também na fase antecedente e externamente à persecução penal. Trata-se tanto da utilização de conhecimentos técnicos específicos (como em esclarecer o âmbito complexo da tecnologia de computadores[99]) quanto da criação, divulgação e avaliação de bases de dados privadas para fins de prevenção e precaução para a persecução penal, o que é explícito não só no combate à lavagem de dinheiro[100] e no controle das negociações de títulos e valores mobiliários[101], mas também na área da vigilância das telecomunicações, com obrigações de criação de possibilidades técnicas de vigilância e de conservação de dados.[102] A correspondente privatização da persecução penal (ou de sua precaução) e da garantia de segurança[103] é, em parte, também relacionada com a penetração em relacionamentos de confiança privados (por exemplo, na inclusão de advogados no combate à lavagem de dinheiro).[104] O desejo de utilização de bancos de dados privados para a garantia de segurança aumentará ainda mais no futuro, especialmente para o *targeting* de suspeitos de terrorismo. Atualmente, existem ferramentas de *software* com as quais é possível, em pouco tempo, compor detalhados perfis de personalidades a partir de fontes e bancos de dados públicos. As grandes quantidades de dados pessoais nas mãos de empreendimentos particulares, assim como a correspondente cobiça dos responsáveis privados e públicos pela segurança, no futuro levarão a uma nova dimensão da proteção de dados e à participação de particulares na garantia da segurança em muitos países.

dd) Para a otimização das investigações, as até agora separadas competências das autoridades de segurança, assim como os até agora distribuídos conhecimentos e as limitadas possibilidades de consultas a bancos de dados separados, são cada vez mais unificados por meio de grupos de trabalhos com representantes de diferentes áreas de investigação – de direito penal e extrapenal. Na Alemanha, as correspondentes *task forces interdisciplinares* no contexto de uma nova "arquitetura da segurança" e de um "princípio geral de combate" trabalham conjuntamente (representantes da procuradoria-geral da república, polícia, alfândega, autoridades para estrangeiros, serviço secreto e entidades militares), utilizando, ainda, conhecimentos de entes privados responsáveis pelo combate à lavagem de dinheiro. Nesse

trabalho conjunto e nos "arquivos antiterror", que sustentam tal trabalho, desaparece ainda mais a diferença – central para o direito de segurança alemão – entre prevenção e repressão.[105] Também internacionalmente as redes transnacionais de criminosos são enfrentadas cada vez mais com as *task forces* multifuncionais e as redes estatais internacionais.[106]

Essa "nova arquitetura de segurança", com suas novas estruturas e instituições flexíveis, é, freqüentemente, caracterizada por pouca transparência e falta de controle. "*Déficits* de controle" ocorrem geralmente quando o trabalho conjunto e as competências de intervenção são predeterminados em níveis supranacionais e regulados por meio de cooperação intergovernamental dos Poderes Executivos, uma vez que aqui, comparativamente ao nível nacional, há maior *déficit* de democracia e transparência. A importância fática de manuais de polícia e de coletâneas de *best practices* é reforçada quando são tomados como base do *acquis* perante os países em processo de adesão à União Européia. A fragmentação dos grêmios internacionais que tratam de questões de segurança e a criação conseqüente de novas formas de coordenação – como o procedimento de *peer-review* da OCDE, do Conselho da Europa, da Comunidade Européia ou da ONU[107] – fortalecem a falta de clareza e transparência do trabalho conjunto entre governos. Isso vale especialmente para a cooperação dos executivos em redes flexíveis e maleáveis. Os correspondentes problemas de controle e de legitimação nos chamados sistemas com diversos níveis[108] tornam-se claros na perseguição internacional ao terrorismo, quando amplas competências do Executivo são reclamadas e exercidas – freqüentemente também em âmbito extraterritorial –, especialmente para a detenção de suspeitos, para o "congelamento" de seu patrimônio, para a escuta de telecomunicações e para o acesso aos dados da Society of Worldwide Interbank Financial Telecommunication (Swift).[109] Aqui, abundam problemas dos limites territoriais e funcionais do direito penal.

ee) No curso desse desenvolvimento, "as categorias jurídicas clássicas diluem-se" juntamente das funções de proteção por elas garantidas: a necessidade de prevenção e investigação de pessoas "suspeitas" ou "perigosas" relativiza, em grande parte, "a diferenciação entre reação de direito penal e a defesa policial contra perigo", conceito central para o direito penal continental europeu, especialmente quando a obtenção de informações no âmbito da criminalidade organizada e do terrorismo não parte de uma suspeita de crime, mas, sim, de um risco de segurança – em parte abstrato. Aqui, a orientação preventiva tem como efeito que novas medidas de intervenção contra o terrorismo sejam reguladas não apenas no direito processual penal, mas, também, pelo direito policial e pelo direito do serviço secreto.[110] Assim, a segurança também é buscada pelo direito administrativo geral, por exemplo, com o direito de comércio exterior, de telecomunicações e de imigração. Uma vez que estrangeiros sejam freqüentemente considerados perigosos e, ademais, seja

possível instituir medidas especiais no direito de imigração e de permanência, nota-se em diversos ordenamentos jurídicos o desenvolvimento de um "sistema jurídico dual", diferenciando "cidadãos nacionais e estrangeiros", possibilitando aos últimos, além da tradicional extradição, em parte, privação de liberdade sem acusação, renúncia à presunção de inocência, assim como um *ethnic profiling*.[111] Assim, os direitos do "estranho" são circunscritos não apenas pelo direito de guerra, mas já no direito nacional interno.

A já apresentada dissolução das distinções entre segurança interna e externa e entre crime e guerra nas novas "guerras assimétricas" dos Estados territoriais contra as redes internacionais leva Estados isolados – na luta contra o terrorismo – ao emprego de "medidas de direito de guerra". O direito de guerra amplia sensivelmente as medidas de intervenção do Estado.[112] A discussão sobre a aplicação de direito internacional de guerra contra terroristas[113]– até agora travada principalmente nos EUA e em Israel – também alcançou, no início de 2007, o direito alemão: uma proposta de lei do Ministro de Assuntos Interiores alemão pretende possibilitar o abatimento de aeronaves seqüestradas por terroristas – tido como inconstitucional pela corte constitucional em sua decisão sobre a lei de segurança da aviação –, com base no direito internacional de guerra, por meio da nova redação do art. 87 "a" parágrafo 2 GG, que permite o emprego das forças armadas para um "caso comparável à situação de defesa".[114]

Essa "dissolução das distinções políticas e jurídicas" entre segurança interna e externa, crime e guerra, prevenção e repressão, polícia e serviço secreto e polícia e exército[115] produz, ao todo, um "novo direito de segurança" complexo e de várias camadas, que objetiva principalmente evitar perigos e que, no direito penal clássico, tem um certo papel limitado. A conseqüente transferência de tarefas para outros ramos do direito, fora do direito penal, gera o perigo (no direito de polícia, mas também no direito do serviço secreto, de estrangeiros e de guerra) de que esses novos ramos do direito não possam garantir um nível de proteção comparável ao do direito penal, o que não vale apenas para as exigências de direito material da precisão dos tipos penais e para a garantia do princípio da culpa no direito penal, que abrangem mais do que a mera garantia do princípio geral constitucional de proporcionalidade.[116] Perigo semelhante existe também no tocante ao limiar de intervenção e ao ponto de referência da suspeita do crime (que, no direito de polícia, é substituído por um perigo), aos deveres de participação dos atingidos (por exemplo, no direito tributário), às questões de ônus da prova, ao juiz natural e demais medidas de proteção, ao deslocamento de competências do Judiciário para o Executivo ou à participação do Parlamento no desenvolvimento das respectivas regulamentações.[117] Paralelamente, existe o risco já mencionado de, além do deslocamento para fora do direito penal, com o tempo, também se modificarem as bases de proteção intrínsecas ao direito penal.

ff) Essa alteração das coordenadas no controle da criminalidade e na contenção de perigos se mostra com particular nitidez à vista do exemplo das medidas norte-americanas contra o terrorismo. O novo conceito desenvolvido pelo governo norte-americano de "*war on terror*" serve não apenas para fins retóricos de mobilização de todas as forças (como é utilizado em uma "guerra contra a pobreza"), e sim para a legitimação de intervenções jurídicas que não seriam possíveis em uma situação fora da guerra em respeito aos princípios clássicos do *law enforcement*.[118] As pretensas competências do direito de guerra e outras competências impostas nesse contexto são interpretadas pelo Executivo de modo extremamente amplo e juridicamente discutível. Por isso, a *war on terror* americana comprova de forma impressionante que as destacadas modificações isoladas do sistema, no caso de uma combinação, podem levar a graves limitações dos direitos de liberdade clássicos, mesmo em Estados com longa tradição na proteção dos valores da liberdade. Por tal motivo, as peças fundamentais desse desenvolvimento e sua possível interação devem ser apresentadas, brevemente, em um "contexto geral", com base no exemplo norte-americano.

Com o conceito norte-americano de *war on terror*, são instituídas, primeiramente, competências de direito de guerra que ultrapassam largamente as medidas permitidas em direito penal ou direito de polícia: o direito de guerra permite – diferentemente do direito processual penal ou do direito de polícia – a morte de combatentes ativos em casos específicos e, assim, eventualmente, também a de terroristas.[119] Além disso, combatentes suspeitos de terrorismo podem – sem qualquer prova de um fato penal concreto – ser mantidos presos por todo o tempo de duração dos conflitos. O ponto de partida teórico para a justificativa de uma guerra é a tese do governo dos EUA de que o *Taleban* e a *Al Qaeda* declararam guerra aos EUA e estão em situação bélica permanente com estes. No entanto, tal abordagem é ampliada para além do conflito territorialmente limitado com o *Taleban* no Afeganistão para toda forma de terrorismo internacional,[120] de modo que, na opinião do governo norte-americano, terroristas potenciais podem ser atacados no mundo todo e ser mantidos presos ao longo de toda a duração da *war on terror*.[121]

O novo instrumental de intervenção é assim completado com um segundo conjunto de atribuições especiais, que também se baseiam no conceito de guerra. Na opinião do governo, por causa da guerra duradoura contra o terrorismo internacional, o presidente pode se apoiar nos seus *war powers* constitucionais e estabelecer, como *commander in chief*, amplos regulamentos executivos que, em tempos de paz, seriam exclusividade do Legislativo.[122] Com essas *presidential orders*, pretensos terroristas foram declarados *enemy combatants*, permitiu-se o interrogatório de cidadãos nos EUA por meio da National Security Agency sem autorização judicial e criaram-se tribunais militares especiais para os processos penais contra supostos terroristas.[123]

O novo instrumentário de intervenção, caracterizado pelo direito de guerra, também deve justificar, como direito especial externo ao *law enforcement* clássico, a desconstrução de garantias processuais e a criação de procedimentos segundo a necessidade, o que vale principalmente para modificações nas normas relativas a provas perante as *Federal Rules of Evidence*, as *Federal Rules of Criminal Procedure* e o *Uniform Code of Military Justice* (UCMJ).[124] Paralelamente à introdução de procedimentos sigilosos (*in camera-Verfahren*) e à utilização de *hearsay evidence*, o uso dos depoimentos obtidos deve depender, em parte, apenas de questões de confiabilidade (*reliability*) das informações, mesmo no caso de emprego de métodos de tortura.[125] Originalmente, esse princípio deveria até possibilitar que os suspeitos de terrorismo identificados como *enemy combatants* fossem privados de qualquer possibilidade de acesso a um tribunal ordinário. Assim, a revisão das acusações individuais contra os detentos ocorria exclusivamente perante tribunais militares, os chamados *Combatant Status Review Tribunals* (CSRT). Nesse ínterim, a Suprema Corte permitiu o acesso dos presos em Guantánamo aos tribunais civis norte-americanos.[126] Entretanto, foi dado novo impulso à revogação desse processo com o *Detainee Treatment Act* e o *Military Commissions Act* de 2006, garantindo-se a competência dos tribunais militares.[127]

A atribuição categórica da luta contra o terror aos militares possibilita, enfim, também a detenção de pessoas suspeitas em outras prisões que não as civis. A detenção em instituições militares permite ao governo norte-americano manter presos estrangeiros longe do território estadunidense e, assim, segundo seu entendimento, evitar a incidência do campo de proteção material dos direitos dos cidadãos contidos na constituição americana.[128] Mediante uma forma de interpretação específica de obrigações de direito internacional, foi negada pelos EUA até mesmo a aplicação de normas humanitárias internacionais.[129] No entanto, desde a decisão da Suprema Corte americana no caso *Hamdan*, deve ser observado, no mínimo, o art. 3, comum às quatro Convenções de Genebra.[130] Nesse momento, entretanto, mostra-se também que uma grande parte desse modo de agir é condicionada ou possibilitada por meio de especificidades da doutrina constitucional dos EUA.[131]

Incluindo-se o mais novo relatório do relator especial do Conselho da Europa, *Dick Marty*, assim como um conjunto de relatórios da mídia, então, deveria existir ainda um outro nível, em que medidas tomadas na guerra contra o terror seriam classificadas como contrárias a compromissos nacionais e deveres internacionais. Entre tais medidas, destacam-se as *extraordinary renditions* da CIA, que envolvem a captura de suspeitos de terrorismo e sua conseqüente detenção e interrogatório fora dos EUA e sem o devido processo legal.[132] Além disso, incluem-se aqui os métodos agressivos e desumanos de interrogatório por parte dos membros da CIA e das Forças Armadas.[133]

As medidas tomadas nos EUA depois dos ataques de 11.09.2001 vão muito além das medidas continentais européias e tornam-se nítidas as atuais mudanças dos

limites funcionais do direito penal. A análise de até que ponto as novas medidas de intervenção e o novo direito de segurança ignoram os limites clássicos da proteção dos direitos civis; e até onde são de fato eficazes e quais os seus efeitos indesejados também são freqüentemente negligenciados pela política européia e em outras regiões em vista das novas ameaças. O mesmo se aplica à busca por medidas alternativas de controle social que intervenham de modo menos intenso e às quais, futuramente, se deverá recorrer com ainda mais freqüência, em vista dos novos riscos. Elas serão analisadas a seguir.

b) Conceitos alternativos: as respostas aos novos riscos dos crimes complexos podem ser dadas não apenas com uma desfronteirização do direto penal, mas também com a citada "segunda estratégia de solução" de um desenvolvimento de medidas extrapenais alternativas para a prevenção criminal e o controle social informal e, especialmente, também extrajurídicas. Tais medidas abrangem um amplo espectro de possibilidades.[134] Em um primeiro grupo de "medidas de proteção alternativas de efeito pró-ativo", tem-se a proteção da própria vítima em potencial por meio da técnica (como no campo do *Cybercrime*),[135] o controle procedimental preventivo (por exemplo, no direito médico),[136] as regras processuais de direito administrativo (como em medidas de combate à corrupção),[137] a eliminação de problemas sociais (por exemplo, causas de terrorismo)[138] e de outras causas criminógenas (em especial, no campo dos crimes em subvenções)[139] e na chamada prevenção de estrutura (a exemplo do crime organizado).[140]

Um segundo grupo de medidas engloba "sistemas de controle alternativos". Aqui se encontram não apenas por contravenções e de direito administrativo e pretensões de indenização de direito civil (também sob a forma de indenizações múltiplas), mas também por estratégias de solução diferenciadas (mediação, acordo entre criminoso e vítima ou comissões de verdade no campo de crimes contra as pessoas),[141] assim como a auto-regulação e co-regulação de Estado e particulares (destaque para o campo da *internet* e da imprensa).[142] Nesse último campo, regulamentos norte-americanos e italianos para a observação de programas de *Compliance* no cálculo de penas para sanções a empresas apresentam modelos de solução especiais, que estimulam medidas de prevenção privadas ou medidas de auto-regulação com sanções de direito penal ou privilégios.[143] *Codes of ethics* e *codes of conducts* dos cientistas devem evitar – paralelamente às já existentes regulamentações legais –, principalmente as já citadas possibilidades de abuso de produtos de *dual-use* de risco no campo das *life sciences*[144] – ainda mais amplo –, combater a tentação de comportamentos não-éticos na pesquisa.

Com a aplicação desses princípios de controle alternativos ou complementares é possível ultrapassar, com freqüência, não apenas os limites funcionais, bem como os limites territoriais do direito penal clássico, uma vez que medidas de prevenção

"privadas" de empresas e associações, por exemplo, não esbarram nos mesmos limites nacionais que o direito penal. Isso se torna evidente quando empresas de atuação internacional se obrigam, por meio da autovinculação, ao bloqueio de conteúdos ilegais na *internet*.[145] Observando-se como característica da globalização a supracitada perda de poder do Estado e o início do "domínio supranacional dos funcionários da economia mundial",[146] uma transição reforçada para a inclusão de medidas (também) não-estatais no controle social é uma possibilidade de solução natural, que pode adquirir cada vez mais importância no futuro. No campo internacional, tais medidas de atores privados e formas mistas de *private public partnerships* tornam os mencionados sistemas com diversos níveis ainda mais complexos e complicados. A fragmentação do direito desenvolve-se, assim, para uma fragmentação mais ampla dos sistemas de controle sociais.[147]

Os conceitos de controle alternativos e, principalmente, particulares oferecem não apenas novas chances, mas também, em parte, abrigam "riscos jurídicos e políticos". Tais riscos estão principalmente na desestatização do controle da criminalidade, assim como na correlacionada perda de garantias processuais penais, do controle jurídico do Estado e da legitimação democrática das intervenções em direitos fundamentais, o que se mostra, por exemplo, quando as supracitadas vinculações próprias dos provedores de *internet* levam à proibição de conteúdos ilegais por medo de sanções, acarretando uma censura privada ampla e descontrolada.[148] Isso também é nítido quando federações esportivas internacionais impõem graves sanções por *doping* que, segundo critérios jurídico-penais, são instrumentos de *strict liability* e violam a presunção de inocência.[149] As questões relativas aos limites da privatização do direito penal foram, entretanto, pouco esclarecidas até agora. Nesse esclarecimento, deve ser analisada criticamente a crescente não-diferenciação entre sociedade e Estado, principalmente no âmbito da filosofia do direito.[150] A conseqüente equiparação entre sociedade e Estado enfraquece o potencial estatal de mediar e neutralizar conflitos sociais, levando a que a parte mais fraca (ou seja, o acusado) não seja mais protegida pelo Estado, como até agora o é.

2.2.3 Pesquisas pertinentes: para uma teoria dos limites funcionais do direito penal

Em virtude do desenvolvimento aqui analisado, um segundo ponto central do novo programa de pesquisa do Instituto Max-Planck de direito penal estrangeiro e internacional de Friburgo constitui a investigação dos fundamentos práticos e teóricos para os limites funcionais do direito penal. Na busca pelas peças fundamentais para construir uma "teoria dos limites funcionais do direito penal", trata-se principalmente de três questionamentos centrais: (a) até que ponto ocorrem alterações nos limites funcionais do direito penal em ordenamentos jurídicos diferentes e até onde tais alterações são justificadas por novas ameaças ou quais outras causas as fundamentam?

(b) Em que medida as modificações dos limites funcionais do direito penal melhoram de fato a segurança na sociedade, o quanto ameaçam a liberdade dos cidadãos e quais princípios e diferenciações podem ser desenvolvidos para uma política criminal futura? (c) Quais medidas alternativas ou complementares (extrapenais) estão disponíveis para a diminuição de riscos, quais efeitos têm tais medidas sobre a segurança da sociedade e sobre a liberdade dos cidadãos e quais princípios e diferenciações são, assim, relevantes para uma política criminal futura?

a) Modificações e suas causas: a busca pelas causas das modificações de direito penal acima analisadas não toma em consideração apenas a dimensão fática esquematizada dos novos riscos. Devem ser pesquisados também outros possíveis motivos para a atual desfronteirização do direito penal; por exemplo, uma crescente necessidade de segurança na sociedade de risco,[151] uma modificação do medo do crime,[152] a perda de valores na sociedade global, o relacionado clamor por "tolerância zero", uma reação irracional a riscos de rara ocorrência, mas com grande número de casos de morte,[153] uma possível aplicação contraproducente do direito penal, por meio de governos nacionais e instituições supranacionais para (re)conquistar a confiança e eleitores, assim como uma dramatização dos perigos por meio da imprensa, associações de proteção à vítima ou entes isolados responsáveis pela segurança.[154] Nesse contexto, também é relevante a questão sobre até que ponto novos riscos específicos levam apenas a autorizações especiais de intervenção em relação a estes riscos ou se são tomados como ponto de partida para um endurecimento penal geral.

b) Efetividade e garantias jurídicas: as questões sobre os efeitos das novas mudanças do direito penal atingem, além da praticabilidade e da intensidade de intervenção das novas regras, especialmente os limites que os objetivos clássicos do direito penal, assim como a dignidade humana, o princípio da culpa, o princípio do estado de direito, o princípio da separação de poderes e o princípio da democracia (este, entretanto, questionado supranacionalmente) podem ser contrapostos a uma desfronteirização do direito penal,[155] o que vale, por exemplo, para utilização de novas medidas de investigação baseadas na tecnologia da informação, para a modificação de considerações de direito processual penal no tocante aos novos riscos, para alteração do direito penal para a prevenção, para a relação entre direito penal e direito de polícia e para a inclusão de particulares no controle da criminalidade.

