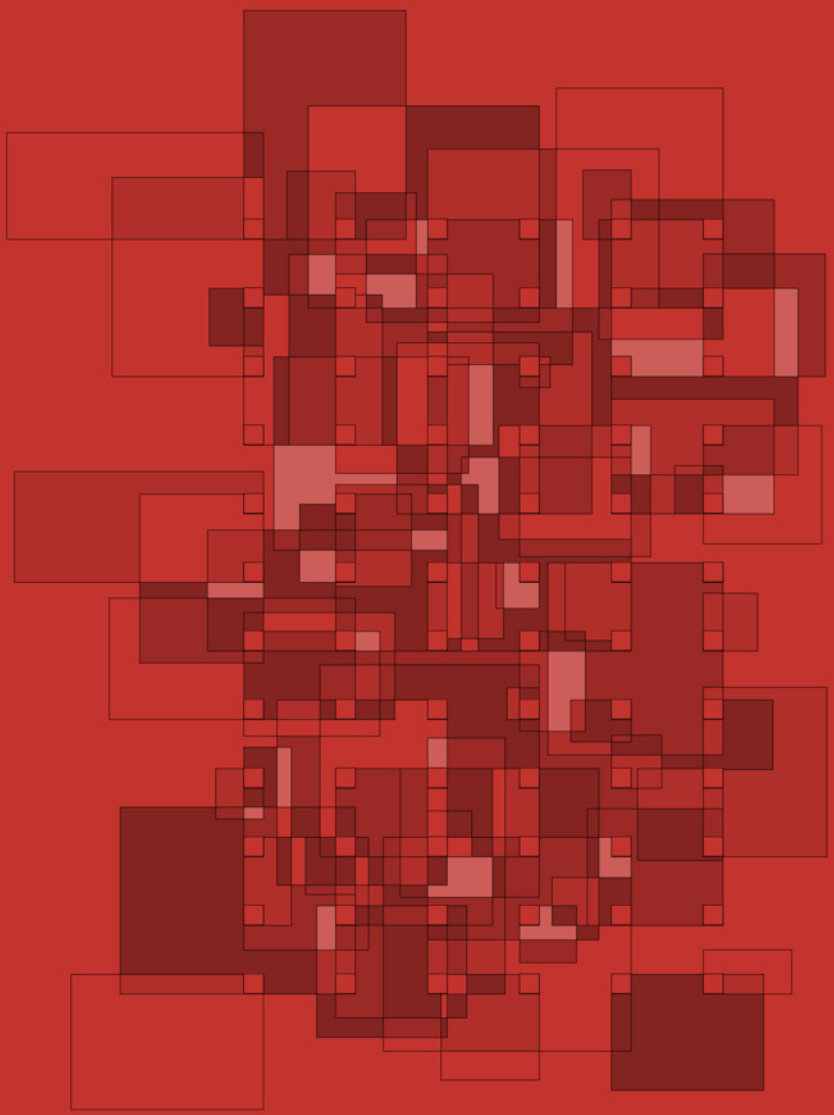


Revista DIREITO GV

19

v. 10 n. 1 JAN-JUN 2014
ISSN 1808-2432

FGV DIREITO SP

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

ISSN 1808-2432

EDITOR
JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ

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

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

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

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

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

REDAÇÃO
BRUNO BORTOLI BRIGATTO (ASSISTENTE EDITORIAL)
LUCAS DE SOUZA C. VIEIRA E CAMILLA B. DE MEDEIROS (REVISÃO)

Revista DIREITO GV

v. 10 n. 1 JAN-JUN 2014

FGV DIREITO SP

VERSÃO IMPRESSA : ISSN 1808-2432
VERSÃO ONLINE : ISSN 2317-6172

JUNHO 2014
SÃO PAULO - SP

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

TIRAGEM 600 EXEMPLARES

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

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

EDITORES
DESDE JAN 2005, JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ
INCLUI BIBLIOGRAFIA

1. DIREITO – PERIÓDICOS. I. SÃO PAULO (CIDADE). FGV DIREITO SP

TODOS OS DIREITOS DESTA EDIÇÃO
SÃO RESERVADOS À FGV.

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

PROJETO GRÁFICO
MARCELO GUERREIRO
ULTRAVIOLETA DESIGN

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA
ULTRAVIOLETA DESIGN

PRODUÇÃO INDUSTRIAL
IMPRESSÃO E ACABAMENTO: RR DONNELLEY
DATA DE IMPRESSÃO: OUTUBRO 2014
TIRAGEM: 600 EXEMPLARES

APOIO
CONSELHO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO
CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO (CNPQ)

PERIODICIDADE
SEMESTRAL

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

Revista DIREITO GV

ARTICLES

WHY THEY PERSIST? AN ANALYSIS OF DUAL CLASS STRUCTURES AND THE UNIFICATION PROCESS IN THE U.S. AND BRAZIL

DIFFICULTIES TO IMPLEMENT WTO REPORTS: A CASE STUDY ON BRAZIL - TIRES CASE

THE BRAZILIAN BAR ASSOCIATION AND ITS ATYPICAL INSTITUTIONAL PREROGATIVES IN THE JUDICIAL REVIEW ARENA

SOVEREIGN WEALTH FUNDS AND IMMUNITY FROM JURISDICTION

CONTENT AND SCOPE OF STF'S RULING ON THE PRESS ACT IN THE ADPF 130

INCOMPLETE CONTRACT: A PERSPECTIVE BETWEEN LAW AND ECONOMICS FOR LONG-TERM CONTRACTS

EQUALITY IN TAXATION FOR NON FISCAL PURPOSES

ON JUDICIAL REVIEW OF FOREIGN POLICY – NOTES ABOUT BATTISTI CASE IN THE BRAZILIAN SUPREME COURT

THE FORMALIST ESCAPE GOAT: IMPURE READINGS OF KELSEN IN BRAZIL

TRANSNATIONAL PUBLIC SPHERES: BETWEEN WESTPHALIAN REALISM AND COSMOPOLITANISM

ARTIGOS

WHY THEY PERSIST? AN ANALYSIS OF DUAL CLASS STRUCTURES AND THE UNIFICATION PROCESS IN THE U.S. AND BRAZIL
GABRIELA M. ENGLER PINTO: **023**

DIFICULDADES DE IMPLEMENTAÇÃO DAS DECISÕES DA OMC: UM ESTUDO DE CASO A PARTIR DO CONTENCIOSO PNEUS
MARCELO D. VARELLA: **053**

OAB E AS PRERROGATIVAS ATÍPICAS NA ARENA POLÍTICA DA REVISÃO JUDICIAL
ERNANI CARVALHO, LUIS FELIPE ANDRADE BARBOSA E JOSÉ MÁRIO WANDERLEY GOMES NETO: **069**

FUNDOS SOBERANOS DE INVESTIMENTO E IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO
ELY CAETANO XAVIER JUNIOR: **099**

CONTEÚDO E ALCANCE DA DECISÃO DO STF SOBRE A LEI DE IMPRENSA NA ADPF 130
THALES MORAIS DA COSTA: **119**

CONTRATO INCOMPLETO: UMA PERSPECTIVA ENTRE DIREITO E ECONOMIA PARA CONTRATOS DE LONGO TERMO
UINIE CAMINHA E JULIANA CARDOSO LIMA: **155**

ISONOMIA NA TRIBUTAÇÃO EXTRAFISCAL
ANDRÉ FOLLONI: **201**

SOBRE O CONTROLE JURISDICIONAL DA POLÍTICA EXTERNA – NOTAS ACERCA DO CASO BATTISTI NO STF
DANIEL DAMÁSIO BORGES: **221**

O FORMALISTA EXPIATÓRIO: LEITURAS IMPURAS DE KELSEN NO BRASIL
FERNANDO LEAL: **245**

ESFERAS PÚBLICAS TRANSNACIONAIS: ENTRE O REALISMO VESTFALIANO E O COSMOPOLITISMO
MÁRCIA NINA BERNARDES: **269**

DISDAINED BY THEORY, APPROVED IN PRACTICE: THE CLASSICAL METHODS OF JURISTIC INTERPRETATION

ENTRE DESDÉM TEÓRICO E APROVAÇÃO NA PRÁTICA: OS MÉTODOS CLÁSSICOS DE INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

ANDREAS J. KRELL: **295**

HALF-LAPSING PRESCRIPTION FOR THE CRIME OF ENFORCED DISAPPEARANCE. BREACH OF INTERNATIONAL LAW REGARDING CRIMES AGAINST HUMANITY?

LA MEDIA PRESCRIPCIÓN FRENTE AL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. ¿INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL EN MATERIA DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD?

ISABEL GONZÁLEZ RAMÍREZ, SAMUEL MALAMUD HERRERA, MARÍA SOLEDAD FUENTEALBA MARTÍNEZ E FLORENCIO PARDO MONTENEGRO: **321**

EVALUATION OF PORTUGALS' LEGAL REGIME ON BAD-FAITH LITIGATION

A AVALIAÇÃO DO REGIME JURÍDICO DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ EM PORTUGAL

SUSANA ANTAS FERNANDES VIDEIRA BRANCO, JOANA CRISTINA PURVIS PAIXÃO CAMPOS CARVALHO, TÂNIA CRISTINA PIAZENTIN FERREIRA MOTA DA SILVA E PEDRO MIGUEL ALVES RIBEIRO CORREIA: **347**

SOBRE OS AUTORES

André Folloni

Professor Adjunto da Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Rua Visconde do Rio Branco, 1630, cj. 1507
Centro – 80420-210
Curitiba – PR – Brasil
andrefolloni@gmail.com

Andreas J. Krell

Doutor em Direito pela Freie Universität Berlin

Professor Associado e Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas

Pesquisador bolsista do CNPq

UFAL – Faculdade de Direito
Campus A. C. Simões
Av. Lourival de Melo Mota, s/n
Tabuleiro dos Martins – 57072-900
Maceió – AL – Brasil
akrell@uol.com.br

Daniel Damásio Borges

doutor em direito pela Universidade Paris I

Professor assistente doutor de direito internacional da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Unesp – campus de Franca

Faculdade de Ciências Humanas e Sociais – UNESP
Departamento de Direito Público – Campus de Franca
Av. Eufrásia Monteiro Petráglia, 900
Jd. Dr. Antonio Petráglia – 14409-160
Franca – SP – Brasil
dadb@uol.com.br

Ely Caetano Xavier Junior

Professor de Direito Internacional Privado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Mestre em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e pela Universidade de Londres

Advogado

Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Faculdade de Direito
Rua São Francisco Xavier, 524 – 7º andar –
sala 7025 – bloco A
Maracanã – 20550-900
Rio de Janeiro – RJ – Brasil
exavier@uerj.br

Ernani Carvalho

Doutor em Ciência Política pela USP
Professor do Departamento de Ciência Política da UFPE
Visiting Research do Departamento de Ciência Política da *Universitat Pompeu Fabra*

Universidade Federal de Pernambuco
Centro de Filosofia e Ciências Humanas
Rua Acadêmico Hélio Ramos, s/n, 14º andar
Cidade Universitária – 50.670-901
Recife – PE – Brasil
ernani.carvalho@pq.cnpq.br

Fernando Leal

Professor da FGV Direito Rio

Praia de Botafogo, 190, 9º andar
Botafogo – 22250-900
Rio de Janeiro – RJ – Brasil
fernando.leal@fgv.br

Florencio Pardo Montenegro

Abogado
Magíster en Derecho Penal, Universidad de Chile
Cursando Doctorado en Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires
Académico, Universidad Arcis

Universidad Central de Chile
Lord Cochrane, nº 417, Torre A, 4º piso
Santiago – RM – Chile
florenciopardo@gmail.com

Gabriela M. Engler Pinto

Advogada formada pela PUC-SP
Mestre em Direito pela Columbia Law School

Rua Visconde de Pirajá, 142, sala 505
Ipanema – 22410-003
Rio de Janeiro – RJ – Brasil
gabi.engler@uol.com.br

Isabel González Ramírez

Abogada
Magíster en Derecho Penal
Egresada del Doctorado en Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso
Directora del Centro de Mediación y Arbitraje, Universidad Central de Chile

Universidad Central de Chile
Lord Cochrane, nº 417, Torre A, 4º piso
Santiago – RM – Chile
igonzalezr@ucentral.cl

Joana C. Purvis Paixão Campos Carvalho

Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Nova de Lisboa (NOVA)
Jurista do Banco de Portugal

Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ)
Av. D. João II, n.º 1.08.01 E, Torre H, Pisos 2/3
1990-097
Lisboa – Portugal
joanappcampos@gmail.com

José Mário Wanderley Gomes Neto

Doutorando em Ciência Política pela UFPE
Professor de Direito Processual da UNICAP

Universidade Católica de Pernambuco
Centro de Ciências Sociais
Rua do Príncipe, 526
Boa Vista – 50050-900
Recife – PE – Brasil
jmariow@unicap.br

Juliana Cardoso Lima

Mestre em Direito pela Universidade de Fortaleza

Unifor – Centro de Ciências Jurídicas
Av. Washington Soares, 1321
Edson Queiroz – 60811-905
Fortaleza – CE – Brasil
juclima@hotmail.com

Luis Felipe Andrade Barbosa

Advogado
Bacharel em Ciências Sociais
Mestre e Doutorando em Ciência Política pela UFPE

Universidade Federal de Pernambuco
Centro de Filosofia e Ciências Humanas
Rua Acadêmico Hélio Ramos, s/n, 14º andar
Cidade Universitária – 50.670-901
Recife – PE – Brasil
lfelipeandrade.adv@gmail.com

Marcelo D. Varella

Livre-Docente pela USP
Doutor em Direito pela Universidade de Paris
Pós-Doutor pelas Universidades de Berkeley, Georgetown e George Washington
Pesquisador nível 1 do CNPq
Professor e Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UNICEUB

Centro Universitário de Brasília
Programa de Mestrado e Doutorado em Direito,
Bloco III, térreo
SEPN 707/907 – Asa Norte – 70790-075
Brasília – DF – Brasil
marcelodvarella@gmail.com

Márcia Nina Bernardes

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio
Coordenadora Acadêmica do Núcleo de Direitos Humanos do Departamento de Direito da PUC-Rio
Doutora em Direito pela New York University (2007)
Mestre em Direito pela New York University (2001)
Mestre em Direito pela PUC-Rio (2000)
Hauser Global Scholar (NYU Law'01)

Rua Capitão Salomão, 30/106
Humaitá – 22271-040
Rio de Janeiro – RJ – Brasil
marcianb@puc-rio.br

María Soledad Fuentealba Martínez

Psicóloga
Magíster en Mediación, Universidad Central de Chile
Cursando Doctorado en Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires
Académica e investigadora, Universidad Central

Universidad Central de Chile
Lord Cochrane, nº 417, Torre A, 4º piso
Santiago – RM – Chile
mfuentealbam@ucentral.cl

Pedro Miguel Alves Ribeiro Correia

Doutor em Ciências Sociais na Especialidade de Administração Pública pela Universidade Técnica de Lisboa (UTL)

Professor do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas (ISCSP) da Universidade de Lisboa (ULisboa)

Investigador integrado no Centro de Administração e Políticas Públicas (CAPP), ISCSP-ULisboa

Consultor da Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ) do Ministério da Justiça de Portugal

Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ)
Av. D. João II, n.º 1.08.01 E, Torre H, Pisos 2/3
1990-097
Lisboa – Portugal
pcorreia@iscsp.ulisboa.pt

Samuel Malamud Herrera

Abogado

Máster en Derecho Penal, Universidad de Sevilla

Cursando Doctorado en Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires

académico e investigador, Universidad Central de Chile

Universidad Central de Chile
Lord Cochrane, nº 417, Torre A, 4º piso
Santiago – RM – Chile
samuel.malamud@ucentral.cl

Susana Antas Fernandes Videira Branco

Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa (UL)

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL)

Diretora-Geral da Política de Justiça (DGPJ) do Ministério da Justiça de Portugal

Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ)
Av. D. João II, n.º 1.08.01 E, Torre H, Pisos 2/3
1990-097
Lisboa – Portugal
susanavideira@dgpj.mj.pt

Tânia C. Piazentin Ferreira Mota da Silva

Licenciada em Direito pela Universidade de Lisboa (UL)

Adjunta do Secretário de Estado da Justiça de Portugal

Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ)
Av. D. João II, n.º 1.08.01 E, Torre H, Pisos 2/3
1990-097
Lisboa – Portugal
tania.piazentin@gmail.com

Thales Morais da Costa

Doutorando em regime de dupla-titulação na Université Paris I Panthéon-Sorbonne e na Universidade de São Paulo

17, Place de la Nation – 75011
Paris – França
costathales@yahoo.fr

Uinie Caminha

Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo
Professora Titular da Universidade de Fortaleza e Adjunta da Universidade Federal do Ceará
Advogada

Unifor – Centro de Ciências Jurídicas
Av. Washington Soares, 1321
Edson Queiroz – 60811-905
Fortaleza – CE – Brasil
ucaminha@unifor.br

CARTA DA DIRETORIA

LETTER FROM THE BOARD OF DIRECTORS

Comunicamos à comunidade acadêmica que, no último mês de julho, o editor-chefe da REVISTA DIREITO GV, mantida pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP), professor José Rodrigo Rodriguez, afastou-se de suas funções em nossa Escola para assumir uma nova posição em outra prestigiosa instituição acadêmica.

À frente da REVISTA DIREITO GV nos últimos 10 anos, o professor José Rodrigo Rodriguez foi responsável por torná-la uma referência em qualidade acadêmica, reconhecida tanto no Brasil quanto no exterior e por isso lhe somos extremamente gratos.

A partir do próximo número (n. 20), a REVISTA DIREITO GV contará com o talento e cuidadoso trabalho de sua nova editora-chefe, a professora Catarina Helena Cortada Barbieri, a quem desejamos sucesso na liderança deste autêntico bem público, em que a REVISTA DIREITO GV se transformou nestes seus primeiros 10 anos.

Reiteramos o compromisso da REVISTA DIREITO GV com o fomento e divulgação da produção intelectual de alto nível em Direito e áreas afins e com a impessoalidade nos processos de seleção de seus artigos.

We would like to announce to the academic community that, last July, DIREITO GV LAW REVIEW had a change in its editorial board. Its editor-in-chief, Professor José Rodrigo Rodriguez, left our School to pursue a new position at another prestigious academic institution.

As editor-in-chief of DIREITO GV LAW REVIEW for the last 10 years, Professor Rodriguez was responsible for building the journal into a reference in academic quality, recognized both in Brazil and overseas, and for that we are extremely grateful to him.

Starting next issue (number 20), DIREITO GV LAW REVIEW will be in the talented and dedicated hands of its new editor-in-chief, Professor Catarina Helena Cortada Barbieri.We wish her every success in leading the great asset that DIREITO GV LAW REVIEW has become in its first 10 years.

We reiterate DIREITO GV LAW REVIEW's commitment to the promotion and dissemination of high-level intellectual work in Law and related areas, as well as the impartial selection of its articles.

Oscar Vilhena Vieira
Diretor da FGV DIREITO SP
Dean of FGV DIREITO SP

CARTA DO EDITOR

Este número da REVISTA DIREITO GV traz artigos sobre assuntos variados oriundos de setes Estados brasileiros e de três países estrangeiros – Argentina, Chile e Portugal.

Os textos abordam temas de teoria do direito, direito privado, direito econômico, direito constitucional e internacional, sempre de uma perspectiva crítica e mostrando preocupação com análises empíricas e revisões teóricas criteriosas.

Em seu décimo ano de existência, a REVISTA DIREITO GV segue selecionando e acolhendo artigos de excelência vindos de todo o país e do exterior com o objetivo de oferecer aos seus leitores uma coleção de textos representativos do que há de melhor na produção acadêmica sobre Direito.

Desde seu primeiro número, esta publicação tem concentrado sua atenção em textos que façam avançar a fronteira do saber sobre o Direito, privilegiando trabalhos desligados da prática profissional mais cotidiana e que busquem estabelecer diálogos com outras áreas das ciências humanas.

Nestes dez anos, é notável a ampliação da produção intelectual deste tipo em nosso país, o que tem gerado um aumento significativo na competitividade da seleção de nossa publicação, que recebe cada vez mais artigos de alta qualidade.

É uma grande satisfação para a equipe desta revista ter a oportunidade de assistir ao desenrolar deste processo de um ponto de vista privilegiado e poder contribuir, ainda que de forma modesta, ao seu aprofundamento e ampliação.

A REVISTA DIREITO GV reafirma nesse momento o seu compromisso com a impessoalidade na seleção de seus textos, com o diálogo acadêmico aberto com autores e pareceristas e com sua vocação nacional e internacional. Levando adiante de forma consistente esses procedimentos, a revista espera continuar contando com a confiança da comunidade acadêmica para veicular seu trabalho de forma qualificada.

Boa leitura!

José Rodrigo Rodriguez
Editor-chefe

EDITOR'S LETTER

This edition of the DIREITO GV LAW REVIEW brings together articles about various issues that come from seven Brazilian states and three foreign countries – Argentina, Chile and Portugal.

The articles address legal theory issues, private law, commercial law, constitutional law and international law, always from a critical perspective and showing concern for empirical analysis and insightful theoretical revisions.

In its tenth year of existence, the DIREITO GV LAW REVIEW keeps following its mission of selecting articles of excellence from all over the country and from abroad with the aim of offering its readers a collection of texts representative of what is best in legal scholarship.

Since its first edition, this publication has focused its attention on papers capable of advancing the frontier of knowledge about the law, favoring those that do not only talk about the daily professional practice and seek to establish dialogue with other areas of the humanities.

In the last ten years it has been remarkable to see the growth of the intellectual production on law in Brazil, which has increased the competitiveness to publish in this journal that receives more and higher quality articles.

It is a great satisfaction for our team to have the opportunity to watch this process unfold from a privileged point of view and to be able to contribute to it, albeit modestly.

DIREITO GV LAW REVIEW reaffirms its commitment to impartiality in the selection of articles, its belief in an open academic dialogue with its authors and reviewers and in its national and international calling. Carrying out these procedures consistently, the journal expects to continue to have the confidence of the legal academic community to convey its work in a qualified manner.

Enjoy your reading!

José Rodrigo Rodriguez
Editor-in-chief

WHY THEY PERSIST? AN ANALYSIS OF DUAL CLASS STRUCTURES AND THE UNIFICATION PROCESS IN THE U.S. AND BRAZIL *

Gabriela M. Engler Pinto

POR QUE ELAS RESISTEM? ANÁLISE DAS ESTRUTURAS "DUAS CLASSES" DE CAPITAL E O PROCESSO DE UNIFICAÇÃO NOS EUA E NO BRASIL

RESUMO

A separação entre direitos econômicos e políticos tem sido severamente criticada em todo o mundo. Ainda assim, estruturas de capital que divergem do paradigma "uma ação, um voto" persistem como uma alternativa amplamente adotada. Este artigo busca oferecer algumas explicações sobre porque isso acontece, a partir de uma perspectiva comparativa que analisa os contextos do Brasil e dos EUA, dois países que têm uma abordagem bastante diferente em relação às estruturas de controle acionário. Para tanto, analisa-se as estruturas de controle que contemplam mais de uma classe de ações, suas principais características e o processo de unificação verificado nos dois países. A partir dessas discussões, o artigo apresenta argumentos para explicar porque a estrutura de controle com mais de uma classe de ações ainda persiste no Brasil e nos EUA (embora com intensidade variável), apesar de todas as críticas sobre a segregação entre direitos econômicos e políticos.

PALAVRAS-CHAVE

Duas classes de ações; unificação; controle acionário; uma ação um voto.

ABSTRACT

The unbundling of cash flow and voting rights has been severely criticized worldwide and yet, the dual class structure persists as an alternative widely adopted by firms. This paper aims to provide some explanations as to why this happens, particularly from a comparative perspective that analyzes the contexts of Brazil and the United States, two countries that take a rather different approach regarding corporate ownership structures. In order to do so, it reviews the panorama of dual class structures, their main characteristics and the unification process that both countries underwent. On top of these discussions, this paper presents some arguments to explain why the dual class structure still persists both in Brazil and in the U.S. (although with variable intensity), despite all the criticism aimed at the segregation of cash flow and voting rights.

KEYWORDS

Dual class structures; unification; corporate ownership; one share one vote.

INTRODUCTION

Dual class structure is a controversial corporate ownership strategy. The unbundling of cash flow and voting rights has been severely criticized worldwide and yet, the dual class structure persists as an alternative widely adopted by Brazilian firms[1] and by part of the American firms.[2] Why?

This paper aims to answer this question, particularly from a comparative perspective that analyzes the contexts of Brazil and the United States, two countries that take a rather different approach regarding corporate ownership structures. In order to do so, it reviews the panorama of dual class structures, their main characteristics and the unification process that both countries underwent.

Section 1 reviews the dual structure rationale by assessing the general reasons why companies adopt a dual class share structure, the main implementation strategies used and the regulatory approach adopted by the U.S. and Brazil. Additionally, section 1 provides an overview of the dual class structure scenario in each country based on empirical evidence available in the literature.

Section 2 focuses on the unification process. This section analyzes the main problems associated with dual class structures and how the unification has been conducted in Brazil and in the U.S. It reviews the main determinations and implications of eliminating the dual class structure to understand the predominant trends governing corporate behavior in each country.

On top of the discussions developed in the previous sections, part 3 presents some arguments to explain why the dual class structure still persists both in Brazil and in the U.S. (although with variable intensity), despite all the criticism aimed at the unbundling of cash flow and voting rights.

Finally, the last section concludes this paper by wrapping up the main topics discussed, in an effort to draw a parallel on how such issues are dealt with in Brazil and in the U.S.

1 The dual class structure rationale

The separation of ownership and control between shareholders and management in firms with a single class of common stock results in conflicts of interests (JENSEN & MECKLING, 1976). Management in control can reap private benefits from the corporation in detriment to shareholders' best interests. Likewise, shareholders may free ride on others' efforts to monitor the corporation. In order to mitigate such conflicts, Alchian and Demsetz (1972) pointed out five key rights to be held by shareholders, while decision making and monitoring is transferred to the board of directors. These five key rights are: (i) the right to residual cash flows; (ii) the right to elect and remove directors; (iii) the right to observe input behavior; (iv) the right to be the central party common to all contracts with inputs; and (v) the right to sell these rights (ALCHIAN & DEMSETZ, 1972).

This paper focuses on the analyses of cash flow and voting rights and how these rights are unbundled in companies with a dual class structure, as opposed to a single class structure, in which such rights are combined. Dual class firms usually segregate cash flow and voting rights by creating different classes of shares with different rights.

In the U.S., firms typically have a single class of common stock (a detailed analysis of the American context is found in section 1.5). The shareholder holds a right to a proportion of the residual cash flows of the corporation based on the interest in the company's equity. Residual cash flows are paid through dividends and at the liquidation of the company. In Brazil, firms with a dual class structure are predominant and thus voting rights and cash flow rights are commonly segregated (a detailed analysis of the Brazilian context is found in section 1.4).

As dual class share firms separate cash flow and voting rights, ownership and control are segregated in such a way that control is assured with (sometimes much) less equity interest than in single class firms, in which control generally arises from at least a 50% equity ownership. Google Inc., for example, has two classes of stock. Class A shareholders have one vote per share, whereas class B shareholders have ten votes per share. As of 2009, co-founders Sergey Brin and Larry Page held 77.3% of class B shares (and no class A shares).[3] Hence, they had the control of the firm while holding 58.3% of the voting stake and only 18.3% of the cash flow stake.

The analysis of the optimal design of share structures gained attention with the seminal works of Grossman and Hart (1988) and Harris and Raviv (1988), whose analyses concluded that the optimal share structure – from a shareholder wealth maximization perspective – presupposes cash flow rights and voting power in the same proportion. In the U.S., the one share one vote aphorism is praised as reducing the agency problems between shareholders and management while minimizing the chance that a value-increasing takeover by a rival would fail. In Brazil, the one share one vote is also acclaimed for increasing investor protection by reducing agency problems between minority shareholders and the controlling shareholder. Nevertheless, many prominent companies in both countries adopt a dual share structure. The following section explores some of the reasons why firms choose this path.

1.1 General reasons why companies adopt a dual class share structure

Perhaps the most frequent reason why companies opt for a dual class share structure is to preserve the original founders' power while allowing access to the capital market. The dual class structure allows those with controlling interest and limited funds to, at the same time, retain control and use the equity markets for additional financing (DEANGELO & DEANGELO, 1985, p. 35). This may be especially beneficial for firms that require large amounts of organization-specific human capital, whose projects are difficult for outsiders to value due to high levels of information asymmetry or for firms with high amenity potential, like the media industry (DEMSETZ & LEHN, 1985). In the U.S., the structure has also been used by incumbent management to remain in control of the company once it goes public.

In the American context, another important role of the dual class structure is to act as a takeover defense mechanism. The structure protects management from hostile

takeover threats when management holds a substantial part of the company's voting rights, usually through the use of multiple voting shares. Indeed, when management controls the firm with a majority of the voting rights, the takeover threat is basically contained. Dual class shelters management from the discipline of the market for corporate control (GILSON, 1987).

Finally, studies have shown that companies are more likely to adopt dual class structures, especially in the American context, in the following situations: (i) when management reputation has increased, either because of good past performance or due to reputable new management; (ii) when the company operates in industries with a substantial increase in takeover activity; and (iii) when the company drastically changes features, affecting its product market (e.g., relevant change in technology or entrance into a new market), requiring it to start making risky long-term investments with no guarantee of success in the short-run (CHEMMANUR & JIAO, 2006, p. 7).

1.2 Implementation strategies

There are several ways through which the dual class structure can be implemented. The most common strategy in the U.S. is a dual class IPO. When a company decides to go public, it designs an equity capital structure comprised of more than one class of stock with different voting power. In the U.S., this structure usually takes the form of two classes of stock, one with ten votes per share and the other with one vote per share, although variations of this structure are not rare.

In Brazil, multiple voting shares are not allowed (Law of Corporations, article 110, § 2). Brazilian companies can issue two classes of stock, one with one vote per share (common stock) and the other with no voting rights (preferred stock). Up until the early 2000s, Brazilian companies would introduce the dual class structure by going public offering only preferred stock, while the common stocks were held by the founders and not publicly traded. As of the mid 2000s, however, dual class IPOs were no longer the trend in Brazil. During this period, some companies (listed only with common stocks) have introduced dual class through follow on of preferred (non voting) shares. A few have promoted a dual class IPO. However, the majority of IPOs in Brazil since mid 2000s have been one class share listed in the Novo Mercado segment (see section 1.3 for details), because it facilitates the placement of shares. In fact, the only Brazilian companies that still opted for a dual class IPO in the last years were those public owned, such as Petrobras.

Some firms with the bulk of their revenues accrued in Brazil have recently opted to introduce the dual class structure through a rather sophisticated mechanism. They incorporate in a foreign country (e.g. they are not technically Brazilian firms) whose corporate law allows for multiple voting shares - usually the Bermudas, also because of its similarity with the British corporate law, which is familiar to investors - and issue in the Brazilian exchange (BM&FBovespa, see details in section 1.3 below) the so-called

Brazilian Depositary Receipts (BDRs), a security that allows foreign companies to raise capital in the Brazilian market (MAIA, 2012). Under this structure, these companies (that are formally foreign but materially Brazilian) are listed in the Brazilian market while having a dual class structure with super voting shares abroad.[4] Although there is no legal impediment for companies to promote a dual class IPO in Brazil, the common choice is to avoid this path and opt for the BDR structure, as Agrenco, Cosan Limited, Dufry, GP Investments, Laep, Tarpon and Wilson, Sons did (MAIA, 2012, p. 16).

In the U.S., before July 1988, when the Securities Exchange Commission (SEC)[5] introduced rule 19C-4 (hereinafter, SEC rule 19C-4, detailed in section 1.3), other implementation strategies were fairly common. Companies commonly introduced the dual class structure through recapitalization transactions such as "dividend sweeteners" and time phased voting plans.

In a "dividend sweetener" recapitalization, a company with a single class of shares created a new class of shares with less voting rights but with higher dividends (HOWELL, 2009, p. 18). Following the creation of the new class with enhanced cash flow rights and reduced voting power, the company gave its shareholders the option to convert their shares to this new class (HOWELL, 2009, p. 8). The ordinary shareholders that did not hold a relevant stake in the company were hence highly motivated to switch shares, since more dividends would accrue to them. Those blockholders of the original class not converted into the new one then, usually held enough voting rights to control the company.

In time phased voting plans, shareholders were segregated and voting rights distributed based on the length of time they owned the stock (HOWELL, 2009, p. 9). Under this strategy, a share gained a certain voting power (e.g., 10 votes per share) conditioned upon its holding for a minimum period of time (e.g., four years). The average shareholder who did not wish to hold his or her investment for too prolonged a period, ended up not enjoying enhanced voting power because he or she did not hold the share for sufficient time. Conversely, the block of shareholders holding shares for a prolonged period ended up with more voting power and control of the company, despite the reduced cash flow rights accruing to them.

Additionally, companies in the U.S. chose to implement dual class structure through spin-offs in cases where such strategy allowed for beneficial tax treatment (HOWELL, 2009, p. 10). Certain transactions had a minimized tax burden if they used a trust vehicle that retained substantial voting rights after a spin-off. To accomplish such retention, the establishment of a dual class structure was an effective path.

Finally, U.S. companies also implemented the dual class through the issuance of stock dividends (HOWELL, 2009, p. 10). In this case, the company usually issued a non-voting stock as a dividend for a voting stock, followed by an additional issuance of the new class of non-voting stock. This introduced a new class of shares with unbundled voting and cash flow rights. Dow Jones & Co, Times Mirror Company, CMI

Corporation and Baker Corporation are some of the companies that used this strategy to introduce a dual class structure (HOWELL, 2009, p. 10).

After SEC rule 19C-4 was issued, many of the previously mentioned strategies became impracticable due to regulatory constraints (as detailed in section 1.3) and most dual classes were structured via IPOs.

In sum, while in Brazil the main method for implementing dual class structures is through the issuance of BDRs, in the U.S., dual class IPOs are the most popular strategy. Thus, dual class structures can be implemented through the issuance of BDRs, through IPOs, through corporate restructuring that change voting and cash flow rights of a specific class of shares as well as through the issuance of a new class of stocks, usually with no voting powers and only with cash flow rights.

1.3 Regulatory approach: U.S. v. Brazil

In the U.S., the unbundling of cash flow and voting rights dates back to the turn of the twentieth century, when there was the first issuance of non-voting stocks by International Silver Company, in 1898 (STEVENS, 1926). In the 1920s, companies began to issue two classes of common stock giving only one class the right to vote (HOWELL, 2009, p. 2).

In 1926, the issuance of non-voting common stock received its first public disapproval by the New York Stock Exchange (NYSE). The NYSE released a statement that it would review the matter of voting control carefully (HOWELL, 2009, p. 3). After the 1926 statement, the NYSE prohibited the issuance of non-voting securities, although it did not formally announce the prohibition until 1940 (HOWELL, 2009, p. 3). The restraint was kept until 1985, when the NYSE relaxed some of the voting rules in order to be more competitive with other American exchanges. Despite the prohibition of non-voting shares until 1985, some companies managed to get around the restriction by issuing classes of stock with inferior voting rights rather than no voting rights.[6] Nevertheless, in 1985 only 10 NYSE firms had a dual class structure (SELIGMAN, 1986).

The American Stock Exchange (AMEX) adopted a less strict policy than the NYSE and it did not implement a non-voting prohibition until 1972 (HOWELL, 2009, p. 4). In 1976, the AMEX issued the so-called "Wang formula" policy statement, determining the boundaries for dual class structure companies. According to this statement, the limited voting class had to have the ability to elect at least 25% of the board, the voting ratio could not be greater than 10:1, no additional stock could be issued which diluted the limited voting shareholders stake, superior voting rights would be lost if the number of these shares fell below a certain percentage and dividend preference was strongly recommended for limited voting stock (HOWELL, 2009, p. 4). As of 1985, the AMEX had 60 companies (7%) listed with dual class shares (SELIGMAN, 1986).

The National Association of Securities Dealers (NASD) had no restriction on dual class structures and as of 1985, 110 companies listed in the NASDAQ (originally, National Association of Securities Dealers Automated Quotations) had a dual class structure (SELIGMAN, 1986).

Although there was public and congressional pressure for the three exchanges to formulate a uniform policy, negotiations took a long time to reach common ground. In fact, after 1985, all exchanges allowed for dual class structures and, in 1988, 336 firms (6.7% of the publicly listed companies) used the structure (HOWELL, 2009, p. 5). With the increase in the use of this structure, more pressure from the Congress for regulation arose and as the discussion moved forward, the following view emerged: instead of prohibiting dual class structures, the focus of regulation became dual class recapitalizations that effectively coerced the existing shareholders into giving up their voting rights (HOWELL, 2009, p. 6). This rational was expressed by Gilson (1987, p. 11) who, while analyzing leverage buyout and dual class structures as substitutes, concluded that regulation prohibiting dual class recapitalizations was important, but it should not mean the banning of dual class structures. This approach would allow companies to enjoy the benefits of a dual class structure without the problem of coerced shareholders.

This proposal resulted in the issuance of SEC rule 19C-4 in 1988. Under the rule, the SEC prohibited self-regulatory organizations (such as the exchanges) from listing and trading the stocks of companies that issued new shares carrying more than one vote per share, but it allowed companies to issue shares with less than one vote per share and permitted those with unequal voting rights still to be traded (HOWELL, 2009, p. 6). As a technical matter, SEC rule 19C-4 added a new rule to the listing standards of each American national securities exchange making available transaction reports (under the Securities Exchange Act of 1934 rule 11Aa3-1, 17 C.F.R. § 240.11Aa3-1, 1990). While not a strict one share, one vote standard, SEC rule 19C-4 placed substantial limitations on the ability of U.S. corporations to adopt disparate voting rights plans. However, shortly after the rule was implemented, in 1990 the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit unanimously ruled that the SEC had exceeded its authority in issuing the rule.[7]

Despite the ruling against the SEC rule 19C-4, the NASD, NYSE and AMEX all issued policies implementing rules similar to the SEC rule 19C-4 proposal (HOWELL, 2009, p. 7). The AMEX, for example, adopted the restriction with the exception that inferior voting shares could be created if approved by two-thirds of the stockholders and a majority of non-insiders (BLOCK, 1991). In 1994, all three exchanges adopted a uniform policy,[8] allowing companies with dual class structures to be listed and setting no limitation on voting rights for new public offerings. However, the policy barred companies from reducing their existing shareholders' voting rights through actions as "the adoption of time phased voting plans, the adoption of capped voting rights plans,

the issuance of super voting stock or the issuance of stock with voting rights less than the per share voting rights of the existing common stock through an exchange offer" (Section 313.00 (B) of the NYSE Listed Company Manual). In sum, dual class IPOs were allowed freely, but follow on issuances had to avoid shareholder exploitation.

In spite of the regulatory efforts to develop a uniform policy minimizing the risk of shareholder exploitation, the dual class structure is still strongly criticized in the U.S. More details of the American panorama on dual class companies are provided in section 1.5.

In Brazil, dual class structures date back from the beginning of the development of the capital market.[9] Before the 1960s, Brazilians mainly invested in real estate, avoiding investments in securities. An economic environment of rising inflation in the late 1950s, coupled with an interest rate legally capped at 12% per year (the Usury Law), strongly limited the development of an active capital market.[10] Things began to change in 1964, when the government promoted major economic reforms and enacted the basic legislation regulating the financial and capital markets. The major events, however, happened in 1976, when Congress enacted the main body of corporate law[11] (Federal Law 6,404/76, as amended, hereinafter, Law of Corporations) and created the Brazilian Securities Commission (Comissão de Valores Mobiliários, hereinafter CVM).

Until the mid 1960s, Brazil had 27 stock exchanges, operating as nonprofit organizations regulated by the Federal Government. In 2000, the 10 remaining exchanges were integrated into a single entity, the São Paulo Stock Exchange (BOVESPA).[12] Since then, the BOVESPA (operating under supervision of the CVM) has concentrated all securities trading in Brazil. In 2007, BOVESPA was reincorporated as a corporation. A few years later, in 2008, the BOVESPA merged with the Brazilian Mercantile and Futures Exchange (BM&F) to become the BM&FBovespa, one of the biggest securities exchanges in the world.

From 1940 to 1976, every listed company in Brazil could have non-voting stock representing up to 50% of its equity capital (Federal Decree 2,627, issued on September 26, 1940). After 1976, this legal ceiling was raised to two-thirds of the company's equity (Law of Corporations, article 15, § 2) and later reduced again to 50% in 2001 (Federal Law 10,303, October 31, 2001). However, companies listed prior to 2001 were allowed to keep preferred stock up to two-thirds of the equity capital, as long as they abided by the new rules regarding preferred stockholders' rights (Law of Corporations, articles 8, §§ 1 and 3). Thus, a dual class structure – comprised of common stock with one vote per share and preferred stock with no voting power – has historically been a substantial part of Brazil's corporate structure. More details on the role of this approach are provided in section 1.4.

Hence, the dual class structure is so embedded in Brazil's corporate tradition that a regulatory attempt to broadly limit the structure would likely meet many obstacles,

especially from established interest groups that benefit from the *status quo*. In order to effectively deal with the historical corporate setting and still foster the development of the capital markets, the BM&FBovespa created different trading segments with separate standards for listing. Besides the traditional segment, the exchange offers four other segments that companies may voluntarily adhere to: (i) Bovespa Mais ("More"); (ii) Level 1; (iii) Level 2; and (iv) Novo Mercado ("New Market").

Most relevant to this paper is the Novo Mercado segment because it is the only one that absolutely prohibits companies from having a dual class structure (e.g., only single class companies can be listed in this segment).[13] The Novo Mercado was created in 2000 on the premise that reduction in investor perceptions of risk would have a positive effect on share values and liquidity (SANTANA et. al., 2008, p. 1). The segment was aimed at companies committed to adopting high standards of corporate governance beyond those legally required, including rules increasing shareholder rights and mandating more comprehensive disclosures.[14] The BM&FBovespa believed that investors would perceive their risks to be lower if they were granted additional rights and guarantees and also if the information asymmetry between the controlling shareholders/management and market participants was narrowed (SANTANA et al., 2008, p. 1). The segment has received much praise. The Wall Street Journal assessed the Novo Mercado as a "listing for newly public companies with U.S.-style corporate-governance standards. Partly as a result, foreign investors have bought up 74% of shares in new listings" (REGALADO & LUCCHETTI, 2007).

The Novo Mercado limitation of non-voting shares aimed at reducing opportunities for abuse by giving minority shareholders the ability to voice their concerns and to attempt to influence corporate action (GILSON et al., 2010, p. 17). It also limited the controlling shareholders' incentives for expropriation of minority shareholders by removing the wedge between voting and cash flow rights (GILSON et al., 2010, p. 17). Brazil's Novo Mercado is seen as a paradigmatic example of regulatory dualism, as a strategy to mitigate political opposition to reforms by protecting the *status quo* while allowing other firms to be regulated by a new parallel regime that is more efficient (GILSON et al., 2010, p. 1). Indeed, 85% of the companies listed in Novo Mercado are "new entrants", which means their IPO put them in this segment (GORGA, 2008, p. 1).

Although Brazil and the U.S. have chosen different regulatory approaches (while Brazil is betting on the regulatory dualism, the U.S. exchanges adopt a uniform policy that keeps them competitive), understanding how regulation is perceived is crucial to comprehend the analysis that follows.

1.4 The Brazilian case

From the early days of its corporate history, Brazil has had a family based capitalism with concentrated ownership as the primary rule and equity capital comprised of common

and preferred stocks. The main purpose of preferred stock is to create an environment that allows Brazilian firms to get financed by the capital markets while permitting the founders to remain in control of the firm and provide investors with additional assurance of profitability or recovery of investment (LAMY FILHO & PEDREIRA, 1995, p. 193).

Currently, companies can have up to 50% of their equity capital comprised of preferred stock (Federal Law 10,303/01, article 15, § 2). After consecutive legislative reforms, presently preferred shares must have at least one of the following benefits: (i) priority in the distribution of fixed or minimum dividends, or (ii) priority in the residual claim, with or without premium. The bylaws can overlap such benefits (Federal Law 10,303/01, article 17, § 2). Additionally, in order to be listed, preferred shares shall be entitled, alternatively: (i) to the same dividends paid to common stock, of at least 25% of the net profits for the fiscal year, with priority to receive minimum dividends corresponding to at least 3% of the book value per share; or (ii) to dividends 10% higher than those paid to common stock; or (iii) to the same dividends as paid to common stock combined with tag along rights in case of a tender offer to acquire control (Federal Law 10,303/01, article 17, § 1). Thus, preferred stocks with fixed dividends and no right to participate in the residual profits can no longer be traded in the market.

Legislative reform also improved preferred stockholders' political rights. Preferred stockholders with 10% of the firm's equity capital have the right to elect and remove (in a separate vote) one member of the board of directors. The controlling shareholder cannot vote in this election. Moreover, preferred stocks' voting rights are restated in case of nonpayment of dividends for a period of three consecutive years (or less, as otherwise provided by the bylaws), until non-cumulative dividends are distributed again or delayed cumulative dividends are paid (Law of Corporations, article 141, § 4).

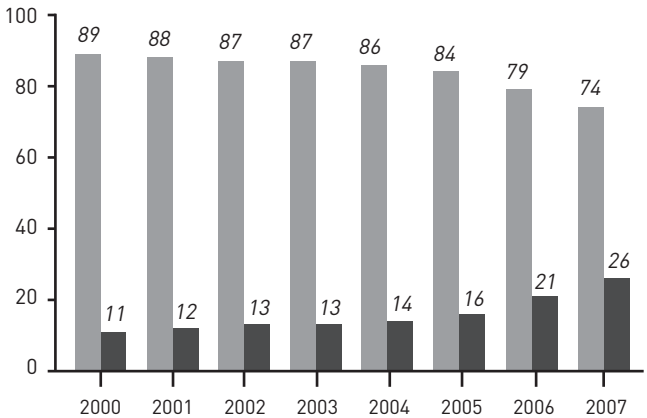
Lastly, changes to preferred stocks' benefits must be previously approved or later ratified by the majority of the preferred stockholders in a special meeting (Law of Corporations, article 136, § 1). Dissenting preferred stockholder has legally assured appraisal rights (Law of Corporations, article 137, I and II). This brief overview of the role of preferred stocks should help contextualizing the reality of the dual class structure in Brazil.

From this framework, it is clear that the Law of Corporations was shaped to deal with dual class companies. In Brazil, the figure of a controlling shareholder is very common, as well as the unbundling of cash flow and voting rights. Most companies outside Novo Mercado trade primarily preferred stocks, which results in high illiquidity of the common (voting) stock. Despite an extensive literature suggesting that private benefits of control can explain price differentials between classes of stocks with different voting rights, in Brazil the price differential between voting and nonvoting stocks was found

to be negative for several companies in the period between July 1994 and September 2002 (SAITO, 2003, p. 106). This study shows how liquidity is relevant to the determination of relative prices (SAITO, 2003, p. 106).

In Brazil, 74% of listed companies had a dual class structure as of 2007 (BORTOLON & LEAL, 2009, p. 8). This represented a decrease from 2000, when the percentage of dual class companies was 89%. The chart below shows the evolution of the percentage of companies adopting dual class structures:

GRAPH 1 – **COMPANIES WITH DUAL CLASS STRUCTURE**



Source: Bortolon & Leal (2009, p. 8).

The movement for a reduced participation of preferred stocks in firms' equity follows a worldwide trend to expand the volume of common shares trading in the market, proportionally reducing the space once occupied by preferred stocks (PINTO JUNIOR, 2011, p. 9-10). It is also a response to the strong criticism the Brazilian dual class structure has been under, especially regarding minority shareholder protection (GILSON et al., 2010; SANTANA, 2008). Thus, there is a clear trend for the unification of dual class structures in Brazil, which will be analysed in detail in section 2.2.

1.5 The American case

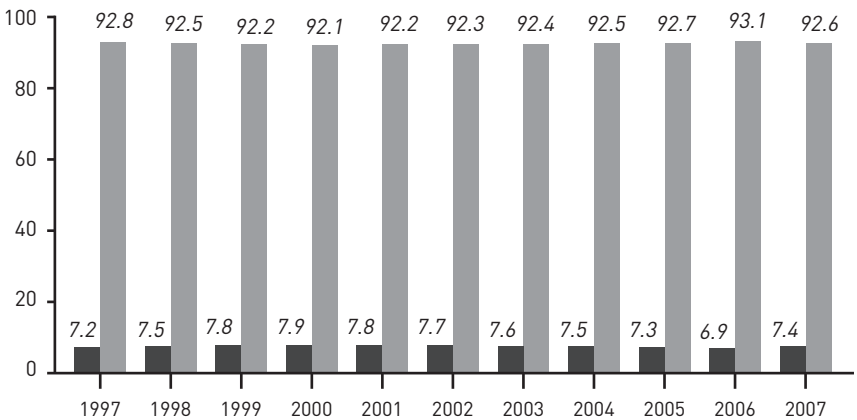
The American case is very different from the Brazilian. Initially, there is no comprehensive statutory regulation of non-voting stocks (as opposed to extensive regulation of Brazilian preferred stocks). Moreover, the American corporation typically has a

dispersed ownership structure, although controlling shareholders are found in a limited number of companies.

Dual class structures are also more sophisticated in the U.S. The possibility of having shares with multiple voting rights provides more flexibility on how the dual class structures are designed and implemented, as discussed in section 1.2 above. The result is that the separation of cash flow and voting rights in American dual class firms provides outside investors with limited control rights even when their fractional ownership may give them substantial cash flow rights.

In the U.S., 7.4% of the companies had a dual class structure as of 2007 (11.5% of NYSE companies, 5.1% of AMEX companies and 5.5% of NASDAQ companies) (HOWELL, 2009, p. 24). This percentage has been fairly stable for the past decade, as shown by the chart below:

GRAPH 2 – **COMPANIES WITH DUAL CLASS STRUCTURE *VS.* COMPANIES WITH SINGLE CLASS STRUCTURE**



Source: Howell (2009, p. 24).

When compared to the Brazilian scenario, American companies clearly make proportionally much less use of the dual class structure, which is consistent with the dispersed ownership pattern. Companies that do adopt a dual class structure have a controlling shareholder that holds on average 60% of the voting rights and 40% of the cash flow rights. The most common arrangement is a 10:1 structure in which the superior class has ten votes per share and the inferior class has one vote per share. Moreover, insiders maintain a majority of voting rights without holding a majority of cash

flow rights in only one-third of dual class firms (GOMPERS & METRICK, 2008, p. 9), which is a fairly low percentage in the context where dual class structures are generally perceived as providing control unbundled from cash flow rights.

Studies have shown that dual class firms are generally larger than single class ones in the U.S. As of 2008, the median dual class company had $482 million in assets as opposed to $138 million for the median single class company (GOMPERS & METRICK, 2008, p. 10). Similarly, as of 2008, dual class firms had a median market value of $295 million whereas single class firms had $100 million (GOMPERS & METRICK, 2008, p. 9). Overall, dual class firms represented 8% of the market capitalization (GOMPERS & METRICK, 2008, p. 9). Moreover, on average, dual class firms were 35% more leveraged than single class firms (HOWELL, 2009, p. 14).

Most dual class structures in the U.S. are implemented by IPOs (HOWELL, 2009, p. 36). Studies show that dual class IPOs in the U.S. are more prevalent in three kinds of firms: (i) those operating in industries in which value can be created by pursuing long-term goals while ignoring short-term trends (e.g., the newspaper and media industry, where sacrificing editorial integrity in pursuit of short-term profits can be disastrous); (ii) firms that are family owned or run by founding entrepreneurs, who tend to have a high reputation in managing the firm; and (iii) those firms characterized by large private benefits of control (CHEMMANUR & JIAO, 2006, p. 6). If the private benefits of control are larger than the aggregate reduction in share value (assuming that a single class IPO would increase the share value), then there is scope for insiders to negotiate with other potential investors and go public with a dual class structure (GOMPERS & METRICK, 2008, p. 15).

These findings are consistent with Howell's empirical evidence (2009, p. 14) that the main industries that adopt dual class structures in the U.S. are communication and publishing (e.g., The New York Times Co., Washington Post Inc. and Dow Jones & Co.), in which there are significant benefits of maintaining control. A study conducted in 2001 showed that dual class firms are concentrated in five industries: communications, business services, printing and publishing, retail and machinery (GOMPERS & METRICK, 2008, p. 11). This trend has been recently confirmed by the dual class IPOs of Zynga, Grupon, LinkedIn and Facebook.

Finally, among those companies with a dual class structure as of 2009, 22% of superior voting stocks are freely traded (SBA, 2010, p. 20). Despite having comparatively many fewer companies with dual class structure than Brazil, the U.S. also is and has historically been under strong criticism for allowing the unbundling of voting and cash flow rights. Hence, the unification process of dual class shares has been a trend in both countries. The following part analyzes the development of this process.

2 The unification process

2.1 Problems with the dual class structure

The criticism of dual class structures is well grounded. There are many reasons why the arrangement is often censured and this section assesses the main arguments against dual class structures.

First, the dual class structure aggravates agency conflicts[15] between shareholders and managers/controllers arising from the divergence between voting power and cash flow rights (BEBCHUK et al., 1999). In Brazil, where firms usually have a controlling shareholder, the agency problem is mainly between the controlling shareholder and minorities, whereas in the U.S., where dispersed ownership is predominant, the agency problem is more severe between management and shareholders. In dual class companies, management ends up having control of the firm despite holding only a small share of the firm's equity capital, as opposed to single class companies, in which control requires a stake of at least 50% of the equity capital. A large stake such as that reduces the controlling shareholder's incentives to use private benefits of control in detriment to minority owners (e.g., misappropriation of corporate funds). Likewise, in companies with dispersed ownership and a single class structure, the risk of takeover and the market for corporate control serve as strong incentives for management to be efficient and not take advantage of shareholders. This is why single class firm are seen as the best structure to deal with agency problems.

In dual class structures, agency problems are more severe because shareholders controlling disproportionally more voting rights than cash flow rights bear a smaller portion of the financial consequences of their decisions while having greater ability to prevent and even block changes in corporate control that could threaten their private benefits and continued employment at the firm (MASULIS et al., 2008, p. 4). Some evidence of management profiting from private benefits of control can be found in the fact that CEO compensation is significantly higher in companies with a wider divergence between insider voting and cash flow rights (MASULIS et al., 2008, p. 10). In short, dual class structures encourage irresponsible behavior from those holding large voting power and a limited cash flow stake. In Brazil this problem is somewhat alleviated by the fact that the law limits the divergence between voting and cash flow rights (non-voting shares can represent a maximum of 50% of the equity capital) (see section 1.4 for more details).

Besides agency problems, the unbundling of voting and cash flow rights also raises a serious concern about minority shareholder exploitation. Without a voice, shareholders holding only cash flow rights cannot influence the company's decision-making process and they might be exploited by a majority shareholder (as in the Brazilian case) or entrenched management (as in the American case). Moreover, shareholders holding mostly cash flow rights have a harder time holding managers accountable for their actions.

Hence, dual class structures can have a negative impact on investor equality. From an institutional investor's perspective, Li, Molina and Zhao (2008, p. 16-17) found that institutional ownership in dual class firms is 11% lower than it is in single class firms, after controlling for other determinants of institutional investment. Although institutions of all types hold less of a stake in dual class firms, this avoidance is more pronounced for long-term investors with strong fiduciary responsibilities than for short-term investors with weak fiduciary duties (LI et al., 2008, p. 32). Cross-sectional tests in the U.S. show that, as of 2007, the aggregate institutional ownership in dual class firms was about 3.6% lower than in single class companies, after controlling for a host of factors that affect institutional investment in stocks (LI et al., 2008, p. 32).

In the case of dual class companies with a founding shareholder that uses the structure to assure control over the company's future, an incompetent heir can pose serious obstacles to the founder's posterity plans (SBA, 2010, p. 19). Hence, as the controller transfers his shares to the next generation of the family business, the certainty of a bright future can be disturbed if the incoming heir is not as skilled as the founder. An unskilled heir, or even intra-family conflicts, can basically threaten the company's future existence and undermine all previous efforts put into the business.

Moreover, dual class companies also have less or no incentive for change in times of difficulty. An entrenched management or a controlling shareholder suffers less external (minority) pressure when times are difficult and change is needed. Conversely, single class firms (especially those with dispersed ownership) are under much more pressure from minority shareholders for change in problematic periods. The possibility of shareholder proxy access introduced recently by the SEC[16] is a part of this force.

There are also papers suggesting that dual class structures negatively affect firm value. Companies' value has been positively associated with insiders' cash flow rights and negatively associated with insiders' voting rights (GOMPERS & METRICK, 2008, p. 6). Masulis, Wang and Xie (2008, p. 2) argue that the dual class structure adversely impacts value to shareholders because the marginal value of cash decreases in the divergence between insider voting rights and cash flow rights. Moreover, they argue that this structure encourages value-destroying acquisitions. As insiders control more voting rights relative to cash flow rights, they are more likely to make shareholder value destroy acquisitions that benefit themselves (MASULIS et al., 2008, p. 3). Finally, they argue that capital expenditure contributions have significantly less impact on shareholder value in firms with a greater divergence between insider voting rights and cash flow rights, suggesting that managers of these companies are more likely to make large capital investments to advance their own interest (MASULIS et al., 2008, p. 20). All these factors result in a firm with lower value. Some empirical evidence exists to corroborate these assertions. Villalonga and Amit (2006) found that control-enhancing mechanisms, such as dual class structures, had

a negative and significant effect on the value of S&P 500 firms between 1994 and 2000. Consistent with this result, the same authors found that the wedge between voting and cash flow rights is negatively associated with firm value for family firms (VILLALONGA & AMIT, 2009).

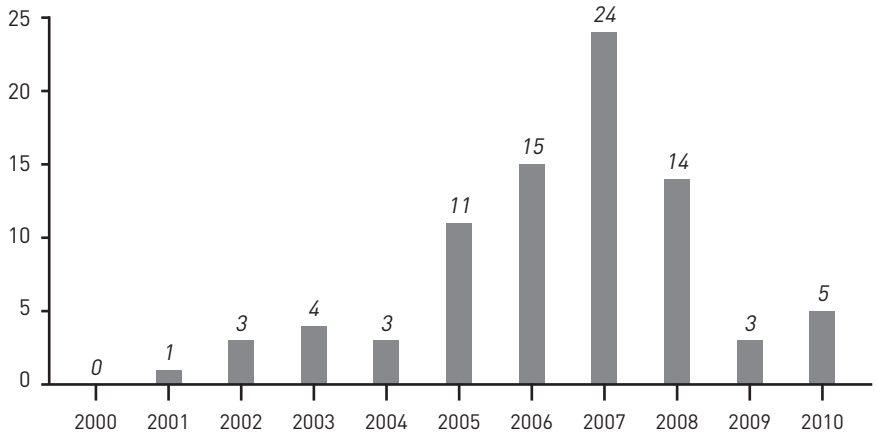
Furthermore, a dual class structure serves as an effective anti-takeover mechanism in the American context (as briefly mentioned in section 1) (JARRELL & POULSEN, 1988). Interesting evidence of this increased protection against takeover enjoyed by dual class companies can be found in the average age of these companies. Dual class firms are generally significantly older than single class firms, with an average age of 12.87 years versus an average age for single class firms of 9.60 years (as of 2001) (GOMPERS & METRICK, 2008, p. 11). Indeed, few takeover defenses are more likely to be successful than dual class capitalization (SELIGMAN, 1986). The flipside of this situation is that it prevents minority shareholders from reaping the benefits of an average takeover premium of approximately 16-20% (ANDRADE et al., 2001; BOONE & MULHERIN, 2007). This exploitation of minorities in the takeover context is regarded as a negative feature of the dual class structure.

In sum, dual class structures can pose a wide range of problems both from an individual (shareholder) perspective – such as the risk of exploitation and negative impact on firm value – and a broader, public policy perspective – such as the detrimental effects on the market for corporate control. The problems with the dual class structure mentioned above are definitely more acute in the United States than in Brazil due to the historical patterns of corporate ownership, despite the small number of firms adopting this strategy in the U.S. Nevertheless, both countries have been facing a trend towards unification. The empirical evidence of this process is outlined below.

2.2 Empirical evidence in Brazil

Pinto Junior (2011, p. 24) led a comprehensive study of dual class unifications in Brazil. He reviewed all unifications that took place between 2000 and 2010 to analyze the main determinants and implications of this process. Within this period, 82 companies listed in the BM&FBovespa eliminated preferred stocks from their equity capital, thus adopting a single class structure. The chart below shows the evolution of the unification process:

GRAPH 3 – **NUMBER OF COMPANIES UNIFYING DUAL CLASS STRUCTURE (2000 – 2010)**



Source: Pinto Junior (2011).

The chart shows that the unification trend increased in 2005, when the Brazilian capital market was heating up, and it reached a peak in 2007, when the BM&FBovespa registered the largest number of IPOs in a year (64 IPOs, compared to only 4 in 2008 and 26 in 2006).[17]

About 52% of the unifications were compulsory, e.g, were approved by a majority of the voting capital and obtained the approval of the preferred stockholders at a special meeting, making the unification binding on all shareholders (PINTO JUNIOR, 2011, p. 25). Only 26% of the unifications were voluntary (PINTO JUNIOR, 2011, p. 25). Additionally, only 4% of companies went back to having dual class structures by issuing preferred shares after the unification (PINTO JUNIOR, 2011, p. 25).

Also, 71% of the unifications used a conversion rate of 1:1, meaning that for every preferred stock redeemed, the shareholder was entitled to one common stock (PINTO JUNIOR, 2011, p. 26). For the remaining companies, 12% adopted conversion rates other than 1:1 and 17% did not disclose the conversion ratio adopted (PINTO JUNIOR, 2011, p. 26). Regarding the corporate context, 78% of the companies conducted the unification process as an isolated transaction whereas 16% used corporate restructuring transactions to unify the shares (PINTO JUNIOR, 2011, p. 27).

The study also identified the main determinants that led dual class companies to become single class. By analyzing the justifications provided by the company's proxies, the study identified that the most common reason for unification – given by 52% of the firms – was to enter the Novo Mercado listing segment (see section 1.3), which requires that companies have equity capital comprised solely of common stocks (PINTO JUNIOR, 2011, p. 25). From this perspective, unification enhances these companies' governance practices. A similar study conducted by Bortolon and Leal (2009, p. 14), also analyzing the trends of the unification process of Brazilian firms, concluded that the main reason why companies converge to single class is to increase share liquidity. This finding is particularly relevant when the price difference between common and preferred stock is considered (see section 1.4 for details). The authors also identified the perspective of entering the Novo Mercado listing segment as a very relevant reason for companies to eradicate non-voting shares (BORTOLON & LEAL, 2009, p. 14).

In analyzing which companies were more likely to abandon non-voting shares, Bortolon and Leal (2009, p. 29) identified three characteristics common to the firms that underwent the unification process: (i) they faced lower dilution of the original controllers' voting power (smaller wedge between cash flow and voting rights); (ii) they paid lower dividends; and (iii) their shares had lower liquidity in the market.

There is also extensive review of the implications of the unification process. Perhaps the most significant implication is that in the great majority of the cases, the controlling shareholder does not exit the structure through the unification process, although this reduces its voting power (BORTOLON & LEAL, 2009, p. 29).[18]

With regards to firm value, 33% of the companies that unified their shares had an increase in market value, 12% kept it stable and 29% faced a decrease in market value (PINTO JUNIOR, 2011, p. 27). Although the majority of the firms experienced a positive market reaction to the unification process, the relevance of this result can be questioned when compared with the percentage of companies that suffered a negative value impact, which corroborates the argument that the evidence of increased value following unification of dual class structures is inconsistent.

Moreover, the liquidity motivation alleged by the firms entering the unification process was sucessfully met as companies faced increased liquidity under a single class structure (BORTOLON & LEAL, 2009, p. 20). Liquidity is also important because it is a relevant criterion affecting a company's ability to partcipate in the Ibovespa index.[19] Being part of the index portfolio is important because the company becomes a part of other portfolios that try to replicate that index's performance. Indeed, at least 10% of the companies that underwent the unification process were included or increased their participation in the Ibovespa (PINTO JUNIOR, 2011, p. 28).

In sum, although the dual class structure is predominant in Brazil, there is a clear unification trend in recent years. The two major drivers of this trend are (i) the companies' desire to list in the Novo Mercado segment, as this transmits commitment

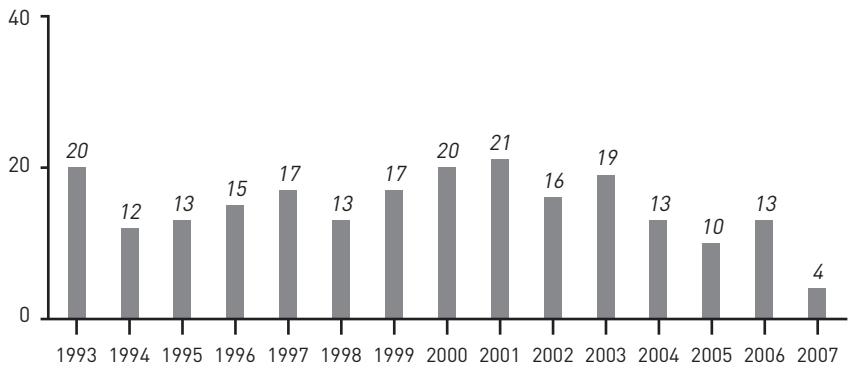
to higher standards of corporate governance to investors, and (ii) the increase in share liquidity.

2.3 Empirical evidence in the U.S.

Studies have shown that firms which had a dual class IPO are more likely to unify their shares under three different situations: (i) in case of poor performance subsequent to the IPO or decline in management's reputation; (ii) following a change in incumbent management (e.g., retirement of the founder and transfer of control to professional management); (iii) due to maturing of the firm's industry (e.g., from an industry characterized by innovative products requiring risky long-term investments to one characterized by less risky investments with smaller changes across product cycles) (CHEMMANUR & JIAO, 2006).

Howell (2001) performed an extensive study of 253 companies that underwent the unification process between 1989 and 2007. The chart below shows the evolution of the unification process in the U.S.:

Graph 4 – **Number of companies unifying dual class structure (1993 – 2007)**



Source: Howell (2011, p. 31).

From 1988 to 2007, over 1,100 publicly traded companies used the dual class structure. Despite the structure's effectiveness in maintaining control, approximately one-fourth (253) of these firms decided to adopt the single class structure.

Although there is no clear trend in the elimination of dual class structure frequency (as opposed to in Brazil), there does seem to be an increase in occurrence beginning in

1992, after the exchanges began implementing dual class policies similar to SEC rule 19C-4 (see section 1.3 for details on the rule).

About 23% of these conversions were originated by shareholder proposals, while 20% of the firms used an automatic (pre existing) conversion clause, based on conditions that trigger the conversion of the classes of stock (HOWELL, 2011, p. 1). Usually this mechanism works as follows: once the superior voting stock falls below X% of the capital equity, there will be an automatic conversion of the superior voting stock into the restricted voting stock. When such automatic conversion clause is absent, firms promoted unification by converting restricted voting shares to superior shares (in 19% of the cases) or by converting superior voting shares into restricted shares (in 14% of the cases) (HOWELL, 2011, p. 32). Under different strategies, 16% of the companies unified their shares through mergers or corporate reorganization and 7.5% as part of bankruptcy or a litigation proceeding (HOWELL, 2011, p. 32).

In 95 firms, superior shareholders voluntarily eliminated the dual class structure by means of a share conversion or a shareholder proposal. For these 95 firms, blockholders held on average 51.4% of the voting power prior to the elimination of the superior share class (HOWELL, 2011, p. 3) and lost half of their voting power during the year of the unification, going from 51.4% of voting power to 26% (HOWELL, 2011, p. 1).

The most common reason alleged by the companies eliminating the dual class structure is to increase liquidity, mentioned by 70% of firms (HOWELL, 2011, p. 14). This is consistent with the fact that in approximately 85% of the dual class firms, only the restricted voting class trades publicly (as of 2008) (GOMPERS & METRICK, 2008, p. 3). This severely restricted the liquidity of the superior voting class. Other reasons given by the companies were: (i) to simplify the capital structure (43%); (ii) to eliminate confusion among investors and analysts (43%); and (iii) to align voting rights with the economic risks of ownership (43%) (HOWELL, 2011, p. 14).

There is also extensive literature analyzing the implications of the unification process. With regards to increase in firm value, despite some controversy (better discussed in section 3), studies have found there is a positive announcement effect to the unification both in terms of share value and market capitalization (HOWELL, 2009, p. 39). With more of a relative approach, Chemmanur and Jiao (2006, p. 7) developed a model which predicts that the announcement effect of a share unification will be positive (and the firm's operating performance will improve subsequently) if the current reputation of incumbent management is low enough and it will be negative (and the firm's operating performance will deteriorate subsequently) if this reputation is high enough.

Additionally, unification tends to increase the participation of institutional investors in the firm's equity since these investors usually prefer to commit capital in single class firms. Empirical evidence shows that following the unification of a dual class structure,

there is a substantial increase in the institutional ownership of the unifying firms, over and above the change in institutional ownership experienced by non-unifying dual class firms. The unification is associated with a 10.8% increase in total institutional ownership and, when compared to the pre-unification fractional ownership by institutional investors (almost 35%), it represents a 30.9% increase (LI et al., 2008, p. 22). These findings suggest that institutional investors are truly concerned about the poor corporate governance associated with dual class companies, and that they significantly increase their investment after the structure is removed (LI et al., 2008, p. 22).

Regarding the role of the original blockholders, they usually maintain or slightly increase their voting power before the unification, but then significantly decrease their voting power in the three years subsequent to the removal of the dual class (HOWELL, 2011, p. 1). Two-thirds of the decrease in voting power is due to reductions in blockholder holdings as oppose to share dilutions (HOWELL, 2011, p. 1). For the 95 firms that removed their dual class structure through a shareholder proposal or by the superior voting shareholders simply converting their shares, blockholders lost an average of 50% of their voting power in the year of the unification, reducing their holdings to 15% of the voting power three years after unification (HOWELL, 2011, p. 24). Over 40% of blockholders completely exited the firm within three years (HOWELL, 2011, p. 24).

In sum, blockholders are willing to lose significant portions of voting power in order to increase share liquidity, including of their own shares. By demonstrating that blockholders are willing to give up large portions of voting power in order to gain liquidity, empirical evidence suggests an important value of blockholder liquidity (HOWELL, 2011, p. 24).

3 Critical review: why do dual class structures resist despite it all?

The previous sections discussed the scenarios of dual class companies both in Brazil and in the U.S., their main characteristics and the trend towards elimination of the structure. The paper reviewed the key determinants and implication of the unification of dual class structures mainly from an empirical perspective. Despite the very different corporate environments in which the unification phenomenon has been taking place, clearly both Brazilian and U.S. firms have been following a unification trend, for both common and particular reasons. The question that remains is: why, in spite of all the problems associated with dual class firms and all the reasons vindicating unification, do some companies still prefer to stick with the dual class structure? This section suggests some answers to this question.

Firstly and perhaps more intuitively, one size does not fit all. In other words, single class firms may provide many benefits to different constituencies, but there are

some circumstances in which such benefits are not perceived as relevant enough to justify unification. An example of this circumstantial approach can be found in the American context of the 1980s, when the boom in takeovers led many companies to adopt a dual class structure as a protective device. In that particular circumstance, the potential benefits of having a single class structure were not enough to prevent the adoption of dual class, in the face of the potential damages arising from the threat of takeovers.

Likewise, in many circumstances, dual class structures might not trigger many of the agency problems discussed in section 2.1. Indeed, a large majority – two-thirds – of the American firms with dual class structures have insiders with the majority of voting rights also holding the majority of cash flow rights (GOMPERS & METRICK, 2008). This distribution of rights acts as a deterrent against minorities' exploitation since the potential exploiter is likely to hurt itself substantially too. Although there is no such statistical assessment of Brazilian firms with dual class structures, my guess is that a similar if not more pronounced situation is found there. Thus, one reason that may explain the persistence of dual class structures is that oftentimes, in practice, there are limited negative agency impacts attributable to the structure.

From an alternate approach, Pajuste (2005, p. 7) suggests that dual class companies operate in what she calls dual class "equilibrium". According to this perspective, minority shareholders take into account the fact that the controlling shareholder enjoys private benefits of control and as a consequence minorities adjust the price they are willing to pay correspondingly. Minority shareholders enjoy a discount in the share value, corresponding to the expected cash flow after the extraction of the private benefits of control (PAJUSTE, 2005, p. 7).

Dual class structures have also been considered an intermediate level in the firm life cycle (DEANGELO & DEANGELO, 1985, p. 61). Based on this view, the dual class allocation of ownership rights suggests that these firms can be perceived as having an intermediate organizational form somewhere in between the dispersed ownership structure and the closely held firm. Hence, the dual class structure is more likely to be employed in situations which managerial vote ownership yields benefits (e.g., by encouraging managerial investment in firm-specific human capital), but personal wealth constraints faced by managers imply that investments can be made only if substantial amounts of equity are raised in the capital market (DEANGELO & DEANGELO, 1985, p. 61). This rationale is consistent with the view dual class shares are temporary structures kept until when the firm needs new equity capital for further expansion and growth (AMOAKO-ADU & SMITH, 2001).

One line of research suggests that dual class structures exist when there are countervailing efficiency benefits that offset the agency costs associated with the structure (for details on agency costs, see section 2.1) (KHANNA & PALEPU, 1999). Once identified, such benefits can explain the persistence of dual class structures.

The criticism made to this approach is that dual class structures are common in countries with lax corporate rules, although the agency costs of such structures tend to be greater in these countries (BEBCHUK et al, 1999a, p. 22). Thus, in order to prove this hypothesis, the research would have to identify countervailing efficiency benefits that are likely to be greater in countries with lax rules (BEBCHUK et al, 1999a, p. 22).

A different theory of corporate ownership structure suggests that dual class structures exist in public companies (e.g., after dual class IPOs) and persist when there is large private benefit and thus control is valuable enough (BEBCHUK, 1999b, p. 37). A controlling shareholder can rationally choose to sacrifice some firm value in order to maintain private benefits of control. The ability to control editorial policy at a newspaper (DEANGELO & DEANGELO, 1985),[20] corporate strategy at a software company or brand identity at a consumer company can all bring utility to manager-owners (GOMPERS & METRICK, 2008, p. 41). Such benefits can outweigh possible financial losses, particularly if the insiders are already wealthy. The recent Facebook dual class IPO appears to have met many of these elements, as it is a firm in the media industry, with a particular corporate strategy and a wealthy CEO.

The so-called rent-protection theory advocates that controllers of companies with large private benefits use the unbundling of voting and cash flow rights to prevent others from taking over control and enjoying such benefits (BEBCHUK, 1999b, p. 37). Moreover, maintaining a lock on control enables blockholders to capture a larger portion of the surplus from value-producing transfers of control (BEBCHUK, 1999b, p. 37). This theory also indicates that a corporate law system that effectively limits private benefits of control, allows for a more efficient choice of ownership structure (BEBCHUK, 1999b, p. 37).

Considering that controlling shareholder structures are common, where investor protection is weak (LA PORTA et al., 1999),[21] the rent-protection theory is a plausible explanation for the Brazilian and the American scenarios. While the U.S. is purportedly a country where private benefits of control are small because investor protection is high (and ownership is dispersed), Brazil is regarded as a country with large private benefits of control (and concentrated ownership). This is corroborated by empirical evidence finding a ratio of value of control to value of equity equal to 0.65 for Brazil, (a high-end value) (DYCK & ZINGALES, 2001, p. 6),[22] whereas the U.S. ratio was equal to 0.02 (a low-end value) (DYCK & ZINGALES, 2001, p. 45; DIMITROV & JAIN, 2006).

Companies can also choose to keep the dual class structure if they believe this is a value enhancing strategy, instead of value destroying, as suggested by part of the literature (see section 2.1). Indeed, there is inconsistent literature on the effect of dual class on corporate value (MIKKELSON & PARTCH, 1994; DIMITROV & JAIN, 2006; HOWELL, 2001).[23] Generally, dual class IPOs outperform single class IPOs if the reputation of incumbent management is high and the company operates

in an industry in which the difference in intrinsic values between the long-term and short-term projects available is relevant (CHEMMANUR & JIAO, 2006, p. 7). Conversely, single class IPOs outperform dual class IPOs if the reputation of incumbent management is low and the firm operates in an industry which the difference in intrinsic values between long-term and short-term projects is not relevant (CHEMMANUR & JIAO, 2006, p. 7).

Dual class structures can sometimes increase the market value of a company if, in case of a takeover, both incumbent and rival enjoy significant private benefits of control, and the party with high private benefits also has high security benefits.[24] In this case, minority shareholders are better off with the unbundling of cash flow rights and voting rights because the winning party in a takeover has also to pay for the expected private benefits of control (GROSSMAN AND HART, 1988). Although this hypothesis is theoretically consistent, in practice there have been too few successful takeovers of dual class companies (see section 1.1 for details) to make this argument practical and relevant.

Moreover, there is empirical evidence from stock returns showing that shareholders are not harmed and actually earn significant abnormal returns following dual class recapitalizations (DIMITROV & JAIN, 2006, p. 29). This study shows that dual class companies, on average, outperformed the matching portfolios by 23.11% in the four-year period following the announcements (DIMITROV & JAIN, 2006, p. 29). The study suggests that the source of gains in shareholder value is profitable future growth, since it finds that dual class firms grow significantly faster than their competitors (DIMITROV & JAIN, 2006, p. 30). The conclusion is that managers adopt dual class structures to take advantage of anticipated valuable growth opportunities without losing control and that such structure is beneficial to shareholders, as they can accept restrictions of their voting rights to maximize their wealth (DIMITROV & JAIN, 2006, p. 30). Hence, large managerial voting control without equivalent cash flow rights, may be desirable in some circumstances.

Developing the argument of benefits to shareholders accruing from a dual class structure, it could also be argued that shares with none or restricted voting power usually receive larger dividends and thus can maximize investor wealth in a portfolio context. Moreover, since these shares tend to have more liquidity then the superior voting shares (which is true both in Brazil and the U.S.), they might be more suitable in composing a diversified portfolio. Additionally, particularly in the case of Brazil, an extensive compensatory regulation protecting preferred (non-voting) stockholders (see section 1.4 for details) increases the attractiveness of holding such shares.

Especially in the American context, the elimination of dual class structures can be viewed as a trend arising in the aftermath of the corporate governance scandals (e.g., Enron). Hence, since anything that can potentially increase managerial entrenchment becomes problematic, dual class structures became a major target, but not necessarily

because the structure is problematic in itself. Indeed, empirical evidence suggests that dual class recapitalizations are unlikely to be motivated by entrenchment, because companies that promote dual class recapitalizations are characterized by concentrated ownership even before the adoption of the structure (CHEMMANUR & JIAO, 2006, p. 8). Nevertheless, the question of whether there should be a regulatory response against dual class structures remains unanswered.

In Brazil, the problem of managerial entrenchment is rarer due to the controlling shareholder structure. Despite the clear trend towards unification verified in section 2.2, the dual class structure still plays a major role in the way corporate ownership is organized in the country, due to a tradition of family businesses. On the one hand, the quest for liquidity can induce companies to list in the Novo Mercado segment, but on the other this trend can also be offset by legal protections provided to preferred stocks. Finally, there are certain regulatory requirements in the infrastructure business operated by the private sector (such as energy) and banking business[25] that mandate the figure of a controller shareholder. In concessions, for example, a change of control of the concessionaire needs to be previously approved by the public authority (Federal Law 8,987/96, article 27).

In sum, although many companies in Brazil and the U.S. have eliminated the dual class structure, a substantial number of Brazilian companies and a persistent share of American firms still prefer the dual class structure over the single class – one share one vote – paradigm. Some of the reasons why this happens were debated in this section.

Conclusion

Dual class structure is a complex strategy for corporate ownership. Despite the extensive literature on the topic, much controversy remains and companies still insist on maintaining the structure in spite of all the criticism.

This paper analyzed how two different corporate ownership settings – concentrated in Brazil and dispersed in the U.S. – perceive dual class structures as a strategic ownership structure. It discussed how dual class structures make sense when founders or management need to retain control while accessing the equity markets for financing as well as a takeover defense. The paper also indicated the main strategies for implementing a dual class structure, such as "dividend sweetener" transactions, time phase voting plans, spin-offs, issuance of stock dividends, follow on issuances and IPOs.

Following this assessment, there was an overview of the regulatory approach provided by each of the countries. A brief history of the origins of the dual class structure was outlined up to the current treatment given to these structures by both the Brazilian and the American exchanges. While the U.S. opted for a uniform policy for all exchanges, Brazil adopted a regulatory dual strategy in which the Novo Mercado

listing segment was designed to attract new entrants wishing to voluntarily commit to higher standards of corporate governance.

This paper further presented empirical evidence of the dual class structure scenario in each country. Brazil had 74% of the listed companies using dual class shares as of 2007 and a legal framework allowing two types of stocks – preferred shares with no voting rights and common shares with one vote per share – and prohibiting multiple voting stocks. In the U.S., a much smaller comparative fraction of companies adopted the dual class structure – only 7.4% as of 2007 – and the structure was designed in more sophisticated ways due to the possibility of multiple voting shares (in an IPO).

This paper followed by analyzing the unification process that both countries underwent. It reviewed the main criticisms formulated against dual class structures, such as the aggravation of agency problems, the risk of shareholder exploitation, the negative impact on institutional investor participation, potential problems with incompetent heirs, the absence of incentives to change in difficult times, the negative impact on the firm's value and the feature of being an effective antitakeover mechanism.

Afterwards, the paper presented empirical evidence of the unification process both in Brazil and in the U.S., with details on the determinants and implications of the change. In Brazil, a significant number of companies unified their shares in order to be listed in the Novo Mercado segment and increase share liquidity. The same quest for liquidity was also the major reason justifying the elimination of dual class structures in the U.S. Nevertheless, while in Brazil the majority shareholder kept control of the firm with reduced voting power after unification, in the U.S., 40% of the blockholders exited the company within three years after unification. There is some evidence of firm value increase in both countries and significant growth of institutional investors' participation in American firms.

Lastly, this paper discussed some of the reasons why certain companies may still prefer dual class structures to single class ones, despite all the criticism aimed at the segregation of cash flow and voting rights. Among the arguments developed were (i) the fact that one size does not fit all and that a circumstantial context could increase the attractiveness of dual class structures (e.g., the 1980s in the U.S. with the boom in takeovers); (ii) suggestions that dual class structures might not trigger many of the agency problems indicated, since a large majority of insiders with control also hold the majority of cash flow rights; (iii) the possibility that dual class companies operate in "equilibrium"; (iv) the alternative to perceive dual class structures as an intermediate level in the firm life cycle; (v) the presence of countervailing efficiency benefits that offset the agency costs associated with the dual class structure; (vi) the rent-protection theory, which suggests that controllers with large private benefits do not wish to give up such prerogatives; (vii) that dual class structures might be value enhancing strategy; and (viii) that dual class structures usually pay higher dividends and might be better for portfolio diversification.

Even though some of the arguments are more suitable to a particular context, generally they apply both to Brazil and the U.S. Perhaps the dual class structure is not as problematic as it is perceived.

: ARTIGO APROVADO (19/02/2014) : RECEBIDO EM 08/07/2012

NOTAS

***** Gabriela M. Engler Pinto is a Brazilian lawyer who specializes in the legal and regulatory aspects regarding the participation of the private sector in infrastructure. She received her master degree from Columbia Law School (LL.M., James Kent Scholar) and graduated from the Pontifical Catholic University of São Paulo, Brazil (J.D., with honors). She wishes to thank Professor Harvey J. Goldschmid and Professor Ira M. Millstein for their encouragement and guidance while attending their Corporation in Modern Society seminar at Columbia Law School.

1 The expression "Brazilian firms" is used to refer to companies listed on the Brazilian exchange (BM&FBovespa), and not necessarily firms with Brazilian origin.

2 The expression "American firms" is used to refer to companies listed in the American exchanges (NYSE, AMEX and NASDAQ), and not necessarily firms with American origin.

3 Google, Inc., March 24, 2009 Form DEF 14A, via Edgar.

4 Moreover, Bermuda's law allows companies to have golden shares, which can be used as an effective method to hold control with a small equity stake. In Brazil, golden shares can only be held the Government.

5 The Securities Act of 1933 allocated regulatory authority under the Act to the Federal Trade Commission (FTC). The Securities Exchange Act of 1934 created the Securities and Exchange Commission and transferred to it the powers originally granted to the FTC. 15 U.S.C. § 78d (1988).

6 An example of that was the Ford Motor Company. The Ford family kept 40% of the voting power by holding a class of superior voting shares. This allowed the family to go public while retaining control with only 5.1% equity (HOWELL, 2009, p. 4).

7 *Business Roundtable v. S.E.C.,* United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, June 12, 1990905, F.2d 406, 284 U.S.App.D.C. 301.

8 See Section 313.00 of the NYSE Listed Company Manual for the full text.

9 For a interesting history of the Brazilian capital market development before the 1950s, see A. Musacchio, *Laws vs. Contracts: Legal Origins, Shareholder Protections, and Ownership Concentration in Brazil, 1890-1950* (2008), available at http://ssrn.com/abstract=1086450.

10 Comissão de Valores Mobiliários, *História do Mercado de Capitais do Brasil*, available at http://www.portaldoinvestidor.gov.br/Acad%C3%AAmico/EntendendooMercadodeValoresMobili%C3%A1rios/Hist%C3%B3riadoMercadodeCapitaisdoBrasil/tabid/94/Default.aspx.

11 In Brazil, corporate law is manly a matter of federal regulation, except for certain tax aspects.

12 Bolsa de Valores de São Paulo, http://pt.wikipedia.org/wiki/Bolsa_de_Valores_de_S%C3%A3o_Paulo.

13 The Bovespa Mais segment restricts listed companies from publicly trading non-voting shares although companies are not prohibited from having the dual class structure.

14 Among the Novo Mercado listing requirements are: (i) no preferred stocks; (ii) mandatory tag along at 100% of the share price; (iii) mandatory arbitration clause for corporate disputes; (iv) minimum of 5 directors with a 2 year-unified term, 20% of whom must be independent; (v) mandatory tender offer at "economic value" in case of delisting; (vi) financial statements in accordance with U.S. GAAP or IFRS; (vii) minimum free float of 25% of total equity; (viii) disclosure of material related-party contracts; (ix) disclosure of monthly equity ownership and trading by controlling shareholders, directors and officers; and (x) public offerings to use mechanisms favoring capital dispersion.

15 Agency problems were initially discussed in the work of Jensen *et al.* (1976).

16 SEC rule 14a-11 provided shareholders with a mandatory right of proxy access where the shareholder or group of shareholders, owned at least 3% of the company's securities for at least three years. There was also an amendment to the existing SEC rule 14a-8, permitting shareholders to include proposals related to proxy access in the company's proxy statement. Almost immediately upon being adopted, SEC rule 14a-11 was challenged in court. The SEC then voluntarily stayed the implementation of both rules pending resolution of this challenge, which came on July 22, 2011, when the U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit vacated SEC rule 14a-11. Although the court's decision was only directed at SEC rule 14a-11, it raised questions as to whether the amendment to SEC rule 14a-8 also had been undermined. On September 2011, the Chairman of the SEC issued a statement indicating that, while the SEC would not appeal the court's decision about SEC rule 14a-11, it would proceed with implementing new SEC rule 14a-8.

17 Data from the BM&FBovespa website, available at http://www.bmfbovespa.com.br/cias-listadas/consultas/ipos-recentes/ipos-recentes.aspx?idioma=pt-br.

18 Out of 33 unification transactions analyzed between 2000 and 2008, only two companies adopted a dispersed ownership structure.

19 The IBOVESPA is composed of a theoretical portfolio with the stocks that accounts for 80% of the volume traded in the last 12 months and that are traded on at least on 80% of the trading days. It is revised quarterly, in order to keep it representative of the volume traded and on average the components of IBOVESPA represent 70% of all the stock value traded.

20 DeAngelo & DeAngelo (1985) were the first to suggest that the non-pecuniary private benefits of control may be high in media-related firms and hence may induce founders to establish a dual class structure.

21 The authors also find that in countries which controlling shareholders are common, such controllers often maintain control while retaining substantially less than a majority of the cash flow rights; this is done through the use of stock pyramids, cross-holdings, and dual-class stock.

22 A different study found this ratio to be equal to 0.23. See Nenova (2000).

23 Howell (2001) results show no significant change in firm value and conflicting results about operating performance after the unification. These results show no evidence of a recovery in value or performance by the elimination of any private benefits of control.

24 The authors refer to security benefits as the total market value of the corporation's securities.

25 The only Brazilian bank listed in Novo Mercado is Banco do Brasil, a public owned bank, in which the Brazilian Federal Government holds more than 50% of the shares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCHIAN, A. & DEMSETZ, H. (1972) *Production, Information Costs and Economic Organization,* American Economic Review V. 62, 777-795.

AMOAKO-ADU, B. & SMITH, B. F. (2001) *Dual class firms: capitalization, ownership structure and recapitalization back into single class*, Journal of Banking and Finance V. 25, 1083-111.

ANDRADE G., MITCHELL, M. & STAFFORD, E. (2001) *New Evidence and Perspectives on Mergers*, The Journal of Economic Perspectives V. 15, 103-120.

BEBCHUK, L. A. (1999a) *A rent-protection theory of corporate ownership and control*, NBER Working Paper No. 7203, Cambridge, Mass.: National Bureau of Economic Research.

BEBCHUK, L. A., KRAAKMN, R. & TRIANTIS, G. (1999) *Stock pyramids, cross-ownership and dual class equity: the mechanisms and agency costs of separating control form cash-flow rights*. NBER Working Paper n. 6951. Harvard Law School Discussion Paper n. 249.

BLOCK, S. (1991) *AMEX files plan for holders' votes on classes of stock*, Wall Street Journal, June 13.

BOONE, A. & HAROLD MULHERIN J. (2007) *How firms are sold?*, The Journal of Finance V. 62, 847-875.

BORTOLON, P. M. & LEAL, R. P. C. (2009) *Determinantes e Consequências das Operações de Unificação de Ações no Brasil*, available at http://virtualbib.fgv.br/ocs/index.php/ebf/9EBF/paper/view/658.

CHEMMANUR, T. J. & JIAO, Y. (2006) *Dual Class IPOs, Share Recapitalizations, and Unifications: A Theoretical Analysis*, available at http://ssrn.com/abstract_id=925236.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, *História do Mercado de Capitais do Brasil*, available at http://www.portaldoinvestidor.gov.br/Acad%C3%AAmico/EntendendooMercadodeValoresMobili%C3%A1rios/Hist%C3%B3riadoMercadodeCapitaisdoBrasil/tabid/94/Default.aspx.

DEANGELO, H. & DEANGELO, L. (1985) *Managerial ownership of voting rights: A study of public corporations with dual classes of common stock*, Journal of Financial Economics V. 14, 33-69.

DEMSETZ, H. & LEHN, K. (1985) *The structure of corporate ownership: causes and consequences*, The Journal of Political Economy V. 93, 1155.

DIMITROV, V. & JAIN, P. C. (2006) *Recapitalization of one class of common stock into dual-class: Growth and long-run stock returns*, Journal of Corporate Finance V. 12, 342-366.

DYCK, A. & ZINGALES L. (2001) *Private Benefits of Control: An International Comparison*, available at http://ideas.repec.org/p/nbr/nberwo/8711.html

GILSON, R. J., HANSMANN, H. & PARGENDLER, M. (2010) *Regulatory Dualism as a Development Strategy: Corporate Reform in Brazil, the U.S., and the EU*, Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 390; Columbia Law and Economics Working Paper No. 368; Yale Law & Economics Research Paper No. 399; ECGI - Law Working Paper No. 149/2010; Rock Center for Corporate Governance at Stanford University Working Paper No. 80.

GILSON, R.J. (1987) *Evaluating Dual Class Common Stock: The Relevance of Substitutes*, Virginia Law Review V. 73, 807–844.

GOMPERS, P. A. & METRICK, A. (2008) *Extreme Governance: An Analysis of Dual-Class Firms in the United States*, available at: http://ssrn.com/abstract=562511.

GORGA, E. (2008) *Changing the Paradigm of Stock Ownership: From Concentrated Towards Dispersed Ownership? Evidence from Brazil and Consequences for Emerging Countries*, 3rd Annual Conference on Empirical Legal Studies Papers.

GROSSMAN, S. J. & HART, O. (1988) *One share-one vote and the market for corporate control*, Journal of Financial Economics V. 20, 175–202.

HARRIS ,M. & RAVIV, A. (1988) *Control contests and capital structure*, Journal of Financial Economics V. 20, 55-86.

HOWELL, J. W. (2001) *The Value of Blockholder Liquidity and the Decision to Unify Share Classes*, available at: http://ssrn.com/abstract=1571760.

HOWELL, J. W. (2009) *Essays on the U.S. Dual-Class Share Structure,* A Dissertation Submitted to the Graduate Faculty of The University of Georgia in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Doctor of Philosophy, Athens, Georgia, available at www.terry.uga.edu/finance/docs/howell_dual_class_share.pdf.

JARRELL, G.A. & POULSEN, A.B. (1988) *Dual-Class Recapitalizations as Antitakeover Mechanisms: The Recent Evidence,* Journal of Financial Economics V. 20, 2.

JENSEN, M.C., & MECKLING, W.H. (11976) *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, Journal of Financial Economics V. 3, No. 4, 305-360.

KHANNA, T. & PALEPU, K. (1999) *Emerging market business groups, foreign investors, and corporate governance*, NBER Working Paper No. 6955, Cambridge, Mass.: National Bureau of Economic Research.

LA PORTA, R., LOPEZ-DE-SILANES, F. & SHLEIFER, A. (1999) *Corporate Ownership Around The World*, Journal of Finance V. 54, 471.

LAMY FILHO, A. & PEDREIRA, J. L. B. (1995) *A lei das S.A.: pressupostos – elaboração,* 2nd edition, v.1. Rio de Janeiro: Renovar.
LI, K., ORTIZ-MOLINA, H. & ZHAO, X. (2008) *Do Shareholder Rights Affect Institutional Investment Decisions? Evidence from Dual-Class Firms,* Financial Management V. 37.
MAIA, B. (2012) *Na Contramão?*, Capital Aberto, April, No. 104, year 9.
MASULIS, R. W., WANG, C. & XIE F. (2008) *Agency Problems at Dual-Class Companies*, Finance Working Paper No. 209/2008, available at http://ssrn.com/abstract_id=1080361.
MIKKELSON, W. H. & PARTCH, M. M. (1994) *The consequences of unbundling managers' voting rights and equity claims*, Journal of Corporate Finance V. 1, 175-199.
NENOVA T. (2000) *The Value of Corporate Votes and Control Benefits: A Cross-Country Analysis*, mimeograph, Harvard University, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=237809
PAJUSTE, A. (2005) *Determinants and consequences of the unification of dual-class shares,* Working Paper Series nº 465, European Central Bank.
PINTO JUNIOR, M. E. (2011) *Unificação de Ações: Abordagem Jurídica e Econômica,* (unpublished working paper, available from the author).
REGALADO, A. & LUCCHETTI, A. (2007) *Brazil Exchange Strikes While It's Hot*, The Wall Street Journal, October 25, at C1.
SAITO, R. (2003) *Determinants of the Differential Pricing between Voting and Non-Voting Shares in Brazil*, *Brazilian Review of Econometrics*. Rio de Janeiro V. 23, No. 1, 77-109.
SANTANA, M. H.; ARARAT, M.; ALEXANDRU, P.; YURTOGLU, B. B. & CUNHA, M. R. (2008) *Novo Mercado and Its Followers: Case Studies in Corporate Governance Reform*, Global Corporate Governance Forum Focus 5.
SELIGMAN J. (1986) *Equal protection in shareholder voting rights: The one common share, one vote controversy*, George Washington Law Review V. 54, 687–725.
STATE BOARD OF ADMINISTRATION (SBA), (2010) *Corporate Governance Report, Dual-Class Shares Does Management Really Need Such Protection?* available at www.sbafla.com/fsb/LinkClick.aspx?fileticket...tabid=732.
STEVENS W.H. (1926) *Stockholders' voting rights and the centralization of voting control,* The Quarterly Journal of Economics V. 40, 353–392.
VILLALONGA, B. & AMIT, R. (2006) *How do family ownership, control and management affect firm value?*, Journal of Financial Economics V. 80, 385–417.
_____. (2009) *How are U.S. Family Firms Controlled?,* Review of Financial Studies, V. 22, No. 8, 3047-3091.

Gabriela M. Engler Pinto

Advogada formada pela PUC-SP
Mestre em Direito pela Columbia Law School

Rua Visconde de Pirajá, 142, sala 505
Ipanema – 22410-003
Rio de Janeiro – RJ – Brasil
gabi.engler@uol.com.br

DIFICULDADES DE IMPLEMENTAÇÃO DAS DECISÕES DA OMC: UM ESTUDO DE CASO A PARTIR DO CONTENCIOSO PNEUS *

Marcelo D. Varella

DIFFICULTIES TO IMPLEMENT WTO REPORTS: A CASE STUDY ON BRAZIL - TIRES CASE

RESUMO

A implementação de decisões do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio encontra dificuldades no plano nacional. São questões que envolvem elementos jurídicos, políticos e de relações internacionais. O objetivo do presente artigo é analisar algumas dificuldades que o sistema OMC tem para implementar suas decisões, a partir da análise de um caso concreto (Brasil – pneus). Para tanto, a primeira parte faz uma rápida avaliação dos instrumentos de indução ao cumprimento da OMC, enquanto a segunda parte apresenta os obstáculos mais importantes para o governo brasileiro implementar a decisão sobre pneus. Conclui-se pela dissociação entre o nível internacional e o nacional e a forte dependência da OMC em atores internos.

PALAVRAS-CHAVE

OMC; OSC; implementação; pneus usados; estudo de caso.

ABSTRACT

The implementation of the decisions of the Dispute Settlement Body of the World Trade Organization has difficulties at national level. This debate could evolve legal, political and international relations aspects. The purpose of this article is to provide an analysis of some difficulties that the WTO system has to implement its decisions, from the perspective of a concrete case (Brazil – retreaded tires). Therefore, it is necessary in a first part to provide a quick evaluation of the instruments to induce compliance for, at a second part, present crucial obstacles of the Brazilian Government to implement the retreaded tires decision. We conclude that there is a dissociation between the internal and national arenas and the strong dependence of the World Trade Organization on national actors.

KEYWORDS

WTO; DSB; tires; case-study; implementation.

Introdução

O criativo sistema de indução ao cumprimento das decisões do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da Organização Mundial do Comércio (OMC) ainda tem dificuldades para ser assimilado nos planos nacionais. Ainda que a OMC tenha crescido em importância no plano multilateral, a implementação das medidas depende muito de atores nacionais. A implementação das decisões do OSC é mais difícil quando as decisões envolvem questões politicamente sensíveis, como meio ambiente ou

saúde pública, ou então atores mais voltados para relações internas, como o Poder Legislativo e Judiciário, que muitas vezes desconhecem a OMC ou seus impactos. De fato, um dos pontos menos estudados no direito da OMC é a dificuldade de implementação das decisões tomadas pelo OSC.[1] A resistência dos Estados muitas vezes não ocorre pela fraquezas nos mecanismos multilaterais, mas das dificuldades de sua política interna.

O Sistema de Solução de Controvérsias da OMC se constrói em um sistema misto, entre *continental law* e *common law*. O uso de tratados é bastante intenso, mas há forte apego às decisões anteriores. Este sistema possibilitou o desenvolvimento de interpretações detalhadas dos diferentes institutos jurídicos e mesmo de expressões comuns, que no direito da OMC adquirem conteúdos jurídicos bem definidos. Há uma marcante densidade técnico-jurídica, menos comum em outros tribunais internacionais. O resultado é a construção de lógicas interpretativas bastante previsíveis e a melhor definição do conteúdo dos tratados, o que garante certa estabilidade do conjunto normativo.

O direito da OMC criou um subsistema jurídico relativamente fechado. Há o uso de normas gerais de direito internacional, sobretudo da Convenção de Viena de Direito dos Tratados. No entanto, o uso de interpretações de outros tribunais internacionais sobre os mesmos institutos jurídicos é bastante escasso, sobretudo quando se compara com o número de referências a si próprio. Há algumas citações pontuais a decisões da Corte Internacional de Justiça, mais presentes nos primeiros anos do órgão, mas que se tornam mais escassas com o passar do tempo. O direito da OMC se transformou assim em um direito "diferente", respeitado, mas desconhecido pelos operadores jurídicos nacionais e com poucas relações formais ou mesmo jurisprudenciais com outros tribunais regionais ou internacionais. As "diferenças" da OMC contribuem para criar obstáculos durante o processo de implementação de suas decisões (VARELLA, 2007).

No entanto, trata-se de um sistema bastante eficaz. Nos primeiros doze anos de existência, teve em média 83% (VARELLA, 2007; WILSON, 2007, p. 398-399)[2] das decisões cumpridas, o que se revela por vezes mais eficaz que vários tribunais internacionais e mesmo alguns tribunais nacionais. Praticamente, todos os tratados da OMC alinham-se com o sistema de solução de conflitos (JACKSON, 2006, p. 145). A busca da eficácia se faz por meio de instrumentos originais de indução ao cumprimento. O objetivo deste artigo é analisar, a partir de um caso concreto, algumas dificuldades que o sistema encontra para implementar suas decisões. Para tanto, vamos em uma primeira parte fazer uma breve análise dos instrumentos de indução ao cumprimento das decisões da OMC para, em uma segunda parte, analisar os – percalços enfrentados pelo governo brasileiro para cumprir a decisão em um caso concreto – o caso Brasil – Medidas que afetam a importação de pneus recauchutados (Brasil – WT/DS332, a partir deste ponto "Brasil – pneus").

1 Contribuições do Direito da OMC à implementação de decisões internacionais

O direito da OMC aumentou os custos de não cumprimento das decisões internacionais. Nota-se, a partir de 1990, uma mudança na orientação lógica do Judiciário internacional (VARELLA, 2013). Houve não apenas uma multiplicação de tribunais com maior poder de indução ao cumprimento de suas decisões, mas também um reforço da autoridade de tribunais mais antigos e tradicionais. O direito da OMC se destaca em um processo de transformação do direito internacional após 1990, dentro de uma ampliação da importância de um sistema mais orientado por regras jurídicas do que antes.

1.1 Contextualização à luz das transformações do direito internacional

A partir da queda do Muro de Berlim, torna-se possível a construção do poder por meio de regras jurídicas. O avanço da globalização, o aumento das trocas comerciais globais e o maior multilateralismo, mesmo pelos países periféricos, levam a uma transformação de diferentes ramos do direito internacional. O direito internacional econômico está entre os ramos que mais sofrem o processo de especialização e transformação, movido sobretudo pela criação da Organização Mundial do Comércio.

De forma geral, há uma alteração do Judiciário internacional. Em relação aos tribunais novos, a partir de 1990, houve a criação de uma quinzena de tribunais internacionais importantes. Cada um dos novos tribunais tem instrumentos próprios para induzir o cumprimento de suas decisões. Alguns, como aqueles relacionados a direito humanitário e os tribunais penais internacionais, a exemplo dos Tribunais Penais para Ex-Iugoslávia, Ruanda e o Penal Internacional, têm a possibilidade de publicar mandatos de prisão executáveis em diferentes países. Outros, como o Conselho de Segurança (aqui compreendido como um tribunal político), possuem a possibilidade de autorizar embargos econômicos ou militares aos Estados-alvos ou mesmo o envio de tropas. Todos possuem instrumentos especializados de implementação de suas decisões, que se desenvolveram nos últimos 20 anos.

Os tribunais mais antigos também desenvolveram mecanismos de reforço dos instrumentos de indução ao cumprimento. De um lado, ganharam força nos últimos 20 anos porque vários países ratificaram tratados, aceitando a sua jurisdição, como a ampliação da competência da Corte de Justiça das Comunidades Europeias, do Tribunal da União Europeia e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. De outro, reforçaram o caráter obrigatório de suas decisões, como a Corte Internacional de Justiça, a partir do contencioso Estados Unidos–LaGrand, quando afirmou pela primeira vez a obrigatoriedade de suas decisões, o que nunca havia feito nos cinquenta anos anteriores. Os mecanismos de indução ao cumprimento destes tribunais mais antigos, contudo, ainda são bem menos efetivos do que aqueles dos novos tribunais.

Em relação à área comercial, com a multiplicação dos sistemas regionais de integração, houve a criação de diferentes mecanismos bilaterais ou minilaterais de resolução de

conflitos. Há, ao todo, mais de 510 sistemas de integração registrados na OMC, uma grande parte deles com mecanismos próprios de solução de controvérsias. Cada sistema regional ou tratado bilateral tem uma lógica própria, com seus próprios instrumentos de implementação de decisões. Na prática, a relação entre os tribunais regionais relacionados a Comércio e OSC/OMC não é hierárquica, mas horizontal. Há diferentes formas de coordenação e convivência que levam a soluções pontuais, conforme os casos concretos.

Todo esse processo mostra que o direito internacional tem se especializado, provocado pela globalização e intensificação das relações internacionais. A especialização leva a instrumentos próprios de busca de efetividade de cada subsistema normativo. Há diferentes camadas de normas e tribunais, no plano nacional, regional e internacional, que envolvem atores públicos e privados, estatais, subestatais e transnacionais, com inúmeras formas de interação. Um cenário antes complicado (muitos fatores, com previsibilidade) torna-se complexo (inúmeros fatores, sem previsibilidade) (OST, 1994, p. ix-x).

No nosso ponto de vista, contudo, um dos instrumentos mais criativos para indução ao cumprimento vem do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio.

1.2 Criatividade do OSC/OMC

A efetividade da implementação da maioria das decisões da OMC se realiza por vários motivos. Os principais são a manutenção da confiança no sistema como um todo, o aumento dos custos de não implementação e a consolidação da imagem de um tribunal rápido, eficiente e com densidade técnico-jurídica.

O primeiro – e talvez mais importante – é a necessidade de manter a confiança e legitimidade do sistema comercial multilateral. Embora não seja algo mensurável, ou fácil de se provar metodologicamente, é o argumento mais comum em discussões internacionais sobre o tema (CHARNOVITZ, 2001). Se o sistema de solução de controvérsias perder legitimidade, pela implementação seletiva de decisões dos Estados perdedores, é bastante razoável que haja prejuízos para os avanços da integração comercial multilateral. Os avanços do processo de integração multilateral dependem da existência de um quadro normativo estável e previsível, ofertado pela OMC, com expectativas de respeito das decisões emanadas do OSC, mesmo que sejam contrárias aos interesses dos Estados mais poderosos.

Nos últimos 20 anos, houve a consolidação do multilateralismo, sobretudo em temas econômicos. Houve uma importante descentralização das origens e destinos dos bens e serviços comercializados. Este fato é ainda mais marcante nos países em desenvolvimento, sobretudo nos emergentes (VARELLA, 2013). Até vinte anos atrás, a maioria dos países em desenvolvimento concentrava seus mercados exportadores e importadores nas relações com algumas potências econômicas específicas, em geral, ex-metrópoles, os Estados Unidos ou potências regionais (Japão, China, Rússia, entre

outros). Atualmente, o nível de concentração é muito menor (HOEKMAN, 1999, p. 66).[3] A política internacional se desenvolve no plano multilateral e as possibilidades de exercício da força em função de assimetrias econômicas são menores. Por outro lado, o processo gerou maior internacionalização da economia em todo o mundo. O comércio internacional multiplicou-se de forma acelerada, possibilitando chances de desenvolvimento para diferentes países, inclusive para países mais ricos. O cenário é todo reconhecido como favorável tanto pelos países em desenvolvimento como pelos países desenvolvidos. A consolidação do multilateralismo exige um quadro normativo previsível e limites às possibilidades de desvio do sistema em função de interesses pontuais de grandes potências. A legitimidade e efetividade do quadro normativo da OMC exercem um papel fundamental nesse contexto (CHARNOVITZ, p. 6; JACKSON, 2006, p. 160).[4]

Logo após a criação da OMC, acreditava-se que os Estados Unidos, principal potência econômica, sairiam do sistema OMC após as primeiras derrotas no OSC (*three strikes out*, em analogia ao beisebol); o sistema teria baixa efetividade na implementação de decisões contra as grandes potências econômicas. A ratificação pelos Estados Unidos apenas foi aprovada pelo Congresso Americano porque se considerava que não se tratava de um tribunal internacional (WIELER, 2000). Não apenas não foi isso o que ocorreu, como é difícil encontrar argumentos sérios nos EUA que defendam a saída do sistema. O cumprimento das decisões da OMC, pelo contrário, ganha defensores com o passar do tempo.

Segundo, o sistema da OMC inova ao possibilitar que o Estado que tem interesse em implementar a decisão possa colocar em conflito grupos econômicos dentro do Estado que foi condenado no caso concreto (MITCHELL e SALONIDIS, 2011, p. 457). Trata-se da inovação criativa da lógica de implementação de decisões deste tribunal internacional. Isso ocorre em função da possibilidade de retaliação prevista pelo DSU. De acordo com o quadro normativo, o Estado vencedor pode suspender os direitos do Estado perdedor em setores específicos para induzi-lo ao cumprimento. *A priori*, a suspensão de direitos deve ocorrer no mesmo setor econômico, ou no mesmo tratado em discussão. No entanto, em última instância, pode ocorrer em qualquer setor ou tratado.

Assim, o Estado interessado pode escolher um setor econômico politicamente mais forte no outro Estado para ser objeto de retaliações. Os representantes das empresas retaliadas terão interesse em pressionar seu próprio governo para cumprir a decisão da OMC, ainda que outro setor interno também seja afetado. Em vez do Estado ter de se defender internacionalmente, protegendo um setor econômico em geral forte internamente, ele deverá lidar com uma disputa entre diferentes setores internos (YENKON, 2006, p. 376).[5] Mesmo politicamente, no plano interno, torna-se difícil resistir à pressão da OMC: de um lado, há a proteção de uma empresa ou grupo de empresas que tem um favorecimento considerado ilegal por um tribunal internacional.

De outro, há uma outra empresa ou grupo de empresas nacionais que tem suas exportações prejudicadas sem qualquer razão aparente.

A relativa independência em relação à boa vontade de cumprir as decisões do Estado condenado possibilita que o sistema da OMC alcance níveis de efetividade mesmo sobre aspectos que seriam considerados ilícitos no plano interno. O exemplo clássico, e bastante comum, é quando o Estado, após a entrada no sistema da OMC, aprova uma lei interna, que implementa uma política ou gera um benefício as suas empresas, contrária ao direito da OMC. No plano internacional, não há dúvidas: trata-se de um ilícito internacional. No plano interno, as normas comerciais internacionais têm, em geral, a mesma hierarquia das leis nacionais. Se uma lei posterior for contra o direito da OMC, no plano interno, vale a lei nacional. O tratado da OMC tem sua validade suspensa, podendo ocorrer ou não, conforme o direito nacional. Caso se utilizasse mecanismos similares aos sistemas regionais de integração ou aos tratados bilaterais, a decisão arbitral que julgasse a ilegalidade da norma interna deveria ser internalizada pelos tribunais nacionais para tornar-se executável. Certamente, seria bloqueada pelos juízes pela alegação da sua nulidade.

Terceiro, há um forte apego e cumprimento de prazos preestabelecidos e estabilidade de interpretações pelo sistema. Ou seja, trata-se de um tribunal eficiente, estável e com densidade técnico-jurídica. Os processos na OMC seguem um calendário rígido (MAVROIDS; HORN, 2008, p. 27), ultrapassado em um número de casos que podem ser contados em uma mão. A rapidez do processo é essencial para evitar que grupos de empresas quebrem com a continuidade de instrumentos que consigam barrar suas vendas durante um período de tempo significativo. Em países em desenvolvimento, como veremos abaixo no caso do Brasil, processos que somam centenas de milhões ou mesmo alguns bilhões de dólares levariam dez a vinte anos para serem julgados. A solução do problema seria fatalmente atrelada ao sucesso daquele que impõe a medida, sobretudo em caso de assimetria de forças.

Trata-se de um avanço significativo em relação aos mecanismos de solução de conflitos dos sistemas regionais de integração ou de tratados bilaterais de comércio (ROSAS, 2001, p. 133). À exceção das Comunidades Europeias, os sistemas regionais de integração não têm, via de regra, tribunais instituídos para disputas comerciais. Apenas recentemente, o MERCOSUL criou um Tribunal Permanente de Revisão Arbitral, mas o sistema regional sul-americano julgou poucos casos. Na prática, as partes preferem recorrer a outras formas de solução de conflitos, mesmo ao sistema OMC, do que resolver seus problemas internamente.[6]

No âmbito bilateral, os tratados preveem mecanismos arbitrais, mas que também pecam pela impossibilidade de retaliação e dependência dos tribunais internos para se fazer valer internamente, a exemplo do MERCOSUL, do NAFTA e vários outros sistemas de integração. Caso uma decisão internacional contrarie uma norma nacional posterior de igual hierarquia, como é a regra, dificilmente a decisão arbitral seria

considerada válida no plano interno e as chances de implementação dependeriam de fatores muito menos acessíveis às partes, como a existência de bens no exterior etc.

No entanto, nem sempre as medidas são implementadas facilmente. Existem vários obstáculos que por vezes se colocam para que uma decisão da OMC seja cumprida.

1.3 Dificuldades de implementação das medidas

Um sistema que induz o cumprimento com base na sua legitimidade e com o uso de mecanismos políticos não é facilmente adaptado pelo sistemas jurídicos nacionais. As decisões da OMC podem exigir mudanças em atos jurídicos do Executivo, do Legislativo ou mesmo do Judiciário.

Nota-se que o nível de efetividade das medidas que tocam o Poder Executivo é maior do que aquelas que exigem alterações normativas. O Poder Executivo, mais suscetível a pressão internacional e dos grupos econômicos prejudicados pelas medidas de retaliação internacional, tem maior facilidade de alterar normas administrativas, maior flexibilidade e consegue responder mais rapidamente às decisões da OMC.

No Legislativo, os diferentes grupos de pressão necessitam de mais tempo para alterar normas. É preciso convencer deputados. O prejuízo a grupos econômicos nacionais, em geral politicamente fortes, pode exigir maior prazo para aprovação de medidas. Muitas vezes, ainda que o Poder Executivo exerça uma pressão sobre o Legislativo para implementar as decisões da OMC, pode ocorrer de o Legislativo rejeitar a proposta ou simplesmente não a colocar em votação, a exemplo do ocorrido no contencioso Hormônios, entre Estados Unidos, Canadá e União Europeia (ROSAS, 2001, p. 136). Em países democráticos, o problema é ainda mais grave, porque conforme a importância da oposição em um determinado período, o não cumprimento de uma decisão internacional pode ser uma estratégia política interna para enfraquecer o governo em exercício.

No entanto, parece ser no tocante a mudanças no Judiciário que a internalização de decisões dos tribunais internacionais mais tem dificuldades em ser implementada. Há três cenários com dificuldades próprias: (1) quando se trata de uma profusão de decisões antagônicas, de diferentes juízes singulares, que exige a mudança de opinião ou uniformização de jurisprudência; (2) quando se trata da mudança de uma decisão consolidada em tribunais superiores, pacífica no plano nacional; e (3) quando a decisão da OMC contraria a decisão de outro tribunal internacional regional.

Como veremos abaixo, a decisão no contencioso dos pneus ilustra as dificuldades da implementação de decisões em diferentes níveis, envolvendo os diferentes poderes.

2 O Contencioso Brasil – Pneus

O contencioso Brasil – Medidas que afetam a importação de pneus recauchutados (DS 332) – tinha como objeto o questionamento das medidas de bloqueio à importação

de pneus usados do Brasil. Não vamos explicar novamente o caso e os motivos jurídicos que levaram à decisão, mas vamos nos concentrar apenas nos elementos fáticos necessários para discutir a questão da implementação. Assim, é conveniente contextualizar rapidamente o problema fático antes de entrar nas discussões sobre a implementação das decisões da OMC. A história se desenvolve em dois polos separadamente: no MERCOSUL e na União Europeia, histórias que se encontram na OMC.

2.1 Breve contextualização do caso

O Brasil sofreu um problema importante de expansão do número de pneus usados nos últimos anos. As políticas nacionais de reciclagem de pneus têm baixa efetividade. Os pneus usados são jogados nos rios, deixados nos fundos das casas, jogados em terrenos baldios ou queimados. Mesmo quando são reciclados, é necessário transportar os pneus de uma região a outra do país, por milhares de quilômetros, uma vez que não existem estruturas suficientes de reciclagem em regiões menos desenvolvidas, como na Região Amazônica, por exemplo (WT/DS333, p. 8).

Estas práticas geram problemas sanitários e ambientais. Os pneus jogados nos rios demoram milhares de anos para se decompor e contribuem para o assoreamento dos rios. Apenas no rio Tietê, na cidade de São Paulo, durante o processo de limpeza para evitar enchentes, foram retirados mais de 120 mil carcaças de pneus. Os pneus deixados nos fundos das casas ou jogados em terrenos baldios são prejudiciais porque favorecem a proliferação da dengue, doença que se transformou em epidemia, com dezenas de milhares de casos nos últimos anos. Os pneus queimados liberam poluentes perigosos para a fauna e flora. O simples transporte de pneus entre as regiões contribui para a transmissão de doenças, porque larvas de mosquitos acabam sendo transportadas em águas acumuladas nos pneus (CARRANCA, 2008).

Todo este cenário levou a mobilização política a favor da destinação final dos pneus, movida por ambientalistas e sanitaristas. O Conselho Nacional do Meio Ambiente (órgão colegiado, com representantes do governo, indústrias e ONGs, com poder normativo) e o Departamento de Comércio Exterior aprovaram normas infralegais proibindo a importação de pneus.[7]

Os grupos econômicos no Brasil, no entanto, eram contrários às normas restritivas da importação de pneus. O Brasil praticamente não tem empresas nacionais que produzem pneus. São todas filiais de empresas europeias e norte-americanas, como Goodyear, Michelin, Pirelli etc. Estas empresas se posicionaram a favor da importação, seguindo as instruções das suas matrizes (BOWN e HOEKMAN, 2005, p. 861). As demais empresas brasileiras, com poder de mobilização política, também eram a favor da importação, porque ganhavam com os baixos custos dos pneus europeus. Apenas para se ter uma ideia da diferença de preços, um pneu novo no Brasil custa em média US$ 90,00, conforme o veículo. Um pneu recauchutado poderia ser vendido tranquilamente por US$ 4,00. Os pneus europeus chegavam ao país por cerca de US$0,40 (WT/DS332/R,

parágrafo 63). Em outras palavras, havia um subsídio europeu para a exportação de pneus usados para o Brasil, e este subsídio gerava o potencial de fortes lucros para as empresas brasileiras que realizavam a recuperação dos pneus.

Face às normas infralegais restritivas (CONAMA e DECEX), os atores econômicos e os Estados que os representavam recorreram ao Judiciário nacional, regional e multilateral. No plano nacional, frente aos Juízes Federais de diferentes portos, por onde os pneus eram importados. No plano regional, junto ao Tribunal Arbitral do MERCOSUL. No plano multilateral, ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC.

Nos tribunais brasileiros, as empresas brasileiras e estrangeiras alegavam que o CONAMA e DECEX não tinham competência para proibir a importação de pneus. *Grosso modo*, o argumento central estava em divergência entre a lei federal e as normas destas instituições. Pediam, como medida liminar, que as importações fossem liberadas até uma decisão final no processo. De fato, dezenas de juízes permitiram a importação provisória de pneus, em casos específicos. Ao final, houve a importação de um volume muito grande de pneus permitida pelos juízes singulares.

Tabela 1 – **A importação de pneus usados no Brasil permitida por medidas liminares**

2000	1,407,618
2001	2,396,898
2002	2,659,704
2003	4,240,474
2004	7,564,360
2005	10,478,466

Fonte: WT/DS332/R, parágrafo 7.299.

No Tribunal Arbitral do MERCOSUL, o Uruguai ingressou contra o Brasil, em 27 de agosto de 2001, em defesa de uma empresa estatal que fazia a recauchutagem de pneus. O volume de pneus importados era pequeno, mas houve um incômodo político, em função de várias manifestações dos funcionários desta estatal em frente a Embaixada brasileira e real empenho do governo uruguaio na proteção da empresa. Neste processo, o Brasil praticamente não alegou questões ambientais e foi condenado pelo Tribunal Arbitral do MERCOSUL a aceitar a importação dos pneus do

Uruguai, em 9 de janeiro de 2002. As decisões do MERCOSUL não são autoaplicáveis no Brasil. De qualquer modo, precisariam ser internalizadas com a criação de uma legislação específica, que resolvesse as proibições do CONAMA e DECEX.

No Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, todos os problemas foram analisados. Há vários pontos interessantes, já analisados pela doutrina em relação a outros contenciosos relacionados com meio ambiente. Entre os diferentes aspectos relevantes, destacam-se cinco. Primeiro, o reforço da ideia da possibilidade de escolha do nível de risco aceitável, em função da adoção de diferentes políticas (CHARNOVITZ, 2007, p. 703-705). Segundo, a defesa de uma ação por um Estado não com o apoio de grupos econômicos nacionais, mas contra praticamente todos os grupos econômicos que operavam no país. Terceiro, a consideração de violação ao princípio da nação mais favorecida com base em decisões judiciais pontuais, favoráveis a diferentes empresas de diferentes origens, em vez do favorecimento a um Estado ou grupo de Estados específicos, como normalmente ocorre. Quarto, o conflito entre decisões de tribunais internacionais distintos (SHAFFER, SANCHEZ e ROSENBERG, 2008). Quinto, a não consideração da exceção do sistema regional de integração.

O OSC/OMC decidiu, de forma resumida, que o Brasil poderia proibir a importação de pneus europeus, mas:

(1) Se o Brasil aceitasse a importação dos pneus do Uruguai, deveria aceitar também a importação dos pneus europeus;[8]

(2) Se os tribunais brasileiros continuassem a emitir decisões liminares ou de mérito permitindo a entrada de pneus em demandas concretas, o governo brasileiro deveria aceitar a importação de pneus europeus.[9]

O quadro abaixo resume os procedimentos.

Quadro 1 – **Síntese das principais etapas do caso**

NACIONAL	1991	DECEX PROÍBE A IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS
	1996	CONAMA PROÍBE A IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS
	2000 – 2006	EMPRESAS CONSEGUEM LIMINARES NA JUSTIÇA BRASILEIRA AUTORIZANDO PONTUALMENTE A IMPORTAÇÃO DE PNEUS
REGIONAL	27.08.2001	INÍCIO DO PROCESSO NO TRIBUNAL ARBITRAL DO MERCOSUL, URUGUAI CONTRA BRASIL
	09.01.2002	LAUDO ARBITRAL DO MERCOSUL, CONDENANDO O BRASIL A ACEITAR A IMPORTAÇÃO DE PNEUS DO URUGUAI

MULTILATERAL	20.06.2005	COMUNIDADES EUROPEIAS INICIAM CONSULTAS CONTRA O BRASIL NA OMC
	12.06.2007	DECISÃO DO PAINEL
	03.12.2007	DECISÃO DO ÓRGÃO DE APELAÇÕES
	29.08.2008	RELATÓRIO DE ARBITRAGEM

2.2 Dificuldades de implementação da decisão da OMC no plano nacional

Como sói ocorrer, os dois países se declararam vitoriosos no processo. O governo brasileiro considerou que tinha ganhado a causa. Os europeus e as empresas exportadoras e importadoras de pneus também. O Brasil considerou que havia ganhado a causa pela aceitação dos seus argumentos que ele próprio deveria escolher os mecanismos de cumprimento da decisão da OMC, contrário ao argumento da União Europeia de que a importação deveria ser permitida, com a sugestão de uma política nacional de educação da população para recolher os pneus recauchutados e outras iniciativas menos penosas ao comércio internacional. De fato, como é o padrão da jurisprudência da OMC, sobretudo em casos relacionados a questões mais sensíveis, como SPS, TBT ou TRIPS, deixa-se para o Estado escolher o nível de risco aceitável e as formas de implementar as medidas (FUKUNAGA, 2006, p. 400). As Comunidades Europeias conseguiram os principais argumentos, que exigiam que o Brasil aceitasse a importação de pneus usados, caso se mantivesse a incoerência do seu sistema seletivo de permissões.

A dificuldade do governo brasileiro, contudo, estava em implementar a decisão da OMC, de forma a proibir o volume importante de pneus usados da União Europeia. Para isso, era preciso proibir a importação dos pneus do Uruguai (violar o laudo do MERCOSUL) e cassar todas as liminares, para que pudesse finalmente ter menos pneus circulando pelo país.

A implementação da decisão exigia atos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Para isso, era preciso convencer os principais atores políticos nacionais a respeito dos impactos das decisões da OMC, da importância do tema, o que não era evidente.

No âmbito do Poder Executivo, havia um duplo impasse. De um lado, os burocratas mais interessados nas repercussões econômicas não queriam criar tensões com os países do MERCOSUL e com a União Europeia, principais parceiros econômicos do Brasil. Para estes, era melhor aceitar a importação de pneus. De outro, os burocratas mais relacionados ao setor de saúde humana e meio ambiente se mobilizaram para tentar convencer o governo a se posicionar a favor da proibição da importação de pneus.

De fato, face ao conflito interno do governo, nota-se que não houve uma posição firme e central, mas a ação descentralizada de instituições e indivíduos, sobretudo a favor da proteção ambiental e da saúde humana. Aqui, nota-se que a reestruturação

da administração brasileira e seus contatos com a sociedade para tentar potencializar os resultados na OMC, já avaliada em outros textos (SHAFFER; SANCHEZ; ROSENBERG, 2008, p. 381), podem, às vezes, potencializar resistências quando os próprios grupos internos estão divididos entre os caminhos a serem adotados. No caso concreto, nota-se também que a especialização de parte da burocracia e do setor privado para lidar com conflitos na OMC é apenas pontual e não atinge os atores mais relevantes quando se trata da implementação de decisões onde o Brasil foi derrotado (EVANS, SHAFFER, p. 2001).

A primeira opção para implementar a decisão era resolver o impasse jurídico. Para isso, era preciso convencer o Congresso Nacional a aprovar uma lei que proibisse a importação de pneus. Como já havia projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional com esse conteúdo, os representantes dos Ministérios do Meio Ambiente, da Saúde e da Presidência da República se mobilizaram para tentar acelerar a aprovação. No entanto, ao mesmo tempo, os grupos de pressões favoráveis à importação também envidaram esforços e conseguiram fazer com que o projeto de lei fosse apensado a dezenas de outros de projetos de lei. Assim, a análise dos projetos deveria ser conjunta, resultando em um prazo de tramitação muito superior ao prazo dado pela OMC para solução dos problemas. Em outras palavras, a solução não viria do Legislativo.

A segunda opção era tentar resolver o impasse jurídico diretamente no Judiciário. No entanto, havia vários obstáculos de difícil transposição. De um lado, a grande maioria dos juízes brasileiros nem sequer sabe o que é a Organização Mundial do Comércio. Eles não conseguem visualizar que a decisão *inter partes,* ou seja, aplicada a um caso concreto, poderia ter repercussões *erga omnes*, porque o efeito da decisão local seria multiplicado pelos efeitos indiretos com a decisão internacional. A possibilidade de atuar caso a caso, pelo Poder Executivo, junto ao Poder Judiciário, teve de ser descartada, porque eram milhares de processos e as empresas poderiam simplesmente continuar ingressando com novos processos e novos recursos.

Neste ponto, há uma questão ainda mais interessante. No Brasil, o tempo de duração de um processo judicial é, em média, superior a cinco anos, o que varia bastante entre os Estados da Federação e a Justiça Federal ou Estadual. A OMC condenou o Brasil a implementar a decisão em 15 meses. Em outras palavras, o Brasil deveria fazer os juízes julgar mais rápido. Assim, não se tratava apenas de implementar uma decisão ou fazer cumprir uma norma, mas fazê-la em um prazo de tempo com o qual os juízes não estavam acostumados. Nota-se, no caso concreto, que o período razoável de tempo, na lógica internacional, pode se chocar diretamente com a cultura institucional consolidada e aceita no âmbito doméstico, dificultando a implementação de decisões (QIAN, 2012, p. 267).

O Poder Executivo resolveu então ingressar com uma modalidade processual nova, chamada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, perante o Supremo Tribunal Federal (ADPF 101, de setembro de 2006). Esta ação visa resolver um

conflito que envolva questões relevantes de controvérsia constitucional. O processo buscava cassar todas as medidas liminares e uniformizar a jurisprudência, impedindo que os juízes singulares continuassem a emitir decisões liminares.

No Supremo Tribunal Federal, os juízes eram ainda mais desconfiados da soberania brasileira e de eventuais retaliações da OMC. Os advogados do governo tiveram de agendar reuniões pontuais com os Ministros do Supremo Tribunal Federal para explicar o que era a OMC, como funcionava e as repercussões ambientais de uma decisão favorável à importação. O objetivo foi mostrar que ao permitir a importação de uma quantidade limitada de pneus, a decisão do Supremo Tribunal Federal seria potencializada pela decisão da OMC. A consequência seria a importação de um volume muito importante de pneus europeus, ainda desconhecido, pelo país. De fato, o discurso dos efeitos da decisão da OMC foram mais importantes para mostrar os efeitos negativos para o meio ambiente e para a saúde humana do que os efeitos econômicos de eventuais retaliações comerciais ou prejuízo às relações econômicas com Europa ou MERCOSUL.

No entanto, como se tratava de um procedimento novo, envolvendo questões politicamente sensíveis e com muitos atores, o Supremo Tribunal Federal decidiu realizar uma audiência pública. A audiência pública teve defensores favoráveis e contrários à importação dos pneus usados, durou um dia inteiro, em 27 de junho de 2008, e foi transmitida pela televisão aberta, em cadeia nacional. Interessante notar que nas várias manifestações, tanto de um grupo como de outro, a decisão da OMC foi citada poucas vezes, de forma pontual. O foco se concentrou na geração de empregos para o Brasil com a importação de pneus, de um lado, e nos danos ao meio ambiente e a saúde humana, de outro.

Finalmente, o Supremo Tribunal Federal, após alguns meses, decidiu pela proibição da importação dos pneus, cassou todas as liminares e evitou a violação do princípio da nação mais favorecida.

Restava ainda lidar com a decisão do Tribunal Arbitral do MERCOSUL. Se o Brasil aceitasse a importação dos pneus do Uruguai, todo o esforço empreendido no Judiciário seria perdido. Com o obstáculo mais difícil superado – a decisão do Supremo, houve uma inversão do jogo de forças políticas internas. Assim, a Câmara de Comércio Exterior (conselho de Ministros de Estado) decidiu suspender a importação de pneus do MERCOSUL e violar e negociar com o Paraguai compensações (Resolução Camex n. 46, de 3 de julho de 2008).

Vale ressaltar que a OMC não dizia que a decisão do MERCOSUL era inválida ou que o sistema regional de integração não existia. De fato, o Órgão de Apelações deixou de analisar a questão à exceção do MERCOSUL em relação à violação dos artigos I.1, XIII:1 do GATT e XX (d) e XXIV do GATT 1974 (CABRAL; SÁLVIO, 2008, p. 1031). O Órgão de Apelações da OMC afirmou que o Tribunal do MERCOSUL poderia ter decidido de forma diferente, levando em consideração as questões ambientais, presentes no tratado regional. Aqui, interessa notar uma crítica da OMC ao MERCOSUL, pela

não consideração de aspectos ambientais, quando poderia tê-lo realizado, ainda que não alegado pelas partes (SHAFFER, 2001). No entanto, o Brasil poderia cumprir as duas decisões ao mesmo tempo, desde que aceitasse a importação de pneus tanto da Europa quanto do MERCOSUL. Logo, não houve divergência entre as decisões. A decisão da OMC exigia coerência.

: ARTIGO APROVADO (29/01/2014) : *RECEBIDO EM 18/09/2012*

NOTAS

***** O presente trabalho aproveita a experiência do autor como participante dos debates sobre a defesa do Brasil na OMC e negociações internas para implementação da decisão, enquanto assessor na Presidência da República.

1 Há poucos artigos que lidam com as dificuldades de implementação das decisões. Na área SPS, onde, em geral, há grupos políticos divergentes mesmo dentro do Estado perdedor, as referências são ainda mais difíceis e analisam sobretudo se houve ou não a implementação. Ver Pauwelyn, 2011.

2 A OMC mantém uma alta taxa de cumprimento das suas decisões, cerca de 83% nos primeiros doze anos. Os demais 17% envolvem casos que já existiam antes da criação da OMC, com posições firmes dos Estados. É o caso, por exemplo, do contencioso bananas, que envolviam dezenas de membros e já era um tema polêmico nos anos 1970, antes da criação da OMC; o caso hormônio entre Estados Unidos e União Europeia, em função da sensibilidade europeia após a crise da vaca louca.

3 Este fato pode ser relacionado também à dificuldade para acesso a novos mercados nos países desenvolvidos.

4 Outros autores sugerem a reforma do sistema como a maior transparência das decisões ou a criação de procedimentos simplificados para disputas envolvendo valores menos relevantes.

5 De qualquer modo, o Estado que impõe as medidas também sofre prejuízos, porque aumenta os custos internos em produtos determinados.

6 O Tribunal Arbitral do MERCOSUL apreciou apenas 11 casos entre 1991 e 2012. Alguns casos recentes, importantes, como entre Brasil e Argentina, sobre *dumping,* ou entre Argentina e Uruguai, sobre papeleiras, foram diretamente introduzidos a outros tribunais internacionais.

7 Diferentes órgãos nacionais legislaram sobre a proibição da importação de pneus recauchutados ou usados. A Portaria do Departamento de Comércio Exterior 8/91 proibiu a importação de pneus usados. A Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente 23/96 também. Ambos os instrumentos foram avaliados como em violação ao art. XI:1 do GATT pelo painel.

8 *In this case, the discrimination between MERCOSUR countries and other WTO Members in the application of the Import Ban was introduced as a consequence of a ruling by a MERCOSUR tribunal. The tribunal found against Brazil because the restriction on imports of remoulded tyres was inconsistent with the prohibition of new trade restrictions under MERCOSUR law. In our view, the ruling issued by the MERCOSUR arbitral tribunal is not an acceptable rationale for the discrimination, because it bears no relationship to the legitimate objective pursued by the Import Ban that falls within the purview of Article XX(b), and even goes against this objective,*

to however small a degree. Accordingly, we are of the view that the MERCOSUR exemption has resulted in the Import Ban being applied in a manner that constitutes arbitrary or unjustifiable discrimination (WT/DS332/AB/4, para. 228).

9 *The* Panel *finds, therefore, that, since used tyre imports have been taking place under the court injunctions in such amounts that the achievement of Brazil's declared objective is being significantly undermined, the measure at issue is being applied in a manner that constitutes a means of unjustifiable discrimination. (...) Consequently, the* Panel *also concludes that since used tyre imports have been taking place under the court injunctions in such amounts that the achievement of Brazil's declared objective is being significantly undermined, the measure at issue is being applied in a manner that constitutes a means of unjustifiable discrimination where the same conditions prevail. (WT/DS332/R, paras 7.306 and 7.310.)*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOWN, C. P.; HOEKMAN, B. Developing countries and enforcement of trade agreements. why disputes settlement is not enough. *Discussion paper series*, n. 6459. Centre for Economic Policy Research. Disponível em: <www.cepr.org/pubs/dps/DP6459.asp>. Acesso em: 14.08.2008.

CABRAL, J. G. S.; SÁLVIO, G. G. L. de. Considerations on the Mercosur dispute settlement mecanism and the impact of its decisions in the WTO dispute resolution system. *Journal of World Trade*, v. 42, n. 6, p. 1041-1064, 2008,

CARRANCA, A. Era uma vez um rio. *O Estado de São Paulo*, 3 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/megacidades/sp_tiete.shtm>. Acesso em: 06.12.2013.

CHARNOVITZ, S. Rethinking WTO trade sanctions. *American Journal of International Law*, v. 95, p. 792-832, 2001.

———. The WTO's environmental progress. *Journal of International Economic Law*, v. 10, n. 3, p. 683-705, 2007.

DAVID, E. D.; SHAFFER, G. C. Introduction: The Developing Country Experience in WTO Dispute Settlement. *In:* SHAFFER, G; MELENDEZ-ORTIZ, R. *Dispute Settlement at the WTO: The developing country experience.* Cambridge University Press, 2010; Minnesota Legal Studies Research Paper n. 11-03. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1743727>. Acesso em: 18.09.2012.

FUKUNAGA, Y. Securing compliance through the WTO dispute settlement system: implementation of DSB recommendations. *Journal of International Economic Law*, v. 9, n. 2, p. 383-426, 2006.

HOEKMAN, B. e HOLMES, P. Competition policy, developing countries and WTO. *FEEM Working Paper*, n. 66-99, 1999. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=200621> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.200621>. Acesso em: 18.09.2012.

JACKSON, J. *Sovereingty, the WTO, and Changing Fundamentals of international law*. Cambridge: CUP, 2006.

MAVROIDS, P.; HORN, H. The WTO Dispute Settlement System 1995-2006. Some descriptive statistics. *World Bank*, 2008. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTRES/Resources/469232-1107449512766/DescriptiveStatistics_031408.pdf>. Acesso em: 29.09.2008.

MITCHELL, A. D.; SALONIDIS, C. David's Sling: cross-agreement retaliation in international trade disputes. *Journal of World Trade*, v. 45, n. 2, p. 457- 488, 2011.

OST, F. *Legal system between order and disorder*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

PAUWELYN, J. The WTO Agreement on Sanitary and Phytossanitary (SPS) Measures as applied in the first three SPS disputes. *Journal of International Economic Law,* n. 641, 1999, p. 663 e ss. Outros analisam os custos e a falta de remédios para a não implementação, como TOWSEND, D.; CHARNOVITZ, S. Preventing opportunistic uncompliance by WTO members. *Journal of International Economic Law*, v. 14, n. 2, 2011, p. 437 e ss.

QIAN, M. Reasonable period of time in the WTO Dispute Settlement System. *Journal of International Economic Law,* v. 15, n. 1, p. 257-285, 2012.

ROSAS, A. Implementation and enforcement of WTO Dispute Settlement Findings: an EU perspective. *Journal of International Economic Law*, v. 4, p. 131-144, 2001.

SCHAFFER, G. C. The World Trade Organization under challenge: democracy and the law and politics of the WTO's treatment of trade and environmental matters. *Harvard Environmental Law Review*, v. 25, p. 1-98, 2001.

SHAFFER, G. C.; SANCHEZ, M. R;. ROSENBERG, M. The trials of winning at the WTO: what lies behind Brazil's success. *Cornell International Law Journal*, v. 41, p. 381-501, 2008.

———. The trials of winning at the WTO: what lies behind Brazil's success. *Cornell International Law Journal*, v. 41, p. 381- 501, 2008.

VARELLA, M. D. The Effectiveness of the Dispute Settlement Body of the World Trade Organization: an analysis of its first twelve years of existence and proposals for its improvement. *Journal of International Trade Law and Policy*, v. 8, n. 2, p. 100-113, 2009.

————. *Internacionalização do Direito. Direito Internacional, Globalização e Complexidade.* Brasília: UNICEUB, 2013.

WIELER, J. H. H. *The rule of lawyers and the ethos of diplomats: reflections on the internal and external legitimacy of WTO Dispute Settlement.* Harvard Jean Monnet Working Paper, 2000.

WILSON, B. Compliance by WTO members with adverse WTO Dispute Settlement Rulings: the record to date. *Journal of International Economic Law*, v. 10, n. 2, p. 397-403, 2007.

YENKONG, N. H. World Trade Organization Dispute Settlement Regime at the Tenth Anniversary of the Organization: reshaping the "last resort" against non-compliance'. *Journal of World Trade*, v. 40, n. 2, p. 365-384, 2006.

Marcelo D. Varella

Livre-Docente pela USP
Doutor em Direito pela Universidade de Paris
Pós-Doutor pelas Universidades de Berkeley, Georgetown e George Washington
Pesquisador nível 1 do CNPq
Professor e Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UNICEUB

Centro Universitário de Brasília
Programa de Mestrado e Doutorado em Direito,
Bloco III, térreo
SEPN 707/907 – Asa Norte – 70790-075
Brasília – DF – Brasil
marcelodvarella@gmail.com

OAB E AS PRERROGATIVAS ATÍPICAS NA ARENA POLÍTICA DA REVISÃO JUDICIAL

Ernani Carvalho, Luis Felipe Andrade Barbosa e José Mário Wanderley Gomes Neto

THE BRAZILIAN BAR ASSOCIATION AND ITS ATYPICAL INSTITUTIONAL PREROGATIVES IN THE JUDICIAL REVIEW ARENA

RESUMO

A literatura política tem ressaltado relevantes aspectos a respeito da *judicialização da política* no cenário brasileiro. O presente artigo debruça-se sobre uma de suas nuances, ao tratar sobre o papel da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) frente à revisão judicial abstrata. Diferentemente dos demais atores do seleto rol presente no artigo 103 da Constituição Federal, a OAB tem a sua atuação pautada em três pilares, legitimados pelo STF no julgamento da ADI 3.026/DF: ausência de pertinência temática e de controle externo e caracterização como serviço público independente. Percebe-se, assim, que o desenho institucional brasileiro conferiu à OAB um rol de prerrogativas atípicas, sinalizando para um forte poder político, capaz de gerar custos e direcionar a agenda de políticas dos Poderes Públicos. Neste sentido, quais os interesses e qual a performance deste ator no campo da revisão judicial abstrata? Esta pesquisa pretende responder a esta pergunta por meio da análise de dados sobre as ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) e da busca de evidências empíricas sobre o papel desempenhado pela OAB na arena política da revisão judicial. De forma geral, como conclusão, verificou-se que há uma maior taxa de sucesso das ações que versam sobre interesse corporativo, valendo-se das questões de interesse público visando o seu próprio fortalecimento.

PALAVRAS-CHAVE

Ordem dos Advogados do Brasil; Judicialização da política; Ações diretas de inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The political literature has highlighted relevant aspects regarding the legalization of politics in the Brazilian scenario. This article focuses on one of its nuances, to treat about the role of the Brazilian Bar Association (OAB) front of abstract judicial review. Unlike the other players in this select group of Article 103 of the Federal Constitution, the OAB has its operations based on three pillars, legitimized by the Supreme Court in the trial of ADI 3.026/DF: the absence of thematic relevance, lack of external control and characterization as independent public service. It is clear, therefore, that the institutional design of the Brazilian Bar Association gave a list of atypical prerogatives, signaling a strong political power, capable of generating significant costs on public authorities. In this sense, what interests and what the performance of this actor in the field of abstract judicial review? This research aims to answer this question by exploring a large dataset of constitutional actions (ADI) and searching for empirical evidence of the role played by Brazilian OAB in political judicial review arena. Overall, in conclusion, it was found that there is a higher success rate of the actions that deal with corporate interests, taking advantage of the public interest aimed at strengthening itself.

KEYWORDS

Brazilian Bar Association; Judicialization of politics; Constitutional actions.

INTRODUÇÃO: JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E REVISÃO JUDICIAL

Em linhas gerais, a *judicialização da política* é um termo que vem sendo utilizado para expressar o fenômeno de expansão do Poder Judiciário sobre questões que, *a priori*, não lhe diriam respeito (TATE; VALINDER, 1995). Neste sentido, a expressão denota um movimento de crescimento, de alargamento da esfera judicial no controle das atividades estatais, de modo a adentrar outras esferas de poder.

Para Hirschl (2004), a judicialização é consequência do novo constitucionalismo que tem origem no pós-Segunda Guerra, devendo ser entendida como um passo progressista rumo à igualdade, à justiça distributiva e ao controle sobre governos excessivamente partidários.

Tate e Vallinder (1995) elencam algumas características do fenômeno em abordagem, buscando esmiuçar o sentido do mesmo. Assim, seria este uma influência e ingerência judiciais em arenas políticas, onde o Judiciário não reside normalmente; uma transferência do *decision-making* do Legislativo e do Executivo para o Judiciário; e, por fim, uma transformação de uma deliberação política em uma decisão judicial.

Hirschl (2008) também analisa a natureza e o alcance do novo nível da política judicializada, bem como apresenta estudos recentes que avançam no sentido de fornecer uma explicação realista sobre o fenômeno em tela. Aponta, assim, uma construção baseada em três níveis de judicialização, iniciando pela expansão no que concerne à determinação das políticas públicas, passando pela ampliação do alcance da fiscalização administrativa do Judiciário, por meio da proliferação de agências administrativas no Estado social moderno, e chegando à atribuição de confiança a juízes e tribunais para lidar com as questões atinentes à *megapolítica*.

Como consequência desta construção, houve a transformação das Cortes Supremas (ou Tribunais Constitucionais), em boa parte das democracias ocidentais, em instituições-chave para a formulação e implementação de políticas públicas (GINSBURG, 2003; SWEET, 2000). Ademais, o Judiciário passa a atuar em vários tipos de controvérsias, desde questões atinentes ao processo democrático, às prerrogativas dos outros Poderes, a corroboração na mudança do regime ou mesmo na definição da identidade coletiva.

Hirschl (2008) pontua ainda que a expansão judicial não pode ser compreendida separadamente das lutas políticas, sociais e econômicas que formam um determinado sistema político. É também fundamental considerar os determinantes políticos do comportamento e do *empoderamento* judicial e a interação entre as esferas política e judicial.

Quanto à sua operacionalização, o Poder Judiciário vale-se, especialmente, do instituto do controle de constitucionalidade. Em termos gerais, este controle significa a possibilidade de se recorrer a um juízo ou tribunal caso haja a interpretação de não atendimento ao que está presente na Constituição.

Como é de conhecimento geral, no Brasil, este instituto funciona de forma híbrida, podendo ser concentrado[1] ou difuso,[2] o que aumenta, pelo menos no aspecto do desenho institucional, a possibilidade de uma intervenção judicial.[3]

A literatura brasileira tem explorado diversos aspectos deste processo (TAYLOR, 2008; ARANTES, 2009; CARVALHO, 2009). Neste artigo abordaremos uma pequena, embora significativa parcela, deste imenso e complexo *iceberg*, que é a relação litigiosa entre Estado e Sociedade.

Nosso interesse principal é investigar o papel de um dos atores legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade (ADI), presentes no rol taxativo do artigo 103 da Constituição Federal, no qual se encontra, no seu inciso VII, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Embora outros atores, como as Uniões Sindicais de âmbito nacional e Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados, tenham o dever de justificar a existência de um nexo formal entre a sua natureza e a questão política objeto de disputa (pertinência temática, em termos técnicos), o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) tem a prerrogativa constitucional para propor as ações constitucionais sobre qualquer tema de disputa política. Então, resta saber: qual é a relevância das ações constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil no cenário da judicialização da política? Qual o papel desempenhado pela OAB na arena política da revisão judicial? A entidade busca, ao provocar demandas no STF via revisão judicial abstrata, o fortalecimento dos seus próprios interesses? Este artigo pretende responder a estas perguntas por meio de uma análise empírica com base no banco de dados sobre as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) disponível no sítio do Supremo Tribunal Federal.[4]

1 OAB E AS PRERROGATIVAS ATÍPICAS

Parece ser relevante observar, em termos políticos, as implicações da ausência de pertinência temática para a OAB. Mesmo se enquadrando como entidade de classe de âmbito nacional, o Conselho Federal da OAB foi contemplado com a legitimação para propositura da ADI em um inciso próprio, aliada à sua caracterização como legitimado ativo universal. Desta forma, o Conselho pode, diferentemente de outras entidades de classe de âmbito nacional, propor ADI sobre qualquer matéria em que se alegue vício de inconstitucionalidade.

Tal ampliação dos legitimados ativos, a qual gerou a inclusão do Conselho Federal da OAB e a consequente legitimação universal, deve-se, na perspectiva jurídica, à previsão constitucional do artigo 133 da Constituição Federal, a qual salienta que o advogado é indispensável à administração da justiça.[5]

Outra particularidade interessante é que, mesmo possuindo característica de uma instituição do direito público, forjada em lei como autarquia federal, a Ordem dos Advogados do Brasil não se sujeita aos ditames impostos à Administração Pública direta e indireta. O próprio Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 8.906/94) estabelece, no artigo 44, o seu caráter público e sua independência

funcional, indicando como uma de suas finalidades principais a defesa da Constituição, dos direitos humanos e da ordem jurídica do Estado democrático de direito, além da promoção da representação e defesa dos advogados no país.[6]

Diante dos pontos ressaltados, fica claro que a entidade não se submete às regras do regime jurídico administrativo, ou seja, não se submete a qualquer tipo de controle externo.

Não obstante à previsão legal, o STF, ao julgar a ADI 3.026/DF,[7] reconheceu adicionalmente que a OAB se caracteriza como um "serviço público independente", reforçando ainda que não está sujeita a controle da Administração, nem está vinculada a qualquer de suas partes.

Portanto, percebemos que dentre os legitimados presentes no rol do artigo 103 da Carta Magna, pode-se considerar que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil sobressai-se como um dos mais poderosos atores, por reunir a falta de limitação no que diz respeito ao seu campo temático com a ausência de controle estatal direto. Isto significa que a OAB possui a prerrogativa de propor ADI sobre qualquer tema que impere dúvida a respeito da sua constitucionalidade.

Por outro lado, os demais atores, que possuem a chamada legitimação ativa universal, fazem parte dos Poderes Públicos constituídos, à exceção dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional. Desta forma, a OAB, como entidade de classe, detém, por meio do seu Conselho Federal, prerrogativas que vão além daquelas concedidas aos demais atores políticos de âmbito privado, bem como a alguns atores de caráter essencialmente público, presentes no rol supramencionado.

Conforme já pontuado, não há dúvidas de que a Ação Direta de Inconstitucionalidade se constitui em um mecanismo de extrema importância para a defesa da cidadania e para a racionalização da Administração Pública, contribuindo, por conseguinte, para a efetivação da justiça em um Estado democrático de Direito (CARVALHO, 1999). Contudo, conforme ressaltado pela literatura política (TAYLOR, 2008; CARVALHO, 2010), percebemos que a prerrogativa de propor esta ação gerou para aquele rol de atores um poder político evidente. E, no caso específico da OAB, gerou um poder político sem precedentes, devido ao seu amplo raio de ação e à inexistência de mecanismos de controle, uma vez que a instituição não possui, pelo menos em tese, relação direta com os Poderes Públicos constituídos.

Estamos diante de uma entidade de âmbito nacional que possui feições públicas, é entendida como serviço público, mas cuja atuação é pautada segundo ditames privados, diante de sua independência política frente aos Poderes constituídos. Ou seja, sua lógica de atuação política é, pelo menos em tese, diversa dos outros legitimados ativos.

Em síntese, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil atua no Supremo Tribunal Federal, mediante as ações diretas de inconstitucionalidade, segundo três bases fundamentais:

1) ausência de pertinência temática;[8-9]
2) ausência de controle externo;[10-11]
3) caracterização como serviço público independente.

Ao que tudo indica, diante dos elementos apontados, sua legitimidade para se valer amplamente deste instrumental fundamental à democracia brasileira vincula-se à proteção de interesses públicos e, residualmente, à manutenção das prerrogativas de atuação dos advogados. Entretanto, qual será o raio de atuação da OAB quando provoca a Corte Constitucional?

O fato de o Conselho Federal da OAB possuir como incentivo institucional a formatação híbrida, de contornos públicos e de atuação privada, aliado à falta de limitação no que diz respeito ao seu campo temático – possui a prerrogativa de propor ADI sobre qualquer tema que impere dúvida a respeito de sua constitucionalidade, visto que tem interesse em preservar a supremacia da Constituição por força de suas próprias atribuições institucionais (CLÈVE, 1995; LOURENÇO, 1998) – bem como à falta de controle estatal sobre a sua atuação, acabou por transformá-lo, na nossa concepção, em um dos atores politicamente mais privilegiados do processo de interpretação da Constituição.

Embora a OAB seja um conselho de classe responsável por regular a profissão de advogado, é ingênuo não se considerar e enquadrar a entidade como um grupo de interesse, visto que possui a prerrogativa de levar questões para serem processadas pelo sistema político (SANTOS, 2011), a exemplo da própria discussão sobre a constitucionalidade de leis ou atos normativos no âmbito do STF. Ocorre que a construção legal e jurisprudencial brasileira aponta para uma estratégia de convencimento, na qual a função principal desta entidade é prestar um serviço público.[12]

Há que se ponderar aqui que este processo de alocação da OAB no plano constitucional brasileiro é percebido pelos autores como consequência de um desenho constitucional altamente garantidor. Uma das preocupações fundamentais do constituinte de 1988 foi garantir, no plano institucional, barreiras à um retrocesso autoritário. Ocorre que, diferentemente de outros países latino-americanos, no Brasil, a construção destas garantias institucionais elegeu a OAB, o Ministério Público e o Judiciário, entre outros, como peças essenciais para o bom funcionamento da democracia.

Esta especificidade brasileira é tão gritante que o próprio texto constitucional atribui aos advogados o caráter essencial à administração da justiça. Entre os seus dispositivos, a Constituição brasileira faz alusão ao termo advogado[13] em 23 momentos distintos. Se comparado a países que passaram por um processo similar de redemocratização no mesmo período histórico, como Argentina (3 alusões) e Chile (14 alusões), este fato é extremamente significante e sinaliza para a importância dada pela Constituição Federal de 1988 ao papel do advogado como agente de manutenção do contexto democrático brasileiro.