Em virtude da transferência de matérias reguladas pelo direito penal para o direito (administrativo) da polícia, da alfândega, do serviço secreto e das repartições públicas para estrangeiros, assim como (em alguns países) dos militares, interessam principalmente também os fundamentos dogmáticos do novo e abrangente direito de segurança e a análise das garantias vigentes do Estado de Direito.[156]

No caso e na medida em que a análise empírica da atual situação de ameaça justifique um fortalecimento dos poderes preventivos estatais, coloca-se no caso concreto a pergunta, se medidas preventivas necessárias não deveriam, na verdade, ser reguladas em uma "nova via" do direito de segurança, no direito de polícia, no direito dos serviços de notícias, no direito administrativo em geral ou no direito penal. Tal problemática torna-se mais clara com o questionamento, sobre se e como agir contra uma pessoa que vai a um local de formação de terroristas, retorna de um local de formação de terroristas ou que por outros motivos é suspeita de ser um terrorista "suicida" ou de ser "perigosa", sem que ela tenha, entretanto, cometido um crime. O direito americano acima descrito demonstra as possibilidades e os perigos do novo "direito de guerra", que pretende manter presos os inimigos por tempo indeterminado.[157] O direito francês, por sua vez, prolongou a possível duração da detenção policial geral do direito penal em vários momentos – com destaque para a criminalidade organizada e o terrorismo – para quatro ou seis dias e, paralelamente – com o objetivo de obter confissões –, enfraqueceu as garantias do Estado de Direito para suspeitas qualificadas de crime e para os prazos para a apresentação do preso ao juiz e a comunicação ao advogado.[158] O direito inglês, com o seu recém-criado *Control Orders*, mostra, por seu lado, as opções e riscos de um sistema unificado de direito penal e policial, que estabelece amplos poderes de salvaguarda da polícia e dos tribunais, prevendo processos formalizados para a derrogação de direitos humanos, segundo o art. 15 da Convenção Européia dos Direitos do Homem (EMRK).[159] Por seu turno, o direito alemão prevê poderes preventivos policiais para uma detenção bastante limitada de "pessoas perigosas" (como os torcedores *hooligans* do futebol), aplicável apenas em casos bem específicos.[160] No entanto, o Ministério da Justiça alemão está considerando, atualmente, uma solução jurídico-penal para essa problemática: a ampliação do § 129a StGB, o que poderia possibilitar também uma ação preventiva contra determinados suspeitos de terrorismo, por meio de novos tipos penais no momento anterior ao crime (como a conclusão de formação para o terrorismo em um correspondente local de treino), juntamente de poderes de intervenção processuais penais já existentes (especialmente § 112 Abs. 3 StPO). O potencial de manipulação de uma antecipação da punibilidade excessivamente ampla, motivada preventivamente pelo legislador, e o motivo de detenção por perigo de reincidência para delitos especiais atualmente já vigente (§ 112a StPO) tornam nítido, todavia, problemas e perigos de uma tal "mudança do sistema".[161] Isso é reforçado quando pontos de aplicação de medidas são tipos penais antecipados e parcialmente indeterminados, como o § 129a StGB, que atualmente possibilita consideráveis intervenções processuais com objetivos preventivos.[162] Uma vez que se sustenta que o caso de formação em um local de treinamento para terroristas constitui determinado interesse de prevenção, coloca-se ainda, no plano fático, a complicada questão: qual bem jurídico é ferido pelo fato

incriminado e se uma correspondente antecipação da proteção do direito penal pode ser justificada.[163] O exemplo da estadia em um local de treinamento terrorista indica, assim, que o direito penal alemão vigente, no tocante às clássicas atividades de repressão e de proteção aos bens jurídicos, assim como seu princípio da culpa, sob o ponto de vista sistemático, não é a princípio o local ideal para fixar objetivos puramente preventivos.

Com isso, entretanto, permanece aberta a questão, se uma ligação de medidas preventivas de interferência intensa – ainda necessitada de melhor definição – com o direito penal, com sua vinculação a tipos penais ligados a fatos concretos, seus poderes de investigação e controle por um ministério público independente, pelo juiz natural e suas outras garantias para a proteção dos direitos de liberdade, não é mais adequado do que um direito policial clássico, que remonta a um conceito de perigo pouco preciso, limitado apenas pelo princípio da proporcionalidade e do juiz natural. Para além desse ponto, coloca-se a pergunta sobre uma "exportação" de garantias do direito penal para o direito policial ou outros ramos do "direito de segurança". O instituto da medida de segurança após o cumprimento da pena mostra, com seus exigentes pressupostos, que também medidas exclusivamente preventivas contra "pessoas perigosas" podem ser reguladas com ligação às garantias penais, em uma "via" própria.[164] Embora na prisão preventiva e em outras medidas de segurança haja renúncia ao princípio da culpa, a cumulação da vinculação qualificada ao tipo penal, das garantias de direito processual e das decisões judiciais prognósticas, no tocante a um perigo futuro, devem garantir melhor base de proteção do que as medidas preventivas de direito policial (entretanto, de menor intensidade de intrusão) podem alcançar.

O papel da prevenção no contexto do direito penal, assim como o papel do direito penal e de suas garantias no contexto do direito geral de segurança, ainda necessitam ser esclarecidos em diversos pontos.[165] O mesmo se aplica também à distinção entre o direito penal e o direito de guerra, que na Alemanha pressupõe um ataque atual e ilegal – questionável no caso de ataques a redes terroristas (internacionais) – de um inimigo externo armado, assim como para a interpretação do direito à legítima defesa do art. 51 do estatuto da ONU.[166] A questão sobre a necessidade e o tipo de medidas preventivas no tocante aos riscos acima analisados e os pontos de vista dogmáticos e problemas de limitação mencionados comprovam, novamente, que o desenvolvimento jurídico de fato de formas de criminalidade complexas desafia o direito penal clássico nos seus fundamentos, e que os "limites do direito penal" pertencem às questões de pesquisa fundamentais no futuro. A permanente discussão sobre modificações cruciais do direito penal torna claro, para além disso, o quão importante é uma análise dos novos riscos, que possa ser comprovada empiricamente, das necessidades de proteção daí resultantes e das diversas formas de controle que possam ser utilizadas.

c) Alternativas e suas avaliações: uma teoria dos limites do direito penal abrange, assim, além da limitação do mesmo em relação a outros conceitos do direito de segurança, a questão sobre as formas categoriais alternativas para reação a comportamentos desviados, sejam elas formais ou informais, o que gera outros questionamentos fundamentais concernentes à relação entre e o direcionamento de comportamentos por meio do direito penal e outras estratégias formais e informais de controle social, assim como em relação à "privatização" do direito de segurança. As atuais pesquisas – principalmente sobre a criminalidade organizada – mostram que medidas de prevenção pró-ativas e extrajurídicas (como para a eliminação de causas de mercados ilegais da criminalidade organizada) podem ser não apenas muito mais efetivas do que medidas de direito penal, policial ou mesmo militares, mas também são freqüentemente menos agressivas em relação aos direitos de liberdade do indivíduo do que poderes de coação jurídicos.[167] Por essa razão, a análise de tais medidas deve receber mais atenção do que vem ocorrendo até então.

2.3 Conseqüências e pontos centrais da pesquisa

O "panorama" da exposição feita até aqui mostra que os problemas na limitação territorial e funcional do direito penal apresentam causas comuns ou parecidas. Esses problemas baseiam-se em uma "mudança técnica, econômica e política da sociedade", que ocorre em um contexto global. Tal mudança compreende não apenas criminalidade, riscos e a sua compreensão. Ela modifica também o "sistema de referência do direito público e teórico-jurídico fundamental" do direito penal. Na sociedade (mundial de risco), aparece, no lugar do relacionamento nacional bipolar entre cidadão e Estado (existente em um ordenamento jurídico "fechado", organizado hierarquicamente, com um único soberano e um direito penal claramente definido), diversos atores nacionais, supranacionais e internacionais, públicos e privados, em complexos sistemas com diversos níveis e formas jurídicas e sociais diversas de controle social, com diversos subsistemas jurídicos, uma proteção de liberdades civis diversamente composta e com complexas relações de trocas. Essa mudança da sociedade, da criminalidade e do sistema de referência de direito penal desafia o direito penal clássico – baseado no território estatal e repressão – categorialmente e gera modificações fundamentais, especialmente no tocante aos seus "limites territoriais e funcionais".

As respostas às questões da pesquisa sobre os limites territoriais e funcionais do direito penal precisam, por isso, recorrer aos "fundamentos criminológicos, teórico-jurídicos, de direito público e de direito penal", caso pretendam desenvolver modelos esclarecedores sobre as funções e limites do direito penal na sociedade global de risco, assim como respostas aos novos desafios. Conceitos teóricos correspondentes podem, então, na pesquisa voltada para a aplicação prática, promover uma política criminal que não apenas é mais efetiva que a atual política, mas

também fornece, tendo como base os direitos humanos vigentes universalmente, uma melhor proteção dos direitos de liberdade e a preservação de princípios de teoria do direito. As reações legais aos ataques de Nova Iorque, em 2001, e de Londres, em 2005, concebidas com pressão de prazo e de ações políticas nos EUA e na Inglaterra, mostram que tais questionamentos não podem ser respondidos apenas por políticos em discussões emotivas, após a ocorrência de crimes espetaculares, mas precisam, sim, ser estudados previamente pela ciência do direito.

O número e a complexidade de questionamentos, entretanto, não permitem uma resposta imediata ou teorias simples. Assim, é necessário refletir as abordagens metodológicas para responder às questões aqui colocadas e, especialmente, desenvolver métodos de pesquisa correspondentes ao presente programa.

3. Métodos de pesquisa e coordenação de pesquisa

As questões fundamentais citadas e a sua ligação em uma abrangente proposta teórica sobre os limites territoriais e funcionais do direito penal na sociedade global de risco colocam, no tocante a métodos de pesquisa, principalmente, três tarefas. Primeiramente, devem ser determinados os métodos gerais de pesquisa para respostas às questões individuais aqui lançadas (3.1). Em seguida, deve-se tratar da questão de como o Instituto Max-Planck para direito penal estrangeiro e internacional de Friburgo deve coordenar as diversas pesquisas isoladas realizadas, em forma de projetos gerais, projetos individuais e teses, em relação aos complexos questionamentos já apresentados (3.2). A médio e longo prazos, a realização do programa de pesquisa exige ainda uma correspondente formação e inclusão de jovens cientistas (3.3).

3.1 Métodos gerais de pesquisa

Os métodos gerais para responder às questões aqui levantadas são determinados, sobretudo, por meio de diversos questionamentos empíricos, normativos e jurídico-políticos do novo programa de pesquisa.

3.1.1 Técnicas de pesquisa empíricas nas ciências sociais

Para análise da formas de delito relevantes, da efetividade de medidas de direito penal, dos motivos para determinadas reações de atores políticos e de outros "questionamentos criminológicos" do programa de pesquisa são necessárias, inicialmente, as técnicas de pesquisa empírica das ciências sociais.[168] Estes são os métodos de trabalho centrais do grupo de pesquisa de criminologia do Instituto, com o qual deve-se trabalhar conjuntamente em congruência com o objetivo do fundador do instituto Hans-Heinrich Jescheck, pela ligação do "Direito penal e criminologia sob o mesmo teto" ("*Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*").[169] Nesse contexto, devem ser desenvolvidos ainda mais os métodos que fornecem

informações sobre as reações da população e dos atores políticos a novos riscos de segurança.[170] Além disso, também os métodos de avaliação de conceitos de política criminal adquirem importância central.[171]

3.1.2 Dogmática de direito penal e ciência universal do direito penal

A dogmática do direito constitui o requisito para a análise de questionamentos normativos. Para o presente programa de pesquisa, por exemplo, ela tem importância quando as categorias e os subsistemas do direito de segurança (penal e extrapenal) em desenvolvimento têm de ser determinados[172]. No direito penal nacional clássico (especialmente alemão), a "dogmática de direito penal" contribui – em especial na formação jurídica –, há muito tempo, para a justiça, a segurança do direito, a igualdade jurídica e racional motivação jurídica, por meio de ordem sistemática, construção de conceitos, interpretação, reflexão metodológica e determinação dos valores a serem protegidos.[173] O mesmo deve valer também para o direito supranacional e internacional, que se desenvolve atualmente sob forte influência da *common law*. A "dogmática de direito penal européia" em criação se caracterizará, porém, por maior abertura metodológica e maior importância ao pensamento a partir de problemas do que a dogmática do direito penal alemã.[174] O direito supranacional e internacional levanta novos questionamentos metodológicos como quando o direito internacional penal ou o direito europeu são determinados, respectivamente, por meio de princípios jurídicos gerais e por meio de direito comparado valorativo.[175]

A construção de sistemas, de conceitos e determinação de valores fundamentais como métodos centrais da dogmática do direito penal não pode, entretanto, limitar-se ao direito vigente e ao seu desenvolvimento. Esses métodos e a sua referência ao sistema de direito penal possibilitam também a obtenção de conhecimentos de abrangência e validade mundiais e gerais para questionamentos comparáveis internacionalmente.[176] O desenvolvimento de uma tal "ciência jurídico-penal universal", de uma "gramática internacional do direito penal" ou de um "sistema de direito penal comum europeu" pressupõe, todavia, que sejam identificados e comparados, inicialmente, problemas e estruturas de um "metanível" dos ordenamentos jurídicos nacionais e que um conceito científico seja desenvolvido com base em tais fundamentos.[177] A ciência do direito penal daí desenvolvida não permanece, por isso, no direito positivo, muito menos objetiva a exportação do próprio direito nacional, e sim visa à obtenção de soluções válidas genericamente, por meio da comunidade internacional de cientistas do direito penal.[178] Tal ciência do direito penal universal serve tanto para a dogmática de direito penal do direito nacional e internacional vigente, como também para a respectiva reforma do direito penal.[179] Fundamento de uma ciência do direito penal universal é, além dos métodos de dogmática do direito, especialmente, o direito penal comparado e a comparação de sistemas de direito penal.

3.1.3 Direito penal comparado e comparação de sistemas com diversos níveis

a) O contexto global do presente programa de pesquisa, sua contribuição para o desenvolvimento de uma ciência internacional de direito penal e sua "estipulação de objetivos político-jurídicos" internacionais têm como efeito na realização do programa de pesquisa a fundamental importância do direito penal comparado e do método de pesquisa[180] comparado.

O direito comparado é necessário, primeiramente, para o "levantamento de dados e análise do desenvolvimento jurídico atual": uma vez que o direito penal e o direito sancionatório são regulados em diversos sistemas e ordenamentos jurídicos distintos – nacionais e internacionais –, somente o levantamento e a comparação de dados internacionais pode dar um panorama geral do desenvolvimento atual mundial e suas relações e fundamentos, mostrando seus perigos antecipadamente, como esta contribuição tenta fazer com uma primeira proposta. No futuro, tal levantamento de dados será necessário, especialmente para a avaliação do desenvolvimento do direito penal supranacional e nacional na União Européia, em que o princípio de confiança mútua precisa ser atendido não apenas para os países em processo de adesão, e sim por todos os Estados-membros constantemente.[181] Mas a análise do direito vigente necessita do direito penal comparado também para o fechamento de lacunas do direito europeu, por meio de direito comparado e do direito internacional público, mediante a elaboração de princípios gerais do direito.[182]

Para o estabelecimento de objetivos de política criminal do novo programa de pesquisa, o direito penal comparado fornece, ademais, "novas idéias de soluções" tanto dentro como fora do direito penal e apóia uma política de *good governance* e do *benchmarking* de diferentes modelos de política criminal. A inclusão também de medidas externas ao direito penal e da comparação de métodos diversos, em direito comparado, oferece, da mesma forma, a possibilidade de superação do atual modelo de repressão e endurecimento de penas no processo de harmonização internacional do direito penal. Ela é também o fundamento metodológico para a harmonização jurídica, condição necessária para maiores campos da política criminal e modelos de cooperação que funcionem para a superação dos limites territoriais do direito penal.

O direito penal comparado pode, assim – em sua forma de direito penal comparado de comparação de valores e base de valores –, oferecer propostas de soluções para o fundamental problema de "valoração de toda política criminal científica". Tal problema de valoração consiste em que a política criminal freqüentemente dependa de valorações básicas, que não são mais comprováveis cientificamente, mas precisam ser aceitas como decisões valorativas subjetivas. Partindo-se de valores básicos com alto grau de abstração, como a liberdade das pessoas em uma sociedade aberta[183] ou de direitos humanos, é possível alargar o campo dos resultados racionais, em peroração dos dogmas inquestionáveis. Um direito penal comparado metodologicamente assegurado pode ainda, especialmente

por isso, prestar uma contribuição própria, uma vez que mostra as possíveis alternativas na aceitação de valores fundamentais, variações e exclusões, permitindo uma reflexão própria permanente.[184] Tais valores fundamentais e os métodos da dogmática jurídica proporcionam, assim, juntamente com a provisão de soluções internacionais de direito comparado e da avaliação criminológica das diferentes soluções, os fundamentos para sugestões de política criminal.

b) Comparação pressupõe, porém, tipos "legais comparáveis", o que não só é problemático no direito penal comparado entre sistemas jurídicos com valorações básicas com diferenças fundamentais, mas também na comparação entre tais ordenamentos jurídicos e subordenamentos jurídicos de diferentes naturezas em "sistemas com diversos níveis". Fundamentos do Estado nacional (como o princípio da democracia) não podem ser transferidos, sem motivação extra, em sistemas de níveis diversos, de uma ordem nacional para uma supranacional ou privada.[185] A comparação de sistemas de diferentes naturezas (por exemplo, nacional, internacional ou privada), assim como, em especial, a pesquisa de direito penal internacional e supranacional, requer, em princípio, uma análise da estrutura dos respectivos ordenamentos, a averiguação de seus princípios políticos e jurídicos (de direito internacional público), assim como a identificação de valores vigentes em geral e em todos os sistemas de ordenamentos, que se encontram especialmente nos direitos humanos.[186] Questões de teoria do direito, teoria do Estado, organização do Estado, direito internacional público, direito europeu e direitos humanos têm, assim, grande importância para a análise e comparação entre e no interior de sistemas jurídicos (penais) internacionais e supranacionais.

Tais questionamentos esclarecem que o direito penal comparado para o presente programa de pesquisa não pode ser apenas um método de pesquisa, mas também um objeto de pesquisa central. Para isso, é necessário o desenvolvimento de uma teoria do direito penal comparado, que combine, especialmente, pressupostos, métodos e capacidade de ação do direito penal comparado.[187]

3.2 Concepção e coordenação dos projetos de pesquisa

3.2.1 Objetivos da coordenação de pesquisa

O novo programa de pesquisa do departamento de direito penal ultrapassa programas de pesquisa isolados não apenas por sua abrangência e pela complexidade de seus questionamentos, mas também em relação ao número de participantes, doutorandos e pesquisadores visitantes. A pesquisa de fundamentos objetivada com esses projetos no Instituto Max-Planck não pode ter como objeto, segundo sua identidade, uma concatenação de projetos individuais isolados, devendo alcançar uma "mais-valia" que ultrapasse a soma dos projetos individuais.[188] A concepção e conciliação dos

projetos de pesquisa isolados realizados no Instituto Max-Planck de direito penal estrangeiro internacional de Friburgo na forma de projetos gerais e individuais (especialmente as numerosas teses) têm, portanto, importância central para a realização do programa de pesquisa.

3.2.2 Concentração dos questionamentos em áreas centrais de pesquisa

A necessária coordenação de um grande número de projetos será efetuada no programa de pesquisa, por meio da "formação de três grandes áreas de pesquisa e diversos campos de pesquisa", os quais possuem particular importância para os questionamentos aqui suscitados sobre os limites territoriais e funcionais do direito penal. As áreas de pesquisa correspondem amplamente, no nível organizacional do Instituto, aos respectivos relatórios por países e matéria, nos quais os conhecimentos especializados dessas matérias específicas são cultivados.

- Em virtude da especial importância do direito penal comparado para a aplicação do programa apresentado, tem-se no "direito penal comparado", como "método central", a primeira grande área de pesquisa com um campo de pesquisa especial.
- Em uma segunda área de pesquisa, outros campos de pesquisa serão criados com intuito de "ordenamentos jurídicos e sistemas jurídicos" supranacionais e internacionais, em que as acima citadas questões de pesquisa sobre os limites territoriais e funcionais são especialmente relevantes, ou seja, no "direito penal europeu" e no "direito internacional penal". Em relação ao entrosamento dos sistemas com diversos níveis existentes, tem-se como outro campo de pesquisa a área da clássica "cooperação jurídica e das novas formas de cooperação internacional".
- Uma concentração dos questionamentos e projetos de pesquisa expostos ocorre não apenas em relação a sistemas jurídicos relevantes, mas também em relação a "determinados campos de delinqüência", em que os problemas fundamentais citados são especialmente pungentes, o que vale para os problemas aqui tratados, particularmente nos campos de pesquisa do "mau uso da *internet*", assim como os "riscos" globais "da medicina e outras *life sciences*".[189] Também são incluídas outras formas de "crimes complexos", como crimes econômicos, criminalidade organizada e terrorismo, em que os "limites do direito penal" se mostram de modo particularmente nítido.[190]

Essas áreas e campos de pesquisa, assim como os questionamentos atualmente tratados devem ser apresentados em seguida, com base em novos projetos de pesquisa, que puderam ser iniciados no Instituto, especialmente a partir de 2005.[191]

3.2.3 Campos de pesquisa e projetos de pesquisa

a) Direito penal comparado: o direito penal comparado é, em virtude de sua grande importância para o questionamento jurídico global, não apenas o "método de pesquisa

fundamental" para a aplicação do novo programa de pesquisa, mas também, ele próprio, "objeto central de pesquisa". Por isso, objetivos, tarefas e métodos do direito penal comparado formam, assim, um ponto central de pesquisa e um campo de pesquisa relevante, em que os respectivos resultados individuais do Instituto devem continuar sendo desenvolvidos para a citada teoria do direito penal comparado. Tarefas, métodos e propostas de teoria do direito penal comparado também estavam, assim, no começo dos novos trabalhos de pesquisa no Instituto de Friburgo nos últimos dois anos. De especial importância para a realização prática do programa de pesquisa em questão são os métodos de direito penal comparado, principalmente a comparação de direito penal utilizando os métodos universal, funcional, sistemático, casuístico, comparativo de valores e apoiado em computadores.[192]

Para a continuação do desenvolvimento do direito penal comparado é necessário – especialmente também para fins de pesquisa dos fundamentos de direito comparado – um banco de dados dos diversos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais,[193] não apenas no tocante às "questões metodológicas" do direito penal comparado, mas serve também para diversos projetos futuros, como pedra fundamental de conhecimento do direito penal nacional e internacional. Tais necessidades de conhecimento dos fundamentos devem ser satisfeitas por meio do desenvolvimento de um banco de dados e de um sistema eletrônico específico[194]. O objetivo de um projeto de pesquisa a longo prazo é, assim, a concepção de um sistema de informações sobre um fundamento assegurado metodológica e teoricamente, a construção de um respectivo protótipo de parte geral do direito penal, o desenvolvimento de uma comparação transversal sistemática das questões jurídicas relevantes e da conseqüente evolução contínua dos métodos de direito penal comparado. Esse projeto de programa de pesquisa – fundamental e a longo prazo – deve ser entendido também como resposta à reivindicação de *Claus Roxin*, de 1999, que descreveu uma apresentação geral do direito penal de todos os Estados europeus e dos mais importantes Estados não-europeus como "tarefa futura da ciência mundial do direito penal".[195]

O projeto de pesquisa é, assim, também uma contribuição à supracitada ciência universal do direito penal e ao distante objetivo, formulado há mais de um século por Franz von Liszt, de uma "teoria geral de direito penal" sobre fundamentos de direito comparado.[196] Por isso, no centro das pesquisas atualmente desenvolvidas, está a análise de uma metaestrutura universal dos problemas e regras pertinentes, necessária como fundamento de uma ciência universal do direito penal, para que se possam comparar regulamentações diferentes mundialmente. Um projeto como esse promete, ainda, um ganho adicional para o intercâmbio crítico com cientistas estrangeiros, quando o sistema do Instituto de Friburgo estiver à disposição na *internet* como "ponte para o mundo" com a sua estrutura de informática.[197] Juntamente com outros projetos sobre o direito penal comparado e estrangeiro,[198] iniciados após a

sucessão da diretoria, o trabalho nesse projeto já conduziu a novos conhecimentos sobre os métodos de direito penal comparado.[199]

b) Sistemas jurídicos internacionais: para os questionamentos deste programa de pesquisa, têm importância especialmente os ordenamentos jurídicos supranacionais e internacionais, além do direito estrangeiro – no contexto do direito comparado –, e questões de cooperação jurídica e outras formas de cooperação em sistemas com diversos níveis.

aa) O complexo "direito penal europeu" (da União Européia, mas também do Conselho da Europa) é interessante para o novo programa de pesquisa, especialmente em relação aos limites territoriais do direito penal e particularmente no tocante aos seus modelos de cooperação entre os sistemas de direito penal.[200]

Por isso, o objetivo de pesquisa de um projeto maior sobre o direito penal europeu é o desenvolvimento de modelos para uma futura persecução penal européia, assim como de princípios correspondentes de solução para outros problemas políticos e econômicos. Inicialmente, o projeto de pesquisa compara e valora, por meio do direito comparado, diversos modelos de cooperação federais e supranacionais de ordenamentos jurídico-penais. Merecem especial atenção o processo de harmonização do direito penal de modelos de solução supranacionais e o princípio de reconhecimento mútuo de decisões em modelos de cooperação.[201] Por meio da inclusão de outros ordenamentos de direito penal (também mais centralistas), devem ainda ser identificados princípios fundamentais e princípios jurídicos comuns da administração da justiça penal nacional européia, que também podem ser cumpridos por modelos de solução supranacionais e cooperativos ou ser transferidos a estes de maneira modificada. Os dispositivos assistemáticos de direito penal no projeto de Constituição Européia, assim como a discussão em torno do mandado europeu de prisão e do mandado europeu de obtenção de provas, tornam claro que um tal trabalho de base conceitual é pressuposto para uma futura política criminal européia. Esse trabalho de base para a integração de sistemas de direito penal é apoiado por outros projetos e teses sobre o mandado europeu de prisão e sobre o princípio do reconhecimento mútuo no direito de provas.[202]

bb) A importância do "direito internacional penal"[203] para o programa de pesquisa reside inicialmente, também em sua função de modelo para a unificação de ordenamentos de direito penal nacionais, na regulamentação e persecução de determinados crimes contra a humanidade. Após a conclusão de um projeto de pesquisa, que está sendo executado no Instituto há alguns anos, sobre a comparação das regulamentações nacionais do direito internacional penal,[204] serão analisados especialmente os processos de criação de um ordenamento jurídico mundialmente vigente.

Um projeto maior trata do desenvolvimento de princípios gerais do direito internacional penal, a exemplo da participação no ato penal, especialmente na constelação

relevante para o direito internacional penal da "criminalidade dos líderes em grupos ou redes de criminosos". Por meio da comparação das normas de participação sob particular consideração da figura do *joint criminal enterprise*, importante para o direito internacional penal, o projeto fornece simultaneamente conhecimento quanto à questão central da pesquisa relativamente aos limites funcionais do direito penal na imputação de comportamento alheio. A pesquisa realiza-se no âmbito do citado sistema de informação do Max-Planck de direito penal comparado e constitui, a exemplo de uma complexa problemática de direito comparado, com a inclusão de mais de 40 ordenamentos jurídicos simultaneamente, também um primeiro teste para esse projeto e para o desenvolvimento de uma teoria de direito penal comparado a ele relacionado.[205]

Semelhantes objetivos teve o projeto sobre cálculo da pena no direito internacional penal, finalizado em 2004.[206] Um outro projeto de direito internacional penal trata, a exemplo do estudo do extermínio da população em Ruanda, de questões do paralelismo de diversos ordenamentos jurídicos nacionais e regulamentos internacionais.[207] Esses projetos sobre direito internacional penal constituem, juntamente com as pesquisas sobre o direito penal europeu e dos trabalhos citados abaixo, de direito penal de informação, as primeiras peças para a compreensão teórica das questões quanto aos limites territoriais do direito penal na sociedade global de risco e para o desenvolvimento de modelos de um direito penal transnacional efetivo.

cc) A "cooperação internacional" de diferentes ordenamentos jurídicos nacionais com o objetivo de um direito penal eficaz em nível transnacional dá-se, classicamente, mediante a cooperação administrativa e jurídica. As supracitadas modificações atuais da globalização, entretanto, levam a modificações sensíveis de tais institutos, assim como à complementação destes por meio de novas formas de cooperação. Essas modificações referem-se, de um lado, a novos mecanismos para a facilicitação da cooperação jurídica, como o reconhecimento imediato de decisões e a disponibilização de dados. De outro lado, criam-se novas formas de trabalho conjunto em *task forces* internacionais e instituições, que, em parte, conduzem a complexos sistemas com diversos níveis.

Por esse motivo, o Instituto participou, em 2006, de uma conferência germano-americana sobre a questão do trabalho conjunto germano-americano no campo do terrorismo. Em complemento ao supracitado projeto de pesquisa sobre as formas de cooperação no direito penal para o futuro direito penal europeu, um outro projeto, com início em 2007, tratará, sobretudo, da criação e da influência sobre o direito penal material como parte integrante das novas formas de cooperação internacional e analisará os pressupostos de legitimação deste.

c) Áreas centrais de delinqüência: a análise dos questionamentos do presente programa de pesquisa ocorre não apenas de modo abstrato e geral, mas também nos problemas

concretos em áreas de delinqüência pertinentes, nas quais se colocam de maneira particularmente clara as questões sobre os limites territoriais e funcionais, podendo ser resumidos com o conceito de "criminalidade complexa".

aa) De particular interesse são o *Cybercrime*[208] e o "direito de *internet*"[209] correspondente, tanto em relação aos limites territoriais quanto funcionais do direito penal. Como analisado anteriormente, a transmissão de dados em redes de computadores internacionais leva à dissolução das categorias clássicas de lugar e tempo, conduzindo assim a um protótipo de criminalidade transnacional, que se caracteriza por uma grande ubiqüidade, grandes riscos e especial complexidade.

As pesquisas sobre *Cybercrime* e direito penal de informação, portanto, se iniciam com uma análise da delinqüência complexa pertinente, seu objeto – caracterizado pela qualidade imaterial da informação – e seus riscos específicos. Sobre esta base, são pesquisadas, então, as possibilidades e os limites de um controle nacional e internacional de criminalidade transnacional em um ambiente técnico complexo, o que ocorre em uma série de análises individuais. O "potencial de poder e vigilância", em virtude da disponibilidade de dados pessoais, é de interesse tanto sob o aspecto de novos riscos quanto também com intuito de novas medidas de investigação na *internet*. Um projeto sobre a anonimidade na *internet* trata da ponderação entre a necessária vigilância na *internet* e o direito de autodeterminação de se informar em espaços livres de controle. Outros trabalhos sobre as perspectivas de sucesso de medidas nacionais de proteção e isolamento na *internet*, sobre a aplicação extraterritoral do direito penal, assim como sobre o desenvolvimento de medidas alternativas do controle social, fornecem resultados importantes para os limites territoriais e funcionais do direito penal.[210] Nesse aspecto, surgem pontos de contato com o grupo de pesquisas criminológicas do Instituto, sobretudo com a sua área de concentração de pesquisa sobre a análise empírica do processo penal.[211]

bb) Os "riscos globais da medicina, da biotecnologia e das outras *life sciences*", no contexto do novo programa de pesquisa, são interessantes, não só com vistas aos limites territoriais do direito penal, por exemplo, no tocante às diferentes questões valorativas internacionais, a fuga para outros ordenamentos jurídicos (como na pesquisa com embriões *in vitro*)[212] e no tratamento do dissenso internacional sobre medidas de valoração fundamentais. Nesse campo, podem ser adquiridos também conhecimentos sobre os novos riscos e limites funcionais do direito penal, especialmente em virtude dos métodos alternativos de controle de risco praticados nesse contexto. Como exemplos podem ser citados a divisão de tarefas entre esporte e Estado na luta contra o *doping*, a autodefesa da indústria contra a falsificação de medicamentos, a reorientação do controle jurídico e da verificação posterior no processo penal para uma inspeção prévia pericial para a garantia da qualidade, as exigências de autorização administrativa ou judicial, assim como comissões éticas particulares e estatais para a avaliação de intervenções

médicas "limítrofes" (incluindo testes clínicos de medicamentos, cada vez mais internacionalizados) e o impedimento do abuso de "produtos de *dual use*" da biotecnologia por meio de *codes of ethics* e *codes of conduct* dos cientistas participantes.[213] Por isso, a longo prazo, o tradicional departamento de direito de medicina[214] do Instituto será direcionado mais acentuadamente aos novos riscos das *life sciences* e às possibilidades do controle destes.[215]

Após a conclusão de um projeto em curso no Instituto sobre o *status* do embrião,[216] deverá ser iniciado, paralelamente a uma pesquisa sobre falsificação de medicamentos, um trabalho de pesquisa sobre as estratégias alternativas de controle no campo da medicina e outras *life sciences*. Considerando os novos riscos das *life sciences*, as possibilidades especiais de um controle dos riscos de pesquisa por meio de *codes of conduct* não serão examinadas no âmbito de um projeto de pesquisa, mas em um grupo de trabalho da Max-Planck Gesellschaft voltado à prática com o objetivo de desenvolver um *code of conduct* para a sua própria pesquisa. Essas medidas de controle alternativas podem ser investigadas, sistematizadas e valoradas por meio do direito comparado. Os conhecimentos assim adquiridos deverão complementar conhecimentos correspondentes, porém, com uma ênfase mais técnica na área do *Cybercrime* e, assim – com uma mais-valia para as pesquisas das diversas áreas delitivas –, possibilitar uma sistemática e valoração de medidas alternativas do controle social.

cc) As questões centrais levantadas pelo programa de pesquisa sobre os "limites do direito penal" colocam-se também em "outras áreas de criminalidade complexa", principalmente no campo da criminalidade econômica, da criminalidade organizada e do terrorismo. Isso vale tanto para a já analisada "desfronteirização do direito penal", assim como para as medidas de controle alternativas, de grande importância no campo do programa de pesquisa.

No foco das pesquisas pertinentes sobre os limites do direito penal estará um projeto de pesquisa sobre o terrorismo. Ali serão analisados, comparados e avaliados, em diversos ordenamentos jurídicos, principalmente as causas e os feitos da legislação sobre o terrorismo, quanto às suas intervenções em direitos de liberdade. Essas pesquisas farão parte de um planejamento de projeto interdisciplinar maior, em cooperação com o grupo de pesquisa de criminologia do Instituto e de outros Institutos Max-Planck e seus parceiros europeus.[217] Com isso, deverão ser viabilizadas respostas à pergunta sobre em que medida a atividade legiferante é influenciada por aumentos de riscos objetivos ou por expectativas subjetivas da opinião pública e/ou dos atores políticos. Esse projeto constitui, juntamente com teses isoladas sobre o terrorismo, os chamados projetos relativos aos riscos da *internet* e das *life sciences*, assim como com outros projetos,[218] as primeiras peças para a supracitada teoria sobre os limites funcionais do direito penal na sociedade global de risco.

3.3 International Max-Planck Research School for Comparative Criminal Law

A realização exitosa do programa de pesquisa exige, a médio e longo prazos, também sua ligação com uma correspondente formação de jovens cientistas. A esta formação destina-se a Max-Planck Research School for Comparative Criminal Law, iniciada em março de 2007.[219] A Research School é operada pelo departamento de direito penal do Instituto, em cooperação com o seu departamento de criminologia e da Faculdade de Direito da Universidade Albert Ludwig de Friburgo. O objetivo são teses de doutorado com temas comparatísticos e baseados ou relacionados com o direito comparado – também no contexto de outros trabalhos da Research School –, especialmente, com vistas a questionamentos do novo programa de pesquisa sobre os limites do direito penal. Ponto focal do interesse da pesquisa são – com a inclusão de áreas de concentração de outras instituições e professores participantes – a harmonização e internacionalização do direito penal, assim como sua institucionalização internacional e limites. Temas centrais são a criminalidade complexa (e as áreas da criminalidade da *internet* e do terrorismo), a identificação da criminalidade, o desenvolvimento da criminalidade e dos discursos sobre criminalidade, assim como os questionamentos de direito comparado nos campos da história do direito penal e da percepção da gravidade de delitos. Se, com isso, questões fundamentais comuns do programa de pesquisa relacionarem os diversos projetos e teses do Instituto e se no seminário comum da Research School forem desenvolvidos, isso poderá gerar efeitos de sinergia adicionais e novos conhecimentos, não apenas para os trabalhos isolados, mas também para o programa de pesquisa aqui apresentado como um todo e para seus questionamentos interdisciplinares. A formação específica de jovens pesquisadores nos campos de pesquisa apresentados promoverá sensivelmente o programa de pesquisa a longo prazo.

4. Resumo

1. O departamento de pesquisa de direito penal do Instituto Max-Planck de direito penal estrangeiro e internacional de Friburgo continua, depois da troca de diretores, a mesma orientação do Instituto, fundada por *Hans-Heinrich Jescheck* e *Günther Kaiser*, e seguida pelos seus sucessores *Albin Eser* e *Hans-Jörg Albrecht*, que prega uma ligação entre os grupos de pesquisa de criminologia e de direito penal "sob um mesmo teto", assim como do direito penal comparado como método fundamental.[220] Inédito é que a pesquisa e a International Max-Planck Research School for Comparative Criminal Law, fundada no Instituto em 2007, desenvolvem-se pela primeira vez no contexto de um "programa de pesquisa transparente e a longo prazo". Esse programa corresponde às crescentes exigências requeridas hoje pela competição internacional da pesquisa na Max-Planck Gesellschaft: com seus focos e campos de pesquisa, concentra o trabalho em importantes questões do

futuro, fomenta a análise de questões fundamentais, abordagens teóricas e questões metodológicas, apóia os jovens pesquisadores e leva, especialmente, a uma mais-valia que ultrapassa as questões isoladas.

2. O novo programa de pesquisa tem três "objetivos de pesquisa" gerais, cada qual constituindo a base para o seguinte: (a) a análise das modificações "reais" da delinqüência e dos riscos de segurança na sociedade cunhada por globalização e pela transformação técnica e econômica; (b) a análise e avaliação crítica das respectivas modificações "normativas" no direito penal vigente e na prática do direito; e (c) o desenvolvimento de respostas às atuais e futuras questões de "política criminal" sobre tais modificações.

Em relação a esses objetivos de pesquisa, esta contribuição analisou as atuais modificações da sociedade, do desenvolvimento da criminalidade e do direito penal como fundamento para uma especificação das questões de pesquisa. Ponto de partida da análise foram as modificações sociais caracterizadas pelos conceitos de "sociedade mundial", "sociedade de informação" e "sociedade de risco" e, assim, examinados mais detalhadamente. Com essas modificações, surgem hoje "novos desafios ao direito penal", caracterizados por uma criminalidade transnacional crescente, assim como por um considerável potencial de risco e elevada complexidade.

A crescente "criminalidade transnacional" baseia-se principalmente nas modificações técnicas, econômicas e políticas da globalização, que proporcionam novas oportunidades para o cometimento de crimes que ultrapassam fronteiras, por exemplo, em redes internacionais de dados e mercados ilegais globais. Essas novas oportunidades de criminalidade transnacional desafiam os "limites territoriais" do direito penal nacional, uma vez que muito dificilmente pode ser imposto em face da criminalidade transnacional, quando a validade de suas decisões em outros territórios demanda, primeiramente, processos administrativos e judiciários demorados e os ordenamentos penais nacionais divergem entre si. Por isso, esses limites territoriais e as possibilidades de sua superação com um "direito penal transnacional eficaz" representam um primeiro foco das futuras pesquisas, que objetiva uma teoria de integração de direito penal internacional.

Acompanham a transformação técnica, econômica e política, ainda, "riscos aumentados", uma criminalidade de crescente "complexidade" e especiais dificuldades de esclarecimento, como se observa em estruturas criminosas, baseadas em divisão de trabalho internacional organizada, assim como no uso de nova técnica na prática do crime. Os riscos crescentes se mostram, especialmente, no campo dos delitos do terrorismo, da criminalidade organizada, da criminalidade econômica, da criminalidade na *internet*, assim como nos possíveis abusos das *life sciences*. Esse processo é fortalecido pela perda de controle do Estado nacional clássico, no contexto da globalização, que os Estados nacionais tentam compensar atualmente por meio de

novas redes de cooperação internacional, medidas técnicas de vigilância, um novo "direito de segurança", orientado pelos princípios da prevenção, deveres de participação de particulares, assim como medidas alternativas de controle social. Essas modificações levam o direito penal clássico, em suas funções de garantia de proteção da sociedade e da liberdade do indivíduo, a seus "limites funcionais". O desenvolvimento dos fundamentos teóricos e práticos aqui analisados sobre os limites funcionais do direito penal, assim como as questões resultantes sobre o "direito de prevenção e segurança" e as medidas alternativas de controle social representam, por isso, um segundo ponto central da pesquisa.

Em ambas as áreas de concentração, resultam perguntas fundamentais iguais, similares ou estreitamente relacionadas, por exemplo, sobre as modificações do direito penal em virtude do complemento da relação bipolar entre o cidadão e o Estado nacional clássico, por meio de "complexos sistemas com diversos níveis" e, em parte, internamente contraditórios e concorrentes com numerosos atores nacionais, supranacionais e particulares, assim como da resultante fragmentação do direito na sociedade de risco mundial.

3. O departamento de pesquisa de direito penal analisa essas modificações mundiais da criminalidade e do controle da criminalidade no plano fático, normativo e político-jurídico, principalmente com o objetivo de uma melhoria da política criminal. "Métodos de pesquisa" centrais para atingir os fins pretendidos são, assim, além dos métodos – primariamente empregados pelo grupo de pesquisa criminológica – de pesquisa social empírica, a inclusão de questões fundamentais de teoria do direito, direito internacional público, direito europeu e direitos humanos, para a determinação dos quadros de referência de direito penal dos novos sistemas com diversos níveis. Especial importância possuem, então, os métodos da dogmática jurídica, a participação em uma ciência de direito penal internacional e o direito penal comparado. O direito penal comparado é, assim, no presente programa não apenas o método de pesquisa, mas, sim, ele próprio, um objeto central da pesquisa.

4. O Instituto Max-Planck de direito penal estrangeiro e internacional de Friburgo segue, assim, diante das modificadas condições da sociedade no século XXI, o caminho traçado pelo Prof. Dr. *Hans-Heinrich Jescheck* com sua aula inaugural de 1954[221]e com a fundação do Instituto em 1977. Para satisfação do autor, assim como dos colaboradores e visitantes do Instituto, *Hans-Heinrich Jescheck* continua participando ativamente do desenvolvimento do Instituto, e está em atividade lá regularmente. Este artigo é dedicado a ele, pelo seu 92.º aniversário, em 10.01.2007. *Ad multos annos*!

Publicação original: *ZStW* v. 119 (2007), p. 1 e ss.

NOTAS

***** Dedicado ao fundador do Instituto Max-Planck de Friburgo, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Heinrich Jescheck, pelo seu 92.º aniversário, em 10 de janeiro de 2007.

1 Cf. Sieber, Grenzen des Strafrechts, in: Albrecht/Sieber (Coord.), *Perspektiven der strafrechtlichen Forschung*, Amtswechsel am Freiburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 2004, 2006, p. 35-79. Agradeço ao meu colaborador, Sr. Jan-Michael Simon, pelo apoio na publicação do programa de pesquisa.