A tabela abaixo aponta a relação de países sul-americanos e a quantidade de alusões à terminologia "advogado(s)" em seus textos constitucionais:

TABELA 1 – **PESQUISA REALIZADA ENTRE OS 13 PAÍSES SUL-AMERICANOS NA *POLITICAL DATABASE OF THE AMERICAS*, DO CENTRO DE ESTUDOS PARA AMÉRICA LATINA DA *GEORGETOWN UNIVERSITY***

PAÍSES	ALUSÕES CONSTITUCIONAIS AO(S) TERMO(S) "ADVOGADO(S)"
ARGENTINA	3
BOLÍVIA	2
BRASIL	23
CHILE	14
COLÔMBIA	6
EQUADOR	11
GUIANA	1
GUIANA FRANCESA	N/A
PARAGUAI	5
PERU	6
SURINAME	0
URUGUAI	2
VENEZUELA	3

Fonte: <http://pdba.georgetown.edu/>.

Contudo, como compreender a participação da OAB neste processo sem levar em consideração os seus próprios interesses, principalmente no que diz respeito à preservação do seu *status quo* e a ampliação de sua influência política? É ingênuo considerar uma atuação da entidade voltada para o interesse público, completamente dissociada de seus interesses corporativos.

Diante desta problemática, é indispensável trazer ao debate a teoria sobre os grupos de interesse. Ao discorrer sobre a Teoria Democrática Pluralista, Dahl (1956)

percebe que os recursos que contribuem para o poder estão distribuídos entre diferentes grupos. O poder é partilhado entre grupos governamentais e interesses externos que exercem pressão sobre eles. No caso em análise, percebemos a presença de um grupo externo à esfera de governo detentor de um forte instrumental político, que viabiliza substancialmente a representação de seus interesses no processo político.

Uma das construções teóricas sobre a articulação de interesses, proposta por Salisbury (1975), aponta que os grupos podem ser vistos como (I) unidades de *inputs*; (II) como *outputs* do sistema político; (III) como *authorizative decision makers*; ou (IV) como organizações. Enquanto unidades de *inputs*, os grupos de interesse são componentes que oferecem um grande número de demandas para os *decisionmakers*. Cabe destacar que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil se perfaz como uma organização de excelência no que concerne à atividade de provocar o Poder Judiciário, sendo detentora do saber jurídico quanto ao instrumental utilizado e quanto à própria argumentação jurídica.

Dentro deste enfoque, Santos (2011) salienta o trabalho de Almond e Powell (1966) acerca da tipologia dos grupos de interesse, os quais são divididos em quatro tipos:

> (1) *Anomic interest groups* – grupos espontâneos, que se formam repentinamente por reações individuais a uma determinada questão;
>
> (2) *Nonassociational groups* – grupos sem constituição formal e raramente bem organizados, exercendo atividades pontuais e esporádicas, com interesses e, porventura, identidade em comum;
>
> (3) *Institutional groups* – grupos formalmente constituídos, nos quais seus integrantes possuem funções sociais e políticas variadas;
>
> (4) *Associational groups* – grupos formados especificamente para representar os interesses de seus membros.

No que tange a esta classificação, a Ordem dos Advogados do Brasil, nosso objeto de estudo, é um exemplo híbrido de *associational group* e *institutional groups*, visto que a entidade foi idealizada para representar os interesses dos advogados e fiscalizar a atividade profissional, mas, também, tem como missão a defesa da Constituição, dos direitos humanos e da ordem jurídica do Estado democrático de direito, tendo como uma de suas atribuições típicas provocar o processamento de demandas pelo sistema político. E um dos canais utilizados para tal processamento é o Poder Judiciário.

Ao tratar sobre o sistema de representação de interesses no Brasil, o autor em questão salienta a importância da análise do contexto institucional para uma correta

dimensão dos resultados políticos obtidos pelos diversos grupos. A partir da releitura dos trabalhos de Diniz e Boschi (1999), concebe tal representação de interesses de maneira híbrida, caracterizada pela existência de diversos padrões, donde se ressaltam a persistência do corporativismo tradicional, amplamente presente antes do processo de redemocratização, o desenvolvimento de grupos organizados segundo a lógica pluralista, bem como o surgimento do neocorporativismo como alternativa de participação dos grupos privados em certas arenas de decisão. Santos (2011) destaca que:

> Nesse processo decisório o Executivo, o Legislativo e o Judiciário passam a ser canais privilegiados para a vocalização dessas demandas e passam a ser arenas estratégicas para colocar essas demandas na agenda política. Essas demandas, portanto, acontecem num determinado contexto institucional e político e é de se esperar que seu padrão de interação, sua eficiência e seu sucesso dependam não apenas do vigor das organizações, mas também do ambiente institucional sob o qual suas demandas serão recepcionadas (como *inputs*) e tratadas no processo decisório.

Ao analisar a atuação dos grupos de interesse no Judiciário norte-americano, Neubauer et al (2010) salientam que os grupos de interesse direcionam seus esforços ao Judiciário para promover políticas públicas que favoreçam os seus membros. Assim, regularmente levam causas ao tribunal especificamente para desenvolver doutrinas jurídicas para sua causa.

Ocorre que, paralelamente à discussão de questões corporativas, próprias da entidade, a OAB foi contemplada com um rol de atribuições atípicas, associadas a uma atuação voltada essencialmente ao interesse público. Neste sentido, a OAB pode se valer politicamente do Poder Judiciário para provocar decisões sobre questões públicas e/ou corporativas, de seu interesse direto.[14]

Diante destes apontamentos, a grande questão percebida no Brasil, em termos de revisão judicial concentrada, é que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil se constitui como um ator institucional que ganhou um rol de prerrogativas atípicas, diretamente associadas à atuação pública. Desta forma, diante desta construção legal observada no país, torna-se extremamente importante verificar a racionalidade da OAB quanto à dimensão política das ADIs propostas no Supremo Tribunal Federal.

2 OAB na arena política da revisão judicial

No contexto da revisão judicial abstrata, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) corporifica-se como o principal mecanismo de atuação jurídica (MENDES, 2011), inclusive diante do número expressivo de ações propostas, se comparada aos demais

mecanismos, consubstanciados na ação declaratória de constitucionalidade (ADC), na arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e na ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO).[15]

Relativamente à atuação política, a ação direta de constitucionalidade proporciona a discussão sobre a constitucionalidade de leis e atos normativos federais e estaduais dos Poderes Públicos, incluindo atos do próprio Poder Judiciário. Portanto, representa um instrumento fortíssimo de controle político dos atos destes poderes.[16]

A partir de um banco de dados produzido pelos autores, o qual engloba cerca de 4.300 ações diretas de inconstitucionalidade propostas até o mês de julho de 2009, percebe-se que o Conselho Federal da OAB possui uma significativa taxa de sucesso,[17] correspondente a 75% de ações julgadas.

As frequências obtidas neste banco apontam que o ator em questão propôs um total de 177 ADIs, das quais 86 foram julgadas e 91 ainda aguardam julgamento. Dentre o universo de ações propostas, 24 foram julgadas procedentes, seja na sua totalidade ou parcialmente. Ou seja, do total de ações propostas pela OAB e apreciadas pelo STF, 75% foram objeto de decisão, seja em sede liminar ou de mérito.

Tabela 2 – **Frequências das ações diretas de inconstitucionalidade propostas até julho de 2009**

REQUERENTE	RESULTADO						TOTAL
	PROCEDENTE	PROCEDENTE EM PARTE	IMPROCEDENTE	PREJUDICADA	NÃO CONHECIDA/ NEGADO SEGUIMENTO	AGUARDANDO JULGAMENTO	
PRESIDENTE DA REPÚBLICA	0	0	1	0	0	5	6
MESA DIRETORA DO SENADO FEDERAL	0	0	0	0	0	1	1
MESA DIRETORA DE ASSEMBLEIA LEGISLATIVA OU DA CÂMARA DISTRITAL DO DF	2	1	3	13	16	11	46
GOVERNADOR DO ESTADO OU DO DF	287	56	47	162	105	418	1075
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA	226	44	21	178	74	361	904
CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL	18	6	8	40	14	91	177

PARTIDO POLÍTICO COM REPRESENTAÇÃO NO CONGRESSO NACIONAL	61	27	47	227	235	224	821
CONFEDERAÇÃO SINDICAL OU ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL	76	28	38	159	287	420	1008
NÃO É PARTE LEGÍTIMA	0	0	3	7	217	11	238
TOTAL GERAL	670	162	168	786	948	1542	4276

Em termos absolutos, considerando-se as variáveis apontadas, a taxa de sucesso supramencionada só é menor que as obtidas pelo Procurador-Geral da República e pelos Governadores de Estado ou do Distrito Federal (92,78% e 87,95%, respectivamente).

TABELA 3 – **TAXA DE SUCESSO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTAS**

PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA	92,78%
GOVERNADOR DE ESTADO OU DF	87,95%
CONSELHO FEDERAL DA OAB	75%

O significativo aproveitamento na adjudicação constitucional, mediante ausência de pertinência temática, associado à sua condição institucional pública e ausência de controle estatal, torna o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil um ator privilegiado na arena política da revisão judicial abstrata. Não há amarras institucionais que possam limitar a atuação da OAB no que tange a revisão judicial abstrata.

Conforme ressaltado inicialmente, um dos objetivos do presente estudo é saber qual a relevância das ações constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil no cenário da *judicialização da política*. Qual o papel desempenhado pela OAB na arena política da revisão judicial abstrata?

Como nos voltamos à análise sobre o campo de interesse de um dos atores com a prerrogativa de propor este tipo de ação – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil –, nada mais lógico do que se valer das ADIs propostas no STF, de

forma a se pontuar quais são as matérias que a OAB vem discutindo em sede do Tribunal Constitucional.

Entretanto, em primeiro lugar, faz-se necessário conceituar interesse público e interesse corporativo. Em linhas gerais, o interesse público corresponde aos interesses qualificados como próprios da sociedade (MELLO, 2006). Significa a vontade da maioria dos seres que vivem em sociedade, ou seja, o somatório dos interesses individuais destes, desde que este somatório represente a vontade da maioria (MARINELA, 2011). Entende-se, ainda, o interesse público como o interesse nacional no âmbito interno, representando a generalidade dos habitantes de um país, cujo interesse se contrapõe aos interesses particulares de cada um dos cidadãos e de cada um dos grupos econômico-sociais (BOBBIO et al, 2004).

Quanto ao interesse corporativo, consideramos, no cenário da adjudicação constitucional, como aquele que se volta à maximização dos ganhos para o grupo. Ou seja, o grupo procura as arenas de decisão política objetivando a promoção dos seus próprios interesses. De forma residual, partindo da construção de Bobbio et al (2004), podemos considerá-lo como aquele que se volta aos interesses de cada um dos grupos econômico-sociais existentes.

Diante do objeto de análise do presente trabalho, foi construído um banco de dados com as ações diretas de inconstitucionalidade propostas pelo Conselho Federal da OAB até o mês de julho de 2012, o qual totaliza o número de 238 ADIs.[18]

Considerando-se a ótica de sua propositura, dividimos primeiramente as ADIs entre as variáveis interesse público e interesse corporativo. Também foram considerados os dados atinentes ao julgamento das ADIs, dividindo-as entre as seguintes variáveis: procedente; procedente em parte; improcedente; prejudicada; não conhecida/negado seguimento; aguardando julgamento, conforme o resultado final apresentado pelo Supremo Tribunal Federal.

No que tange à caracterização do interesse corporativo, consideramos todas as ações em que era perceptível uma demanda direcionada ao fortalecimento das prerrogativas dos advogados ou atinente à sua atuação profissional. Várias ações foram consideradas de interesse corporativo, não obstante a sua construção e fundamentação ser vinculada ao interesse público.[19]

A partir deste critério, diante do universo de ações propostas pelo Conselho Federal da OAB, 91 ações versam sobre interesse corporativo, ou seja, versam sobre temas que dizem respeito aos interesses dos seus próprios membros, perfazendo um total de apenas 38%. Por outro lado, um total de 147 ações trazem em seu bojo uma discussão voltada ao interesse público, representando 62% do universo (N) de ações propostas.[20]

GRÁFICO 1 – **PERCENTUAL DE INTERESSE CORPORATIVO**

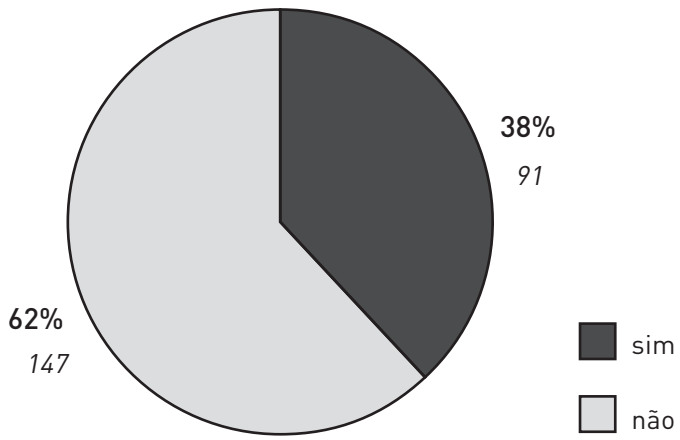
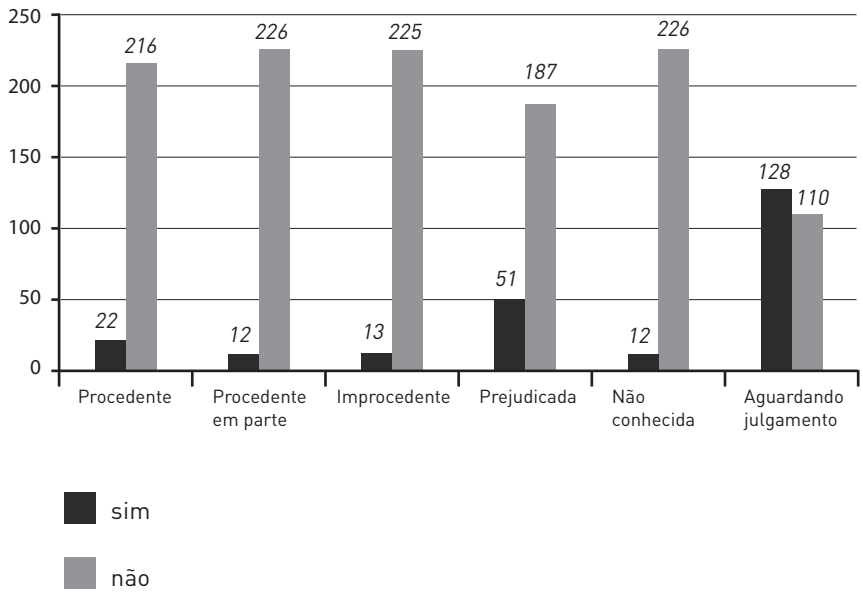


GRÁFICO 2 – **RESULTADO FINAL DAS ADIS PROPOSTAS PELO CONSELHO FEDERAL DA OAB**



Para análise do resultado final, imputamos relevante considerar a taxa de sucesso do CFOAB frente as ações propostas. No que se refere à taxa de sucesso, levou-se em consideração apenas as ações objeto de decisão de mérito, conforme referenciado acima. Desta forma, para a sua caracterização, foram computados os número totais das ações que atinam à *procedência, procedência em parte e improcedência*. As ações prejudicadas são desconsideradas por não ser objeto de decisão, diante da existência de um impedimento formal ou material, como a hipótese de perda do objeto (extinção da lei ou modificação dos dispositivos atacados pela ADI).

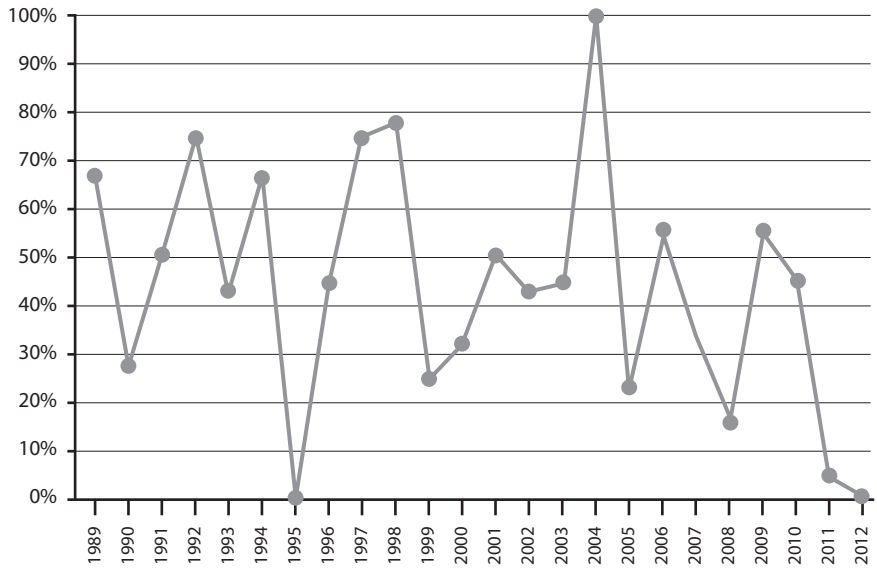
Como resultado final, levando-se em consideração o mérito das ações, observa-se que 47 ações foram objeto de decisão final de mérito. Paralelamente, 51 ações restaram prejudicadas, enquanto 12 não foram conhecidas/negado seguimento e 128 ainda aguardam julgamento. Estes dados apontam para uma considerável taxa de sucesso, representando o percentual de 72,3% das ações julgadas.

Considerando-se o recorte temporal, percebemos que a partir do ano de 2000 há uma mudança significativa no conteúdo das ações propostas pelo Conselho Federal da OAB. Verifica-se na Tabela 4 que, até o ano de 1999, do total de 76 ações diretas de inconstitucionalidade propostas, 39 ações versavam sobre interesse corporativo, representando o percentual de 51,36%. Entre os anos de 2000 a 2012, do total de 162 ações propostas, apenas 52 versavam sobre interesse corporativo, significando apenas 32,09%.

TABELA 4 – **RELAÇÃO ENTRE O NÚMERO DE AÇÕES PROPOSTAS E O PERCENTUAL RELATIVO AO INTERESSE CORPORATIVO**

PERÍODO	NÚMERO DE ADIS PROPOSTAS	INTERESSE CORPORATIVO (%)
1989 A 1999	76	39 (51,36%)
2000 A 2012	162	52 (32,09%)
TOTAL	238	91 (38,23%)

GRÁFICO 3 – **RELAÇÃO ENTRE OS ANOS E O INTERESSE CORPORATIVO**



O Gráfico 3 mostra claramente como os percentuais relativos ao interesse corporativo são menores a partir do ano de 2000, mesmo diante do grande número de ações propostas pelo Conselho Federal da OAB. O único momento excepcional deste recorte temporal é o ano de 2004, quando se visualiza o percentual de 100% para interesse corporativo. Mesmo assim, no que tange a todo o período analisado, a cada três ações propostas pelo CFOAB, duas versam sobre interesse público.

TABELA 5 – **FREQUÊNCIAS DAS ADIS PROPOSTAS ENTRE OS ANOS DE 1988 A 1999**

ADIS 1988 A 1999	PROCEDENTE	PROCEDENTE EM PARTE	IMPROCEDENTE	PREJUDICADA	NÃO CONHECIDA/ NEGADO SEGUIMENTO	AGUARDANDO JULGAMENTO
INTERESSE CORPORATIVO	3	4	4	19	4	5
INTERESSE PÚBLICO	4	2	5	16	3	7
TOTAL	7	6	9	35	7	12

TABELA 6 – **FREQUÊNCIAS DAS ADIS PROPOSTAS ENTRE OS ANOS DE 2000 A JULHO DE 2012**

ADIS 2000 A 2012	PROCEDENTE	PROCEDENTE EM PARTE	IMPROCEDENTE	PREJUDICADA	NÃO CONHECIDA/ NEGADO SEGUIMENTO	AGUARDANDO JULGAMENTO
INTERESSE CORPORATIVO	8	5	2	6	2	29
INTERESSE PÚBLICO	7	1	2	10	3	87
TOTAL	15	6	4	16	5	116

As tabelas 5 e 6 apresentam as frequências das ADIs no recorte temporal supramencionado (1988 a 1999 e 2000 a 2012). Os dados mostram que a OAB possui uma maior taxa de sucesso nas ações que versam sobre interesse corporativo, nos dois momentos históricos apontados. No primeiro momento, relativo aos anos de 1988 a 1999 (Tabela 5), das 11 ADIs com decisão de mérito que tratam sobre interesse corporativo, 7 são consideradas procedentes ou procedentes em parte, contra 4 consideradas improcedentes, representando o percentual de 63,63%. Já das 14 ADIs meritoriamente julgadas, que tratam sobre interesse público, apenas 6 são procedentes ou procedentes em parte, contra 5 consideradas improcedentes, representando o percentual de 54,54%.

Quanto ao segundo momento, que se refere aos anos de 2000 a julho de 2012 (Tabela 6), das 15 ADIs com decisão de mérito e que versam sobre interesse corporativo, 13 são consideradas procedentes ou procedentes em parte, contra apenas 2 ações improcedentes. Estes números representam uma taxa de sucesso de 86,66%. Por outro lado, das 10 ações que versam sobre interesse público, 8 são procedentes ou procedentes em parte, frente a 2 improcedentes. Tais números evidenciam uma taxa de sucesso de 80%.

Outro dado extremamente relevante e que diferencia significativamente os dois momentos históricos é o relativo ao número de ADIs que aguardam julgamento. No primeiro momento, são 5 (cinco) ações sobre interesse corporativo e 7 sobre interesse público aguardando julgamento. Por seu turno, quanto ao segundo momento, são 29 ADIs sobre interesse corporativo e 87 sobre interesse público nesta situação.

Paralelamente, deve-se frisar o reduzido número de ADI versando sobre interesse corporativo nos dois últimos anos analisados. Em 2011, de 22 ações propostas, apenas 1 versa sobre interesse corporativo. No ano de 2012, considerando-se os dados coletados até o mês de julho, observa-se que, das 23 ações propostas, nenhuma delas

versa sobre interesse corporativo. Estes dados revelam um número significativo de ações recentes que tratam sobre interesse público e que, em certa medida, deve ser considerado na análise.

Verifica-se também que, no período total analisado, das 22 ações julgadas procedentes, 15 delas se referem a ações propostas a partir do ano de 2000. Destas ações, 8 versam sobre interesse corporativo. O Gráfico 4 mostra percentuais significativos de ações julgadas procedentes, ano a ano, entre o período de 2002 a 2007.

GRÁFICO 4 – **RELAÇÃO ENTRE OS ANOS E A PROCEDÊNCIA DO PEDIDO**

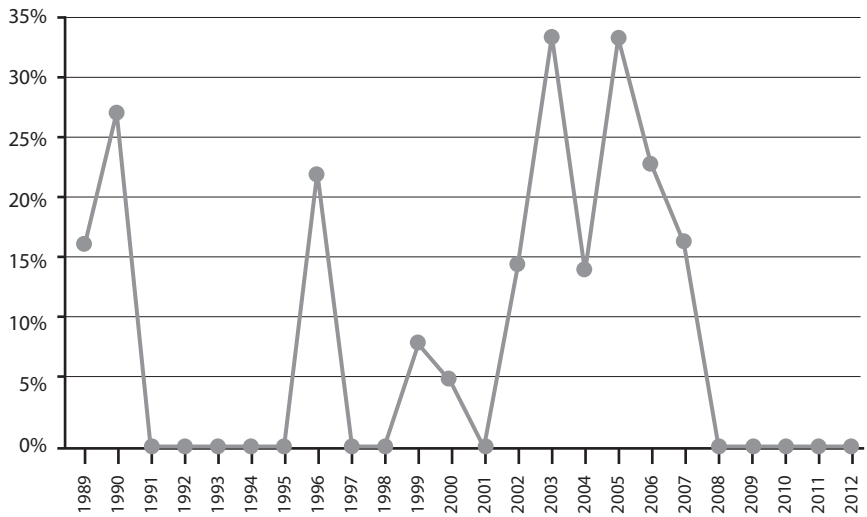


GRÁFICO 5 – **RELAÇÃO ENTRE OS ANOS E A PROCEDÊNCIA EM PARTE DO PEDIDO**

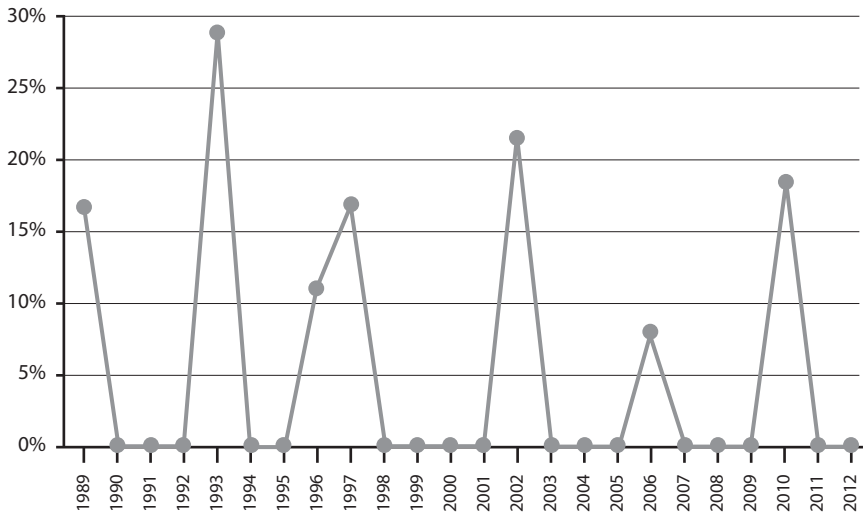
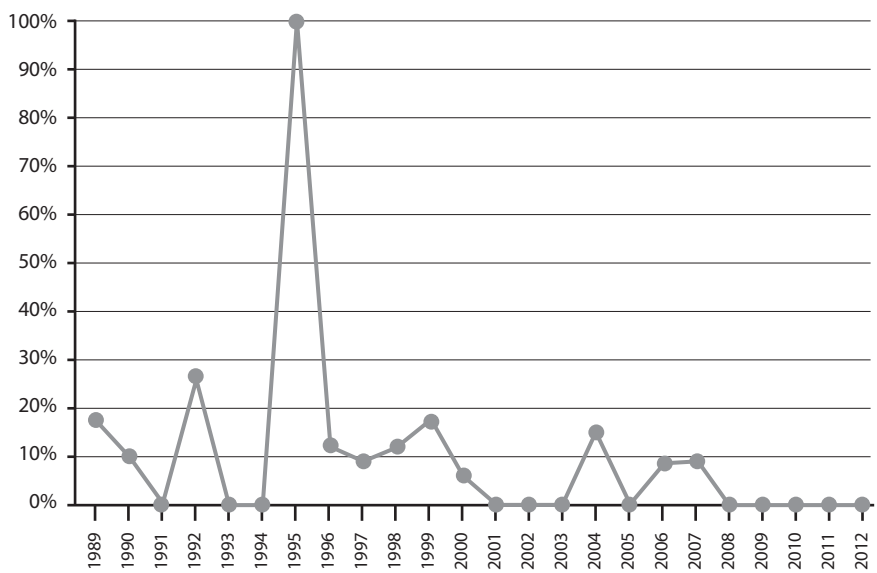
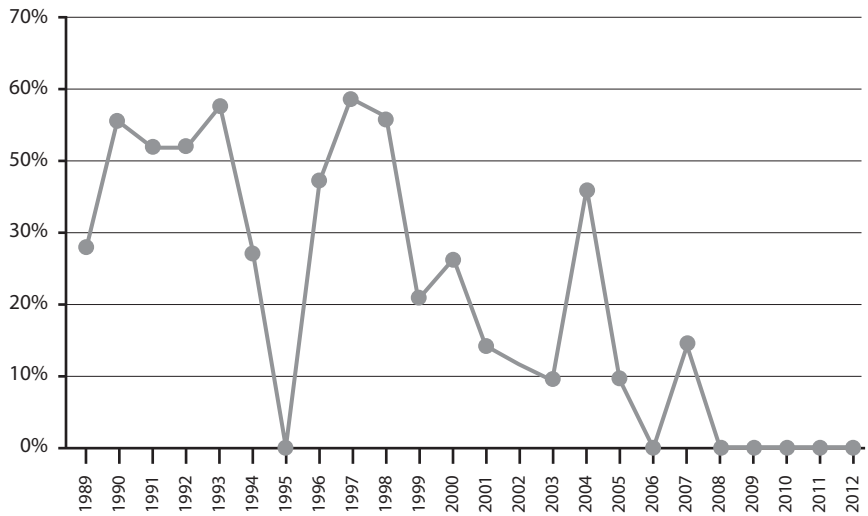


GRÁFICO 6 – **RELAÇÃO ENTRE OS ANOS E A IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO**



No que concerne à taxa de sucesso das ADIs, considerando-se a temática proposta e o resultado obtido, é visível que o número de ações procedentes e procedentes em parte ainda é maior nas questões que envolvem interesse corporativo. São 20 ações procedentes ou procedentes em parte no que atine ao interesse corporativo, enquanto apenas 14 ADIs versam sobre interesse público.

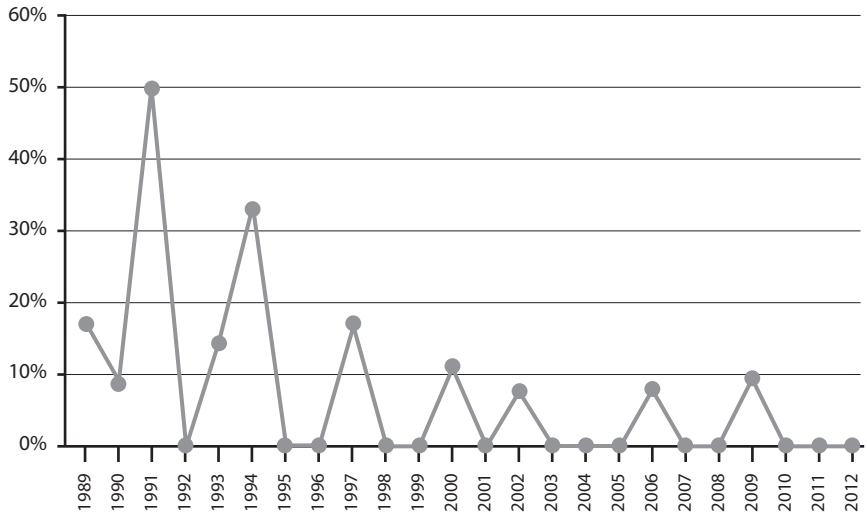
GRÁFICO 7 – **RELAÇÃO ENTRE OS ANOS E A PREJUDICIALIDADE DO PEDIDO**



Quanto às ações consideradas prejudicadas, há um número relativamente grande de demandas neste sentido, totalizando 51 ações. A caracterização da prejudicialidade não significa propriamente o insucesso do ator, mas, em certo sentido, a relevância da discussão e até mesmo a razão da argumentação jurídica, visto que tal prejudicialidade advém da perda do objeto, por alterações ou exclusões da lei ou do ato normativo no ordenamento jurídico pátrio.

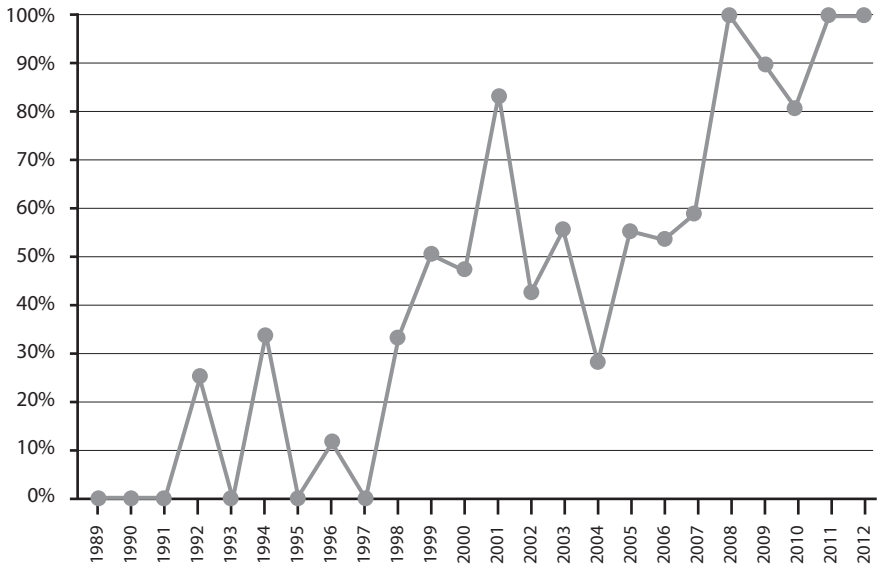
Neste sentido, no que se refere a esta variável, pode-se enquadrar que a ação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil gera, no mínimo, custos políticos para os Poderes Públicos, ao provocar a revisão dos atos praticados, bem como a modificação e até mesmo a exclusão das regras jurídicas do sistema.

GRÁFICO 8 – **RELAÇÃO ENTRE OS ANOS E O NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO**



No Gráfico 8 percebem-se percentuais mínimos de ações não conhecidas ou que tiveram negado o seu seguimento. Ademais, apontam para uma maior adequação da entidade, com o passar dos anos, relativamente ao objeto das questões discutidas. Isto denota, em certo sentido, a relevância das discussões constitucionais adjudicadas pelo ator ao Poder Judiciário.

GRÁFICO 9 – **RELAÇÃO ENTRE OS ANOS E O NÃO JULGAMENTO DO PEDIDO**



Por último, o Gráfico 9 denota um alto índice de ações diretas de inconstitucionalidade aguardando julgamento. Este é um dos pontos críticos da atividade jurisdicional, que revela em grande medida a morosidade do Judiciário. Como se percebe, há percentuais significativos de ADIs aguardando julgamento frente ao universo de ações do respectivo ano, principalmente a partir de 1998.

Em trabalho recente, Barbosa (2009) ressalta que não existem mecanismos de controle de agenda no STF no que concerne às ações diretas de inconstitucionalidade. A sistemática adotada pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal possibilita aos ministros uma escolha sobre aquilo que vai ou deve ser julgado. Foi percebido, também, que as questões políticas ou de clamor popular elevado costumam ser enfrentadas pela Corte Constitucional como prioritárias, ensejando uma apreciação mais célere destas matérias.

Portanto, visualiza-se uma mudança significativa na atuação da OAB, voltando-se para questões que versam sobre interesse público. Esta mudança de paradigma coaduna-se com suas prerrogativas institucionais e com a própria construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, esta reorientação não tem significado um aumento do sucesso das demandas propostas pela instituição. Percebe-se aqui um mecanismo de autocontenção, conforme construção de Posner (1983), recusando-se o Tribunal a julgar determinadas

ações que versam sobre interesse público, diante dos possíveis custos políticos advindos desta atuação. Conforme salienta o autor:

> *Judicial self-restraint can have other sources besides personality. It can arise from a straightforward concern with the overload on the federal courts system-a natural concern for any federal judge to feel today-or from fear of retribution by the political branches against a hyperactive judiciary. It can also come from theory-from the "capital preservation" theory that I mentioned earlier, or from a theory of the separation of powers such as was implicit in my earlier rejection of the idea that a judge should decide cases as the agent of the political party that supported his appointment. And judicial self-restraint is often opportunistic-as, of course, judicial activism often is also. The judge does not like his brethren's policy preferences but rather than say so he takes the "neutral" stance that the courts ought to be doing less of everything.* (POSNER, 1983, p. 19)

Não obstante a estes resultados, que apontam para um número expressivo de ADIs sobre interesse público aguardando julgamento, cabe-nos pontuar que os percentuais expressos no Gráfico 1 são extremamente significativos, visto que se tende a imaginar a utilização do instrumental das ADIs pela OAB visando substancialmente à proteção dos interesses corporativos da instituição.

Ocorre que, diferentemente de outros atores de âmbito essencialmente privado, como a AMB, ANMP, ANAMATRA e CNI, a ausência de pertinência temática faz com que o CFOAB se lance a propor no Supremo Tribunal Federal questões atinentes ao interesse público. Alguns estudos apontam, inclusive, para um baixo aproveitamento na atuação daqueles atores por meio da ADI (CARVALHO; SANTOS; GOMES NETO, 2012).

Ao analisar o histórico das ações propostas pelo CFOAB, observa-se que em um primeiro momento a sua utilização era voltada principalmente à discussão de aspectos relativos ao exercício da advocacia, como forma de consolidação da atuação profissional do advogado. Este momento, referente à década de 1990, condiz com a situação vivenciada pela OAB no cenário nacional. Segundo Motta (2006):

> Vigilante e atuante em todos os episódios que poderiam ameaçar a delicada tarefa de consolidação democrática – a liderança que assumiu por ocasião do impeachment é o exemplo mais evidente desse compromisso –, a Ordem vai estar "liberada", a partir de então, para se dedicar às questões "internas", mais ligadas à sua face corporativa de representação dos advogados. A construção da sede em Brasília – a primeira, em 1990, e a segunda, dez anos depois –, e a elaboração de um novo Estatuto, em 1994, marcaram, sem dúvida, o investimento em um projeto que visou a adequar a Ordem, ao mesmo

> tempo, à nova realidade política do país e às novas condições do mercado profissional dos advogados brasileiros. (MOTTA, 2006, p. 7-8)

Mesmo neste contexto de reorganização institucional, houve momentos de atuação pública, principalmente na adoção pelo Estado Brasileiro do Programa Nacional de Privatização (PND), criado no governo Collor e desenvolvido no governo Fernando Henrique, assim como no surgimento do instituto da Medida Provisória (MP), fundamentada na celeridade da atuação legislativa, mas que, na verdade, segundo entendimento da própria OAB, consubstanciava-se como uma usurpação legislativa por parte do Poder Executivo. A par deste contexto histórico, Motta (2006) informa que:

> O fortalecimento das instituições democráticas do país, depois do difícil teste de resistência a que haviam sido submetidas, abriu caminho para uma série de medidas oriundas do Executivo com o objetivo de dar um novo formato ao tradicional aparato estatal brasileiro. Iniciadas no governo de Itamar Franco (1993-94), e aceleradas ao longo dos dois mandatos de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), as chamadas "reformas" foram combatidas pela OAB, especialmente as que visavam a privatizar algumas atividades e serviços antes controlados/monopolizados pelo Estado. Por outro lado, o uso das medidas provisórias como forma de "agilizar" o processo legislativo mereceu mais do que críticas severas, e levou a Ordem, principalmente pelo emprego de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, a constantes choques com o Executivo. (MOTTA, 2006, p. 7)

Posteriormente, nota-se uma atuação voltada essencialmente ao interesse público, participando a entidade da discussão sobre a constitucionalidade de assuntos de grande relevância nacional. Pode-se considerar que, com o passar dos anos, o paulatino fortalecimento da democracia fez com que a OAB voltasse sua atuação visando à legitimação das suas prerrogativas constitucionais e institucionais, passando a tratar sobre assuntos afetos à seara pública. Não é possível se sustentar uma ampla participação nas principais instituições políticas nacionais sem um efetivo respaldo político, caracterizado, no contexto do ator ora analisado, por uma atuação efetivamente pública.

É neste cenário que o próprio STF publica o acórdão da ADI 3.026/DF, frente a questionamentos sobre a natureza jurídica da OAB, feitos pela Procuradoria-Geral da República. Nesta decisão, o Supremo reafirma o seu entendimento sobre a importância ímpar da instituição na democracia brasileira.

A atuação voltada ao interesse público é tão notória que, reforçando o argumento da atuação pública, foram propostas pelo CFOAB, nos últimos dois anos, 44 ações diretas de inconstitucionalidade versando sobre interesse público e apenas 1 versando sobre interesse corporativo.

No que se refere a este período, verifica-se sua atuação sobre questões de grande repercussão nacional, as quais podemos distribuir em seis grandes blocos:

(1) Pensão vitalícia a ex-governadores;
(2) Pensão a viúvas e filhos de ex-governadores;
(3) Eleições e partidos políticos;
(4) Precatórios;
(5) Incidência de ICMS;
(6) Competência para julgamento do governador de Estado.

Dentre este universo de ações propostas, destacamos as ações do primeiro e do último bloco; a primeira é relativa à previsão legislativa de pensão para ex-governadores e a última discorre sobre a competência para julgamento do governador de Estado.

Sobre a questão das pensões para ex-governadores, houve uma larga campanha capitaneada pela OAB. Durante este processo, sua exposição midiática como defensora da sociedade contra os abusos estatais foi intensa. Neste período, foram impetradas 9 ADIs,[21] fundamentadas no entendimento de que a atual Constituição Federal não prevê nem autoriza a instituição de qualquer subsídio para quem não é ocupante de qualquer cargo público (eletivo ou efetivo), bem como caracterizando que há uma flagrante violação aos princípios da moralidade e da impessoalidade, presentes no artigo 37 da Constituição Federal. É importante pontuar, inclusive, que as repercussões da mídia fazem parte da instrução de várias ações, por meio da juntada de matérias produzidas por veículos de grande tiragem nacional.

Quanto às legislações estaduais que preveem a competência das Assembleias Legislativas para julgamento dos governadores de Estado, a OAB promove uma verdadeira batalha contra as Assembleias Estaduais.[22] São 20 ações diretas de inconstitucionalidade, frente a leis estaduais legisladas por 20 Assembleias Legislativas Estaduais.

Nestes casos, o CFOAB alega a inconstitucionalidade da previsão contida nas Constituições Estaduais que estabelecem a competência das Assembleias Legislativas para processar e julgar os governadores dos seus Estados, visto que se trata de matéria processual penal, a qual cabe privativamente à União legislar. Alega a entidade que tal previsão agride substancialmente o princípio republicano, o princípio da separação dos poderes e o relativo ao acesso à jurisdição, previstos respectivamente nos artigos 1º, 2º e 5º da CF, e que são essenciais a um Estado Democrático de Direito.

Trata-se de uma discussão eminentemente pública, relacionada à organização do Estado brasileiro, versando sobre o papel do Poder Legislativo federal e estadual. Diz respeito a uma dimensão pública, mas, ao mesmo tempo, a uma dimensão essencialmente política e que mexe com as macroestruturas do Estado. Este ponto também é extremamente significativo, pois a discussão levantada em sede constitucional desnuda relações clientelísticas entre o Executivo e o Legislativo no âmbito subnacional.

Um dos pontos importantes a ser ressaltado na análise das ADIs é que, em todas as ações, o Conselho Federal da OAB fundamenta a propositura em sua legitimação universal, considerando-se "defensor da cidadania e da Constituição". Ou seja, mesmo naquelas ADIs que versam sobre interesses essencialmente corporativos, o CFOAB legitima sua atuação com uma roupagem pública. Paralelamente, ainda houve no período uma massificação midiática da OAB, o que acabou por reforçar seu papel de porta-voz dos interesses da sociedade.

No que atine à sua atuação na seara da adjudicação constitucional, o CFOAB antecipa informações à população sobre a propositura das ações diretas de inconstitucionalidade. Ademais, salienta conquistas jurídicas frente ao Supremo Tribunal Federal, na disputa de questões que envolvem os atos dos Poderes Públicos constituídos. Portanto, entendemos que todo este instrumental configura-se como um importante mecanismo de legitimação da atuação da OAB no controle concentrado de constitucionalidade.

Considerações finais

O presente artigo buscou trazer a discussão sobre a atuação da Ordem dos Advogados do Brasil no controle judicial concentrado, tendo-se como parâmetro as ações diretas de inconstitucionalidade, consideradas o mais importante mecanismo na arena da adjudicação constitucional (CARVALHO, 2009; MENDES, 2011).

Inicialmente, foram lançadas as bases de atuação do Conselho Federal da OAB no STF, insculpidas na ausência de pertinência temática, ausência de controle estatal direto e caracterização da entidade como serviço público independente, formatada na própria jurisprudência do Tribunal Constitucional, cujo marco é, sem dúvida, a ADI 3.026/DF.

Um dos pontos relevantes para a discussão é que as prerrogativas do CFOAB são *sui generis*, atípicas, não sendo observadas em nenhum outro país sul-americano. A forma como a própria OAB e os integrantes do Poder Judiciário reconhecem-na na sistemática jurídica do país traz subsídios importantes para caracterização do nível de importância política atingido no cenário nacional.

Mesmo sendo um forte ator, em essência de âmbito privado, sua participação no processo de redemocratização produziu um significativo rol de prerrogativas, típicas de um ator eminentemente público, e que sinalizam para um caráter de essencialidade, o qual não é percebido nos países da América do Sul que vivenciaram um processo político similar. Desta forma, o Brasil produziu um desenho institucional onde a defesa das garantias constitucionais foi dividida com um ator que não é controlado pelos poderes constituídos, ou seja, que não possui qualquer tipo de *accountability*, seja vertical ou horizontal.

A partir do levantamento inicial dos temas propostos em sede de ação direta de inconstitucionalidade, percebe-se que há uma significativa atuação visando o interesse

público, o que vai, aparentemente, de encontro a construções teóricas que informam que os grupos provocam o Judiciário visando ampliar e fortalecer seus próprios interesses (NEUBAUER et al, 2010).

Mas o ponto crucial desta discussão é a pertinência temática, a qual viabiliza uma diferenciação clara da OAB com outros atores de âmbito essencialmente privado, como a CNI e a AMB (BARROSO, 2012). Enquanto a atuação das confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, previstas no inciso IX do artigo 103 da CF, volta-se aos interesses privados, o Conselho Federal da OAB, legitimado em outro inciso (inciso VII), vale-se de todo o seu arsenal político, discutindo questões que vão desde o interesse corporativo até questões que versam puramente sobre interesse público.

Contudo, destaque-se que o objetivo principal da entidade é, afinal, o seu próprio fortalecimento. Parece-nos que a Ordem dos Advogados do Brasil elege determinadas matérias em contextos políticos favoráveis, de ampla discussão nacional, de forma a consolidar frente à população a sua imagem de protetora dos direitos e garantias individuais e coletivos. Foi dada uma feição pública e, em determinados contextos políticos, a OAB sente a necessidade de legitimá-la. E, atuando nesta direção, acaba por legitimar diretamente todo o arsenal político auferido pela Constituição Federal.

No caso brasileiro aqui estudado, o fato de o CFOAB não possuir amarras institucionais com os Poderes Públicos constituídos possibilita em vários momentos uma atuação independente, ao levar demandas ao Supremo Tribunal Federal, funcionando como um efetivo mecanismo de controle da atividade normativa do Estado. A própria entidade entende que estas prerrogativas institucionais são indispensáveis à proteção da democracia brasileira. Contudo, a ausência de qualquer espécie de *accountability* (institucional, social etc.) pode degenerar tal arranjo, pois, estaríamos sempre pressupondo que o CFOAB é composto de pessoas de aspirações democráticas e republicanas.

Como demonstrado no presente trabalho, os dados apontam para uma maior taxa de sucesso das ações que versam sobre interesse corporativo, dentre o universo de ADIs julgadas, aliada a uma significativa demora na apreciação das questões que envolvem interesse público. Em termos de revisão judicial abstrata, este ponto pode denotar duas situações distintas: por um lado, os custos maiores para o Poder Judiciário apreciar matérias que versam sobre interesse efetivamente público (POSNER, 1983); por outro, que o STF, em termos concretos, vem julgando apenas ações que trazem em seu bojo o fortalecimento de interesses corporativos da OAB.

Contudo, é fundamental relembrar que há um número de ADIs versando sobre interesse público que também tiveram sucesso e outras, propostas principalmente nos últimos três anos, ainda aguardando julgamento.

Outro ponto a ser ressaltado é que, mesmo diante da menor taxa de sucesso obtida no julgamento das ADIs de interesse público, consideramos que o principal motivo para a entidade continuar propondo demandas neste sentido é a manutenção de sua agenda política, firmando uma posição ativa de proteção dos interesses da coletividade.

Ademais, esta atuação reveste-se como uma instrumentalização do seu poder, reforçando a OAB o seu caráter essencial ao tratar sobre as principais questões de cunho político-democrático no âmbito do Supremo Tribunal Federal. O fato é que, historicamente, a OAB, enquanto associação de advogados, sempre teve voz ativa nas principais questões do país. Contemporaneamente, amparada por uma legitimação constitucional, a entidade passou a possuir um verdadeiro arsenal jurídico-político, estando presente nas principais discussões sobre a vida pública do país.

Finalmente, a partir deste trabalho, vislumbramos que se torna muito importante salientar a necessidade de estudos comparados sobre a atuação das corporações de advogados e em que medida tal atuação é significativa em termos de fortalecimento e qualidade da democracia, especialmente no contexto latino-americano.

: ARTIGO APROVADO (12/02/2014) : *RECEBIDO EM 20/11/2012*

NOTAS

1 Controle Concentrado – o Tribunal constitucional provocado por uma ação direta de (in)constitucionalidade decidirá sobre a lei em tese. Portanto, não é necessário a existência de um conflito jurídico concreto. A norma *in abstractu* é atingida e seu efeito é *erga omnes* (contra todos). Nesse tipo de controle, o Tribunal possui o monopólio sobre o controle de constitucionalidade.

2 Controle Difuso – qualquer juiz pode (tem competência para) declarar a inconstitucionalidade das leis e atos normativos no julgamento de casos concretos. Nesse tipo de controle não se atinge a lei em tese, ou seja, os julgados só afetam o objeto jurídico em questão e as partes envolvidas.

3 Para efeitos de um maior aprofundamento dos aspectos políticos do instituto da revisão judicial *vide* Carvalho (2010).

4 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 9 fev. 2014.

5 O artigo 133 da Constituição Federal é um dos resultados mais marcantes da presença maciça da OAB na Assembleia Nacional Constituinte de 1987, tendo a seguinte previsão: "Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei".

6 "Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I – defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

II – promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil".

7 Destacamos, a seguir, os aspectos que reputamos mais relevantes da ADI 3.026/DF: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 1º DO ARTIGO 79 DA LEI N. 8.906, 2ª PARTE. 'SERVIDORES' DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PRECEITO QUE POSSIBILITA A OPÇÃO PELO REGIME CELETISTA. COMPENSAÇÃO PELA ESCOLHA DO REGIME JURÍDICO NO MOMENTO DA APOSENTADORIA. INDENIZAÇÃO. IMPOSIÇÃO DOS DITAMES INERENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). INEXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA A ADMISSÃO DOS CONTRATADOS PELA OAB. AUTARQUIAS ESPECIAIS E AGÊNCIAS. CARÁTER JURÍDICO DA OAB. ENTIDADE PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO INDEPENDENTE. CATEGORIA ÍMPAR NO ELENCO DAS PERSONALIDADES JURÍDICAS EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DA ENTIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, 'CAPUT', DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A Lei n. 8.906, artigo 79, § 1º, possibilitou aos "servidores" da OAB, cujo regime outrora era estatutário, a opção pelo regime celetista. Compensação pela escolha: indenização a ser paga à época da aposentadoria. 2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta. *3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro.* 4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como 'autarquias especiais' para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas 'agências'. *5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária.* 6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público. *7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional.* A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional. 8. Embora decorra de determinação legal, o regime estatutário imposto aos empregados da OAB não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente. 9. Improcede o pedido do requerente no sentido de que se dê interpretação conforme o artigo 37, inciso II, da Constituição do Brasil ao "caput" do artigo 79 da Lei n. 8.906, que determina a aplicação do regime trabalhista aos servidores da OAB. 10. Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB. 11. Princípio da moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Desvio de poder ou de finalidade. 12. Julgo improcedente o pedido.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do STF, em sessão plenária, sob a presidência da Min. Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, julgar improcedente o pedido.

Brasília, 8/06/2006. EROS GRAU – Relator". (*DJ* 29/09/2006, *Ementário* 2249-3, Tribunal Pleno)

8 No caso da arguição abstrata de inconstitucionalidade, a literatura jurídica pátria aponta que a pertinência temática foi uma estratégia jurisprudencial criada pelo Supremo Tribunal Federal para controlar o aumento significativo de demandas após a ampliação do rol de legitimados efetivada pela Emenda Constitucional n. 3/93, significando tal pertinência a congruência temática entre as finalidades estatutárias ou os interesses da unidade federativa, e o conteúdo da norma impugnada. Neste sentido, houve a divisão entre os legitimados ativos universais, que não possuem impedimento para propositura quanto ao objeto, como é o caso do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, e os legitimados ativos especiais, os quais necessitam comprovar o vínculo objetivo de pertinência entre a norma impugnada e as finalidades institucionais ou os interesses da unidade federativa (CLÈVE, 1995; LOURENÇO, 1998; BARROSO, 2004; MARTINS *et al.*, 2005; MENDES, 2011; DANTAS, 2012).

9 STF, *RTJ*, 142:383, 1992 ADIn 3/DF, rel. Min. Moreira Alves: "Em se tratando do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sua colocação no elenco que se encontra no mencionado artigo, e que a distingue das demais entidades de classe de âmbito nacional, deve ser interpretada como feita para lhe permitir, na defesa da ordem jurídica com o primado da Constituição Federal, a propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra qualquer ato normativo que possa ser objeto dessa ação; *independe do requisito da pertinência temática entre o seu conteúdo e o interesse dos advogados como tais de que a Ordem é entidade de classe*" (grifos dos autores).

10 Recortamos a seguir o trecho da ementa da ADI 3.026, que trata sobre a ausência de controle externo da OAB: *3.026*–"5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária".

11 Para efeitos de um maior aprofundamento sobre as bases de atuação jurídico-política do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, *vide* "Os donos do poder: a OAB e seu papel na revisão judicial concentrada" (BARBOSA, 2012).

12 *Vide* inteiro teor da ADI 3.026/DF.

13 Para a construção da tabela em questão, desconsideramos as alusões referentes a "advogado(s)" presentes em português na nomenclatura *Advogado-Geral da União* (Constituição do Brasil), visto que se trata de um cargo público, diferente do nosso objeto de análise.

14 Ao analisar as elites jurídicas no Brasil, Almeida (2010) pontua que os grupos profissionais mais radicais na agenda de transformação da justiça são visivelmente ausentes das estruturas do campo político da justiça e dos círculos das elites da administração da justiça estatal. Inclusive, ao tratar especificamente sobre a OAB, o autor salienta que, não obstante a massificação da advocacia, a entidade tem conseguido conter esta expansão através de uma política de controle sobre o ensino jurídico e de separação de um estrato de elite da profissão, por meio do que chama de "grande advocacia", consubstanciada na organização de escritórios e prestação de serviços, que acaba por se corporificar como um verdadeiro modelo para todos os estratos profissionais, permitindo a aproximação deste segmento da advocacia com o polo dominante do campo jurídico e do campo político das instituições judiciais.

15 Dados retirados da página eletrônica do Supremo Tribunal Federal (disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 9 fev. 2014) apontam, até o mês de julho de 2012, para a propositura de 4.814 ADI, frente a 261 ADPF, 31 ADC e 19 ADO.

16 Existem diversos trabalhos que fazem alusão à dinâmica geral do processo de judicialização da política via revisão abstrata da legislação no Brasil; no presente artigo interessa-nos, exclusivamente, a performance da OAB neste cenário.

17 Para a caracterização da taxa de sucesso dos atores elencados, consideram-se aqui as ADI apreciadas pelo STF, com decisão liminar ou de mérito, ou seja, aquelas ações cuja decisão se enquadra entre as variáveis procedente, procedente em parte ou improcedente.

18 O banco de dados em questão foi produzido pelo Departamento de Ciência Política da Universidade Federal de Pernambuco – PPGCP/UFPE, podendo ser encontrado em Barbosa (2012).

19 Neste contexto, exemplificativamente, várias ações que tinham por objeto a discussão do valor base para custas processuais (taxas judiciárias) foram consideradas como de interesse corporativo, visto que afetam diretamente a atividade profissional do advogado.

20 *Vide* Gráfico 1 e Tabela 4.

21 São propostas, neste sentido, as ADIs 4.544, 4.545, 4.547, 4.552, 4.553, 4.555, 4.556, 4.562 e 4.575.

22 Foram propostas para tal fim as seguintes ações diretas de inconstitucionalidade: ADIs 4.764, 4.765, 4.766, 4.771, 4.772, 4.773, 4.777, 4.778, 4.781, 4.790, 4.791, 4.792, 4.793, 4.797, 4.798, 4.799, 4.800, 4.804, 4805, 4.806 e 4.811.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. A fiscalização abstrata de constitucionalidade. *In:* AGRA, Walber de Moura; ALMEIDA FILHO, Agassiz (Org.). *Comentários à reforma do Poder Judiciário.* Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. *A Nobreza Togada: As elites jurídicas e política da justiça no Brasil*. Tese de Doutorado defendida no DCP-USP. São Paulo: USP, 2010.

ALMOND, Gabriel; POWELL, Bingham. *Comparative Politics: a development approach*. Boston: Little, Brown, 1966.
BARBOSA, Luis Felipe Andrade. *Revisão Judicial e Controle de Agenda no Supremo Tribunal Federal: Estudo quantitativo e qualitativo sobre as Adins julgadas pelo Tribunal Constitucional*. Recife: UFPE, 2009.
_____. *Os donos do poder: a OAB e o seu papel na revisão judicial concentrada*. Dissertação de Mestrado defendida no PPGCP-UFPE. Recife: UFPE, 2012.
BARBOSA, Leon Victor Queiroz; GOMES NETO, José Mário Wanderley; FIGUEIREDO FILHO, Dalson Brito. *Brazilian Supreme Court and the rule of law construction: building the Legislative Quality Index (LQI).* Stanford: ISNIE, 2011.
BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004.
CARVALHO, Ernani. Os dilemas do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. *Política Hoje*, v. 1, n. 10, Recife, p. 153-168, 1999.
_____. Judicialização da política no Brasil: controle de constitucionalidade e racionalidade política. *Análise Social*, v. XLIV, n. 191, abr., Lisboa, p. 315-335, 2009.
_____. Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. *Sociologias*, n. 23, jan./abr, Porto Alegre, p. 176-207, 2010.
CARVALHO, Ernani; SANTOS, Manoel; GOMES NETO, José Mário Wanderley. *Interactions between the Brazilian Supreme Court and the National Industry Union in Corporative Political Disputes*. Madrid: IPSA, 2012.
CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
DAHL, Robert. Decision-making in a democracy: the supreme court as a national policy-maker. *Journal of Public Law*, v. 6, n. 1, Yale, 1957.
DANTAS, Ivo. *Constituição & processo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.
DINIZ, Eli e BOSCHI, Renato. O Legislativo como arena de interesses organizados: a atuação dos lobbies empresariais. *Locus Revista Histórica*, v. 5, n. 1, Rio de Janeiro, p. 7-32, 1999.
GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies: constitutional courts in Asian cases*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2003.
HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts, *Annual Review of Political Science*, Palo Alto, 2008.
_____. *Towards juristocracy — the origins and consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts e Londres: Harvard University Press, 2004.
LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da constitucionalidade à luz da jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo, Saraiva, 2011.
MOTTA, Marly Silva da. *A ordem dos advogados do Brasil: entre a corporação e a instituição*. Ciência Hoje, v. 39, p. 32-37, dez. Rio de Janeiro, 2006.
NEUBAUER, David W.; MEINHOLD, Stephen S. *Judicial process: law, courts, and politics in the United States*. Boston: Wadsworth Cengage Learning, 2010.
POSNER, Richard A. The meaning of judicial self-restraint. *The Indiana Law Journal*, v. 59, n. 1, 1983.
SALISBURY, Robert. Interest groups. *In:* POLSBY, N. & GREENSTEIN, F. (orgs.) *Handbook of Political Science*, v. 4. Boston: Addison-Wesley 190 Publishing Company, 1975.
SANTOS, Manoel. *O parlamento sob influência: o lobby da indústria na Câmara dos Deputados*. Recife: UFPE, 2011.
SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. Oxford: University Press, 2000.
TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjorn. *The global explosion of judicial power*. Nova Iorque e Londres: New York University Press, 1995.
TAYLOR, Matthew M. *Judging policy: courts and policy reform in democratic Brazil*. Califórnia: Stanford University Press, 2008.

Documentos oficiais
BRASIL. *Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994*.

***Sites* consultados**
Political Database of The Americas. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/>. Acesso em: 20 out. 2012.

Portal da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/>. Acesso em: 20 out. 2012.
Senado Federal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/>. Acesso em: 20 out. 2012.
Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 20 out. 2012.

Ernani Carvalho

Doutor em Ciência Política pela USP
Professor do Departamento de Ciência Política da UFPE
Visiting Research do Departamento de Ciência Política da *Universitat Pompeu Fabra*

Universidade Federal de Pernambuco
Centro de Filosofia e Ciências Humanas
Rua Acadêmico Hélio Ramos, s/n, 14º andar
Cidade Universitária – 50.670-901
Recife – PE – Brasil
ernani.carvalho@pq.cnpq.br

Luis Felipe Andrade Barbosa

Advogado
Bacharel em Ciências Sociais
Mestre e Doutorando em Ciência Política pela UFPE

Universidade Federal de Pernambuco
Centro de Filosofia e Ciências Humanas
Rua Acadêmico Hélio Ramos, s/n, 14º andar
Cidade Universitária – 50.670-901
Recife – PE – Brasil
lfelipeandrade.advl@gmail.com

José Mário Wanderley Gomes Neto

Doutorando em Ciência Política pela UFPE
Professor de Direito Processual da UNICAP

Universidade Católica de Pernambuco
Centro de Ciências Sociais
Rua do Príncipe, 526
Boa Vista – 50050-900
Recife – PE – Brasil
jmariowl@unicap.br

FUNDOS SOBERANOS DE INVESTIMENTO E IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO

Ely Caetano Xavier Junior

SOVEREIGN WEALTH FUNDS AND IMMUNITY FROM JURISDICTION

RESUMO

Os fundos soberanos de investimento têm aumentado o volume financeiro e diversificado as estratégias de operação no mercado financeiro global. Essa atuação tem suscitado diversos questionamentos jurídicos, que se estendem desde a forma societária escolhida para a operação dos fundos até a motivação política dos investimentos realizados. O fenômeno econômico é, entretanto, acompanhado por um relativo atraso regulatório, que se limita a instrumentos de *soft law*, em iniciativas capitaneadas pelo Fundo Monetário Internacional e pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Uma das diversas questões controversas sobre os fundos soberanos de investimento é a possibilidade de invocação do benefício da imunidade de jurisdição. A fragmentação do tratamento legislativo e jurisprudencial concedido a empresas estatais e bancos centrais sugere respostas contraditórias quanto aos fundos soberanos de investimento. Estando longe de encontrar respostas conclusivas, é possível apenas extrair alguns parâmetros para a análise dos casos concretos.

PALAVRAS-CHAVE

Fundos soberanos de investimento; imunidade de jurisdição; direito internacional econômico; regulação; soberania.

ABSTRACT

Sovereign wealth funds have increased their trading volume and diversified their strategies to operate in global financial markets. This activity has raised many legal questions, which encompass not only the chosen legal corporate form but also the political motivation underneath the investment. This economic phenomenon is however followed by a relative regulatory delay, which is limited to soft law instruments resulting from initiatives spearheaded by the International Monetary Fund and the Organization for Economic Cooperation and Development. One of the several controversial issues about sovereign wealth funds is the possibility of invoking the benefit of immunity from jurisdiction. The fragmentation of legislative and judicial treatment given to state-owned enterprises and central banks suggests inconsistent answers regarding sovereign wealth funds. Being far from achieving conclusive answers, it is only possible to identify some parameters for the analysis of specific cases.

KEYWORDS

Sovereign wealth funds; immunity from jurisdiction; international economic law; regulation; sovereignty .

Introdução

Em 1953, com o acúmulo das reservas de capital oriundas da indústria petrolífera, o Kuwait decidiu constituir o Kuwait Investment Office como parte de sua estratégia para reduzir a dependência econômica da exploração do recurso natural. O Kuwait Investment Office tinha como objetivo gerenciar os investimentos daquele Estado no

exterior e não atraiu atenção internacional até 1987, quando adquiriu 20% da British Petroleum. As autoridades britânicas, entretanto, pressionaram os investidores estrangeiros a alienar metade da participação originariamente adquirida (BADIAN; HARRINGTON, 2009, p. 146).

A iniciativa histórica do Kuwait foi acompanhada por outros países que buscavam alternativas para a utilização das reservas internacionais resultantes da intensificação das exportações de *commodities*, do aumento do preço do barril de petróleo, do superávit de arrecadação fiscal e de outros movimentos da economia globalizada (CARVALHO, 2009, p. 12).

As economias emergentes da Ásia inauguraram, mais recentemente, um novo ciclo de criação e fortalecimento de fundos soberanos de investimento. Em 2007, a China decidiu criar a China Investment Coorporation para investir o capital resultante do aumento das exportações. No ano seguinte, a Rússia inaugurou o National Welfare Fund em consequência do fortalecimento de sua economia (DAS, 2009, p. 87-88). Na Europa, ainda em 2008, a França inaugurou o Fonds Stratégique d'Investissement, sendo acompanhada, em 2011, pelo Fondo Strategico Italiano da Itália, ambos com objetivos de fortalecimento estratégico da atuação econômica daqueles países.[1]

Em dezembro de 2008, a Lei n. 11.887 criou o Fundo Soberano Brasileiro, vinculado ao Ministério da Fazenda, "com as finalidades de promover investimentos em ativos no Brasil e no exterior, formar poupança pública, mitigar os efeitos dos ciclos econômicos e fomentar projetos de interesse estratégico do País localizado no exterior". Do ponto de vista estrutural, o Fundo Soberano Brasileiro é controlado por um Conselho Deliberativo composto pelo Ministro da Fazenda, o Ministro do Planejamento e o Presidente do Banco Central do Brasil. A criação do fundo soberano pelo Brasil foi vista por muitos críticos como um movimento apenas político. Nesse sentido é a análise de Backer (2010, p. 46):

> *Despite the decrease in government revenues due to the continued effects of the global financial crisis, Brazil decided not to use its SWF, though it is possible that the fund may be used in the future. More likely, Brazil's SWF fund efforts may suggest that it saw more political value in threatening the creation of a SWF than in actually implementing a SWF fund.*

Apesar de sua existência por mais de meio século, os fundos soberanos de investimento apenas receberam maior atenção da comunidade internacional na virada do século. Estima-se que existam atualmente mais de 60 fundos soberanos de investimento, que movimentam capital superior a 5 trilhões de dólares. Observa-se, além disso, uma concentração geográfica desses fundos entre Oriente Médio e o Extremo Oriente.[2]

A vigilância mais atenta dos fundos soberanos de investimento se deve, em parte, às operações conduzidas por essas entidades. A exploradora de petróleo americana

Unocal recebeu propostas de aquisição da China National Offshore Oil Corporation, com a participação da China Investment Corporation. Outra operação alvo de críticas foi a proposta de aquisição de portos americanos pela Dubai Ports World, controlada pelo governo dos Emirados Árabes Unidos (CARVALHO, 2009, p. 12). A China Investment Corporation também investiu três bilhões de dólares durante a oferta pública de ações, adquirindo participação de 9,9% no grupo transnacional Blackstone, que gerencia diversos fundos *private equity*. A Qatar Investment Authority é controladora de 25% da J. Sainsbury, uma das maiores redes de abastecimento de alimentos do Reino Unido. O controle de 6% das ações da EADS, fabricante das aeronaves Airbus, é possuído pelo banco estatal russo Vneshtorgbank; outra parcela de ações é detida pelo Dubai International Capital, um dos fundos soberanos de investimento de Dubai. Os fundos soberanos de China e Cingapura adquiriram participação de 5,6% no banco Barclays. O monopólio russo Gazprom realizou propostas de compra de dutos de gás na União Europeia (DAS, 2009, p. 93). A preocupação governamental com as interferências políticas nos fundos soberanos de investimento tem sido comumente observada nos países com economia sólida, mas também está presente nos mercados emergentes. Um exemplo é a compra da empresa tailandesa de telecomunicações Shin Corporation pela Temasek, controlada pelo governo de Cingapura, que foi fiscalizada atentamente pelo governo tailandês (HAMIDA, 2010, p. 25).

A alternativa encontrada pelos Estados para operar no mercado financeiro globalizado tem suscitado, portanto, diversos questionamentos jurídicos, que se estendem desde a forma societária escolhida para a operação dos fundos até a motivação política dos investimentos realizados por essas entidades.

O objetivo deste ensaio é avaliar especificamente os fundos soberanos de investimento a partir das questões relativas à imunidade de jurisdição. Para tanto, são apresentados os aspectos gerais – do ponto de vista jurídico e econômico – das diferentes estruturas dos fundos soberanos de investimento. Em seguida, comentam-se algumas tentativas de regulação dos fundos soberanos de investimento pelos Estados e pelas organizações internacionais. A exposição sobre os fundos soberanos de investimento serve de base para que a questão da imunidade de jurisdição seja tratada sob a perspectiva das atividades econômicas dos Estados, realizadas através de empresas estatais e bancos centrais. Após os comentários sobre casos envolvendo fundos soberanos de investimento, identificam-se, por fim, alguns critérios de análise da estrutura e da atuação dos fundos soberanos de investimento para que lhes seja concedido o benefício da imunidade de jurisdição.

1 Aspectos gerais dos fundos soberanos de investimento

Os especialistas não alcançaram um consenso sobre a definição dos fundos soberanos de investimento, a despeito da preocupação com as consequências dessa modalidade

de operação financeira. O Fundo Monetário Internacional, entretanto, optou por definição abrangente, classificando os fundos soberanos de investimento como "*special purpose investment funds or arrangements, owned by the general government*" e apontando como seus elementos fundamentais: (a) a titularidade por um governo nacional ou subnacional;[3] (b) a aplicação em ativos estrangeiros e (c) a realização de um objetivo financeiro macroeconômico (IMF, 2008b, p. 27). A opção do Fundo Monetário Internacional busca excluir os fundos de pensão de funcionários públicos, as operações de empresas estatais, as reservas internacionais mantidas pelas autoridades monetárias como parte de política pública e as operações de investimento no mercado interno (IMF, 2008b, p. 27).

Em outras palavras, a identificação de um fundo soberano de investimento pressupõe um conjunto de ativos financeiros de titularidade do poder público, legalmente, financeiramente e operacionalmente isolados de outras reservas financeiras públicas, cuja utilização pelos entes políticos visa a concretizar diversos objetivos econômicos, excluídos do âmbito da mera manutenção da política monetária (MEZZACAPO, 2009, p. 9-10).

Na verdade, sob a única denominação, os estudos econômicos relatam uma miríade de estruturas institucionais, buscando categorizar os fundos soberanos de investimentos a partir dos objetivos identificados através da análise do perfil de alocação dos ativos financeiros (MELONE, 2008, p. 150). O Fundo Monetário Internacional identifica cinco tipos de fundos soberanos de investimento de acordo com os objetivos principais estabelecidos em sua constituição: (a) os fundos de estabilização (*stabilization funds*), (b) os fundos de reserva para futuras gerações (*savings funds for future generations*), (c) as instituições de investimentos de reserva (*reserve investment corporations*), (d) os fundos de desenvolvimento (*development funds*), e (e) os fundos de reserva de pensões contingentes (*contingent pension reserve funds*) (IMF, 2008a, p. 5).

Os fundos de estabilização buscam neutralizar as influências da flutuação do preço de *commodities* no orçamento público e na economia nacional, através da constituição de uma reserva nos períodos de alta de preço para utilização nas crises econômicas. Já os fundos de reserva para futuras gerações tentam reduzir a dependência econômica da exploração de um único setor (doença holandesa), gerando uma reserva para diversificação do portfólio de ativos financeiros do Estado. As instituições de investimentos de reserva, por sua vez, têm como objetivo a maximização da rentabilidade das reservas oficiais, e os fundos de desenvolvimento têm suas reservas dirigidas ao financiamento de projetos socioeconômicos e de políticas públicas para aumentar o potencial de crescimento econômico do Estado. Por fim, os fundos de reserva de pensões contingentes constituem garantia para o pagamento de fundos de pensões, com recursos obtidos de fontes diversas da contribuição dos futuros pensionistas (MELONE, 2008, p. 152-153).

A análise dos fundos soberanos de investimento a partir da ótica da origem do capital revela outra possibilidade de classificação. Os fundos de primeira geração –

commodity funds – são essencialmente financiados pela venda de *commodities*, sendo originariamente utilizados pelos países do Oriente Médio para realocar os excedentes da exploração e produção de petróleo. Os fundos de segunda geração – *non commodity funds* – têm sua origem no acúmulo de divisas estrangeiras nas autoridades monetárias, sendo preferidos, em momento posterior, pelos países do Extremo Oriente, com o intuito de investir os produtos do superávit da balança comercial (MEZZACAPO, 2009, p. 12).

Com efeito, o uso do capital pelos governos pode ser analisado a partir de múltiplas perspectivas, mas o ponto fundamental de qualquer análise deve ser a efetiva atividade do fundo de investimento, mais do que a denominação atribuída pelas autoridades. As classificações podem conduzir a dificuldades de conceituação, havendo sobreposição das características indicadas para cada um dos tipos de fundos soberanos de investimento (ZILINSKY, 2012, p. 2).

Verifica-se, portanto, que a compreensão total da dinâmica dos fundos soberanos de investimento é desafiante, tendo em conta a diversidade de objetivos, filosofias de investimento e ambições políticas e econômicas. Além disso, muitos fundos passam por processos de transição e reestruturação, mudanças nos padrões de alocação de ativos e realização de parcerias com corporações e instituições financeiras (BUTT, 2008, p.73).

2 Atuação e regulação internacional dos fundos soberanos de investimento

Ao longo de décadas, os fundos soberanos de investimento concentraram suas operações em ativos conservadores, como os títulos do tesouro norte-americano, com alta segurança e baixa rentabilidade (EPSTEIN; ROSE, 2009, p. 116). Contudo, a busca por ativos com maior rentabilidade no longo prazo produziu um aumento da tolerância ao risco e da agressividade dos investimentos (MELONE, 2008, p. 151). O portfólio foi gradualmente diversificado, havendo um percentual maior e geograficamente disperso de investimentos em participações societárias. Alguns fundos soberanos de investimento têm incluído fundos imobiliários, *private equity* e *hedge* em suas carteiras, aproximando-se da composição de carteira de grandes investidores privados (IMF, 2008a, p. 9-10).

O expressivo crescimento dos fundos soberanos de investimento traz à ordem jurídica internacional uma série de novos paradigmas de regulação e estruturação da economia global. A problemática da transparência dos fundos é um dos principais pontos discutidos pelos governos cujas empresas se tornaram alvos desses investimentos. A escassez de informações públicas e confiáveis acerca do volume financeiro dos fundos bem como a indefinição sobre seus reais objetivos têm criado incertezas nos países hospedeiros dos investimentos, que questionam a estrutura institucional, as políticas de investimento e o gerenciamento de risco dos fundos.

Além disso, considerando o elevado volume de capital controlado por alguns fundos soberanos de investimento, observa-se a preocupação acerca das consequências que as mudanças repentinas de fluxo de capital, em função da realocação de ativos financeiros, podem causar no equilíbrio econômico internacional, através, por exemplo, de súbitas alterações de preço. Alguns analistas de mercado notam ainda que a crescente participação dos fundos soberanos de investimento nos mercados internos pode dar margem à reversão da tendência de privatização das últimas décadas. As projeções apontam para a crescente aquisição de controle societário por governos estrangeiros ou por entidades controladas por esses governos, abrindo caminho para reações protecionistas, as quais causariam medidas e contramedidas de retaliação, conduzindo a uma reversão do quadro de multilateralismo no comércio internacional.

Nesse sentido, a Comissão Europeia realizou estudos para determinar se a proliferação de grandes fundos soberanos de investimento ameaça o mercado único do continente. As conclusões da Comissão Europeia (2008) podem ser assim sintetizadas:

> Não obstante o facto de serem reconhecidas as vantagens inerentes aos investimentos realizados pelos fundos soberanos, alguns países destinatários manifestaram preocupações neste contexto, incluindo na UE. [...] Uma preocupação mais específica suscitada pelos investimentos em acções, realizados pelos fundos soberanos, prende-se com a falta de transparência do funcionamento de alguns fundos e a sua eventual utilização como instrumento para adquirir um controlo estratégico. [...] A abordagem comum da UE deverá representar uma contribuição para os trabalhos do FMI no sentido de criar um código de conduta para os fundos soberanos e os seus países detentores, bem como para os trabalhos desenvolvidos pela OCDE com vista à formulação dos princípios a aplicar pelos países destinatários nas suas relações com estes fundos.