2 O objetivo dessa construção teórica é a explicação sistemática de procedimentos por meio da organização dos conhecimentos em um contexto geral, ou seja, um sistema de proposições articulado por critérios de organização e unidade. Cf. *Canaris*, JZ 1993, 377-391 (377 e s.); Dreier, *Recht – Moral – Ideologie*, 1981, p. 70-105; Prim/Tilmann, *Grundlagen einer kritisch-rationalen Sozialwissenschaft*, 8. ed., 2000, p. 76-93. Sobre os axiomas e as valorações fundamentais, que servem de base à pesquisa e que, em parte, também são definidos como teorias, ver – com uma consagração da pessoa e sua liberdade em uma sociedade aberta – Sieber, Strafrechtsvergleichung im Wandel, in: Sieber/Albrecht (Coord.), *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, 2006, p. 78-151 (121 e ss.). Sobre o objetivo de uma integração das capacidades de pesquisa no programa de pesquisa, cf. detalhadamente, abaixo, 3.2.1.

3 Cf. Beck, *Das Schweigen der Wörter, Über Terror und Krieg*, 2002, p. 10 e s. Mais detalhadamente sobre esses desenvolvimentos, ver *infra*, 2.2.1c e 2.2.2.a.ee e ff.

4 Uma pesquisa completa desses processos é de grande importância, principalmente porque modificações do desenvolvimento da criminalidade são, geralmente, um reflexo da mudança social, e o desenvolvimento do direito penal e da política criminal sempre são uma reação a essas modificações. Por isso, a orientação do programa de pesquisa às modificações sociais mantém o programa de pesquisa aberto para novos desenvolvimentos. Cf. sobre a relação entre direito penal e mudança social Hassemer/Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Org.), *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, 2. ed., 2005, Vor § 1 Rn. 330.

5 Cf. Beck, *World Risk Society*, Cambridge, 1999; Beck/Holzer, Wie global ist die Weltrisikogesellschaft?, in: Beck/Lau (Coord.), *Entgrenzung und Entscheidung*, 2004, p. 421-439.

6 Sobre a globalização da política criminal cf. Albrecht, *JURA* (Ungarn) 2005/2, 7-19 (11 f.); Karstedt, *Criminal Justice* 2002, p. 111-123; Sieber (nt. 2), in: Sieber/Albrecht (Coord.), p. 80-93.

7 Sobre as tarefas do direito penal na proteção da sociedade e da liberdade do indivíduo, cf. *BVerfGE* 70, 297, 307; 107, 104, 118 e s.; Hassemer, in: Griesbaum et al. (Coord.), *Strafrecht und Justizgewährung*, Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag, 2006, p. 49-60 (59 e s.); Limbach, *Die Demokratie und ihre Bürger*, 2003, p. 93-113.

8 Cf. Beck (nt. 5); O'Rourke/Williamson, *European Review of Economic* History 6 (2002), 23-50; idem, *European Review of Economic History* 8 (2004), 109-117; von Bogdandy, *ZaöRV* 63 (2003), p. 853-877 (856 e ss.); Stiglitz, *Die Chancen der Globalisierung*, 2006; Streeck, in: Max-Planck-Gesellschaft (Coord.), *Jahrbuch* 2004, 2004, p. 25-37 (28 e s.). Sobre um panorama das estruturas globais e seus direcionamentos do ponto de vista jurídico, econômico e social, ver os resultados do programa de incentivo da Fundação VW em Mayntz/von Bogdandy/Genschel/Lütz, *Globale Strukturen und deren Steuerung*, 2005. Sobre a globalização da política criminal, ver nt. 6.

9 Cf. Sieber, *Verantwortlichkeit im Internet* – Technische Kontrollmöglichkeiten und multimediale Regelungen, 1999, p. 96 e ss.

10 Cf. sobre o estado atual o relatório do Financial Action Task Force, Money *laundering and terrorist financing typologies* 2004-2005, Paris 2005. Veja também Shams, *Legal globalization, money laundering and other cases*, London, 2004, especialmente p. 99 e ss., assim como os artigos in: Masciandaro (Coord.), *Global financial crime*: terrorism, money laundering and offshore centres, Aldershot 2004.

11 Cf. sobre *Global Container Control Pilot Programme*, como medida de controle, *United Nations Office on Drugs and Crime*, Annual Report 2005, Wien 2005, p. 76. Com a *Container Security Initiative* foram tomadas precauções pelo *U.S. Customs Service* e pelas administrações dos portos em cerca de 50 cidades portuárias em todo o mundo, para poder

identificar e examinar, já no local de embarque, *containers* perigosos ou suspeitos, cujo destino sejam os EUA; disponível em: <www.cbp.gov/xp/cgov/border_security/international_activities/csi/>. Acesso em: 18 dez. 2006.

12 Cf. sobre uma análise de casos de fraudes por meio de sociedades de seguro *Off-shore*: Tillmann, *Global pirates*: fraud in the offshore insurance industry, Boston, 2002, assim como Sieber, Transnational Enterprises and Criminal Law, in: Tiedemann (Coord.), *Multinationale Unternehmen und Strafrecht*, 1980, p. 155-175.

13 Cf. sobre o comércio internacional de pessoas International Organization for Migration, *Data and Research on Human Trafficking*: A Global Survey, Genf, 2005; sobre o comércio ilegal de drogas, United Nations Office on Drugs and Crime, *World Drug Report 2005*, New York, v. 1, p. 23-146, 2005; sobre comércio internacional ilegal de armas convencionais e de destruição em massa, Wezeman/Bromley, *SIPRIYearbook 2005*, Oxford et al., 2005, p. 417-448 (434 e ss.); sobre o mercado internacional de produtos falsificados e pirateados, cf. o projeto Bascap da câmara internacional de comércio: disponível em: <http://www.iccwbo.org/bascap>, acesso em: 18 dez. 2006; sobre o crescente comércio internacional de órgãos, o relatório do secretário-geral das Nações Unidas: Annan, Preventing, combating and punishing trafficking in human organs, *Report of the Secretary-General*, UN Doc. E/CN.15/2006/10, 21.02.2006, p. 13 e s., assim como Meyer, Trafficking in Human Organs in Europe, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2006, p. 208-229.

14 Cf. sobre esse contexto, por exemplo, o estudo de Gerber/Killias, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2003, p. 215-226.

15 Cf. sobre o chamado carrossel do Imposto sobre Valor Acrescido (*Mehrwertsteuer*), por último, as decisões do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (EuGH) nos casos Optigen Ltd. (C-354/03), Fulcrum Electronics Ltd. (C-355/03) e Bond House Systems Ltd. (C-484/03) *v.* Commissioners of Customs & Excise, de 12.01.2006 (OJ C 74, 25.03.2006, p. 1), assim como o relatório annual de OLAF, *Report of the European Anti-Fraud Office*, Fifth Activity Report for the year ending June 2004, p. 46 ss. e 50 e s.

16 Cf. para o comércio de pessoas Smartt, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice,* 2003, p. 164-177 (173 e s.). Pesquisas empíricas que comprovem tal relação ainda não foram realizadas. Entretanto, os resultados de pesquisas sobre logística do crime organizado na Alemanha sugerem tal relação para o território europeu; cf. sobre isso Sieber/Bögel, *Logistik der Organisierten Kriminalität*, 1993, p. 101 e ss.

17 Cf. a observação *supra*, nt. 15, assim como Sieber, *SchweizStrZ*, 1996, p. 357-395.

18 Cf. Sieber, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht, in: Delmas-Marty (Coord.), *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*, 1998, p. 1-10. Sobre os mais importantes tratados concernentes às relações de cooperação jurídica em matéria penal da Alemanha, recentemente: Schomburg, *NJW*, 2005, p. 3262-3266.

19 Cf., além da observação na nt. 18, especialmente Delmas-Marty, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2002, p. 286-293, além de idem, in: Collège de France (Coord.), *Cours et travaux du Collège de France*, Résumés 2003-2004, p. 695-720 (698 e ss.), e por último idem, *Le relatif et l'universel*, Paris, 2004, p. 241-307; Sieber, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht, in: Delmas-Marty (Coord.), *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*, 1998, p. 1-10.

20 Sobre as possíveis formas de cooperação entre sistemas de direito penal diferentes, Sieber, *JZ* 1997, p. 369-381, assim como os artigos em: Instituto Nacional de Ciencias Penales/Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Coord.), *Hacia la unificación del derecho penal, Logros y desafíos de la armonización y homologación en México y el mundo*, México, 2006.

21 Cf., sobre *mandado de detenção europeu*, o projeto de Decisão-Quadro do Conselho sobre o mandado de detenção europeu e o processo de entrega de presos entre Estados-membros 2002/584/JI de 13.6.2002, Abl. L 190, e Cartier (Coord.), *Le mandat d'arrêt européen*, Brüssel, 2005, assim como os artigos em: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Coord.), eucrim 2006, Heft 1/2 (www.mpicc.de/eucrim) e as observações especiais sobre a interpretação e aplicação alemã, *infra* nt. 35. Sobre *o mandado europeu de obtenção de provas*, ver o projeto de Decisão-Quadro do Conselho sobre o mandado europeu de obtenção de provas de coisas, escritos e dados, para uso em processos penais, KOM (2003) p. 688 endg., e, sobre isso, Ahlbrecht, *NStZ* 2006, p. 70-75; Gleß,

StV 2004, p. 679-683, idem, *ZStW* 116 (2004), p. 353-367, assim como os artigos in Vervaele (Coord.), *European Evidence Warrant, Transnational Judicial Inquiries in the EU*, Antwerpen/Oxford, 2005. Sobre o reconhecimento de *penas pecuniárias e multas*, cf. a Decisão-Quadro 2005/214/JAI do Conselho, de 24.02.2005, Abl. L 76, sobre a aplicação do princípio de reconhecimento mútuo de penas pecuniárias e multas.

22 Cf. Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Vorschlag für einen Rahmenbeschluss des Rates über den Austausch von Informationen nach dem Grundsatz der Verfügbarkeit, KOM (2005) 490 de 12.10.2005. Especialmente sobre a troca de dados policiais ver também Schily, in: *Bundeskriminalamt* (Coord.), Neue Allianzen gegen Kriminalität und Gewalt, 2006, p. 7-16 (9 e s.). Sobre a troca de dados e o banco de dados comum da Interpol, cf. *Louboutin*, *ibidem*, p. 101-122.

23 Sobre as sanções administrativas em nível europeu, cf. *Tiedemann*, ZStW 116 (2004), p. 945-958 (946 e ss.); sobre as sanções à formação de cartel, cf. Harding, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 2004, p. 275-300; sobre os fundamentos do direito internacional penal, cf. Werle, Völkerstrafrecht, 2003, p. 1-92.

24 Cf. observações gerais na nt. 20. Sobre um modelo de harmonização das competências em matéria penal como solução para competências conflitantes, ver Vogel/Norouzi, The European Arrest Warrant, *ne bis in idem* and the problem of multiple jurisdictions, in: Guidicelle-Delage/Manacorda (Coord.), *L'intégration pénale indirecte*, Paris, 2005, p. 155-177 (171-175).

25 Cf. observações gerais na nt. 20. Especialmente sobre o modelo suíço, ver Pieth, in: Instituto Nacional de Ciencias Penales (Coord.) (nt. 20), p. 423-435. Sobre a cooperação com o Tribunal Internacional de Justiça segundo o Tratado de Roma, cf. a lei correspondente de 21.06.2002, BGBl. I, 2002, p. 2144, assim como Meißner, *Die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Gerichtshof nach dem Römischen Statut*, 2003; Wilkitzki, *International Criminal Law Review* 2 (2002), p. 195-212.

26 Cf. observação na nt. 25. Especialmente sobre as Nações Unidas, cf. Witschel/Brandes, *Die Vereinten Nationen und die Bekämpfung des internationalen Terrorismus, Zeitschrift für Politik*, Sonderband 1, 2006, p. 22-50; sobre o Mercosul, ver: Vervaele, *International Comparative Law Quarterly* 2005, p. 389-409 (p. 401 e ss.).

27 Cf. Capus, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2005, p. 251-263; FISCHER-LESCANO/TEUBNER, *Regime-Kollisionen*: Zur Fragmentierung des globalen Rechts, 2006; Luhmann, Die Weltgesellschaft, in: idem, *Soziologische Aufklärung* 2, 2. ed., 1982, p. 51-71 (63); Teubner, in: Brand/Stempel (Coord.), *Soziologie des Rechts, Festschrift für Erhard Blankenburg zum* 60. Geburtstag, 1998, p. 233-244; Vogel, *GA* 2002, p. 517-534 (520). Um tratamento jurídico-teórico detalhado sobre a problemática é proposto por: Ost/Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau?* Pour une théorie dialectique du droit, Brüssel, 2002. Sobre os sistemas de controle de agentes particulares, cf. *infra* II.B.2.b na nt. 147. Sobre a harmonização e internacionalização do direito penal, decorrente dos processos de influências cf. Sieber (nt. 2), in: Sieber/Albrecht (Coord.), p. 80 e ss. (90 e ss.).

28 Cf. detalhadamente, *infra* c).

29 Sobre a questão da legitimação democrática do direito penal europeu cf. Sieber, *ZStW* 103 (1991), p. 957-979 (969 e ss.); idem, in: Duttge et al. (Coord.), *Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter*, 2002, p. 107-116 (114), assim como Lüderssen, *GA* 2003, p. 71-84; Schünemann, *StV* 2005, p. 681-685; Vogel, *ZStW* 116 (2004), p. 400-423 (416 e s.), e também a exposição sintética da discussão na Dresdner Strafrechtslehrertagung em Kreß, *ZStW* 116 (2004), p. 445-474 (450 e ss.). Ver também, sobre esse assunto em geral, principalmente, Von Bogdandy, *Gubernative Rechtssetzung*, 2000; idem, *ZaöRV* 63 (2003), p. 853-877; ferner Bleckmann, *JZ* 2001, p. 54-58; Doehring, *DVBl*. 1997, p. 1133-1137; Stein, *ZaöRV* 64 (2004), p. 563-570; Stiglitz (nt. 8), p. 335-362.

30 Sobre conflitos de normas na determinação da *ordre public* no contexto da *cooperação jurídica clássica* cf. Vogel, in: Grützner/Pötz (Coord.), *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Loseblattsammlung*, 64. Aktualisierung, 2. ed., 2004, v. 1, § 73, Rn. 26 e ss. Sobre a colisão e a contradição de normas de ordenamentos jurídicos diversos, ver, a respeito do *relacionamento de direito comunitário e direito nacional BVerfGE* 73, p. 339 e 387 – Solange II; sobre o relacionamento do *direito comunitário com a Convenção Européia dos Direitos do Homem*, EGMR, NJW 2006, p. 197-204 – Bosphorus/Irland; sobre o relacionamento do *direito comunitário europeu e da Convenção Européia dos Direitos do Homem com o direito da ONU*, EuGH Case T49/04, Hassan *v*. Council of the European Union, de 12.07.2006. Ver também Göran, *Nordic Journal of International Law* 72 (2003), p. 291304 (p. 293 e ss.); Bernhardt, in: Simma (Coord.), The Charter of

the United Nations, 2. ed. Oxford, 2002, v. 2, Art. 103 Rn. 3, 9, 16. Um exemplo atual para esses problemas são as novas *smart sanctions* do Conselho de Segurança da ONU; cf. Biehler, *Archiv des Völkerrechts* 41 (2003), p. 169-181; Schmalenbach, *JZ* 2006, p. 349-353.

31 Cf. Sieber, *JZ* 1997, p. 367-381 (374 s.); idem, in: Duttge et al. (Coord.) (nt. 29), p. 111 e s.; idem, in: Instituto Nacional de Ciencias Penales (nt. 20), p. 5-26; crítico, Klip, *NStZ* 2000, p. 626-630. Sobre as técnicas de harmonização cf. Sieber (nt. 2), in: Sieber/Albrecht (Coord.), p. 87 e ss.; Tiedemann, *ZStW* 116 (2004), p. 945-958 (949 e ss.); sobre o estado de harmonização do direito penal material até o ano de 2004 na terceira coluna, cf. Hecker, *Europäisches Strafrecht*, 2005, p. 365-420; para uma análise detalhada, com base no exemplo da punibilidade no contexto do exercício profissional, cf. Dannecker, *ZStW* 117 (2005), p. 697-748 (714 e ss.).

32 Cf. Sieber (nt. 2), in: Sieber/Albrecht (Coord.), p. 86.

33 Cf. historicamente, sobre a função de garantia cultural do princípio penal de territorialidade: Kohler, *Internationales Strafrecht*, 1917, p. 92 s., assim como, em geral sobre as especificidades culturais no direito penal, Mayer, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, 1903. Sobre a cultura jurídica européia como variedade e unidade, cf. Häberle, *Europäische Rechtskultur*, 1994, p. 26-29; sobre o enraizamento cultural do direito penal e sua observância no contexto da integração dos sistemas penais europeus, cf. Greve, European Criminal Policy: Towards Universal Laws?, in: Jareborg (Coord.), *Towards Universal Law, Trends in national, European and international lawmaking*, Uppsala, 1995, p. 91-116 (112); Sieber, *JZ*, 1997, p. 367-381 (375); idem, in: Duttge et al. (Coord.) (nt. 29), p. 110 e s., criticamente, em especial, Weigend, *ZStW* 105 (1993), p. 774-802 (790 e ss.), assim como Eser, *Poinikos Logos* 5/2002, p. 2157-2170 (2162 e ss.).

34 Cf. Sieber, *JZ* 1997, p. 367-381, assim como idem, in: Duttge et al. (Coord.) (nt. 29), p. 107-116.

35 Cf. nt. 21 *supra* sobre *mandado de detenção europeu*, a Decisão-Quadro do Conselho sobre o Mandado de Detenção Europeu e o Processo de Entrega de Presos entre Estados-Membros 2002/584/JI de 13.06.2002, Abl. L 190, especialmente a revogação da lei do mandado de detenção europeu alemã de 21.07.2004 (BGBl. I, 2004, 1748) pelo Tribunal Constitucional Federal, BVerfG, *NJW* 2005, p. 2289-2303, e, sobre isso, *Schünemann*, *StV* 2005, p. 681-685 m.w.N., assim como a nova lei para a internalização da Decisão-Quadro do Conselho sobre o Mandado de Detenção Europeu e o Processo de Entrega de Presos entre Estados-Membros de 20.07.2006, BGBl. I, 2006, 1721, e Von Bubnoff, Der Europäische Haftbefehl, 2005/2006.

36 Cf. art. 13 letra *e* da sugestão para o projeto de Decisão-Quadro do Conselho sobre o Mandado Europeu de Obtenção de coisas, escritos e dados para uso em processo penal, *KOM* (2003), p. 688.

37 Cf. art. 4, Nr. 7, letra a, da Decisão-Quadro do Conselho sobre o Mandado de Detenção Europeu e o Processo de Entrega de Presos entre Estados-Membros 2002/584/JI de 13.06.2002, Abl. L 190.

38 Quando o reconhecimento de decisões nacionais é empregado como instrumento do direito penal transfronteiriço, esse instrumento precisa respeitar as especificidades de cada ordenamento jurídico em questão, como mostra o exemplo das exceções territoriais e materiais no reconhecimento mútuo de decisões no contexto do mandando de detenção europeu e do planejado mandado europeu de obtenção de provas. Nesse modelo, no entanto, a aplicação extraterritorial de decisões nacionais por meio de reconhecimento mútuo constitui a regra, e a sua negação, a exceção.

39 Cf. *supra* nt. 27 e *infra* 2.2.2.a.dd.

40 Cf. sobre o objetivo da elaboração de uma teoria, *supra* nt. 2.

41 Sobre o conceito cf. Hassemer, *NStZ*, 1989, p. 553-559; idem, in: Schünemann et al. (Coord.), *Festschrift für Claus Roxin zum* 70. Geburtstag, 2001, p. 1001-1019; Roxin, in: Dolcini/Paliero, *Studi in onore di Giorgo Marinucci*, 2006, p. 715-737 (728 e ss.).

42 Cf. sobre tais funções do direito penal, observação *supra* na nt. 7.

43 Sobre o cruzamento do crime organizado com a infra-estrutura das organizações terroristas cf. Diwell, in: Griesbaum et al. (Coord.), *Strafrecht und Justizgewährung*, *Festschrift für Kay Nehm zum* 65. Geburtstag, 2006, p. 101-109 (107).

44 Cf., fundamentalmente, Lau, *Soziale Welt*, 1989, p. 418-436 (423 e ss.); além de Bonß, *Vom Risiko* – Unsicherheit und Ungewißheit in der Moderne, 1995, p. 80.

45 Cf., sobre o contexto geral, os artigos em: Mansell/Collins (Coord.), *Trust and crime in information societies*, Cheltenham/Northampton-MA 2005.

46 Dificuldades técnicas de esclarecimento manifestam-se na *internet*, em especial, na busca de agentes criminosos e na avaliação de dados gravados digitalmente (e freqüentemente codificados), que somente podem ser analisados com conhecimento técnico específico ou nem podem ser abertos. O grande número de dados salvados e transmitidos leva a outras dificuldades para os investigadores. Em virtude da especialização econômica, também há problemas desse gênero na avaliação dos dados, em um contexto econômico ou técnico complexo, na área dos crimes econômicos. Os problemas de perseguição existentes são agravados, em muitos campos, pelos crimes cometidos em massa (proliferação de vírus de computadores, cópias piratas ou conteúdo de pronografia infantil na internet e outros). Cf. sobre os problemas práticos da investigação penal na *internet*: Sieber, in: Waltermann/Machill (Coord.), *Protecting our children on the internet* – towards a new culture of responsibility, 2000, p. 319-399 (345-378).