Alguns países europeus discutiram a adoção de uma política de bloqueio ao controle de empresas nacionais por fundos soberanos de investimento estrangeiros. As autoridades financeiras da Alemanha, por outro lado, cogitaram a criação de uma legislação para bloquear completamente o investimento realizado por fundos soberanos de investimento, optando posteriormente por adotar uma medida de controle mais estrito para as aquisições de participação superior a 25% nas empresas alemãs (SCHWAB, 2008). Os Estados Unidos revisaram a legislação concernente ao Comitê Americano para Investimento Estrangeiro, com o foco específico no estabelecimento de diretrizes regulatórias para o investimento de entidades ligadas a governos estrangeiros (TRUMAN, 2007, p. 7).

A regulação pelo Estado hospedeiro enfrenta, entretanto, duas grandes dificuldades estruturais. A primeira é interna: a intensidade da regulação é diretamente

proporcional à diminuição da atração de capital estrangeiro. A segunda é internacional: as atitudes protecionistas afetam a integridade dos mercados globais. Diante da dificuldade de regulação no Estado hospedeiro, uma proposta de solução consiste na busca de termos regulatórios comuns que pudessem ser postos em prática pelos Estados de origem (BACKER, 2010, p. 93).

Os governos pressionaram, nessa perspectiva, a comunidade jurídica internacional para a formulação de um "código de conduta" dos fundos soberanos de investimento. Muitos países consideram o fortalecimento das estruturas regulatórias essencial para harmonizar a complexa interligação entre soberania, abertura de mercados, economia globalizada, proteção de investimentos e equilíbrio dos mercados internos. Um sistema de regulação efetivo seria aquele capaz de verificar a fonte dos recursos financeiros, analisar os objetivos do projeto de investimento e preparar estratégias jurídicas para garantir, por um lado, a estabilidade de setores estratégicos e, por outro, a contínua atração de novos investidores (GARTEN, 2007).

Dessa forma, em outubro de 2007, alguns países se alinharam na defesa de um conjunto de boas práticas a serem voluntariamente observadas pelos fundos soberanos. A única solução possível parecia ser um sistema de autorregulação baseado em instrumentos de *soft law*. A intenção da regulação era reunir parâmetros de conduta e mecanismos de governança e de transparência capazes de, ao menos, reduzir a aparência de uma intenção política mascarada nas atividades financeiras dos fundos soberanos de investimento. A intenção era também fornecer uma base jurídica, ainda que com natureza de *soft law*, à qual, no longo prazo, se exigiria maior adequação por parte dos fundos soberanos. Uma vez estabelecidas, essas normas também poderiam fornecer um paradigma para futuras leis nacionais (BACKER, 2010, p. 87).

Em maio de 2008, o Grupo de Trabalho Internacional de Fundos Soberanos de Investimento (International Working Group of Sovereign Wealth Funds) foi criado como resposta às pressões no âmbito do G-8, reunindo representantes de fundos soberanos de 23 países.[4] O Fundo Monetário Internacional passou a secretariar o Grupo de Trabalho Internacional, cuja tarefa era identificar e elaborar um conjunto de princípios e práticas geralmente aceitos (*generally accepted principles and practices*) que refletisse adequadamente as expectativas dos Estados de origem e dos Estados hospedeiros.

As negociações conduziram à adoção dos denominados Princípios de Santiago em outubro de 2008, que, embora minimizando as divergências de opinião entre os Estados de origem dos fundos soberanos, contribuíram significativamente para a criação de referências de comportamento aceitável. O Grupo de Trabalho Internacional assinala que a finalidade dos Princípios de Santiago é a identificação de um conjunto de princípios e práticas geralmente aceitos, que reflete mecanismos adequados de governança e responsabilidade bem como práticas de investimento dos fundos soberanos, em uma perspectiva prudente e razoável. No original: "*identify[ing] a framework of generally accepted principles and practices that properly reflect appropriate governance and*

accountability arrangements as well as the conduct of investment practices by SWFs on a prudent and sound basis" (IMF, 2008b).

Os Princípios de Santiago abrangem práticas e princípios em três áreas fundamentais: (i) aspectos jurídicos, objetivos do investimento e políticas macroeconômicas; (ii) aspectos institucionais e governança; e (iii) estrutura de gerenciamento de riscos e de investimentos. O documento contém 24 princípios sob a forma de recomendações para a atuação tanto dos fundos soberanos de investimento quanto dos Estados hospedeiros (IMF, 2008b).

Após a publicação dos Princípios de Santiago, o Grupo de Trabalho Internacional de Fundos Soberanos de Investimento considerou encerrados seus trabalhos e determinou, em abril de 2009, através da Declaração do Kuwait – resultado da conferência realizada na cidade homônima – a criação do Fórum Internacional de Fundos Soberanos de Investimento (International Forum of Sovereign Wealth Funds). O Fórum Internacional reúne os membros originários do Grupo de Trabalho Internacional, juntamente com o representante de fundos soberanos da Malásia. Importante observar que, embora o Fórum Internacional possua representação de apenas 24 países, os fundos soberanos com os maiores volumes financeiros estão reunidos na entidade.[5]

Em junho de 2011, o Fórum Internacional publicou um relatório sobre a implementação dos Princípios de Santiago por seus membros, baseado nas declarações de seus fundos soberanos, apontando que 95% das práticas dos fundos soberanos estavam de acordo com os Princípios de Santiago. O relatório concluiu que (a) os membros representam um grupo heterogêneo, de maneira que não é possível ter expectativas uniformes sobre a implementação dos princípios; (b) em função da heterogeneidade, os membros têm abordagens distintas quanto aos princípios, uma vez que se submetem a ordenamentos jurídicos específicos; (c) os princípios representam um guia útil aos membros; e (d) embora a maioria dos membros esteja agindo em conformidade com os princípios, novos progressos são necessários, especialmente no que tange às revisões periódicas dos princípios (IMF, 2011).

Em paralelo, após a publicação do relatório do Investment Committee da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o Ministerial Council da organização adotou, em junho de 2008, a Declaração sobre Fundos Soberanos de Investimento e Políticas dos Estados Hospedeiros. A Declaração não afasta a regulação dos fundos soberanos pelos Estados hospedeiros, recomendando apenas a não adoção de barreiras protecionistas. A eventual regulação pelo Estado hospedeiro deve ser transparente, previsível, proporcional e não discriminatória. No texto original da declaração (OECD, 2008):

> *Recipient countries should not erect protectionist barriers to foreign investment. Recipient countries should not discriminate among investors in like circumstances. Any additional investment restrictions in recipient countries should*

> *only be considered when policies of general application to both foreign and domestic investors are inadequate to address legitimate national security concerns. Where such national security concerns do arise, investment safeguards by recipient countries should be: (1) transparent and predictable, (2) proportional to clearly-identified national security risks, and (3) subject to accountability in their application.*

De maneira análoga aos Princípios de Santiago, a Declaração não é vinculante, devendo ser implementada por cada um dos países membros interessados (BADIAN; HARRINGTON, 2009, p. 151).

À luz do exposto, constata-se a dificuldade de regulação dos fundos soberanos de investimento. Mesmo na esfera internacional a tarefa afigura-se extremamente complexa, porquanto o objeto de regulação ainda não é completamente conhecido. Os fundos soberanos de investimento circunscrevem, na realidade, diversas estruturas institucionais – de empresas controladas pelo Estado a entidades despersonificadas vinculadas ao governo central – e variadas estratégias de investimento – da operação indireta em mercados de capitais à aquisição de controle em setores estratégicos. Nesse panorama, uma das muitas questões sobre os fundos soberanos de investimento – para a qual uma resposta ainda não foi encontrada – é a possibilidade de essas entidades invocarem a imunidade de jurisdição para as operações realizadas em Estados estrangeiros.

3 A imunidade de jurisdição e as atividades econômicas dos Estados

A soberania consiste na superioridade do poder estatal em relação a todos os demais existentes em seu território, traduzindo-se especialmente na possibilidade de edição e imposição de um ordenamento jurídico próprio. Na esfera internacional, a soberania se caracteriza pela inserção do Estado na ordem internacional em situação de igualdade formal com os demais Estados. A imunidade de jurisdição decorre, por sua vez, da dimensão internacional da soberania, materializando a ideia de que um Estado, por ser formalmente igual a todos os outros, não pode ser submetido a decisões que emanem de outros Estados. A regra tem base consuetudinária com origem na cláusula *par in parem non habet imperium* (TIBURCIO, 2006).

Ao longo dos anos, a teoria da imunidade absoluta evoluiu para a teoria da imunidade relativa, segundo a qual, em certas situações, um Estado pode ser julgado por outro sem violação a sua soberania, já que nem sempre o Estado atua no uso de suas prerrogativas de império.

De acordo com Jacob Dolinger (1982, p. 10):

> Após a 1ª Guerra Mundial coexistiam duas teorias sobre a imunidade

> estatal nas jurisdições estrangeiras: a da imunidade absoluta e a da imunidade restrita, ou relativa, que concedia imunidade aos Estados em relação a seus atos soberanos ou públicos (*jus imperii*), mas recusava o privilégio a seus atos privados ou comerciais (*jus gestionis*). Esta segunda teoria foi ganhando terreno, suplantou a teoria clássica da imunidade absoluta, que praticamente não mais influencia o direito atual.

A teoria da imunidade relativa criou, entretanto, a necessidade de se estabelecer a diferença entre ato de império e ato de gestão, produzindo uma controvérsia substancial, pois nem sempre é fácil identificar quando o Estado age na condição de ente soberano, utilizando seus atributos de império, ou quando a organização estatal atua como simples particular, em ato de comércio. Desenvolveram-se dois critérios para sistematizar a distinção: o da natureza do ato e o da finalidade do ato. Os resultados decorrentes de cada um destes critérios são frequentemente divergentes (MOLL, 2010, p. 25).

Para tentar afastar a insegurança e as disparidades das decisões dos tribunais, os diplomas mais recentes têm evitado o emprego puro e simples das vagas expressões "atos de império" e "atos de gestão" para determinar as hipóteses em que o Estado merece o benefício de imunidade (MOLL, 2010, p. 32). A previsão de imunidade de jurisdição como regra e a utilização de uma exceção à imunidade de jurisdição, nos casos de atuação comercial ou privada, são as marcas da abordagem da teoria da imunidade relativa. A exceção toma como pressuposto que, quando um Estado está envolvido em uma transação comercial, ele deixa de atuar em sua capacidade soberana e perde o direito ao benefício da imunidade de jurisdição para as transações comerciais (GAUKRODGER, 2010, p. 10).

A legislação e os tribunais nacionais interpretam e aplicam as regras sobre imunidade de jurisdição com significativas variações. Em virtude disso, a comunidade internacional tentou por muitos anos chegar a um consenso sobre o assunto. O primeiro tratado multilateral a ser concluído sobre imunidade de jurisdição foi a Convenção Europeia sobre a Imunidade dos Estados, que entrou em vigor em 1976. No entanto, apenas Alemanha, Áustria, Bélgica, Chipre, Luxemburgo, Holanda, Suíça e Reino Unido são partes da Convenção (GAUKRODGER, 2010, p. 10).

A negociação de um tratado mais amplo era extremamente difícil. Após décadas de negociações, um acordo foi finalmente alcançado em 2004, com a Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades Jurisdicionais dos Estados, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas e aberta à assinatura em dezembro de 2004. A Convenção prevê a entrada em vigor quando trinta Estados apresentarem a sua ratificação, aceitação, aprovação ou adesão junto do Secretário-Geral das Nações Unidas. Vinte e oito Estados assinaram o tratado durante o período aberto à assinatura, mas apenas treze (Alemanha, Áustria, Arábia Saudita, Espanha, Irã, Cazaquistão, Líbano, Noruega,

Portugal, Romênia, França, Japão e Suécia) ratificaram ou aderiram à Convenção (GAUKRODGER, 2010, p. 10).

O artigo 5º da Convenção das Nações Unidas prevê o reconhecimento da imunidade de jurisdição como princípio de atuação dos Estados, com observância das exceções previstas na própria Convenção. Uma das exceções, contida no artigo 10, se refere às transações comerciais efetuadas no Estado do foro, para as quais o Estado não pode invocar imunidade de jurisdição, a não ser quando a transação tenha sido realizada entre Estados ou quando as partes tenham acordado no sentido de reconhecer a imunidade. O parágrafo 3º do artigo 10 determina que a imunidade do Estado não é afetada quando uma empresa ou entidade estatal, com personalidade jurídica e capacidade processual apartadas, está envolvida na transação. Em sentido análogo, o artigo 15 da Convenção afasta a imunidade de jurisdição do Estado para os litígios relativos a participações em empresas ou em outros organismos, mesmo os sem personalidade jurídica, quando (a) os participantes não sejam exclusivamente Estados e organizações internacionais e (b) a incorporação, a constituição, a sede ou o centro de negócios principal tenha lugar no Estado do foro.

É interessante observar que a teoria da imunidade relativa prioriza a natureza da operação em detrimento da estrutura da entidade que a realiza. É dizer: ao Estado e a seus entes é reconhecida a imunidade de jurisdição em função da operação realizada, mais do que em função da estrutura institucional apresentada. No entanto, a estrutura da entidade ainda é de grande importância no que diz respeito aos fundos soberanos de investimento. Em primeiro lugar, embora o questionamento possa ter se deslocado para a natureza da operação, em muitos casos a independência estrutural e operacional da entidade em relação ao Estado pode ser um fator importante na caracterização do ato como soberano ou comercial. Em segundo lugar, ainda que a estrutura possa ser de importância secundária em relação à imunidade de jurisdição, sua importância ressurge em relação à imunidade de execução (GAUKRODGER, 2010, p. 14-15).

Nesse sentido, cumpre lembrar que os fundos soberanos de investimento podem apresentar diversas estruturas institucionais. A primeira distinção estrutural é realizada entre os fundos personificados – como aqueles da China, dos Emirados Árabes Unidos, da Austrália e de Cingapura – e os despersonificados – a exemplo do Chile, da Noruega, da Rússia e do Brasil. Entre os fundos despersonificados, a função de gerenciamento dos ativos pode ser delegada a um órgão administrativo do governo central – um ministério, uma comissão parlamentar ou uma agência reguladora específica – ou a um banco central (GAUKRODGER, 2010, p. 14-15).

Cabe, em virtude disso, comentar as distinções entre fundos soberanos de investimento e as entidades que lhe são mais próximas: as empresas estatais e os bancos centrais. O principal parâmetro para distinguir os fundos soberanos das empresas estatais é a estrutura organizacional. Os fundos soberanos apresentam-se como conjunto de ativos titularizados pelo governo com o objetivo de promover políticas de

interesse nacional, ao passo que as empresas estatais são pessoas jurídicas separadas direcionadas à execução de atividade comercial. A distinção, entretanto, é ineficaz. A China Investiment Corporation – fundo soberano de investimento da China – apresenta, por exemplo, personalidade jurídica distinta nos termos da lei chinesa, mas tal caracterização não permite enxergá-la como uma empresa estatal. Outro parâmetro utilizado para distinguir os fundos soberanos das empresas estatais é a fonte dos recursos empregados nas operações. Com esse critério, tanto os fundos como as empresas poderiam realizar atividades semelhantes, mantendo as fontes dos recursos em separado. A distinção se mostra igualmente inadequada, porquanto a fonte principal de recursos de ambas as entidades é o Estado controlador (BACKER, 2010, p. 64-66).

Essas tentativas demonstram que as distinções formais podem disfarçar convergências funcionais. Ainda que a distinção possa parecer superficialmente óbvia, as empresas estatais atuam, muitas vezes, como um prolongamento dos fundos soberanos, integrando uma cadeia de entidades responsáveis simultaneamente pelas políticas econômicas do Estado e por suas transações comerciais. A diferença sutil parece estar mais intimamente relacionada à função dessas entidades: os fundos soberanos são criados para desempenhar precipuamente a atividade de investimento do Estado soberano, ao passo que as empresas estatais atuam em outras áreas. Entretanto, as empresas estatais podem realizar investimentos, aproximando-se, ainda que indiretamente, de um fundo soberano. De outra parte, os fundos soberanos de investimento podem adquirir o controle e a gestão de empresas estrangeiras, realizando funções de uma empresa estatal controladora (BACKER, 2010, p. 64-66).

No que tange aos bancos centrais, há grande diversidade de tratamento pelos ordenamentos jurídicos nacionais. Há uma crescente tendência, todavia, em reconhecer a imunidade de execução – e, por vezes, a imunidade de jurisdição – a essas entidades. A questão é relevante para a análise, uma vez que muitos fundos soberanos de investimento estão subordinados ou são parte integrante dos bancos centrais.

Algumas jurisdições não preveem proteção especial para os bancos centrais. Na Alemanha, por exemplo, a execução de contas do banco central da Nigéria foi autorizada pelo Tribunal de Frankfurt em caso de 1975. A corte entendeu, na ocasião, que os ativos não utilizados naquele momento para uma finalidade pública não poderiam gozar de imunidade. Em outra ocasião, o Tribunal Federal da Suíça negou imunidade aos ativos do banco central da Líbia, rejeitando o argumento de que os valores poderiam ser considerados reservas de moeda para fins de imunidade (GAUKRODGER, 2010, p. 24).[6]

Outros países, contudo, concedem diferentes níveis de proteção aos bancos centrais. A lei chinesa, por exemplo, prevê expressamente imunidade aos bancos centrais. De maneira semelhante, a legislação francesa concede imunidade a todos os bens, de qualquer natureza, titularizados ou gerenciados pelo banco central ("*leurs biens de toute*

nature [qu'elles]… détiennent ou gèrent pour leur compte ou celui de l'Etat ou des Etats étrangers dont elles relèvent"). Nos Estados Unidos, o Foreign Sovereign Immunities Act considera imunes todos os ativos de bancos centrais "*held for its own account*".

No plano convencional, a Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades Jurisdicionais dos Estados, embora ainda não em vigor, garante imunidade de jurisdição aos bancos centrais por força do artigo 21, que afasta o caráter comercial da propriedade de bancos centrais.

Considerando as interpenetrações de conceitos, verifica-se que os fundos soberanos de investimento se situam entre os bancos centrais – com os quais compartilham alguns objetivos – e as empresas estatais – com as quais compartilham alguns instrumentos. A perquirição sobre a imunidade de jurisdição dos fundos soberanos de investimento depende de caracterizar os fundos como investidores privados ou empresas estatais, aos quais normalmente a imunidade de jurisdição não é reconhecida; ou, por outro lado, como bancos centrais ou órgãos do Estado, para os quais a imunidade de jurisdição estaria garantida (BASSAN, 2011, p 89).

4 A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DE FUNDOS SOBERANOS DE INVESTIMENTO: PARÂMETROS DE ANÁLISE

A fragmentação no tratamento dispensado pelos Estados às entidades que realizam atividades econômicas – empresas estatais e bancos centrais – permite entrever respostas ambíguas quanto aos fundos soberanos de investimento, os quais, além de apresentarem grande variação estrutural, podem desempenhar funções de soberania, ainda que, por vezes, realizem operações consideradas comerciais, para fins de exceção à imunidade de jurisdição.

Não há notícia de um tratamento legislativo expresso sobre a extensão da imunidade de jurisdição aos fundos soberanos de investimento, de maneira que a resposta deve ser buscada na análise de casos concretos. A esse respeito, frise-se que há registros de apenas dois casos envolvendo diretamente a imunidade de jurisdição ou a imunidade de execução de fundos soberanos de investimento, os quais não oferecem uma resposta conclusiva.

No caso *Sarrió S.A. v. Kuwait Investment Authority*, a empresa espanhola Sarrió S.A. propôs ação em face da Kuwait Investment Authority, cujo escritório de representação tinha sede em Londres, sob a denominação Kuwait Investment Office. A ação versava sobre danos causados à empresa em decorrência de informações falsas durante a fase de negociações. O processo foi extinto pela Câmara dos Lordes, uma vez que existia um processo pendente na justiça espanhola. O tribunal britânico entendeu prorrogada a jurisdição espanhola, nos termos do artigo 22 da Convenção de Bruxelas.

Os fatos do caso apontam que parte das ações da empresa espanhola Sarrió S.A. haviam sido adquiridas pelo Grupo Torras, o qual, embora incorporado na Espanha,

tinha 96% de suas ações controladas pela Kuwait Investment Authority. Em virtude de um inadimplemento contratual, a empresa ingressou com ação em face de litisconsórcio passivo composto pelo Grupo Torras e pela Kuwait Investment Authority/Kuwait Investment Office. Posteriormente o Grupo Torras iniciou uma "*suspensión de pagos*" – uma espécie de insolvência –, pelo que a empresa espanhola buscou caracterizar a responsabilidade do fundo soberano do Kuwait (GAUKRODGER, 2010, p. 16).

A empresa espanhola, paralelamente, obteve junto ao Judiciário suíço uma espécie de penhora prévia (*pre-judgment attachment*) das contas da Kuwait Investment Authority em bancos de Genebra e Zurique. Os tribunais suíços rejeitaram a imunidade de jurisdição invocada pelo Kuwait, cujo argumento buscava caracterizar os ativos presentes nos bancos suíços como parte de um fundo soberano para gerações futuras, composto por receitas da exploração de petróleo (GAUKRODGER, 2010, p. 16-17).

Além disso, os tribunais suíços consideraram que a transação realizada na Espanha tinha natureza comercial – afastando a imunidade de jurisdição – e que as contas bancárias estavam em nome da Kuwait Investment Authority/Kuwait Investment Office, uma entidade separada e independente do Estado recorrente (Kuwait) –, afastando também a imunidade de execução (GAUKRODGER, 2010, p. 17).

Em caso posterior sobre a imunidade de jurisdição de fundos soberanos – *AIG Capital Partners Inc and another v. Republic of Kazakhstan* –, a abordagem das cortes britânicas foi diferente. No caso, a AIG Capital Partners havia obtido um laudo arbitral do International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), condenando a República do Cazaquistão. A empresa buscava então executar valores mobiliários do Banco Nacional do Cazaquistão custodiados por um banco de Londres. Havia dezesseis contas bancárias em Londres, contendo ativos como títulos públicos britânicos, ações de empresas negociadas na bolsa de Londres e títulos estrangeiros que eram comercializados 6.700 vezes por mês.

A empresa sustentava que as transações financeiras estavam inseridas no conceito de transação comercial, o que afastaria a imunidade dos ativos custodiados pelo banco inglês. A República do Cazaquistão aduziu que as transações eram parte do objetivo soberano do National Fund of Kazakhstan, controlado diretamente pelo governo daquele Estado, e que apenas a operação dos ativos era delegada ao banco central. O chefe da missão diplomática da República do Cazaquistão junto ao Reino Unido enviou carta às cortes britânicas, certificando que os ativos eram diretamente controlados pelo governo do Cazaquistão e faziam parte do fundo soberano de estabilização daquele país.

A corte britânica considerou que a tolerância ao risco e a operação pelo banco central não eram determinantes para afastar a imunidade, uma vez que os ativos não eram utilizados para finalidades comerciais, pois o objetivo geral era garantir o National Fund of Kazakhstan. Nesse sentido, o tribunal concluiu que as transações eram parte do exercício da autoridade soberana da República do Cazaquistão ("*the dealings are all part of the overall exercise of sovereign authority by the Republic of Kazakhstan*").

Verifica-se que, embora as transações pudessem ser realizadas por entes privados, a decisão analisou a aquisição dos valores mobiliários a partir da perspectiva de seu objetivo. Ao considerar que a manutenção de ativos nos banco inglês era parte das atividades do National Fund of Kazakhstan, com base nos objetivos por ele indicados, o tribunal britânico ampliou drasticamente a imunidade de execução e, possivelmente, a imunidade de jurisdição dos fundos soberanos de investimento. Se a mesma lógica for utilizada em outras cortes para casos futuros, os fundos soberanos de investimento estarão, independentemente de sua estrutura, protegidos pela imunidade de jurisdição.

A análise da escassa jurisprudência evidencia a necessidade de buscar uma sistematização para análises de futuros casos, em que se pleiteie o benefício da imunidade de jurisdição para os fundos soberanos de investimento.

Um primeiro passo nesse sentido é verificar se o fundo soberano de investimento se caracteriza diretamente como um Estado estrangeiro ou, ao menos, como uma parte desse Estado estrangeiro. Os fundos soberanos de investimento despersonificados e vinculados diretamente ao Estado ou a um de seus órgãos governamentais diretos parecem incluir-se nesse grupo e poderiam, em tese, gozar do benefício de imunidade de jurisdição concedido ao Estado. Vale lembrar que, em muitos países, os fundos soberanos de investimento gozam de imunidade tributária, indicando significativamente que são considerados entidades soberanas estrangeiras (SLAWOTSKY, 2009, p. 996-997).

Em segundo lugar, é preciso ressaltar, contudo, que alguns fundos soberanos de investimento têm personalidade jurídica separada do Estado, mas ainda assim poderiam invocar o benefício da imunidade de jurisdição. É o caso, no direito norte-americano, da *"agency or instrumentality of a foreign state"* prevista no § 1603(b) do Foreign Sovereign Immunities Act. Trata-se da entidade incorporada no Estado estrangeiro cujo controle seja majoritária ou totalmente do Estado estrangeiro. Foram incluídas nesse conceito, por estarem sobre controle majoritário ou absoluto do Estado estrangeiro, diversas entidades como empresas aéreas nacionais, empresas de energia nuclear, empresas de telecomunicações, bancos centrais, bancos comerciais, empresas ferroviárias (SLAWOTSKY, 2009, p. 994-995).

Em ambos os casos, é preciso analisar as eventuais exceções existentes para a concessão do benefício da imunidade de jurisdição. Uma relevante exceção é a das transações comerciais, a exemplo do § 1605(a)(2) do Foreign Sovereign Immunities Act. De acordo com o § 1603(d) do mesmo diploma, uma atividade comercial "*means either a regular course of commercial conduct or a particular commercial transaction or act. The commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than by reference to its purpose*". Em que pese a definição da exceção, as cortes norte-americanas já reconheceram a dificuldade de sua aplicação concreta, chegando a concluir, no caso *Najarro de Sanchez v. Banco Central de Nicaragua*, que um banco central estrangeiro, mesmo atuando de

forma semelhante a um particular, estaria agindo com um propósito diferente, tornando a natureza da operação igualmente diferente (SLAWOTSKY, 2009, p. 999-1000).

Revela-se, a partir dessa análise, que as hipóteses de concessão do benefício da imunidade de jurisdição aos fundos soberanos de investimento não podem ser determinadas em abstrato: uma análise casuística é imprescindível para essa finalidade. A diversidade estrutural dos fundos soberanos de investimento não permite mais do que a simples fixação de alguns parâmetros de análise no caso concreto.

O primeiro parâmetro é o da estrutura jurídica do fundo soberano de investimento. Para determinar se a entidade se aproxima mais do Estado ou de um investidor privado, é necessário avaliar, entre outros fatores, a personalidade jurídica, a incorporação, as funções, os poderes, as atividades, a governança e a relação com o Estado. O segundo parâmetro é o do objetivo do fundo soberano. Apesar da diversidade de objetivos, é preciso verificar se a entidade tem relevância estratégica para a materialização de alguma política pública macroeconômica do Estado estrangeiro. O terceiro parâmetro é o da política de financiamento. A origem dos recursos do fundo soberano e as regras para o resgate de ativos servem de indicativos para reforçar o papel da entidade nas políticas do Estado estrangeiro. O resgate de ativos do fundo para financiamento de obras públicas de infraestrutura revela, por exemplo, um objetivo soberano relevante, se comparado ao resgate de ativos para gastos com recepções para convidados do governo. O quarto parâmetro é o da natureza dos investimentos. Nesse âmbito, a avaliação deve considerar globalmente a estratégia de investimento do fundo soberano, para verificar se ela se alinha com a materialização de objetivos soberanos, como a estabilização ou a geração de riqueza, ou se ela disfarça objetivos políticos ou especulativos. O quinto parâmetro é o do objetivo do ativo financeiro. Essa etapa tem maior relevância para a concessão da imunidade de execução, porquanto a análise é restrita ao ativo individualmente considerado (BASSAN, 2011, p. 111-114).

Os tribunais brasileiros e os de muitos outros países ainda não tiveram oportunidade de enfrentar a questão, mas a experiência ainda incipiente dos casos relatados permite vislumbrar esses parâmetros, que não servem senão para auxiliar as cortes a analisar os fundos soberanos de investimento quando da invocação do benefício da imunidade de jurisdição.

Conclusão

Embora existam há décadas, os fundos soberanos de investimento apresentaram crescimento mais acentuado nos últimos anos. Além disso, esses fundos desenvolveram estratégias de investimento que passaram a receber maior atenção por parte dos Estados. O fenômeno econômico é acompanhado por um relativo atraso regulatório: não há ainda sequer uma definição universalmente aceita para os fundos soberanos de

investimento, e os conceitos atualmente utilizados acabam subestimando, em função da tentativa de generalização, algumas das características institucionais dos diversos tipos de fundos soberanos existentes. A regulação nacional esbarra em tantas dificuldades quanto a regulação internacional, que se limita a instrumentos de *soft law*, em iniciativas capitaneadas pelo Fundo Monetário Internacional e pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

Uma das diversas questões controversas sobre os fundos soberanos de investimento é a possibilidade de invocação do benefício da imunidade de jurisdição. Verifica-se que os fundos soberanos de investimento se situam entre os bancos centrais – com os quais compartilham alguns objetivos – e as empresas estatais – com as quais compartilham alguns instrumentos. Definir em qual dessas direções os fundos soberanos se inclinam é de fundamental importância para a concessão da imunidade de jurisdição.

A fragmentação do tratamento legislativo e jurisprudencial concedido a empresas estatais e bancos centrais produz respostas contraditórias quanto aos fundos soberanos de investimento. A irrisória jurisprudência específica sobre esses fundos tampouco oferece respostas conclusivas, mas permite extrair alguns parâmetros de análise no caso concreto, uma vez que – ao menos no futuro próximo – a questão continuará sendo tratada concretamente. O sucesso de aplicação desses parâmetros de análise dos fundos soberanos de investimento depende, contudo, da existência e da efetividade dos mecanismos de controle e transparência.

: ARTIGO APROVADO (13/11/2013) : *RECEBIDO EM 26/11/2012*

NOTAS

1 Para informações atualizadas sobre os volumes financeiros e anos de incorporação, cf. http://www.swfinstitute.org/. Acesso em: 20 jul. 2012. A Noruega foi pioneira, em 1990, na criação de um fundo soberano na Europa, utilizando os produtos da exploração de petróleo e, posteriormente, diversificando as fontes de financiamento.

2 Dados disponíveis em: <http://www.swfinstitute.org/fund-rankings/>. Acesso em: 20 jul. 2012.

3 Exemplos de fundos subnacionais são: *Texas Permanent School Fund, New Mexico State Investment Council* e *Alaska Permanent Fund*. Dados disponíveis em: <http://www.swfinstitute.org/fund-rankings/>. Acesso em: 19 ago. 2012.

4 Os países originalmente representados foram: Austrália, Azerbaijão, Bahrein, Botswana, Canadá, Chile, China, Guiné Equatorial, Irã, Irlanda, Coreia do Sul, Kuwait, Líbia, México, Nova Zelândia, Noruega, Qatar, Rússia, Cingapura, Timor-Leste, Trinidad e Tobago, Emirados Árabes Unidos e Estados Unidos da América.

5 Para maiores informações sobre o *International Forum of Sovereign Wealth Funds*, consultar http://www.ifswf.org. Acesso em: 16 set. 2012.

6 Os casos são: *Central Bank of Nigeria*, Landsgericht Frankfurt, (2 December 1975), 65 ILR 131; e *Libya v. Actimon SA*, Swiss Federal Tribunal (24 April 1985), 82 ILR 30.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIG Capital Partners Inc. and Another v. Kazakhstan, [2005] EWHC 2239 (Comm), [2006] 1 All ER (Comm) 1.

BACKER, Larry Catá. Sovereign investing in times of crisis: global regulation of sovereign wealth funds, state-owned enterprises, and the Chinese experience. *Transnational Law & Contemporary Problems*, v. 19, n. 1, p. 3-144, 2010.

BADIAN, Laura; HARRINGTON, Gregory. The evolving politics of sovereign wealth funds. *Revue d'Économie Financière*, p. 143-156, 2009

BASSAN, Fabio. *The law of sovereign wealth funds*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011.

BUTT, Shams et al. Sovereign Wealth Funds: A growing global force in corporate finance. *Journal of Applied Corporate Finance*, v. 20, n. 1, p. 73-83, 2008.

CAPARICA, Rodrigo Ferreira de Carvalho. *O papel dos fundos soberanos na economia mundial*. Dissertação [Mestrado em Finanças e Economia Empresarial]. Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2010.

CARVALHO, Fernando J. Cardim de. Fundo Soberano Brasileiro. *Le Monde Diplomatique Brasil*, São Paulo, fevereiro de 2009, p. 12.

COMISSÃO EUROPEIA. *Abordagem europeia comum em matéria de fundos soberanos*. [COM(2008) 115]. Bruxelas, 2008.

DAS, Dilip K. Sovereign-wealth funds: the institutional dimension. *Int. Rev. Econ.*, v. 56, p. 85-104, 2009.

DOLINGER, Jacob. A imunidade jurisdicional dos Estados. *Revista de Informação Legislativa*, v. 19, n. 76, out./dez. 1982.

EPSTEIN, Richard A.; ROSE, Amanda M. The regulation of sovereign wealth funds: the virtues of going slow. *The University of Chicago Law Review*, v. 76, n. 1, p. 111-134, 2009.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Foreign Sovereign Immunities Act*, 1976.

GARTEN, Jeffrey. We need rules for sovereign funds. *Financial Times*, 8 de agosto de 2007.

GAUKRODGER, David. Foreign State immunity and foreign government controlled investors. *OECD Working Papers on International Investment*, n. 2, 2010.

HAMIDA, Walid Ben. Sovereign FDI and international investment agreements: questions relating to the qualification of sovereign entities and the admission of their investments under investment agreements. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, v. 9, p. 17–36, 2010.

IMF – INTERNATIONAL MONETARY FUND. *IFSWF members' experiences in the application of the Santiago Principles*. [*s.l.*], 2011.

IMF – INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Sovereign wealth funds*: a work agenda. [*s.l.*], 2008a.

_____. *Sovereign wealth funds*: generally accepted principles and practices (Santiago Principles). [*s.l.*], 2008b.

MELONE, Matthew A. Should the United States tax sovereign wealth funds? *Boston University International Law Journal*, v. 26, p. 143-225, 2008.

MEZZACAPO, Simone. The so-called "sovereign wealth funds": regulatory issues, financial stability, and prudential supervision. *Economic Papers*, n. 378, p. 1-104, 2009.

MOLL, Leandro de Oliveira. *Imunidades internacionais*: tribunais nacionais ante a realidade das organizações internacionais. 2.ed. Brasília: FUNAG, 2010.

OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD Declaration on sovereign wealth funds and recipient country policies*. [*s.l.*], 2008.

REPÚBLICA FRANCESA. *Loi nº 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie*.

REPÚBLICA POPULAR DA CHINA. *Law of the People's Republic of China on Judicial Immunity from Compulsory Measures Concerning the Property of Foreign Central Banks*. 25 de outubro de 2005.

Sarrió SA v. Kuwait Investment Authority, [1997] UKHL 49, [1997] 4 All ER 929.

SCHWAB, Andreas. *Les fonds souverains*. [Discurso]. Estrasburgo, 22 de outubro de 2008.

SLAWOTSKY, Joel. Sovereign wealth funds and jurisdiction under the FSIA. *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, v. 11, n. 4, p. 967-1005, 2009.

TIBURCIO, Carmen. Imunidade de jurisdição: o Estado federal e os Estados-membros. *In*: TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TRUMAN, Edwin M. Sovereign Wealth Funds: *The need for greater transparency and accountability*. Policy Brief. Peterson Institute for International Economics, Washington, PF07-6, p. 1-9, 2007.
ZILINSKY, Jan. *Understanding sovereign wealth funds*. [Working paper]. Massachusetts Institute of Technology. Disponível em: <http://web.mit.edu/zilinsky/www/Data/thesis_zilinsky.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2012.

Ely Caetano Xavier Junior

Professor de Direito Internacional Privado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Mestre em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e pela Universidade de Londres
Advogado

Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Faculdade de Direito
Rua São Francisco Xavier, 524 – 7º andar – sala 7025 – bloco A
Maracanã – 20550-900
Rio de Janeiro – RJ – Brasil
exavierf@uerj.br

CONTEÚDO E ALCANCE DA DECISÃO DO STF SOBRE A LEI DE IMPRENSA NA ADPF 130

Thales Morais da Costa

CONTENT AND SCOPE OF STF'S RULING ON THE PRESS ACT IN THE ADPF 130

RESUMO

Propõe-se uma análise crítica da decisão do STF que julgou procedente a ADPF 130, voltada contra a lei de imprensa. Na primeira parte, busca-se compreender o conteúdo dessa decisão com o auxílio de uma tabela de contraposição dos motivos que integram os votos de cada ministro. Constata-se que o único fundamento majoritário para a procedência da ação foi o da incompatibilidade da integralidade da lei de imprensa com a Constituição de 1988. O ponto controvertido relativo ao dever do Estado de tolerar a divulgação de qualquer informação não alcançou a maioria dos votos e não goza da autoridade das decisões do STF. Na segunda parte, examina-se o alcance da decisão proferida na ADPF 130, tendo como material de pesquisa as reclamações ajuizadas sob o argumento de violação de sua autoridade. Inicialmente, verifica-se que a não recepção da lei de imprensa conduz à impossibilidade de sua aplicação, sem que se tenha esclarecido, até o momento, se a jurisprudência da ofensa reflexa ou indireta à Constituição continua a aplicar-se em matéria de imprensa. Em seguida, observa-se que, embora não tenha havido maioria acerca do suposto dever de tolerar a divulgação de qualquer informação, o STF vem concedendo liminares em algumas reclamações, o que reforça a importância de se compreender o que foi decidido na ADPF em questão.

PALAVRAS-CHAVE

Lei de Imprensa; não recepção; controle de constitucionalidade; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This paper proposes a critical analysis of the Supreme Court (STF) decision that upheld the ADPF 130, directed against the press act. In the first part, we seek to understand the content of that decision with the aid of a table comparing the reasons adopted by each judge. It appears that the incongruence between the whole press act and the Constitution of 1988 was the only basis to reach the majority. The point at issue concerning the non-interference on free speech did not reach the majority and does not have the authority of the Supreme Court decisions. The second part examines the scope of the decision in ADPF 130, through the analysis of several complaints filed on the grounds of violation of the authority of Supreme Court ruling. Initially, it appears that the non-reception of the press act leads to the impossibility of its application, without having clear, yet, if the doctrine called "reflex or indirectly violation of the Constitution" continues to apply in respect of the press. Then, it is observed that, although there was no majority on the supposed duty of non-interference on free speech, STF keeps granting injunctions in some complaints, which reinforces the importance of understanding what was decided in ADPF 130.

KEYWORDS

Press Act; non-reception by the new Constitution; judicial review; Federal Supreme Court.

Introdução

O presente trabalho analisa a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130 (ADPF 130),[1] que concluiu pela procedência da ação, por se entender que a Lei n. 5.250 de 9 de fevereiro de 1967, que "regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação", conhecida como "lei de imprensa", não teria sido recepcionada pela Constituição de 5 de outubro de 1988 (CF). Busca-se compreender qual seria o conteúdo e o alcance dessa decisão.

Trata-se de questão de grande atualidade. Em 13 de novembro de 2012, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou o "Fórum Nacional do Poder Judiciário para a liberdade de imprensa", encarregado de realizar, entre outros, o "levantamento estatístico das ações judiciais que tratem das relações de imprensa" e "o estudo de modelos de atuação da magistratura em países democráticos, que possam facilitar a compreensão de conflitos que digam respeito à atuação da imprensa" (art. 2º, Resolução n. 163, 2012). O pano de fundo para a criação desse órgão, como reconheceu o então presidente do CNJ, Min. Ayres Britto, é o julgamento da ADPF 130[2] e o contexto de sua execução pelos tribunais brasileiros.

Tratar do tema da execução de uma decisão do STF pressupõe que se saiba com clareza o que teria sido decidido e, antes de tudo, o que seria uma "decisão". O STF tem afirmado que sua "decisão" não se limita ao que consta no dispositivo. Também a integrariam os fundamentos necessários ou determinantes (*ratio decidendi*) do dispositivo.[3] Não se colocará em questão, aqui, a constitucionalidade dessa jurisprudência, cabendo lembrar, apenas, que parte da doutrina entende ser impossível dar à motivação o caráter de "decisão" (PFERSMANN, 2012). Partindo do fato de que, para o STF, a *ratio decidendi* integra a autoridade da "decisão", cumpre perguntar quais seriam os fundamentos necessários ou determinantes suscetíveis de integrar a decisão de procedência da ADPF 130. Colocar essa pergunta requer que se possa identificar claramente os motivos que levaram o tribunal, em seu conjunto, a julgar procedente a ADPF 130. Examinar esses diferentes temas significa indagar qual seria o conteúdo da decisão do STF – e esse é o objeto da primeira parte do presente estudo.

Uma vez delimitado o conteúdo do acórdão do STF, cumpre indagar qual seria seu alcance. Quais são as decisões, as matérias e as autoridades que se encontrariam vinculadas ao julgado do STF? É o que será examinado na segunda parte.

1 Análise do conteúdo da decisão proferida na ADPF 130

Antes de iniciar a investigação sobre o conteúdo da ADPF 130, é necessário estabelecer um método adequado para essa investigação. Para tanto, é importante levar em consideração a especificidade do modo como são redigidos os acórdãos do STF.

1.1 O método de redação das decisões do STF e suas consequências sobre a determinação do conteúdo dessas decisões

A peculiaridade do método de redação dos acórdãos do STF é que não existe a prática de elaboração conjunta de um voto que seja representativo da opinião do tribunal. O voto do relator retrata a opinião de um ministro, à qual os demais podem ou não aderir. Há casos em que cada ministro elabora o seu próprio voto, concordando com ou divergindo da opinião do relator. Ao final da sessão, tem-se uma soma de votos individuais que definem o resultado do julgamento. Caso a posição adotada pelo relator seja a vencedora, é ele quem redige a ementa do acórdão. Caso o relator original seja vencido, o ministro que abriu a divergência – a qual se revelou, ao final, ser a posição da maioria – atua como "relator para o acórdão".

Nos casos em que cada ministro elabora um voto em separado, é frequente que os votos vencedores coincidam apenas quanto à conclusão, distinguindo-se com relação aos fundamentos. Tendo cada ministro redigido o seu próprio voto, é difícil identificar onde se encontra a *ratio decidendi*, ou seja, o fundamento que teria levado o tribunal, como um órgão colegiado, a adotar certa decisão. É necessário examinar cada um dos votos e comparar as respectivas fundamentações para verificar se existe algo de comum entre elas.

A situação é radicalmente diferente nos tribunais constitucionais europeus e nos Estados Unidos da América. Veja-se o caso da França, que conhece um método de redação das decisões diferente do adotado no Brasil. Com efeito, naquele país, o relator elabora um projeto de decisão, que é submetido aos demais juízes durante uma sessão de julgamento secreta. Cada juiz faz observações e, conforme o caso, sugere mudanças tanto no que diz respeito à conclusão quanto no que tange à fundamentação. Cada uma das propostas de mudança é objeto de votação e, em função do resultado, o trecho em questão do projeto do relator é reescrito pelo colegiado. Obtém-se, ao final, uma opinião coletiva sobre o caso, que é encaminhada para publicação. O projeto do relator, enquanto tal, não é publicado, tampouco as propostas de redação que não foram acolhidas pelo colegiado. Publica-se apenas a decisão tal como deliberada pelo tribunal. Essa situação vale seja nos casos de decisão unânime, seja nos casos de decisão por maioria, visto que, mesmo neste último caso, apenas a posição da maioria é publicada. A opinião dos juízes eventualmente vencidos nunca acompanha a publicação do acórdão. Como se vê, esse método de redação faz com que o acórdão seja acolhido pelo público como sendo a posição *do tribunal em seu conjunto*.

A Alemanha encontra-se em situação muito similar à da França, pois a redação das decisões judiciais também é fruto de trabalho coletivo, o que leva os juízes a encontrar um compromisso não apenas quanto ao dispositivo, mas também com relação ao fundamento de suas decisões. Também aqui cabe ao relator submeter um projeto de decisão ao órgão colegiado. Cada parágrafo é analisado e votado. Se o relator ficar vencido em

algum ponto, deve reescrever o trecho em questão e submeter novo projeto ao órgão colegiado na sessão de julgamento seguinte. Nova votação ocorre e, se o novo projeto do relator permanecer dissonante da decisão da maioria, cumprir-lhe-á redigir um terceiro projeto. E, assim, é possível haver diversas sessões de julgamento até que se tenha uma redação que seja aceita pelo tribunal. Uma vez definida a redação final do acórdão, ele deve ser assinado por todos os juízes que o aprovaram. A diferença mais importante com relação ao que ocorre na França consiste em que, em havendo decisão não unânime, são divulgados os votos vencidos ao lado da opinião da maioria (sistema vigente a partir da reforma de 21 de dezembro de 1970). No entanto, mesmo no caso de decisão não unânime, o voto majoritário é fruto de uma deliberação coletiva, o que permite identificá-lo enquanto a opinião do tribunal em seu conjunto.

Nos Estados Unidos da América, a técnica de leitura em sequência de votos individuais (*seriatim opinions*) – em vigor nos primeiros acórdãos adotados pela instância judicial máxima daquele país – foi abandonada em 1801, sob a presidência do juiz Marshall. Desde então, uma vez encerrados os debates e definida a solução a ser dada ao caso concreto, o presidente do tribunal indica um dos juízes para redigir o que se denomina a *opinion of the Court*. Essa *opinion* – redigida individualmente por um juiz, legitimado a manifestar a opinião de todo o órgão colegiado pela indicação que recebeu do presidente do tribunal – contém a fundamentação que leva o tribunal, em seu conjunto, a adotar determinada decisão. Sendo o tribunal composto por nove juízes, uma *opinion of the Court* representa o entendimento de, no mínimo, cinco juízes. Como regra geral, os demais juízes eximem-se de elaborar voto próprio, exceto no caso de serem vencidos, hipótese em que elaboram voto dissidente. Mas há casos em que os juízes integrantes da maioria estão de acordo quanto à solução a dar ao caso concreto, mas em desacordo quanto à fundamentação. Nesses casos, o presidente do tribunal indica um dos juízes para redigir o que se denomina o *judgement of the Court*[4] e abre aos demais juízes a possibilidade de redigir um voto em separado. No voto em separado (*concurring opinion*), o magistrado explicita as razões específicas que o levaram a aderir à conclusão da maioria sem ratificar a fundamentação. Nos casos intermediários, ou seja, naqueles em que uma parte da fundamentação do relator é subscrita pela maioria e a outra parte não, o acórdão diferencia claramente, dentro do voto do relator, quais parágrafos constituem a *opinion* e quais representam apenas o *judgement*.[5] Essa preocupação bastante nítida com a diferenciação entre *opinion* e *judgement* explica-se pelo fato de que apenas aquela traduz o entendimento do tribunal em seu conjunto. Por via de consequência, é somente a *opinion* que possui valor de precedente.

Como se vê, a técnica de redação adotada nesses três países e em muitos outros[6] revela a preocupação de divulgar o entendimento do tribunal *enquanto órgão colegiado*, não enquanto reunião de votos individuais.

Já o acórdão prolatado na ADPF 130 é um exemplo bastante interessante de decisão composta por votos individuais, cada um com sua respectiva fundamentação.

Apenas um ministro adotou integralmente as razões do relator, qual seja, o Min. Eros Grau. Os demais avançaram suas próprias razões para chegar à conclusão que chegaram. Da pluralidade de motivações, decorre a dificuldade na compreensão de qual seria o entendimento do tribunal em seu conjunto acerca da liberdade de imprensa e de seus eventuais limites. Observe-se o seguinte trecho:

> Interdição à lei quanto às matérias nuclearmente de imprensa, retratadas no tempo de início e de duração do concreto exercício da liberdade, assim como de sua extensão ou tamanho de seu conteúdo. (...) o Poder Público somente pode dispor sobre matérias lateral ou reflexamente de imprensa, respeitada sempre a ideia-força de que *quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja*. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas.[7]

Uma vez que o objeto dessa citação integra a própria ementa da ADPF 130, aquele que lê o acórdão pela primeira vez é levado a crer que essa seria a *posição do tribunal*. Em outros termos, que esse seria um fundamento *necessário* do dispositivo, suscetível de integrar a "decisão" como um todo e cujo respeito poderia ser imposto "às autoridades e aos órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados" (art. 10, Lei n. 9.882).

No entanto, a análise mais detida do caso revela que a compreensão do sentido do acórdão é objeto de controvérsias entre os próprios ministros do STF. Tanto durante o julgamento da ADPF quanto poucos meses depois, houve divergências claras acerca do que teria sido decidido.

Confira-se o seguinte debate ocorrido durante o julgamento: Min. Gilmar Mendes (GM): "Quanto à afirmação feita, e agora já refeita, a meu ver, de que nenhum Estado Democrático teria lei de imprensa, nós sabemos que isso não corresponde à verdade estrita dos fatos. Há muitos países democráticos, assim considerados, com lei." Min. Carlos Britto (CB): "Essa afirmação não está no meu voto." GM: "Não, isso foi discutido, inclusive, inicialmente." Min. Cármen Lúcia (CL): "Eu fiz afirmativa até contrária, hoje, exatamente no levantamento que fiz, que Estados Democráticos têm." (ADPF 130, p. 275).

Seis meses depois, nova divergência quanto ao sentido dos votos na ADPF 130: GM: "Realmente, precisamos nominar o que foi objeto de decisão e aquilo que está coberto pelo efeito vinculante, sem dúvida nenhuma. Até porque houve considerações do Ministro Britto que, com certeza, não mereceram o apoio da maioria. Por exemplo, a afirmação de Sua Excelência segundo a qual não poderia haver lei regulando a imprevisibilidade nesse sentido." CB: "Mas eu não afirmei isso."[8]

O caso mais evidente das dificuldades dos próprios ministros em entender qual seria o conteúdo da decisão na ADPF 130 envolve o voto proferido pelo Min. Lewandowski.

O trecho de seu voto que se encontra nas páginas 102 e 103 da ADPF 130 foi interpretado em sentidos diametralmente opostos por dois de seus pares. Para um dos julgadores, o ministro em questão teria acompanhado o relator apenas quanto à conclusão, divergindo no que tange às razões de seu convencimento. Para o outro, o Min. Lewandowski teria acompanhado o relator da ADPF 130 também no que concerne à fundamentação.

Confira-se: Min. Cezar Peluso (CP): "[o Min. Lewandowski reconheceu, na ADPF,] a coexistência teórica, enquanto situados no mesmo plano de eficácia plena e aplicabilidade imediata, dos direitos de liberdade de expressão, pensamento e informação (...) e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (...), concluindo pela mesma necessidade de a decisão do caso concreto guiar-se pelo princípio da proporcionalidade (fls. 102 e 103 [da ADPF 130]), donde, por implicitude, haver negado caráter absoluto e irrestrito à liberdade de imprensa" (Rcl 9.428, p. 188). Para o Min. Britto, "não foi bem assim" (Rcl 9.428, p. 214). Para apoiar sua tese, ele cita (na p. 213 da Rcl 9.428) o *mesmo trecho* do voto do Min. Lewandowski – acrescido de um parágrafo constante na p. 105 da ADPF 130 – para, em seguida, concluir: "Evidentemente, que [ele] estava falando da insubmissão da imprensa à regulação por lei quanto às coordenadas de conteúdo." (ADPF 130, p. 213).

Divergência semelhante é verificada acerca do voto que o Min. Direito proferiu na ADPF 130 (páginas 85 a 94). Na Reclamação n. 9.428, os ministros Britto (p. 212) e Peluso (p. 187) interpretaram esse voto em sentidos opostos.

Tais elementos já permitem ver quão difícil é a tarefa de conhecer o conteúdo de um acórdão do STF. A fim de saber qual é a posição do tribunal enquanto órgão colegiado, é preciso levar em consideração todos os votos, não apenas o do relator. É necessário, ademais, cotejar a fundamentação do voto do relator com os motivos expostos pelos demais ministros, a fim de verificar se houve algum argumento comum que os conduziu todos, ou a maioria, a votar no sentido que votaram.

Para responder a essa dificuldade, foi elaborada a tabela em anexo, em que foram escolhidos nove temas que representam as principais questões debatidas no julgamento da ADPF 130. Para cada tema, buscou-se formular uma pergunta que levasse a uma resposta clara (sim/não), citando, na sequência de cada resposta, o trecho do voto do ministro mais diretamente relacionado com a questão formulada. Ver-se-á que nem todos os votos trataram integralmente dos nove temas. Alguns temas foram examinados apenas por alguns ministros, o que é um elemento a mais que revela a dificuldade da tarefa de compreender qual teria sido a posição do tribunal em seu conjunto. Nos casos em que o voto de determinado ministro não permite compreender qual seria sua opinião sobre o tema em questão, indicou-se na tabela "não se manifesta de modo expresso" ou "não se pronuncia de modo expresso".

Também integram a tabela perguntas relativas a outros processos julgados pelo STF, em especial as reclamações em que se alegava o descumprimento da "decisão" proferida

na ADPF 130. A tabela também inclui uma pergunta relativa ao HC n. 82.424-2, de cujo julgamento participaram seis dos onze ministros que votaram na ADPF 130. Esse caso é anterior ao julgamento da ADPF 130, mas ainda assim se justifica sua inserção no presente estudo, pois permite compreender com maior profundidade o modo como cada ministro concebe a liberdade de imprensa.

Essa tabela não tem, evidentemente, a pretensão de exaurir a riqueza dos votos que compuseram a ADPF 130. Ela foi elaborada com o objetivo puramente acadêmico de ser um instrumento a mais na compreensão do que teria sido decidido pelo STF. Seu objetivo principal é contribuir para a resposta da seguinte questão: qual é o conteúdo da decisão do STF na ADPF 130 ou, de modo mais específico, teria havido algum fundamento consensual entre os membros da maioria de sete a quatro suscetível de integrar o dispositivo da ADPF 130 e de gozar da autoridade de "decisão" do STF?

1.2 O entendimento majoritário de não recepção da lei n. 5.250 pela Constituição de 1988

À indagação sobre o conteúdo da decisão do STF, há uma resposta incontroversa no próprio dispositivo do acórdão: "os Ministros do Supremo Tribunal Federal [acordam] em julgar procedente a ação" (ADPF 130, p. 11). Esse dispositivo encontra-se na parte do acórdão denominada "acórdão" (ADPF 130, p. 11 a 12), que vem logo após a ementa. Essa parte do acórdão, que se poderia chamar de "acórdão em sentido estrito", contém o resultado do julgamento, tal como proclamado pelo presidente do tribunal. Por ser proclamado pela autoridade que representa *o tribunal em seu conjunto*, o "acórdão em sentido estrito" é especialmente importante para o presente estudo, pois indica claramente qual é a solução dada ao caso *pelo tribunal*.

Porém, com exceção desta parte, todos os demais componentes da decisão do STF são redigidos não por quem representa o tribunal *em seu conjunto*, mas pelos ministros, que proferem votos individuais. Até mesmo a ementa, como se viu, é redigida individualmente pelo relator, não pelo conjunto de ministros integrantes da maioria. Diante da ausência de um método coletivo de redação dos acórdãos do STF, aspectos extremamente importantes de uma decisão somente podem ser encontrados nos votos individuais.

Isso vale até mesmo para a questão de saber *em que termos* a ação foi julgada procedente, ou seja, o que teria sido declarado, desconstituído, constituído ou ordenado pelo tribunal *em seu conjunto*. Uma vez que, na ADPF 130, o "acórdão em sentido estrito" limita-se a afirmar que a ação é julgada procedente "nos termos do voto do Relator e por maioria de votos" (p. 12), é preciso recorrer aos votos que integram a maioria. Ora, observando-se a tabela em anexo (v. questão n. 1 (Q 1)), constata-se que nem todos os votos integrantes da maioria indicam, de modo preciso, em que termos a ação foi julgada procedente. É possível classificar esses votos em três grupos: (i) aqueles que afirmam claramente que, diante da incompatibilidade total da lei

de imprensa com a Constituição de 1988, a ação seria julgada procedente *para declarar a não recepção da Lei n. 5.250* como um todo; (ii) os que consideram haver incompatibilidade total entre a lei e a Constituição e que julgaram a ação "procedente" *sem especificar em que termos*; e (iii) aqueles que, embora considerem haver compatibilidade de alguns artigos da lei com a Constituição, concluem pela procedência da ação *para declarar a não recepção da Lei n. 5.250* como um todo (v. Q 1 e Q 2).

Os dois primeiros grupos reúnem seis ministros. Há, portanto, uma opinião majoritária que julga a ação procedente por entender que haveria incompatibilidade total da Lei n. 5.250 com a Constituição de 1988. Desses seis ministros, quatro disseram expressamente que a incompatibilidade levava à declaração de não recepção total da lei (Min. Carlos Britto, Cármen Lúcia, Eros Grau e Ricardo Lewandowski). Os outros dois não especificaram em que termos julgavam a ação procedente (Min. Celso de Mello e Menezes Direito, v. Q 1). Presume-se que tenham seguido a conclusão proposta pelo relator, qual seja, a de declarar a não recepção total da lei, mas isso não consta expressamente de seus votos.

O terceiro grupo é formado por apenas um ministro (Min. Cezar Peluso), que votou pela não recepção total da lei, mas, ao mesmo tempo, admitiu que alguns artigos da lei seriam "absolutamente compatíveis com o ordenamento constitucional vigente" (ADPF 130, p. 123). Se ele chegou à mesma conclusão que o relator, não foi por entender que o *conteúdo* da Lei n. 5.250 seria totalmente incompatível com a Constituição de 1988 (v. tabela, Q 2). Foi simplesmente por uma questão prática: "talvez não fosse prático manter vigentes alguns dispositivos de um sistema que se tornou mutilado. A sobrevivência de algumas normas, sem organicidade, realmente poderia levar, na prática, a dificuldades" (ibidem, p. 123).

Observe-se que o argumento segundo o qual alguns artigos da lei de imprensa seriam compatíveis com a Constituição de 1988 foi adotado por outros três ministros (Min. Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes), que chegaram, porém, a uma conclusão diversa, julgando a ação parcialmente procedente (v. Q 1). Uma vez que a *conclusão* a que chegaram é diferente daquela adotada pela maioria, esses três juízes ficaram vencidos. O Min. Peluso, embora tenha apoiado seu voto em *fundamentos semelhantes* aos arrolados por esses três ministros (v. Q 2), valeu-se, no final de seu voto, de um argumento ligado à organicidade da lei para chegar à mesma conclusão que a maioria, qual seja, julgar a ação totalmente procedente.

Logo, foram seis ministros, e não sete, que entenderam haver total incompatibilidade entre o *conteúdo* da Lei n.5.250 e o *conteúdo* da Constituição de 1988, embora tenham sido sete os ministros a concluir pela procedência total da ação. A partir do momento em que seis ministros concordaram quanto à incompatibilidade da totalidade da lei de imprensa com a Constituição, tem-se aqui um fundamento necessário do dispositivo, na medida em que foi com base nesse motivo que o tribunal julgou a ação procedente. Esse fundamento integra, portanto, a "decisão" do STF, nos termos

em que a jurisprudência desse mesmo tribunal vem interpretando a noção de "decisão" (cf. introdução *supra*).

Resta saber se haveria, entre os ministros do STF, um consenso quanto à razão pela qual a Lei n. 5.250 seria totalmente incompatível com a Constituição de 1988, ou seja, se haveria um único *fundamento do fundamento* ou se os ministros teriam entendido haver incompatibilidade total mediante argumentações diversas, insuscetíveis de ser reduzidas a um denominador comum.

1.3 A controvérsia em torno da possibilidade jurídica de intervenção estatal no conteúdo da liberdade de imprensa

Dentre as muitas respostas possíveis para a questão da possibilidade e da extensão da disciplina normativa da imprensa, quatro assumem especial relevo no contexto da ADPF 130. Todas elas reconhecem um papel importante ao Estado, mas se diferenciam entre si quanto à extensão desse papel e aos órgãos que seriam encarregados de exercê-lo.

A primeira resposta consiste em dizer que nenhum dos poderes da República pode dispor sobre o conteúdo da informação a ser publicada, cabendo ao judiciário pronunciar-se apenas sobre as matérias que o relator da ADPF 130 qualificou de "laterais" ou "reflexas" (como o direito de resposta e as ações de indenização), resolvendo os casos concretos através da aplicação direta da Constituição (resposta "A"). Dentro desse raciocínio, os poderes Legislativo e Executivo estariam proibidos de toda interferência na imprensa, até mesmo nas questões "laterais".

A segunda resposta consiste em dizer que seria possível ao Judiciário pronunciar-se não apenas sobre as matérias "laterais", mas também sobre o conteúdo da informação, podendo decidir, através da aplicação direta da Constituição, pela proibição de divulgação de algumas informações (resposta "B"). Dentro desse raciocínio, os poderes Legislativo e Executivo permaneceriam proibidos de toda interferência na imprensa.

A terceira resposta seria defender que o legislador pode, sim, disciplinar a atividade da imprensa, mas apenas nas questões relativas à responsabilidade e ao direito de resposta e em outras questões "laterais" ou "reflexas", jamais sobre o conteúdo da publicação. Ao Judiciário caberia pronunciar-se sobre as questões "laterais", aplicando a legislação correspondente, bem como, eventualmente, dispor sobre o conteúdo da informação através da aplicação direta da Constituição (resposta "C").

A quarta resposta seria sustentar que o Estado pode, através tanto do Legislativo quanto do Judiciário, dispor sobre as diferentes questões relativas à imprensa, inclusive sobre o conteúdo do que pode ou não ser publicado. Seria, então, possível ao Legislativo adotar, se assim entender, uma "lei de imprensa" em sentido amplo, estipulando, dentro do respeito da Constituição, que certas informações não possam ser divulgadas (resposta "D").

O objetivo do presente estudo não é o de analisar qual dessas respostas seria a melhor nem se alguma delas teria sido escolhida pela Constituição de 1988. Busca-se

apenas verificar se alguma delas foi subscrita pelo conjunto dos ministros integrantes da maioria de sete a quatro na ADPF 130.

1.3.1 O conteúdo da decisão na ADPF 130: a possibilidade ou não de intervenção do Legislativo

A resposta "A" identificada anteriormente encontra sua melhor expressão no voto do Min. Lewandowski. Com efeito, é em seu voto que se encontra a defesa mais veemente da desnecessidade e, até mesmo, da impertinência da intervenção do legislador em matéria de imprensa. Ele não apenas entende que a Constituição teria regulado a imprensa por inteiro (v. tabela, Q 4), como adere ao modelo fornecido por países nos quais a imprensa não seria, nos termos de seu voto, submetida a "qualquer disciplina legal" (Q 5). Ademais, contrariamente ao posicionamento adotado por muitos ministros integrantes da maioria, seu voto não menciona nenhum âmbito no qual a intervenção do legislador seria possível ou necessária (Q 6). Não se trata de omissão fortuita. Ao manifestar-se sobre o papel do legislador no âmbito do direito de resposta, ele afirma claramente que esse direito "não enseja disciplina legal apriorística" (Q 7). Sua posição afasta-se, portanto, da dos demais ministros, que afirmaram, de maneira quase unânime, que o direito de resposta pode ser objeto de regulamentação pelo legislador (Q 7). No entender do Min. Lewandowski, o art. 5º da CF seria autoaplicável, não havendo "qualquer lacuna" (ADPF 130, p. 279), sendo que "o juiz determinará" (ibidem, p. 280) as questões em aberto sobre o direito de resposta e as "quatro instâncias recursais (...) certamente harmonizarão o tema, como fizeram com relação à ausência de tarificação no que tange à indenização por dano moral" (ibidem, p. 281-282).

Defende-se, assim, um entendimento que se aproxima da resposta "A". Esse não é, porém, um posicionamento majoritário, na medida em que os demais ministros entenderam que alguma forma de intervenção do Legislativo seria possível (v. tabela, Q 5 e 6), ainda que, como se verá no próximo tópico, não estejam todos de acordo quanto à extensão da atuação do legislador ou do Judiciário que seria autorizada pela Constituição.

Sendo assim, não há entendimento majoritário na ADPF 130 que afirme a impossibilidade de intervenção do Estado-legislador. Constata-se que as respostas "A" e "B" não representam o entendimento da maioria dos ministros. Resta saber se a maioria do STF teria chegado a um entendimento com relação à extensão da interferência do Estado.

1.3.2 A extensão da interferência do Legislativo e do Judiciário nas questões de imprensa

A possibilidade de interferência do Legislativo e do Judiciário é aceita por boa parte dos ministros, mas a questão é saber se essa intervenção pode ir até disciplinar o conteúdo

do que será publicado pela imprensa (resposta "C") ou se ela deve estar limitada às questões ditas "laterais" (resposta "B").

A análise dos votos integrantes da ADPF 130, com o auxílio da tabela em anexo, permite obter uma resposta segura a essa pergunta. Nesse julgamento, os ministros referiram-se ao conceito de "lei de imprensa" como sendo aquela lei que disciplina a imprensa em seus mais diferentes âmbitos, não apenas nas questões ditas "laterais" ou "reflexas". Em outros termos, a "lei de imprensa" seria aquela que dispusesse não apenas sobre a responsabilidade dos meios de comunicação e sobre o direito de resposta, mas, também, sobre o conteúdo do que é publicado. A questão do conteúdo – que constitui o cerne da atividade da imprensa – é o elemento-chave que permite compreender a dissidência aberta pelos Ministros Gracie e Barbosa. Estes últimos admitiram a possibilidade de o Estado proibir a publicação de determinados conteúdos (a exemplo da incitação à guerra e do racismo, v. Q 6). Foi por essa razão que eles votaram pela não recepção da Lei n. 5.250 com a ressalva de alguns artigos (v. tabela, Q 1). Já o Min. Britto e outros integrantes da maioria entenderam que os artigos ressalvados pelos Ministros Gracie e Barbosa também não haviam sido recepcionados pela Constituição de 1988, pois o Estado não poderia dizer à imprensa o que ela poderia publicar.

A questão que se coloca, portanto, é a de saber se seria possível ao Estado determinar o conteúdo da liberdade, ou seja, aquilo que um meio de comunicação pode ou não pode publicar (o "quê" insuscetível de mediação estatal, nos termos expressos na *fundamentação do relator* da ADPF).[9] Caso se entenda que o legislador pode entrar nesse âmbito, competirá logicamente ao Judiciário analisar os casos concretos à luz da legislação aplicável e da Constituição. Portanto, a definição da extensão possível de interferência do legislador conduz à escolha entre resposta "C" e resposta "D".

Dos sete ministros que integram a maioria que levou à procedência da ADPF 130, dois compartilham, claramente, a fundamentação, pois o Min. Grau acompanhou, sem reservas, o voto do relator (v. tabela, Q 1 e 2). Ambos afirmam claramente ser inconstitucional toda "lei de imprensa", ou seja, toda lei que discipline a imprensa em seus mais diferentes âmbitos, inclusive quanto ao conteúdo do que será publicado (v. tabela, Q 5).

A esses dois, cumpre acrescentar a Min. Cármen Lúcia, que acompanhou o Min. Britto em todos os tópicos sobre os quais ela se manifestou (v. tabela, Q 1, 2, 3, 4, 7 e 10) sem indicar qualquer ponto específico de divergência. Observe-se que, muito embora admita, em tese, que uma "lei de imprensa" possa ser constitucional, ela não fornece qualquer indicação sobre os campos que seriam abertos ao legislador (Q 6). Além disso, ela afirma expressamente que "[a] regulação tem espaço onde não há liberdade" (ADPF 130, p. 330), o que torna sua posição muito próxima à do Min. Britto no sentido de que a regulação do conteúdo estaria vedada ao legislador (v. tabela, Q 4 e 5).

Quanto ao Min. Lewandowski, já se observou que, com relação à possibilidade de intervenção do Estado-legislador, seu voto parece encaixar-se mais na resposta "A". Essa é a principal especificidade de seu voto com relação ao voto do relator na ADPF 130 (v. *supra* e tabela em anexo, Q 6). Nos demais pontos, de modo geral, o Min. Lewandowski acompanhou o relator (v. tabela, Q 1, 2, 3, 4, 5 e 7). Com relação à intervenção do Estado no conteúdo do que é publicado, o Min. Lewandowski não chegou a dizer, na ADPF 130, se seguia ou não o voto do relator (Q 10), questão que será esclarecida por ele em outro momento, como se verá na segunda parte do presente estudo.

O Min. Celso de Mello também acompanhou o Min. Britto na ADPF 130 (v. tabela, Q 2 e 7), o que o aproxima da posição defendida pelo relator. No entanto, no momento preciso de analisar a questão da possibilidade de o Estado interferir na escolha do conteúdo objeto de publicação, ele afirmou que nem tudo poderia ser dito pela imprensa, ou seja, que há determinados conteúdos cuja divulgação poderia ser proibida pelo Estado. Para o Min. Celso de Mello, "nenhuma autoridade pode prescrever o que será ortodoxo em política (...) nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios de divulgação do pensamento" (ADPF 130, p. 156), mas "isso não significa (...) que a prerrogativa da livre manifestação do pensamento ampare exteriorizações contrárias à própria lei penal comum, pois o direito à liberdade de expressão, que não é absoluto, não autoriza condutas sobre as quais já haja incidido (...) juízo de reprovabilidade penal que se revele em tudo compatível com os valores cuja intangibilidade a própria Constituição da República deseja ver preservada" (ibidem, p. 161). Ademais, "a incitação ao ódio público contra qualquer pessoa, povo ou grupo social não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão" (ibidem, p. 159).

Percebe-se clara divergência com o Min. Britto, para o qual todos os conteúdos hão de ser admitidos (v. tabela, Q 10). Essa diferença de entendimento permite compreender a razão pela qual os dois ministros em questão votaram em sentidos opostos no HC 82.424 (v. tabela, Q 11). Outro ponto de divergência entre os dois é relativo ao equilíbrio entre liberdade de imprensa e outros direitos fundamentais (v. tabela, Q 9 e diálogo nas páginas 201-204 da ADPF 130). Como se vê, *justamente sobre a questão da possibilidade de o Estado fixar temas proibidos*, não há uniformidade de entendimento entre esses ministros.

Com relação ao Min. Direito, observe-se, inicialmente, que ele faz referência, em seu voto na ADPF 130, ao "princípio da reserva qualificada" (p. 93), o que já deixa transparecer seu entendimento favorável ao papel do Estado-legislador. Ademais, depois de proferir seu voto, que se encontra nas páginas 85 a 94, ele voltou a tratar da questão relativa ao papel do Estado no final da sessão de julgamento (p. 271-272). Nessa ocasião, ele ponderou que, em sua opinião, todos os votos admitiam a possibilidade de intervenção do Legislativo. O Min. Britto (CB) contestou essa interpretação, lembrando que *havia diferentes fundamentos* para a não recepção da Lei n. 5.250. A esse argumento,

o Min. Direito (MD) respondeu dizendo que, embora não fosse *necessário*, o fundamento que ele havia avançado era "possível". Confira-se: MD: "a Corte (...) em nenhum momento assinalou a vedação da atividade legislativa. A fundamentação que a Corte adotou foi exatamente num outro sentido" (ADPF 130, p. 271). CB: "Há outras fundamentações, essa não é a necessária" (ibidem, p. 272). MD: "Que é possível. (...) em todos os votos o que perpassou foi essa ideia de que não existe vedação legislativa, mesmo porque a Suprema Corte não pode, num julgamento como este, simplesmente estabelecer uma vedação da atividade legislativa do Estado" (p. 272).

Constata-se que houve divergência quanto à questão de saber se uma nova "lei de imprensa" seria possível. Para o Min. Britto, a resposta é negativa, pois somente as matérias "laterais" poderiam ser disciplinadas, enquanto que, para o Min. Direito, não haveria um impedimento de princípio à intervenção legislativa do Estado.

Por fim, no que tange ao Min. Peluso, os motivos que o levaram a julgar procedente a ADPF 130 são ainda mais distantes daqueles apontados pelo relator desse processo. O Min. Peluso disse expressamente, ao votar com a maioria (v. tabela, Q 1 e 2), que o fazia por outros motivos, deixando consignada sua reserva quanto à fundamentação (Q 4).

A reunião dos votos integrantes da maioria de sete a quatro permite constatar que – no que tange à vedação à intervenção do Estado no âmbito do conteúdo da liberdade de imprensa (o "quê" suscetível de ser publicado) – a *fundamentação* do voto do Min. Britto na ADPF 130 conquistou, no melhor dos casos, cinco votos, o dele inclusive. Se se considerar a divergência do Min. Celso de Mello com relação à incitação ao ódio (Q 10), somam-se apenas quatro votos. Não houve, portanto, adesão da maioria quanto ao trecho da ementa citado *supra* (v. item 1.1), o que impede que seja visto enquanto *ratio decidendi* do STF suscetível de incorporação à "decisão" para efeitos de reclamação.

Por via de consequência, se o STF, enquanto órgão *colegiado*, não ratificou o entendimento do relator da ADPF 130 de que o legislador estaria proibido pela Constituição de 1988 de interferir no conteúdo a ser divulgado pela imprensa, constata-se que a resposta "D" descrita acima é a que melhor retrata a leitura que o tribunal fez da Constituição. Acrescente-se que o tribunal tampouco ratificou o entendimento do mesmo ministro no sentido de que a Constituição de 1988 teria criado uma preferência pela liberdade de expressão em detrimento dos demais direitos fundamentais (v. tabela, Q 9).

A conclusão a que se chega acerca do conteúdo da "decisão" proferida na ADPF 130 é que ele encontra-se limitado à procedência da ação para declarar a não recepção da Lei n. 5.250 em razão de sua total incompatibilidade com a Constituição de 1988.

2 Análise do alcance da decisão proferida na ADPF 130

Uma vez compreendido qual é o conteúdo da "decisão" do STF na ADPF 130, cumpre

analisar o alcance dessa decisão. Para tanto, é importante dar especial atenção às reclamações ajuizadas com base na violação da autoridade dessa "decisão". Essas reclamações têm o mérito de levar os ministros a interpretar seus próprios votos e os de seus pares, a fim de definir o alcance do que foi decidido.

Segundo o art. 10 da Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, a decisão final em ADPF impõe-se "às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados". A mesma lei abre a possibilidade de que uma reclamação seja proposta em caso de "descumprimento da decisão" (art. 13), hipótese que se aproxima do art. 102, I, *l,* da CF.

Via processual excepcional, a reclamação testemunha do imenso poder colocado nas mãos do STF. De um lado, ela lhe permite conhecer *imediatamente* de um caso que, pela via do recurso extraordinário, somente chegaria à sua análise "em última instância" (art. 102, III, CF). De outro lado, a reclamação confere ao STF o poder de cassar "a decisão exorbitante de seu julgado" (art. 17 da Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990). Uma medida tão ágil e com consequências tão severas não encontra equivalente nem mesmo nos países que aderem à regra do precedente, nos quais a eventual desobediência aos precedentes do tribunal situado no topo da hierarquia judiciária não acarreta qualquer sanção jurídica ao magistrado insubmisso. A não submissão ao precedente gera apenas a probabilidade de que a decisão inferior será reformada pela instância superior no âmbito das vias recursais tradicionais. Uma investigação recente realizada sobre a "natureza e autoridade do precedente" chega a conclusão semelhante, afirmando que o precedente possuiria uma força meramente argumentativa, não juridicamente vinculante, inclusive e principalmente na Inglaterra (DUXBURY, 2008, p. 59).

A análise da movimentação processual do STF nos últimos quatro anos revela um número expressivo de reclamações ajuizadas sob a alegação de que o ato atacado estaria desrespeitando a autoridade da decisão proferida na ADPF 130. É possível reunir as reclamações já julgadas em dois grandes grupos: aquelas em que se discute o alcance da não recepção da Lei n. 5.250 e aquelas em que se discutem as consequências com relação à controvérsia em torno da possibilidade de interferência do Estado no conteúdo da informação.

2.1 O alcance da decisão quanto à não recepção da Lei n. 5.250

O fato de ter sido afirmada pelo STF a não recepção da Lei n. 5.250 traz diversas consequências práticas, muitas das quais já esclarecidas por reclamações julgadas pelo próprio STF. São analisadas a seguir apenas as mais relevantes.

2.1.1 A impossibilidade de aplicação da Lei n. 5.250 aos processos em curso

O principal efeito da não recepção da Lei n. 5.250 é a impossibilidade de sua aplicação a contar da data de julgamento da ADPF 130. O próprio STF já esclareceu que se

trata de regra absoluta: seja no caso de processos novos, seja no caso de processos já em curso, a lei não recepcionada pela Constituição não pode mais ser aplicada pelos tribunais, nem mesmo aquelas de suas regras consideradas mais benéficas para a imprensa.[10] Recusa-se, pois, toda e qualquer "ultratividade"[11] da Lei n. 5.250.

O fato de ser impossível aplicar a lei não recepcionada não significa que os processos instaurados com base nela devam ser extintos sem julgamento do mérito. Cumpre ao juiz, conforme decisão do STF, dar seguimento aos processos em curso aplicando as regras de direito comum.[12]

Já no caso de haver decisão transitada em julgado que tenha aplicado a lei de imprensa, a superveniência da decisão da ADPF 130 não afeta a execução do julgado. Mesmo se os atos materiais de execução ocorrerem após a decisão da ADPF 130,[13] o STF entende que a prática de tais atos não representa "descumprimento" de seu acórdão.[14]

2.1.2 A questão dos recursos especiais em que se pede a aplicação ou a não aplicação da Lei n. 5.250

O STJ tem lidado com diversos problemas de direito intertemporal envolvendo os recursos especiais em que se pede a aplicação ou a não aplicação da Lei n. 5.250.

Desde os primeiros acórdãos, o tribunal classificou os recursos aguardando julgamento em quatro grupos, buscando seu "aproveitamento"[15] a fim de julgar as questões de mérito, sempre que possível, à luz de outros dispositivos infraconstitucionais. Com esse intuito, o STJ tem procurado artigos de lei que possam vir "preencher" o espaço até então ocupado pela Lei n. 5.250.

No entanto, na maioria dos casos, essa busca revela-se infrutífera, pois é da essência mesmo de uma lei *especial* que suas previsões não encontrem equivalente no direito *comum*. Essa ausência de norma equivalente tem levado o STJ a não conhecer de diversos recursos especiais, especialmente aqueles em que o recorrente pretende a proteção de direitos então previstos na lei de imprensa, mas insuscetíveis de enquadramento em outras regras *infraconstitucionais*. Esse seria o caso, segundo o STJ, da publicação da sentença condenatória "em jornal, periódico ou através de órgão de radiodifusão de real circulação, ou expressão, às expensas da parte vencida ou condenada" prevista no art. 75 da Lei n. 5.250.[16]

No entanto, outro poderia ser o posicionamento do tribunal nesses casos. Mesmo não havendo algum dispositivo legal semelhante, o STJ poderia encontrar um artigo de lei "substitutivo" por intermédio de interpretação extensiva de artigos do código civil ou dos códigos de processo civil e penal. No caso do pedido de publicação da sentença condenatória, seria possível acolhê-lo com base no art. 461 do CPC. O próprio STJ reconheceu, mais recentemente, que, tendo a decisão atacada determinado a publicação da sentença condenatória com base em duplo fundamento (a lei de imprensa e o CPC), a não recepção da lei de imprensa não daria ensejo à rescisão do julgado. Nesse

caso, que se mostra bastante específico, o CPC seria fundamento suficiente para a manutenção da referida condenação.[17]

A interpretação restritiva que tem realizado o STJ mostra-se ainda mais problemática para as partes em um outro caso: o STJ tem evitado encontrar na Constituição (especialmente no art. 5º, incisos V, IX e X, e no art. 220 da CF) dispositivos que pudessem vir substituir as regras da lei de imprensa. Assim procede, pois o julgamento dos recursos especiais com fundamento *direto* na Constituição equivaleria a transformá-los em recursos extraordinários e a usurpar a competência do STF.[18]

Estas duas políticas jurisprudenciais do STJ – a interpretação restritiva de dispositivos infraconstitucionais e a não aplicação das normas constitucionais – surgiram em um contexto bastante *específico*, que é o dos efeitos do julgamento da ADPF 130. Elas tendem a transferir para as mãos do STF praticamente todo o contencioso relativo à imprensa: o contencioso constitucional, que já era de sua competência, e o contencioso até então infraconstitucional que, por força da não recepção da Lei n. 5.250 e da ausência de norma infraconstitucional substitutiva, assume as feições de um contencioso de caráter constitucional.

Cumpre, então, examinar se o STF tem, de fato, assumido esse contencioso ou não.

2.1.3. O conhecimento de recursos de estrito direito e a jurisprudência da ofensa "reflexa" ou "indireta" à Constituição

A questão que se coloca é a relativa ao conhecimento dos recursos de estrito direito interpostos *até que seja adotada eventual nova lei de imprensa*. Na ADPF 130, afirmou-se claramente que o fato de a Lei n. 5.250 não ser recepcionada pela Constituição *não criaria vácuo jurídico*, pois as normas constitucionais *já conteriam parâmetros suficientes* para preencher o vazio (v. tabela, Q 4 e, especialmente com relação ao direito de resposta, Q 7). Surge a questão de saber se o preenchimento do espaço vazio equivale a uma constitucionalização completa do regime jurídico da imprensa até que advenha nova lei (algo que se poderia chamar de "constitucionalização sob condição resolutiva"). O ponto é de fundamental importância para que as partes saibam qual seria o recurso de estrito direito cabível, se o extraordinário ou o especial.

No âmbito dessa questão, está em jogo a sobrevivência da jurisprudência do STF acerca da ofensa "reflexa" ou "indireta" à Constituição. Segundo essa jurisprudência, não se admite "o recurso extraordinário quando o deslinde da controvérsia dependa do reexame da análise da legislação infraconstitucional, pois, nesse caso, eventual ofensa à Constituição Federal seria indireta ou reflexa".[19]

Em matéria de imprensa, o STF afirmou, em vários acórdãos,[20] que a alegação de violação aos dispositivos *constitucionais* relativos à imprensa não poderia ser conhecida no bojo de recurso extraordinário, pois seria necessário reexaminar a interpretação dada à Lei n. 5.250 pela instância de origem. Dois elementos demonstram a que ponto essa jurisprudência estava perfeitamente consolidada no STF no momento

em que a ADPF 130 foi julgada. Em primeiro lugar, veja-se que essa jurisprudência foi afirmada ou ratificada por praticamente todos os ministros que votaram na ADPF 130 (v. tabela em anexo, Q 8). Em segundo lugar, observe-se que a questão da não recepção da Lei n. 5.250 pela Constituição de 1988 havia sido suscitada em, pelo menos, quatro dos casos julgados antes da ADPF 130.[21] Ainda assim, os ministros do STF entenderam que a questão controvertida era de ordem infraconstitucional e que eventual ofensa à Constituição seria somente reflexa ou indireta. Estavam presentes nas sessões de julgamento desses recursos: no AgR no RE 250424, Min. Moreira Alves, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão (relator); no AgR no AI 283481, Min. Celso de Mello, Marco Aurélio, Nelson Jobim e Néri da Silveira (relator); no AgR no AI 401888, Min. Carlos Velloso, Gilmar Mendes, Maurício Corrêa e Nelson Jobim (relator); e no AgR no AI 418513, Min. Carlos Velloso, Celso de Mello, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes (relator).

Essa era a situação *até o julgamento da ADPF 130*, ou seja, na época em que a Lei de Imprensa ainda era aplicada pelos tribunais.

A questão parece colocar-se em termos diferentes a partir da decisão de não recepção da Lei n. 5.250. Uma vez que os tribunais não podem mais aplicar essa lei, não é mais necessário nem possível ao STF fazer o reexame da interpretação dessa lei no momento de julgar o recurso extraordinário. À não recepção da Lei n. 5.250 acrescenta-se o fato de o STJ ter deixado de conhecer de diversos recursos especiais sob o argumento de que não haveria mais questão de lei federal em jogo (cf. *supra*). Todos esses elementos concorrem para afirmar a natureza eminentemente *constitucional* das questões jurídicas ligadas à imprensa, pelo menos até que se venha a adotar uma nova lei de imprensa.

Observe-se, ainda, que foi negado seguimento a uma ação cautelar ajuizada no STF em que se argumentava que, diante da não recepção da Lei n. 5.250, não seria mais possível exercer o direito de resposta garantido por essa lei. Para o relator, no entanto, não haveria empecilho ao exercício desse direito, pois o art. 5º da CF bastaria para dar-lhe efetividade.[22]

Tudo parece levar, portanto, ao abandono da jurisprudência da ofensa reflexa no que tange às questões envolvendo a liberdade de imprensa. No entanto, a despeito de toda a evolução traçada até aqui, o STF vem mantendo a jurisprudência da ofensa reflexa.

Com efeito, em ao menos três oportunidades *após o julgamento da ADPF 130,*[23] esse tribunal disse não ser possível conhecer do recurso extraordinário, sob o argumento de que as questões jurídicas ventiladas, inclusive sobre o direito de resposta,[24] seriam apenas indiretamente de nível constitucional. Observa-se, através desses três casos, que a jurisprudência da ofensa reflexa continua sendo aplicada, sem qualquer modificação ou ponderação,[25] mesmo depois do julgamento da ADPF 130.

A manutenção dessa jurisprudência gera certa perplexidade. Ela não se concilia muito bem com a solução adotada pelo STF na ADPF 130, no sentido da não recepção

da Lei n. 5.250. Não havendo mais lei de imprensa, deixa de existir o obstáculo que residia no reexame da interpretação dessa lei para o conhecimento do recurso extraordinário.

Com efeito, o julgamento da ADPF 130 coloca o STF diante da necessidade de tomar uma posição:

- ou se considera que a não recepção da Lei n. 5.250 não cria vazio jurídico (v. tabela, Q 4 e 7), pois a Constituição bastaria para reger as questões jurídicas da imprensa na espera de nova lei –, o que colocaria um termo na jurisprudência sobre a ofensa reflexa nessa matéria e faria do recurso extraordinário a principal via de acesso aos tribunais superiores em questões de imprensa;

- ou se considera que não houve uma constitucionalização completa, o que assegura a sobrevivência dessa jurisprudência, mas acarreta o reconhecimento implícito de que há, sim, espaços de vácuo jurídico, nos quais não seriam cabíveis nem o extraordinário (pois a ofensa seria meramente reflexa) nem o especial (pois, na falta de dispositivo legal aplicável, o STJ tem entendido não ter competência para julgar o caso). Por outras palavras, a ADPF 130 coloca o STF diante de um dilema: ou ele abandona a jurisprudência sobre a ofensa reflexa *para os litígios envolvendo as atividades de imprensa* e até que seja adotada nova lei, ou reconhece a existência de áreas não regulamentadas, logo, de um vazio suscetível de ataque por via de mandado de injunção ou de ação direta de inconstitucionalidade (ADI) por omissão.[26]

Os próximos passos no cumprimento do acórdão da ADPF 130 certamente darão ao STF a oportunidade de tirar todas as consequências da não recepção da Lei n. 5.250.

Uma vez estudadas, ainda que sumariamente, as principais dificuldades decorrentes da não recepção da Lei n. 5.250, cumpre, agora, verificar qual seria o alcance do acórdão do STF na ADPF 130 com relação ao debate em torno da interferência do Estado no conteúdo da informação a ser divulgada.

2.2 O alcance da decisão quanto à interferência estatal no conteúdo da liberdade de imprensa

O alcance da decisão do STF com relação ao Poder Legislativo não segue as mesmas regras que o alcance com relação aos demais poderes. Por essa razão, é importante que o primeiro caso seja analisado antes do segundo.

2.2.1 O alcance quanto ao Poder Legislativo

Na primeira parte deste trabalho, viu-se que, no acórdão da ADPF 130, o STF não chegou a fornecer uma interpretação uniforme da Constituição de 1988 acerca da extensão da competência atribuída ao legislador para disciplinar a atividade da imprensa. Por

via de consequência, não existe, a esse respeito, qualquer *ratio decidendi* suscetível de gozar da autoridade de "decisão" para fins de reclamação.

Ainda assim, a questão do alcance da decisão do STF quanto ao Poder Legislativo guarda seu interesse, e por duas razões. Em primeiro lugar, porque é inegável que, em qualquer circunstância, o julgamento do STF possui autoridade persuasiva que pode influenciar a preparação de nova "lei de imprensa". Torna-se imperioso, portanto, compreender até onde vai o que foi decidido. Em segundo lugar, porque o fato de a jurisprudência do STF ter alargado o conceito de "decisão" (incluindo, assim, a *ratio decidendi*, conforme exposto na introdução) traz consigo o conflito potencial com a interpretação que o legislador necessariamente faz da Constituição em cada projeto de lei. A partir dessa nova jurisprudência, a interpretação do legislador poderá revelar-se, em um número cada vez mais frequente de casos, diferente daquela "decidida" pelo STF (ou seja, da interpretação subscrita pela motivação da maioria dos ministros, que passa a ser integrada à "decisão" para fins de reclamação). Quando esse conflito vier a se apresentar, poderá o STF obrigar o legislador a submeter-se à interpretação que ele (STF) firmou?

É importante esclarecer que a Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que disciplina a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, contém artigos redigidos em termos suficientemente amplos para incluir o Poder Legislativo entre as autoridades às quais se impõe a "decisão" do STF. Nos termos do artigo 10 dessa lei, a decisão final em ADPF será comunicada "às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental". O parágrafo 3º desse mesmo artigo atribui à decisão proferida no bojo de uma ADPF "eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público". Logo, se o ato questionado em uma ADPF for de hierarquia legislativa, o legislador encontrar-se-ia diretamente afetado. E, considerando-se que a mesma lei abre a possibilidade de que uma reclamação seja proposta em caso de "descumprimento da decisão" do STF (art. 13), poder-se-ia imaginar o seguinte cenário: se fosse firmado em ADPF o entendimento unânime ou majoritário dos ministros do STF no sentido de que a Constituição não autorizaria o legislador a adotar lei sobre determinado assunto (por exemplo, sobre os "temas proibidos" cuja divulgação pela imprensa seria vedada), a inclusão em pauta de projeto de lei contrário a essa interpretação do tribunal seria um "descumprimento da decisão" apto a justificar a competência do STF a cassar "a decisão exorbitante de seu julgado" (art. 17 da Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990)?

Por outras palavras, se o STF viesse a adotar, enquanto órgão colegiado, interpretação de determinado artigo da Constituição e, com base nesse *fundamento*, julgasse procedente determinada ADPF, seria a leitura da Constituição feita pelo STF uma *ratio decidendi* capaz de integrar a noção de "decisão" e impedir, por via de consequência, o legislador de votar nova lei que estivesse em confronto com a interpretação já firmada?

Alguns poderiam dizer que bloquear a aprovação de um projeto de lei significaria realizar controle de constitucionalidade prévio, e que essa competência não teria sido dada ao STF pela Constituição de 1988. Aliás, a ausência dessa competência foi reconhecida pelo próprio STF em um mandado de segurança julgado em junho de 2013. Nesse caso, o impetrante (um parlamentar) pedia que se ordenasse o arquivamento do projeto de lei, sob o argumento, entre outros, de que a interpretação que o projeto atacado fazia da Constituição seria divergente daquela supostamente firmada pelo STF no julgamento da ADI n. 4430.[27]

Um possível contra-argumento consistiria em dizer que a hipótese de uma reclamação não se confundiria com o caso do mandado de segurança, pois ela não requereria do tribunal a realização de controle de constitucionalidade, mas, unicamente, o mero controle do cumprimento de "decisão" anterior do STF. Nesse sentido, note-se que a decisão proferida no bojo da ADPF deve estabelecer, nos termos do artigo 10 da Lei n. 9.882, "o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental". Essa seria, aliás, uma especificidade da ADPF frente à ADI e à ação declaratória de constitucionalidade (ADC), tendo em vista que a lei que dispõe sobre essas últimas (Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999) não contém previsão semelhante.

Seja como for, o argumento que parece decisivo para rejeitar a ideia de que a interpretação da Constituição firmada no bojo de uma ADPF impediria o Legislativo de adotar nova lei encontra-se no art. 102, § 2º, da CF. Nos termos desse dispositivo, a decisão do STF em ADI ou em ADC produz "eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta (...)". Com base nessa norma constitucionale, o STF já decidiu, acerca de uma decisão proferida em ADI, que a eficácia geral e o efeito vinculante "só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão".[28] Se o poder Legislativo não é afetado pelo efeito vinculante das decisões em ADI e em ADC, por que o seria em caso de ADPF? Considerando que, até o momento, a jurisprudência não tem feito qualquer distinção entre os parâmetros de controle empregados no bojo de uma ADPF e aqueles válidos no âmbito de uma ADI ou de uma ADC, não parece haver qualquer especificidade na ADPF que justifique um alcance diferente daquele autorizado pela Constituição para a ADI e a ADC. Logo, cumpre dar ao artigo 10, § 3º, da Lei n. 9.882 interpretação conforme ao art. 102, § 2º, da CF.

Chega-se à conclusão de que a decisão do STF proferida na ADPF 130 não produz eficácia contra o Poder Legislativo, seja porque não se chegou a firmar entendimento majoritário acerca da interpretação da Constituição em matéria de imprensa (v. item 1.3 *supra*), seja porque, ainda que tivesse havido entendimento majoritário, o art. 102, § 2º, da CF viria limitar a eficácia da decisão do STF aos poderes Judiciário e Executivo. Permanece incólume, portanto, a competência do legislador para adotar,

se assim entender, nova "lei de imprensa", dentro dos parâmetros previstos pela Constituição de 1988.[29]

2.2.2 O alcance quanto aos demais poderes da República

Resta o caso da eficácia da decisão com relação aos demais poderes da República, que se submetem, inquestionavelmente, à autoridade da "decisão" proferida pelo STF no bojo de uma ADPF. Já se viu (cf. item 2.1 *supra*) em que medida o fundamento majoritário da ADPF 130 – ou seja, a incompatibilidade da Lei n. 5.250, em sua integralidade, com a Constituição de 1988 – vincula os demais órgãos do Poder Judiciário.

Com relação à controvérsia em torno da possibilidade de interferência do Estado no conteúdo da informação a ser divulgada, também foi demonstrado (cf. item 1.3 *supra*) que não houve entendimento majoritário do STF a respeito. Não tendo havido "decisão" acerca desse ponto, a consequência lógica é o descabimento de reclamação contra decisões judiciais ou administrativas que venham criar óbices à publicação de determinada informação. Nada impede, é claro, que sejam utilizados os demais mecanismos processuais existentes para que se venha a tutelar, conforme o caso, a situação de jornalistas eventualmente impedidos ou repreendidos na divulgação de informações. Mas a reclamação, em si, não é cabível, pelo fato de que, nesse âmbito, a autoridade da decisão proferida pelo STF na ADPF 130 não está em jogo.

Foi exatamente nesse sentido que se pronunciou o próprio STF no julgamento da Reclamação n. 9.428. Nesse caso, um jornal de circulação nacional argumentava que o fato de ter sido impedido de publicar matérias sobre um processo correndo em segredo de justiça representaria um descumprimento da decisão proferida na ADPF 130. Segundo o requerente, haveria uma *ratio decidendi* muito clara na decisão paradigma: a impossibilidade de o Estado interferir na liberdade de imprensa, em especial por meio da censura, o que faria com que toda proibição de publicar determinado conteúdo constituísse uma violação à autoridade dessa decisão.

Por outras palavras, pediu-se ao STF para esclarecer se ele havia, *enquanto órgão colegiado*, decidido que o Estado não poderia interferir no conteúdo da liberdade de imprensa. Essa reclamação revela-se especialmente interessante, pois foi julgada poucos meses depois do julgamento da ADPF 130 e levou dez dos onze ministros que haviam votado na ADPF 130 a interpretar seus próprios votos e os de seus pares, a fim de definir o que fora decidido nesse último processo. Embora a reclamação sob análise não tenha sido conhecida (por maioria de seis a três), diversos ministros entraram na questão de mérito e pronunciaram-se sobre o que teria sido decidido na ADPF 130. É possível constatar o seguinte:

(i) o relator da reclamação, Min. Cezar Peluso, consignou que entendia não ter havido um posicionamento do colegiado na ADPF 130 que permitisse conhecer da reclamação (v. tabela, Q 12);

(ii) o Min. Ayres Britto, relator da ADPF 130, defendeu a tese contrária, no sentido de que os ministros teriam concordado que o conteúdo da informação seria insuscetível de mediação estatal. Ele acrescentou que a decisão atacada na reclamação, ao impedir a publicação de determinado conteúdo, somente poderia ter sido tomada com base em aplicação implícita da Lei n. 5.250 e que, nesse sentido, essa decisão afrontaria a autoridade da decisão da ADPF 130. Ele foi acompanhado pelos ministros Celso de Mello e Cármen Lúcia, para os quais o STF como um todo teria tomado uma posição no que tange à censura;

(iii) o Min. Eros Grau, embora tivesse aderido integralmente às razões do Min. Britto na ADPF 130, votou pelo não conhecimento da Rcl 9.428, no que foi acompanhado pelos ministros Ellen Gracie e Gilmar Mendes;

(iv) o Min. Ricardo Lewandowski também votou pelo não conhecimento (Q 12), mas é importante analisar cautelosamente seu caso, pois sua opinião acerca da interferência estatal no conteúdo da liberdade de imprensa não havia sido expressada claramente na ADPF 130 (v. tabela, Q 10). A Rcl 9428 deu-lhe a oportunidade de esclarecer seu entendimento sobre o assunto. Ainda que ele tenha votado pelo não conhecimento da reclamação, observe-se que assim foi por uma questão meramente processual, não por divergência quanto ao mérito da "autoridade" da decisão da ADPF 130. Ademais, curiosamente, como que para eliminar toda dúvida com relação ao seu pensamento, o Min. Lewandowski afirmou de passagem, na Rcl 9428, que ratificava as razões do Min. Britto na ADPF 130 com relação ao conteúdo do que pode ser publicado pela imprensa (v. tabela, Q 12). Mais recentemente, ele teve a oportunidade de confirmar esse entendimento na Rcl 16074 (v. tabela, Q 15);

(v) Por fim, observe-se que o Min. Dias Tofolli, que assumira a cadeira deixada pelo Min. Menezes Direito, não conheceu da reclamação por considerar que conferir tal amplitude à autoridade da decisão do STF traria graves consequências em termos de volume de processo ao STF. Em que pese não conhecer da reclamação, ele consignou que, no mérito, ou seja, quanto à possibilidade ou não de o Estado interferir no conteúdo da liberdade de imprensa, estava de acordo com a posição defendida pelos ministros Ayres Britto, Cármen Lúcia e Celso de Mello (Q 12).

Observe-se que, como demonstrado no item 1.3 *supra*, sobre a questão da fixação pelo Estado de "temas proibidos", ou seja, a questão de saber se o Estado pode impedir a divulgação de determinado conteúdo, houve concordância de, no máximo, cinco ministros. Mas se se considerar a especificidade do entendimento do Min. Celso de Mello (v. tabela, Q 10 e 11), que diverge do Min. Britto com relação à incitação

ao ódio e a outras "condutas sobre as quais já haja incidido (...) juízo de reprovabilidade penal" (ADPF 130, p. 159), a concordância de votos fica limitada a quatro ministros.

De modo que parece correta a conclusão a que chega o Min. Peluso nesse processo:

> Não se extraem do acórdão da ADPF n. 130 motivos determinantes, cuja unidade, harmonia e força sejam capazes de transcender as fronteiras de meras opiniões pessoais isoladas, para, convertendo-se em *rationes decidendi* determinantes atribuíveis ao pensamento da Corte, obrigar, desde logo, de maneira perene e peremptória, toda e qualquer decisão judicial acerca dos casos recorrentes de conflito entre direitos da personalidade e liberdade de expressão ou de informação. (...) [O acórdão não chega] sequer a propor uma interpretação uníssona da cláusula do art. 220, § 1º, da Constituição da República, quanto à extensão da literal ressalva a legislação restritiva (Rcl 9428, p. 186-187).

A solução dada pelo STF nesse caso (não conhecimento da reclamação) justifica-se, pois, pelo fato de que a proibição de divulgação da matéria envolvendo processo em segredo de justiça não viola a autoridade da "decisão" proferida na ADPF 130. É perfeitamente possível – o que foi ressaltado por alguns ministros – que a proibição de publicação atacada no caso concreto contrarie a Constituição de 1988. Mas a violação da Lei Maior não implica a violação da autoridade das decisões do STF. Eventual contrariedade à Constituição é matéria a ser discutida em recurso extraordinário, não em reclamação.

Posteriormente a essa decisão colegiada, chegaram ao STF outras reclamações que traziam alegações semelhantes à que motivara a Rcl 9428. Nas reclamações mais recentes, defende-se, de fato, que haveria fundamentos necessários do dispositivo da ADPF 130 que diriam respeito ao conteúdo da liberdade de imprensa e, até mesmo, às questões ditas "laterais". A despeito da solução adotada pelo plenário na Rcl 9428, foi concedida liminar em três dessas reclamações (as de n. 11.292, 15.243 e 16.074), com o fim de suspender as respetivas decisões judiciais de primeira instância.

As liminares deferidas nessas reclamações são novas ilustrações da dificuldade experimentada pelos próprios ministros do STF na identificação do conteúdo da decisão proferida na ADPF 130. É o que se demonstra a seguir.

Reclamação n. 11.292. Para o Min. Joaquim Barbosa, relator do processo, a proibição de divulgação da opinião de que haveria maus tratos a animais pelo uso de sedém no rodeio de Barretos ofenderia a autoridade da "decisão" proferida na ADPF 130, pois "uma das premissas consensuais" deste acórdão seria que "não cabe ao Estado (...) proibir ou regular opiniões", "salvo raríssimas exceções" (v. tabela, Q 13).

Observe-se que o relator dessa reclamação não enumera quais seriam as "raríssimas exceções" fixadas no acórdão da ADPF 130. Limita-se a dar um exemplo, mencionando

o "discurso do ódio". Ocorre que, na decisão paradigma, o único ministro que menciona expressamente a possibilidade de que o discurso do ódio seja proibido é o Min. Celso de Mello (que fala em "incitação ao ódio público", v. ADPF 130, p. 159), confirmando a opinião anteriormente exposta por ele no Habeas Corpus n. 82.424 (v. tabela, Q 10 e 11). Nenhum outro voto na ADPF 130, nem sequer o do Min. Joaquim Barbosa, trata da questão de saber se o "discurso do ódio" pode ou não ser proibido. É verdade que esse último ministro apontou, em seu voto na ADPF 130, que a "propaganda de guerra" poderia ser proibida (no que foi acompanhado pelos Min. Ellen Gracie e Gilmar Mendes; v. tabela, Q 1 e 6), mas não foi esclarecido, em nenhum momento, se o "discurso do ódio" seria equivalente à "propaganda de guerra". E mesmo que se considerasse que esses termos designam um único e mesmo objeto, chegar-se-ia a apenas quatro votos relativos ao "discurso do ódio", número insuficiente para caracterizar a opinião do tribunal em seu conjunto.

Reclamação n. 15.243. Para o Min. Celso de Mello, relator do processo, a condenação ao pagamento de indenização pela divulgação de reportagem supostamente ofensiva a um banqueiro violaria a autoridade da "decisão" proferida na ADPF 130, tendo em vista que "não caracterizará hipótese de responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgar observações em caráter mordaz ou irônico (...), ainda mais se a pessoa a quem tais observações forem dirigidas ostentar a condição de figura pública, investida, ou não, de autoridade governamental" (p. 8 da decisão liminar). Ao longo da fundamentação, o ministro relator reitera trechos de seu voto na ADPF 130, em especial a passagem que afirma que "nenhuma autoridade (...) pode (...) estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios de divulgação do pensamento" (v. tabela, Q 14). Ao final, assevera que "Todas as observações que venho de fazer (...) prendem-se ao fato de que esses temas foram examinados ao longo [da ADPF 130]" (p. 10 da decisão liminar).

Observe-se, inicialmente, que a decisão atacada na reclamação não havia imposto qualquer proibição de divulgação de informações. Tratava-se de ação de indenização por matéria já divulgada. Note-se, em segundo lugar, que a ideia da impossibilidade de "restrição aos meios de divulgação do pensamento" conquistou um número de votos ainda menor do que o argumento da impossibilidade de interferência do Estado no conteúdo da liberdade de impresa (o qual, como se viu, teve a adesão de, no máximo, cinco ministros). Na verdade, o único ministro que defendeu expressamente a impossibilidade de "restrição aos meios de divulgação do pensamento" foi o próprio Min. Celso de Mello (v. ADPF 130, p. 156). Em nenhum momento foi afirmado pelo tribunal, enquanto órgão colegiado, que os jornalistas não poderiam mais ser condenados a pagar indenização pela publicação de suas reportagens. Pelo contrário, até mesmo o relator da ADPF 130, depois de afirmar que o Estado não poderia impedir a publicação de informações (o que ele entende ser o "conteúdo" da liberdade de imprensa), consignou que era possível ao Estado condenar civil e penalmente os responsáveis

por uma publicação, uma vez realizada (trata-se do âmbito que ele denominou de questões "laterais" ou "reflexas"). Não há qualquer sentido, portanto, em se imputar ao colegiado aquilo que foi exteriorizado por apenas um de seus integrantes.

Reclamação n. 16.074. Para o Min. Ricardo Lewandowski, que, no exercício da presidência do STF, deferiu a liminar nesse caso, a proibição de divulgação de informações sobre determinado advogado descumpriria a "decisão" proferida na ADPF 130, uma vez que "não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia" (v. tabela, Q 15).

A concessão dessa liminar também está em desconformidade com o que foi objeto de decisão na ADPF 130, na medida em que não houve posicionamento majoritário nesse último processo acerca dos casos em que seria possível ao Estado proibir a divulgação de informações e daqueles em que não seria possível fazê-lo (v. tabela, Q 10). Tampouco houve posicionamento majoritário acerca da questão de saber se a Constituição teria criado uma preferência pela liberdade de expressão frente a outros direitos fundamentais (v. tabela, Q 9). Na realidade, a liminar concedida na Reclamação n. 16.074 é não apenas uma ilustração a mais da maneira como os ministros do STF divergem acerca do que teria sido decidido na ADPF 130, mas também do modo como a interpretação que o Min. Lewandowski confere a este acórdão vem variando ao longo do tempo. Lembre-se, como visto, que ele votou pelo não conhecimento da Reclamação n. 9.428, sob o argumento de que "é preciso que haja uma estrita correspondência entre o ato reclamado e a decisão paradigma" (Rcl 9428, p. 241) e que "o que se decidiu [na ADPF 130] foi exatamente a não recepção da lei de imprensa pelo atual ordenamento constitucional. E mais: remeteu-se o trato da matéria à legislação ordinária substantiva e adjetiva, civil e penal" (Rcl 9428, p. 242). Já na Reclamação n. 16.074, esse mesmo ministro não apenas conheceu do pedido como deferiu a liminar, entendendo que a proibição de divulgação de uma reportagem violaria, em princípio, a autoridade da decisão proferida na ADPF 130. Se a proibição de divulgação de reportagem na Reclamação n. 9.428 não foi considerada uma ofensa à autoridade da decisão proferida na ADPF 130, por que a proibição de divulgação de reportagem na Reclamação n. 16.074 o seria?[30]

O deferimento do pedido de liminar nessas três últimas reclamações revela, portanto, que alguns ministros têm dado à decisão da ADPF 130 um alcance que ela não tem, alcance este que parece considerar como ofensiva à autoridade do acórdão proferido na ADPF 130 toda e qualquer decisão judicial que estabeleça limites à liberdade de imprensa.

A atribuição de alcance tão amplo a uma decisão do STF – cujo conteúdo, no caso, revelou-se limitado à procedência da ação para declarar a não recepção da Lei n. 5.250 com fundamento em sua incompatibilidade integral com a Constituição – tem o condão de retirar todo o interesse que poderia haver na *leitura* dos acórdãos desse tribunal. Pouco importaria, no fundo, o que o STF efetivamente *disse* na combinação dos votos

integrantes de determinado acórdão, pois, uma vez publicado o aresto, poder-se-ia dar-lhe as mais variadas interpretações. A eventual confirmação dessas liminares pelo plenário viria inverter a própria razão de ser da reclamação: ao invés da preservação da "autoridade das decisões" do STF (art. 102, I, *l*, da CF), a reclamação passaria a servir à revisão dessas decisões, que perderiam, assim, toda sua autoridade.

Conclusão

Este artigo procurou demonstrar que o conteúdo da "decisão" do STF na ADPF 130, cujo "descumprimento" é suscetível de ser questionado por reclamação, foi tão somente o de julgar procedente a ação, por maioria de sete a quatro, para fins de se declarar a não recepção da Lei n. 5.250, sendo que seis ministros integrantes da maioria fundamentaram seu voto na incompatibilidade da integralidade desta lei com a Constituição de 1988. O alcance normativo desta "decisão" tem levado o STF a cassar toda decisão que vier a aplicar a referida lei. Além dos diversos casos de direito intertemporal examinados neste trabalho, permanece aberta a questão da sobrevivência da jurisprudência da ofensa reflexa ou indireta à Constituição em matéria de imprensa.

Quanto aos demais motivos adotados ora por um ora por alguns dos ministros, nenhum deles chegou a conquistar a adesão da maioria do tribunal, conforme se depreende da tabela em anexo. Especificamente no que tange à eventualidade de adoção de nova "lei de imprensa" pelo legislador, o acórdão do STF não chega a fornecer qualquer interpretação uniforme ou majoritária que pudesse afetar a competência do legislador na matéria. Continua sendo possível legislar sobre a imprensa, não apenas sobre questões laterais, como pretendia o relator da ADPF 130, mas também sobre o regime jurídico da imprensa em seu conjunto.

Pelos mesmos motivos, não se extrai do acórdão da ADPF 130 qualquer *ratio decidendi* no sentido da impossibilidade de os demais poderes proibirem a divulgação de determinados conteúdos ou de condenarem ao pagamento de indenização por reportagens já publicadas. Contrariamente ao que têm afirmado algumas liminares deferidas recentemente (v. tabela, Q 13 a 15), essas questões não foram alteradas pelo julgamento da ADPF 130, permanecendo os juízes plenamente competentes para decidir, em cada caso e segundo as normas aplicáveis, acerca da possibilidade ou não de divulgação de certa informação, bem como acerca de eventual responsabilidade civil ou penal do emissor de determinada informação.

: ARTIGO APROVADO (13/11/2013) : *RECEBIDO EM 30/12/2012*

Anexo:

Questões sobre o regime jurídico da imprensa –

Tabela ilustrativa dos motivos que integram os votos proferidos na ADPF n. 130, no HC n. 82.424 e nas Reclamações n. 9.428, 11.292, 15.243 e 16.074

(*ver próxima página*)

SIGLAS*	CARLOS BRITTO (CB)	CÁRMEN LÚCIA (CL)	CELSO DE MELLO (CM)	CEZAR PELUSO (CP)	ELLEN GRACIE (ELG)	EROS GRAU (ERG)	GILMAR MENDES (GM)	JOAQUIM BARBOSA (JB)	MARCO AURÉLIO (MA)	MENEZES DIREITO (MD)	RICARDO LEWANDOWSKI (RL)
1. EM QUE TERMOS A ADPF 130 É PROCEDENTE?	'PARA O EFEITO DE DECLARAR COMO NÃO-RECEPCIONADA PELA [CF] TODO O CONJUNTO DE DISPOSITIVOS DA [LEI N. 5.250]' (77)	'VOTO ACOMPANHANDO O EMINENTE RELATOR, JULGANDO PROCEDENTE A PRESENTE [ADPF]' (332)	'JULGO INTEIRAMENTE PROCEDENTE (...) EM FACE DA INCOMPATIBILIDADE DA LEI Nº 5.250 [COM A CF]' (200)	'ACOMPANHO O VOTO DO RELATOR, ENTENDENDO NÃO RECEBIDA A LEI DE IMPRENSA' (124)	PARCIALMENTE PROCEDENTE**	ACOMPANHA O RELATOR	PARCIALMENTE PROCEDENTE***	PARCIALMENTE PROCEDENTE**	AÇÃO IMPROCEDENTE	'[CONSIDERO A LEI DE IMPRENSA] INCOMPATÍVEL COM A DISCIPLINA DA [CF]' (94)	'DE MANEIRA A CONSIDERAR QUE A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL NÃO RECEPCIONOU A LEI 5.250/67' (105)
2. TODA A LEI DE IMPRENSA É CONTRÁRIA À CF?	SIM.: 'O QUE (...) SE TEM (...) [SÃO] DIPLOMAS NORMATIVOS FEROZMENTE ANTAGÔNICOS EM SUA INTEGRALIDADE' (74)	SIM.: 'A EMENTA MESMO DA LEI N. 5250/67 PARECE CONTRARIAR (...) O QUE SE TEM (...) É ABUSO DO PODER DE LEGISLAR' (330)	SIM (V. *SUPRA*)	NÃO.: 'ALGUMAS MATÉRIAS DISCIPLINADAS PELA LEI (...) ME PARECEM (...) COMPATÍVEIS COM [A CF] (123)	NÃO (V. *SUPRA*)	SIM, COM O RELATOR	NÃO (V. *SUPRA*)	NÃO (V. *SUPRA*)	AÇÃO IMPROCEDENTE	SIM (V. *SUPRA*)	SIM. 'TOTALMENTE INCOMPATÍVEL COM OS VALORES E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS ABRIGADOS [PELA CF]' (101)
3. O INTUITO DO LEGISLADOR DE 1967 É INCOMPATÍVEL COM A CF? PADECE A LEI DE UM VÍCIO DE ORIGEM QUE A CONTAMINA?	SIM: 'É SERVIL DO ... REGIME DE EXCEÇÃO' (72)	SIM: 'A PRETENSÃO ... [FOI] GARROTEAR A LIBERDADE' (96)	NÃO SE PRONUNCIA DE MODO EXPRESSO	NÃO SE PRONUNCIA DE MODO EXPRESSO	NÃO SE PRONUNCIA DE MODO EXPRESSO	SIM: '[É] ENTULHO AUT.' (310, LIM.)	APESAR DA ORIGEM AUT, FOI DEPURADA PELO JUDICIÁRIO (252)	NÃO SE PRONUNCIA DE MODO EXPRESSO	APESAR DA ORIGEM AUT, FOI DEPURADA PELO JUDICIÁRIO (136)	SIM: 'NASCEU COM INSPIRAÇÃO INCOMPATÍVEL' (94)	SIM: SEU OBJETIVO FOI 'CERCEAR AO MÁXIMO A LIBERDADE DE EXPRESSÃO' (101)
4. A CF FIXOU UM REGIME JURÍDICO COMPLETO PARA A LIBERDADE DE IMPRENSA?	SIM.: A CF 'FOI AO MÁXIMO DA PROTEÇÃO' (68)	SIM.: '[A CF] TRATOU ... INTEGRALMENTE' (99)	NÃO SE PRONUNCIA DE MODO EXPRESSO	NÃO.: V. RESSALVA QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO (122-123)	NÃO.: PLENITUDE NÃO É COMPROMETIDA POR LEGISLAÇÃO (128)	SIM, COM O RELATOR	NÃO.: A CF 'EXIGE A INTERVENÇÃO LEGISLATIVA' (267)	NÃO.: 'O ESTADO PODE ... ATUAR EM PROL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO' (110)	NÃO	NÃO (V. DIÁLOGO C/ CB REPRODUZIDO NO ITEM 1.3.2.)	SIM.: 'REGULADA POR INTEIRO NO TEXTO CONSTITUCIONAL' (102)

5. UMA 'LEI DE IMPRENSA': QUE PRETENDA REGULAMENTAR A IMPRENSA EM SEUS DIFERENTES ÂMBITOS, É NECESSARIAMENTE CONTRÁRIA À DEMOCRACIA/ INCONSTITUCIONAL?	SIM.: 'IMPOSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE UMA 'LEI DE IMPRENSA'' (62)	ADMITE 'LEI DE IMPRENSA', EM TESE, MAS NÃO ESPECIFICA QUAIS OS ÂMBITOS (98)	O LEGISLADOR PODE DISPOR SOBRE ALGUNS ASSUNTOS (V. PERGUNTA SEGUINTE)	NÃO.: 'UMA LEI DE IMPRENSA (...) É COISA PERFEITAMENTE COMPATÍVEL COM [A CF]' (123)	NÃO	SIM.: 'INCOMPATIBILIDADE ENTRE QUALQUER LEI DE IMPRENSA E DEMOCRACIA' (310, VOTO SOBRE A LIMINAR)	NÃO (252)	NÃO	NÃO	NÃO (V. DIÁLOGO C/ CB REPRODUZIDO NO ITEM 1.3.2.)	SIM.: 'ONDE A DEMOCRACIA DEITA RAÍZES MAIS PROFUNDAS ... A MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO É TOTALMENTE LIVRE ... SEM QUALQUER DISCIPLINA LEGAL' (105)
6. ÂMBITOS EM QUE A INTERFERÊNCIA DO ESTADO É EXPRESSAMENTE CITADA COMO POSSÍVEL OU NECESSÁRIA	DIREITO DE RESPOSTA; RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL; MONOPÓLIO; SIGILO DA FONTE; PROTEÇÃO DA FAMÍLIA, SAÚDE; CAPITAL ESTRANGEIRO; CONSELHO DE COMUNICAÇÃO (8)	NÃO ESPECIFICA	DIREITO DE RESPOSTA; INTEGRIDADE MORAL; VIDA PRIVADA; IMAGEM; INCITAÇÃO AO ÓDIO PÚBLICO; ILÍCITO PENAL	RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL	PROPAGANDA DE GUERRA; RACISMO; RESPONSABILIDADE PENAL; PROTEÇÃO DA IMPRENSA; ART. 5º, INC. IV, V, X, XIII E XIV	COM O RELATOR	DIREITO DE RESPOSTA; DIREITO À IMAGEM, À HONRA E À PRIVACIDADE, ALÉM DE "OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS", ESPETÁCULOS PÚBLICOS, PROGRAMA DE RÁDIO E TV	PROPAGANDA DE GUERRA; RACISMO; MINORIAS; RESPONSABILIDADE PENAL; PLURALISMO DE IDEIAS; CONCENTRAÇÃO E GRUPOS DE MÍDIA	NÃO ESPECIFICA	NÃO ESPECIFICA	NÃO ESPECIFICA
7. A CF (ART. 5º, V) CONFERE AO DIREITO DE RESPOSTA "DENSIDADE NORMATIVA" SUFICIENTE PARA SER EXERCIDO SEM LEI?	SIM.: 'NÃO HAVERÁ ANOMIA' (279)	SIM.: A CF TRATOU ...INTEGRALMENTE' (99)	SIM.: 'SUFICIENTE DENSIDADE NORMATIVA' (185)	NÃO SE PRONUNCIA QUANTO À CF. ELE AFIRMA, PORÉM, QUE 'A LEGISLAÇÃO COMUM DEVE SER APLICADA PELO JUDICIÁRIO' (293)	NÃO SE MANIFESTA	COM O RELATOR	SEM LEI, SÃO MUITAS AS DIFICULDADES	NÃO SE MANIFESTA	NÃO SE PRONUNCIA	NÃO SE MANIFESTA	SIM.: DIREITO DE RESPOSTA 'NÃO ENSEJA DISCIPLINA LEGAL APRIORÍSTICA' (103); NÃO HAVERÁ 'QUALQUER LACUNA' (279)

8. A JURISP. DA OFENSA REFLEXA OU INDIRETA À CF OBSTA O CONHECIMENTO DE RE EM MATÉRIA DE IMPRENSA?	SIM (ACOMPANHA RELATOR NO AI 498233 E 566764)	SIM (ACOMPANHA RELATOR NO AI 763284)	SIM (ACOMPANHA RELATOR NO AI 283481 E 481513)	SIM (ACOMPANHA RELATOR NO AI 498233 E 566764 E NO RE 389096)	SIM (RELATORA NO RE 389096; ACOMPANHA RELATOR NO AI 418513)	SIM (RELATOR NO AI 498233)	SIM (RELATOR NO AI 418513 E ACOMPANHA RELATOR NO AI 401888)	SIM (ACOMPANHA RELATOR NO AI 418513)	SIM (ACOMPA-NHA RELATOR NO AI 278136, 283481, 498233, 566764 E 763284)	-	SIM (RELATOR NO AI 566764)
9. A CF ESTABELECE UMA PREFERÊNCIA *A PRIORI* PELA LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM DETRIMENTO DE OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS?	SIM: A CF PÕE OS OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM 'ESTADO DE MOMENTÂNEA PARALISIA' (47)	NÃO EXISTE ESSE CONFLITO ENTRE DIREITOS (97)	NÃO: 'DIREITO A PREPONDERAR EM CADA CASO' (173; 204)	NÃO: 'A CF [MANTÉM] EQUILÍBRIO (...) ENTRE OS VALORES DA LIBERDADE DE IMPRENSA E DA DIGNIDADE"(123)	NÃO: 'NÃO ENXERGO UMA HIERARQUIA' (127)	SIM, COM O RELATOR	NÃO: 'PRESERVAR OUTROS DIREITOS INDIVIDUAIS NÃO MENOS SIGNIFICATIVOS' (228)	NÃO SE MANIFESTA DE MODO CLARO.	NÃO: 'SEM QUE SE RECONHEÇA DIREITO ABSOLUTO' (141)	NÃO: 'PROTEÇÃO IGUAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E À DIGNIDADE' (91)	NÃO SE MANIFESTA DE MODO EXPRESSO
10. A CF IMPÕE QUE TODA E QUALQUER OPINIÃO POSSA SER DIVULGADA, NÃO SE ADMITINDO A FIXAÇÃO DE 'TEMAS PROIBIDOS'?	SIM: 'QUEM QUER QUE SEJA PODE DIZER O QUE QUER QUE SEJA' (51)	SIM: '[SE A OPINIÃO] É REGULADA, DEIXA DE SER LIVRE' (330)	SIM, EM GERAL, MAS É POSSÍVEL PROIBIR INCITAÇÃO AO ÓDIO E ILÍCITOS PENAIS (156; 159; 161)	NÃO SE PRONUNCIA DE MODO EXPRESSO	NÃO: V. RESSALVA DE ARTIGOS DA LEI DE IMPRENSA COM INTERPRETAÇÃO CONFORME (V. Q 1)	SIM, COM O RELATOR	NÃO: ADMITE A POSSIBILIDADE DE PROIBIR PROPAGANDA DE GUERRA; DISCRIMINAÇÃO (291)	NÃO. V. RESSALVA DE ARTIGOS DA LEI DE IMPRENSA COM INTERPRETAÇÃO CONFORME (Q 1). DEPOIS, PORÉM, FOI DADA RESPOSTA POSITIVA, COM ATENUAÇÕES (V. Q 13)	NÃO SE MANIFESTA DE MODO EXPRESSO	NÃO SE MANIFESTA DE MODO EXPRESSO	NÃO SE MANIFESTA DE MODO EXPRESSO (V., PORÉM, POSTERIOR MANIFESTAÇÃO, *INFRA*, Q 12 E 15)

11. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO AUTORIZA A PUBLICAÇÃO DE UM DISCURSO DISCRIMINATÓRIO CONTRA OS JUDEUS? (VOTOS NO CASO ELLWANGER (HC 82.424-2), J. EM 17.09.2003)	SIM: DEFERE O HC PORQUE NÃO HOUVE CONDUTA PENALMENTE TÍPICA (851)	-	NÃO: DENEGA O HC, POIS A 'INCITAÇÃO AO ÓDIO PÚBLICO' NÃO É PROTEGIDA (930)	NÃO: DENEGA O HC, POIS A NOÇÃO DE RACISMO DEVE SER PRAGMÁTICA (759)	DENEGA O HC POR REFUTAR A TESE DE QUE, SE NÃO HÁ RAÇAS, NÃO PODE HAVER RACISMO (756)	-	NÃO: DENEGA O HC, POIS A CONDENAÇÃO PENAL FOI PROPORCIONAL (671)	-	SIM: DEFERE O HC: INEXISTE PRÁTICA DE RACISMO E HÁ PRESCRIÇÃO (924)	-	-
12. A PROIBIÇÃO DE PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA SOBRE PROCESSO EM SEGREDO DE JUSTIÇA VIOLA A AUTORIDADE DA ADPF 130? (VOTOS NA RCL 9.428, JULGADA EM 10.12.2009)	SIM: 'O ATO ATACADO ... APLICOU A LEI DE IMPRENSA [DE MODO IMPLÍCITO, NO QUE TANGE À CENSURA] (222)	SIM: FORA O ART. 139 DA CF, 'QUALQUER OUTRA FORMA DE OBSTAR ... É INCONSTITUCIONAL' (239)	SIM: NA ADPF, O STF 'EXAMINOU A QUESTÃO PERTINENTE À CENSURA' (252)	NÃO: 'NÃO SE EXTRAEM ... DA ADPF ... MOTIVOS DETERMINANTES' (186)	NÃO	NÃO CONHECE DA RCL 9428	NÃO	SEM VOTO	SEM VOTO	FALECIDO EM 01.09.2009****	NÃO CONHECE DA RCL 9.428, MAS DÁ INDICAÇÃO QUANTO AO MÉRITO: 'MEU VOTO, NO MÉRITO, ... COINCIDE COM [O DO RELATOR DA ADPF 130]' (242)
13. O FATO DE PROIBIR UMA ONG DE AFIRMAR QUE O USO DO SEDÉM É CRUEL COM OS ANIMAIS VIOLA A AUTORIDADE DA DECISÃO NA ADPF 130? (DECISÃO MONOCRÁTICA SOBRE O PEDIDO DE LIMINAR (RCL 11.292) PROFERIDA EM 25.02.2011; AGUARDA JULGAMENTO NO PLENÁRIO)						JB: SIM: 'UMA DAS PREMISSAS CONSENSUAIS [DA ADPF 130]: NÃO CABE AO ESTADO ... PROIBIR OU REGULAR OPINIÕES'					
14. VIOLA A AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA NA ADPF 130 A CONDENAÇÃO DE UM JORNALISTA A PAGAR DANOS MORAIS E MATERIAIS EM RAZÃO DE DIVULGAÇÃO, EM SEU BLOG, DE MATÉRIA SOBRE UM BANQUEIRO? (DECISÃO MONOCRÁTICA SOBRE O PEDIDO DE LIMINAR (RCL 15.243), PROFERIDA EM 11.03.2013 (AGUARDA JULGAMENTO NO PLENÁRIO) E DECISÃO DA PRESIDÊNCIA DO STF NA AÇÃO CAUTELAR N. 3410, PROFERIDA EM 24.07.2013).						CM: SIM.: 'NENHUMA AUTORIDADE, MESMO A AUTORIDADE JUDICIÁRIA, PODE PRESCREVER O QUE SERÁ ORTODOXO EM POLÍTICA, OU EM OUTRAS QUESTÕES (...) NEM ESTABELECER PADRÕES DE CONDUTA CUJA OBSERVÂNCIA IMPLIQUE RESTRIÇÃO AOS MEIOS DE DIVULGAÇÃO DO PENSAMENTO'					
15. VIOLA A AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA NA ADPF 130 O FATO DE OBRIGAR UM SÍTIO ESPECIALIZADO EM QUESTÕES JURÍDICAS A NÃO MAIS DIVULGAR INFORMAÇÕES SOBRE UM ADVOGADO CONDENADO DIVERSAS VEZES POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ? (DECISÃO DA PRESIDÊNCIA DO STF SOBRE O PEDIDO DE LIMINAR (RCL 16.074), PROFERIDA EM 26.07.2013 E PUBLICADA EM 07.08.2013; AGUARDA JULGAMENTO NO PLENÁRIO)						RL: SIM: '[CITANDO O VOTO DO RELATOR DA ADPF 130] NÃO HÁ LIBERDADE DE IMPRENSA PELA METADE OU SOB AS TENAZES DA CENSURA PRÉVIA, INCLUSIVE A PROCEDENTE DO PODER JUDICIÁRIO'					

* ADPF = Arguição de descumprimento de preceito fundamental; CF = Constituição de 1988; RE = recurso extraordinário.

Os números entre parênteses indicam o n. da página do acórdão onde está o argumento em questão. As perguntas 1 a 10 contêm citações extraídas da ADPF 130. Essa tabela inspira-se parcialmente em tabela publicada anteriormente (COSTA, 2013).

****** Ressalva com interpretação conforme: art. 1º, §, 1º, art. 2º, *caput*, 14 e 16, inc. I. Ressalva sem interpretação conforme: arts. 20 a 22.

******* Ressalva sem interpretação conforme: arts. 29 a 36.

******** O Min. Dias Toffoli (DT) foi nomeado para ocupar a vaga do Min. Menezes Direito. Na Rcl 9.428, votou pelo não conhecimento, com indicação quanto ao mérito da ADPF 130: "não teria dificuldade em aderir a praticamente tudo que foi dito [pelos Min. Carlos Britto, Cármen Lúcia e Celso de Mello]" (280).

NOTAS

1 STF, ADPF n. 130, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, j. 30.04.2009, DJe n. 208 de 06.11.2009. Para todas as citações de acórdãos do STF contidas neste trabalho, são utilizadas as versões de inteiro teor disponíveis no sítio www.stf.jus.br. Acesso em 30 de setembro de 2013).

2 AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS, 2012.

3 Rcl n. 2.363, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 01.04.2005; Rcl n. 2.143-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 06.06.2003; Rcl n. 1.987, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21.05.2004; Rcl n. 1.722, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 13.05.2005; Rcl n. 3.625-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 08.11.2005; Rcl n. 3.291, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 31.05.2005; Rcl n. 2.986-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.03.2005; Rcl n. 2.291-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 01.04.2003.

4 A título de exemplo, v. *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 [1958].

5 A título de exemplo, v. *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 [1992].

6 Diversos estudos de direito comparado são neste sentido, em especial os publicados pelo Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle e reunidos no *Annuaire international de justice constitutionnelle* de 1992, p. 163-311 e de 2012, p. 11-91. Confira-se também MASTOR, 2005, p. 105-108 e 121-126.

7 ADPF n. 130, p. 8. O trecho destacado em itálico consta em negrito no original. Esse trecho já figurava no voto proferido pelo Min. Britto no HC 82.424, o que revela a ligação entre o HC 82.424 e a ADPF 130, tanto para ele quanto para os demais votantes (v. tabela, Q 10 e 11). Para um estudo detalhado dos votos destas duas decisões, cf. REALE JÚNIOR, 2009, p. 61-91.

8 STF, Rcl n. 9428, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 10.12.2009, DJe n. 116 de 25.06.2010 (os números de páginas citados referem-se à numeração do inteiro teor do acórdão disponível no sítio www.stf.jus.br. Acesso em 30 de setembro de 2013). O diálogo em questão consta na pág. 218 do acórdão.

9 Nas palavras do relator da ADPF n. 130, "... para nossa Constituição, o concreto uso de tais liberdades implica um *quando*, um *quê* e um *para quê* antecipadamente excluídos da mediação do Estado" (p. 63).

10 Rcl. n. 11305 e 11376, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20.10.2011, DJ 08.11.2011. As decisões atacadas haviam aplicado o art. 41 da Lei 5.250, sob o argumento de que o prazo de decadência por ele previsto seria mais benéfico ao réu e deveria, portanto, ser aplicado no lugar do direito comum (código penal) em que pese o julgamento da ADPF 130. O STF rejeita, portanto, expressamente, a ultratividade da Lei n. 5.250.

11 Contrariamente à opinião defendida por parte da doutrina (ALONSO, 2010).

12 Rcl 8685, Rel. Min. Celso de Mello, j. 10.03.2010, DJe n. 48 de 16.03.2010. No mesmo sentido, AP 474, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 12.09.2012, DJ 07.02.2013.

13 Rcl. 9.362, Rel. Min. Carlos Britto, j. 19.05.2010, DJ 27.05.2010.

14 A execução da decisão transitada em julgado não pode ser impedida, mas o STJ tem admitido a possibilidade de que a parte prejudicada por uma decisão fundamentada na Lei n. 5.250 possa ajuizar ação rescisória para desconstituir a coisa julgada. O STJ exige, porém, que a Lei n. 5.250 seja o fundamento exclusivo da decisão rescindenda. Na hipótese de esta basear-se em outros dispositivos legais ou constitucionais, a rescisão do julgado deixa de ser possível (AR 4490, 2ª Seção, Rel. Min. Villas Bôas Cueva, j. 24.10.2012, DJ 29.04.2013).

15 "-Em todas as hipóteses deve-se buscar, na máxima medida, o aproveitamento do recurso e o julgamento do processo. Assim, na primeira hipótese, de aplicação da Lei de Imprensa e de recurso discutindo-a, deve-se procurar decidir a causa aplicando o direito à espécie (art. 257 do RI/STJ). - Na segunda hipótese, em que a parte pleiteia o afastamento da Lei de Imprensa aplicada pelo Tribunal, dá-se provimento ao recurso, salvo hipóteses excepcionais, privilegiando-se a aplicação da norma constitucional em detrimento da norma não recepcionada. - Na terceira hipótese, em que a parte

pleiteia a aplicação da Lei de Imprensa contra acórdão que não a aplicou, não se conhece do recurso especial, salvo alguma excepcionalidade a ser apurada em cada processo. - Na quarta hipótese, de acórdão fundamentado concomitantemente pela Lei de Imprensa e por outra Lei válida, adora-se uma das seguintes providências: (i) Se o duplo fundamento se refere ao mesmo tema e, no recurso especial, apenas a Lei de Imprensa tenha sido abordada no recurso, mantém-se o acórdão recorrido por força do óbice da Súmula 283/STF, privilegiando-se a aplicação, pelo Tribunal, da lei válida em detrimento da discussão da lei inválida; (ii) Se o duplo fundamento se refere ao mesmo tema e só a parcela da legislação civil for impugnada, conhece-se do recurso especial para discussão desta parcela, descartando-se o fundamento inconstitucional não impugnado, no acórdão; (iii) Se o duplo fundamento se refere a temas diversos, aprecia-se a questão caso a caso, anulando-se o acórdão somente se a aplicação da Lei de Imprensa, devidamente impugnada pela parte, comprometer de maneira definitiva o julgamento, privilegiando a manutenção da um acórdão fundamentado por Lei não-recepcionada." (REsp 945461, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.12.2009, DJe 26.05.2010).

16 REsp 885248, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.12.2009, DJe 21.05.2010. Diante da não recepção da lei de imprensa, entendeu-se que a referida publicação não seria possível por falta de dispositivo normativo que a impusesse. O STJ afirmou expressamente que essa publicação não integra o direito de resposta e que, por via de consequência, ela não poderia ser ordenada somente com base na garantia constitucional do direito de resposta previsto no art. 5º da CF. Segundo esse mesmo acórdão, a publicação da sentença condenatória não encontraria tampouco fundamento em outras disposições infraconstitucionais.

17 AR 4490, já citada. Tratava-se, no caso, de ação rescisória de sentença que havia determinado sua publicação na imprensa. O STJ, ao reconhecer que a sentença tinha duplo fundamento, decidiu pelo não cabimento da ação rescisória, com base na súmula 343 do STF.

18 REsp 990079, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 08.02.2011, DJe 01.07.2011; REsp 942587, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02.08.2011, DJe 22.08.2011. Houve interposição de Embargos de Divergência contra o primeiro acórdão mencionado, o qual aguarda julgamento até a presente data.

19 AgRg no AI 482317, 2ª T., Rel. Min. Ellen Gracie. J. 22.02.2011, DJ 15.03.2011.

20 O argumento era o seguinte: diante da existência de regulamentação infraconstitucional (ou seja, a Lei n. 5.250), a ofensa à Constituição, se existente, seria meramente reflexa (AgR no RE 250424, 1ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 19.09.2000, DJ 02.02.2001; AgR no AI 278136, 2ª T., Rel. Min. Nelson Jobim, j. 10.10.2000, DJ 16.02.2001; AgR no AI 283481, 2ª T., Rel. Min. Néri da Silveira, j. 31.10.2000, DJ 01.12.2000; AgR no AI 401888, 2ª T., Rel. Min. Nelson Jobim, j. 22.04.2003, DJ 13.06.2003; AgR no AI 498233, 1ª T., Rel. Min. Eros Grau, j. 29.03.2005, DJ 22.04.2005; AgR no AI 418513, 2ª T., Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13.12.2005, DJ 03.03.2006; AI 590849, 2ª T., Rel. Min. Cezar Peluso, j. 08.08.2006, DJ 01.09.2006). As sessões de julgamento em que esses casos foram decididos (todos eles referem-se à liberdade de imprensa) contaram com a presença e o voto de quase todos os ministros que participaram do julgamento da ADPF (v. Q 8).

21 Trata-se do AgR no RE 250424, do AgR no AI 283481, do AgR no AI 401888 e do AgR no AI 418513.

22 STF, Ação cautelar 2695, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26.11.2010, DJ 30.11.2010.

23 RE 389096, 2ª T., Rel. Min. Ellen Gracie, j. 08.09.2009, DJe 17.09.2009; AgRg no AI 763284, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 12.06.2012, DJe 28.06.2012 e AI 846817, Rel. Min. Luiz Fux, j. 29.06.2011, DJ 02.08.2011 (decisão monocrática).

24 Nas palavras do relator do AI 846817, já citado, "fundando-se o acórdão recorrido em interpretação de dispositivos de índole infraconstitucional, *in casu*, os artigos 29 e 30, incisos I, II e III da Lei de Imprensa, com o intuito de extrair preceitos sobre o direito de resposta ou retificação objetiva que assiste à pessoa acusada/ofendida para defender sua honra e reputação de notícias inverídicas divulgadas pelos meios de comunicação, descabe a esta Corte examinar a questão".

25 Observe-se o destino curioso do RE 389096, já citado: foi-lhe negado conhecimento por decisão monocrática em 16 de março de 2009 sob o argumento da ofensa "reflexa". A parte interpôs agravo regimental, o qual foi julgado somente *após o julgamento da ADPF 130*. No acórdão prolatado em 8 de setembro de 2009, a segunda turma contentou-se em reiterar os termos da decisão monocrática, ignorando a modificação essencial no ordenamento jurídico decorrente da não recepção *total* da lei de imprensa, por força da decisão na ADPF 130 de 30 de abril do mesmo ano.

26 Há uma ação em curso em que se alega que haveria omissão no fato de não haver regulamentação do direito de resposta (ADO 9, Rel. Min. Rosa Weber).

27 MS 32033, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, Rel. p/ acórdão Teori Zavascki, j. 20.06.2013, acórdão pendente de publicação.

Trata-se de mandado de segurança em que se buscava impedir a análise de projeto de lei que visava alterar as Leis n. 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 9.504, de 30 de setembro de 1997, para prever que "a migração partidária que ocorrer durante a legislatura, não importará a transferência de recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão." Argumentava-se que o projeto de lei em questão violaria uma cláusula pétrea e faria uma interpretação da Constituição diferente daquela que o STF adotara no bojo da ADI 4430.

No caso concreto, a segurança foi denegada por uma maioria de sete a três, tendo os votos majoritários rejeitado a ideia de um controle preventivo de constitucionalidade de natureza jurisdicional. Alguns votos acrescentaram que o vínculo do objeto do projeto de lei com as cláusulas pétreas não parecia estar tão presente a ponto de justificar a aplicação do art. 60 da CF.

28 Rcl n. 2.617, Pleno, Rel. Min Cezar Peluso, v. u., j. 23.02.2005, DJ 20.05.2005.

29 Sobre a oportunidade de nova lei de imprensa, cf. COSTA, 2013.

30 Questão semelhante é levantada na Rcl n. 16.293, referente a uma decisão do Tribunal de Justiça do Paraná que proibiu um jornal de publicar determinada matéria. O pedido de liminar não chegou a ser analisado até o presente momento (30.09.2013).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIVROS, ARTIGOS E OUTROS ESCRITOS

AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS. *Fórum do Judiciário vai acompanhar e debater liberdade de imprensa*, 08.05.2012. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/19304:conselheiros-aprovam-criacao-de-forum-sobre-liberdade-de-imprensa>, Acesso em 30 de setembro de 2013).
ALONSO, Guilherme. A ultratividade da Lei de Imprensa. *O Estado do Paraná*, caderno "Direito e Justiça" de 07.03.2010. Disponível em <http://www.dotti.adv.br>. Acesso em 30 de setembro de 2013.
COSTA, Thales Morais da. Possibilidade e oportunidade de uma nova lei de imprensa. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 199, 2013, p. 91-119.
DOTTI, René Ariel. *Carta aberta ao Ministro Marco Aurélio*. 2009. Disponível em <http://www.dotti.adv.br/Lei%20de%20imprensa%20Site.pdf>. Acesso em 30 de setembro de 2013.
DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. 224 p.
GROUPE D'ÉTUDES ET DE RECHERCHES SUR LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE. Les méthodes de travail des juridictions constitutionnelles. *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. VIII, 1992, p. 163-311.
_____. La motivation des décisions des cours constitutionnelles. *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. XXVIII, 2012, p. 11-91.
MASTOR, Wanda. *Les opinions séparées des juges constitutionnels*. Paris: Economica, 2005. 361 p.
PFERSMANN, Otto. Rapport français. Le problème des normes paratopiques. In: Fromont, M.; Frison-Roche, M.-A.; Costa, T. M. da; Cerqueira, G. V. da C.; Graeff, B.; Vilariño, T. M. (org.). *Droit français et droit brésilien. Perspectives nationales et comparées*. Bruxelles: Bruylant, 2012, p. 557-565.
REALE JÚNIOR, Miguel. Limites à liberdade de expressão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 81, 2009. p. 61-91.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Constituição federal de 05.10.1988
BRASIL. Lei n. 5.250 de 09.02.1967 (lei de imprensa)
BRASIL. Lei n. 9.882 de 03.12.1999 (lei que dispõe sobre o processo e o julgamento da ADPF)
BRASIL. Resolução n. 163 do CNJ, de 13.12.2012, DJ-e n. 209/2012, em 14.11.2012

DECISÕES DE JUSTIÇA

Supremo Tribunal Federal

Ação cautelar n. 2695, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26.11.2010, DJ 30.11.2010.
Ação cautelar n. 3410, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática de 24.07.2013, DJ 07.08.2013.
ADPF n. 130, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, j. 30.04.2009, DJe n. 208 de 06.11.2009.
AI n. 278136, 2ª T., Rel. Min. Nelson Jobim, j. 10.10.2000, DJ 16.02.2001.
AI n. 283481, 2ª T., Rel. Min. Néri da Silveira, j. 31.10.2000, DJ 01.12.2000.
AI n. 401888, 2ª T., Rel. Min. Nelson Jobim, j. 22.04.2003, DJ 13.06.2003.
AI n. 418513, 2ª T., Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13.12.2005, DJ 03.03.2006.
AI n. 482317, 2ª T., Rel. Min. Ellen Gracie. J. 22.02.2011, DJ 15.03.2011.
AI n. 498233, 1ª T., Rel. Min. Eros Grau, j. 29.03.2005, DJ 22.04.2005.
AI n. 590849, 2ª T., Rel. Min. Cezar Peluso, j. 08.08.2006, DJ 01.09.2006.
AI n. 763284, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 12.06.2012, DJe 28.06.2012.
AI n. 846817, Rel. Min. Luiz Fux, decisão monocrática de 29.06.2011, DJ 02.08.2011.
AP n. 474, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 12.09.2012, DJ 07.02.2013.
MS n. 32.033, Rel. Min. Gilmar Mendes, Rel. p/ acórdão Teori Zavascki, j. 20.06.2013, acórdão pendente de publicação.
Rcl n. 1.722, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 13.05.2005.
Rcl n. 1.987, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21.05.2004.
Rcl n. 2.143-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 06.06.2003.
Rcl n. 2.291, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 01.04.2003.
Rcl n. 2.363, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 01.04.2005.
Rcl n. 2.617, Rel. Min Cezar Peluso, j. 23.02.2005, DJ 20.05.2005.
Rcl n. 2.986, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.03.2005.
Rcl n. 3.291, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 31.05.2005.
Rcl n. 3.625, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 08.11.2005.
Rcl n. 8.685, Rel. Min. Celso de Mello, j. 10.03.2010, DJe n. 48 de 16.03.2010.
Rcl n. 9.428, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 10.12.2009, DJe n. 116 de 25.06.2010.
Rcl n. 9.362, Rel. Min. Carlos Britto, j. 19.05.2010, DJ 27.05.2010.
Rcl n. 11.292, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática de 25.02.2011, DJ 03.03.2011.
Rcl. n. 11.305 e 11.376, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20.10.2011, DJ 08.11.2011.
Rcl n. 15.243, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática de 11.03.2013, DJ 20.03.2013.
Rcl n. 16.074, Rel. Min. Roberto Barroso, decisão monocrática de 26.07.2013, DJ 07.08.2013.
RE n. 250424, 1ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 19.09.2000, DJ 02.02.2001.
RE n. 389096, 2ª T., Rel. Min. Ellen Gracie, j. 08.09.2009, DJe 17.09.2009.

Superior Tribunal de Justiça

AR 4490, 2ª Seção, Rel. Min. Villas Bôas Cueva, j. 24.10.2012, DJe 24.04.2013.
REsp 885248, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.12.2009, DJe 21.05.2010.
REsp 942587, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02.08.2011, DJe 22.08.2011.
REsp 945461, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.12.2009, DJe 26.05.2010.
REsp 990079, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 08.02.2011, DJe 01.07.2011.

US Supreme Court

Trop v. Dulles, 356 U.S. 86 [1958].
Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 [1992].

Thales Morais da Costa

17, Place de la Nation – 75011
Paris – França
costathales@yahoo.fr

Doutorando em regime de dupla-titulação na Université Paris I Panthéon-Sorbonne e na Universidade de São Paulo

CONTRATO INCOMPLETO: UMA PERSPECTIVA ENTRE DIREITO E ECONOMIA PARA CONTRATOS DE LONGO TERMO

Uinie Caminha e Juliana Cardoso Lima

INCOMPLETE CONTRACT: A PERSPECTIVE BETWEEN LAW AND ECONOMICS FOR LONG-TERM CONTRACTS

RESUMO

O presente trabalho visa apresentar uma análise da teoria econômica do contrato incompleto, demonstrando a interação entre os ramos do Direito e da Economia, notadamente quando o elemento de ligação é o instituto contratual. A partir de estudos da doutrina estrangeira, pretende-se trazer à órbita judicial a visão econômica dos acordos de longa duração, ampliando, por conseguinte, a hipótese vigente no ordenamento jurídico da revisão dos contratos. Assim, a atualidade do assunto, principalmente na esfera internacional, e a escassa doutrina interna já fundamentam a escolha do tema para a construção de uma pesquisa científica. Neste cenário pouco explorado, pretende-se apresentar as principais características da teoria econômica do contrato incompleto. Trata-se de um estudo qualitativo, cuja metodologia se efetiva por meio de pesquisa bibliográfica e doutrinária, tanto no âmbito interno como externo, estabelecendo um diálogo entre a teoria econômica do contrato incompleto e a teoria jurídica do contrato. Com tal escopo, sistematizou-se o presente trabalho em três capítulos. No primeiro, objetiva-se realizar uma breve exposição sobre a relação entre Direito e Economia. O segundo capítulo ingressa, propriamente, no estudo dos principais pontos abordados na teoria econômica do contrato incompleto, em especial, os relativos aos custos de transação. No último capítulo, intenta-se aplicar a teoria econômica do contrato incompleto no ordenamento jurídico. Por fim, conclui-se que a teoria econômica do contrato incompleto amplia a hipótese de revisão, que se baseia na teoria da imprevisão, inovando, portanto, a ordem jurídica.

PALAVRAS-CHAVE

Law and Economics; Contratos incompletos; Custos de transação; Revisão contratual.

ABSTRACT

The scope of this essay is to present an analysis of the economic theory of incomplete contracts, interacting Law and Economics, especially through contracts. By studying foreign doctrine, we aim at bringing an economic view of long-term contracts into judicial structure, evolving the current possibilities of contract review. Hence, the timeliness of the subject, especially in international doctrine and the reduced internal doctrine on the subject justify its choice for academic research. In the scenario, the main characteristics of the economic theory of incomplete contracts shall be presented. This is a qualitative study which methodology consists of bibliographic research, in order to establish a dialogue between Law, Economics and contractual theory. This essay is divided into three chapters. The first chapter is dedicated to establishing the relation between Law and Economics. The second chapter analyses the economic theory of the incomplete contract and transaction costs. The third chapter aims at applying the economic theory of incomplete contracts to our legal system. As a conclusion, we believe that the economic theory of incomplete contracts broadens the cases in which contract review may apply.

KEYWORDS

Law and Economics; Incomplete contracts; Transaction costs; Contract review.

Introdução

O presente trabalho visa apresentar uma análise da teoria econômica do contrato incompleto, demonstrando a interação entre Economia e Direito, quando o meio de ligação é o instituto contratual. A partir de estudos da doutrina estrangeira, pretende-se trazer à órbita judicial a visão econômica dos acordos de longa duração, ampliando, por conseguinte, as hipóteses previstas no ordenamento jurídico de revisão dos contratos.

Nesse cenário pouco explorado, pretende-se apresentar as principais características da teoria econômica do contrato incompleto. Com tal escopo, sistematizou-se o presente trabalho em três partes.

Na primeira, objetiva-se realizar uma breve exposição sobre a relação entre Direito e Economia. Parte-se do desenvolvimento da análise econômica do direito, dando inicial destaque ao pensamento liberal de Adam Smith e a doutrina utilitarista. Em seguida, apresenta-se a escola institucionalista americana, que impulsionará o movimento *Law and Economics*, já em meados do século XX, transformando-se na Nova Economia Institucional.

Estuda-se, ainda, como se deu a formação da Escola de Chicago, tendo como figura marcante Ronald Coase, que, a partir de obras como *The nature of the firm* (1937) e *The problem of social cost* (1960), constatou a influência do Judiciário na atividade econômica. Isso ocorreu após verificar a existência dos custos de transação no mercado, devendo, o Direito, nessa perspectiva econômica, funcionar como um sistema de incentivos.

De igual modo, apresentam-se outros adeptos do pensamento *Law and Economics* ao expor sobre a interação entre os dois ramos da ciência, permitindo definir o movimento como a aplicação da teoria econômica para o exame da formação, estruturação e impacto do direito (normas e instituições jurídicas) sobre a economia, avaliando, também, a qualidade e eficiência dos instrumentos legais.

Após, introduz-se uma das áreas de estudo do movimento *Law and Economics*, o tema relativo ao contrato incompleto ou *incomplete contract*, por meio do qual se abandona a ideia de uma pactuação completa dos contratos de longa duração, por incompatíveis com elementos intrínsecos às relações contratuais do tipo, tais como racionalidade limitada, conduta oportunista e assimetria de informação.

Na segunda parte, ingressa-se, propriamente, no estudo dos principais pontos abordados na teoria econômica do contrato incompleto. Formaliza-se, primeiramente, um conceito do contrato incompleto, visto como uma técnica de gestão dos riscos existentes em relações contratuais de longo termo, visando a distribuí-los *ex post*, por meio de uma dimensão cooperativa das partes. Posteriormente, examinam-se as formas de incompletude contratual, passando a distinguir a incompletude súbita da deliberada, a inicial da sucessiva e a jurídica da econômica, permitindo, com isso, um melhor enquadramento do tema. Neste trecho, destrincham-se, ainda, as razões

da incompletude contratual, ou seja, examinam-se os custos de transação e suas principais causas.

Por fim, intenta-se aplicar a teoria econômica do contrato incompleto, modificando aspectos da teoria geral do contrato. Para tanto, inicia-se a terceira parte com uma breve contextualização histórica do instituto contratual, adentrando-se no estudo da hipótese de revisão que se baseia na teoria da imprevisão, por meio da qual se revive a essência da antiga cláusula do direito canônico *rebus sic stantibus*, sustentando a possibilidade de revisão do contrato em virtude de acontecimento superveniente imprevisível que desequilibre a sua base econômica e imponha a uma das partes obrigação excessivamente onerosa. Em seguida, passa-se a demonstrar como a teoria econômica do contrato incompleto deve ser observada pelos operadores do direito.

Trata-se de um estudo qualitativo, cuja metodologia se efetiva por meio de pesquisa bibliográfica e doutrinária, tanto no âmbito interno como externo, estabelecendo um diálogo entre a teoria econômica do contrato incompleto e a teoria jurídica do contrato.

1 A teoria econômica do contrato incompleto

O contrato incompleto é analisado por uma das veias de estudo da escola do *Law and Economics*. A relevância do tema já foi mencionada por Araújo (2007, p. 147), em sua obra *Teoria Econômica do Contrato*, que, na oportunidade, comentou: "se tivéssemos que escolher as contribuições mais originais e férteis da Análise Económica para a Teoria do Contrato, num lugar cimeiro colocaríamos decerto a intuição da chamada *Incomplete Contract Theory*", que se baseia nos pressupostos da corrente Neoinstitucionalista,[1] aqui já introduzida, para a qual a análise econômica do direito deve ter como objeto o "impacto que as instituições podem ter no desenho das soluções contratuais" (ARAÚJO, 2007, p. 152).

É a partir da teoria econômica do contrato incompleto que se afasta a ideia de completude contratual,[2] por restar demonstrado que "nenhum contrato estabelece uma disciplina específica para todos os eventos que poderiam interferir na execução das obrigações"[3] (BELLANTUONO, 2005, p. 61). É que especificar todas as possíveis contingências futuras seria uma atividade custosa e, mesmo assim, sujeita a condições de incerteza.