47 Cf. Delmas-Marty, in: Collège de France (Coord.) (nt. 18), p. 695-720 (710 e ss.).

48 Cf. os artigos em O'Day (Coord.), *Weapons of mass destruction and terrorism*, Aldershot et al. 2004.

49 Cf. Guillemin, *Biological Weapons* – From the Invention of State Sponsored Programs to Contemporary Bioterrorism, 2006; *National Research Council*, Globalization, Biosecurity, and the Future of the Life Sciences, 2006.

50 Cf., embora de difícil comprovação, o relatório de Nasiri, *Mein Leben bei Al Qaida*, 2006, p. 179-182, 202-207, 230-236.

51 Cf. Sieber, *CR* 1995, p. 100-113 (111 e s.).

52 Cf. sobre o último, *infra* nt. 153.

53 Cf. detalhadamente, *infra* nt. 75.

54 Cf. observação *supra*, nt. 13.

55 Cf. sobre isso, por último, *Stiglitz* (nt. 8), p. 236 e ss., com a observação de que o faturamento do produtor de automóveis americano General Motors, de 191,4 bilhões de dólares, em 2004, foi maior do que o Produto Interno Bruto de 148 países, e que o faturamento da rede de verejo americana Wal-Mart, com 282,5 bilhões de dólares, foi maior do que o PIB de todos os países africanos ao sul do Saara juntos. Ver também, sobre esse assunto, os artigos em Tiedemann (Coord.), *Multinationale Unternehmen und Strafrecht*, 1980.

56 Cf., resumidamente sobre crimes econômicos, Bundesministerium des Innern/Bundesministerium der Justiz (Coord.), *Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht*, 2006, p. 218-280; Müller-Gugenberger (Coord.), *Wirtschaftsstrafrecht*. Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts, 4. ed., 2006; Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil, 2006. Speziell zur Korruption siehe *Transparancy International*, Jahrbuch Korruption 2006, 2006.

57 Cf. estudos da *Financial Action Task Force* (nt. 10). Sobre o mercado financeiro mundial e seus efeitos, cf. Soros, *Die Krise des globalen Kapitalismus*, 1998. Sobre o papel do controle particular, ver relatório de Wood, *Governing Global Banking*, The Basel Committee and the Politics of Financial Globalisation, Aldershot 2005.

58 Cf. Schaller, Private Sicherheits- und Militärfirmen in bewaffneten Konflikten, (Coord. pela Stiftung Wissenschaft und Politik – Deutsches Institut für Internationale Politik und Sicherheit, 2005) ,assim como – por exemplo – o sítio da maior empresa militar <http://www.blackwaterusa.com>, acesso em: 18 dez. 2006].

59 Cf., por exemplo, Heine, in: Pieth/Seelmann (Coord.), *Prozessuales Denken als Innovationsanreiz für das materielle Strafrecht*, Basel 2006, p. 31-42 (32 e ss.).

60 Cf. *infra* II.B.2.a.cc, 2.2.2.b.

61 Cf. a pesquisa empírica de Sieber/Bögel (nt. 16), p. 33 e ss., 37 e ss., 56 e ss.; Sieber, *JZ,* 1995, p. 758-768.

62 Cf. sobre o terrorismo as pesquisas de Mayntz, *Berliner Journal für Soziologie* 14 (2004), p. 251-262, e de Jackson, *Studies in Conflict & Terrorism* 29 (2006), p. 241-262. Sobre a utilização da internet, cf. *O'Day*, Cyberterrorism, Aldershot et al. 2004.

63 Cf. sobre o moviemento zapatista mexicano, os estudos de Garrido/Halavais, in: McCaughey/Ayers (Coord.), *Cyberactivism*: online activism in theory and practice, London, 2003, p. 165-184.

64 Cf. Weimann, *Terror on the Internet*: The New Arena, the New Challenges, Washington 2006, e Bronkhorst/Eissens (Coord.), Hate on the Net, Virtual nursery for In Real Life crime, disponível em: <http://www.jugendschutz.net/pdf/osce_paris.pdf>, acesso em: 18 dez. 2006.

65 Cf., resumidamente, Münkler, *Die neuen Kriege*, 2. ed., 2005, p. 175-205; idem, *Der Wandel des Krieges, Von der Symmetrie zur Assymmetrie*, 2. ed., 2006, p. 221-247. Especialmente sobre a situação na Alemanha, ver Bundesministerium des Innern/Bundesministerium der Justiz (Coord.) (nt. 56), p. 174-190.

66 Cf. observação *supra*, na nt. 43.

67 Cf. também Münkler, in: Bundeskriminalamt (Coord.), *Neue Allianzen gegen Kriminalität und Gewalt*, 2006, p. 17-31 (24 e ss.).

68 Sobre a criação de *failed states*, cf. Münkler (nt. 67), in: Bundeskriminalamt (Coord.), p. 17-31 (19 e ss.). Sobre o tratamento normativo de "países falidos", cf. Geiß, *"Failed States", Die normative Erfassung gescheiterter Staaten*, 2005. Para um panorama sobre os fundamentos fáticos dos crimes contra a ordem econômica nos "países falidos" e suas conseqüências internacionais: Gros, *British Journal of Criminology* 43 (2003), p. 63-80.

69 Tal mudança, de uma guerra entre Estados para novas formas assimétricas de guerra, pode ser vista, em parte, como indício para uma perda da importância de um mundo de Estados e a ascensão de novos agentes políticos. Cf. Münkler (nt. 67), in: Bundeskriminalamt (Coord.), p. 28 e ss.

70 Cf. também *infra* nt. 166.

71 Cf. detalhadamente, *infra* 2.2.2.a.ee e ss., 2.2.3.b.

72 Cf. Geiß (nt. 68), p. 292-307.

73 Cf. *BGHSt* 46, p. 212 e ss. Atual, sobre o direito de aplicação de penas, ver Cornils, *JZ* 1999, p. 394-398; Sieber, *NJW* 1999, p. 2065-2073.

74 Cf. Koch, in: Arnold et al. (Coord.), *Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum* 70. Geburtstag, 2005, p. 1091-1118 (1111).

75 Cf., por exemplo, os resultados da pesquisa de Wetzels/Brettfeld, *Auge um Auge, Zahn um Zahn?* Migration, Religion und Gewalt junger Menschen, 2003, p. 186-188, assim como a pesquisa sobre a avaliação de gravidade dos delitos de Braun, *Migration und interkultureller Konsens*, *Ein interkultureller Ausblick*, 2002, p. 154-163. Sobre a valoração da vingança de sangue por meio da jurisprudência cf. Nehm, in: Arnold et al. (Coord.), *Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum* 70. Geburtstag, 2005, p. 419-429; sobre o esclarecimento do alto potential de violência de grupos de criminosos albaneses: Arsovska, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 14/2 (2006), p. 161-184. Além disso, é também de grande importância o crescente potencial de conflito com a retirada do Estado do bem-estar social, de subculturas no contexto municipal, como mostram as perturbações nas *zones urbaines sensibles* de Paris; cf. sobre a correspondente violência de Maillard/Roché, *European Journal of Criminology* 2004, p. 111-151 (131 e ss.), assim como sobre a violência entre jovens Dubet, in: von Trotha (Coord.), *Soziologie der Gewalt*, 1997, p. 220-234, e Body-Gendrot, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2005, p. 4-26.

76 Cf. sobre os problemas resultantes para a ciência do direito, social e econômica Mayntz, Einleitung und Zusammenfassung, in: Mayntz/von Bogdandy/Genschel/Lütz (nt. 8), p. 9-18 (13 e ss.), e outros artigos no volume.

77 Cf. Beck (nt. 3), p. 45 e ss.; Beck/Lau, *The British Journal of Sociology* 56 (2005), p. 525-557 (532 e s.); Münkler (nt. 67), in: Bundeskriminalamt (Coord.), p. 18 e ss. Sobre o "estado transnacional" ver Grande, Globalisierung und die Zukunft des Nationalstaats, in: Beck/Bonß (Coord.), *Die Modernisierung der Moderne*, 2. ed., 2001, p. 261-275 (274). Sobre o papel das organizações e acordos internacionais, cf. Tomuschat, *Recueil des cours de l'Académie internationale de la Haye* 281 (1999), p. 40 e ss.

78 Cf. Jung, *GA* 1996, p. 507-517 (515).

79 Cf., sobre o direito inimigo, observação *infra* nt. 98.

80 Cf., fundamentalmente, Jakobs, *ZStW* 97 (1985), p. 751-785; também Beck, *Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung*, 1992, assim como a jurisprudência do BGHSt 47, 214, por Rath, *GA* 2003, 823-840. Cf. também as notas sobre a crítica da escola de Frankfurt nos anos 90 em Schünemann, *GA* 1995, p. 201-229 (210 e s.).

81 Sobre os *delitos de organização* cf. no tocante ao conceito de associação criminal BGH, *NJW* 2005, p. 80-83, assim como no tocante à ampliação abrangente dos delitos no momento anterior à sua execução Dahs, H., *NJW,* 1976, p. 2145-2151 (2147 s.); Jakobs, *HRRS,* 2006, p. 289-297 (295); Roxin (nt. 41), in: Dolcini/Paliero (Coord.), p. 734; F.-C. Schroeder, *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, 1985, p. 17 e 28-29; sobre a europeização do conceito de unificação, Kreß, *JA* 2005, p. 220-228; Von Heintschel-Heinegg, in: Hoyer et al. (Coord.), *Festschrift für F.-C. Schroeder*, 2006, p. 799-808. Sobre os *tipos penais de conspiração* nos EUA, ver Katyal, *Yale Law Journal,* 112 (2003), p. 1307-1398; Siesseger, *William and Mary Law Review*, 46 (2004), p. 1177-1218. Sobre especiais *figuras de imputação em direito internacional penal* cf. Danner/Martinez, *California Law Review*, 93 (2005), p. 75-169 (102 e ss.). Sobre um *movimento contrário* de liberalização na responsabilidade do provedor na *internet*, ver Sieber, *Kinderpornographie, Jugendschutz und Providerverantwortlichkeit im Internet*, Eine strafrechtsvergleichende Untersuchung, 1999, p. 32-46 e 61-65, assim como, em direito comparado, idem, Responsibility of Internet-Providers, in: Lederman/Shapira (Coord.), *Law, Information and Information Technology*, The Hague et al., 2001, p. 231-292.

82 Cf., fundamentalmente, Jakobs, *ZStW* 97 (1985), p. 751-785. Sobre *bens jurídicos supra-individuais* e *crimes de perigo*, ver Greve, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2005, p. 515-532; Hassemer, *StV* 2006, p. 321-332 (326 e s.); Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002; Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, p. 111-134; Wohlers, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*. Zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte, 2000; Zieschang, *Die Gefährdungsdelikte*, 1998, p. 214-220, 245-251 e 388-393. Sobre *crimes de posse*, ver Struensee, in: Samson (Coord.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, 1999, p. 713-729.

83 Trata-se de formulações preliminares, que em 2007 poderiam gerar os primeiros projetos de leis.

84 Ver *infra* 2.2.3.b, assim como sobre as possibilidades legislativas no tocante à "problemática de potenciais suicidas" do ponto de vista norte-americano, Chesney, *Harvard Journal of Legislation* 42 (2005), p. 1-89. Ver também 18 USC § 2339-2339D.

85 Cf. também Hassemer (nt. 82), *StV* 2006, 323.

86 Sobre a aplicação de preventiva investigação cruzada cf. BVerfG, *NJW* 2006, 1939-1951; Lisken, *NVwZ* 2002, p. 513-519. Sobre "atuação como serviço de inteligência", cf. Paeffgen, *StV* 2002, 336-341; idem, *GA* 2003, 647-671.

87 Sobre a uniformização dos métodos sigilosos de investigação no processo penal, daqui em diante o "Referentenentwurf für ein Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006724/CE" de 27.11.2006 (hekt.). Sobre a prática e a eficiência da escuta telefônica na Alemanha, ver Albrecht/Dorsch/Krüpe, Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen, 2003. Sobre os limites jurídicos no campo da investigação cruzada, cf. BVerfGE, *NJW* 2006, p. 1939-1951.

88 Cf. também Albrecht (nt. 6), *JURA* (Ungarn) 2005/2, p. 11 e s.; Klett-Straub, *German Law Journal* 7 (2006), p. 967-975.

89 Cf. Weßlau, Vorfeldermittlungen: Probleme der Legalisierung "vorbeugender Verbrechensbekämpfung" aus strafprozeßrechtlicher Sicht, 1989; Wolter, *GA* 1999, p. 158181; Kühne, *Strafprozessrecht*, 6. ed., 2003, Rn. 393.

90 Cf. detalhadamente, *infra* nt. 161.

91 Ver *infra* II.B.3.b., especialmente. nt. 159 e 164. Cf., entretanto, sobre o Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 (ATCSA), na Grã-Bretanha também a sentença do Appellate Committee do House of Lords no caso A and others *v.* Secretary of State for the Home Department; X and another v. Secretary of State for the Home Department, de 16.12.2004, *All England Law Reports* 2005 (3), p. 169-263.

92 Cf. por exemplo, na França, o tipo penal genérico, criado em 2006, de "falta de justificativa de rendimentos correspondentes ao nível de vida" no art. 321-6 Code Pénal (assim como o correspondente tipo penal especial para o terrorismo no art. 421-2-3).

93 Cf. sobre a nulidade da autorização para abatimento na lei de segurança da aviação (*Luftsicherheitsgesetz*), BVerfG, *NJW* 2006, p. 751-761; sobre o debate relativo à tortura, por último, Roxin, in: Arnold et al. (Coord.), *Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum* 70, Geburtstag, 2005, p. 461-471 (468 e s.), assim como Reemtsma, *Folter im Rechtsstaat?*, 2005; Saliger, *ZStW* 116 (2004), p. 35-65.

94 Cf. genericamente, sobre acordos no âmbito processual, BGH, NJW 2005, 1440-1447, assim como a sugestão da Câmara Federal de Advogados (*Bundesrechtsanwaltskammer*) sobre a regulamentação legal de acordos de sentença no processo penal, *ZRP* 2005, p. 235-241, e Schünemann, in: Lorenz et al. (Coord.), *Festschrift für Andreas Heldrich*, 2005, p. 1177-1195.

95 Cf. Meyer, HRRS, disponível em: <http://www.hrr-strafrecht.de>, acesso em: 18 dez. 2006, p. 178-185; Takei, *Boston College Law Review* 47 (2006), p. 581-626. Ver também *infra* 2.2.2.a.ff.

96 Sobre competências especiais de tribunais, por exemplo, para delitos penais com "grande complexibilidade" ou "complexibilidade muito grande" ("grande complexité" ou "très grande complexité") cf. in Frankreich art. 704 inc. 3 e 706-75 Code de Procédure Pénale.

97 Respectivas medidas interventivas especiais para determinados delitos são tradicionais, principalmente na França, por exemplo, para crimes de terrorismo, contra a ordem econômica, a corrupção em nível europeu, crimes marítimos, para proteção do Estado e militar, assim como para crimes contra a saúde pública. Os arts. 706-73 e ss. CPP, introduzidos pela Lei 2004-204, de 09.03.2004, permitem ainda, para os delitos da criminalidade organizada, previstos em um detalhado catálogo de tipos penais, uma detenção policial prolongada, uma mais ampla escuta telefônica, buscas noturnas, investigações encobertas e vigilância acústica e visual de ambientes. Sobre os últimos desenvolvimentos do combate contra o terrorismo na França, cf. a Lei 2006-64, de 23.01.2006.

98 Cf., por último, Jakobs, *HRRS* 2006, p. 289-297 (295), idem, *ZStW* 117 (2005), p. 839-851, idem, *HRRS* 2004, p. 88-95 (93), e idem, *ZStW* 97 (1985), p. 751-785. Cf. também Arnold, *HRRS* 2006, p. 303-315; Bung, *HRRS* 2006, p. 63-71; Hörnle, *GA* 2006, p. 80-95, e, no contexto espanhol, Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, Bogotá, 2006.

99 Cf. Bär, *Der Zugriff auf Computerdaten im Strafverfahren*, 1992, p. 367 e ss., 387 e ss.; Kugelmann, *TMR* 2002, p. 14-23 (18 e s.).

100 Cf. §§ 2, 3, 6, 9, 11 GWG e art. 6 e ss. da Diretiva 2005/60/CE de 26.10.2005, Abl. L 309/15, sobre a prevenção da utilização do sistema financeiro para fins de lavagem de dinheiro e de financiamento do terrorismo e outras observações na nt. 104.

101 Cf. §§ 9, 10, 33 inc. 1 Nr. 3, da Lei de negociação de títulos e valores mobiliários (*Wertpapierhandelsgesetz*) e art. 6, inc. 6 e 19, da Diretiva 2003/6/CE, de 28.01.2003, ABl. L 96 sobre negócios de *insider* e manipulações de mercado.

102 Sobre a conservação de dados, cf. a Diretiva 2006/24/CE, de 15.03.2006, Abl. L 105/54, sobre a conservação de dados gerados ou analisados no contexto da disponibilização pública de serviços de comunicação eletrônica ou de redes públicas de comunicação, assim como a pesquisa de Breyer, *Die systematische Aufzeichnung und Vorhaltung von Telekommunikations-Verkehrsdaten für staatliche Zwecke in Deutschland*, 2005. Sobre as obrigações de colaboração de particulares para fins da investigação penal, cf. Hamm, *NJW* 2001, p. 3100-3101, assim como o art. 19, parágrafo 4, da Convention on Cybercrime, ETS Nr. 185, de 08.11.2001 (ver também Explanatory Report, parágrafos 200-202).

103 Cf. também *Ziercke*, in: *Bundeskriminalamt* (Coord.), Neue Allianzen gegen Kriminalität und Gewalt, 2006, p. 33-48 (42 e ss.).

104 Cf. Diretiva 2001/97/CE de 04.12.2001, Abl. L 344/76 sobre a modificação da Diretiva 91/308/EWG do Conselho para a prevenção do uso do sistema financeiro para fins de lavagem de dinheiro. Relativamente à Alemanha, ver a Lei para melhoria do combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo ("Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus"), de 08.08.2002, BGBl. I, 2002, p. 3105, assim como Herzog/Müllhausen, *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung*, 2006, e Wegner, *NJW* 2002, p. 794-796.

105 Cf. sobre a nova "arquitetura de segurança" e novos arquivos antiterror, Nehm, *NJW* 2004, p. 3285-3295; Schily (nt. 22), in: Bundeskriminalamt (Coord.), p. 12 e s., assim como nt. 43. Cf. também o Gemeinsame Dateien-Gesetz, Bundestags-Drucksache 16/2950, aprovado em 1.º.12.2006 pelo Parlamento Federal lemão (*Bundestag*).

106 Cf. Albrecht (nt. 6), *JURA* (Ungarn) 2005/2, p. 17; Diwell (nt. 43), in: Griesbaum et al. (Coord.), p. 101-109 (especialmente 103 e ss., 109); Nadelmann, Cops Across Borders, *The internationalization of U.S. criminal law enforcement*, Cambridge-MA, 1993, especialmente p. 103-188.

107 Cf. Sieber (nt. 2), in: Sieber/Albrecht (Coord.), p. 88 e 90, assim como os artigos em Biolley/Weyembergh (Coord.), *Comment évaluer le droit pénal européen*, Brüssel, 2006.

108 Cf. nt. 27.

109 Cf. sobre a *detenção de suspeitos de terrorismo* e sua transferência para outros países o relatório do relator especial do Conselho da Europa Marty, Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers involving Council of Europe member states, Draft report – Part II (Explanatory memorandum), AS/Jur (2006) 16 Part II (07.06.2006), e idem, *Alleged secret detentions in Council of Europe member states*, Information Memorandum II, AS/Jur (2006) 03 rev. (22.1.2006); sobre o congelamento de patrimônio por meio de regulamentos de direito administrativo e sua legalidade em nível europeu (e também incidentalmente internacional), as decisões do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Européias (EuG) de 21.09.2005 no caso T-306/01, OJ C 281/17, e de 12.12.2006 no caso T-228/02; sobre *escuta de telecomunicações* por meio do sistema de escuta Echelon, o Relatório do Parlamento Europeu de 11.7.2001, A5-0264/2001 PAR1; sobre a *avaliação de bancos de dados da Swift*, Süddeutsche Zeitung Nr. 143 de 24/25.6.2006, p. 1 e s.

110 Cf. *supra* 2.2.2.a.dd., assim como, sobre o fortalecimento das *competências do serviço secreto* no combate ao terrorismo na Alemanha, o Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des Terrorismusbekämpfungsgesetzes, *Bundestags-Drucksache* 16/2921, e sobre o *direito de polícia*, *infra* 2.2.3.b.

111 Cf. Eckert, The Politics of Security, Max-Planck Institute for Social Anthropology Halle, *Working Papers* 76, 2005. Sobre a ampliação desse sistema aos cidadãos naturalizados, cuja cidadania é revogada antes das decisões correspondentes, cf. nos EUA, Hooker, *Emory Intl. Law Rev*. 19 (2005), p. 305-381. Para o Canadá, cf. o processo *security certificate*, segundo Part I Division 9 do Immigration and Refugee Protection Act, que permite a detenção de estrangeiros em um especial processo de extradição. O exame judicial da prisão e conseqüente extradição pode ocorrer sem a presença do envolvido e de seu defensor jurídico, tendo como base informações de caráter sigiloso.

112 Cf. também – com base no exemplo da atuação norte-americana e israelense contra o terrorismo – *infra* 2.2.2.a.ff.

113 Cf. sobre o *procedimento do direito de guerra* contra o terrorismo nos EUA e em Israel, *infra* 2.2.2.a.ff. Sobre os critérios correspondentes na Alemanha, ver *infra* nt. 166.

114 Cf. as notícias no *Süddeutschen Zeitung,* n. 1, de 02.01.2007, p .1, n. 2, de 30.01.2007, p. 5, e n. 3, de 04.01.2007, p. 5, sobre uma conversa com o Ministro dos Assuntos Internos, Schäuble. Sobre os mais novos planos para um possível apoio da polícia por intermédio das forças armadas com meios militares na defesa de um ataque terrorista, ver também *Süddeutsche Zeitung*, n. 264, de 16.11.2006, p. 6, assim como sobre as novas alianças entre polícia e exército, Ziercke (nt. 103), in: Bundeskriminalamt (Coord.), p. 44 e s.; além disso, Kästner, idem, p. 71-72. No entanto, até agora a ação militar contra o terrorismo é predominantemente rejeitada na Alemanha, cf. Schily (nt. 22), in: Bundeskriminalamt (Coord.), p. 13 e s. A citada decisão do Tribunal Constitucional Federal sobre a lei de segurança da

aviação não dizia respeito, portanto, ao envolvimento das forças armadas para defesa ou ataque, e sim à cooperação administrativa com a polícia para a mobilização em caso de catástrofes, cf. *BVerfG NJW* 2006, p. 751-761 (754 e ss.).

115 Cf. Beck (nt. 3), p. 10 s.; Münkler (nt. 67), in: Bundeskriminalamt (Coord.), p. 17; da perspectiva criminológia, Albrecht, *Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie*, 2002, p. 5-17 (8 e ss.). Sobre a situação jurídica nos EUA cf. Vervaele, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2005, p. 201-254, assim como Seamon/Gardner, *Harvard Journal of Law and Public Policy* 28 (2004-2005), p. 319-463; sobre a história da origem do Patriot Act e suas implicações para o direito das medidas de investigação estatais, assim como sobre a inclusão de particulares nas investigações, ver Howell, *George Washington Law Review* 72 (2003-2004), p. 1145-1207 (1178-1207). Sobre a situação nos EUA e em Israel cf. Gross, The *Struggle of Democracy Against Terrorism,* Charlottesville 2006, especialmente p. 92-119.

116 Cf. também Hassemer (nt. 82), *StV* 2006, p. 322, 329 e ss.

117 Cf. nesse contexto, também no tocante à defesa contra perigos, Hoffmann-Riem, *ZRP* 2002, p. 497-501. Sobre a legitimação parlamentar no direito penal, cf. *supra* nt. 29.

118 Cf. Ackerman, *Yale Law Journal* 113 (2004), p. 1029-1091 (1032 e ss.); Meierhenrich, *Journal of Conflict and Security Law* 11 (2006), p. 1-40 (7 e ss.).

119 A morte objetivada de um terrorista é discutida em Israel sob pontos de vista jurídicos. Cf. Gross (nt. 115), p. 220 e ss., assim como, detalhadamente, a decisão da High Court of Justice israelense, HCJ 769/02, de 13.12.2006. O mais alto tribunal israelense entende, obviamente, que medidas de direito penal para o combate do terrorismo não são suficientes (cf. por exemplo Ziss. 21 e 26 da motivação da sentença). O presidente do tribunal Barak reconhece em sua motivação para os *international armed conflicts* além dos *combatants* e dos *civilians*, entretanto não reconhece uma terceira categoria dos *unlawful combatants*, como o governo americano o fez para o direito dos EUA em casos de terrorismo, em um outro contexto. Ele justifica as mortes, porém, como ação contra civis permitida em direito de guerra, civis estes que apoiem terroristas ativos (cf. Ziss. 30 e ss.; parcialmente uma outra opinião, vice-presidente Rivlin, que não vê a classificação dos terroristas mortos em grupos de *unlawful combatants* ou de *uncivilized civilians* como decisiva, cf. Ziss. 2 de sua motivação).

120 Cf. Bellinger, Fifth Anniversary of September 11th Attacks, Remarks, Rome, September 11, 2006, disponível em: <http://www.state.gov/s/l/rls/73082 htm>, acesso em: 18 dez. 2006.

121 Sobre os problemas dessa motivação, cf. Ackerman, *Yale Law Journal* 113 (2004), p. 1029-1091 (1032 e ss.).

122 Cf. Burnham, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 3. ed., 2002, p. 665 e s.; Ramsey, *University of Chicago Law Review* 69 (2002), p. 1543-1638.

123 Cf. Wang, *Harvard Journal on Legislation* 43 (2006), p. 517-534; Koh, *American Journal of International Law* 96 (2002), p. 337-344. Essa última atuação foi declarada inconstitucional na decisão Hamdan da Supreme Court, cf. Hamdan *v.* Rumsfeld, 126 p. Ct. 2749 (2006). Por meio do Military Commission Act de 2006, tais tribunais estão sendo fundamentados em uma nova base legal, em reação ao caso "Hamdan". Ver Military Commissions Act of 2006, *Pub. L.* n. 109-366, 120 Stat. 2600 (2006), e The Manual for Military Commissions, 2007, disponível em: <http://www.defenselink.mil/news/-commissonsmanual.html>, acesso em: 26 fev. 2007; Katyal, *Harvard Law Review* 120 (2006), p. 65-123.

124 Cf. Ratner, Litigating Guantanamo, in: Kaleck et al. (Coord.), *International Prosecution of Human Rights Crimes*, 2006, p. 201 e 208. Ver também Hamdi *v.* Rumsfeld 124 p. Ct. 2633 (2004).

125 Cf. Military Commissions Act of 2006, Sec. 948r, (c), (d).

126 Cf. Rasul *v.* Bush, 124 p. Ct. 2686 (2004).

127 O fato de que também o Legislativo aceitou tal procedimento no Military Commissions Act tem grandes conseqüências nos poderes de controle da Supreme Court em processos futuros. Segundo a constitutição norte-americana, o apoio explícito do presidente pelo congresso é um fator decisivo para a determinação dos limites de seus poderes, cf. Youngstown Sheet & Tube Co. *v.* Sawyer, 72 p. Ct. 863 (1952), p. 870 e s. (Jackson, J., concurring).

128 Cf. Ratner (Fn. 124), in: Kaleck et al. (Coord.), p. 201, 203 e ss., com referência a casos anteriores de fugitivos do Haiti.

129 Cf. Arnold, *ZaöRV* 66 (2006), p. 297-320 (310 e ss.); Oeter, *Archiv des Völkerrechts* 40 (2002), 422 e ss. (437 e ss.).

130 Cf. Hamdan *v.* Rumsfeld, 126 p. Ct. 2749 (2006).

131 Por esse motivo, deveria ser pesquisado se relacionamentos de troca semelhantes espelham-se também nos pacotes de medidas de outros países envolvidos, ou se o desenvolvimento norte-americano descrito é passível de reprodução fora do contexto constitucional dos EUA.

132 Cf. Marty (nt. 109), Draft Report – Part II, Rdnr. 22.

133 Cf. Rodley, The Prohibition of Torture: Absolute Means Absolute, in: Kaleck et al. (Coord.), *International Prosecution of Human Rights Crimes*, p. 185-200 (187 e s.). Sobre interrogatórios pelas forças armadas regulares, cf. Department of Defense Appropriations Act, 2006, Sec. 1001-1004. Ver também a documentação de uma pesquisa interna do FBI sobre os métodos de interrogatório em Guantánamo, disponível em: <http://foia.fbi.gov/guantanamo/detainees.pdf>, acesso em: 3 jan. 2007].

134 Na literatura, são apresentadas – apesar de nem sempre de modo claro e praticável – diferenciações entre prevenções primárias, secundárias, terciárias e técnicas, além dos instrumentos de prevenção, intervenção e atuação posterior. Cf., resumidamente, Kaiser, *Kriminologie*, 3. ed., 1996, p. 246-271.

135 Cf. sobre a necessidade de tais medidas, Sieber, *The International Handbook on Computer Crime*, Chichester, 1986, p. 117-145.

136 Cf. *infra* 3.2.3.c.bb., e, especialmente, nt. 211.

137 Cf. Sieber/Bögel (nt. 16), p. 363 e s.

138 Cf. Bundesministerium des Innern/Bundesministerium der Justiz (Coord.) (nt. 56), p. 184190.

139 Cf. Sieber, *SchweizStR* 1996, 357-395 (377 e ss.).

140 Cf. Sieber/Bögel (nt. 16), p. 292-327.

141 Cf., em geral, Roxin (in: Dolcini/Paliero (Coord.), p. 733, assim como, especialmente sobre situações posteriores a conflitos, Report of the Secretary-General: The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies, UN Doc. S/2004/616, 3.8.2004, e Wolfrum, in: Dahm/Delbrück/Wolfrum, *Völkerrecht*, Bd. I/3, 2. ed., 2002, § 190, p. 1014 e ss.

142 Cf. sobre a auto-regulação na internet Sieber (nt. 46), in: Waltermann/Machill (Hrsg), p. 319-399 (378 e ss.); sobre as normas do Conselho Alemão de Imprensa, OLG Köln, Urteil de 11.07.2006, Az. 15 U 30/06, <http://www.miur.de/dok/333.html>, acesso em: 18 dez. 2006.

143 Cf. Sieber, *The Quarterly Review of Corporation Law and Society* (Tokyo) 4/2006, p. 73-146.

144 Cf. *supra* nt. 49.

145 Cf. Sieber (nt. 46), in: Waltermann/Machill (Coord.), p. 319-399 (379 e ss.).

146 Di Fabio, *Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft*, 2001, p. 69.

147 Cf. *supra* nt. 27 e 29.

148 Cf. Sieber, in: Waltermann/Machill (Coord.), (nt. 46), p. 319-399 (379 e ss.). Tendências a uma privatização do direito penal se mostram em alguns ordenamentos jurídicos, por exemplo, em empresas privadas de segurança (às

quais são atribuídos poderes especiais), na privatização da execução penal (por exemplo, nos EUA), no comprometimento de particulares para medidas de vigilância públicas (por exemplo, na descoberta de lavagem de dinheiro, no controle de telecomunicações e no controle de matérias-primas para a fabricação de drogas), na substituição de sanções penais por civis (por exemplo, ações *treble damage* ou poder disciplinar interno das empresas). Ver *supra* 2.2.2.a.cc e 2.2.2b.

149 Cf. Soek, *The Strict Liability Principle and the Human Rights of Athletes in Doping Cases*, The Hague, 2006. Ver também Vierweg/Sielmann (Ed.), *Legal Comparison and the Harmonisation of Doping Rules*, Berlin, 2007, assim como Koch, in: Röhricht/Vieweg (Coord.), *Doping-Forum*, 2000, p. 53-61 (61).

150 Cf. o não-envolvimento do Estado em Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft* – Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 1997. Criticamente, Kargl, *GA* 1999, p. 52-66 (66).

151 Cf. sobre a reinvindicação do cidadão por um Estado forte na sociedade de risco, Sieber, *CR* 1985, 100-113 (112 e s.).

152 Cf., para o contexto alemão, Bundesministerium des Innern/Bundesministerium der Justiz (Coord.) (nt. 56), p. 485-533.

153 Cf. sobre a reação aos chamados *dread risks* no contexto de ataques terroristas por meio de um irracional comportamento para prevenir riscos, do ponto de vista da teoria do comportamento, Gigerenzer, *Risk Analysis* 26 (2006), p. 347-351.

154 Cf. Cornils/Greve, Denmark on the Road to Organized Crime, in: Fijnaut/Paoli (Coord.), *Organised Crime in Europe, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*, Dordrecht, 2004, p. 853-878; Elbert, *ZStW* 118 (2006), p. 953-967; Hassemer (nt. 82), *StV* 2006, 325. Elbert fala também de "sociedades da insegurança e de medo dos outros".

155 Cf. sobre questões do princípio da democracia em nível supranacional, *supra* nt. 29.

156 Cf. também BVerfG, *NJW* 2006, 1939-1951; Hassemer (nt. 82), *StV* 2006, p. 328 e ss.

157 Cf. *supra* 2.2.2.a.ee e ff.

158 Cf., especialmente, Lei 2003-239, de 18.03.2003, e art. 706-88 Code de Procédure Pénal.

159 Cf. sobre esses Control Orders to Prevention of Terrorism Act 2005, de 11.03.2005. Ver, em geral, sobre as medidas antiterrorismo no Reino Unido, The Terrorism Act 2000, de 20.07.2000, The Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001, de 14.12.2001, e The Terrorism Act 2006, de 30.03.2006, assim como House of Commons/Home Affairs Committee, Terrorism Detention Powers, Fourth Report of Session 2005-06, v. 1, London, 20 June 2006. Sobre o novo programa do governo do primeiro-ministro Blair (com o objetivo de uma ampliação do atual prazo de 28 dias para um prazo de 90 dias) cf. Süddeutsche Zeitung n. 264, de 16.11.2006, p. 7.

160 Cf., por exemplo, § 28 PolG-BW; art. 17, 20 BayPAG (Detenção pelo máximo de duas semanas). Cf. também o esboço do art. 24e da lei federal suíça para o controle da segurança interna ("Schweizer Bundesgesetz zur Wahrung der internen Sicherheit") (prazo de 24 horas).

161 Sobre as restrições do Estado de direito e de política criminal contra o § 112a StPO cf. *Hassemer* (nt. 82), StV 2006, p. 323 e ss.; Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 25. ed., 1998, § 30 Rn. 13 e s. Em geral, sobre motivos de prisão "apócrifas", ver Spinellis, in: Hoyer et al., Festschrift für F.C. Schröeder, 2006, p. 861-875 (867 e ss.).

162 Cf. sobre a crítica a tais delitos de organização, *supra* nt. 81.

163 Sobre a – discutível – capacidade de rendimento do conceito de bem jurídico, cf. Roxin, *Strafrecht*. Allgemeiner Teil – Grundlagen, 4. ed., 2006, § 2 Rn. 1-141 (especialmente Rn. 2 e ss.); Dubber, *ZStW* 117 (2005), p. 485-518 (especialmente p. 501 e ss.); Hassemer/Neumann (nt. 4), in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Coord.), Vor § 1 Rn. 108-195; Wohlers, *GA* 2002, p. 16-20 (16 e s.). Sobre a também discutível legitimação do § 129a, ver *supra* nt. 81.

164 Cf. *BVerfGE* 109, p. 133-190 (133 e ss.). Sobre a qualificação da prisão preventiva posterior como direito penal no sentido da competência legislativa da Constituição, cf. BVerfG, *NJW* 2004, p. 750-761. Sobre a jurisprudência do BGH sobre o novo § 66b StGB (prisão preventiva posterior) ver as decisões em StV 1006, p. 63-71, assim como Ullenbruch, *NJW* 2006, p. 1377-1385.

165 Cf. também Hassemer (nt. 82), *StV* 2006, p. 322 e ss.

166 Cf. sobre defesa "externa" e estado de necessidade "interno" segundo o direito alemão, art. 87 a, especialmente parágrafo IV, e art. 115 a GG, assim como Dürig, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Loseblattsammlung, 47. Lfg. 2006, Art. 87 a, especialmente Rn 100, assim como Herzog, aaO, Art. 115 a, especialmente Rn. 21, 26. Sobre a interpretação do art. 51 do estatuto da ONU e questões do direito de guerra contra terroristas, cf. os artigos fundamentais em Walter/Vöneky/Röben/Schorkopf (Coord.), *Terrorism as a Challenge for National and International Law*: Security versus Liberty?, 2004, especialmente p. 789 e ss. Ver sobre o problema fenomenológico dos ataques assimétricos às estruturas de rede em Estados territoriais, *supra* nt. 110, assim como sobre a situação nos EUA e em Israel cf. *supra* 2.2.2.a.ff.

167 Cf. Sieber/Bögel (nt. 16), p. 292-327.

168 Cf. Albrecht, *Rechtstatsachenforschung zum Strafverfahren*, 2005; Kaiser, *Kriminologie*, 3. ed., 1996, p. 32-67.

169 Cf. Jescheck, *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, 1980; idem, Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach, in: Albrecht/Kürzinger (Coord.), *Kriminologie in Europa* – europäische Kriminologie?, 1994, p. 7-11. Sobre o início do trabalho conjunto, cf. também Kaiser, *ZStW* 83 (1971), p. 881-910.

170 Cf. *supra* 1.2.3.a.

171 Cf., por último, Biolley/Weyembergh (Coord.), *Comment évaluer le droit pénal européen*, Brüssel, 2006.

172 Cf. Hassemer (nt. 82), *StV* 2006, p. 328 e ss.; idem (nt. 161), in: Hoyer et al. (Coord.), *Festschrift für F.C. Schroeder*, 2006, p. 62, assim como *supra* 2.2.3.b.

173 Cf. sobre conceito, métodos e objetivos da dogmática do direito penal, Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. ed., 1991, especialmente p. 307 e ss.; Hassemer, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1974, p. 143-194; Hoyer, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann*, 1977, especialmente p. 2 e ss.; Langer, *GA* 1990, p. 435-466; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5. ed., 1996, § 6 I, p. 42; Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, v. 1: Grundlagen, 4. ed., § 7 Rn. 1 e ss.; Vogel, *Juristische Methodik*, 1998, p. 123 e s.

174 Cf., fundamentalmente, Vogel, *GA* 2002, p. 517-534 (522 e ss.) e idem, *GA* 1998, p. 127-150.

175 Cf. Sieber (nt. 2), in: Sieber/Albrecht (Coord.), p. 103-109.

176 Cf. sobre o objetivo de aumentar os conhecimentos gerais além do aspecto histórico, *infra* nt. 196 Dubber, in: Reimann/Zimmermann (Coord.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006, p. 1287-1325 (1305 e ss.); Fletscher, *The Grammar of Criminal Law*, Bd. 1, Oxford, 2007, assim como Hirsch, *ZStW* 116 (2004), p. 835-854 (p. 840 e ss. E, especialmente, p. 849 nt. 32); Vogel, *GA* 1998, p. 127-150. Sobre a correspondência da dogmática do direito penal e da política criminal ao sistema de direito penal, cf. Hassemer (nt. 173), p. 155-176.

177 Cf. mais aprofundadamente, *infra* III.B.3.a., assim como, detalhadamente, Sieber (nt. 2), in: Sieber/Albrecht (Coord.), p. 114 e ss., 137 e s., 140 e s.

178 Cf. especialmente Hirsch, *ZStW* 116 (2004), p. 835-854 (especialmente p. 850 e ss.).

179 Cf., sobre as relações – fundamentalmente de dupla função – da dogmática do direito penal e da política criminal, Hassemer (nt. 173), especialmente. p. 143 e ss., 155, 176. Assim, pode aqui ser colocada a questão se a dogmática jurídica *somente* pode ser executada tendo como fundamento uma dogmática de direito penal realmente existente, ou se também pode proporcionar uma "teoria pura do direito penal generalizável, isto é, com conclusões igualmente válidas para todos os ordenamentos jurídicos possíveis"; nesse último sentido, Langer, *GA* 1990, p. 435-466

(436). Cf. também sobre teoria do direito como "dogmática geral do direito", que ultrapassa um determinado ordenamento jurídico e, por isso, diferencia-se de dogmáticas especiais do direito em razão do grau de abstração de seus conceitos, Dreier (nt. 2), p. 94 e s.

180 Cf. Sieber (nt. 2), in: Sieber/Albrecht (Coord.), p. 78-151.

181 Cf. Biolley/Weyembergh, in: idem (Coord.), *Comment évaluer le droit pénal européen*, Brüssel, 2006, p. 219-233 (225 e s.).

182 Cf. Sieber (nt. 2), in: Sieber/Albrecht (Coord.), p. 103-109.

183 Cf. *supra* nt. 2.

184 Cf. Sieber (nt. 2), in: Sieber/Albrecht (Coord.), p. 122.

185 Cf. *supra* nt. 27 e 30.

186 Cf. *supra* nt. 27 e 30, assim como, sobre o direito penal comparado como método de pesquisa e objeto de pesquisa, detalhadamente, Sieber (nt. 2), in: Sieber/Albrecht (Coord.), p. 111-125, e sobre os valores fundamentais, especialmente p. 121-123.

187 Cf. sobre as duas primeiras propostas, Sieber (nt. 2), in: Sieber/Albrecht (Coord.), p. 126 e ss.

188 Cf. *supra* nt. 2.

189 Esses campos de pesquisa correspondem, em parte, também às atividades de pesquisa já existentes no Instituto Max-Planck de Friburgo. A novidade consiste em que a pesquisa nesses campos será concentrada em questionamentos e pontos centrais específicos: os trabalhos agora são reunidos em um programa de pesquisa, que gera as condições para a sinergia necessária, principalmente no tocante ao possível desenvolvimento de uma teoria. Os projetos de pesquisa são relevantes, portanto, freqüentemente, para diversos campos e pontos centrais da pesquisa, por exemplo, quando, por meio de um direito penal comparado com base em diversos ordenamentos jurídicos nacionais, podem-se extrair princípios gerais do direito penal para o direito internacional penal que tenham importância para os limites funcionais do direito penal. Os projetos podem ser beneficiados nesses casos por experiências relevantes em diversos campos de pesquisa e, assim, produzir efeitos e resultados em diferentes campos de pesquisa.

190 Cf. sobre as particularidades do planejamento do projeto, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Coord.), Forschungsbericht 2004-2005, 2006, p. 40 e ss.

191 Os recursos do grupo de pesquisa de direito penal do Instituto Max-Planck de direito penal estrangeiro e internacional de Friburgo, no momento da sucessão da diretoria no fim do ano de 2003, ainda estavam vinculados, em grande parte, à finalização de projetos iniciados anteriormente, que – em parte – há muito tempo foram começados e, por isso, precisavam ser terminados com prioridade. Sobre os projetos mais antigos que foram terminados e aqueles que ainda estão em andamento, cf. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Coord.) (nt. 190), p. 20, 22 e s.