Tendo em vista a relação que a teoria do custo de transação possui com a teoria do contrato incompleto, passa-se, primeiramente, à apreciação dos denominados custos de transação.

1.1 A teoria dos custos de transação

A ciência econômica não traz uma definição fechada para designar custos de transação. Porém, de forma genérica, Guerinoni (2007, p. 42-43) entende que os custos de

transação podem indicar as despesas materiais, bem como "o tempo e a energia necessários a conseguir um acordo sobre um direito; mais especificamente, se entenderia indicar o complexo de custos necessários para a negociação, a execução, e a fiscalização de um acordo". Nesse sentido, os custos de transação "compreendem todos os obstáculos que as partes devem enfrentar quando buscam estabelecer relações negociais no mercado" (BELLANTUONO, 2005, p. 59).

Um dos fatores que impulsionaram a teoria econômica dos contratos incompletos foram os custos de transação apresentados inicialmente no estudo formulado por Ronald Coase (1937). Segundo esclarece Araújo (2007, p. 197-198):

> O conceito teria ficado porventura no limbo das ideias teoricamente interessantes, mas irrelevantes, se tivesse ficado limitada ao plano de uma macro-comparação entre um estado "friccional" e "não friccional" de mercado, da qual talvez não se pudesse retirar senão corolários triviais, vagamente tautológicos, se não fosse a intervenção de Ronald Coase, que no seu artigo de 1937 recuperou os "*transaction costs*", colocando-os ao serviço de uma outra comparação, algo inesperada mas agora muito mais relevante do ponto de vista pragmático: a comparação de eficiências entre a solução de mercado e a solução da integração numa empresa como formas de arregimentação e organização dos fatores produtivos – ou seja, a solução "horizontal" de compra no mercado confrontada com a solução de coordenação "vertical" da produção através de factores subordinados a uma organização hierárquica. Foi com essa "inflexão coaseana" que passou a ficar conotado o conceito de "custos de transacção", passando a representar, no âmbito confinado do "equilíbrio parcial", uma comparação de eficiência entre arranjos institucionais alternativos. […]. Tratava-se de perceber que uma grande amplitude de soluções económicas está decisivamente condicionada pelo quadro institucional que gera mais elevados ou mais baixo custos de transacção. […].

Os estudos de Ronald Coase viabilizaram uma nova leitura econômica do papel do mercado e das empresas. Ao explicar a natureza e os limites das empresas, essas são apontadas pelo economista como um mecanismo de redução dos custos advindos das transações realizadas por meio do mercado. Sobre o tema, Decio Zylberstajn (2010, p. 9) acrescenta:

> A firma surge como uma resposta otimizadora dos agentes econômicos, quando os custos da organização dos contratos pela via do mercado, excedem os custos da organização interna. Esta visão de Coase parte de um tratamento da firma, não mais como um esteriótipo da função de produção, mas sim como um conjunto de contratos entre agentes especializados, cujo

> gerenciamento tem um custo. [...]. Ao afirmar que firma e mercado são alternativas para a realização das transações, Coase mais do que abrir o caminho para a compreensão da organização interna das firmas e dos mercados, permitiu uma melhor compreensão das relações contratuais, formais e informais, entre as firmas, que bem caracterizam a economia moderna. O seu trabalho amplificou o estudo do crescimento das organizações com grande aplicabilidade para a compreensão da tendência de fusões, aquisições, alianças estratégicas, subcontratações, entre outros tópicos.

De uma abordagem feita pela teoria econômica neoclássica, em que "os agentes econômicos são dotados de racionalidade ilimitada – sendo capazes de absorver e processar toda a informação disponível" (PINHEIRO, 2010, p. 9), cuja preocupação era apenas com os custos de produção, transmuda-se para uma análise dos custos de transação, introduzida pela teoria econômica neoinstitucionalista.

Ocorre, portanto, uma superação da corrente econômica neoclássica no tocante às funções do mercado e das organizações econômicas. Conforme esclarece Guerinoni (2007, p. 41), "diferentemente da doutrina econômica precedente (neoclássica), centrada especialmente na análise da produção e de seus custos, a nova abordagem considera a transação como unidade fundamental de análise". Nesse sentido, de acordo com Cateb e Gallo (2010, p. 1), as ciências econômicas passam a estudar "a atividade produtiva não somente sob o aspecto do preço, mas considerando a alocação de recursos conforme as leis e os mecanismos de sua aplicação presentes na realidade dos agentes econômicos".

Foi necessário que Ronald Coase fizesse um estudo pautado na existência ou não do custo de transação nas relações econômicas, tendo Rachel Sztajn (2005, p. 1) oportunamente afirmado que "a inserção dos custos de transação na Economia e na Teoria das Organizações implica a importância do Direito na determinação de resultados econômicos". Segue advertindo:

> Se a "firma" pode ser entendida como um nexo de contratos, então problemas de quebras contratuais, de salvaguardas, de mecanismos criados para manter os contratos e, especialmente, mecanismos que permitam resolver problemas de inadimplemento, total ou parcial, dos contratos, sejam tribunais ou mecanismos privados, passam a ter lugar de destaque na Economia. (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN, 2005, p. 7)

Em uma análise das organizações, Coase (2010) constatou que os empresários poderiam substituir a via do mercado por uma decisão administrativa, tomada internamente pela empresa. Esse arranjo institucional, contudo, só seria utilizado quando os custos de transação fossem menores. Buscava-se, assim, atingir a eficiência das relações contratuais.

Ronald Coase estudou, ainda, a relação dos custos de transação com as instituições legais. No Teorema por ele desenvolvido, apenas em um mundo hipotético poderia se cogitar a inexistência de custos de transação, situação em que as instituições legais não influenciariam no desempenho do sistema econômico. Isso ocorreria, pois

> […] a ausência de custos de transacção asseguraria a solução socialmente eficiente em praticamente todas as circunstâncias, em qualquer quadro de afectação inicial de recursos – daí se retirando, *a contrario*, que é a elevação dos custos de transacção que gradualmente vai requerendo uma mais forte presença da solução jurídica, ao menos daquela que propicie a mais eficiente afectação inicial de recursos. Nesta área o "Teorema de Coase" serve perfeitamente de ponto referencial, de "conceito regulador", e de certo modo poderá dizer-se que os custos de transacção são o instrumento de medida que permite aferir o distanciamento de cada situação concreta em relação a esse padrão ideal […]. (ARAÚJO, 2007, p. 201)

Como Coase (1990, p. 14) demonstrou em seu ensaio, *The problem of social cost*, na ausência de custos de transação, não importa a previsão legal, uma vez que as pessoas sempre podem negociar sem custo para adquirir, dividir e combinar direitos. Em contrapartida, em uma análise do mundo real, Coase (2010) concluiu serem positivos os custos de transação e, portanto, por existirem, sofrerão impactos advindos da aplicação de comandos legais, atuando diretamente sobre o comportamento dos agentes econômicos. Diante dessas observações, Sztajn e Zylbersztajn (2005, p. 3) acrescentaram:

> A análise econômica deve, então, considerar o ambiente normativo no qual os agentes atuam, para não correr o risco de chegar a conclusões equivocadas ou imprecisas, por desconsiderar os constrangimentos impostos pelo Direito ao comportamento dos agentes econômicos.

O Judiciário, portanto, atua como instrumento de alocação de incentivos e, por isso, influi na economia. Razão pela qual deve estimular comportamentos cooperativos, visando, consequentemente, reduzir os custos de transação.

A teoria dos custos de transação chama atenção, "por um lado, na forma como os custos condicionam as escolhas das partes […] e, por outro lado, na forma como a lei pode, influenciando esses custos, presidir a esse condicionamento" (ARAÚJO, 2007, p. 162). Os custos vinculados às transações devem ser compreendidos como todas as barreiras as quais estão sujeitas as partes no ato de instalação das relações contratuais firmadas no mercado. Para Bellantuono (2005, p. 59-60), "é possível, assim, afirmar que a análise econômica do Direito dos Contratos consiste na individualização dos vários tipos de custos de transação e das regras que procuram reduzir sua existência".

E ainda, conforme ensina Rachel Sztjan (2010, p. 5-6):

> Os custos de transação são aqueles incorridos na realização de uma operação econômica, representados, ou não, por dispêndios financeiros, mas que decorrem do conjunto de ações e medidas adotadas por cada pessoa (ou parte) antes, durante e depois de consumada a operação econômica. Custos de transação são o esforço na procura de bens em mercados, a análise comparativa de preço e qualidade antes de tomar a decisão, o desenho da garantia quanto ao cumprimento das obrigações pela outra parte, a certeza do adimplemento, seguro e a tempo, as garantias que se exija para fazer frente a eventual inadimplemento ou adimplemento imperfeito pela contraparte, a redação de instrumentos contratuais que reflitam as tratativas entre contratantes e disponham sobre direitos, deveres e obrigações. Cuidados e tempo despendido desde o início da procura pelo bem, passando pela decisão de realizar a operação ou transação, o cumprimento de todas as obrigações pelas partes contratantes e as garantias para tanto, incluindo as relacionadas a eventual inadimplemento – custo de demandar em juízo ou qualquer forma de solução de controvérsias – são, pois, custos de transação.

Ainda sobre o tema, deve-se mencionar que os custos de transação não dependem apenas das características do acordo firmado, pois, também são resultantes das condutas das partes, em especial, quando se comportam com racionalidade limitada e oportunismo, bem como de condições objetivas, como as incertezas das transações decorrentes das mudanças sociais, a duração e os investimentos específicos do contrato, fatores inerentes às relações contratuais de longo prazo.

Em virtude das características elencadas, ao interagirem sistema econômico e sistema jurídico, os custos de transação aparecem como fatores imprescindíveis de apreciação, por serem considerados os principais motivos da incompletude contratual, já que é difícil conceber qualquer atividade econômica, como a construção de um edifício comercial ou a implantação de um programa de informática, sem que haja a necessidade de emprego de recursos, como "a coleta de informações, a redação dos contratos, a coordenação entre os diversos atores econômicos e a resolução de controvérsias" (BELLANTUONO, 2005, p. 8).

Consoante a teoria econômica do contrato, o conceito de custos de transação está relacionado aos custos de redação do clausulado, aos custos de disciplina contratual e às contingências imprevistas, estando, ainda, condicionado as assimetrias e insuficiências advindas da ignorância racional, as diferenças de poder negocial ou de mercado (ARAÚJO, 2007, p. 199).

Os custos de transação condicionam as escolhas das partes. Por existirem, os contratos que se prologam no tempo não podem ser completos, pois além de ser muito

oneroso estipular todas as contingências futuras, existem fatores de elevação dos custos de difícil estipulação.

Por isso, para compreender a teoria econômica do contrato incompleto, é necessário conhecer a teoria dos custos de transação e, consequentemente, adentrar no exame dos fatores relativos à racionalidade limitada e à conduta oportunista das partes, bem como analisar os pontos relacionados com as incertezas dos contratos de longo termo, a duração e complexidade do negócio e, por fim, os investimentos em ativos específicos presentes em contratos do tipo.

2 O conceito de contrato incompleto

Parte-se da premissa que o contrato incompleto é uma técnica de decisão presente no ato de gerir as relações contratuais que se caracterizarem pelo grau de complexidade e problema, já que reflete "a capacidade limitada de se descrever os infinitos estados da natureza, predispor medidas para execução da operação, se ou quando, sofrerem alterações" (SZTJAN, 2010, p. 14).

Na busca pela eficiência contratual, os contraentes "podem assim preferir um contrato flexível a um contrato que apresente uma alocação de risco *ex ante* rígida e imutável" (GUERINONI, 2007, p. 8), pois o contrato flexível possibilita remediar a previsão defeituosa em momento posterior à contratação.

Segundo a teoria econômica, os contratos, sejam eles onerosos ou não, são sempre incompletos, já que "é impossível pressupor todos os acontecimentos ou eventos que poderão ter lugar entre os seres humanos, em especial no futuro" (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 117). Sendo assim, os contratos incompletos são "instrumentos cujo desempenho de seus termos contratuais deixam ganhos potenciais da transação irrealizados, face às informações disponíveis para os agentes e para as cortes de justiça" (CATEB; GALLO, 2010, p. 2). É que

> [...] quaisquer que sejam as transações, as partes envolvidas não sabem ao certo se os termos acordados serão efetivados. A razão é que os indivíduos possuem racionalidade limitada e comportamento oportunista, acarretando o surgimento de custos de transação, que poderiam ser minimizados pela cooperação das partes contratantes no momento da execução do objeto contratual. Também a assimetria informacional se junta ao oportunismo dos agentes para restringir a elaboração de contratos completos, causando custos de transação. Tais custos associam-se a coletas de informações, à elaboração e negociação dos contratos, além dos custos pós-contratuais, decorrentes da inexecução das obrigações. (CATEB; GALLO 2010, p.3)

Verifica-se que o custo de transação é o elemento que a Escola de Chicago identifica

como responsável pela incompletude dos contratos, podendo se apresentar em razão da racionalidade limitada das partes, principalmente quando os contraentes estão diante de decisões complexas, já que nem sempre os indivíduos possuirão todas as informações necessárias para se alcançar a decisão "ótima", bem como em virtude da assimetria de informação, da conduta oportunista, dentre outros fatores. Como bem adverte Bellantuono (2005, p. 61), "na maior parte dos casos, as escolhas se baseiam em uma quantidade de informação decisivamente restrita". Nesse contexto, Araújo (2007, p. 151) leciona:

> O inacabamento contratual é a resposta pragmática a um contexto econômico e jurídico eivado de imperfeições e incertezas – é o fruto da constatação de que talvez não valha a pena alongar as negociações quando as resultantes estipulações não erradicariam ou cobririam eficiente os riscos subsistentes, ou quando elas se tornassem insusceptíveis de desencadear reações tutelares adequadas.

A realização de um contrato mais próximo do completo demandaria um maior desembolso para a sua elaboração e execução, permanecendo, mesmo assim, "fora do contrato os cenários, que, no momento da conclusão, parecem altamente improváveis ou mesmo inimagináveis" (BELLANTUONO, 2005, p. 62). Nesse sentido é que o contrato incompleto deve ser definido como "um modelo alternativo de administração de riscos, caracterizado por uma lógica de decisão e alocação de riscos *ex post*, ou seja, "o contrato incompleto não aloca *ex ante*, os riscos entre as partes, mas determina um procedimento para alocação *ex post*" (FICI, 2005, p. 125). Objetiva-se, portanto, segundo Fici (2005, p. 125), "criar um clima de cooperação[4] entre as partes. As partes que concluem um contrato incompleto devem-se presumir-se avessas ao risco da operação econômica, que pretendem gerir *ex post* em uma dimensão cooperativa".

A respeito, Rachel Sztjan (2010, p. 5), comenta:

> A complexidade de certas operações de comércio internacional em que há vazios, ambiguidades ou lacunas no clausulado negocial, quando o idioma pode constituir barreira para a exata compreensão do regramento, acomoda bem a ideia de contrato incompleto dos economistas, sendo, talvez, mais evidente a importância de entender os argumentos em que se baseiam ao discutir eficiência e incentivos das partes; em que o receio de que complementos feitos por terceiros, cujas informações sobre o negócio serão sempre de pior qualidade do que a das partes, inclusive a da menos informada, são vistos como fontes de dificuldades; quando se referem a incentivos corretos para o sucesso das operações.

A teoria econômica, ao apresentar o contrato incompleto, busca agregar aos conhecimentos jurídicos uma nova hipótese de revisão dos contratos. Fixada a premissa de que os custos de transação inviabilizam a feitura de um acordo completo, passa-se à exposição das formas de incompletude do contrato.

2.1 As formas de incompletude contratual

Neste tópico, objetiva-se demonstrar as formas de incompletude contratual, apresentando expressões e conceitos identificados na doutrina estrangeira, que serão indispensáveis para um melhor enquadramento do que se entende por contrato incompleto, tais como a incompletude súbita e incompletude deliberada, incompletude inicial e incompletude sucessiva, incompletude jurídica e incompletude econômica. De posse das definições apresentadas, coloca-se em questão o poder do ordenamento de completar os acordos lacunosos e a forma que tal poder será exercido.

As balizas que envolvem a teoria do contrato incompleto são destinadas aos contratos de longa duração ou de execução diferida,[5] não sendo aplicáveis, por despiciendo, àqueles de execução imediata, de lapso temporal quase que imperceptível. Assim, pela corrente do *Law and Economics*, excetuando-se os contratos de execução instantânea, os contratos de longo termo apresentam-se incompletos. Tal incompletude ocorre porque determinadas questões podem passar despercebidas ou imprevistas pelas partes que firmam o contrato. Segundo Pinheiro (2010, p. 7):

> Há várias razões para se redigir contratos incompletos: por exemplo, a dificuldade de prever todas as futuras contingências, a complexidade de especificar por escrito todas as regras que prevalecerão para cada contingência que se possa prever, e a dificuldade de se observar e verificar a ocorrência de muitas contingências, para que se possa determinar se as ações contratualmente previstas devem ser colocadas em prática.

Entretanto, a incapacidade ou insuficiência de prever todas as situações futuras atinentes a negociação não é a única causa que leva à incompletude contratual, que pode derivar, ainda, de ato intencional dos contraentes. A incompletude pode funcionar, portanto, como estratégia contratual, cabendo às partes, no intuito de melhor gerir seu negócio, analisar se diante de determinado contexto econômico é indicado estipular o maior número possível de cláusulas ou, ao contrário, deixar uma cláusula de abertura, em que se possa prever a sua sucessiva determinação. Nesse sentido, afirma Marasco (2006, p. 16):

> Se a intenção dos contratantes é de planejar cada aspecto da operação que pretendem realizar, preferem um contrato "fechado", mediante o qual cada

> elemento do contrato (prestação, contraprestação, modalidade de execução etc.) é precisamente determinado desde o início. Se, ao contrário, é intenção dos contratantes evitar, desde o início, o risco superveniente capaz de alterar o equilíbrio econômico do contrato, o esquema negocial preferido é o aberto, pelo qual a contraprestação, ao invés de ser rigidamente predeterminada, é calculada de acordo com a despesa efetivamente suportada na execução da prestação.

Tais hipóteses serão examinadas a seguir, tendo como objetivo apresentar expressões usuais da teoria do contrato incompleto e clarear os pontos abordados que, ainda, não fazem parte da doutrina brasileira do direito contratual.

2.1.1 Incompletude súbita e incompletude deliberada

Inicialmente serão estudadas duas importantes expressões ligadas à teoria do contrato incompleto: incompletude deliberada e incompletude súbita. A respeito da primeira, Fici (2005, p. 11) leciona que o contrato deliberadamente incompleto deve ser entendido como "aquele contrato cujo conteúdo apresenta uma lacuna, visto que as partes atribuíram a um terceiro, a uma delas ou a um acordo posterior a determinação do elemento ausente".

Nesse sentido, há, portanto, um desejo das partes em deixar em aberto determinadas cláusulas, por entenderem que suposta necessidade de complemento poderá ser suprida por meio de deliberação sucessiva (mediante uma maior cooperação entre as partes, visando a atingir um nível ótimo de completamento), a depender da estratégia contratual oportunamente adotada por elas. O contrato incompleto apresenta-se, assim, como um instrumento de grande utilidade para gerir as "operações econômicas complexas que se desenvolvem em um contexto de incerteza e são destinadas a perdurarem no tempo" (FICI, 2005, p. 12).

Verifica-se que a incompletude deliberada ou intencional do contrato está intimamente relacionada à ideia de estratégia contratual, cabendo às partes, quando deixarem algum elemento do contrato em branco, optarem por uma técnica particular de gestão contratual dos riscos oriundos de uma operação econômica (FICI, 2005, p. 22). A incompletude deliberada envolve, assim, um decidir de não decidir, ou um decidir de decidir sucessivamente. Cooter e Ulen (2010, p. 223) exemplificam:

> Um contrato talvez não diga nada sobre a possibilidade de que uma greve ilegal impeça o fabricante de produzir as mercadorias prometidas. As partes talvez deixem esta lacuna deliberadamente no contrato por crerem que a possibilidade de uma greve seja remota. Os riscos remotos não justificam o custo da negociação e elaboração das condições para alocar esses riscos [...].

Para Araújo (2007, p. 156), a incompletude deliberada, que o referido doutrinador português denomina de inacabamento deliberado ou estratégico, "honestamente visa alcançar um nível óptimo de completamento ou aquele que maliciosamente visa deixar interstícios no clausulado para serem explorados *ex post*".

Como visto, a incompletude deliberada é uma técnica convencional de complemento de lacunas presentes no conteúdo do contrato. Quanto ao tema, Guerinoni (2007, p. 1) lembra que, "em geral, por lacuna (no conteúdo de um contrato) se entende a falta de previsão explícita por parte dos contratantes na ocasião de conclusão do contrato". Assim, a incompletude do contrato, nesta hipótese, é consequência das técnicas de contratação e/ou das diversas modalidades de conclusão do contrato, diferenciando-se quanto ao grau de complexidade do acordo[6] (GUERINONI, 2007, p. 2).

No entanto, Antonio Fici (2005) leciona que a incompletude pode ser súbita, opondo-se a incompletude deliberada, principalmente quanto ao elemento "volontà", já que na deliberada ou estratégica, as partes, por vontade própria, deixam em aberto alguma cláusula do contrato, o que não acontece na incompletude súbita, cujo conteúdo do contrato possui uma lacuna sem que tenha havido uma intenção dos contraentes.

Para uma melhor compreensão, utiliza-se de um exemplo fornecido por Cooter e Ulen (2010, p. 233): "suponha que um contrato não diga nada sobre a possibilidade de que um sequestro feche um aeroporto e impeça o vendedor de fornecer mercadorias pontualmente". O não regulamento voluntário de algum ponto do contrato no ato de sua conclusão, assim como a falta de estipulação quanto à possibilidade de sua determinação sucessiva, também deixa incompleto o contrato (incompletude súbita ou involuntária), acarretando, ainda, nessa hipótese, a aplicação do procedimento de integração ou interpretação, disciplinado pela norma legal, haja vista a concepção de completude do ordenamento jurídico retratada por Norberto Bobbio em seu livro *Teoria do ordenamento jurídico*.[7]

Como afirma Fici (2005, p. 23-24), a incompletude súbita pode assumir duas formas: uma aparente e outra real. Esta diz respeito às lacunas presentes no regramento contratual que são oriundas da "ambiguidade ou vagueza da linguagem utilizada pelas partes, e, portanto, de um defeito na declaração e/ou comunicação, ou, ainda, de uma verdadeira ausência de vontade, e assim de um defeito de vontade e/ou representação", que o ordenamento supre com integração. Em relação à aparente, é espécie de incompletude que o ordenamento supre com interpretação.

De maneira mais detalhada, Guerinoni (2007, p. 3) pontua que a incompletude pode ocorrer: a) pelo mero esquecimento dos contratantes de disciplinar um ponto do acordo; b) pela consciência das partes da substância de norma dispositiva que preenche a lacuna, fazendo os contraentes não discorrerem sobre uma regulamentação alternativa; c) pela escolha estratégica de um dos contratantes que, ao contrário da outra parte, conhecendo a norma dispositiva que se aplica ao negócio, prefere não

abordar quanto a este aspecto para poder, posteriormente, valer-se da norma dispositiva, provavelmente a ele mais favorável.

Resta evidenciada a distinção entre incompletude súbita e incompletude deliberada, já que nesta última os contraentes são conscientes de que, no ato de conclusão do contrato, uma parcela do seu conteúdo deve ser determinada posteriormente e que a lacuna será preenchida, alternativamente, por um outro acordo, pela determinação de apenas uma das partes, ou pela decisão de um terceiro. Situação diversa da incompletude súbita ou involuntária, em que as partes não tiveram a intenção de deixar lacunas no contrato, preferindo que o contrato incompleto venha disciplinado pelas normas legais (mediante o procedimento de integração ou interpretação).[8]

Guerinoni (2007, p. 6) relaciona, ainda, a incompletude deliberada aos contratos comerciais internacionais de longa duração, dos quais emerge uma tendência de considerar a determinação do conteúdo do acordo como um processo destinado a ficar aberto, guardando entre os contraentes um "vínculo de cooperação", termo utilizado para definir os relacionamentos entre empresas que unem seus esforços visando a perseguir um objetivo comum, não antagônico, tais como as *joint-ventures*, os consórcios e as associações de empresas.

Não é tarefa elementar distinguir quando a incompletude é súbita ou deliberada, o que resulta na dificuldade de rever as cláusulas contratuais. Porém, as peculiaridades oriundas do inacabamento contratual geram efeitos significativos quanto à possibilidade de intervenção por parte dos juízes. Logo, conforme dispõe Guerinoni (2007, p. 7-8):

> O fato de a conclusão do contrato ser precedida de uma longa e complexa negociação não influencia, por si só, no grau de completude do conteúdo, já que, pelas mais variadas razões, é possível que alguns aspectos não sejam regulados (talvez porque as partes tenham-se concentrado na definição de algumas e esqueceram-se de outras, que a seu ver eram "secundárias"; ou ainda pode ocorrer que, por conta, por exemplo, da complexidade do contrato (venda de uma participação acionária de controle de uma *holding*), os contraentes preferem remeter a determinação de um elemento (importante) do contrato (o preço) a um terceiro (um especialista ou conjunto de especialistas) se discutiram longamente sobre outros aspectos relevantes do acordo (como por exemplo o conteúdo das garantias).

Consoante preceitua Araújo (2007, p. 184), "em ambientes economicamente dinâmicos e sofisticados, na proximidade de mercados densos e concorrenciais, é de esperar que cresça o número de contratos com cláusulas abertas e com inacabamento deliberado". Posterga-se, para o futuro, o encontro de soluções, ainda que se tenha a cautela de indicar um núcleo intocável de escolhas, permitidas ou proibidas.

2.1.2 Incompletude inicial e incompletude sucessiva

Outra classificação da doutrina estrangeira que deve ser objeto de exame é a de incompletude inicial e incompletude sucessiva, que derivam da apresentada incompletude deliberada.

A incompletude deliberada subdivide-se, portanto, em incompletude deliberada inicial (ou originária), manifestando-se na conclusão do contrato e, em razão da existência de uma cláusula de abertura ou de incompletude deliberada sucessiva, em que há uma postergação da determinação do objeto do contrato ou, mais propriamente, há "uma abertura do regramento contratual originariamente (mas não definitivamente) completo" (FICI, 2005, p. 25). A respeito disso, Fici (2005, p. 25-26) complementa:

> As partes, de fato, podem decidir deixar o objeto indeterminado ao tempo da conclusão do contrato, ou determiná-lo imediatamente, mas, ao mesmo tempo, submeter essa determinação a um termo ou condição, programando, assim, a determinado período ou à realização de um evento futuro e incerto, uma atividade sucessiva de determinação.

Na prática, a incompletude inicial é mais frequente nos contratos de execução diferida, como na hipótese de um contrato de compra e venda, em que fique estipulado que o comprador (ou o vendedor) possa escolher as modalidades de pagamento, aplicando-se aos contratos de execução continuada ou periódica a incompletude sucessiva, presente no exemplo do contrato de *leasing* de cinco anos, em que a taxa mensal seja equivalente a um determinado montante, e a previsão, depois do terceiro ano ou na ocorrência de um determinado evento, de sua redeterminação, a ser realizada pelas partes, ou por um terceiro.

A incompletude sucessiva, ou também denominada superveniente, é a que mais ocorre concretamente, produzindo uma modificação no conteúdo preexistente do contrato e demonstrando que a determinação do objeto contratual não é uma atividade estática, mas sim dinâmica. Assim, "a categoria de incompletude sucessiva sinaliza que os problemas do objeto e de sua determinação não se exaurem com a conclusão do contrato, mas podem interessar mesmo na execução" (FICI, 2005, p. 28). No dizer de Guerinoni (2007, p. 9), "o contrato pode ser incompleto tanto porque seu conteúdo é lacunoso no momento da conclusão, quanto porque as partes, concluindo um contrato completo por si só, preveem expressamente que, decorrido certo período ou alteradas algumas condições, deverá ser procedida sua revisão."

As mudanças de circunstâncias, ou melhor, os riscos da atividade econômica são de ordem econômica (flutuações das taxas de cambio), política (guerra, golpe de Estado, usurpação) e natural (epidemia e catástrofe natural), estando inseridos no ordenamento pátrio como fatores que impõem as partes a resolução do contrato ou seu adimplemento. Porém, a teoria do contrato incompleto disciplina que o modo

mais simples e imediato para revolver a questão da superveniência contratual, consiste na alocação convencional do risco, ou seja, as partes devem ser livres para melhor alocar os riscos, sendo-lhes facultado inserir cláusula que imponha uma obrigação de modificação do regulamento contratual, ou que conceda à terceiro o poder de adequação.

2.1.3 Incompletude jurídica e incompletude econômica

Conhecer a distinção jurídica e econômica de incompletude contratual é de suma importância para uma melhor compreensão da teoria dos contratos incompletos, já que possuem conotações distintas, pois, para o Direito, a incompletude é associada à ideia de insuficiência, no sentido de que os integrantes da relação contratual não estipularam adequadamente todas as obrigações dela oriundas, favorecendo o nascimento de litígios. De outro lado, como já analisado, a Economia, apesar de reconhecer esse sentido jurídico, também faz referência à incompletude deliberada, atrelada à vontade das partes, em preservar inacabado o acordo, e à incompletude estrutural. Neste sentido, Araújo (2007, p. 156) ministra:

> O conceito de inacabamento contratual tem conotações bem distintas para o Direito e para a Economia. Em termos jurídicos trata-se geralmente de um mal, a insuficiente especificação das obrigações emergentes do contrato, com tendência a repercutir em níveis socialmente indesejáveis de litigiosidade e de litigância. O sentido econômico engloba naturalmente esse sentido jurídico, acrescentando-lhe ao menos dois outros: o do inacabamento deliberado ou estratégico [...] e o do inacabamento estrutural, ou seja, aquela margem inerradicável de incerteza que sempre acompanha as relações contratuais não-instantâneas, e que seria fisicamente impossível ou economicamente impraticável tentar resolver (aquilo que o próprio Direito acaba por reconhecer ao admitir para todos os contratos, independentemente do respectivo grau de acabamento, situação de alteração das circunstâncias e de impossibilidade superveniente).

Na visão dos juristas, o contrato é incompleto quando não regula explicitamente alguns aspectos da relação. Distancia-se da maneira dos economistas apreenderem o clausulado, para os quais o contrato é incompleto quando não estabelece ações e ganhos para as partes em todos as situações possíveis (BELLANTUONO, 2005, p. 62). A respeito, Guerinoni (2007, p. 45-46) acrescenta:

> A incompletude assume duas acepções: uma econômica e outra mais propriamente jurídica; por incompletude econômica do contrato se entende, em particular, a circunstância de que o contrato não disciplina

> todas as "possibilidades" [...], não liga as ações das partes a todas as possíveis contingências; nesse caso, assim, não é necessário – para demonstrar a incompletude do negócio, que o contrato apresente uma lacuna, sendo suficiente que o acordo inicial não tenha previsto uma circunstância capaz de influir nos ganhos esperados de uma das partes [...] A incompletude na acepção econômica é estritamente ligada ao problema da assunção, por parte dos contraentes, dos riscos inerentes ao contrato.

Constata-se que a incompletude jurídica e a econômica possuem pontos claramente distintivos, sem risco de se confundirem. A presença de lacunas jurídicas em nada se assemelha a escolha livre (voluntária) das partes em não disciplinar *ex ante* todas as contingências econômicas. Sobre esse ponto, Rachel Sztjan (2010, p. 26) comenta:

> A incompletude econômica pressupõe incapacidade fisiológica do contrato e dos contratantes de lidar com todas as modificações de circunstâncias posteriores à sua conclusão. A jurídica pressupõe que eventuais lacunas, mesmo as involuntárias, serão completadas por normas supletivas, princípios gerais de direito, interpretação, e integração, razão pela qual o contrato incompleto o é enquanto não interpretado ou integrado. Assim, se há instrumentos para completar o contrato, a discussão parece vazia ainda que os estados da natureza mudem. Mas, quando as lacunas deliberadas se destinarem a incentivar negociação futura, facilita-se que cada parte decida, de maneira ótima, em relação a cada evento, tornando mais eficientes as alocações de recursos.

De acordo com a distinção apresentada, é possível verificar o intenso relacionamento existente entre o contrato incompleto e o risco de superveniências, por traduzir, aquele, uma forma alternativa de gestão dos riscos supervenientes, não o fazendo, portanto, pela aplicação da disciplina legislativa (FICI, 2005, p. 21-22).

2.2 As razões da incompletude do contrato

A princípio, não se poderia fugir à tentativa de conceituar o contrato completo. Para tanto, usa-se a definição feita por Cateb e Gallo (2010, p. 2), para os quais, os contratos completos "seriam aqueles capazes de especificar, em tese, todas as características físicas de uma transação, como data, localização, preço e quantidades, para cada estado da natureza futuro".

De outra forma, Rachel Sztjan (2010, p. 14) define os contratos completos como aqueles que "exploram todas as distinções verificáveis entre estados da natureza, quando a execução é boa tendo em vista dificuldades das partes em distinguir todos os estados da natureza e a habilidade dos julgadores para verificar que estado ocorreu".

Verifica-se, portanto, que os contratos completos só seriam passíveis de ser firmados abstratamente, já que é impossível delimitar todas as contingências futuras, mormente quando condições de incerteza atuam sobre as relações contratuais de longa duração ou de execução diferida.

Assim, a teoria dos contratos incompletos aponta os fatores que acarretam nas imperfeições para a formação do contrato, pois, mesmo que as partes realizem um apurado estudo, "antes da elaboração do contrato, este pode não ser perfeito, e quase nunca o é, visto que existe a possibilidade das partes não serem capazes de antecipar, identificar e descrever respostas ótimas aos eventos futuros" (CATEB; GALLO, 2010, p. 4).

Em verdade, as partes contraentes não têm certeza de que o acordo será efetivado em conformidade com o estipulado em sua conclusão. Isso se dá em virtude da existência dos custos de transação, decorrentes de características objetivas, como a incerteza, a duração e os investimentos em ativos específicos, ou de características subjetivas, tais como a racionalidade limitada e o oportunismo negocial, fatores que serão apreciados a seguir.

2.2.1 A racionalidade limitada das partes

A análise econômica neoclássica parte da racionalidade plena dos agentes e, diante desta premissa, elabora as suas teorias.[9] No entanto, a teoria econômica da incompletude contratual parte da capacidade cognitiva limitada dos atores econômicos, realizando, a partir dessa característica, uma nova teoria pautada no papel desempenhado pelas instituições normativas e nos fatores propulsores dos custos de transações. Conforme ensina Fici (2000, p. 94):

> O conceito de racionalidade limitada é estritamente ligado, e às vezes é mesmo dependente, do problema dos custos necessários para adquirir informação e processá-la corretamente. [...]. Tendo em vista que a busca de informação é uma atividade custosa e que capacidade humana de processar informação é limitada, quanto mais as decisões se tornam complexas e envolvem mais trocas, a ideia de racionalidade limitada é a de que os agentes não vão buscar as decisões "ótimas", mas apenas aquelas "satisfatórias". A conduta dos sujeitos é apenas limitadamente racional.

A racionalidade limitada ou *bounded rationality* está localizada entre o que se compreende por racionalidade plena ou máxima e por irracionalidade. Apesar das barreiras do conhecimento e dos custos derivados da busca por informações, a racionalidade limitada implica uma conduta racional das partes, por manifestar, ao menos, uma decisão satisfatória. Conforme explica Guerinoni (2007, p. 43), "o termo racionalidade limitada faz referência aos limites cognitivos aos quais os homens estão sujeitos",

sendo essa característica a origem da impossibilidade das partes de visualizar e regular todas as contingências. Por isso, é possível falar em agentes humanos "racionais na intenção, mas, de fato, limitadamente racionais" (GUERINONI, 2007, p. 49).

Para Pinheiro (2010, p. 9), a racionalidade limitada é "uma forma de racionalidade imperfeita que assume que as pessoas buscam maximizar o seu bem-estar, mas sujeitas a restrições cognitivas que limitam a sua capacidade de processamento mental", criando um obstáculo na formação de escolhas ótimas. Entendimento, esse, oposto à doutrina precedente que tinha como premissa a racionalidade dos agentes. É o que atesta Salama (2010, p. 25):

> Não por outro motivo, a pesquisa em Direito e Economia há muito tempo se vem afastando do paradigma da hiper-racionalidade, geralmente substituindo-o pela noção mais flexível de "racionalidade limitada". Reconhecendo que os indivíduos nem sempre irão processar as informações disponíveis de forma ótima (ou simplesmente não terão acesso a todas as informações pertinentes), os mesmos passam a ser vistos como "intencionalmente racionais" ainda que limitados por aptidões cognitivas.

Reconhece-se, assim, que existem limites no processo de coleta de informações e que, em razão disso, as informações adquiridas e elaboradas são incompletas, além de traduzirem em um custo a ser suportado pelas partes contraentes. Conforme leciona Araújo (2007, p. 212), os custos de agência são uma variante dos custos de transação, por conciliar "as perspectivas desta última com a consideração dos factores de ineficiência que emergem da assimetria informativa e se manifestam em problemas 'friccionais' de motivação e supervisão dos 'agentes' que encabeçam a vida empresarial".

Em virtude do custo de informação, os agentes econômicos "preferem tomar decisões fundando-se intencionalmente em um espectro de conhecimento mais limitado do que aquele objetivamente possível" (GUERINONI, 2007, p. 50). Isso ocorre e é, portanto, considerada manifestação racional, porque as restrições feitas comportam uma economia superior em comparação às vantagens que as partes poderiam obter se realizassem uma busca mais ampla. Admitida "a impossibilidade de se conseguirem decisões ótimas (*optimal substantive decisions*) os agentes econômicos se contentam em tomar decisões ao menos satisfatórias (*satisfactory substantive decision*)" (GUERINONI, 2007, p. 51).

Diferencia-se *optimal decisionmaking procedure* de *satisfactory decisionmarking procedure*. Segundo o primeiro modelo, "um agente investe em busca por informação até que o custo de buscas adicionais iguale o retorno marginal esperado de tais buscas" (FICI, 2000, p. 95), ou seja, a decisão é ótima quando os custos marginais são iguais aos benefícios marginais.[10] Nessa linha, Cooter e Ulen (2010, p. 45) ilustram o ótimo econômico:

> Comecemos supondo que o tomador de decisões escolha algum nível inicial de uma coisa qualquer que ele esteja interessado em maximizar. Depois tenta determinar se esse nível inicial é seu máximo; será esse nível o melhor que ele consegue, em vista de suas restrições? Ele pode responder a pergunta fazendo mudanças muito pequenas – o que os economistas chamam de *marginais* – em relação ao nível inicial. Suponhamos que o tomador de decisões proponha aumentar o que ele estiver fazendo levemente acima de seu nível inicial. Haverá um custo associado a esse pequeno aumento que se chama *custo marginal*. Mas também haverá um benefício resultante de ter ou fazer mais do que quer que seja que ele está tentando maximizar. O benefício resultante desse pequeno aumento se chama benefício marginal.

Para o outro modelo, ao contrário, "O agente decide, antes de iniciar a pesquisa, o nível de satisfação que pretende alcançar. Assim, prossegue na pesquisa até que atinja a alternativa que satisfaça seu nível predeterminado de aspiração." (FICI, 2000, p. 96).

Alguns defeitos caracterizam o processo de elaboração das informações, tais como *representativeness*, *faulty telescopic faculty*, *disposition*, *faulty risk-estimation faculty* e *availability*, tendo Guerinoni (2007, p. 52-53) mencionado a respeito:

> O termo "*representativeness*" refere-se à adequação limitada e relativa dos dados colhidos para formulação de um juízo. [...] Muitas vezes, os agentes preferem interromper sua pesquisa antes de haver colhido todos os dados; objetivamente, a sua decisão se baseará necessariamente em um subconjunto de dados considerados representativos. [...]. O outro defeito cognitivo relevante consiste na "*faulty telescopic faculty*", vale dizer, na incapacidade dos agentes humanos de comparar racionalmente estados do mundo presentes e futuros; e, ao comparar os custos e as vantagens atuais com as vantagens e custos futuros, os agentes tendem a dar peso reduzido aos últimos em relação aos primeiros. [...] "*Disposition*": os agentes humanos são, muitas vezes, realisticamente otimistas; quando devem confronta-se com eventos futuros e incertos, tendem a supervalorizar as próprias probabilidades de sucesso; tendem a dar maior peso à probabilidade de se verificar um evento favorável que o contrário; [...] "*faulty risk-estimation faculty*" se evidencia que os agentes tendem a proteger-se apenas contra os riscos entendidos como muito prováveis, enquanto tendem a ignorar aqueles mais improváveis [...]. Por fim, a "*availability*" refere-se ao modo pelo qual um agente arquiva dados adquiridos e imagina cenários futuros. Quando se deve efetuar um juízo sobre a possibilidade de

> um evento, somente se baseia naqueles cenários e naqueles dados comparáveis que estão disponíveis (*available*) na memória e na imaginação. [...].

No cenário dos últimos anos, os juri-economistas, utilizando-se da psicologia cognitiva, deram luz ao movimento denominado *Law and behavioural science*, passando a estudar o perfil comportamental dos atores econômicos, servindo de importante auxílio aos intérpretes e legisladores, quando diante de casos concretos, que exijam soluções coerentes.

Nesse sentido, a racionalidade limitada poderia justificar uma interpretação menos rigorosa do requisito da imprevisibilidade, já que se baseia na oportunidade e dever de prever, levando em consideração o custo de se adquirir informações e a própria limitação racional dos contraentes.

2.2.2 Os comportamentos oportunistas dos contraentes

A conduta oportunista dos agentes econômicos é outro fator estudado dentro da teoria do contrato incompleto, sendo, também, responsável pelos custos transacionais. Tal comportamento está associado ao ato de agir com malícia, egoísmo, não cooperação e reprovabilidade, a partir do qual o agente econômico ajusta as circunstâncias para atingir o benefício pessoal. Para Pinheiro (2010, p. 9), o oportunismo "deve ser definido como uma forma forte de busca do interesse próprio, que pode passar por práticas desonestas, incluindo mentir, trapacear e roubar". Sobre o tema, Guerinoni (2007, p. 44) observa:

> O oportunismo indica, por outro lado, uma propensão específica do homem a buscar, com astúcia, finalidades egoísticas. Por conta do oportunismo, as promessas não são espontaneamente cumpridas pelos agentes humanos: torna-se assim necessário prever salvaguardas visando ao cumprimento dos acordos. Se não existisse racionalidade limitada e oportunismo, muitos dos problemas que os contratos devem confrontar por conta da incerteza seriam notavelmente simplificados.

Agir de forma oportunista é recorrer a comportamentos estratégicos, seja em razão de uma das partes possuir uma informação privilegiada, seja pela impossibilidade de acesso à mesma informação pelo outro contratante. Cooter e Ulen (2010, p. 64) exemplificam:

> Para ilustrar: ocorre muitas vezes que os vendedores sabem mais sobre a qualidade dos bens do que os compradores. Por exemplo, uma pessoa que coloca seu carro à venda sabe bem mais sobre suas peculiaridades do que um

> comprador em potencial. De modo semelhante, quando um banco apresenta um contrato de abertura de conta para ser assinado por uma pessoa que está abrindo uma conta corrente, o banco sabe muito mais do que o cliente sobre as consequências jurídicas do contrato. Quando os vendedores sabem mais a respeito de um produto do que os compradores, ou vice-versa, diz-se que as informações estão distribuídas assimetricamente no mercado.

Assim, "a presença de informação privada, inacessível a um ou a ambos os contratantes, permite que se recorra ao comportamento estratégico e representa um obstáculo à realização de trocas eficientes" (BELLANTUONO, 2000, p. 49).

Araújo (2007, p. 153) indica como solução comum para se enfrentar o problema do oportunismo ou do *holdup*, qual seja "a de se propor a realização de contratos minimalistas, com preço fixo e o menor número possível de estipulações – de acordo com o pressuposto de que, quanto maior a simplicidade, menos abundantes as armadilhas, e mais detectáveis". Da mesma forma, comportamentos cooperativos ajudariam a evitar situações de crises no relacionamento, já que as partes, diante de novas circunstâncias, entrariam em comum acordo para modificar os termos do contrato. Além disso, "o Direito pode certamente remediar as condutas oportunistas, considerando ilícitas a malícia ou a indução a erro com os quais um contratante desfruta da vantagem superveniente" (FICI, 2000, p. 97).

Um ordenamento jurídico fraco, se associado à conduta maliciosa, finda por provocar ineficiência contratual, pois "ninguém está disposto a concluir contratos nos quais a falta de sanções sociais ou de regras estatais adequadas torne especialmente elevado o risco de comportamentos oportunistas" (BELLANTUONO, 2005, p. 64). Assim, as normas estatais devem atuar como maiores incentivadoras para que os atores econômicos atuem no mercado de forma altruísta e cooperativa, devendo desestimular ações opostas. Segundo Cooter e Ulen (2010, p. 209), "fazendo cumprir a promessa, o tribunal pode dar a ambas as partes o que elas querem. Dar-lhes o que elas querem promove a troca e incentiva a cooperação reduzindo a incerteza e o risco". Sendo assim, "a primeira finalidade do direito contratual é possibilitar que as pessoas convertam jogos com soluções ineficientes em jogos com soluções eficientes" (COOTER; ULEN, 2010, p. 211).

Em verdade, os recentes estudos jurídico-econômicos demonstram que as convenções sociais influenciam o comportamento humano, possibilitando uma postura que não leva em consideração apenas o interesse particular, mas passe a adotar outras motivações, tais como: o altruísmo, a preocupação pelo interesse geral ou o bem comum, o sentimento de justiça, a solidariedade e a equidade. Acrescenta-se, ainda, que "a vontade de salvaguardar a própria reputação constitui – observadas determinadas condições, um desincentivo a adotar comportamentos oportunistas e um fator de adimplemento espontâneo dos contratos" (FICI, 2005, p. 99).

É que a má reputação, considerada como um custo à parte que deva ser levado em conta quando tiver perseguindo o próprio interesse, reduz as perspectivas de futuras transações. Assim, o agente econômico racional deve observar os custos existentes ao agir de forma cativa, optando, se desfruta ou não, da posição contratual de vantagem, eventualmente produto da modificação de circunstâncias. Ao abordar o tema, Fici (2005, p. 99) escreve:

> Entre os custos futuros de uma determinada conduta oportunista inclui-se não apenas, obviamente, o custo derivado da interrupção da relação e assim da perda (eventual) de investimentos específicos nessa relação, mas também os custos futuros derivados da perda reputacional em confronto com a parte considerada vítima de abuso, ou com outros eventuais parceiros negociais.

O receio da parte em perder a reputação configura um impedimento à realização de uma conduta oportunista. Em especial, isso ocorre nas relações de longa duração, já que, ao contrário dos acordos isolados, exigem que as partes atuem com cooperação, do contrário "perder-se-ia a possibilidade de efetuar outros negócios posteriores com o agente enganado, ou com outros, tão logo se disseminasse a informação de sua inconfiabilidade" (FICI, 2005, p. 100). Baseando-se na doutrina econômica da teoria dos jogos,[11] Fici (2005, p. 100) prossegue afirmando que, "a melhor estratégia para o jogador é, assim, convencer o outro de sua própria honestidade, e respeitar, a cada negócio, a confiança em si depositada."

Nesse sentido, tem-se que o agente, em cada transação realizada, buscará adimplir as suas obrigações a fim de encorajar as futuras contrapartes a nele confiar ou, em outras palavras, manter a própria reputação de honestidade. Sztjan (2010, p. 14) exemplifica que "no comércio internacional a confiança serve de fundamento para que muitos empresários aceitem a estranha prática de empregar termos genéricos". Acrescenta, também, que a "maximização da eficiência permite que, agindo racionalmente, celebrem contratos incompletos desde que conheçam as políticas econômico-sociais que poderão ser invocadas em face de uma dada operação internacional". Na hipótese, "a incompletude dos contratos poderia constituir-se na estratégia preferidas dos contratantes que pretendem basear, na confiança mútua, a função de assegurar o respeito às obrigações assumidas" (FICI, 2005, p. 101), afastando, assim, a presença de condutas oportunistas.

2.2.3 As incertezas dos negócios jurídicos

A incerteza é apontada como um dos fatores objetivos para a existência dos custos de transação nas operações econômicas. Isso ocorre porque nem sempre será certo o resultado previsto pela atividade negocial, uma vez que algumas operações são caracterizadas

pela incerteza dos resultados. Fici (2005, p. 77) explica que, nesse quadro, "os contratantes não podem conhecer com exatidão os resultados. A satisfação de suas expectativas é condicionada a acontecimentos não controláveis".

O mesmo autor adverte que a incerteza não deve ser compreendida apenas pelos fatores comuns de risco, conhecidos pela doutrina interna, como caso fortuito, força maior e fato do príncipe. A tais hipóteses, adicionam-se os eventos futuros não controláveis e não calculáveis pelas partes (incerteza primária) e os comportamentos que os contraentes têm no curso da execução do contrato. Essa (incerteza secundária) é gerada pela possibilidade de uma parte se comportar estrategicamente no confronto com a outra (FICI, 2005, p. 77). Esse comportamento estratégico é decorrente de uma natural predisposição de qualquer uma das partes ter uma atitude oportunista, visando a atingir os seus próprios interesses.

De igual modo, Guerinoni (2007, p. 47) classifica incerteza primária como "aquela que diz respeito aos eventos futuros não controláveis pelas partes, que fogem à sua capacidade de previsão." E incerteza secundária como aquela que "se refere à possibilidade dos contratantes se comportarem estrategicamente com relação ao outro no curso da execução do contrato". Tendo em vista a presença do elemento incerteza, a gestão de uma operação econômica de longa duração torna-se complexa e custosa.

Em um mundo ideal, a incerteza seria afastada pela capacidade ilimitada que cada contraente se disporia a prever e se programar a respeito de todas as circunstâncias modificadoras do contrato. Porém, conforme adverte Fici (2007, p. 78), trata-se de um cenário utópico, não possível, haja vista a capacidade cognitiva limitada dos contraentes e a presença dos custos elevados de previsão do futuro. Por essa razão, a resposta à incerteza não pode estar presente na redação de um contrato completo, mas o reconhecimento que o contrato pode ser deliberadamente incompleto pode constituir uma eficaz solução aos problemas gerados pela incerteza.

A incerteza é, portanto, um empecilho à gestão do contrato, tanto no momento em que as partes estão firmando a programação originária do acordo quanto na hipótese de uma eventual necessidade de adaptação em virtude de mudanças de circunstâncias. Conforme leciona Guerinoni (2007, p. 48), "em especial, se as transações fossem imunes a influências adversas externas, ou, ao menos, se essas pudessem ser previstas (e disciplinadas em seus efeitos), não existiria nem mesmo a necessidade de revisar os contratos". É em razão das mudanças de circunstâncias que se manifesta a necessidade de modificação.

Como adverte Sztjan (2010, p. 3), as "mudanças das estruturas de mercados desequilibram ou tornam menos eficientes operações de longo prazo já em curso". O elemento incerteza, muitas vezes, não é observado ou previsto pelos contratantes, porém, "se as partes pudessem prever o fato, provavelmente formulariam regras para ajustar a operação ao evento de forma a dar-lhe disciplina" (SZTJAN, 2010, p. 3).

Outro fator objetivo da operação econômica a ser apreciado é a longa duração e a complexidade do negócio contratual.

2.2.4 A longa duração e a complexidade do negócio contratual

Todo negócio que se estende no tempo torna mais difícil a sua gestão, por estar mais sujeito às incertezas decorrentes das mudanças sociais e aos custos operacionais para a redação, conclusão e execução do acordo. Nesse sentido, Sztjan (2010, p. 15) pontua que "fatores ambientais, sistema jurídico, idioma em que o contrato tiver sido redigido, normas sociais observadas em certas comunidades provocam impactos na complexidade da redação do instrumento contratual que nem sempre são claras". Por isso, para Roppo (1988), quanto mais um contrato é complexo, de longa duração, relacional, tanto mais é destinado a ser inevitavelmente incompleto.

Como já mencionado, "a incompletude é um problema que diz respeito a todos os contratos nos quais a execução não coincida com a conclusão, mas deva desenvolver-se em momento sucessivo" (FICI, 2005, p. 79), o que permite afirmar que qualquer contrato de execução não instantânea está sujeito ao risco da superveniência.

Observa-se, assim, que o tempo, elemento caracterizador do contrato, "é fruto de uma escolha precisa dos contratantes, cujo interesse, também duradouro, é voltado não a uma prestação, mas a uma execução conforme o cronograma previsto" (MARASCO, 2006, p. 21). De outro modo, Marasco (2006, p. 24) adverte que "o tempo é elemento capaz de alterar os termos do equilíbrio contratual, de impedir sua atuação e, assim, de frustrar as expectativas das partes". A respeito, Rachel Sztjan (2010, p. 9) acrescenta:

> Premissa é que, raramente, as circunstâncias ou o conjunto de fatos existentes e analisados no momento da contratação permanecerão constantes durante o tempo de execução do contrato; ainda que as pessoas prevejam ou intuam algumas possíveis mudanças, a previsão de regras que mantenham o equilíbrio e garantam a eficiência das alocações, para todas as situações, é difícil. Os efeitos que a passagem do tempo nas prestações de cada uma das partes difere, em comparação com as hipóteses em que a prestação seja adimplida imediatamente após a conclusão do contrato por uma das partes apenas, se ela for devida durante o prazo do contrato de forma continuada ou periódica (a execução consistirá em série de atos escalonados).

Verifica-se, portanto, que todo contrato possui uma dimensão temporal retratada, inicialmente, quando do surgimento do acordo, em seguida com o seu desenvolvimento, para depois, deixar de existir. Um acordo pode nascer e logo imediatamente extinguir-se, é o caso dos contratos de execução instantânea. No entanto, pode nascer e durar, nesse caso, tornando a relação mais complexa, motivo pelo qual se evidencia no

estudo econômico uma ligação entre incompletude e duração do contrato. Quanto ao tempo, Fici (2005, p. 88-89) acrescenta:

> A dimensão temporal pode, por outro lado, ser útil à satisfação de uma necessidade duradoura. Uma necessidade que não é suscetível de satisfação instantânea, mesmo que diferida. Nesta versão, o tempo constitui-se primordial e sua função é satisfazer continuamente, (ou periodicamente) um interesse duradouro. Assim considerado, o longo termo, sendo desejado pelas partes e satisfazendo um interesse duradouro, adquire relevância causal. O alongamento do adimplemento no tempo é, na verdade, condição indispensável para que o contrato produza os efeitos desejados pelas partes. Ainda, a utilidade que se obtém do contrato é proporcional à sua duração. O negócio é útil enquanto dura.

Detectado o problema da modificação de circunstâncias, a doutrina, inicialmente, formulou a denominada cláusula *rebus sic stantibus*, para indicar que "em todo contrato de prestações sucessivas, haverá sempre uma cláusula implícita de que a convenção não permanece em vigor se as coisas não permaneceram como eram no momento da celebração" (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 267). Atualmente, esta ideia está presente no ordenamento vigente por meio da denominada teoria da imprevisão, apreciada na próxima parte.

Em conclusão, é certo que o fator tempo interfere no andamento da relação contratual, sendo inerente aos contratos não instantâneos o problema de incompletude econômica e de gestão da superveniência.

2.2.5 Os investimentos em ativos específicos

Os investimentos em ativos específicos, assim como os fatores retromencionados (racionalidade limitada, oportunismo, incerteza, complexidade e tempo), são também responsáveis pela incompletude do contrato. Os investimentos específicos são gastos realizados pelos agentes econômicos em uma determinada relação contratual, aproveitáveis somente a uma dada operação, a qual teria a sua produtividade prejudicada se os investimentos forem transferidos para outra atividade. Pinheiro (2010, p. 10) esclarece:

> Por exemplo, um trem de alta velocidade será de pouca utilidade se utilizado em outra via férrea que não tenha recebido o tratamento adequado para acomodá-lo. Todo o conhecimento acumulado por um funcionário sobre as pessoas e a cultura de uma empresa será perdido se ele trocar de emprego. O mesmo se aplica ao conhecimento acumulado por um fornecedor sobre as exigências técnicas e gerenciais de um grande cliente. O tamanho dessa

> perda vai depender de como foi criado o ativo; se ele foi desenvolvido especificamente para amoldar-se a uma determinada transação, a perda com a mudança de uso tende a ser grande.

Os doutrinadores econômicos sugerem, como uma forma de salvaguardar os investimentos específicos presentes em uma operação econômica, que as partes adotem um modelo contratual duradouro. Nesse sentido, "a conclusão dos contratos de longo termo assegura que o contrato dure ao menos o tempo necessário para recuperar o investimento efetuado em vista ou em razão da conclusão do próprio contrato" (FICI, 2005, p. 90), afastando, assim, a possibilidade dos agentes econômicos comportarem com oportunismo.

Pretende-se evitar com a formulação de um contrato de longo termo, cujos investimentos específicos não foram ainda recuperados e que uma das partes, em regra, a que não aplicou receitas em ativos, não renove o acordo. Outra situação é quando os acordos de investimentos específicos são efetuados por ambos os contraentes, menos sujeitos a uma conduta oportunista. Atento a este ponto, Fici (2005, p. 104) acrescenta:

> Se os investimentos específicos não são bilaterais, ou seja, efetuado por ambos os contratantes, ou se os investimentos específicos realizados por um dos contratantes são consideravelmente maiores que aqueles realizados pelo outro, a operação torna-se crítica para aquele contratante que fez maiores investimentos, vez que se encontra exposto a risco, especialmente quando as circunstâncias do negócio mudam, em um possível abuso da outra parte, ou seja, o pedido oportunista de renegociação do conteúdo do contrato".

Quando os investimentos específicos são realizados por apenas um dos contraentes, este desejará dar continuidade ao acordo, porém estará em uma posição de maior fragilidade, podendo ser surpreendido com um pedido oportunista de renegociação dos termos contratuais. Atentando-se, portanto, à racionalidade limitada, à possibilidade de oportunismo e à presença de ativos específicos, quando a segurança jurídica se torna "essencial para fomentar o investimento e a eficiência econômica" (PINHEIRO, 2010, p. 9). Conforme adverte Fici (2005, p. 105):

> Se os investimentos específicos não fossem tutelados, agentes racionais seriam desincentivados a fazer tais investimentos ou o fariam em menor porte, o que é um resultado ineficiente. Eis por que torna-se importante que o ordenamento jurídico se preocupe em disciplinar de modo especial as operações econômicas estruturadas com investimentos específicos, tutelando a parte mais fraca exatamente em razão dos investimentos efetuados para aquela operação econômica.

Verifica-se, portanto, que os fatores subjetivos, oportunismo e racionalidade limitada, atuam diretamente sobre o fator objetivo do investimento em ativos específicos. Os agentes econômicos podem ter receio de firmar um negócio, aparentemente lucrativo às partes e quando o acordo vincula a necessidade de investimento em ativos específicos por apenas um contraente. "Se este problema não for resolvido, ele pode levar a um severo nível de subinvestimento, pois a parte que tiver de investir vai olhar para a frente e reconhecer que o retorno esperado no investimento pode ser expropriado pela outra parte" (PINHEIRO, 2010, p. 10).

Diante deste quadro de incerteza, a parte mais vulnerável buscará prever todas as possíveis contingências futuras, definindo "remédios" e ações para cada estado. "Mas a condição de racionalidade limitada inviabiliza essa ação, fazendo com que subsistam lacunas contratuais" (PINHEIRO, 2010, p. 10). Assim, mesmo que a parte procure realizar um contrato completo, os fatores ensejadores dos custos de transação acabam por vedar tal objetivo. A presença de um ordenamento jurídico atuante será indispensável para combater condutas oportunistas, motivo pelo qual na próxima parte se examinará a aplicação da teoria econômica do contrato incompleto pela ordem jurídica.

3 Fundamentos econômicos de revisão contratual

Discute-se a aplicação dessa nova forma de visualizar o instituto contratual. Para tanto, inicia-se esta última parte com uma breve contextualização histórica do contrato, atingindo a atual hipótese de revisão, baseada na teoria da imprevisão. Por fim, pretende-se demonstrar que os fundamentos econômicos do contrato incompleto ampliam a hipótese revisional presente no ordenamento jurídico, fazendo os estudos desenvolvidos por economistas inovarem a ordem jurídica.

3.1 Teoria da imprevisão

No presente tópico, pretende-se apresentar os principais aspectos envolvendo a teoria da imprevisão,[12] atualmente, utilizada para fundamentar as decisões prolatadas pelos órgãos do Judiciário quando da realização de revisão em contratos de longa duração.

A abordagem não terá a pretensão de esgotar possíveis discussões doutrinárias existentes, nem tão pouco será utilizada para destrinchar conceitos já trabalhados em obras de conceituados doutrinadores,[13] especialistas da área contratualista. Busca-se, entretanto, realizar uma explanação da teoria adotada pelos juristas brasileiros, a fim de que se possa realizar no próximo item um contraponto com a teoria econômica do contrato incompleto, que tem o condão de alargar a vigente hipótese revisional, baseada na teoria da imprevisão. Sobre isso, Pinheiro e Saddi (2005, p. 117) advertem:

> O nosso sistema jurídico – e, em particular; o novo Código Civil, apenas para darmos um exemplo – esgotou em dois ou três institutos a hipótese

> do "preenchimento" dos contratos incompletos: a imprevisão (artigo 317), a onerosidade excessiva (artigo 478) e a lesão grave (artigo 157), todos tendo como pressuposto a boa-fé objetiva. O que se pretende é oferecer a possibilidade de remediar a previsão defeituosa com a correção de qualquer evento externo à economia do contrato.

Toda ideia que circunda ou deveria nortear uma revisional de acordos livremente pactuados tem a intenção de alcançar o reequilíbrio do vínculo contratual, ou seja, intenta-se remanejar as partes para manter a situação de proporcionalidade perante as suas prestações. Conforme esclarece Lisboa (2010, p. 119):

> A desproporção superveniente da relação contratual é possível nos contratos de trato sucessivo ou de execução continuada, que são negócios jurídicos cuja execução se prolonga no tempo. Nesses casos, fala-se vulgarmente em contrato a prazo, porque as obrigações assumidas pelas partes são fracionadas em prestações ou, ainda, porque foram postergadas até o evento contratualmente ajustado (obrigações sob condição ou a termo). Tal fenômeno pode, ainda, verificar-se em negócios jurídicos de prazo indeterminado (como na locação de coisa), assim como nos contratos cativos de longa duração, em que uma das partes subordina-se quase que vitaliciamente à predisposição do conteúdo estabelecido pela outra (como é o caso do plano de saúde).

A teoria da imprevisão, disciplinada nos arts. 478 a 480 do Código Civil de 2002, incide, portanto, sobre os contratos de longo termo (execução diferida ou continuada), já que sobre os instantâneos (execução imediata) não há a possibilidade de ocorrência de desequilíbrio posterior. Relativiza-se a vinculatividade contratual[14] buscando ajustar a situação do contratante desfavorecido pelo decurso do tempo, quando diante da ocorrência de acontecimentos imprevisíveis capazes de alterar radicalmente a sua condição econômica. Por imprevisível, considera-se "tudo aquilo não passível de previsão, tudo o que não fizesse parte do cotidiano do homem comum e que, se cogitado no instante vinculativo, por certo seria causa impeditiva da contratação" (BORGES, 2006, p. 90).

Percebe-se, portanto, que o legislador não afastou por completo a regra a qual "o contrato tem força de lei", pois é perfeitamente aplicável aos contratos de execução imediata. Porém "*exigir a la letra, el contrato que fue (y ya no lo es) es abusar del contrato*", motivo pelo qual "*la incorporación en ese mismo contrato, desde su conformación, de una cláusula de renegociación es precaución que se impone como la más conveniente y previsora*" (MORELLO, 1994, p. 62). Comentando os arts. 1.372 e 1.467 do Código Civil Italiano, utilizados como referencial pelo legislador brasileiro, Marasco (2006, p. 8) afirma:

> O confronto das duas normas permite fazer uma primeira consideração, a saber, que a regra "o contrato tem força de lei", na sua acepção restrita e literal, diz respeito essencialmente aos contratos de execução imediata; para os contratos de execução prolongada, a sua aplicação dá-se na medida em que seja compatível com a causa e com a função que esse contrato persiga. Se a isso se acrescentar que no fundamento do artigo 1372 c.c. existe uma exigência de estabilidade e de certeza na relação negocial, pode-se concluir que apenas aparentemente o princípio *pacta sunt servanda* é conflitante com a regra que atribui relevância às circunstâncias que modificam o equilíbrio contratual, e com o princípio da revisão contratual. Os remédios que o ordenamento reconhece para se reagir às mudanças no cenário no qual o contrato se concluiu (resolução e revisão) não afetam a natureza vinculante do contrato, mas, ao contrário, eliminam (reestabelecendo aos termos originais) termos diversos daqueles que as partes desejaram, confirmando assim o princípio determinado no art. 1372 c.c.

Pela orientação desenvolvida na teoria da imprevisão, o Judiciário não apenas pode resolver um contrato, mas também deve atuar como poder estimulador da continuidade da relação jurídica, no momento em que rever as cláusulas contratuais. Perfilhando tal entendimento, Morello (1994, p. 63-64) acrescenta:

> *Debe darse el máximo de chance al ejercicio de la acción de revisión porque por encima de todas las razones esgrimidas para justificarlo (y lejos de apontocarse en un rígido e insensible apego a una mal entendida aplicación de la autonomía de la voluntad negocial), esa acción es la que efectivamente defiende al contrato sin desperñarlo en una resolución carente de sentido, y que las partes no atinan normalmente a demandar. Porque al ceñirse a los dos extremos cerrados (inmodificable mantenimiento del contrato ab origine/resolución) dejan al juez sin margen de maniobra para componer, equitativamente, el sinalagma. Con lo cual se consuma la máxima inseguridad jurídica, cual es la de consagrar una solución injusta, cuando aquélla —la justa y equitativa— era posible de obtenerse, sin embargo, a través de una manera más razonable y económicamente más conveniente, de una flexible y prudente (discreta) interpretación del sistema legal.*

Como intérprete da lei, o Poder Judiciário, por meio do Superior Tribunal de Justiça, órgão competente para examinar os dispositivos do Código Civil, tem advertido:

> É requisito para a aplicação da teoria da imprevisão, com o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que o fato seja imprevisível quanto à sua ocorrência ou quanto às suas consequências; estranho à

> vontade das partes; inevitável e causa de desequilíbrio muito grande no contrato. (REsp 1.129.738/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 05/10/2010, *DJe* 21/10/2010)

Assim, quando diante de circunstâncias capazes de tornar as obrigações firmadas pelas partes impossíveis de cumprimento ou de sacrifício exorbitante a um dos contratantes, o magistrado deve optar pela revisão contratual em vez da resolução do contrato, procurando conservar o negócio jurídico.[15] Consoante Orlando Gomes (2008, p. 216):

> O art. 478 do Código Civil deve ser interpretado à luz do princípio da conservação dos negócios jurídicos, pelo qual se deve procurar conservar o máximo possível do negócio jurídico realizado, tanto no que diz respeito à sua existência quanto à sua validade e eficácia.

Em resumo, Bittar Filho (2002, p. 121) assinala que, no direito brasileiro, os pressupostos de admissibilidade da teoria da imprevisão são:

> a) O contrato não deve haver sido totalmente executado (uma prestação, ao menos, tem de estar ainda pendente); b) o acontecimento deve ser imprevisível, anormal e exógeno (incomum, anormal e estranho à vontade das partes); c) deve haver onerosidade excessiva para um dos contratantes e benefício exagerado para outro; d) há de ocorrer a alteração radical das condições econômicas no momento da execução do contrato, em confronto com as do instante de sua formação; e) deve inexistir a mora antes do acontecimento.

Tendo como objeto as ações revisionais de acordos de longo termo, o Superior Tribunal de Justiça colocou em pauta a discussão envolvendo os contratos de arrendamento mercantil, que previam reajuste das prestações com base na variação da cotação de moeda estrangeira. O episódio resultante de inúmeros processos judiciais ocorreu em janeiro de 1999, com a forte desvalorização do real frente à moeda norte-americana, tendo sido relatado pelo Ministro Antônio de Pádua Ribeiro como um "evento objetivo e inesperado, a ensejar a modificação da cláusula contratual de ordem a evitar locupletamento de um contratante em detrimento do outro" (REsp 343.617/GO).

Na ocasião, a Corte Especial reconheceu a incidência do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), nos termos do art. 6º, V, em virtude da constatação "de fato superveniente ao pacto celebrado, consubstanciado, no caso, por aumento repentino e substancialmente elevado do dólar, situação de onerosidade excessiva para o consumidor

que tomou o financiamento" (REsp 473.140/SP, julgado em 12/02/2003, *DJ* 04/08/2003, p. 217).

Nesse julgamento, contudo, o Tribunal Superior, por decisão não unânime, repartiu o ônus advindo da elevação acentuada da cotação da moeda norte-americana, tendo o Ministro Aldir Passarinho Junior proposto, *in verbis*:

> [...] Índice de reajuste repartido, a partir de 19.01.99 inclusive, eqüitativamente, pela metade, entre as partes contratantes, mantida a higidez legal da cláusula, decotado, tão somente, o excesso que tornava insuportável ao devedor o adimplemento da obrigação, evitando-se, de outro lado, a total transferência dos ônus ao credor, igualmente prejudicado pelo fato econômico ocorrido e também alheio à sua vontade. [...].

Na hipótese apresentada, verificou-se o problema da interpretação realizada por um terceiro à operação, ainda que judicial. Muitas vezes, "a intervenção judicial acaba por facilitar ou favorecer comportamentos oportunistas" (SZTAJN, 2005, p. 40). Sobre a discussão dos contratos de *leasing*, Rachel Sztajn (2005, p. 40) recorda:

> Sem atentar para o fato de que o risco de eventual variação extraordinária do câmbio fora aceito pelos consumidores em troca de uma taxa de juros menor que as praticadas no mercado quando os contratos eram ajustados em moeda corrente, as decisões favoráveis aos demandantes consumidores foram causa do desaparecimento do *leasing* no país, com o quê, no médio prazo, a sociedade perdeu bem-estar.

Outro tema objeto de revisão judicial, com base no art. 421 do Código Civil, foi o contrato de compra de soja por agricultores à industria, tendo também gerado efeitos que o próprio Judiciário inicialmente não pode prever.

> A variação para mais no preço da soja e derivados, que não foi dividida com os produtores, e a invocação da "função social do contrato" deram causa a sentenças que resolveram operações contratadas antes do evento variação de preço. E, como efeito de segunda ordem, o fato de que a quebra da relação de confiança entre produtores e indústria fez cessar práticas como a antecipação, por conta do preço a ser pago ao final, de fornecimento pela indústria, aos agricultores, de sementes, adubo, defensivos ou outros insumos. Resultado foi o endividamento frente ao sistema financeiro, com o quê o risco, que antes era dividido entre industrial e produtor, recaiu inteiramente sobre o último. O legislador

> não pretendia tal efeito. Mas, como não há normas que possam afastar a incidência desse art. 421 das operações interempresariais, assumiu o risco dos efeitos de uma regra mal-projetada e pior aplicada. (SZTAJN, 2005, p. 40)

Apesar do Superior Tribunal de Justiça, em momento posterior, ter modificado as decisões proferidas no sentido de aplicar a Teoria da Imprevisão aos contratos de compra de soja, os efeitos oriundos delas já haviam se manifestado nas relações econômicas. Em recente julgado, a Corte Especial, assim, decidiu:

> DIREITO CIVIL E COMERCIAL. COMPRA DE SAFRA FUTURA DE SOJA. ELEVAÇÃO DO PREÇO DO PRODUTO. TEORIA DA IMPREVISÃO. INAPLICABILIDADE. ONEROSIDADE EXCESSIVA. INOCORRÊNCIA. 1. A cláusula rebus sic stantibus permite a inexecução de contrato comutativo - de trato sucessivo ou de execução diferida – se as bases fáticas sobre as quais se ergueu a avença alterarem-se, posteriormente, em razão de acontecimentos extraordinários, desconexos com os riscos ínsitos à prestação subjacente. 2. Nesse passo, em regra, é inaplicável a contrato de compra futura de soja a teoria da imprevisão, porquanto o produto vendido, cuja entrega foi diferida a um curto espaço de tempo, possui cotação em bolsa de valores e a flutuação diária do preço é inerente ao negócio entabulado. 3. A variação do preço da saca da soja ocorrida após a celebração do contrato não se consubstancia acontecimento extraordinário e imprevisível, inapto, portanto, à revisão da obrigação com fundamento em alteração das bases contratuais. 4. Ademais, a venda antecipada da soja garante a aferição de lucros razoáveis, previamente identificáveis, tornando o contrato infenso a quedas abruptas no preço do produto. Em realidade, não se pode falar em onerosidade excessiva, tampouco em prejuízo para o vendedor, mas tão-somente em percepção de um lucro aquém daquele que teria, caso a venda se aperfeiçoasse em momento futuro. 5. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 849.228/GO, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 03/08/2010, *DJe* 12/08/2010)

Tendo em vista o impacto que essas decisões causam na economia é que as ações revisionais devem ser examinadas com a devida cautela, afastando, assim, a manifestação de comportamentos oportunistas, que, com o amparo da lei, desejam descumprir os acordos voluntariamente pactuados.

Aplica-se, portanto, a teoria da imprevisão em casos especialíssimos para buscar reequilibrar o contrato que sofreu ou vem sofrendo interferência de evento superveniente, "aquele cujos efeitos são posteriores à data de conclusão do negócio jurídico e, por refletirem sobre a relação contratual, são de interesse das partes" (LISBOA, 2010, p. 123). Como aludido, o Código Civil (arts. 478 a 480) adota norma prevista

na lei civilista italiana (arts. 1.467[16] e 1.468[17]), que também faz referência à excessiva onerosidade superveniente, outorgando aos magistrados rescindir ou revisar o contrato, aplicando, ao caso concreto, o princípio do equilíbrio econômico do contrato.

A aplicação da teoria da imprevisão e, por conseguinte, a revisão judicial estão vinculadas à ocorrência de uma onerosidade objetivamente excessiva (aplicável a qualquer pessoa) e à extrema vantagem da outra parte. Vale ressaltar, ainda, que a onerosidade decorre de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, afetos aos contratos de longa duração (GOMES, 2008, p. 216).

3.2 Aplicação da teoria econômica do contrato incompleto no ordenamento jurídico

Feitas as breves colocações a respeito do vigente quadro normativo, almeja-se neste último tópico inserir na teoria jurídica os conhecimentos assimilados da teoria econômica do contrato incompleto, estudada na segunda parte. Inicia-se a abordagem com a compreensão de que o contrato incompleto é um meio alternativo de gerir riscos supervenientes, cujas características são distintas daquelas reconhecidas pela teoria da imprevisão. Visto o contrato dessa forma, reconhece-se, portanto, uma ampliação da hipótese de revisão contratual.

Os contratos incompletos partem da premissa de que as partes podem optar em não dispor sobre um determinado evento futuro, seja ele previsível ou imprevisível, preferindo fazê-lo, se necessário, em momento posterior. Por este motivo, a Teoria da Imprevisão ou a onerosidade excessiva "não se constituem em métodos adequados para identificar contratos com essa característica. Mais do que isso, não apresentam formas de superar a incompletude contratual sem ter de renegociar ou discutí-lo *ab initio*" (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 118).

Não restam dúvidas, toda relação contratual, cuja execução não é imediata, mas sim diferida ou continuada, poderá vir a sofrer possíveis modificações nas contingências originariamente previstas. Porém, a observação que se pretende fazer ao introduzir na órbita jurídica uma teoria econômica é que não apenas com base na imprevisão será permitido rever acordos contratuais.

Em verdade, a partir da escola *Law and Economics* e, em especial, dos estudos apresentados por Ronald Coase, é que os economistas começaram a disseminar pensamentos que teriam reflexos substanciais na esfera jurídica. Dentre esses, no que tange a relação contratual e o mercado, identifica-se os custos de transação.

Após os estudos dos custos de transação, os contratos bilaterais ou plurilaterais de longa duração passam a ser vistos como incompletos "porque os custos de transação proíbem as partes de colocarem todas as obrigações relevantes, isto é, maximizadoras de valor, no contrato" (POSNER, 2010, p. 50). Como visto, toda relação que se estende no tempo está sujeita aos custos de transação, isso ocorre, pois, a própria duração e complexidade do acordo são fatores geradores de tais custos. Ademais, a

teoria do contrato incompleto reconhece a racionalidade limitada e a conduta oportunista das partes envolvidas nas relações negociais duradouras. Sustenta-se, em razão disso, que deve sempre haver uma cooperação entre os contraentes se diante da ocorrência de uma contingência inicialmente não prevista.