192 São aqui citadas as respectivas exposições, já publicadas. Cf. Sieber (nt. 2), in: Sieber/Albrecht (Coord.), p. 131-151.

193 Sobre a relação entre direito comparado e direito estrangeiro, cf. Jung, *JuS* 1998, p. 1-7 (2); Rheinstein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 2. ed., 1987, p. 22-25, 27-28.

194 Sobre as relevantes possibilidades e limites da informática do direito, cf. Sieber, *JURA* 1993, p. 561-571 (565-567).

195 Roxin, Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Coord.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, p. 369-395 (381 e s.).

196 Cf. Von Liszt, Zur Einführung, Rückblick und Zukunftspläne, *Internationale Kriminalistische Vereinigung, Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung*, v. 1: Das Strafrecht der Staaten Europas, 1894, p. XX e s., XXV. Ver também *supra* nt. 173.

197 Cf., sobre esse projeto, Sieber (nt. 2), in: Sieber/Albrecht (Coord.), p. 131-151; Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Coord.) (nt. 190), p. 42-51.

198 Esses projetos englobam, por exemplo, os fatores, agentes e processos da harmonização jurídica, das diferenças fundamentais entre o direito islâmico e o direito ocidenal, assim como o novo processo de controle de crimes pequenos e de massa na Itália. Cf. sobre o atual campo de pesquisa do direito penal comparado, assim como do direito estrangeiro, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Coord.) (nt. 190), p. 40-67.

199 Cf. Sieber (nt. 2), in: Sieber/Albrecht (Coord.), p. 78-151.

200 Sobre o desenvolvimento do direito penal na Europa, cf. Hecker, *Europäisches Strafrecht*, 2005; Satzger, *Europäisierung des Strafrechts, Eine Untersuchung zum Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Strafrecht*, 2001; Sicurella, *Diritto Penale e competenze dell'Unione Europea*, 2005; e as palestras da Dresdener Strafrechtslehrertagung, *ZStW* 116 (2004), p. 275-474. Ver também Sieber, *ZStW* 103 (1991), p. 957-979 (963 e ss.).

201 Cf. sobre a determinação dos diversos modelos, *supra* 2.1.2.b. e 3.a.

202 Sobre os diversos projetos de pesquisa do instituto no campo do direito penal europeu, cf. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Coord.) (nt. 190), p. 70-81.

203 Resumidamente, sobre o desenvolvimento do direito internacional penal, cf. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford et al., 2003; Werle (nt. 23), especialmente, p. 1-28.

204 Cf. o volume final de Kreicker, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, 2006, assim como os seis volumes de mesmo nome publicados anteriormente por Eser/Kreicker ou Eser/Sieber/Kreicker, com os relatórios nacionais correpondentes.

205 Cf. Sieber/Koch/Simon, Strafbare Mitwirkung von Führungspersonen in Straftätergruppen und Netzwerken: Eine rechtsvergleichende Analyse, in: Max-Planck-Gesellschaft (Coord.), *Jahrbuch der Max-Planck-Gesellschaft* 2006 (auf CD-ROM).

206 Cf. Sieber (Coord.), *The Punishment of Serious Crimes*: a comparative analysis of sentencing law and practice, 2 v., 2004.

207 Sobre o atual campo de pesquisa do direito internacional penal, cf. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Coord.) (nt. 190), p. 84-98.

208 Cf. Sieber, *Computerkriminalität und Strafrecht*, 2. ed., 1980; idem, *The International Handbook on Computer Crime*, Chichester, 1986; idem, Strafrecht und Strafprozessrecht, in: Hoeren/Sieber (Coord.), *Handbuch Multimedia-Recht*, 1999, Teil 19; idem, The threat of cybercrime, in: Council of Europe (Coord.), *Organised crime in Europe*: The threat of cybercrime, Situation report 2004, chapter 3, Strasbourg 2005, p. 81-218.

209 Cf. Sieber, The *International Emergence of Criminal Information Law*, 1992; idem, *NJW* 1989, p. 2569-2580; idem, The Emergence of Information Law, in: Lederman/Shapira (Coord.) (nt. 81), p. 1-29.

210 Cf. sobre os diversos projetos de pesquisa do instituto no campo do direito da *internet*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Coord.) (nt. 190), p. 102-119.

211 Cf., resumidamente, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Coord.) (nt. 190), p. 170-189. Para um olhar crítico do potencial da criminologia, cf. Lüderssen, *StV* 2004, 97-101 (101); para uma abordagem da criminologia sobre o Cybercrime cf. Moitra, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2005, p. 435-464.

212 Cf. Dahs/Müssing e Eser/Koch, in: Deutsche Forschungsgemeinschaft (Coord.), *Forschung mit humanen embryonalen Stammzellen*, 2003, p. 1-35 e 37-78; Hetz, *Schutzwürdigkeit menschlicher Klone?,* 2005; Koch, Erzeugung und Verwendung, therapeutischer Klone' aus rechtlicher Sicht, in: Dabrock/Ried (Coord.), *Therapeutisches Klonen als Herausforderung für die Statusbestimmung des menschlichen Embryos*, 2005, p. 183-207.

213 Sobre doping cf., além da observação na nt. 149, os artigos em Röhricht/Vieweg (Coord.), *Doping-Forum, Aktuelle rechtliche und medizinische Aspekte*, 2000; Prokop, *Die Grenzen der Dopingverbote*, 2000. Sobre os novos desenvolvimentos do direito em relação à eutanásia, nos países citados, ver Schreiber, in: Rogall (Coord.), *Festschrift für Rudolphi*, 2004, p. 543-552. Sobre o teste de medicamentos, cf. Hägele, *Arzneimittelprüfung am Menschen, Ein strafrechtlicher Vergleich aus deutscher, österreichischer, schweizerischer und internationaler Sicht*, 2004. Sobre os codes of conduct cf. *supra* nt. 143.

214 Cf. Eser, Perspektiven des Medizin(straf)rechts, in: Frisch (Coord.), *Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts*, 2006, p. 9-31.

215 Cf. *supra* nt. 49.

216 Cf. Eser/Koch/Seith (Coord.), *Internationale Perspektiven zu Status und Schutz des extrakorporalen Embryos*, Baden-Baden, 2007, assim como, sobre os atuais projetos de pesquisa do instituto na área do direito médico, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Coord.) (nt. 190), p. 122-126.

217 Cf., sobre os diversos projetos de pesquisa do instituto no campo dos limites do direito penal, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Coord.) (nt. 191), p. 130-141. Sobre a sugstão de uma iniciativa de pesquisa comum de diversos institutos Max-Planck no campo da pesquisa do terrorismo, cf. *Max-Planck-Gesellschaft*, Terrorismus, Krieg, politische Gewalt, Forschungsperspektiven der Max-Planck-Gesellschaft 2005, 2005, p. 113-114.

218 Com questionamentos especiais sobre os limites funcionais do direito penal, um projeto de tese, iniciado em 2005, trata do novo processo penal para o combate da criminalidade organizada na França, assim como um projeto de tese iniciado em 2006, sobre o combate do terrorismo na Inglaterra. Um outro projeto de tese trata do dever de colaboração de particulares na investigação penal. Uma tese sobre o uso de programas de *Compliance* como alternativa para evitar a criminalidade empresarial complementa as análises correspondentes sobre medidas alternativas no campo do *Cybercrime* e do abuso no âmbito das *life sciences*. Cf. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Coord.) (nt. 190), p. 130-141.

219 Cf. sobre a criação da International Max-Planck Research School e seu especial programa de bolsas, disponível em: <http://www.mpg.de/instituteProjekteEinrichtungen/schoolauswahl/criminalLaw/index.html>, Acesso em: 18 dez. 2006.

220 Cf. os artigos em Albrecht/Sieber (Coord.) (nt. 2).

221 Cf. Jescheck, Entwicklung, *Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung*, 1955.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. The Emergency Constitution. *Yale Law Journal* 113, 2003-2004, p. 1029-1091.
ALBRECHT, Hans-Jörg. *Rechtstatsachenforschung zum Strafverfahren*: : empirische Untersuchungen zu Fragestellungen des Strafverfahrens zwischen 1990 und 2003. Munique: Luchterhand, 2005.
ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.
ARSOVSKA, Jana. Understanding a 'Culture of Violence and Crime': the Kanun of Lek Dukagjini and the Rise of the Albanian Sexual-Slavery Rackets. In: *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 14, 2006, p. 161-184.

BÄR, Wolfgang. *Der Zugriff auf Computerdaten im Strafverfahren*. Colônia: Heymann, 1992.
BECK, Wolfgang. *Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung*. Berlim: Duncker & Humblot, 1992.
BECK, Ulrich. *World Risk Society*. Cambridge: Polity Press; Malden: Blackwell, 1999
_____. *Das Schweigen der Wörter, Über Terror und Krieg*. Frankfurt/Main: Suhrkamp, 2002.
_____; HOLZER. Wie global ist die Weltrisikogesellschaft? In: BECK, Ulrich; LAU, Christoph (Coord.). *Entgrenzung und Entscheidung*: Was ist neu an der Theorie reflexiver Modernisierung? Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2004.
_____; LAU, Christoph. Second modernity as a research agenda: theoretical and empirical explorations in the 'meta-change' of modern society. In: *The British Journal of Sociology*, Vol. 56, 2005, p. 525-557.
BELLINGER. *Fifth Anniversary of September 11th Attacks,* Remarks. Disponível em: *http://www.state.gov/s/l/rls/73082 htm*. Acesso em: 18 dez. 2006.
BERNHARDT. In: SIMMA, Bruno et al. (Coord.). *The Charter of the United Nations*: a commentary. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, v. 2.
BIOLLEY, Serge de; WEYEMBERGH, Anne (Coord.). *Comment évaluer le droit pénal européen*?. Bruxelas: Ed. de l'Universite de Bruxelles, 2006.
BODY-GENDROT, Sophie. Deconstructing Youth Violence in French Cities. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 13, 2005, p. 4-26.
BONß, Wolfgang. *Vom Risiko*: Unsicherheit und Ungewißheit in der Moderne. Hamburg: Hamburger Edition 1995.
BREYER, Patrick. *Die systematische Aufzeichnung und Vorhaltung von Telekommunikations-Verkehrsdaten für staatliche Zwecke in Deutschland* (Vorratsspeicherung, traffic data retention). Berlim: Rhombos-Verl., 2005.
BRONKHORST, Suzette; EISSENS, Ronald (Coord.). *Hate on the Net*: virtual nursery for in real life crime, 2004. Disponível em: *http://www.jugendschutz.net/pdf/osce_paris.pdf*. Acesso em: 18 dez. 2006.
BURNHAM, William. *Introduction to the Law and Legal System of the United States*. 3. ed. St. Paul: West Group, 2002.
BWERLE, Gerhard; JESSBERGER, Florian. *Völkerstrafrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.
CARTIER, Marie-Élisabeth (Coord.). *Le mandat d'arrêt européen*. Bruxelas: Bruylant, 2005.
CHESNEY, Robert M. The Sleeper Scenario: Terrorism-Support Laws and the Demands of Prevention. *Harvard Journal of Legislation* 42, 2005, p. 1-89.
CORNILS, Karim; GREVE, Vagn. Denmark on the Road to Organized Crime. In: FIJNAUT, Cyrille; PAOLI, Letizia (Coord.). *Organised Crime in Europe, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*. Dordrecht; Norwell: Springer, 2004.
CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
DAHS; MÜSSING; ESER; KOCH. In: Deutsche Forschungsgemeinschaft (Coord.). *Forschung mit humanen embryonalen Stammzellen*: Rechtsgutachten zu den strafrechtlichen Grundlagen und Grenzen der Gewinnung, Verwendung und des Imports sowie der Beteiligung daran durch Veranlassung, Förderung und Beratung. Weinheim: Wiley-VCH, 2003.
DANNER, Allison Marston; MARTINEZ, Jenny S. Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsability, and the Development of International Criminal Law. *California Law Review*, 93, 2005, p. 75-169.
_____. Global Crime Calls for Global Justice. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 10, 2002, p. 286-293.
DELMAS-MARTY, Meireille. *Le relatif et l'universel*. Paris: E?ditions du Seuil, 2004.
DE MAILLARD, Jacques; ROCHÉ, Sebastian. Crime and Justice in France. *European Journal of Criminology*, Vol. 1, No. 1, 2004, p. 111-151.
DI FABIO, Udo. *Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.
DIWELL. In: GRIESBAUM, Rainer et al. (Coord.). *Strafrecht und Justizgewährung*, *Festschrift für Kay Nehm zum* 65. Geburtstag. Berlim: BWV, 2006.
DREIER, Ralf. *Recht – Moral – Ideologie*: Studien zur Rechtstheorie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981.
DUBBER. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Coord.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006
DUBET. In: VON TROTHA, Trutz (Coord.). *Soziologie der Gewalt*. Oplabaden: Westdeutscher Verlag, 1997.
ESER. Perspektiven des Medizin(straf)rechts. In: FRISCH, Wolfgang (Coord.). *Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts*. Baden-Baden: Nomos, 2006.
_____`_; KOCH; SEITH (Coord.). *Internationale Perspektiven zu Status und Schutz des extrakorporalen Embryos*: rechtliche Regelungen und Stand der Debatte im Ausland. Baden-Baden: Nomos, 2007.
FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. *Regime-Kollisionen*: Zur Fragmentierung des globalen Rechts. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006.
FLETSCHER, George P. *The Grammar of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

GEIß, Robin. *"Failed States"*: die normative Erfassung gescheiterter Staaten. Berlim: Duncker & Humblot, 2005.
GERBER, Jurg; KILLIAS, Martin. The Transnationalization of Historically Local Crime: Auto Theft in Western Europe and Russia Markets. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 11, 2003, p. 215-226.
GRANDE. In: BECK, Ulrich; BONß, Wolfgang (Coord.). *Die Modernisierung der Moderne*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001.
GREVE, Vagn. Sheep or Wolves. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2005, Vol. 13, p. 515-532.
GROS, Jean-Germain. Trouble in Paradise. Crime and Collapsed States in the Age of Globalization. *British Journal of Criminology* 43, 2003, p. 63-80.
GROSS, Emanuel. The *Struggle of Democracy Against Terrorism*: lessons from the United States, the United Kingdom, and Israel. Charlottesville: University of Virginia Press, 2006.
GUILLEMIN, Jeanne. *Biological Weapons* – From the Invention of State Sponsored Programs to Contemporary Bioterrorism. Nova Iorque: Columbia University Press, 2006.
HÄBERLE, Peter. *Europäische Rechtskultur*. Baden-Baden: Nomos 1994.
HARDING, Christopher. Forging the European Cartel Offence: The Supranational Regulation of Business Conspiracy. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 12, 2004, p. 275-300.
HASSEMER, Winfried. *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*. Reinbek: Rowohlt, 1974.
_____. In: GRIESBAUM et al. (Coord.). *Strafrecht und Justizgewährung*, Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag. Berlim: BWV, 2006.
HECKER, Bernd. *Europäisches Strafrecht*. Berlim: Springer, 2005.
HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Colônia: Heymann, 2002.
HÄGELE, Ralf H. W. *Arzneimittelprüfung am Menschen*: ein strafrechtlicher Vergleich aus deutscher, österreichischer, schweizerischer und internationaler Sicht. Baden-Baden: Nomos, 2004.
HEINE. In: PIETH, Mark; SEELMANN, Kurt (Coord.). *Prozessuales Denken als Innovationsanreiz für das materielle Strafrecht*: Kolloquium zum 70. Geburtstag von Detlef Krauss. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2006.
HERZOG, Felix; MÜLLHAUSEN, Dieter. *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung*: Handbuch der straf- und wirtschaftsrechtlichen Regelungen. Munique: Beck, 2006.
HETZ, Silke. *Schutzwürdigkeit menschlicher Klone?*: eine interdisziplinäre Studie aus mendizinrechtlicher Sicht. Baden-Baden: Nomos, 2005.
HOOKER, Charles H. The Past as Prologue: Schneiderman v. United States and Contemporary Questions of Citizenship and Denationalization. In: *Emory International Law Rev*iew 19, 2005, p. 305-381.
HOWELL, Beryl A. Seven Weeks: The Making of the USA Patriot Act. *George Washington Law Review* 72, 2003-2004, p. 1145-1207.
INSTITUTO NACIONAL de Ciencias Penales/Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Coord.). *Hacia la unificación del derecho penal, Logros y desafíos de la armonización y homologación en México y el mundo*, México, 2006.
JAKOBS, Günther. *Norm, Person, Gesellschaft*: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie. Berlim: Duncker & Humblot, 1997.
JESCHECK, Hans Heinrich. *Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1955.
JESCHECK. Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach. In: ALBRECHT, Hans-Jörg; KAISER, Günther. *Kriminologie*: ein Lehrbuch. 3. ed. Heidelberg: Müller, 1996.
KATYAL, Neal Kumar. Conspiracy Theory. *Yale Law Journal,* Vol. 112, No. 6, 2003, p. 1307-1398.
_____. Hamdan v. Rumsfeld: The Legal Academy Goes to Practice. In: *Harvard Law Review* 120, 2006, p. 65-123.
KOHLER, Josef. *Internationales Strafrecht*. Stuttgart: F. Enke, 1917.
KOCH. In: RÖHRICHT, Volker; VIEWEG, Klaus (Coord.). *Doping-Forum*. Stuttgart: Richard Boorberg Verlag, 2000.
_____. In: ARNOLD, Jörg (Coord.). *Menschengerechtes Strafrecht*: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag. Munique: C.H. Beck, 2005.
_____. Erzeugung und Verwendung, therapeutischer Klone' aus rechtlicher Sicht. In: DABROCK, Peter; RIED, Jens (Coord.). *Therapeutisches Klonen als Herausforderung für die Statusbestimmung des menschlichen Embryos*. Paderborn: Mentis, 2005.
KOH, Harold Hongju. The Case against Military Comissions. *American Journal of International Law*, Vol. 96, No. 2, 2002, p. 337-344.
KREICKER, Helmut. *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen* Bd. 7. Völkerstrafrecht im Ländervergleich. Berlim: Duncker und Humblot, 2006.

KÜHNE, Hans Heine. *Strafprozessrecht*: eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts. 6. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2003.
KÜRZINGER, Josef; KAISER, Günther (Coord.). *Kriminologie in Europa, europäische Kriminologie?*: Kolloquium aus Anlass des 65. Geburtstags von Prof Dr. Dr. h.c. mult. Günther Kaiser, 14. Januar 1994. Freiburg: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1994.
LIMBACH, Jutta. *Die Demokratie und ihre Bürger*: Aufbruch zu einer neuen politischen Kultur. Munique: Beck, 2003.
MASCIANDARO, Donato (Coord.). *Global financial crime*: terrorism, money laundering and offshore centres. Aldershot; Burlington: Ashgate, 2004.
MANSELL, Robin;COLLINS, Brian S. (Coord.) *Trust and crime in information societies*. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2005.
MEIERHENRICH, Jens. Analogies at War. In: *Journal of Conflict and Security Law* 11, 2006, p. 1-40.
MEYER, Silk. HRRS. Disponível em: *http://www.hrr-strafrecht.de.* Acesso em: 18 dez. 2006.
_____. Trafficking in Human Organs in Europe: A Myth or an Actual Threat?. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 14, 2006, p. 208-229.
MOITRA, Soumyo D. Developing Policies Cybercrime. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 13, 2005, p. 435-464.
NADELMANN, Ethan Avram. *Cops Across Borders*: the internationalization of U.S. criminal law enforcemenota University Park: Pennsylvania State University Press, 1993.
NASIRI, Omar. *Mein Leben bei Al Qaida*. Munique: Deutsch Verl.-Anst, 2006.
NEHM. In: ARNOLD, Jörg (Coord.). *Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum* 70. Geburtstag. Munique: C.H. Beck, 2005.
O'DAY, Alan. *Cyberterrorism*. Aldershot; Burlington: Ashgate, 2004.
_____. *Weapons of mass destruction and terrorism*. Aldershot; Burlington: Ashgate, 2004.
O'ROURKE, Kevin H.; WILLIAMSON, Jeffrey G. When did globalisation begin? *European Review of Economic* History. Vol. 6, 2002, p. 23-50.
O'ROURKE, Kevin H.; WILLIAMSON, Jeffrey G. When did globalisation begin? *European Review of Economic History*. Vol. 8, 2004, p. 109-117.
OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel. *De la pyramide au réseau?* Pour une théorie dialectique du droit. Bruxelas: Publications des Facultes universitaires Saint-Louis, 2002.
PRIM, Rolf; TILMANN, Heribert. *Grundlagen einer kritisch-rationalen Sozialwissenschaft*: Studienbuch zur Wissenschaftstheorie Karl R. Poppers. 8. ed. Wiebelsheim: Quelle & Meyer, 2000, p. 76-93
PROKOP, Clemens. *Die Grenzen der Dopingverbote*. Baden-Baden: Nomos, 2000.
RAMSEY, Michael D. Textualism and War Powers. *The University of Chicago Law Review*, Vol. 69, No. 4, 2002, p. 1543-1638.
REEMTSMA, Jan Phillip. *Folter im Rechtsstaat?*. Hamburgo: Hamburger Edition, 2005.
RHEINSTEIN, Max; VON BORRIES, Reimer; NIETHAMMER, Hans-Eckart. *Einführung in die Rechtsvergleichung*. 2. ed. Munique: Beck, 1987.
RODLEY, Nigel S. The Prohibition of Torture: Absolute Means Absolute. In: KALECK, Wolfgang (Coord.). *International Prosecution of Human Rights Crimes*. Berlim; Nova Iorque: Springer, 2007.
RÖHRICHT, Volker; VIEWEG, Klaus (Coord.). *Doping-Forum, Aktuelle rechtliche und medizinische Aspekte.* Stuttgart: Richard Boorberg Verlag, 2000.
ROXIN, Klaus. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (Coord.). *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*: Rückbesinnung und Ausblick : Dokumentation einer Tagung vom 3.-6. Oktober 1999 in der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften. Munique: C. H. Beck, 2000.
_____. In: ARNOLD, Jörg (Coord.). *Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum* 70, Geburtstag. Munique: C.H. Beck, 2005.
_____. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil Bd. 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrech enslehre. 4. ed. Munique: Beck, 2006.
_____. *Strafrecht*: allgemeiner Teil. 4. ed. Munique: C. H. Beck, 2006.
SATZGER, Helmut. *Europäisierung des Strafrechts, Eine Untersuchung zum Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Strafrecht*. Colônia: Heymann, 2001.
SCHALLER, Christian. *Private Sicherheits und Militärfirmen in bewaffneten Konflikten*: Völkerrechtliche Einsatzbedingungen un Kontrollmöglichkeiten. Berlim: Stiftung Wissenschaft und Politik Deutsches Institut für Internationale Politik und Sicherheit, 2005.
SCHILY. In: Bundeskriminalamt (Coord.). *Neue Allianzen gegen Kriminalität und Gewalt: ganzheitlicher Ansatz zur Kriminalitätsbekämpfung - national und international*: Vorträge anlässlich der Herbsttagung des Bundeskriminalamtes. Munique: Luchterhand, 2006.

SCHREIBER. In: ROGALL, Klaus (Coord.). *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*. Neuwied: Luchterhand; Munique: Wolters-Kluwer, 2004.
SCHROEDER, Friederich-Christian. *Die Straftaten gegen das Strafrecht*. Berlim; Nora Iorque: De Gruyter, 1985.
SCHÜNEMANN. In: LORENZ, Stephan; HELDRICH, Andreas (Coord.). *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70*. Geburtstag. Munique: Beck, 2005.
SEAMON, Richard H.; GARDNER, William Dylan. The Patriot Act and the wall between foreign intelligence and law enforcemenota *Harvard Journal of Law and Public Policy* 28, 2004-2005, p. 319-463.
SHAMS, Heba M. *Legal globalization, money laundering and other cases*. London: British Institute of International and Comparative Law, 2004.
SICURELLA, Rosaria. *Diritto Penale e competenze dell'Unione Europea*: linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovrannazionali e dei beni giuridici di interesse comune. Milão: Giuffrè, 2005.
SIEBER, Ulrich. Transnational Enterprises and Criminal Law, in: Tiedemann (Coord.). *Multinationale Unternehmen und Strafrecht*: Beitr. zum Problem d. Kriminalität im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr. Colônia; Munique: Heymann, 1979.
_____. *Computerkriminalität und Strafrecht*. 2. ed. Colônia; Berlim, Bonn; Munique: Heymann, 1980.
_____. *The International Handbook on Computer Crime*. Chichester; Nova Iorque: Wiley, 1986.
_____. *The International Emergence of Criminal Information Law*. Colônia: C. Heymanns, 1992.
_____; BÖGEL, Marion. *Logistik der Organisierten Kriminalität*: wirtschaftswissenschaftlicher Forschungsansatz und Pilotstudie zur internationalen Kfz-Verschiebung Wiesbaden: Bundeskriminalamt, 1993.
_____. Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht. In: DELMAS-MARTY, Meireille (Coord.). *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*. Colônia: Heymanns, 1998.
_____. Strafrecht und Strafprozessrecht. In: HOEREN, Thomas; SIEBER, Ulrich (Coord.). *Handbuch Multimedia-Recht*: Rechtsfragen des elektronischen Geschaftsverkehrs. Munique: Beck, 1999.
_____. *Verantwortlichkeit im Internet*: Technische Kontrollmöglichkeiten und multimediale Regelungen: Zugleich eine Kommentierung von [Paragraphen] 5 TDG und [Paragraphen] 5 MDStV. Munique: C.H. Beck, 1999.
_____. *Kinderpornographie, Jugendschutz und Providerverantwortlichkeit im Internet*: Eine strafrechtsvergleichende Untersuchung. Bonn: Forum Verlag Godesberg, 1999.
_____. In: Waltermann, Jens; MACHILL, Marcel; STIFTUNG, Bertelsmann (Coord.). *Protecting our children on the internet* – towards a new culture of responsibility. Gütersloh: Bertelsmann Foundation, 2000, p. 319-399 (345-378).
_____; LEDERMAN, Eliezer; SHAPIRA, Ron (Coord.). *Law, Information and Information Technology*. The Hague; New York: Kluwer Law International, 2001.
_____. In: DUTTGE, Gunnar et al. (Coord.). *Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter*. Colônia: Heymanns, 2002, p. 107-116 (114)
_____ (Coord.). *The Punishment of Serious Crimes*: a comparative analysis of sentencing law and practice, 2 v. Freiburg im Breisgau: Ed. iuscrim, Max-Planck-Instituts für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 2004.
_____. The threat of cybercrime. In: Council of Europe (Coord.). *Organised crime in Europe*: The threat of cybercrime, Situation report 2004. Strasbourg: Council of Europe Pub., 2005.
_____. Grenzen des Strafrechts. In: Albrecht/Sieber (Coord.). *Perspektiven der strafrechtlichen Forschung*, Amtswechsel am Freiburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 2004, 2006.
_____. Strafrechtsvergleichung im Wandel. In: SIEBER, Ulrich; ALBRECHT, Hans-Jörg (Coord.). *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*: Kolloquium zum 90. Geburtstag von Professor Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Heinrich Jescheck am 10. Januar 2005. Berlim: Duncker & Humblot, 2006, p. 78-151.
SIESSEGER, Marie E. Conspiracy Theory: The Use of the Conspiracy Doctrine in Times of National Crisis. In: *William and Mary Law Review*, 46,2004, p. 1177-1218.
SMARTT, Ursula. Human Trafficking: Simply a European Problem?. In: *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 11, 2003, p. 164-177.
SOEK, J. W. *The Strict Liability Principle and the Human Rights of Athletes in Doping Cases*. The Hague: T.C.M. Asser Press, 2006.
SOROS, George. *Die Krise des globalen Kapitalismus*. Berlim: Fest, 1998.
STIGLITZ, Joseph. *Die Chancen der Globalisierung*. München: Siedler 2006.
STRUENSEE. In: SAMSON, Erich (Coord.). *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*. Baden-Baden: Nomos, 1999.
TAKEI, Carl. Terrorizing Justice: An Argument That Plea Bargains Struck under the Threat of Enemy Combatant Detention Violate the Right to Due Process. In: *Boston College Law Review*, 47, 2006, p. 581-626.
TEUBNER. In: BRAND, Jürgen; STREMPEL, Dietrel; BLANKENBURG, Erhard (Coord.). *Soziologie des Rechts, Festschrift für Erhard Blankenburg zum* 60. Geburtstag. Baden-Baden: Nomos 1998.

THE MANUAL for Military Commissions, 2007. Disponível em: *http://www.defenselink.mil/news/-commissonsmanual.html*. Acesso em: 26 fev. 2007.
TIEDEMANN, Klaus. *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*: Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts Tübingen: Mohr, 1969.
TIEDEMANN, Klaus et al. *Multinationale Unternehmen und Strafrecht*: Beitr. zum Problem d. Kriminalität im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr. Colônia; Bonn: Heymann, 1979.
TILLMANN, R. *Global pirates*: fraud in the offshore insurance industry. Boston: Northeastern University Press, 2002.
VERVAELE, John A. E. The Anti-Terrorist Legislation in the US: Inter Arma Silent Leges?. In: *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 13, 2005a, p. 201-254.
_____. (Coord.). *European Evidence Warrant*: transnational judicial inquiries in the EU. Antwerpen: Intersentia, 2005b.
_____. Mercosur and Regional Integration in South America. *International Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, No. 2, 2005c, p. 389-409.
VIEWEG, Klaus; SIEKMANN, Robert C. R. (Ed.). *Legal Comparison and the Harmonisation of Doping Rules*. Berlim: Duncker & Humblot, 2007.
VOGEL, Joachim. *Juristische Methodik*. Berlim; Nova Iorque: De Gruyter, 1998.
_____; NOROUZI. The European Arrest Warrant, *ne bis in idem* and the problem of multiple jurisdictions. In: GUIDICELLE-DELAGE, Geneviève; MANACORDA, Stefano (Coord.). *L'intégration pénale indirecte*: interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne. Paris: Société de législation comparée, 2005.
VON BOGDANDY, Arnim. *Gubernative Rechtssetzung*. Tübingen: Mohr, 2000.
VON BUBNOFF, Eckhart. *Der Europäische Haftbefehl*. Heidelberg: Müller, 2005.
WALTER, Christian et al.(Coord.). *Terrorism as a Challenge for National and International Law*: Security versus Liberty?. Berlim; Londres; Nova Iorque: Springer, 2004.
WEZEMAN; BROMLEY. In: *SIPRI Yearbook 2005*: armaments, disarmament and international security. Oxford: Oxford University Press, 2005.
WEIMANN, Gabriel. *Terror on the Internet*: the new arena, the new challenges. Washington: United States Institute of Peace; Bristol: University Presses Marketing, 2006.
WEßLAU, Edda. Vorfeldermittlungen: Probleme der Legalisierung "vorbeugender Verbrechensbekämpfung" aus strafprozeßrechtlicher Sicht. Berlim: Duncker & Humblot, 1989.
WETZELS, Peter; BRETTFELD, Katrin. *Auge um Auge, Zahn um Zahn? Migration, Religion und Gewalt junger Menschen*: eine empirisch-kriminologische Analyse der Bedeutung persönlicher Religiosität für Gewalterfahrungen, einstellungen und handeln muslimischer junger Menschen im Vergleich zu Jugendlichen anderer religiöser Bekenntnisse. Münster: Lit ., 2003.
WILKITZKI, Peter. The German law on co-operation with the ICC. *International Criminal Law Review* 2, 2002, p. 195-212.
WOHLERS, Wolfgang. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*: Zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte. Berlim: Duncker & Humblot , 2000.
WOLFRUM, Rüdiger. In: DAHM, Georg; DELBRÜCK, Jost; WOLFRUM, Rüdiger. *Völkerrecht*. 2. ed.

Ulrich Sieber

Max-Planck
– Instituto de Direito Penal Estrangeiro e Internacional
Günterstalstraße, 73 - 79100
Freiburg i. Br., Alemanha
u.sieber@mpicc.de

Diretor do Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law em Freiburg, Alemanha

ANOTAÇÕES

EDITORIAL POLICY

REVISTA DIREITO GV *(FGV-SP Law Review)* is a journal that publishes articles, book reviews and essays on several fields of Brazilian, international and global law. It also publishes research works and papers on theory of law, sociology of law, philosophy of law and history of law.

This journal is opened to different theoretical and methodological approaches, including interdisciplinary papers and articles that fall into law & society and law & economics research fields. It also reviews and publishes papers concerned with techniques for teaching law and law research methods.

The 'book reviews and essays' section aims to attract readers' attention to local and foreign books and magazines thus raising critical discussions. Books of academic interest are preferred to those primarily focused on professional use. Essays are format-free, and selected by relevance and novelty. The journal only publishes articles and papers not previously published elsewhere.

REVIEW

Every article is reviewed by the Editor, who assesses whether or not it fits the journal editorial policy. The article is then sent to two anonymous referees who evaluate qualitatively its content and style in accordance with blind peer review principles. Referees take 45 to 120 days to provide their comments, that will be forwarded to the author for acknowledgment or improvement. In this latter case, a modified text can be sent to the journal to be re-evaluated. Authors will be emailed about the status of evaluation process, being able to access referees' comments on their article. Exceptionally there can be invitations for articles made by the Editor.

SUBMISSIONS

Articles, essays and book reviews must be written in Portuguese, Spanish or English, and must not have been published elsewhere. They can be electronically sent to **revistadireitogv@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).

We ask authors to inform REVISTA DIREITO GV of any financial support, private or public, and of any financial interest regarding the article that could create conflicts of interest.

Articles must have a maximum of 30 pages of 2100 characters. They must also be written according to ABNT (Brazilian Technical Norms Association) standards. Longer papers can be published subject to editor's evaluation.

Book reviews must have a maximum of 10 pages of 2100 characters, preferably without footnotes. They must have a title and do not need to be preceded by an abstract.

Suggestions for foreign books and magazines to be reviewed can be sent to the editor by email. **Essays** must have a maximum of 15 pages of 2100 characters.

Papers must be sent to the editor, according to the following guidelines:

Style

Paper size: **letter (8,5 x 11 in)**
Text editor: **Word for Windows 6.0 or higher**
Margins (left, right, top, bottom): **2 cm**
Font: **Times New Roman, size 12**
Paragraph: **left aligned; space before text: 0; space after text: 12 points; line spacing: double spacing**

Text

- Title with a maximum of 8 words, uppercase, bold, in either Portuguese and English
- Summary written in Portuguese (or Spanish), with about 150 words, left aligned, containing study field, objectives, methodology, results and conclusion
- Five keywords in Portuguese, left aligned
- Abstract written in English, with about 150 words, left aligned, containing study field, objectives, methodology, results and conclusion
- Five keywords in English, left aligned

References must be cited in the body of text, including author's last name, year and page of the publication. Complete bibliography must be presented in alphabetical order at the end of the text, according to NBR-6023.

Notes must be cut to the minimum needed and presented at the end of text, sequentially numbered, before bibliography.

Diagrams, graphs and tables must present title and source, and be placed at the end of text, after bibliography. Their position must be informed in the body of article, avoiding repetition of information in both chart and text.

Complementary information in the same file, author must inform:

- **Page 1:** Title of the article, followed by author's identification – full name, institution, position, full address, telephone and fax numbers and email.

Authors are fully and exclusively responsible for their articles.

All rights, translation included, are reserved. Submission of a paper means the cession of copyrights to **REVISTA DIREITO GV** *(FGV-SP Law Review)*, and the permission to either publish in electronic media and copy for personal research purposes. Full reproduction of articles, book reviews and essays is prohibited. Citation of parts of text without previous solicitation is allowed provided that source is properly identified.

LINHA EDITORIAL

A **REVISTA DIREITO GV** é generalista. Publica artigos, resenhas e ensaios inéditos sobre a dogmática das diversas áreas do Direito nacional, internacional e global, além de trabalhos de pesquisa aplicada e textos de Teoria do Direito, Sociologia do Direito, Filosofia do Direito e História do Direito.

A revista está aberta às mais diversas abordagens teóricas e metodológicas, inclusive a textos interdisciplinares e artigos que se enquadrem no campo de pesquisa *Law & Society* e *Law & Economics*. Ademais, contém trabalhos sobre ensino e pesquisa em Direito.

A seção de resenhas e ensaios tem como objetivo chamar a atenção dos leitores para livros e revistas, nacionais e estrangeiros, e suscitar discussões críticas sobre eles. Além disso visa a divulgar ensaios relevantes para a compreensão do Direito. As resenhas dão privilégio a títulos de interesse acadêmico em detrimento de publicações de uso profissional. Os ensaios possuem forma livre e são selecionados por sua relevância e novidade.

AVALIAÇÃO DOS ARTIGOS

Todos os artigos passam por uma avaliação prévia realizada pelo editor-chefe, verificando sua adequação à linha editorial da **REVISTA**. Após essa avaliação, os artigos são remetidos a dois pareceristas anônimos para a avaliação qualitativa de sua forma e conteúdo, de acordo com o processo conhecido como *blind peer review*. O prazo para a elaboração do parecer é de 45 a 120 dias. Recebido o parecer, este é encaminhado para o autor do artigo a fim de tomar ciência ou para que incorpore as modificações sugeridas. Neste último caso, o texto modificado deverá ser remetido para a revista. Será novamente avaliado em função das alterações. Os autores serão informados por e-mail sobre o andamento da avaliação. Terão acesso a todos os pareceres sobre seu artigo, sem identificação de autoria. Excepcionalmente, haverá convites para publicação. Os convites serão formulados exclusivamente pelo Editor da revista.

REMESSA DE TEXTOS

Os artigos, resenhas e ensaios enviados devem ser inéditos, escritos em português, espanhol ou inglês. Podem ser encaminhados pelo e-mail **revistadireitogv@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.

Solicita-se que o autor do texto informe à revista qualquer financiamento ou outros benefícios de fontes comerciais ou não, além de interesses financeiros que o autor possa ter que criem conflitos de interesses em relação ao trabalho apresentado.

Os **artigos** devem ter até 30 laudas de 2.100 caracteres, redigidos conforme os padrões da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas). Textos mais extensos do que o padrão serão publicados, a critério do editor, caso seu tamanho seja justificável.

As **resenhas** devem ter até dez laudas de 2.100 caracteres, de preferência sem notas de rodapé. Devem conter um título e não precisam ser precedidas de resumo. Sugestões de livros e revistas internacionais a serem resenhadas podem ser encaminhadas para o e-mail da revista. Os **ensaios** devem apresentar até quinze laudas de 2.100 caracteres.

Os artigos deverão ser encaminhados para a Redação com as seguintes características:

Formatação
- Folha: **Carta (letter)**
- Editor de texto: **Word for Windows 6.0 ou posterior**
- Margens: **esquerda, direita, superior e inferior de 2 cm**
- Fonte: **Times New Roman, tamanho 12**
- Parágrafo: **espaçamento anterior: 0 ponto; posterior: 12 pontos; entre linhas: duplo; alinhamento à esquerda**

Texto a primeira página do artigo deve conter:
- Título, com, no máximo, oito palavras, em maiúsculas e negrito (português e inglês)
- Resumo em português (ou espanhol), com cerca de 150 palavras, alinhamento à esquerda, contendo campo de estudo, objetivo, método, resultado e conclusão
- Cinco palavras-chave, alinhamento à esquerda, em português
- Resumo em inglês, com cerca de 150 palavras, alinhamento à esquerda, contendo campo de estudo, objetivo, método, resultado e conclusões
- Cinco palavras-chave, alinhamento à esquerda, em inglês
- Em seguida, deve ser iniciado o texto do artigo

Referências devem ser citadas no corpo do texto com indicação do sobrenome, ano e página de publicação. As referências bibliográficas completas deverão ser apresentadas em ordem alfabética no final do texto, de acordo com as normas da ABNT (NBR-6023).

Notas devem ser reduzidas ao mínimo necessário e apresentadas ao final do texto, numeradas seqüencialmente, antes das referências bibliográficas.

Diagramas, quadros e tabelas devem apresentar título e fonte e ser colocados ao final do texto, após as referências. Sua posição deve ser indicada no próprio texto, constando referência a eles no corpo do artigo. Deve-se evitar a repetição de informações contidas no texto.

Informações complementares
no mesmo arquivo, o autor deverá enviar:
- **página 1:** título do artigo; seguido da identificação do(s) autor(es) – nome completo, instituição à qual está ligado, cargo, endereço para correspondência, fone, fax e e-mail.

Os artigos assinados são de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es).

Os direitos, inclusive os de tradução, são reservados. A remessa do texto pelo autor implica sobre este a cessão dos direitos autorais para a **REVISTA DIREITO GV**. Permite-se cópias para fins de pesquisa pessoal ou uso acadêmico. A reprodução total de artigos, resenhas e ensaios em outra publicação é proibida. É permitido citar partes dos textos sem solicitação prévia, desde que identificada sua fonte.

v. 4 n. 1 jan-jun 2008

ARTIGOS

A ECONOMIA DA ARBITRAGEM:
ESCOLHA RACIONAL E GERAÇÃO DE VALOR
ANTONIO CELSO FONSECA PUGLIESE
BRUNO MEYERHOF SALAMA : **015**

A PROTEÇÃO AO INVESTIDOR NO CÓDIGO
DE GOVERNANÇA CORPORATIVA ALEMÃO
ROBERTO DE ARAÚJO CHACON DE ALBUQUERQUE : **029**

MODERNIZAÇÃO DO DIREITO SOCIETÁRIO:
PERSPECTIVA TRANSATLÂNTICA (TRADUÇÃO)
KLAUS J. HOPT : **049**

A REGRA-MATRIZ DE INCIDÊNCIA ANTITRUSTE
PARA CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS
MARCEL MEDON SANTOS : **065**

OBRIGAÇÕES EMPRESARIAIS NO NOVO CÓDIGO CIVIL
LIGIA PAULA PIRES PINTO SICA : **097**

TRATADOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA
E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO INTERNO NO BRASIL
GUSTAVO MATHIAS ALVES PINTO : **135**

CONVENÇÃO DE PAGAMENTO EM MOEDA
ESTRANGEIRA NO BRASIL
MARCELO SAMPAIO SIQUEIRA : **165**

'NOVOS PRODUTOS'
COMO COMPETÊNCIA DO ADVOGADO
GILBERTO DE ABREU SODRÉ CARVALHO : **187**

SETENTA ANOS DEPOIS:
DIREITOS AUTORAIS EM NOEL ROSA
DANIEL DO AMARAL ARBIX : **207**

SÍMBOLOS, SINAIS E NORMAS SOCIAIS
NA POLÍTICA E NO DIREITO (TRADUÇÃO)
ERIC A. POSNER : **231**

DOCUMENTO

LIMITES DO DIREITO PENAL
– PRINCÍPIOS E DESAFIOS DO NOVO PROGRAMA DE
PESQUISA EM DIREITO PENAL NO INSTITUTO MAX-PLANCK
DE DIREITO PENAL ESTRANGEIRO E INTERNACIONAL (TRADUÇÃO)
ULRICH SIEBER : **269**

ISSN 1808 - 2432
9 771808 243005