Assim, diante da complexidade das operações que se prolongam no tempo, pode ser aconselhável às partes não dispor *ex ante* sobre possíveis contingências, pois o fazendo estariam agregando, já na conclusão do acordo, um custo que poderá ser de forma mais eficiente alocado *ex post*, quando de sua efetiva ocorrência, por meio de uma conduta cooperativa recíproca. Deseja-se afirmar, com isso, é que, sabendo da incompletude contratual existente nas relações complexas de longa duração, é dispendioso tentar amarrar todas as contingências futuras, por isso é necessário reconhecer o direito das partes de fazê-lo em momento posterior. Evita-se, portanto, o emprego de recursos para melhor delimitar acordos do tipo.

Em verdade, os custos de transação condicionam as escolhas das partes, delimitam as suas alternativas. Dessa forma, os contratantes firmarão determinado acordo, a depender dos recursos necessários para negociá-lo, executá-lo e controlá-lo.

Reconhece-se, entretanto, que os tradicionais operadores civilistas, codificadores e textuais têm dificuldade de assimilar o contrato incompleto, recorrendo sempre às normas supletivas ou à aplicação da cláusula da imprevisão. Nesse sentido, Rachel Sztjan (2010, p. 23) leciona:

> O operador do Direito, formado na tradição da dogmática civilista, de forte influência alemã, partindo das grandes codificações do século XIX, não se compadece com a noção econômica de contrato incompleto que é, para ele, inadmissível. Quando faltam disposições positivadas para o contrato típico, recorre-se às normas supletivas; se evento futuro, imprevisto ou imprevisível altera o sinalagma genético, o remédio é a aplicação da cláusula da imprevisão (*rebus sic stantibus*).

Tradicionalmente os civilistas compreendem os institutos da integração e da interpretação como instrumentos disponíveis a esvaziar qualquer alegação de incompletude contratual, pois mesmo que as situações da natureza mudem, ainda, sim, haverá o meio judicial para completá-los. Essas hipóteses, contudo, não abarcam as lacunas deliberadas, a existir por vontade das partes, e se destinam a estimular os contratantes a uma negociação futura. A incompletude deliberada permite que "cada parte decida, de maneira ótima, em relação a cada evento, tornando mais eficientes as alocações de recursos" (SZTJAN, 2010, p. 26).

Assim, na presença de um contrato deliberadamente incompleto, por meio do qual as partes optam por deixar uma lacuna no contrato a ser gerida posteriormente, deve-se afastar a aplicação dos mecanismos judiciais de integração e interpretação.

Sendo o magistrado um terceiro à relação firmada e, em razão disso, detentor de informações assimétricas. Sua intervenção pode acarretar alocações indevidas e desestimuladoras de novas operações entre as partes.

Por ser o contrato deliberadamente incompleto uma estratégia contratual das partes, é imperioso aos juristas reconhecer que não é toda ocorrência de circunstâncias supervenientes e imprevisíveis a ensejar a aplicação da teoria da imprevisão. Deve-se atentar se as partes optaram por gerir possíveis contingências *ex post*, objetivando, com isso, evitar o emprego de custos *ex ante*. Muitas vezes, as partes de um contrato "podem economizar custos de transação deixando lacunas nele" (COOTER; ULEN, 2010, p. 225).

Um dos campos de grande aceitabilidade dos pressupostos da teoria econômica do contrato incompleto é o do comércio internacional. Isso ocorre em virtude da complexidade dos acordos firmados nesse âmbito, em especial, as atividades exportadoras, que permitem uma melhora no desenvolvimento do país, ao inserir moeda estrangeira no mercado interno.

Para exportar, são realizados "vários investimentos em ativos específicos; é necessário conhecer o mercado destino, adaptar os produtos e práticas comerciais às normas e costumes locais, aprender línguas, estabelecer relações pessoais, fixar o conhecimento da marca" (PINHEIRO, 2010, p. 18) etc. É necessário, portanto, a realização de elevados investimentos, que se transformam em incertezas e, por conseguinte, em custos de transação, principalmente, quando a segurança jurídica não se faz presente no mercado de investimento. Assim, "a qualidade do Judiciário, quando existem ou se manifestam vieses ideológicos, é outro fator de desestabilização e desincentivo a investimentos estrangeiros" (SZTJAN, 2010, p. 20).

Apropria-se, nesse estudo, dos contratos internacionais, por serem exemplos da versatilidade do mercado, da rotatividade de produtos e dos avanços tecnológicos. Em acordos do tipo, reconhece-se a correlação entre lacunas deliberadas, racionalidade limitada e custos de transação. Sobre isso, atenta-se, por serem pertinentes, para os questionamentos formulados por Rachel Sztjan (2010, p. 20-22):

> Como então padronizar contratos de produtos em um mercado volátil? Como fixar padrões relativamente a bens inexistentes? O preço de novos produtos que venham a substituir, com mais qualidade, tecnologia de melhor qualidade, será igual ao dos atuais? Como prever, no clausulado contratual, salvo a negociação futura, a continuidade do fornecimento? Que padrão doméstico será definido para o novo produto? [...] Qual a garantia para fazer investimentos se a relação preço/qualidade estimada não for constante? Seria mais simples contratar com margem de flexibilidade e estabelecer-se que, futuramente, as partes renegociarão ou negociarão de forma a que os ganhos da operação sejam repartidos de maneira equitativa?

A própria autora responde: "trata-se de riscos cuja previsão *ex ante* pode ser ineficiente *ex post*, razão pela qual se prefere deixar lacunas para preenchimento se e quando o novo produto vier ao mercado" (SZTJAN, 2010, p. 20). Reconhecendo-se, portanto, que o indivíduo possui racionalidade limitada e delimitar todas as contingências futuras só elevaria os custos de uma transação, as partes podem deliberar em deixar lacunas para serem preenchidas posteriormente. Está-se diante de uma correlação de fatores que, segundo os institucionalistas, fará os contratantes buscarem restabelecer os laços de confiança, voltarem a olhar e analisar os "usos e costumes de praças, aqueles criados e respeitados em alguns setores da atividade econômica, a repetição de operações entre mesmos agentes" (SZTJAN, 2010, p. 21).

Diante da incapacidade de se impedir a concretização de contingências, qual contrato deve ser aplicado? Rígido ou flexível? O sistema jurídico está apto a incentivar a cooperação entre as partes e o equilíbrio do acordo?

Em verdade, tem-se que a incompletude serve às partes para introduzir na relação aquela flexibilidade necessária para que o contrato possa continuamente adequar-se às mudanças das circunstâncias, por isso reconhece-se que o contrato incompleto é um meio alternativo de gerir situações supervenientes. Ademais, consoante lição de Antonio Fici (2005, p. 114) "a incompletude é, assim, necessária para evitar os altos custos de transação que seriam gerados na tentativa de prever completamente o futuro, ou seja, todas as possíveis circunstâncias, no momento da conclusão do contrato."

Diante dos riscos ao redor das operações complexas de longa duração e, também, dos elevados custos que transações dessa espécie podem conduzir, a teoria dos contratos incompletos prega a cooperação das partes, o que implica lidar com lacunas e imperfeições contratuais. Nesse sentido, Sztjan (2010, p. 23) afirma:

> A percepção de que existe risco na operação deve ser acompanhada de propostas de solução inovadoras, sobretudo porque em operações complexas as regras predispostas *ex ante* nem sempre são suficientes. Simplicidade, equidade, confiança, desincentivo a oportunismos, presentes nas negociações e espelhados nos instrumentos de contrato permitem lacunas e negociação *ex post* eficientes.

O contrato relacional se enquadra nessa nova forma de ver o clausulado incompleto, por não compreender apenas uma troca simples, instantânea ou descontínua[18] (*discrete contracts*), mas envolver uma verdadeira relação entre os contraentes. Se pela transação isolada as partes buscam especificar o objeto da respectiva prestação, o preço de um lado e o bem ou o serviço trocado de outro intentam antecipar cada possível eventualidade e seus efeitos; na troca relacional, o objeto não é facilmente especificado, eis que "as partes não manifestam a intenção de definir acuradamente o valor dos negócios que contrataram entre si no futuro". (FICI, 2005, p. 113).

O que se tem são contratos com mais partes integrando a relação e mais abertos a futuras participações. Ao contrário da troca isolada, cujo início e o fim são bem definidos, a duração de um contrato relacional não está previamente estipulada, ou seja, não é possível individualizar com clareza um momento inicial e um momento final. Além disso, eventuais conflitos que possam surgir no futuro devem ser sanados com os dois elementos que animam as partes de um *relational contract*, cooperação e solidariedade. Macedo Junior (2010, p. 7) aponta as principais diferenças entre os contratos relacionais e os contratos descontínuos:

> Em primeiro lugar, é impossível especificar completamente o contrato relacional de longa duração em termos de preço, quantidade, qualidade e entrega, dada a sua mutabilidade constante. Isto porquanto ele envolve elementos não facilmente mensuráveis e visa regular situações que demandam alto grau de flexibilidade. Em segundo lugar, dadas as contínuas mudanças no produto ou características do serviço prestado, é impossível prever todas as contingências do futuro e especificar os termos dos ajustes nos contratos relacionais. [...]. Deste modo, os contratos relacionais fazem mais do que regular a troca de mercadorias e seu ajuste. Eles estabelecem o processo para cooperação inter organizacional no produto ou serviço, na produção e na estruturação da forma de gerenciamento. [...]. Por fim, os contratos relacionais de modo geral envolvem relações complexas entre diversas partes, nas quais os vínculos pessoais e de solidariedade, confiança e cooperação são determinantes.

Verifica-se, nesses contratos, que as partes escolhem em não assinalar definitivamente os riscos e benefícios entre si, optando em deixar os termos da troca cada vez mais abertos, sendo possível identificar uma conexão entre os contratos relacionais e os pressupostos da teoria econômica do contrato incompleto. Veja-se o que Fici (2005, p. 114) leciona:

> Em uma relação, por outro lado, as partes procuram fixar também o procedimento que deverão seguir para dirimir eventuais conflitos que se verifiquem entre elas. Isso porque as disposições pactuadas são incompletas e é necessário, assim, constituir os meios pelos quais serão estabelecidos, no futuro, os termos do negócio. A incompletude serve às partes para introduzir flexibilidade na relação, sendo essa necessária para que o contrato possa continuamente adequar-se às mudanças das circunstâncias [...].

Conclui-se, portanto, que o contrato relacional não é apenas governado pela regra legal, mas também pela regra extra legal proveniente da mesma relação. Tais regras incentivam as partes a proceder corretamente na fase de execução do contrato, ainda

mais se ocorrerem mudanças de circunstâncias. Compreende-se, assim, o contrato relacional como exemplo de contrato incompleto, porque as partes se utilizam de "remédios" extrajurídicos para sanear futuras contingências.

Tal situação diverge do modelo clássico[19] do direito dos contratos, cuja edificação está na figura da transação isolada, pois nesse, o mecanismo utilizado pelas partes, quando o contrato não é adimplido nas condições previstas, é o legal, ou seja, socorre-se à disciplina legislativa da superveniência contratual, que se apresenta inoportuna aos contraentes se esses escolhem concluir um contrato incompleto.

Dessa forma, na presença de contratos deliberadamente incompletos o jurista deve incentivar os contraentes, quando da ocorrência de circunstâncias supervenientes, a adotar um clima de cooperação, gerindo *ex post* a contingência não prevista, em conformidade com a teoria do contrato incompleto.

Conclusão

Não é exagero dizer que todo contrato, ainda que de cunho eminentemente jurídico, tem consequências econômicas. De uma simples cláusula criada para proteger a parte vulnerável até a estipulação de pesadas multas em caso de descumprimento, os contratos se inserem diretamente na seara econômica.

É fato, quando um país tem um regime jurídico forte e respeitado, sua economia tende a crescer.

É esta a justificativa do trabalho ora apresentado, quando identifica a real impossibilidade de duas ciências, Direito e Economia, ainda se manterem reservadas uma em relação à outra, apesar das constantes investidas no sentido de encurtar essa distância, cujo caminho já tem um nome: análise econômica do Direito.

Ainda em meados do século XX, no berço das universidades americanas, a Teoria Econômica do Contrato Incompleto veio oferecer, sobretudo ao mundo jurídico, uma nova forma de ver a Teoria Geral do Contrato, em especial, os fundamentos da Teoria da Imprevisão para revisão de acordos contratuais de longo termo.

A existência dos custos de transação passou a ser questionada a partir da escola do *Law and Economics* e os princípios da Nova Economia Institucional, oferecendo uma nova visão à necessidade de um sopesamento entre fatores tais como os custos advindos da racionalidade limitada, comportamento oportunista, assimetria de informações, duração, investimentos em ativos específicos, complexidade e incerteza das relações contratuais. Essas circunstâncias sempre devem ser combatidas como forma de salvaguardar as partes de futuros prejuízos, mas, a partir da visão econômica, seu entendimento e consideração devem ser ampliados e entendidos como partidos necessários para a interação entre esses dois ramos da ciência, Direito e Economia.

De um lado, a justiça deve funcionar como principal fonte de salvaguarda ao reduzir incertezas e estabelecer uma estrutura estável para as relações contratuais. De outro,

as consequências econômicas dessas garantias podem inviabilizar a plena eficácia e efetividade do contrato. O ponto de equilíbrio desses dois fatores é o que se busca.

A contribuição de Ronald Coase, com sua ideia de custo de transação, modificou o elenco das incertezas, entendendo-as como elementos necessários para assegurar a finalidade e os objetivos desses contratos, fundamentados na impossibilidade de antecipar todas as circunstâncias futuras. No entanto, deixar em aberto determinadas previsões contratuais e substituir os custos de transação por decisões administrativas entre empresas são elementos próprios das relações de longo prazo ou de execução diferida visando a evitar custos transacionais desnecessários.

A busca dessa justa medida, resultado da relação dialética, procurando um modelo capaz de satisfazer o mundo jurídico e a não onerosidade excessiva dos custos relacionados com fatos futuros passíveis ou não de acontecerem, conduziu este trabalho, pois a doutrina brasileira ainda não dispõe desses dispositivos, limitando-se unicamente a teoria da imprevisão como fundamento das ações revisionais levadas à apreciação do Poder Judiciário.

As operações econômicas e as operações jurídicas sempre existiram na sociedade, mas a importância dessas duas vertentes em sua completude e caracterizadas na figura dos contratos são fruto do aumento da relevância das operações geradas pelo crescimento das atividades de produção, troca e distribuição de serviços que já não limitam seu campo de ação às fronteiras da simetria e da disponibilidade de informação para se concretizarem.

A incompletude contratual pode se expressar de várias formas cujos conceitos são identificados na doutrina estrangeira, quais sejam, os contratos de incompletude súbita e incompletude deliberada, incompletude inicial e incompletude sucessiva, incompletude jurídica e incompletude econômica. Cabe ao ordenamento jurídico completar os contratos, guardando sempre o cuidado de não incorrer em onerosidade excessiva e dar-lhes a efetividade e eficácia desejadas.

Em sendo um meio alternativo de gerir riscos supervenientes, o contrato incompleto tem características distintas daquelas reconhecidas pela teoria da imprevisão. Suas "lacunas" servem às partes para introduzir na relação aquela flexibilidade necessária para que o contrato possa continuamente adequar-se às mudanças das circunstâncias, por isso se reconhece que o contrato incompleto é um meio alternativo de gerir situações supervenientes.

O contrato relacional, um tipo de contrato incompleto, tem como vantagem não ser apenas governado pela regra legal, mas também pela regra extralegal proveniente da mesma relação. Tais regras incentivam as partes a proceder corretamente na fase de execução do contrato, ainda mais se ocorrerem mudanças de circunstâncias. As partes se utilizam de "remédios" extrajurídicos para sanear futuras contingências.

Sua divergência do modelo clássico do direito dos contratos é mais evidente quando o contrato não é adimplido nas condições previstas, deve o jurista afastar a

aplicação da teoria da imprevisão, devendo incentivar as partes, quando da ocorrência de circunstâncias supervenientes, a adotar um clima de cooperação, gerindo *ex post* a contingência não prevista, em conformidade com a teoria do contrato incompleto.

Há um longo caminho a ser percorrido até se chegar ao contrato incompleto como solução ideal para os contratos de longo termo. É imprescindível a cooperação entre as partes, a eliminação de cláusulas de onerosidade excessiva e o reconhecimento da importância de eliminar custos transacionais desnecessários, deixando em aberto determinadas previsões contratuais a serem dirimidas *ex post*.

É, sim, possível concluir que a teoria econômica do contrato incompleto amplia a hipótese de revisão que se baseia na teoria da imprevisão, inovando, portanto, a ordem jurídica e abrindo novos caminhos para esse novo tipo de contrato que se impõe ao Brasil que começa a trilhar rumo à estabilidade financeira e assegurar aos contratantes uma base mais sólida e possível para permitir a "ousadia" dos contratos de longa duração.

: ARTIGO APROVADO (18/03/2014) : *RECEBIDO EM 14/01/2013*

NOTAS

1 "As ciências econômicas estudam a atividade produtiva não somente sob o aspecto do preço, mas considerando a alocação de recursos conforme as leis e os mecanismos de sua aplicação presentes na realidade dos agentes econômicos." (CATEB; GALLO, 2010, p. 1)

2 "Contratos completos seriam aqueles capazes de especificar, em tese, todas as características físicas de uma transação, como data, localização, preço e quantidades, para cada estado da natureza futuro. Em um contrato completo, a princípio, não haveria necessidade de verificação ou determinação adicional dos direitos e obrigações das partes durante sua execução, já que o instrumento delinearia todas as possibilidades de eventos futuros envolvidos com o objeto da contratação." (CATEB; GALLO, 2010, p. 2)

3 Os textos em Italiano foram traduzidos livremente pelas autoras.

4 Aqui, cooperação pode ser definida como "associação com outrem para benefício mútuo ou para a divisão mútua de ônus." (CATEB; GALLO, 2010, p. 5)

5 "Transações que implicam a passagem do tempo para que sejam concluídas. Por exemplo: uma parte paga agora e a outra promete entregar mercadorias mais tarde; uma parte entrega mercadorias agora e a outra promete pagar mais tarde; ou uma parte promete entregar mercadorias mais tarde, e a outra promete pagar quando as mercadorias forem entregues." (COOTER; ULEN, 2010, p. 208)

6 "*Tali lacune ricorrono di regola naturalmente in un contratto; si tratta di una circostanza da sempre nota e affermata; l'incompletezza del contrato è conseguenza, di fatto, delle tecniche di contrattazione e/o delle diverse modalità di conclusione del*

contratto, differenziate le une come le altre anche e soprattutto in relazione al livello di "complessità" del contratto stesso." (GUERINONI, 2007, p. 2)

7 Na referida obra, Bobbio (1999, p. 115-118) adverte: "Por 'completude' entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. Uma vez que a falta de uma norma se chama geralmente 'lacuna' (num dos sentidos do termo 'lacuna'), 'completude' significa 'falta de lacunas'. Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema. [...] A base dos ordenamentos fundados sobre o dogma da completude, como já foi dito, é o Código Civil francês, cujo artigo 4º diz: 'O juiz que recusar julgar, a pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpado de denegar a justiça'. [...] Concluindo, a completude é uma condição necessária para os ordenamnetos em que valem estas duas regras: 1) o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que se apresentarem a seu exame; 2) deve julgá-las com base em uma norma pertencente ao sistema".

8 "*Le lacune, peraltro, possono essere o subite dalle parti, ovvero da loro deliberate. Le prime si hanno quando i contraenti non regolamentano, all'atto della conclusione del contrato, un determinato aspetto del loro rapporto né prevedono alcun meccanismo di successiva determinazione di quell'aspetto, lasciando cosi (più o meno scientemente) incompleto e (più o meno scientemente) preferendo che questo venga disciplinato dalle norme di legge (mediante il procedimento dell'integrazione).*" (GUERINONI, 2007, p. 3)

9 Os aspectos da racionalidade são: 1) coerência das escolhas; 2) capacidade de compreender as consequências das próprias decisões; 3) capacidade ilimitada de computação também na presença de opções complexas; 4) pleno conhecimento das circunstâncias, atuais e futuras e também incertas e prováveis; 5) coerência também em sentido diacrônico; 6) comum percepção da realidade (as partes têm os mesmos conhecimentos) (FICI, 2000, p. 93).

10 Salama (2010, p. 23-24) ilustra: "suponha que uma empresa saiba que seus produtos às vezes causarão danos aos seus consumidores. Por exemplo, uma empresa de transporte aéreo sabe que existe a possibilidade de que haja acidentes aéreos. Quanto a empresa investirá para tornar seus vôos mais seguros? Como as empresas têm por objetivo maximizarem seus lucros e remunerarem seus acionistas, a resposta dependerá principalmente das seguintes variáveis: a) dos custos para tornar os produtos e serviços mais seguros (por exemplo, os custos para treinamento de pessoal, manutenção de aviões, desenvolvimento de novas tecnologias, etc), b) da probabilidade de ocorrência de acidentes com cada uma das possíveis tecnologias e métodos de segurança que podem ser empregadas; c) dos danos à reputação da empresa no caso de acidentes (por exemplo, por causa da diminuição da procura por passagens aéreas após um acidente); d) dos custos relacionados à responsabilização civil por danos causados (especialmente pagamentos de indenizações a vítimas e de multas ao governo); etc. [...]. De posse dessas estimativas, a empresa investirá para tornar seus produtos e serviços mais seguros até o ponto em que tais investimentos se paguem. Vale dizer: a empresa investirá em segurança até o ponto em que os custos marginais forem iguais aos benefícios marginais. No momento em que os investimentos em segurança causarem mais custos do que benefícios, a empresa deixará de investir em segurança".

11 "A teoria dos jogos é muito utilizada nos ramos da matemática e economia, porém, demais áreas como computação, sociologia, biologia, ciências políticas e direito já estudam a sua aplicabilidade dentro do seu campo de atuação. Pela definição de Carvalho (2007, p. 215), "a teoria dos jogos é um método utilizado para representar e compreender as decisões tomadas por agentes que interagem entre si. Também é correto afirmar que, a partir dessa compreensão, constitui um meio para a adoção da melhor escolha nos casos de interação estratégica". Dentre os seus principais precursores, encontram-se o francês Emile Borel, que em 1921 já havia publicado *la théorie du jeu*, Von Neumann e Oskar Morgenstern, que em 1944 publicaram o livro *The Theory of Games and Economic Behavior* e John Nash, 1951, com os artigos *Non-cooperative games*, *The bargaining problem* e *Two-person cooperative games*. Sobre o panorama histórico da teoria dos jogos, Russel (2004, p. 623) escreve, "as raízes mais antigas da teoria dos jogos podem ser localizadas em propostas feitas no século XVII por Christiaan Huygens e Gottfried Leibniz para estudar interações humanas competitivas e cooperativas de forma científica e matemática. Ao longo do século XIX, vários economistas importantes criaram exemplos matemáticos simples para analisar casos específicos de situações competitivas. Os primeiros resultados formais em teoria dos jogos se devem a Zermelo (1913). Emile Borel (1921) introduziu a noção de uma estratégia mista. A colaboração de Von Neumann com o economista Oskar Morgenstern levou à publicação em 1944 do volume *Theory of Games and Economic Behavior*, o livro definitivo sobre teoria dos jogos [...]. Em 1950, com 21 anos de idade, John Nash publicou suas ideias relativas a equilíbrios em jogos gerais. Sua definição de uma solução de equilíbrio, embora se originasse do trabalho de Cournot (1838), ficou conhecida como equilíbrio de Nash'. Através do estudo da teoria dos jogos, é possível detectar qual é a melhor opção a ser tomada por um jogador quando diante de uma dada

situação, devendo os agentes econômicos seguir determinada estratégia tendo sempre como base a estratégia do outro. A escola de direito e economia utiliza a teoria dos jogos para analisar como as 'empresas interagem, dadas as normas legais, e para entender como elas influenciam seu comportamento estratégico como agentes econômicos ou como partes em litígios de diversos tipos' (PINHEIRO, 2005, p. 157)." (CAMINHA; LIMA, 2009, p. 213)

12 "Também conhecida ao longo dos séculos como cláusula implícita ou tacitamente contida (Bártolo de Sassoferrato), lesão superveniente (Mantica), pressuposição ou vontade condicionada (Windscheid), soppravvenienza ou vontade marginal (Osti), base do negócio jurídico (Oertmann), reserva virtual (Kruckmann), teoria do erro (Giovenne), excessiva onerosidade (Código Civil italiano), alteração das circunstâncias (Código Civil português), teoría de la imprevisión (Código Civil argentino e todos os de língua castelhana, com exceção do Chile) ou, como vige entre nós, Teoria da Imprevisão." (BORGES, 2006, p. 88)

13 Destacam-se, entre outros, Caio Mário, Washington de Barros, Orlando Gomes, Maria Helena Diniz e Silvio Venosa.

14 "Por isso, a relativização da vinculação contratual foi a solução adotada a fim de se permitir a restituição das partes ao estado jurídico anterior ao fator que provocou o desequilíbrio do ajuste originariamente pactuado. A relativização do contrato encontra fundamento no princípio da conservação do negócio jurídico, o que se torna possível mediante a sua revisão, cujo desiderato é a promoção do reequilíbrio do ajuste originariamente estabelecido, restituindo-se as partes à comutatividade originária, quando da conclusão do contrato." (LISBOA, 2010, p. 119)

15 Enunciado n. 176, aprovado na III Jornada de Direito Civil: "em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual".

16 "*Art. 1467 Contratto con prestazioni corrispettive. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'Art. 1458 (att. 168). La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (962, 1623, 1664, 1923).*"

17 "*Art. 1468 Contratto con obbligazioni di una sola parte. Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità.*"

18 "Os contratos descontínuos ('*discrete contracts*') têm como características básicas o fato de serem impessoais, 'presentificadores' ('*presentiate*') (i.e., tendem a tornar presente o futuro), envolverem uma barganha entre partes instrumentalmente orientadas e requerem o mútuo consentimento das duas partes. Ele é descontínuo e compõe uma entidade separada, na medida em que ele planeja uma transação separada de todas as transações a ela anteriores, contemporâneas ou subseqüentes. Cada ato contratual é considerado um ato isolado, independente e autônomo, pois que tem em si todos os seus elementos essenciais constitutivos. Assim, por exemplo, o contrato de acordo com o Código Civil Brasileiro de 1917, desde que contenha livre manifestação da vontade, objeto lícito, agente capaz e não ofenda a forma prescrita em lei, é considerado ato negócio jurídico perfeito e gerador de efeitos jurídicos, em particular, do efeito vinculante e da executoriedade". (MACEDO JUNIOR, 2010, p. 4-5).

19 "O contrato descontínuo corresponde à definição que o pensamento contratual clássico deu ao contrato tanto na doutrina quanto na elaboração de estatutos e código." (MACEDO JUNIOR, 2010, p. 5)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALPA, Guido. *Analisi economica del diritto privato.* Milano: Giuffrè, 1998.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato.* Coimbra: Almedina, 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo código civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão; e, em especial, onerosidade excessiva. *Revista Jurídica*, v. 308, p. 7-18, São Paulo, jun. 2003.

BACKHOUSE, Roger. *História da economia mundial*. Tradução Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 2007.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. *In:* TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo:* embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 407-423.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). REsp 112.9738/SP, Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma, julgado em 05/10/2010. Dje 21-10-2010. Inteiro teor disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901440080&dt_publicacao=21/10/2010>. Acesso em: 5 dez. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). REsp 473.140/SP, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Lavrar acórdão Ministro Aldir Passarinho Junior Segunda Turma, julgado em 12/02/2003. Dje 04-08-2003. Inteiro teor disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.aspregistro=200201348879&dt_publicacao=04/08/2003>. Acesso em: 5 dez. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). REsp 343.617/GO, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Terceira Turma, julgado em 18/06/2002. Dje 16-09-2002. Inteiro teor disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200101037251&dt_publicacao=16/09/2002>. Acesso em: 5 dez. 2010.

BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia.* Padova: Cedam, 2000.

_____. *Analisi economica del diritto.* Trento: Uni-service, 2005.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Contratos: perfil jurisprudencial no direito brasileiro vigente. *Revista dos Tribunais*, v. 801, p. 115-123, São Paulo, jul. 2002.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico.* Tradução Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BORGES, Nelson. Aspectos positivos e negativos da revisão contratual no novo código civil. *Revista dos Tribunais*, v. 849, p. 80-110, São Paulo, jul. 2006.

CABALLERO, Gonzalo. Instituciones e historia económica: enfoques y teorías institucionales. *Revista de Economía Institucional*, v. 6, n. 10, p. 135-157, Bogotá, jan./jun. 2004. Disponível em: <www.economiainstitucional.com/pdf/No10/gcaballero10.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2010.

CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana. Poder Judiciário e crédito: aplicação da teoria dos jogos. Pensar: *Revista de Ciências Jurídicas*, v. 14, n. 1, p. 204-219, Fortaleza, jan./jun. 2009.

CATEB, Alexandre Bueno; GALLO, José Alberto Albeny. *Breves considerações sobre a teoria dos contratos incompletos.* Disponível em: <http://escholarship.org/uc/item/1bw6c8s9>. Acesso em: 17 jun. 2010.

COASE, Ronald Harry. *The firm, the market, and the law.* Chicago: University of Chicago Press, 1990.

_____. O problema do custo social. *In:* SALAMA, Bruno (Org.). *Direito e economia:* textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 59-112.

_____. *El problema del costo social*. Disponível em: <www.coase.org/coaseintranslation.htm>. Acesso em: 23 fev. 2010.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. Tradução Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

_____. Le migliore leggi giuste: i valori fondamentali nell'analisi economica del diritto. *In:* ALPA, Guido (Org.). *Analisi economica del diritto privato.* Milano: Giuffrè, 1998. p. 464-488.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARRELL, Martín Diego. *Filosofia del derecho y economia.* Buenos Aires: La Ley, 2006.

FICI, Antônio. *Il contrato incompleto.* Torino: G. Giappichelli, 2005.

FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. Cláusula *rebus sic stantibus*: teoria da imprevisão. *Revista dos Tribunais*, v. 845, p. 725-750, São Paulo, mar. 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil:* contratos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GALLO, José Alberto Albeny. *Contratos incompletos.* Disponível em: <www.mcampos.br/POSGRADUACAO/MESTRADO%20DIREITO/dissertacoes/josealbertoalbenygallocontratosincompletos.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito contratual contemporâneo: a função social do contrato. *In:* TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo:* embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 369-393.

GOMES, Orlando. *Contratos.* 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
_____. *Transformações gerais do direito das obrigações.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.
GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
GONZÁLEZ, José E.; TINTI, Guillermo P.; CALDERÓN, Maximiliano R.; RIBA, Marina A. *Teoría general de los contratos.* Buenos Aires: Ábaco, 2004.
GRISI, Giuseppe. *L'autonomia privata:* diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia. Milano: Giuffrè, 1999.
GUERINONI, Ezio. *Incompletezza e completamento del contratto.* Milano: Giuffrè, 2007.
HUISMAN, Denis. *Dicionário dos filósofos.* São Paulo: Martins Fontes, 2001.
HUNT, E. K. *História do pensamento econômico.* Tradução José Ricardo Brandão Azevedo. 7. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1989.
ITURRASPE, Jorge Mosset; PIEDECASAS, Miguel A. *Responsabilidad civil y contratos:* La revisión del contrato. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2008.
LEITE, Gisele. *Evolução doutrinária do contrato.* Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/REV_86/artigos/GiseleLeite_rev86.htm>. Acesso em: 2 dez. 2010.
LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
LOURENÇO, José. *Limites à liberdade de contratar:* princípios da autonomia e da heteronomia da vontade nos negócios jurídicos. São Paulo: J. de Oliveira, 2001.
MACARIO, Francesco. *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine.* [S. l.]: Jovene, 1996.
MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais do direito brasileiro.* Disponível em: <www.lasa.international.pitt.edu/LASA97/portomacedo.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2010.
MARASCO, Gherardo. *La rinegoziazione del contratto* – Strumenti legali e convenzionale a tutela dell'equilibrio negoziale. [S. l.]: Cedam, 2006.
MORELLO, Augusto M. *La adecuación del contrato:* por las partes, por el juez, por los árbitros. La Plata: Libreria Platense, 1994.
NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. New York: Cambridge, 2009.
NUSDEO, Fábio. *Curso de economia.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil.* 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
PINHEIRO, Armando Castelar. *Segurança jurídica, crescimento e exportações.* Disponível em: <www.ipea.gov.br/pub/td/2005/td_1125.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2010.
POSNER, Eric. *Análise econômica do direito contratual:* sucesso ou fracasso? Tradução Luciana Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. São Paulo: Saraiva, 2010.
POSNER, Richard. L'economia e il giurista. *In:* ALPA, Guido (Org.). *Analisi economica del diritto privato.* Milano: Giuffrè, 1998. p. 48-54.
PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada.* Coimbra: Almedina, 1982.
REALE, Miguel. *A boa-fé no código civil.* Disponível em: <www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>. Acesso em: 2 dez. 2010.
_____. *O novo código civil.* Disponível em: <www.sescsp.net/sesc/revistas_sesc/pb/artigo.cfm>. Acesso em: 2 dez. 2010.
RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Teoria geral dos contratos:* contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
RODOTÀ, Stefano. *Le fonti di integrazione del contratto.* [S. l.]: Giuffrè, 2004.
RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. *Revista de Informação Legislativa*, v. 41, n. 163, p. 113-130, Brasília, jul./set. 2004.
ROPPO, Enzo. *O contrato.* Coimbra: Almedina, 1988.
SADDI, Jairo. *Crise e regulação bancárias.* São Paulo: Texto Novo, 2001.
_____. *Crédito e Judiciário no Brasil.* São Paulo: Quartier Latin, 2007.
SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.) *Direito e economia:* textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010.
SANTANA, Edvaldo Alves de. *Instituições, governança econômica e incompletude dos contratos:* teoria e prática. Disponível em: <www.anpec.org.br/encontro2008/artigos/200807210909450-.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2010.
SMITH, Adam. *Uma investigação sobre a natureza e causas da riqueza das nações.* Tradução Noberto de Paula Lima. Curitiba: Hemus, 2001.
SZTJAN, Rachel. Função social do contrato e direito de empresa. *Revista de direito mercantil:* industrial, econômico e financeiro, v. 44, p. 29-49, São Paulo, jul. 2005.

_____. *Supply chain e incompletude contratual.* Disponível em: <www.revistassystemas.com.br/index.php/systemas/article/viewPDFInterstitial/10/11>. Acesso em: 10 jun. 2010.
SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. *Direito e economia:* análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Campus, 2005.
TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo:* embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
ZYLBERSZTAJN, Decio. *A organização ética:* um ensaio sobre as relações entre ambiente econômico e o comportamento das organizações. Disponível em: <www.ead.fea.usp.br/whapers/2000/erudicao.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2010.
WILLIAMSON, O.E. I costi transattivi e la disciplina del contratto. *In:* ALPA, Guido (Org.). *Analisi economica del diritto privato.* Milano: Giuffrè, 1998. p. 149-171.

Uinie Caminha

Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo
Professora Titular da Universidade de Fortaleza e Adjunta da Universidade Federal do Ceará
Advogada

Unifor – Centro de Ciências Jurídicas
Av. Washington Soares, 1321
Edson Queiroz – 60811-905
Fortaleza – CE – Brasil
ucaminha@unifor.br

Juliana Cardoso Lima

Mestre em Direito pela Universidade de Fortaleza

Unifor – Centro de Ciências Jurídicas
Av. Washington Soares, 1321
Edson Queiroz – 60811-905
Fortaleza – CE – Brasil
juclima@hotmail.com

ISONOMIA NA TRIBUTAÇÃO EXTRAFISCAL

André Folloni

EQUALITY IN TAXATION FOR NON FISCAL PURPOSES

RESUMO

Nos últimos anos, o Brasil tem utilizado frequentemente a tributação como meio de indução das atividades econômicas, pretendendo atingir objetivos de regulação da economia. Esse uso da tributação enquadra-se naquilo que a doutrina, tradicionalmente, denomina "tributação extrafiscal" ou "extrafiscalidade". Ela provoca uma diferenciação entre os contribuintes: aqueles que já realizam a conduta pretendida pelo poder público e que, por isso, não serão afetados pela tributação extrafiscal, e os que não a realizam, e que serão os destinatários dessa tributação. Criando uma diferenciação, essa forma de tributação está sujeita ao controle jurídico da igualdade. Porém, os aparatos doutrinários tradicionais de controle da igualdade no direito tributário, derivados da capacidade contributiva, não se aplicam plenamente à tributação extrafiscal. Este artigo investiga a proporcionalidade como critério de controle da validade das desigualdades criadas, pelo Estado, ao tributar com o objetivo de interferir na economia, direcionando-a para a promoção de certas finalidades.

PALAVRAS-CHAVE

Intervenção do Estado; Desenvolvimento; Tributação; Extrafiscalidade; Igualdade.

ABSTRACT

In recent years, Brazil has often used taxation to induct economic activities, intending to achieve the goals of regulating the economy. This use of taxation falls on what the law theory traditionally call "extrafiscal taxation". It causes a differentiation between taxpayers: those who already perform the conduct desired by the government and therefore will not be affected by extrafiscal taxation, and those who do not realize it, and that will be the recipients of such taxation. Creating a differentiation, this form of taxation is subject to the legal control of equality. But the traditional doctrinal ways of equality control in tax law, derived from the ability to pay, are not fully apply to this type of taxation. This paper investigates how the proportionality criterion validity control of inequalities created by the State to tax in order to interfere in the economy, directing it to promote certain purposes.

KEYWORDS

State intervention; Development; Taxation; Extrafiscality; Equality.

Introdução

O Estado brasileiro contemporâneo tem utilizado, com frequência e vigor, tributos para regular a economia e influir nas tomadas de decisão adotadas pelos agentes econômicos, dirigindo suas atividades. É um Estado que tem procurado influenciar cidadãos e

empresas em suas decisões econômicas. Adéqua-se, assim, à categoria dos "Estados incitadores", produtores de influências (MARTINS-COSTA, 2005, p. 137).

Nos últimos anos, há vários exemplos desse tipo de ação. Para enfrentar a crise econômica no início de 2009, por exemplo, houve a redução do IPI para os veículos, depois estendida para os eletrodomésticos da "linha branca". Essa alteração na política fiscal e nas normas de direito tributário procurou influenciar as decisões tomadas por cidadãos consumidores e indústrias automobilísticas, e fomentar uma economia que tendia a desacelerar, em atuação anticíclica. Mais recentemente, houve o estabelecimento de diferença no IPI para os veículos importados – ou produzidos, no Brasil, com alto índice de industrialização no exterior –, em relação aos veículos de produção nacional ou com alto índice de industrialização interna. A política fiscal, nesse caso, implicou maior carga tributária para os veículos importados. Sofreu o impacto do direito tributário, pois a regra constitucional da anterioridade nonagesimal, prescrita no art. 150, III, *c*, inicialmente desrespeitada, teve sua eficácia garantida pelo Supremo Tribunal Federal, em despacho proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.661. E pode vir a sofrer novo impacto, pois o art. III, 1 e 2, da Parte II, do Acordo Geral de Tarifas e Comércio – GATT, impõe a regra da não discriminação, por tributos internos, como o IPI, entre mercadorias nacionais e importadas, discriminação que acabou ocorrendo.

O tema, portanto, merece atenção da doutrina e da comunidade jurídica como um todo. O presente artigo propõe-se a examinar os critérios de isonomia a serem verificados quando da utilização dos tributos como meio de direcionamento da economia, num aspecto daquilo que se convencionou chamar de "função extrafiscal" dos tributos.

1 Justiça e igualdade na tradição da doutrina tributarista: o reducionismo epistemológico

A doutrina tributarista, no Brasil, costuma limitar duplamente sua apreensão a respeito dos temas da justiça tributária. Em primeiro lugar, limita-a porque a reduz, praticamente, à igualdade tributária e à capacidade contributiva, num expediente redutor, que separa o direito tributário da destinação do produto da arrecadação ou dos efeitos concretos gerados na vida dos contribuintes. Em segundo lugar, limita-a porque reduz seu exame, normalmente, aos tributos com função arrecadatória – a tradicional função fiscal dos tributos. Novo expediente redutor, a cindir o direito tributário da política fiscal.

Na primeira redução, a doutrina equipara a tributação justa àquela que obedece ao princípio da igualdade tributária. Esse princípio, no direito brasileiro, é compreendido pela conjugação de dois preceitos constitucionais: a capacidade contributiva, princípio geral do sistema tributário nacional (CF, art. 145, § 1°, *ab initio*), e a igualdade

enquanto limitação ao poder de tributar (CF, art. 150, II). Assim, em primeiro lugar, e por força desse último dispositivo, será justo o tributo que incida uniformemente sobre todos aqueles contribuintes que se encontram em situação equivalente. E, em segundo lugar, por força do primeiro preceito, será justo o tributo que incida, proporcional e gradualmente, sobre contribuintes que se encontrem em situação econômica diferente, na medida dessa diferença. Contribuintes com maior capacidade econômica devem sofrer incidência tributária proporcionalmente mais agravada do que aqueles com menor capacidade.

Essa visão é redutora porque, em seus efeitos, vistos sob perspectiva pragmática, acaba por concluir que será justa a tributação que incida igualitariamente sobre todos os contribuintes – ainda que incida de forma *igualmente injusta* sobre todos! Uma visão redutora, apertada, estreita, que pense apenas a norma que determina o pagamento e nada mais, talvez possa chegar legitimamente a essa conclusão. Porém um entendimento ampliado, aberto, que enfrente as complexidades da sociedade contemporânea e do direito que a conforma, não se poderá satisfazer com ela. Um Estado que tribute excessivamente a todos os cidadãos e não lhes devolva serviços e obras públicas adequadas, ou que desvie os recursos arrecadados em práticas de corrupção sistêmicas, não praticará tributação justa. Ainda que, eventualmente, seja tributação igualitária. Justiça tributária e igualdade tributária, em uma visão ampla e complexa, não são o mesmo.

O segundo aspecto reducionista dessa concepção de justiça tributária revela-se quando se percebe que, a ela, subjaz uma racionalidade que se volta aos tributos fiscais – aqueles cuja função precípua é arrecadar divisas para o Estado. Se se define o tributo extrafiscal por sua função, pelas intenções do governo ao concebê-lo, ou por seus efeitos nas condutas do cidadão contribuinte ou na economia, então ele é definido a partir de elementos que se encontram fora das cogitações da dogmática jurídico-tributária tradicional – que é reducionista por decisão metodológica autoimposta. Uma ciência do direito tributário em sentido estrito, na forma preconizada pela doutrina tributarista, nada teria a dizer a respeito da função das normas na vida socioeconômica – seria trabalho de sociólogos ou economistas. Nada teria a falar sobre intenções governamentais – seria função de políticos. Não se poderia manifestar a respeito dos efeitos concretos que as normas causam nas condutas dos sujeitos atingidos por elas – seria ofício dos sociólogos do direito. Sob essa regra metodológica, baseada em pressupostos epistemológicos não só questionáveis como infundados, e geradora de uma ética epistêmica de irresponsabilidade social pelos efeitos das propostas teóricas, a extrafiscalidade tributária, em rigor, seria tema quase interditado às preocupações do estudioso do direito tributário.

No plano estritamente fiscal dos tributos, e pela mão da dogmática jurídico-tributária tradicional, a justiça é indevidamente reduzida à isonomia. Esta, agora corretamente, é construída a partir dos preceitos constitucionais da capacidade contributiva e da igualdade tributária.

2 Extrafiscalidade, pragmática e direcionamento estatal da economia

Surge nova via de estudos a respeito do fenômeno tributário quando o jurista se abre para o plano pragmático da realidade jurídica. Porque o tributo é, comumente, utilizado com a finalidade específica de gerar determinados efeitos na conduta do destinatário da norma tributária – especialmente, das atividades econômicas. Alfredo Augusto Becker, na virada da década de 1950 para a década de 1960, já via essa atividade como o futuro da tributação no mundo – em parte fundamental da sua obra, esquecida e subjugada pela doutrina, que enfatizou, quase com exclusividade, o aspecto estrutural de sua *Teoria geral do direito tributário*.

Direito é muito mais que linguagem, mas é fundamentalmente linguagem. Enquanto tal, merece atenção integrada a seus planos sintático, semântico e pragmático. A doutrina debruça-se sobre os primeiros, mas, em atitude redutora, afasta o último – inclusive, em expediente saudavelmente reflexivo, denomina-se "lógico-semântica", ao universalizar suas concepções para o âmbito da teoria geral do direito (CARVALHO, 2009, *passim*). Nesses planos sintático e semântico, a doutrina volta-se para o ordenamento visto, por assim dizer, de dentro. Examina os inter-relacionamentos que as normas mantêm umas com as outras – plano sintático – e, na concepção de "plano semântico" que costuma adotar, investiga o significado das palavras integrantes do direito positivo. Mas deixa de investigar os efeitos que essas normas podem gerar nas pessoas que, de uma forma ou de outra, sentem as consequências do direito tributário. Nesse conjunto estão os sujeitos passivos da obrigação tributária, principal e acessória; o órgão tributante; estrangeiros, cuja decisão de negócios será afetada; organizações internacionais ou comunitárias; os cidadãos em geral, inclusive não contribuintes, direta ou indiretamente, daquele tributo em específico etc. Um vastíssimo mundo ligado ao direito tributário fica, inaceitavelmente, excluído do objeto de estudo do tributarista.

Dentre os temas que esse reducionismo epistemológico tem excluído da apreciação de boa parte da doutrina tributarista está o direcionamento estatal da economia por meio dos tributos. O Estado usa tributos para conduzir a economia – eficaz ou ineficazmente, de forma legítima ou não, com justiça ou sem justiça, desastradamente ou com sabedoria. É onde o direito tributário encontra e confunde-se com o direito econômico, a disciplina jurídica da intervenção do Estado na economia. Sobre essa relevantíssima atividade estatal, pouco se sabe na doutrina tributarista, o que é de todo lamentável. Cumpre trabalhar para suprir essa lacuna. Nada fácil a empreitada, contudo, que precisará aprender a conviver com a presença do erro na pesquisa científica (BORGES, 2012, p. 35-41).

Essa intervenção estatal na economia por via tributária pode se dar de formas diferentes. Pode decorrer da criação de tributos propriamente fiscais, assim entendidos aqueles criados com a intenção preponderante de arrecadar divisas para o

patrimônio público. Tributos fiscais elevados, municipais ou estaduais, podem acabar induzindo as atividades econômicas a evitar a ocorrência do fato gerador naquela localidade, deslocando espacialmente a incidência, por exemplo. Daí se nota que a indução estatal dos comportamentos econômicos pode ser, até mesmo, involuntária e imprevisível (COSTA, 2005, p. X). São tributos intencionalmente fiscais, com efeitos indutores (SCHOUERI, 2005, p. 29). A "ecologia da ação", categoria da epistemologia da complexidade, explica-o, e revela-se útil para a compreensão do direito tributário: muitas vezes, uma determinada ação, quando posta no jogo de complexidades da realidade, assume novas configurações, e gera efeitos não previsíveis ou desejáveis por seu ator. Apenas um pensamento pragmático, preocupado com os efeitos das normas jurídicas, poderá considerá-la (FOLLONI, 2013, p. 380 e ss.).

Além disso, a intervenção estatal sobre a economia, dirigindo-a para determinadas direções, pode ser feita intencionalmente – com ou sem êxito. E isso, por meio de tributos usados especificamente para esse fim, independentemente, em muitos casos, de preocupações com a arrecadação tributária. Um tributo essencialmente interventor; uma manifestação da extrafiscalidade.

Tributos extrafiscais, em sentido estrito, são aqueles concebidos com finalidade diversa da arrecadação: seu objetivo principal é induzir os contribuintes a fazerem ou a não fazerem algo. Objetivam influenciar na tomada de decisão dos cidadãos, direcionar os comportamentos socioeconômicos, estimulando-os ou desestimulando-os, ao torná-los, por meio da exação, mais ou menos custosos. Por isso, afetam, na prática, direitos de liberdade (ATALIBA, 1968, p. 150-151; SCHOUERI, 2005, p. 32-33; ÁVILA, 2009, p. 98; ÁVILA, 2012-a, p. 432; CARRAZZA, 2011, p. 118; BORGES, 1998, p. 46-47; MARINS; TEODOROVICZ, 2010, p. 76-77). A indução do comportamento é feita pela via econômica, na pressuposição da ausência de norma que o proíba ou obrigue. Ou seja: juridicamente, o comportamento é lícito: tanto pode ser quanto pode não ser adotado, e nenhuma sanção a ele se pospõe. Mas, economicamente, torna-se mais ou menos atrativa sua adoção, e o elemento tributário é determinante nessa mutação. Nas abstrações jurídicas, como o comportamento é permitido, ou facultado, sua adoção é livre; como, na práxis da vida real, o comportamento acaba sendo induzido, muitas vezes, com tal intensidade que se torna proibitivo ou de realização inevitável, a regra tributária afeta, sem dúvida, a liberdade de opção individual. É o direito, mesmo não proibindo, tornando um comportamento proibitivo. Ou, mesmo não obrigando, tornando-o de adoção praticamente obrigatória. Outro motivo para que o jurista não se apegue, exclusivamente, às abstrações dos modais deônticos: sob o modal permitido ou facultado, pode ocultar-se uma normatividade jurídica que, na prática, não deixe opção ao cidadão.

Outras duas ponderações devem ser feitas. A primeira: se é verdade que, no mais das vezes, mesmo os tributos com função preponderantemente indutora de comportamentos também arrecadam, isso nem sempre ocorre. A "Curva de Laffer" demonstra-o.

O aumento na alíquota de um tributo pode, num primeiro momento, produzir crescimento de arrecadação. Contudo, em momento posterior, se o tributo for aumentado de forma excessiva, a arrecadação pode decrescer, porque a realização do fato gerador se revela inviável economicamente. Isso leva à segunda ponderação: se é assim, então um governo organizado e competente não pode depender, em termos de arrecadação, dos tributos extrafiscais. Ao contrário: deve poder prescindir do produto de sua arrecadação a qualquer momento. Deve estar economicamente equilibrado para poder reduzir o tributo, drasticamente, para fomentar comportamentos econômicos; ou aumentá-lo, intensamente, para coibi-los, até o limite de anular sua arrecadação com aquele tributo – que existiria em abstrato, mas não incidiria em concreto. Nota-se a dificuldade, em termos de finanças públicas e de equilíbrio fiscal, para a implementação de condições adequadas para a tributação extrafiscal – o que justifica seja ela, inclusive, posta em questão, no que diz respeito à sua viabilidade nesse grau máximo de eficácia, notadamente em países com dificuldades econômico-financeiras.

Fica claro, então, que tanto os tributos concebidos para serem fiscais quanto aqueles pensados com intenção de extrafiscalidade podem ter efeitos indutores de comportamentos. Para compreender esses efeitos indutores, é preciso que a dogmática jurídica tradicional complexifique seu discurso para abranger também temas que, tradicionalmente, ficaram para a política fiscal – a concepção dos tributos, a intenção que presidiu sua criação em abstrato – e para a sociologia jurídica – a eficácia social das normas, os efeitos que elas geram no comportamento de seus destinatários, em preocupação pragmática. Boa parte da construção teórica a respeito da extrafiscalidade está nos clássicos de ciência das finanças, economia e política fiscal, desconhecidos de grande parcela de jovens estudiosos. Cumpre aos tributaristas do século XXI, já conhecedores de toda a tradição doutrinária estritamente jurídica construída no último meio século no Brasil, recuperar aquelas lições. Agora, graças ao sério e dedicado trabalho desenvolvido nos últimos cinquenta anos, devemos ter sabedoria suficiente para entender onde inserir e o que fazer com aquele rico conhecimento de ciências sociais, e como relacioná-lo com o direito tributário, sem cairmos naquele "coquetel" ou "enciclopédia" de que falava Alfredo Augusto Becker (BORGES, 2012, p. 407).

Dentre os efeitos indutores de comportamentos, pode estar a intervenção sobre o domínio econômico, para direcionar as atividades econômicas em uma ou outra senda – ou várias, inclusive o desenvolvimento sustentável. O objeto deste estudo é, no entanto, delimitado: se o Estado opta por introduzir tributação extrafiscal, quais são os critérios de igualdade que devem ser observados?

3 Função fiscal e igualdade: capacidade contributiva e seu fundamento

A doutrina tributarista não diverge em encontrar, na capacidade contributiva, o critério

de igualdade tributária nos tributos fiscais – assim entendidos, aqui, como aqueles concebidos com a intenção preponderante de arrecadar. Não discriminar os contribuintes que se encontram em situação equivalente, e diferenciar, na medida das desigualdades, os contribuintes em situação não equivalente, deve ser feito tomando-se, como parâmetro de medida de equivalência, a capacidade contributiva (TIPKE; LANG, 2008, p. 200; MOLINA, 1998, p. 73; ÁVILA, 2009, p. 160; ÁVILA, 2001, p. 31; COSTA, 2003, p. 37; CARRAZZA, 2011, p. 99; CARRAZZA, 2005, p. 304; VIEIRA, 2013, p. 23).

Klaus Vogel faz interessante reflexão, na qual distingue subfunções da tributação, além da função de arrecadação. Dentre essas subfunções, aparece a de distribuir a carga tributária, expediente que deve levar em consideração critérios de justiça e isonomia (1977, p. 106). Não basta arrecadar, mas é preciso arrecadar distribuindo o ônus da tributação de forma igualitária entre os contribuintes. Nos tributos cuja função principal é arrecadar, a subfunção de distribuição equânime e proporcional do ônus entre os contribuintes deve estar presente.

Se é assim, a medida da equalização deve ser interna aos próprios contribuintes, e a capacidade contributiva atende a esse mandamento (ÁVILA, 2009, p. 160-161). Há, portanto, um fundamento racional a sustentar a capacidade contributiva como critério de aferição da igualdade entre contribuintes, no caso dos tributos fiscais – além, é claro, no ordenamento brasileiro, do fundamento jurídico-positivo (CF, art. 145, § 1°).

4 Função extrafiscal e igualdade: capacidade contributiva e suas inconsistências

Paralela à subfunção de distribuição da carga entre os contribuintes, existe a subfunção, eventualmente presente nos tributos, de induzir comportamentos. É a função extrafiscal – que, como visto, pode, no limite, anular a função arrecadadora.

Sendo uma função paralela à de arrecadação e de distribuição da carga tributária, a doutrina aponta não ser, a capacidade econômica, em relação ao peso dessa carga, o critério adequado de comparação entre os contribuintes, para aferição do respeito à igualdade. Nesse sentido, não há coerência em pretender-se partilhar o ônus de um tributo extrafiscal, entre os contribuintes, de acordo com sua capacidade contributiva, pois o objetivo desse tributo não é arrecadar, e a lógica que o governa não é a preocupação com a adequada distribuição dos ônus financeiros da tributação (ÁVILA, 2009, p. 161-162; ÁVILA, 2012-a, 432-433). Excetua-se dos tributos extrafiscais, por isso, a necessidade de submeter os contribuintes com idêntica capacidade contributiva aos mesmos regimes tributários, e de diferenciar os regimes tributários dos contribuintes com capacidade econômica diversa (BORGES, 2001, p. 46). Como a função extrafiscal objetiva a busca por finalidades externas à arrecadação fiscal, o que deve ser feito é precisamente o controle da correção jurídica das medidas que

visam o atingimento de tais finalidades, inclusive no que diz respeito à isonomia. Mas essas medidas, num primeiro momento, nada teriam a ver com a capacidade econômica dos contribuintes, e certamente não se justificaria diferenciação entre eles por esse critério (NABAIS, 1998, p. 658).

O propósito da tributação extrafiscal é influenciar comportamentos não qualificados, juridicamente, como proibidos ou obrigatórios. São condutas juridicamente permitidas, porque não modalizadas, pela lei, de forma diversa (CF, art. 5°, II). Num conceito estrito de licitude, são condutas lícitas.[1] Porém, diante de princípios e valores constitucionais, é relevante que, mesmo permitidas, sejam conduzidas para uma ou outra direção – isto é, não fiquem totalmente livres.

Por isso, a tributação extrafiscal, como visto, até mesmo independentemente do efetivo pagamento do tributo, destinar-se-á a induzir alguém a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa. Se é destinada a induzir a fazer algo, destina-se àqueles que não fazem esse algo; para aqueles que já fazem, a tributação extrafiscal será, no mais das vezes, irrelevante. Ao contrário, se é destinada a induzir a não fazer algo, destina-se àqueles que fazem esse algo, para que diminuam ou cessem tal fazer, e não àqueles que já não o fazem.

Como se percebe, a tributação extrafiscal secciona os contribuintes em dois grupos. Num primeiro grupo, inclui aqueles que são os seus destinatários, e que serão por ela atingidos, porque adotam – ou não adotam – os comportamentos que a tributação extrafiscal quer coibir – ou estimular. No segundo grupo, inclui aqueles que não são os seus destinatários, porque já adotam o comportamento desejado. Do grupo dos destinatários, os não destinatários estão excluídos, e vice-versa.

Por exemplo, imagine uma tributação extrafiscal que objetive o aumento da produção nacional de veículos industrializados. Para tanto, impõe ônus maior para os automóveis de baixo grau de produção industrial nacional. Ela não terá como destinatários os produtores nacionais, mas os importadores. Então, seccionará os contribuintes em dois grupos. No grupo dos não destinatários, estarão aqueles que já têm determinado grau de produção nacional, que não serão diretamente atingidos pela regra tributária extrafiscal como seus destinatários imediatos. No grupo dos destinatários, diretamente atingidos pela tributação extrafiscal, estão aqueles que não têm esse grau de produção interna.

Isso demonstra que a tributação extrafiscal é capaz de criar diferenciação entre os contribuintes. Porque os separa, ao menos, em duas classes bem definidas: aqueles que já seguem a orientação finalística que a tributação extrafiscal pretende atingir e, por isso, não são seus destinatários; e aqueles que não a seguem e, por isso mesmo, são seus destinatários. Se há uma diferenciação, há potencial ferimento à igualdade, que é princípio constitucional dos mais elevados no nosso sistema. É preciso saber, portanto, se essa diferenciação é válida. E, à exata medida da importância da igualdade no ordenamento, o controle da validade da diferenciação deve ser especialmente rigoroso.

Essa pode ser chamada de uma diferenciação interclasses: o que se pretende avaliar é se a separação dos contribuintes entre duas classes – os destinatários imediatos da tributação extrafiscal e os não destinatários – é juridicamente válida, sob o ponto de vista da igualdade tributária. É uma avaliação feita sob um ponto de vista externo às classes, ou exógeno. Uma comparação entre os contribuintes destinatários da tributação extrafiscal – aqueles cujas condutas pretende-se sejam alteradas pela regra tributária – e os contribuintes não destinatários da tributação extrafiscal. Olhando-se, de fora, para as classes, compara-se os destinatários e os não destinatários. A capacidade contributiva, aqui, de fato, não é critério hábil para aferir a validade da discriminação entre as duas classes. Sob o ponto de vista externo, exógeno, ou interclasses, para aferir se a diferenciação adotada é válida, ao incluir alguns contribuintes na classe dos destinatários da tributação extrafiscal e excluir outros, a capacidade contributiva nada tem a dizer.

A adoção de tributo extrafiscal que dificulte determinada conduta e, com isso, induza outras diferenciará entre os contribuintes que praticam ou pretendem praticar a conduta afetada e os que não a praticam nem pretendem praticar. No exemplo: aumentar o IPI para veículos importados e manter inalterado o IPI dos veículos nacionais afeta as atividades de importação e venda de veículos importados, diferenciando-as em relação às atividades de fabricação e venda de veículos nacionais. Verificar a correção jurídica – validade – dessa diferenciação implica, além de outros exames, avaliar o respeito à igualdade. A capacidade contributiva, aqui, não será relevante. Não é aferindo a capacidade econômica das montadoras nacionais e dos importadores, ou dos consumidores de automóveis brasileiros, chineses, coreanos, alemães ou franceses, que se julgará, adequadamente, o respeito à igualdade tributária. O que se pretende, com a tributação, é algo externo, tanto à arrecadação quanto ao próprio contribuinte: um fim diverso, socioeconômico. A capacidade econômica do contribuinte não é o critério de aferição da igualdade interclasses nos tributos extrafiscais.

5 Função extrafiscal e igualdade: capacidade contributiva e sua relevância

Isso não significa, porém, que a capacidade contributiva não tenha qualquer aplicabilidade em relação aos tributos extrafiscais. Também em relação à tributação extrafiscal, a capacidade contributiva mostra sua relevância.

Nos Estados Democráticos de Direito contemporâneos, pela longa tradição que recebe e pelo sistema econômico com o qual convive, o direito trabalha com lógica patrimonial e econômica. Exceto parcela da esfera criminal, o direito, em última instância, acaba por transformar tudo em dinheiro. Ilícitos são punidos com penas pecuniárias. O dano moral – e, agora, o afetivo – é indenizado em dinheiro. O resultado disso

é que aqueles com grande capacidade econômica podem fazer um juízo de utilidade e optar pelo ilícito, avaliando o ganho em face da perda – pagamento da multa. É assim que, por exemplo, um candidato a cargo eletivo pode acumular multas no período de campanha e, mesmo assim, eleger-se violando as leis eleitorais, se tiver capacidade econômica para tanto. Terá vencido as eleições na base da ilicitude, e o direito dar-se-á por satisfeito, porque o ilícito foi punido e a pena foi cumprida.

Isso demonstra que, se a intenção do tributo extrafiscal for coibir comportamentos constitucionalmente indesejados – por exemplo, poluentes ou degradadores do ecossistema –, de nada adiantará tributação extrafiscal em bases que só coíbam determinados contribuintes, mas insuficientes para atingir a todos. Não só de nada adiantará, como será juridicamente ilícita essa tributação. De um lado, será tributação ineficiente; de outro, será desigual. Um tributo, por exemplo, destinado a impedir o desmatamento ou a produção industrial poluidora, que possa ser suportado por grandes corporações de fartas capacidades econômicas, será tão ineficaz quanto desigual: apenas impedirá a conduta daqueles contribuintes menos capazes economicamente, mas não de todos. E tributos extrafiscais, preleciona clássica doutrina, prestam-se a tornar determinada atividade não só menos conveniente como, em alguns casos, reprimir, frear a conduta, tornando-a praticamente impossível (GRIZIOTTI, 1959, p. 4; BLUMENSTEIN, 1951, p. 8). Não o será, todavia, se o mal dimensionamento do ônus tributário vier a tornar aquela conduta impossível apenas para uns, e não para outros. No plano pragmático, a igualdade estará violada.

A capacidade contributiva é "princípio geral" do sistema constitucional tributário brasileiro (CF, art. 145, § 1°). Deve ter algo a dizer em relação ao direito tributário como um todo, inclusive no âmbito extrafiscal – o extrafiscal, embora a expressão pudesse induzir a entendimento diverso, é ainda tributário, sujeito ao regime jurídico tributário (SCHOUERI, 2005, p. 34). A doutrina cogita da capacidade contributiva como capaz de impor limites à tributação extrafiscal. Esse princípio protegeria o mínimo existencial da tributação baseada em extrafiscalidade e vedaria o confisco.[2] Para além disso, a capacidade contributiva tem voz nos tributos extrafiscais, por outros motivos racional e juridicamente válidos: levá-la em consideração, sob um ponto de vista, contribuirá com a eficiência da tributação extrafiscal e, de outro lado, contribuirá para que se evite situações de desrespeito à isonomia.

De fato, a capacidade econômica deve ser levada em consideração também nos tributos extrafiscais. Não para graduar o tributo conforme a capacidade dos contribuintes, mas para definir um parâmetro de tributação que atinja a todos na indução de comportamentos, isto é, que interfira na liberdade individual de todos da mesma forma. Que seja capaz de superar diferenças de capacidade econômica entre os contribuintes para, efetivamente, pressionar todos a adotar a conduta constitucionalmente adequada, não permitindo que os mais ricos possam viver à margem da Constituição. A capacidade contributiva é manifestação da isonomia tributária interna ou endógena nos tributos

extrafiscais: interna no sentido de que a capacidade econômica dos contribuintes postos na classe dos destinatários da tributação extrafiscal deve ser levada em conta pela regra tributária. Vistos do interior ou para dentro da classe dos destinatários, os contribuintes devem ter suas capacidades econômicas levadas em consideração.

Se a tributação extrafiscal visa estimular ou desestimular uma conduta qualquer, ela diferenciará os contribuintes, separando-os em classes, como visto. Em uma classe, ficam aqueles que não realizam – ou já realizam, conforme o caso – aquela conduta e, portanto, não serão afetados pela tributação. Na outra, ficam os que realizam – ou não realizam – a conduta e, por isso, sofrerão os efeitos estimulantes – ou desestimulantes – da regra tributária. Imagine-se tributação extrafiscal, por exemplo, preocupada com o desenvolvimento sustentável, que aumenta a tributação sobre a produção industrial daqueles contribuintes que não implementam adequados meios de logística reversa e de tratamento de resíduos da produção, com o objetivo de estimular a adoção desses meios. Essa tributação diferencia os contribuintes em duas classes. Há a classe daqueles que já têm implementados esses meios e, portanto, não são seus destinatários. E há o grupo daqueles que não os têm e, então, deverão sofrer seus efeitos. Criam-se, assim, duas classes de contribuintes: os destinatários da tributação extrafiscal e os não destinatários.

Entre os contribuintes inseridos no interior da classe dos destinatários da tributação extrafiscal – isto é, do mesmo regime de tributação extrafiscal, compartilhando o mesmo ônus tributário destinado a provocar condutas omissivas ou comissivas –, a capacidade contributiva deve ser levada em conta, para que eventuais diferenças de capacidade econômica não gerem desigualdade e ineficácia parcial da medida. Isso auxiliará a evitar que contribuintes com maior capacidade econômica possam internalizar o custo tributário e permanecer realizando a conduta que a norma tributária pretende desestimular, enquanto outros contribuintes, com menor capacidade econômica, serão obrigados a modificar seus comportamentos. No exemplo, evitará que alguns contribuintes internalizem o custo, eventualmente reduzindo lucros, e não adotem os meios de logística reversa, enquanto outros, menos capazes, não terão essa alternativa. Claro está que o critério não é suficiente, porque outros meios poderão ser adotados pelo contribuinte, se houver possibilidade, para reduzir ou eliminar a eficácia da tributação extrafiscal: aumento de preços, redução de outros custos etc. A complexidade do tema manifesta-se, levando à perplexidade do estudioso. Ainda assim, é um critério relevante e que deve ser afirmado pela doutrina. A afirmação do critério minará, simultaneamente, dois problemas: a ineficácia parcial da tributação extrafiscal e efeitos anti-isonômicos decorrentes da má elaboração da norma tributária.

Em síntese: sob o ponto de vista interno, endógeno, ou intraclasse, para aferir se há diferenciação entre os contribuintes postos dentro da classe dos destinatários da tributação extrafiscal, a capacidade contributiva tem muito a dizer. Se ela não for levada

em consideração, haverá desigualdade nos efeitos da tributação extrafiscal, de modo que contribuintes com capacidade econômica elevada se submeterão a ela com efeitos diferentes daqueles contribuintes de menor capacidade econômica. Diferenciação como essa, no entanto, não encontra guarida na Constituição da República.

6 Função fiscal e igualdade: proporcionalidade

Há casos, decerto raros, em que poderá inexistir a distinção aqui pensada: todos os contribuintes serão destinatários da tributação extrafiscal. Nesses casos, eventual distinção entre os contribuintes existirá apenas dentro da classe dos destinatários – é uma distinção interna, endógena, intraclasse, dependente da capacidade contributiva. Quando a separação entre os destinatários e os não destinatários existir, porém, é constitucionalmente obrigatório que seja aferida a validade jurídica dessa desigualdade interclasses. Dessa imposição, a uns, de mitigação em seus direitos de liberdade pela tributação extrafiscal, mas não a outros. Como visto, para o exame da validade da desigualdade externa, exógena ou interclasses na tributação extrafiscal, a capacidade econômica dos contribuintes não é critério adequado, diferentemente do que ocorre com a desigualdade interna, endógena ou intraclasse.

A instituição de tributação extrafiscal é feita como meio para atingir determinadas finalidades – que serão legítimas à medida que encontrem amparo constitucional. A existência – e eventual cobrança – da exação é pensada como meio para que certa finalidade seja concretizada. Trata-se da adoção de meios, na legislação infraconstitucional, para a consecução de fins prescritos em princípios constitucionais, devendo haver suficiente e demonstrada relação meio-fim. Esses meios adotados podem implicar restrição a outros princípios constitucionais, inclusive direitos fundamentais, como a igualdade e os direitos de liberdade. Então, tem-se meios para atingir fins prescritos por princípios constitucionais, cuja aplicação poderá restringir direitos fundamentais, também normas de estatura constitucional. Na hipótese, a lei de tributação extrafiscal tem, na Constituição, tanto normas que a legitimam quanto normas que lhe impõem desconfiança.

Num caso como esse, a proporcionalidade incide como metanorma, a estruturar o modo de aplicação, sobre aquela lei, tanto dos princípios que prescrevem os fins visados pela tributação extrafiscal quanto das normas que prescrevem os direitos fundamentais por ela restringidos: a igualdade e os direitos de liberdade. Com isso, a proporcionalidade concorre, com outras normas, para definir a validade da tributação extrafiscal: a tributação extrafiscal será válida se, além de outros requisitos, resistir ao teste da proporcionalidade. Porque a proporcionalidade serve precisamente para isso: postando-se num plano diverso das normas objeto de aplicação, estrutura a aplicação dessas normas: com ela, afere-se a validade de medida, tomada pelo poder público, para promover a realização de um princípio constitucional – ou mais

de um. A medida é eleita como meio para atingir a finalidade prescrita por princípio(s) constitucional(is), havendo a relação meio-fim; mas, nisso, acaba por restringir a realização de outra norma constitucional – ou outras normas constitucionais. Aferindo a validade de medida restritiva de direitos fundamentais adotada pelo poder público, e exigindo, para tanto, a demonstração do cumprimento de certos pressupostos, a proporcionalidade serve como controle do arbítrio (ÁVILA, 2012-b, p. 143, 158-160, 182-184).

É patente o cabimento do exame de proporcionalidade na tributação extrafiscal. Ela sempre deve ter como objetivo a busca de finalidades prescritas por princípios constitucionais. À medida que visa interferir nas condutas socioeconômicas, induzindo a adoção de comportamentos, afeta direitos de liberdade. Surge, aí, a primeira colisão de princípios constitucionais. Além disso, normalmente, cinde o universo de contribuintes entre duas classes: os destinatários da tributação extrafiscal, que terão sua liberdade afetada, e os não destinatários, que, diretamente, não sofrerão os efeitos da existência jurídica da exação. Assim, cria desigualdade. Aparece, então, a segunda colisão de princípios. Colisões que surgem porque a adoção de meios destinados a promover a realização de princípios constitucionais acabam por restringir outros. A validade dessa restrição dependerá, dentre outros critérios, do atendimento à proporcionalidade. A doutrina não titubeia em afirmar a proporcionalidade como um dos critérios de medida da validade da tributação extrafiscal (SCHOUERI, 2005, p. 294-295; ÁVILA, 2009, p. 161-163; VIEIRA, [s.d.], p. 76; VELLOSO, 2010, p. 249 e ss.).

Dizer que a tributação extrafiscal precisa respeitar a proporcionalidade – em sentido amplo de postulado normativo – equivale a dizer que ela só é cabível quando for adequada, necessária e proporcional – em sentido estrito. Os três exames – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – compõem o que, contemporaneamente, entende-se por controle de proporcionalidade (ALEXY, 2008, p. 116-120; 588-611; ÁVILA, 2012-b, p. 187-196).

6.1 Adequação

O exame da adequação verifica se a tributação extrafiscal contribui adequadamente para promover a realização da finalidade constitucional que lhe serve de fundamento de validade – ou das finalidades. Aqui fica claro que a tributação extrafiscal depende, previamente, de amparo expresso em finalidade prescrita, direta ou indiretamente, na Constituição. Sem esse amparo, nem sequer o exame de proporcionalidade é cabível, pois a tributação extrafiscal já será, desde logo, inválida. Inclusive, há doutrina, decerto minoritária, que inclui a avaliação da existência dessa finalidade constitucional no exame de proporcionalidade, como um primeiro de quatro critérios (SILVA, 2002, p. 35). Assim, para instituir tributação extrafiscal, a primeira providência que o poder público deve adotar é expor, expressamente, em motivação prévia, a finalidade

que busca com sua inserção no ordenamento. A segunda é, também expressamente, justificar sua adequação.

Será adequada a medida que promova aquela finalidade constitucional. Isso basta. Não é necessário que o poder público demonstre ser, aquela, a melhor medida; que é, dentre todas, a que promove mais, melhor e mais certamente a finalidade constitucional. Basta que demonstre, expressamente, ser uma medida adequada (ÁVILA, 2012-b, p. 187-189). Também, é inexigível que demonstre que a medida concretizará, de uma vez por todas e por si só, a finalidade. Basta que demonstre, por escrito, que a medida contribuirá para que se caminhe nesse sentido – um "fomento" (ÁVILA, 2012-b, p. 190-191; SILVA, 2002, p. 36). Ainda, descabe pretender que o poder público seja obrigado a demonstrar que a medida, concretamente, contribuirá para a promoção da finalidade. Basta demonstrar que, em tese, ela potencialmente contribui, considerando-se o que é possível supor no momento em que a medida é adotada – é incabível, inclusive, pretender que o poder público pudesse levar em consideração elementos inexistentes quando da adoção da medida e que só surgiram posteriormente, sejam esses elementos fáticos, jurídicos, novos conhecimentos e técnicas etc. (ÁVILA, 2012-b, p. 189-190). Mesmo porque, em todos esses casos, e em rigor, seriam demonstrações impossíveis. Só quem ainda acredita em causalidade linear, em infalibilidade do conhecimento e da técnica, e desconhece a ecologia da ação e a complexidade das inter-relações recursivas entre os elementos da realidade em permanente conexão, pode crer que o ser humano seria capaz de escolher um meio para atingir determinado fim, sabendo que aquele meio promove mais, melhor e mais seguramente alguma finalidade, ou que a concretizará inequivocamente, sem que haja possibilidade de desvio. Essa comprovação, em rigor, é impossível; não há ciência capaz de sustentá-la (FOLLONI, 2013, p. 333 e ss.).

Sendo a medida inadequada, ela será, por si só, desproporcional. Sequer será necessário investigar a necessidade. Sendo, porém, adequada, cabe avaliar o cumprimento do segundo requisito.

6.2 Necessidade

O exame da necessidade avalia se a tributação extrafiscal é, dentre as medidas disponíveis para a promoção da finalidade constitucional, a menos restritiva do direito fundamental que colide com aquela finalidade – no caso, a igualdade, ou a liberdade. Se houver meio que promova igualmente aquela finalidade constitucional sem restringir, ou restringindo menos, a isonomia ou a liberdade, ele deverá ser adotado, em lugar do meio mais restritivo. A adoção do meio mais restritivo, diante de alternativas menos restritivas, será comportamento que não obedecerá à proporcionalidade e, portanto, juridicamente ilegítimo.

Como se percebe, há necessidade de dois exames comparativos. Em primeiro lugar, é preciso saber se há meios alternativos – no caso, à tributação extrafiscal pretendida –

que promovam igualmente a finalidade constitucional. Em segundo lugar, é preciso saber se esses meios alternativos restringem menos os princípios constitucionais colidentes – no caso, a igualdade tributária, ou os direitos de liberdade. E envolve argumentações complexas: e se o meio alternativo fomentar menos a finalidade, mas, em contrapartida, também for menos restritivo do direito colidente? (ÁVILA, 2012-b, p. 192-194)

O primeiro exame, da comparação entre meios, não exige demonstração cabal de que o meio alternativo promove igualmente, em todas as medidas, a finalidade constitucional almejada, pelas mesmas dificuldades descritas em relação ao exame da adequação, e porque há dimensões diferentes nessa igualdade: meios igual ou diferentemente rápidos, custosos, eficazes, poluentes, fáceis, complexos, seguros etc. (ÁVILA, 2012-b, p. 193-194). Já o segundo, da capacidade de restrição a princípios constitucionais colidentes, pode e deve ser feito com todo o rigor que a argumentação jurídica for capaz de fornecer. E, no caso em questão, deve-se recorrer à construção doutrinária e jurisprudencial a respeito da igualdade em geral, e da igualdade tributária em particular, para se testar o grau de restrição dos meios alternativos. O poder público, ao adotar tributação extrafiscal, deve motivar, expressamente, sua opção: demonstrar que verificou meios alternativos e concluiu serem esses meios, razoavelmente equivalentes no que concerne à promoção da finalidade, mais restritivos a outros direitos, como a igualdade tributária; e que, por isso, os descartou e convenceu-se da legitimidade da via eleita.

6.3 Proporcionalidade

Por fim, a tributação extrafiscal deve demonstrar-se proporcional em sentido estrito. Esse parece ser o exame mais difícil, pois envolve, como reconhece a doutrina, elevado grau de subjetividade (ÁVILA, 2012-b, p. 195). Isso não significa, porém, que não deva ser levado a efeito – mesmo porque, em muitos casos, também salienta a doutrina, esse exame de proporcionalidade pode conferir adequado controle de racionalidade da decisão tomada pelo poder público (ALEXY, 2008, p. 594).

O exame de proporcionalidade envolve o sopesamento entre as vantagens que, em tese, serão obtidas com a medida avaliada, e as desvantagens decorrentes da restrição a direitos que ela acaba por causar. Assim, se a finalidade que se procura promover tem elevada importância, isso justificará, eventualmente, seja afetado, em certa medida, direito colidente. Para restrições graves a direitos fundamentais, por exemplo, apenas finalidades de elevadíssima relevância constitucional servirão de justificativa aceitável (ALEXY, 2008, p. 593).

É preciso, então, para escapar do arbítrio ou do relativismo, produzir critérios de controle de racionalidade de juízos tradicionalmente tidos por subjetivos, como "vantajoso/desvantajoso", "importante/desimportante", "grave/não grave" etc. Robert Alexy esboça classes de relevância da finalidade a ser promovida e da restrição a

direitos colidentes para, em seguida, compará-los. A relevância da finalidade é ligada, em sua doutrina, às razões que a justificam, em razões fracas, moderadas e fortes. A restrição a direitos fundamentais é classificada em leve, moderada e séria. Assim, por exemplo, uma restrição leve a um direito fundamental, para promover uma finalidade sustentada por razões fortes, é, sem dúvida, justificável. Uma restrição séria a direitos fundamentais, para promover uma finalidade de relevância baixa, fundada em razões fracas, não. Restrições graves – ou moderadas, ou leves – para finalidades de alta relevância – ou média, ou baixa, respectivamente – levam a impasses teóricos e abrem margem à discricionariedade do poder público: tomar a medida não será desproporcional, tampouco revogá-la. Essa discricionariedade, em princípio, é legítima, e a escolha do órgão competente deve ser respeitada pelo Poder Judiciário (ALEXY, 2008, p. 594-610).

Claro está que determinar a importância da finalidade ou a seriedade da restrição a direito fundamental é algo que a própria proporcionalidade não faz. E fazê-lo, embora em alguns casos seja simples, em outros pode ser extremamente difícil, a gerar séria controvérsia. Aí está o trabalho da jurisprudência e, sobretudo, da doutrina: interpretar, compreender, construir e reconstruir teorias, práticas e significados jurídicos baseados no papel da Constituição no Estado brasileiro do século XXI, no contexto que deriva do pós-guerra do século passado e avança para os problemas contemporâneos.

Antes de concluir, há alguns pontos a aclarar. Direitos de liberdade são direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo, e desde a aurora do constitucionalismo moderno. Eles, porém, são sempre potencialmente restringidos por medidas de direito econômico, como a tributação extrafiscal. Além deles, a igualdade, em regra, também é restringida pela tributação extrafiscal. Nota-se que a tributação extrafiscal afeta os direitos mais fundamentais no constitucionalismo. No caso da igualdade, um direito com privilégio axiológico em face de outros princípios de estatura constitucional – registra, com precisão, José Souto Maior Borges (1996, p. 31). Isso implica que o ônus argumentativo, para justificar medida do poder público que comprometa a igualdade tributária, como a tributação extrafiscal, é mais acentuado do que o seria se comprometesse outros direitos fundamentais ou outros princípios constitucionais (ÁVILA, 2009, p. 149-160). Não se usa a extrafiscalidade à toa. Eis aí instrumento que não pode ser banalizado no Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, certos objetivos constitucionais que podem justificar a tributação extrafiscal sempre terão estatura tão insigne no contexto contemporâneo que, dificilmente, medidas adotadas para sua promoção serão afastadas apenas pela aplicação do critério da proporcionalidade em sentido estrito. A finalidade socioambiental, principalmente considerando a possibilidade concreta de aniquilação da vida digna no planeta, é sempre justificável em razões fortes. Por isso, pode implicar restrições a direitos fundamentais – que, sem vida no planeta, não fazem sentido – inclusive se houver défice epistêmico nas premissas que o suportam. Mesmo que não esteja plena

e cabalmente comprovado que aquela medida realmente promove a finalidade socioambiental; ou se ela vier para anular ou atenuar os efeitos de conduta não comprovada, de forma plena e cabal, como danosa ao meio ambiente; ainda assim, por precaução, deve ser admitida a plausibilidade da medida. A construção dogmática do princípio da precaução, no direito ambiental, quando ligada à necessidade de sufragar medidas protetivas ao meio ambiente mesmo sem provas científicas robustas de sua eficácia, ou de condenar medidas danosas mesmo sem prova cabal da capacidade de produzir dano, demonstra, aqui, toda a sua relevância (ARAGÃO, 1997, p. 152-156; LEITE; AYALA, 2002, p. 62). A extrafiscalidade, para fins socioambientais, pode e deve ser utilizada com intensidade (MARINS; TEODOROVICZ, 2010, p. 108-109).

Por fim: ao adotar a medida, cabe ao poder público justificar expressamente, por escrito, que ela é adequada, necessária e proporcional. A quem adota a medida resta o dever jurídico de expor, por escrito, os porquês da tributação extrafiscal, sobretudo quando ela atinge a igualdade tributária. E porquês jurídicos, econômicos, sociais, ambientais... todos os que se revelarem pertinentes – os jurídicos, aliás, sempre serão pertinentes, pelo que a doutrina os reclama com toda a razão (VIEIRA, Inédito, p. 20). A exposição de motivos da produção normativa cresce em importância no constitucionalismo contemporâneo, revelando-se crucial e determinante – assim como o exame crítico dessa exposição pelo Poder Judiciário, caso provocado. Sem a fundamentação expressa, a lei será, só por isso, ilegítima. A sanção pelo descumprimento do dever jurídico de justificação da tributação extrafiscal, notadamente quando implica restrição à igualdade tributária, deverá ser a invalidade da norma que a insere no ordenamento – ou, no mínimo, a ampla possibilidade de revisão, pelo Poder Judiciário, de todos os pressupostos – quais? – adotados quando de sua elaboração. O Judiciário terá, inclusive, um ônus que não lhe cabia originariamente: verificar a proporcionalidade da medida seria tarefa inicial do Legislativo; agora, deverá ser feita, *ex nihilo*, pelo Judiciário. Não há respeito à tripartição de funções que impeça o Judiciário de sindicar uma lei, por exemplo, resultado do desrespeito, pelo órgão do qual emanou, às suas próprias funções constitucionais. Até mesmo as críticas acerca da "vontade do legislador" – que se voltam, sobretudo, à produção teórica da Jurisprudência dos Conceitos alemã e da Escola da Exegese francesa, do século XIX, inclusive a crítica semiótica – devem ser revistas, no contexto do constitucionalismo contemporâneo. Devem olhar para frente, e não apenas para trás.

Conclusão

No contexto contemporâneo, em que o Estado brasileiro tem se valido frequente e intensamente de tributação extrafiscal para perseguir o atingimento de fins econômicos, é preciso, à doutrina, estudar esse modo específico de exação tributária, caracterizada pela intenção do poder público ao editá-la: a produção de efeitos

socioeconômico-ambientais concretos. Preocupada com os efeitos nas condutas intersubjetivas, e por isso caracterizada, é uma tributação na qual o aspecto pragmático prepondera: seu objetivo é induzir alguém a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, para além de pagar o tributo – ou, até mesmo, independentemente disso.

Sendo assim, é uma tributação destinada a separar os contribuintes em duas classes: aqueles que não adotavam a conduta que se intenta induzir e que, por isso mesmo, serão pretensamente afetados pela tributação extrafiscal em seus direitos de liberdade; e aqueles que já adotavam a conduta pretendida, e que, por isso, não serão, ao menos diretamente, atingidos pela existência jurídica da exação. Cinde-se os contribuintes entre os destinatários da tributação extrafiscal, por ela afetados, e os não destinatários. Cria-se, portanto, desigualdade, restringindo-se o direito fundamental à isonomia tributária.

Em regra, a capacidade contributiva é o critério de igualdade no direito tributário. Mas, também em regra, esse critério mostra-se inadequado nos casos de tributação extrafiscal. Este trabalho demonstrou, porém, que, dentro da classe dos destinatários, a capacidade contributiva, muitas vezes, será critério relevante, tanto para testar a eficácia da tributação extrafiscal quanto para evitar efeitos desiguais nos contribuintes. Por outro lado, para aferir a validade da desigualdade interclasses, a capacidade contributiva não é critério adequado. Nesse caso, a restrição à igualdade está sujeita ao controle de proporcionalidade: a tributação extrafiscal será válida quando, fundada na promoção de finalidade constitucionalmente contemplada, for adequada para a promoção dessa finalidade; necessária, diante dos direitos que acaba por restringir e de outras medidas que poderiam ser tão adequadas quanto ela, mas menos restritivas; e proporcional, também diante desses direitos. A demonstração, expressa, por escrito, em justificativa prévia, dessas adequação, necessidade e proporcionalidade, é dever jurídico constitucional do órgão que adota a medida – no caso, do Poder Legislativo, ao editar a tributação extrafiscal, submetida à legalidade tributária.

Uma vez que a igualdade é um direito com inegável e evidente privilégio abstrato e axiológico constitucional, restringi-la envolve razões de relevância ímpar e carga argumentativa especialmente forte. Por isso, extrafiscalidade não pode ser usada à toa. Ela deve ser usada para a promoção, apenas, dos fins constitucionais mais elevados. Dentre eles, por exemplo e sem dúvida, os fins socioambientais e de sustentabilidade da vida no planeta.

: ARTIGO APROVADO (20/02/2014) : *RECEBIDO EM 24/01/2013*

NOTAS

1 Sobre os diferentes graus de ilicitude no constitucionalismo contemporâneo e, especificamente, no direito brasileiro (FOLLONI, 2012).

2 Para a capacidade contributiva como protetora do mínimo existencial nos tributos extrafiscais, cf. Becker (1972, p. 457). Para a capacidade contributiva como vedação a tributos extrafiscais com efeito de confisco, cf. Torres (1999, p. 136). Para ambos, cf. Vieira (2013, p. 32).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente. Col. *Stvdia Ivridica*, n. 23. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1997.

ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro.* São Paulo: RT, 1968.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico,* Ano 1, v. 1, n. 4, jul. 2001.

_____. *Sistema constitucional tributário.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (2012-a)

_____. *Teoria da igualdade tributária.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. (2012-b)

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

BLUMENSTEIN, Ernst. *Sistema di diritto delle imposte.* Milano: Giuffrè, 1951.

BORGES, José Souto Maior. *Ciência feliz.* Tradução Juan Carlos Panez Solorzano. Lima: Palestra, 2012.

_____. *Introdução ao direito financeiro.* 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. Significação do princípio da isonomia na Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público,* São Paulo, n. 15, 1996.

_____. *Teoria geral da isenção tributária.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário.* 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Imposto sobre a renda:* perfil constitucional e temas específicos. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito:* o constructivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2009.

COSTA, Alcides Jorge. Prefácio. *In*: SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica.* Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COSTA, Regina Helena. *Princípio da capacidade contributiva.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FOLLONI, André. *Ciência do direito tributário no Brasil:* crítica e perspectivas a partir de José Souto Maior Borges. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____ Socioambientalidade, tributo e o artigo 3° do Código Tributário Nacional. *Revista Tributária e de Finanças Públicas.* São Paulo, v. 105, jul./ago. 2012, p. 264-266.

GRIZIOTTI, Benvenuto. *Principios de ciencia de las finanzas*. Buenos Aires: Depalma, 1959.

HERRERA MOLINA, Pedro M. *Capacidad económica y sistema fiscal.* Madrid: Marcial Pons, 1998.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

MARINS, James; TEODOROVICZ, Jeferson. Extrafiscalidade socioambiental. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, n. 90, jan./fev., 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a ressignificação do princípio da segurança jurídica na relação entre Estado e cidadão. *In*: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do Estado de Direito:* estudos em homenagem a Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos.* Coimbra: Almedina, 1998.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica.* Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. O razoável e o proporcional. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, n. 798, abr. 2002.

TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. *Direito Tributário.* V. I. Tradução Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008.
TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário.* V. III: os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
VELLOSO, Andrei Pitten. *O princípio da isonomia tributária:* da teoria da igualdade ao controle das desigualdades impositivas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
VIEIRA, José Roberto. A extrafiscalidade da Lei n. 12.715/2012 e a capacidade contributiva: a convivência do lobo e do cordeiro? *Revista de Direito Tributário,* São Paulo, n. 118, jun. 2013, p. 18-42.
_____. IPI e extrafiscalidade. *Revista de Direito Tributário,* São Paulo, n. 91, [s.d.].
VOGEL, Klaus. Die abschichtung von Rechtsfolgen im Steuerrecht. *Steuer und Wirtschaft – StuW,* n. 2, 1977.

André Folloni

Professor Adjunto da Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Rua Visconde do Rio Branco, 1630, cj. 1507
Centro – 80420-210
Curitiba – PR – Brasil
andrefolloni@gmail.com

SOBRE O CONTROLE JURISDICIONAL DA POLÍTICA EXTERNA – NOTAS ACERCA DO CASO BATTISTI NO STF

Daniel Damásio Borges

ON JUDICIAL REVIEW OF FOREIGN POLICY – NOTES ABOUT BATTISTI CASE IN THE BRAZILIAN SUPREME COURT

RESUMO

O processo de extradição Cesare Battisti no STF suscitou muitas polêmicas sobre os mais diferentes aspectos do regime jurídico aplicável aos estrangeiros no Brasil, de um modo geral, e sobre o processo de extradição, de modo particular. O foco de análise deste artigo é mais circunscrito: os fundamentos invocados pelo STF para justificar a margem de escolha do Poder Executivo em efetuar ou não a extradição, uma vez autorizado a fazê-lo pelo próprio STF. Em especial, em sua argumentação, o Supremo sugere a ideia de que o Poder Executivo dispõe da mais ampla liberdade na condução da política externa e de que ele não está sujeito a um controle jurisdicional nessa matéria. Procurar-se-á demonstrar que essa linha argumentativa não está de acordo com o texto constitucional. Ademais, outros argumentos poderiam ser utilizados para respaldar a decisão do Presidente da República em não extraditar Battisti.

PALAVRAS-CHAVE

Poder Executivo; relações internacionais; extradição; política externa; controle jurisdicional.

ABSTRACT

The Battisti case in the Brazilian Supreme Court raised many controversial issues about the status of foreigners in Brazil and the extradition process in the Brazilian Law. The focus of this paper is more circumvented: the analysis of the legal reasons invoked by the Brazilian Supreme Court to justify the discretion of the President to extradite or not, after the authorization of the Brazilian Supreme Court. More precisely, in its legal reasoning, the Brazilian Supreme Court suggests that the President disposes of a great margin of discretion in foreign policy and that matters related to this subject lie beyond judicial cognizance. We will try to demonstrate that this legal reasoning is not in accordance with the Brazilian Constitution. Moreover, other arguments could be raised to justify the Brazilian President's decision to not extradite Battisti.

KEYWORDS

Executive Power; international relations; extradition; foreign policy; judicial review.

Introdução

O processo de extradição do italiano Cesare Battisti no Supremo Tribunal Federal (STF) mobilizou a opinião pública brasileira e engendrou posições polarizadas no meio jurídico nacional sobre os seus mais diferentes aspectos.[1] Ele suscitou muitas polêmicas sobre as várias facetas do direito brasileiro sobre o regime jurídico aplicável aos estrangeiros, de um modo geral, e sobre o processo de extradição, de modo particular. Questões como o conceito de refugiado, o poder discricionário do Ministro

da Justiça em acordar essa condição a um estrangeiro, a noção de crime político foram alguns dos temas controversos suscitados por esse célebre caso.

O propósito do presente artigo não é o de tratar de todos esses aspectos da decisão do STF. A bem dizer, em razão da complexidade desse litígio, cada qual merece uma análise pormenorizada à parte. Por esse motivo, a finalidade dessa contribuição é bem mais modesta ao focalizar apenas um dos pontos da decisão do STF. Trata-se do entendimento da mais alta jurisdição brasileira, segundo o qual o Presidente da República poderá se negar a extraditar um estrangeiro, mesmo após a autorização do STF e apesar da existência de obrigações nesse sentido previstas em um tratado de extradição entre o Brasil e o Estado que requer a extradição. Mais precisamente, o objeto deste artigo é análise crítica da argumentação desenvolvida pelos Ministros do STF para conferir esse poder ao Presidente da República, notadamente no que se refere à titularidade do exercício da soberania externa do Estado brasileiro. Na leitura do STF, a soberania externa refere-se aos atos do Estado brasileiro no campo das relações e da política internacionais.

Para melhor explicitar essa questão, convém rememorar, brevemente e em largos traços, os principais pontos do caso Cesare Battisti no STF. Em verdade, o Supremo proferiu dois acórdãos que se referem a esse litígio: o primeiro diz respeito ao pedido de extradição feito pela Itália[2] e o segundo concerne à reclamação da Itália que argumentava que o primeiro acórdão não havia sido cumprido pelo Presidente da República.[3] De início, cabe descrever o acórdão sobre o pedido de extradição.

Com base no tratado de extradição entre Brasil e Itália de 17 de outubro de 1989, a Itália requereu ao Brasil a extradição executória de Battisti. O pedido italiano era fundado em sentença condenatória da Corte de Apelações de Milão, transitada em julgado na Corte de Cassação, por quatro crimes de homicídio: um contra um agente penitenciário, outro contra um agente da polícia e dois outros contra comerciantes. A autoria desses crimes foi sempre negada por Battisti, que atribuiu essas condenações a perseguições políticas de que seria vítima e ao desrespeito ao seu direito à ampla defesa.

Em consonância com o que prescreve o direito extradicional brasileiro, o pedido do governo italiano foi levado à apreciação do STF. No transcorrer do processo de extradição na alta jurisdição brasileira, Battisti solicitou ao Comitê Nacional para os Refugiados (Conare) a concessão do *status* de refugiado. Todavia, essa entidade negou-lhe tal condição, o que o conduziu a interpor um recurso administrativo perante o Ministro da Justiça.[4] O recurso foi provido pelo Ministro da Justiça, o que valeu a Battisti a condição de refugiado.

Após a concessão do refúgio, a defesa de Battisti pediu ao STF que julgasse prejudicado o pedido de extradição em virtude do artigo 33 da Lei n. 9.474/97: "O reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio".

Esse pleito da defesa foi, todavia, rejeitado pelo STF. O motivo da rejeição foi o entendimento de que o Ministro da Justiça havia praticado um ato ilegal ao outorgar a Battisti o *status* de refugiado. De acordo com a corte brasileira, havia uma ausência de correspondência entre os pressupostos legais para a outorga da concessão do refúgio – notadamente os fundados temores de perseguição por motivos de opiniões políticas[5] – e as circunstâncias factuais desse litígio. Segundo a Corte, a concessão do refúgio a Battisti era ilegal e ineficaz por não atender os requisitos da lei brasileira. Por essa razão, prosseguiu o STF, o ato administrativo do Ministro da Justiça em exame não poderia obstar o seguimento do processo de extradição.

O STF foi mais além. Os crimes atribuídos a Battisti não poderiam ser considerados políticos, motivo pelo qual a alta jurisdição brasileira autorizou a sua extradição.

Nessa altura, surgiu a questão de saber se o Presidente da República estaria obrigado a extraditar Battisti, visto que o STF havia deferido o pedido de extradição e haja vista as disposições do tratado de extradição entre o Brasil e a Itália. Sobre o tema, os ministros da Suprema Corte mostraram-se muito divididos, o que engendrou um vivo debate entre eles. Os Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso votaram pela obrigatoriedade da entrega do extraditando por parte do Chefe do Poder Executivo, após deferimento da extradição pelo STF. Por outro lado, os Ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio, Cármen Lúcia e Carlos Britto entenderam que tal ato era de competência discricionária do Presidente da República. Em uma posição intermediária, o Ministro Eros Grau estimou que o Presidente da República tem o dever de agir nos termos do tratado de extradição entre o Brasil e a Itália, fazendo, contudo, a seguinte ressalva: o cumprimento do tratado de extradição entre o Brasil e a Itália não significa dizer que o deferimento da extradição pelo STF vincule o Presidente da República ou ainda que o Presidente da República esteja obrigado a executar a extradição nesse caso concreto.

Após a publicação do primeiro acórdão do STF, o Presidente da República negou a extradição de Cesare Battisti.[6] Essa decisão baseou-se no parecer da Advocacia-Geral da União n. 17/2000 de autoria do Consultor da União Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, aprovado pelo Advogado-Geral da União Substituto.[7] O parecer invocou a letra "f" de número 1 do artigo 3º do tratado de extradição entre o Brasil e a Itália para respaldar a recusa da extradição. Tal disposição convencional traz uma exceção às obrigações recíprocas de extraditar. Ela prevê que a extradição não será concedida "se a Parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, condição social ou pessoal; ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados [...]". A Advocacia-Geral da União entendeu que o caso Battisti amoldava-se a essa exceção. Nesse passo, salientou-se o contexto político em torno do qual girava esse pedido, especialmente a polarização ideológica, o acirramento de paixões e o clamor público que ele havia gerado

na sociedade italiana. Ademais, fez-se referência à condição pessoal do Battisti, sobretudo a sua intensa participação política em um momento conturbado da história italiana. Esse conjunto de fatores levou a Advocacia-Geral da União a entender que o extraditando poderia sofrer algum tipo de agravamento de sua situação em virtude de sua condição pessoal.

Diante dessa recusa do Poder Executivo fundada nos argumentos acima aludidos, a República Italiana ajuizou uma reclamação alegando que ele não havia cumprido a decisão do STF já analisada. Para a Itália, o Presidente da República não havia respeitado a determinação do Supremo de cumprir o tratado de extradição entre Brasil e Itália, pois o caso Battisti não se enquadrava na letra "f" de número 1 do artigo 3º de tal tratado. Os advogados de Battisti, por sua vez, pleitearam o relaxamento de sua prisão.

É essa fase do caso Battisti que nos interessa mais de perto e que conduziu o STF a proferir uma segunda decisão. Ao final, a Corte Suprema julgou que a reclamação não era cabível e determinou a soltura do extraditando. O aspecto mais proeminente da decisão são as razões invocadas para justificá-la. Antes mesmo de se pronunciar sobre a pertinência da tese italiana exposta na reclamação, a Alta Corte brasileira analisou se, em abstrato, o ato do chefe do Poder Executivo de não extraditar era sindicável pelo Poder Judiciário. O Supremo rejeitou essa possibilidade ao afirmar que o ato de extradição faz parte do exercício da soberania externa do Estado brasileiro e que tal soberania é exercida apenas pelo Chefe de Estado. O STF não conheceu, assim, da reclamação italiana.

Nos termos do acórdão da Reclamação 11.243, redigido pelo Ministro Luiz Fux,

> 7. A Soberania Nacional no plano transnacional funda-se no princípio da independência nacional, efetivada pelo Presidente da República, consoante suas atribuições previstas no art. 84, VII e VIII, da Lei Maior.
> 8. A soberania, dicotomizada em interna e externa, tem na primeira a exteriorização da vontade popular (art. 14 da CRFB) através dos representantes do povo no parlamento e no governo; na segunda, a sua expressão no plano internacional, por meio do Presidente da República.
> [...] 18. A Reclamação por descumprimento de decisão ou por usurpação de poder, no caso de extradição, deve considerar que a Constituição de 1988 estabelece que a soberania deve ser exercida, em âmbito interno, pelos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e, no plano internacional, pelo Chefe de Estado, por isso que é insindicável o poder exercido pelo Presidente da República e, consequentemente, incabível a Reclamação, porquanto juridicamente impossível submeter o ato presidencial à apreciação do Pretório Excelso.

Esses escritos sugerem a ideia de que o exercício da soberania pelo Estado brasileiro no plano internacional seria da alçada exclusiva do Presidente da República, ao contrário do que sucede com a soberania interna.

O raciocínio seguido pela maioria dos ministros do STF conduz a acordar ao chefe do Poder Executivo uma margem de ação demasiadamente extensa em um assunto da mais alta relevância e a enfraquecer o controle do exercício dessa política. Além disso, como se verá adiante, esse tipo de fundamentação era dispensável para validar a permanência de Battisti em território nacional.

Dois motivos, em especial, parecem-nos determinantes para criticar essa linha de pensamento. Em primeiro lugar, na disciplina geral da soberania externa brasileira, a CF estabeleceu uma repartição de competências entre os poderes da República e prescreveu princípios a serem por eles obrigatoriamente observados. Desse modo, a fundamentação do STF contraria os princípios gerais que regem o exercício da soberania externa pelo Estado brasileiro (*item 1*). Ademais, justamente em matéria de extradição, a CF foi particularmente cuidadosa em não concentrar todos os poderes no Presidente da República, de modo a assegurar o cumprimento de princípios constitucionais que regem as relações internacionais do Brasil. O fundamento do aludido acórdão do STF não está, portanto, em consonância com as normas brasileiras sobre o próprio processo de extradição (*item 2*).

1 A soberania externa e os grandes temas da política internacional: a necessidade do concurso dos diferentes órgãos do Estado brasileiro

Uma das disposições da CF mais citadas no caso Battisti é o artigo 84, VII e VIII: "Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VII – manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos; VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional".

Não restam dúvidas de que esses dois incisivos conferiram ao Poder Executivo certa primazia na condução da política externa brasileira. A propósito, com fulcro nesse artigo da CF, o Presidente da República editou o Decreto n. 7.304, de 22 de setembro de 2010, o qual aprova a Estrutura Regimental do Ministério das Relações exteriores. De acordo com o artigo 54 de tal regimento, as Missões Diplomáticas permanentes, que compreendem Embaixadas, Missões e Delegações Permanentes junto a organismos internacionais, são criadas e extintas por decreto e têm natureza e sede fixadas no ato de sua criação. Ainda nesse sentido, o artigo 60 do mesmo regimento preceitua que os consulados-gerais, os consulados e vice-consulados são criados ou extintos por decreto, que lhes fixa a categoria e a sede.

Desse modo, as decisões sobre embaixadas e consulados, os quais são instrumentos indispensáveis da política externa brasileira, são da alçada da Presidência da República.

É por meio das embaixadas, por exemplo, que se aprofundam as relações bilaterais entre os Estados, pois elas permitem que estes, de modo contínuo e regular, troquem informações entre si e negociem acordos ou entendimentos sobre os mais diferentes temas de interesse comum.

O referido decreto ainda prescreve, em seus artigos 76 e 77, que os chefes de missão diplomática permanente, os chefes de missão ou delegação permanente junto a organismo internacional e os titulares dos consulados-gerais, consulados e vice-consulados serão nomeados pelo Presidente da República.

Como partes integrantes da Administração Federal, o corpo diplomático brasileiro está sob a "direção superior" do Presidente da República.[8] Os funcionários do Ministério das Relações Exteriores devem seguir, em última análise, as orientações do Presidente da República.

É, igualmente, o Presidente da República que recebe dos chefes de Missão diplomática de Estados estrangeiros as cartas credenciais desses últimos.[9] Essas cartas constituem o documento oficial em que constam os poderes de representação do chefe da missão diplomática de falar em nome de seu Estado. A circunstância de esse documento formal ser direcionado ao Presidente da República bem demonstra que ele representa o Estado brasileiro perante as nações estrangeiras.

Desse modo, as observações de Elisabeth Zoller sobre a função do Presidente da República na França nas relações com os países estrangeiros aplicam-se ao direito brasileiro das relações exteriores.[10] É por meio do Presidente da República que o Brasil estabelece relações com os Estados estrangeiros, pois é ele quem nomeia os representantes do Brasil junto a tais países e é ele, também, quem recebe as credenciais dos diplomatas estrangeiros no Brasil.

Ainda consoante a Constituição Federal, nas negociações internacionais sobre a celebração dos tratados internacionais, é o Presidente da República o órgão competente para representar o Brasil. Ele pode delegar essa função a seus ministros ou a embaixadores plenipotenciários. A posição brasileira na confecção desses documentos internacionais será aquela definida pelo chefe do Poder Executivo. Incumbirá a ele decidir, em última análise, se o Brasil apresentará, rejeitará ou adotará modificações ao texto negociado com os seus pares da comunidade internacional. A ele caberá dar a anuência do Estado brasileiro acerca do texto fruto das negociações. É a partir dessa anuência dos Estados negociadores que o texto do tratado é considerado autêntico e definitivo, o que não significa dizer, como se verá adiante, que as obrigações nele previstas vinculem tais Estados.

Conforme afirma José Francisco Rezek, essas atribuições constitucionais deferem ao Presidente da República o poder de ditar a dinâmica da política exterior brasileira. Cabe-lhe, assim, estabelecer e romper as relações diplomáticas com os Estados, decidir por uma postura de maior aproximação ou de maior distanciamento em relação a esse ou aquele Estado, aceitar ou recusar convites para conferências internacionais, tomar a

iniciativa de propor reuniões de cúpula entre chefes de Estado e defender a posição brasileira nas organizações internacionais (REZEK, 1984, p. 317).

O poder de iniciativa e de impulsão da política externa brasileira de que dispõe o chefe do Poder Executivo não se restringe a esses artigos. O artigo 84 da CF elenca dentre o rol das competências privativas do Presidente da República: a) exercer o comando supremo das Forças Armadas (inciso XIII); b) declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional (inciso XIX); c) celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional (inciso XX); e d) permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente (inciso XII).

O Presidente da República controla e comanda o uso das forças armadas, o último recurso de que os Estados fazem valer nas relações internacionais. Essas disposições são tanto mais significativas quanto elas conferem, em última análise, o poder de vida e de morte ao Presidente da República. Como bem salientou Elisabeth Zoller, quem detém essa prerrogativa é titular do poder supremo (ZOLLER, 1992, p. 66). Nunca é demais ressaltar o impacto das operações militares para a política externa do Estado e para a sua própria vida interna.[11]

No entanto, essa primazia do Poder Executivo (BADIN; FRANÇA, 2010) na condução da vida internacional do Brasil não quer dizer, de nenhum modo, exclusividade e muito menos ausência de controle em seu exercício.[12] A CF assegura tanto ao Legislativo quanto ao Judiciário funções de grande relevo na execução dessa política pública.

Mesmo no que concerne à representatividade externa do Estado brasileiro, a CF não a trata como o domínio exclusivo do Presidente da República. Segundo o artigo 52, IV, da CF, é da competência privativa do Senado Federal a aprovação prévia, por voto secreto, após arguição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente. Desse modo, a voz do Senado Federal é determinante na escolha dos representantes do Brasil perante as nações estrangeiras, ainda que eles sejam nomeados pelo Presidente da República.

No que respeita aos tratados internacionais, o artigo 49, I, da CF determina que é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Assim, para que o Estado brasileiro manifeste o seu consentimento definitivo em se obrigar a cumprir um tratado que acarrete encargos ou compromissos ao patrimônio nacional, é indispensável a aprovação do Congresso Nacional. Sem o concurso do Poder Legislativo, nesse caso, o Presidente da República não poderá ratificar esse tratado.

Essa disposição constitucional é um poderoso instrumento do controle parlamentar sobre a política externa posta em prática pelo Poder Executivo. Os tratados

internacionais são um dos principais meios de consecução dessa política, pois eles podem criar obrigações jurídicas interestatais sobre alianças militares e cooperação econômica. Ao não dar o seu assentimento a um tratado negociado pelo Poder Executivo, o Parlamento censura a política externa desse último e impede que o Brasil assuma obrigações jurídicas que ele considera contrárias ao interesse nacional. O Parlamento tem, assim, uma participação fundamental na formação da vontade do Estado brasileiro na assunção de obrigações perante a comunidade internacional, que, convém frisar, é um dos elementos primordiais do exercício da soberania externa de um Estado.[13]

Em outro tema da disposição de tal soberania – a paz e a guerra –, o Congresso Nacional tem relevantes atribuições. Nos termos do artigo 49, II, da CF, incumbe ao Congresso Nacional autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar. Assim, o fato de as forças armadas estarem sob o comando do Presidente da República não o exonera da obrigação de pedir ao Congresso Nacional a autorização para desencadear um conflito bélico com outros Estados ou a ele pôr fim.

O inciso XIV do mesmo artigo defere ao Parlamento a competência para aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares. Desse modo, em um tópico tão sensível da defesa nacional, o Poder Executivo deve obter, também, a aprovação parlamentar.

Deve-se, ainda, referir às leis aprovadas pelo Congresso Nacional que dizem respeito a esse assunto. A Lei Complementar n. 80, de 1º de outubro de 1997, estabelece um rol bem circunscrito de circunstâncias em que o trânsito ou a permanência de forças estrangeiras em território nacional prescinde da autorização do Congresso Nacional. Ela prescreve requisitos a serem observados quando da permanência ou trânsito dessas forças estrangeiras, a exemplo da expressa declaração da sua finalidade.

A Lei n. 2.953, de 17 de novembro de 1956, condiciona o envio de forças armadas para fora do território nacional, sem declaração de guerra e em cumprimento das obrigações assumidas pelo Brasil como membro de organizações internacionais ou em virtude de outros tratados, à autorização do Congresso Nacional. Os envios de contingente brasileiro para a Missão das Nações Unidas no Timor Leste e para a Missão de Estabilização das Nações Unidas no Haiti foram precedidos da aprovação parlamentar por meio de decreto legislativo.[14] Portanto, o emprego das forças armadas brasileiras deve ser autorizado pelo Congresso Nacional, ainda que não haja uma guerra declarada com um Estado estrangeiro, como no caso das missões de paz da ONU.

Por fim, cumpre notar que a condução da política externa brasileira pelo Poder Executivo, como toda a ação administrativa desse último, está sujeita à fiscalização legislativa. Aplica-se, no caso, o inciso X do artigo 49 da CF, segundo o qual o Congresso tem a prerrogativa de fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de

suas casas, os atos do Poder Executivo. O Parlamento poderá, assim, convocar o Ministro das Relações Exteriores para prestar informações sobre a política externa ou ainda criar Comissões Parlamentares de Inquérito atinentes a esse assunto (artigo 58, § 1º, II, e § 3º). Nos Estados Unidos, por exemplo, tais comissões tiveram amplo alcance político, como aquela que investigou o escândalo Irã-Contras.

Quanto ao Poder Judiciário, a sua atuação abrange indubitavelmente aspectos da política externa brasileira. A constitucionalidade das obrigações assumidas pelo Brasil perante a comunidade internacional por meio de tratados está sob o crivo do STF. Um tratado internacional já foi inclusive objeto de uma ação direta de inconstitucionalidade, a qual teve por objeto a Convenção n. 158 da OIT sobre o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador. Na ementa do acórdão dessa ação, afirma-se explicitamente que o Poder Judiciário, fundado na supremacia da Constituição, é competente para efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso.[15] Há subjacente a essa prerrogativa do STF um autêntico controle judicial da política externa brasileira. Como se afirmou, os tratados fazem parte de tal política. Julgar procedente uma ação acerca da inconstitucionalidade de um tratado, é censurar as negociações diplomáticas entabuladas pelo Poder Executivo e a sua aprovação pelo Poder Legislativo.

A própria denúncia de tratados já foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.625. Na espécie, questiona-se a constitucionalidade do Decreto Federal n. 2.100/96 do Presidente da República, por meio do qual o chefe do Poder Executivo comunicou oficialmente que a Convenção em apreço deixaria de ser cumprida no Brasil a partir de 20 de novembro de 1997 em razão da sua denúncia junto à OIT. Tal decreto não foi precedido da anuência parlamentar. Até o presente momento, quatro ministros manifestaram seu voto. De um lado, o Ministro Nelson Jobim considerou constitucional o decreto presidencial, por ser o chefe do Poder Executivo o órgão competente para denunciar as convenções de que o Brasil seja parte. De outro lado, os Ministros Maurício Corrêa, Carlos Britto e Joaquim Barbosa entenderam a ação de inconstitucionalidade procedente, pois ao Congresso Nacional incumbe (artigo 49, I, da CF/88) resolver definitivamente sobre os tratados, inclusive no que diz respeito à sua denúncia.[16] A leitura da CF que até agora prevaleceu, nesse caso, é justamente no sentido de aprofundar o controle da política externa conduzida pelo Presidente da República, ao condicionar a denúncia de um tratado à anuência parlamentar.

Também não se deve olvidar que o Poder Judiciário, com frequência, interpreta e aplica os tratados internacionais, uma vez devidamente integrados ao sistema jurídico brasileiro. Isso gera efeitos para as relações diplomáticas do Brasil com os Estados-partes dessas convenções. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 172-2, a Ministra Ellen Gracie chamou a atenção para a necessidade da correta aplicação pelo Poder Judiciário da Convenção de Haia de 1980 sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças. Caso isso não ocorresse, prosseguiu a ministra, havia o

risco de comprometer as relações do Brasil com os Estados-partes da convenção.[17] O STJ também já proferiu decisões muito delicadas para os Estados com os quais o Brasil mantém relações diplomáticas, a exemplo da imunidade de jurisdição de suas representações diplomáticas em território brasileiro.[18] O modo pelo qual os juízes brasileiros aplicam o direito internacional não deixa de ser uma modalidade de exercício da soberania externa brasileira, pois essas decisões se projetam nas relações do Brasil com outros Estados.

Outro ponto que merece nossa atenção são os princípios constitucionais que devem reger a inserção e a participação do Brasil na sociedade internacional. Com efeito, uma das inovações da Constituição de 1988 (SANCHEZ; SILVA; CARDOSO; SPECIE, 2006) foi estabelecer os valores e objetivos que devem orientar a conduta brasileira nas relações internacionais, dentre os quais estão a prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, II, da CF). É notável que o artigo 4º da CF não se limita a mencionar os direitos humanos, pois preceitua que esse valor deve ter preponderância, o que indica a ordem de prioridades nas interações do Brasil com as nações estrangeiras.

Em suma, os temas de política externa – inclusive as grandes opções nesse campo como a assunção de obrigações internacionais e o desencadeamento de um conflito armado internacional – não são apanágio do Poder Executivo. Não é, assim, somente o Poder Executivo que exerce a soberania externa brasileira, ou seja, que determina as relações do Brasil com o mundo exterior. Mais do que isso, para além das regras de repartição de competências, a CF determina normas substantivas a pautarem a conduta do Estado brasileiro nas relações exteriores.

É bem verdade que muitos argumentos já foram expostos para conceder a mais ampla autonomia ao chefe do Poder Executivo nesse campo. É conhecida a leitura das relações internacionais que enfatiza a política do poder, segundo a qual os Estados devem a sua existência e a segurança não ao direito internacional ou a qualquer outra norma, mas apenas às suas próprias forças e as de seus aliados. Nessa ordem de ideias, deve-se ter presente no horizonte a deflagração armada entre os Estados, circunstância em que a independência e a existência mesma dos Estados mais frágeis estão sempre sob risco (ARON, 2002, p. 153-203). Por esses motivos, seria prudente atribuir ao Chefe do Poder Executivo a mais ampla discrição para defender os interesses nacionais – notadamente a segurança e a independência nacional – em um contexto internacional em que elas estão constantemente ameaçadas. Somente essa centralização de poderes em um único órgão seria capaz de dotar o Estado da unidade de ação e de comando necessários para assegurar a independência nacional e a integridade territorial. Não é, assim, de surpreender que no direito constitucional comparado o Poder Executivo desfrute de uma margem de ação maior nas relações internacionais do que em qualquer outro setor da atividade administrativa (ZOLLER, 1992, p. 29-91).[19]

Em que pesem esses argumentos, é forçoso reconhecer que a ideia de um poder ilimitado do Presidente da República na seara internacional não foi adotada pela

Constituição Federal. Há, sim, um compartilhamento de competências entre os poderes no que tange às relações exteriores. Existem, sim, princípios que o Presidente da República deve obrigatoriamente respeitar nessa seara. Essas normas tornam efetivos princípios caros ao direito constitucional brasileiro, como o equilíbrio de poderes, o Estado democrático de direito e o controle do exercício do poder. De acordo com a CF, a decisão de desencadear um conflito armado não é a decisão de apenas uma pessoa, mas deve ser fruto de um debate e de uma deliberação democrática na assembleia dos representantes do povo. Nessa perspectiva, os princípios constitucionais reforçam e não diminuem a posição do Brasil no estrangeiro. O controle jurisdicional dos atos do Poder Executivo na seara internacional encontra-se, assim, plenamente justificado.

Isso não impede, obviamente, que seja reconhecida certa margem de discricionariedade ao Presidente da República na condução de determinados assuntos nas relações internacionais. Mas defender essa margem de discricionariedade é algo inteiramente diverso da ausência de controle jurisdicional dos atos do Presidente da República.

Esse modo de enquadrar juridicamente a atuação externa do Estado brasileiro assume especial relevo no contexto atual em que a soberania interna e a externa do Estado estão estreitamente imbricadas.[20] Os temas das negociações diplomáticas entre os Estados não se resumem mais ao direito da paz e da guerra, para repetir uma formulação frequente dos cursos de direito internacional público de Haia no início do século XX. Tais tratativas abordam hoje outros assuntos que estão, também, no cerne do pacto social nacional, como a proteção dos direitos humanos e do meio ambiente. O foco das convenções dos direitos humanos é muito menos a disciplina das relações entre os Estados que assegurar direitos subjetivos aos indivíduos em face dos Estados a cuja jurisdição estão submetidos.[21] Levando-se em consideração esse fato, a vigilância sobre a disposição da soberania externa brasileira deve ser reforçada e não diminuída, inclusive no que se refere ao seu controle jurisidicional.

Essa vigilância, como se verá adiante, já ocorre com particular acuidade em uma modalidade particular de exercício de soberania externa: a extradição.

2 A soberania externa e a extradição: a função crucial do Poder Judiciário

A recorrência da alusão à palavra soberania no julgamento de Battisti não é de surpreender. Deveras, o instituto da extradição está intimamente relacionado a essa noção. Segundo a definição precisa do Ministro Ricardo Lewandowiski, a extradição "constitui um processo formal mediante o qual um Estado (Estado requerido), entrega uma pessoa a outro Estado (Estado requerente), para o fim de submetê-la a um processo penal ou à execução de uma sentença criminal".[22]

A extradição insere-se, assim, no quadro das relações entre dois Estados igualmente soberanos, pois constitui um ato de colaboração entre eles na repressão à criminalidade.

Ela está estreitamente relacionada ao caráter territorial da soberania estatal. Nenhum Estado, sob pena de incorrer em uma grave violação do direito internacional, pode agir no território de outro, exceto se esse último tenha dado o seu consentimento nesse sentido. Quando um indivíduo processado penalmente ou já condenado pela justiça de um determinado Estado foge para o território de outro, as autoridades policiais do primeiro Estado não podem prender tal indivíduo no território do segundo Estado.[23] Quando um estrangeiro se encontra no território de um determinado Estado, ele está submetido à soberania desse último, ainda que tenha fugido da justiça de seu país. Isso decorre do princípio da soberania territorial, segundo o qual o Estado exerce sobre esse espaço geográfico a integralidade de seus poderes, com a exclusão da atuação das autoridades de qualquer outro país estrangeiro. É por esse motivo que o pedido de extradição é o único modo admitido pelo direito internacional para que o Estado exerça o seu *jus puniendi* sobre o indivíduo que se encontra no território de outro.

A existência de tal pedido de extradição não significa, necessariamente, que ele será atendido. O Estado requerente fica sempre na dependência da anuência do Estado requerido para efetivar esse ato de cooperação penal. Como afirma Philippe Richard, a apreciação do pedido por parte do Estado requerido é um real ato de soberania (RICHARD, 1988, p. 656).[24] É, assim, o Estado requerido que decidirá se todas as condições que ele entende cabíveis estão reunidas para que o pedido de extradição seja aceito.

Não restam dúvidas, portanto, de que a análise do pedido de extradição pelo Estado brasileiro constitui um exercício de soberania externa, isto é, um ato de soberania que se projeta nas relações internacionais. O ponto controverso, a esse propósito, diz respeito apenas ao papel a ser desempenhado por cada órgão *do Estado brasileiro* no processo de extradição.

O direito extradicional brasileiro enquadra juridicamente como essa soberania externa do Estado brasileiro deve ser exercida. Um dos principais requisitos é a análise pelo STF do pedido de extradição. Nos termos do artigo 83 da Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980 – lei que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil –, "nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Plenário do STF sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão". O artigo 102, I, "g", da Constituição Federal preceitua que compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente a extradição solicitada por Estado estrangeiro. Por conseguinte, uma vez recebido o pedido de extradição pelo Poder Executivo brasileiro, tal pleito deverá ser encaminhado ao Supremo Tribunal Federal.

O direito extradicional brasileiro vai mais além. Ele estabelece alguns princípios que devem pautar o julgamento do pedido de extradição pelo STF. Dentre o rol dos direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição, figura a recusa da

extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião (artigo 5º, LII, da CF). De acordo com o artigo 77, II e VIII, da Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980, não se concederá a extradição quando o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente e quando o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante Tribunal ou Juízo de exceção.

No julgamento dessas exigências que devem ser atendidas pelo pedido de extradição, o STF já deu provas de que ele está atento a elas. No processo de extradição que a China formulou de seu nacional Quian Hong,[25] o relator, Ministro Celso de Mello, ressaltou que o Estado requerente é obrigado a identificar, com clareza e precisão, os elementos definidores do crime que é atribuído ao extraditando. Ademais, ressaltou que o STF não deve autorizar a extradição se o Estado requerente não assegurar ao extraditando a garantia do devido processo legal. Essas foram algumas das razões que conduziram os ministros do STF a indeferirem, por unanimidade, o pleito chinês.

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello bem realçou duas considerações que podem estar em conflito em um processo de extradição: de um lado, a necessidade de os Estados cooperarem na repressão penal dos delitos comuns; de outro lado, o dever de velar pelo respeito dos direitos fundamentais do súdito estrangeiro. Mais do que isso, o Ministro Celso de Mello identificou qual dessas duas considerações deve preponderar. Em suas palavras, o Estado brasileiro assumiu o gravíssimo dever de sempre fazer prevalecer os direitos humanos, obrigação prevista no artigo 4º, II, da Constituição Federal.

Conclui-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o pedido de extradição, opera uma escolha dos valores que devem guiar a política externa brasileira. Isso é tanto mais verdadeiro que caso o STF rejeite o pedido, o Presidente da República não poderá efetuar a extradição.

Ao fazer esse julgamento, o STF não está submetido ou vinculado a nenhuma autoridade externa, ou seja, a nenhum órgão de qualquer outro Estado estrangeiro. Nesse sentido, ele encarna e efetiva a independência nacional nas relações internacionais. Desse modo, contrariamente ao que sugere o acórdão da Reclamação 11.243, a independência nacional não é apenas encarnada pelo Presidente da República.

Esse poder atribuído ao STF de rejeitar a extradição é facilmente compreensível. A extradição coloca em causa a liberdade individual, visto que ela significa a prisão de um indivíduo pelo Estado requerido e a sua entrega ao Estado requerente com vistas a um julgamento penal ou a execução da pena. Ora, o guardião por excelência dessa liberdade é o Poder Judiciário.[26] Caso o poder de extraditar não passasse pelo crivo do Poder Judiciário e fosse atribuição exclusiva das autoridades administrativas, haveria um claro risco de barganhas políticas entre os Estados em prejuízo da defesa dos direitos e garantias fundamentais dos estrangeiros. Imagine-se, por exemplo, a situação em que o Estado requerente ofereça ao Estado requerido vantagens econômicas, cooperação militar ou apoio diplomático nas organizações internacionais em contrapartida da entrega da extraditando. Tal situação não é de todo improvável, haja vista a prioridade

que os Estados requerentes atribuem para essa entrega. A necessidade do prévio pronunciamento de um tribunal independente e imparcial sobre os fundamentos do pedido de extradição impõe um substancial limite a esse tipo de tratativas diplomáticas e, por conseguinte, ao poder do presidente da República na política internacional. Como bem observou o Ministro Carlos Britto, "é preciso que o STF atue em matéria extradicional para impedir que duas soberanias estatais eventualmente conluiadas esmaguem o indivíduo".[27] A CF não admite, assim, que os direitos e as garantias individuais sejam sacrificados no altar das razões de Estado. O direito extradicional de diferentes Estados com tradição no respeito aos direitos e garantias fundamentais vai nessa mesma linha (LEMONTEY, 1966, p. 54-69).

Pode-se, assim, concluir que o STF exerce um papel de protagonista em um tema importante das relações internacionais do Brasil, especialmente quando ele nega o pedido de extradição. Nesse caso, em nenhuma hipótese, o Presidente da República poderá efetuar a extradição. As ações do Poder Executivo restringem-se a mobilizar o corpo diplomático brasileiro para comunicar oficialmente o Estado requerente sobre a decisão da alta jurisdição brasileira.

O próprio direito extradicional brasileiro desautoriza, pois, a ideia de que o exercício da soberania externa brasileira seria do domínio exclusivo do Presidente da República. O STF, ao não autorizar a extradição, concretiza os valores constitucionais que dão o norte da política externa brasileira e define a conduta a ser posta em prática pelo Estado brasileiro diante de um pedido de um Estado estrangeiro. Em síntese, o STF exerce, também, a soberania externa do Estado brasileiro.

É bem verdade que se o STF deferir o pedido de extradição, caberá ao Presidente da República ter a palavra final sobre o assunto. Foi precisamente esse o sentido do acórdão da Reclamação 11.243. Todavia, isso não invalida, de nenhum modo, o papel determinante que o STF exerce nas relações internacionais do Brasil quando julga improcedente o pedido de extradição.

Por essas razões, parece-nos haver uma incongruência entre o direito extradicional brasileiro e o entendimento de que seriam insidicáveis os atos do Poder Executivo no âmbito das relações internacionais, inclusive no que tange à extradição. Essa observação permanece válida mesmo quando o STF autoriza a extradição, como no caso Battisti. No acórdão da Extradição 1.085, o Supremo deixou claro que o Poder Executivo deveria cumprir o tratado de extradição entre o Brasil e a Itália. Seria, assim, natural que ele seja competente para analisar se, de fato, isso ocorreu, pois tal análise é indispensável para que o STF faça valer o caráter obrigatório de suas decisões.

Os vários motivos invocados para que esse ato do Poder Executivo escape da apreciação jurisdicional não nos parecem convincentes.

Em primeiro lugar, como já visto, o próprio STF faz uso da soberania externa brasileira e encarna a independência nacional no processo de extradição. Tanto um quanto o outro não são atributos exclusivos do Presidente da República.

Também não nos parece decisivo o fato de ser um Estado estrangeiro que ajuíza a reclamação. Segundo o acórdão da Reclamação 11.243, o Poder Judiciário brasileiro não deve servir para tutelar as pretensões de um Estado estrangeiro. Ora, se as pretensões de um Estado estrangeiro encontram guarida na ordem jurídica brasileira, não há motivos para que o Poder Judiciário se recuse a lhe garantir o exercício de um direito protegido pelo direito brasileiro. Não se pode olvidar que o Poder Judiciário, notadamente o STF, sempre decidirá de acordo com o que diz a Constituição.[28] O recurso à justiça não deve ser visto como uma intromissão indevida nos assuntos internos do Estado brasileiro, mas como o regular exercício de um direito assegurado a qualquer pessoa jurídica. Em um Estado de direito, nada mais corriqueiro que uma pessoa jurídica, seja qual for o seu regime jurídico, recorra à Justiça caso entenda que os seus direitos tenham sido lesados. Nem se alegue que isso atenta contra a soberania nacional. O Poder Judiciário é um dos órgãos do Estado brasileiro, isto é, uma das entidades que tomam decisões vinculantes em nome da soberania nacional. Não cabe dizer, assim, que uma decisão do Poder Judiciário em favor de um Estado estrangeiro prejudica a soberania nacional. Seria, ademais, surpreendente que a mais alta corte do país preferisse acórdãos que privilegiassem as nações estrangeiras em detrimento do interesse nacional.

Não nos parece, também, pertinente a assertiva de que o descumprimento de um tratado engendra apenas um litígio entre Estados soberanos, cuja solução é exclusiva de um tribunal internacional.[29] O entendimento de que os tratados devidamente ratificados e promulgados fazem parte da ordem jurídica brasileira já se consolidou, de longa data, no STF. Segundo essa leitura, os tratados que não versam sobre direitos humanos[30] têm *status* de leis federais ordinárias. Ora, os atos da Presidência da República devem observar o princípio da legalidade, o que inclui os tratados incorporados à ordem jurídica brasileira. Não se pode admitir que a coibição de abusos, contrários à ordem jurídica brasileira e cometidos pelo Presidente da República, fique na dependência de um julgamento de um tribunal internacional.

Isso não quer dizer, naturalmente, que o Poder Executivo deveria ter sido obrigado a extraditar Cesare Battisti. O aspecto que nos parece criticável da decisão do STF na Reclamação 11.243 diz respeito apenas aos seus fundamentos. Havia, sim, substanciais argumentos que referendam a permanência de Battisti em território nacional. Os próprios termos do tratado de extradição entre Brasil e Itália, ao permitir a não extradição caso existam ponderáveis razões para supor o agravamento da situação do extraditando por motivos de sua condição pessoal, permitem justificar essa decisão. As palavras "situação pessoal" e "agravamento da situação" são suficientemente abrangentes para abarcar circunstâncias em que o clamor público prejudica a serenidade necessária para julgamentos de grande conotação política. Poder-se-ia argumentar que o julgamento de Battisti foi envolto por essas circunstâncias. Ademais, no que se refere à execução da pena de Battisti, a atenção política e midiática

desproporcional que esse caso gerou dá margens ao temor da ausência de equilíbrio das autoridades italianas no cumprimento de sua legislação sobre as execuções penais. Não seria de todo desarrazoado supor que as autoridades italianas tenderiam a ser particularmente rigorosas na aplicação de tal legislação sobre as execuções penais em virtude da situação pessoal de Battisti, notadamente do seu passado político e de seu envolvimento com organizações de extrema esquerda.

Segundo o tratado, a mera suposição é o bastante para que essa exceção seja aplicada. Não há a menor obrigatoriedade de o Estado requerido elencar elementos conclusivos que indiquem uma certeza sobre o agravamento da situação do extraditando. Dado que o tratado de extradição constitui uma limitação da soberania do Estado brasileiro, ele não pode ser interpretado de modo a impor obrigações que vão além do seu texto.[31]

Poder-se-ia, também, afirmar que o Poder Executivo desfruta de uma condição privilegiada para averiguar a existência dessas razões ponderáveis. A embaixada brasileira em Roma e os consultados brasileiros na Itália informam, em primeira mão, o Poder Executivo brasileiro sobre o contexto geral em torno do caso Battisti, seja no que se refere ao julgamento de Battisti já transitado em julgado, seja no tocante às possibilidades de um rigor excessivo na aplicação da pena do extraditando. São os funcionários das embaixadas e dos consulados os agentes do Estado brasileiro que estão em melhores condições para verificar o real estado de coisas na Itália.

A crítica à fundamentação do STF não é destituída de efeitos para a proteção dos direitos humanos em litígios sobre a extradição. Embora essa situação não tenha sido configurada no litígio Battisti, há circunstâncias em que a proteção dos direitos humanos exige que a pessoa reclamada seja extraditada.

Nos julgamentos da Extradição 1.085 e da Reclamação 11.243, ressaltou-se, a justo título, a função de o STF tutelar os direitos e as garantias fundamentais do extraditando e de zelar pela prevalência dos direitos humanos. Com efeito, ao se negar a extraditar estrangeiros por crimes políticos ou para Estados autoritários, a alta jurisdição brasileira cumpre indubitavelmente esse papel.

Todavia, quando o extraditando é acusado de graves violações aos direitos humanos e o Estado requerente respeita as garantias do devido processo legal, o princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos impõe a extradição da pessoa reclamada.

No direito público atual, tratados sobre direitos humanos impõem obrigações em matéria de extradição para evitar a impunidade dos autores dos piores crimes contra a dignidade humana. Exemplo disso é a Convenção de 1984 contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.[32] O preâmbulo desse tratado estabelece a finalidade de "tornar mais eficaz a luta contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes em todo mundo".

Foi essa convenção de grande importância que conduziu a Câmara dos Lordes inglesa a colocar em causa uma norma clássica de direito internacional público: a imunidade

de jurisdição dos ex-governantes. Quando houve o pedido espanhol ao Reino Unido de extradição de Augusto Pinochet, invocou-se a sua condição de ex-chefe de Estado para afirmar que o pedido deveria ser negado. Segundo o direito internacional público clássico, os atos praticados pelo ex-ditador chileno são atos de função que estariam subtraídos da apreciação de uma jurisdição estrangeira. Embora a Câmara dos Lordes tenha reconhecido a vigência desse preceito, ela estabeleceu limites ao seu alcance. Para a alta jurisdição inglesa, a Convenção contra a tortura de 1984, de que o Chile e o Reino Unido são partes, instituiu um sistema internacional para combatê-la. Assim, prosseguiram os Lordes, podia-se depreender de tal sistema convencional uma exceção, se bem que implícita, à imunidade dos ex-chefes de Estado quando eles são acusados de haver cometido o crime de tortura. Concluir de outro modo seria, nessa linha de pensamento, contraditório com a finalidade mesma desse tratado: a repressão à tortura. Com base nessas ponderações, a Câmara dos Lordes autorizou a extradição de Augusto Pinochet para a Espanha.[33]

Recentemente, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) interpretou as disposições dessa mesma convenção no litígio que opôs a Bélgica ao Senegal. Em janeiro de 2009, a Bélgica depositou uma reclamação na CIJ contra o Senegal alegando que este havia violado tal convenção ao se recusar, ao mesmo tempo, a processar criminalmente Hissène Habré e a extraditá-lo para a Bélgica. O ex-presidente do Tchad, o qual havia se exilado no Senegal, era acusado de ter cometido crimes de tortura e outras violações graves do direito internacional humanitário durante os oito anos em que esteve no poder. Segundo a CIJ, a convenção prescreve a obrigação, para o Estado em cujo território se encontra o autor presumido do crime de tortura, de processá-lo criminalmente ou de extraditá-lo. Portanto, segundo a CIJ, se o Senegal não processar criminalmente Habré, ele tem a obrigação convencional de extraditá-lo para a Bélgica, pois esse país requereu a sua extradição com base em sua célebre lei sobre a competência universal. Para a CIJ, todos os Estados-partes da aludida Convenção têm um interesse comum em assegurar a prevenção da tortura e zelar para que os autores desse crime não se beneficiem da impunidade.[34]

Outros tratados de proteção dos direitos humanos estabelecem disposições similares sobre esse tema, como as Convenções de Genebra de 1949[35] e a Convenção da ONU para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desparecimento Forçado.[36] Tais disposições estabelecem uma obrigação alternativa aos Estados-partes: ou processam eles próprios os indivíduos que se encontram em seu território e que são acusados de crimes contra os direitos humanos ou eles devem extraditá-los para os Estados que efetuem tal pedido. Essa obrigação, conhecida pela expressão latina *aut dedere aut judicaire*, tem o nítido propósito de evitar a impunidade em relação aos piores crimes cometidos contra os direitos humanos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) identificou, também, obrigações em matéria de extradição nos tratados sobre direitos humanos. No caso Goiburú,

a CIDH censurou o Paraguai por não ter investigado devidamente as violações aos direitos humanos e sancionado os responsáveis por tais violações cometidas sob o regime ditatorial de Alfredo Stroessner (1954-1989), haja vista que o Estado paraguaio jamais efetivou o pedido ao Brasil de extradição do ex-chefe de Estado paraguaio. A Corte foi mais além: há, em virtude da CIDH, a obrigação de os Estados cooperarem entre si, para que a impunidade dos autores de graves crimes contra os direitos humanos seja erradicada. Desse modo, nenhum Estado deve outorgar proteção a tais autores. Por conseguinte, os Estados-partes devem ou julgar, eles próprios, tais autores ou extraditá-los.[37]

Esses exemplos demonstram a clara tendência do direito internacional atual em impor obrigações aos Estados, inclusive em matéria de extradição, para impedir que os autores dos piores crimes contra a dignidade humana encontrem um refúgio em algum Estado e escapem, assim, da justiça.

Em síntese, fazer prevalecer os direitos humanos nas relações internacionais não significa apenas se negar a extraditar, quando o extraditando responde por crimes políticos ou, então, quando o Estado requerente não observa direitos básicos do acusado, como a ampla defesa. Fazer prevalecer os direitos humanos nas relações internacionais significa, também, aceitar o pedido de extradição de Estados que respeitem o devido processo legal, quando se trata de autores de graves crimes internacionais, a exemplo do genocídio e da tortura.

Se os fundamentos utilizados no caso Battisti pelo STF forem levados às últimas consequências, eles impedem que se questione judicialmente uma eventual decisão do Presidente da República negando a extradição de um autor de graves violações aos direitos humanos. Com efeito, segundo o Supremo, o ato de recusa do Presidente da República em extraditar não está submetido a *nenhum tipo de controle jurisdicional*. Essa leitura acorda ao Presidente da República a mais ampla liberdade para repudiar o princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais do Brasil, caso o Presidente da República se negue a extraditar um acusado de graves crimes contra os direitos humanos a um Estado que conduz os seus processos penais segundo os cânones do devido processo legal.

Conclusão

Uma das mais extraordinárias evoluções do direito público contemporâneo foi a consolidação da ideia de que os detentores do poder devem ser vigiados e devem exercer as suas atribuições públicas de acordo com a lei, e não segundo os seus caprichos e as suas instáveis vontades. Como bem salientou Elisabeth Zoller, no direito público comparado, esses progressos ocorreram com um rigor muito maior nos atos do Estado voltados para dentro que nas condutas do Estado dirigidas ao estrangeiro (ZOLLER, 1992, p. 167).

Esse estado de coisas, contudo, não nos parece mais conforme ao texto constitucional brasileiro. Tornou-se lugar comum realçar, a justo título, a contribuição da CF para restabelecer o Estado de direito. Em um momento que os atos de soberania externa brasileira assumem especial relevo em virtude da interpenetração entre a política interna e a política externa, é preciso reforçar a obrigatoriedade desse princípio no direito brasileiro das relações exteriores. É por esse motivo que a decisão do STF que afirmou o caráter insidicável dos atos do Presidente da República na disposição da soberania externa brasileira nos parece ser um retrocesso.

É certo que o Estado brasileiro deve conduzir as suas relações com os seus pares na comunidade internacional com total autonomia, sem estar obrigado a seguir as orientações de qualquer outro Estado estrangeiro. Como ressaltou a CIJ no emblemático caso Nicarágua contra Estados Unidos, a liberdade de que os Estados dispõem em política externa deriva da sua soberania.[38] Defender essa autonomia do Estado brasileiro é, no entanto, algo inteiramente diverso do que propugnar pela ausência de controles de *direito público interno* dos atos do Poder Executivo nessa seara.

O direito público brasileiro impõe um conjunto substantivo de normas jurídicas que obrigam os diferentes órgãos do Estado brasileiro a pautarem as relações exteriores do Brasil por certos princípios. Tais normas disciplinam as relações do Estado brasileiro com os outros sujeitos de direito internacional. Daí a importância do controle jurisidicional da política externa para que tais regras sejam efetivamente cumpridas.

: ARTIGO APROVADO (19/03/2014) : *RECEBIDO EM 04/02/2013*

NOTAS

1 Veja-se, por exemplo, PASCHOAL, Janaína Conceição. Acolher Battisti não é escolha jurídica. *Folha de S.Paulo*, 13 de setembro de 2010, p. A-3; e BARROSO, Luis Roberto. O último perseguido. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/shared/download/casos-cesare-battisti-artigo-ultimo-perseguido.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2012. Vejam-se, também, os pareceres de José Afonso da Silva e de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a constitucionalidade do status de refugiado concedido a Cesare Battisti. Disponíveis, respectivamente, em: <http://www.oab.org.br/noticia/16483/jose-afonso-conclui-que-concessao-de-refugio-a-battisti-e-constitucional> e <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI93573,71043-Parecer+do+professor+Celso+Antonio+Bandeira+de+Mello+sobre+o+caso>. Acesso em: 14 dez. 2012.

2 Supremo Tribunal Federal, Extradição 1.085. Rel. Min. Cezar Peluso. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º dez. 2012.

3 Supremo Tribunal Federal, Reclamação 11.243. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º dez. 2012.

4 Segundo o art. 29 da Lei n. 9.474/97 – lei que define no direito brasileiro mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951 –, no caso de decisão negativa do Conare sobre o pedido da concessão do refúgio, cabe recurso direito ao Ministro de Estado da Justiça.

5 Segundo o art. 1º da Lei n. 9.474/97: "Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; [...]".

6 A decisão do Presidente da República foi publicada no *Diário Oficial da União* em 31 de dezembro de 2010.

7 Os textos do parecer e do despacho do Advogado-Geral da União Substituto encontram-se disponíveis em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=155567&id_site=3>. Acesso em: 1º dez. 2012.

8 Cabe lembrar o que dispõe o artigo 84, II: "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] II – exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal".

9 O Decreto n. 70.274, de 9 de março de 1972 – o qual aprova as normas de cerimonial público e a ordem geral de precedência –, disciplina minuciosamente o cerimonial extremamente formal em que ocorre essa entrega. Sobre o simbolismo de que se reveste a entrega dessas credenciais no direito português, v. Araújo (2010).

10 Sob esse ponto de vista, há uma notável homologia entre o artigo 14 da Constituição francesa e o artigo 84, IV, da Constituição brasileira. Sobre o significado do artigo 14 da Constituição francesa, v. notadamente Zoller (1992, p. 68).

11 Pode-se citar, a título ilustrativo, o impacto humano e econômico para um Estado que realiza operações armadas no estrangeiro: a perda de vidas humanas de seus militares e os custos econômicos substanciais decorrentes da mobilização de suas forças armadas.

12 Para um estudo bem completo sobre os diferentes mecanismos de controle da política externa brasileira, v. especialmente Sanchez; Silva; Cardoso; Specie (2006, p. 125-143).

13 Em um célebre *dictum* no caso Wimbledon, a Corte permanente de Justiça internacional afirmou: "A Corte recusa-se a ver na conclusão de um tratado qualquer, por meio do qual um Estado se obriga a fazer ou a não fazer algo, um abandono de sua soberania. Sem dúvida, toda convenção que engendra uma obrigação desse tipo traz uma restrição ao exercício dos direitos soberanos do Estado, no sentido de que ela imprime a esse exercício uma direção determinada. Mas a faculdade de contratar esses compromissos internacionais é precisamente um atributo da soberania do Estado" (tradução livre do autor da versão original em francês). Corte Permanente de Justiça Internacional, Vapeur Wimbledon. Acórdão de 17 de agosto de 1923. Disponível em: <www.icj-cij.org>. Acesso em: 1º nov. 2012. Deveras, a capacidade de ratificar tratados internacionais é um dos atributos da soberania do Estado, sujeito por excelência de direito internacional público. Nesse sentido, o artigo 6º da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados preceitua que todo Estado tem capacidade para concluir tratados.

14 V., respectivamente, os Decretos Legislativos n. 5/99 e 207/2004.

15 Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.480-3. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 dez. 2000.

16 Cumpre ressalvar que não conseguimos obter o inteiro teor dos votos dos ministros nesse litígio *no site* do STF, à exceção do voto do Ministro Joaquim Barbosa. As observações acima sobre os votos dos ministros baseiam-se em informativos disponíveis no mencionado *site*. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º dez. 2012.

17 Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 172-2. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 dez. 2012.

18 Veja-se, por exemplo, o Recurso Extraordinário 222.368-Agr, em que o STF entendeu que as imunidades diplomáticas das representações estrangeiras do Brasil eram relativas e não abrangiam os processos trabalhistas. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 222.368-Agr. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º nov. 2012.

19 Sobre o assunto, v. também Flinterman (1995, p. 45-54); e Sumption, disponível em: <http://www.supremecourt. gov.uk/docs/speech_120514.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2013.

20 Essa estreita relação já foi abundantemente salientada pela doutrina. O caráter relativo da noção de assuntos internos e do domínio reservado dos Estados no direito das organizações internacionais é disso uma ilustração. V., por exemplo, Trindade (2003, especialmente p. 90-152).

21 Vejam-se, a esse respeito: Corte Interamericana de Direitos Humanos, Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4. Convención americana sobre derechos humanos). Opinião Consultiva de 8 de setembro de 1983, § 50. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/>. Acesso em: 1º fev. 2012.

22 Supremo Tribunal Federal, Extradição 1.085, p. 245. Essa definição é clássica e é adotada por diferentes autores com pequenas modificações de formulação. Por exemplo, no *Dicionário de direito internacional*, de Jean Salmon, a extradição é definida do mesmo modo (SALMON, 2001, p. 489). Para uma definição similar de extradição, v. também Chauvy (1981, p. 3-4).

23 É bem verdade que há casos célebres em que esse fato ocorreu, como a captura de Einchman pelo serviço secreto israelense em território argentino sem que o Estado argentino tenha dado o seu consentimento. Tais casos constituem, todavia, uma violação do direito internacional, mais precisamente do respeito à soberania territorial dos Estados. Sobre o assunto, v. Green (1963, p. 150-190).

24 No mesmo sentido, a Corte Internacional de Justiça, no caso *Haya de la Torre,* ressaltou: "No caso da extradição, o refugiado se encontra no território do Estado de refúgio. Uma decisão relativa à extradição implica apenas o exercício normal da soberania territorial. O refugiado se encontra fora do território do Estado onde o delito foi cometido e uma decisão de lhe acordar o asilo não derroga, de nenhum modo, a soberania desse Estado" (tradução livre do autor do texto original em francês). Corte Internacional de Justiça. Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile. Acórdão de 20 de novembro de 1950, p. 274. Disponível em: <http://www.icj-cij.org>. Acesso em: 1º dez. 2012. Sobre o assunto, v. também Souza (1998, p. 39).

25 Supremo Tribunal Federal, Extradição 633-9. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 4º dez. 2012.

26 Nesse sentido, o artigo 5º, LXI, da CF prescreve: "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei". Sobre o assunto, v. também Rezek (1976, p. 240).

27 Supremo Tribunal Federal, Reclamação 11.243, p. 127.

28 Em matéria de direito internacional, o STF não hesitou em declarar inconstitucionais tratados devidamente ratificados pelo Brasil e que, portanto, criam obrigações internacionais para o Brasil. O motivo invocado pelo STF foi justamente o seu papel de guardião da Constituição Federal. Há, assim, uma clara preocupação do STF em privilegiar o cumprimento da Constituição em detrimento das obrigações internacionais que o Brasil assumiu perante a comunidade internacional. Sobre esse assunto, v. o item 1 *supra*.

29 Foi essa a linha da argumentação do acórdão do STF na Reclamação 11.243: "10. O descumprimento do Tratado, em tese, gera uma lide entre Estados soberanos, cuja resolução não compete ao Supremo Tribunal Federal, que não exerce soberania internacional, máxime para impor a vontade da República Italiana ao Chefe de Estado brasileiro, cogitando-se de mediação da Corte Internacional de Haia, nos termos do art. 92 da Carta das Nações Unidas de 1945".

30 Em relação aos tratados sobre direitos humanos, há ainda uma grande controvérsia sobre o seu status normativo. Sobre o assunto, v. Del'olmo (2007, p. 234).

31 É conhecido o princípio em matéria de interpretação de tratados de que as limitações da soberania não se presumem. Sobre as regras que regem a interpretação dos tratados internacionais, v. Sorel (2006, p. 1289-1334).

32 Essa convenção foi internalizada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991.

33 Vejam-se, a esse respeito, especialmente os votos de Lord Browne-Wilkinson, Lord Hutton, Lord Millet, Lord Saville of Newdigate, Lord Philips of Worth Matravers. House of Lords, Judgment – Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division). Decisão de 24 de março de 1999. *International Legal Materials*, v. 38, 1999, p. 591-663.

34 Corte Internacional de Justiça. Questions concernant l'obligation de porsuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal). Acórdão de 20 de julho de 2012, especialmente § 75-121. Disponível em: <www.icj-cij.org>. Acesso em 1º nov. 2012. Sobre o assunto, ver também GALICKI, Zdzislaw. Rapport préliminaire sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre («aut dedere aut punire»). Relatório apresentado à Comissão de Direito Internacional da ONU, A/CN.4/571.

35 As Convenções de Genebra de 1949 constituem o núcleo do direito internacional humanitário: a Convenção para a Melhoria da Sorte dos Feridos e Enfermos em Exércitos em Campanha (I); a Convenção para a Melhoria da Sorte dos Feridos, Enfermos e Náufragos das Forças Armadas no Mar (II); a Convenção Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra (III); e a Convenção Relativa à Proteção dos Civis em Tempo de Guerra (IV). Essas convenções foram ratificadas pelo Brasil e promulgadas pelo Decreto n. 42.121, de 21 de agosto de 1957. Veja-se, por exemplo, o artigo 69 da Convenção de Genebra I.

36 Essa Convenção foi ratificada pelo Brasil em 29 de novembro de 2010. Veja-se, especialmente, o seu artigo 11.

37 Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Goiburú y otros *vs.* Paraguay, sentença de 22 de setembro de 2006, § 123-132.

38 Corte Internacional de Justiça, Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique). Acórdão de 27 de junho de 1986, § 265. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/>. Acesso em: 1º jun. 2012.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros

ARON, Raymond. *Paz e guerra entre as nações*. Brasília: Ed. UnB, 2002.

CHAUVY, Yves. *L'extradition*. Paris: Presses Universitaires de France, 1981.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *A extradição no alvorecer do século XXI*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

LEMONTEY, Jacques. *Du rôle de l'autorité judiciaire dans la procédure d'extradition passive*. Paris: L.G.D.J., 1966.

REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *A extradição no direito internacional e no brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

SALMON, Jean (sous la direction de). *Dictionnaire de droit international public*. Bruxelles: Bruylant, 2001.

SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. *As novas tendências do direito extradicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das organizações internacionais*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ZOLLER, Elisabeth. *Droit des relations extérieures*. Paris: PUF, 1992.

Artigos

ARAÚJO, Antônio de. Função presidencial e política externa. *Relações internacionais*, n. 28, dez. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.oces.mctes.pt/scielo.php?pid=S1645-91992010000400005&script=sci_arttext>. Acesso em: 10 jan. 2012.

BADIN, Michelle Ratton Sanchez; FRANÇA, Cássio Luiz de. A inserção internacional do poder executivo federal brasileiro. *Friedrich-Ebert-Stiftung*, São Paulo, n. 40, ago. 2010.
BARROSO, Luis Roberto. O último perseguido. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/shared/download/casos-cesare-battisti-artigo-ultimo-perseguido.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2012.
BONICHOT, Jean-Claude. L'évolution récente de l'extradition passive en France. *Annuaire Français de Droit International*, v. 30, p. 19-42, 1984.
FLINTERMAN, Cees. Judicial control of foreign affairs: the political question doctrine. In: BAKKER, R.; HERINGA, A. W.; STROIK, F. *Judicial control:* comparative essays on judicial review. Malku: Antwerpeen, 1995, p. 45-54.
GALICKI, Zdzislaw. Rapport préliminaire sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre («aut dedere aut punire»). Relatório apresentado à Comissão de Direito Internacional da ONU, A/CN.4/571.
GREEN, Leslie. Aspects juridiques du procès Eichman. *Annuaire français de droit international*, v. 9, n. 9, p. 150-190, 1963.
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Parecer sobre o caso Cesare Battisti. Parecer disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI93573,71043-Parecer+do+professor+Celso+Antonio+Bandeira+de+Mello+sobre+o+caso>. Acesso em: 14 dez. 2012.
PASCHOAL, Janaína Conceição. Acolher Battisti não é escolha jurídica. *Folha de S.Paulo*, 13 de setembro de 2010, p. A-3
REZEK, José Francisco. Perspectiva do regime jurídico da extradição. *Estudos de direito público em homenagem a Aliomar Baleeiro.* Brasília: Editora UnB, p. 233-264, 1976.
RICHARD, Philippe. Droit de l'extradition et terrorisme. Risques d'une pratique incertaine: du droit vers le non-droit. *Annuaire français de droit international*, v. 34, n. 34, p. 652-676, 1988.
SANCHEZ, Michelle Ratton; SILVA, Elaini C. G. da; CARDOSO, Evorah L.; SPECIE, Priscila. Política externa como política pública: uma análise pela regulamentação constitucional brasileira (1967-1898). *Revista de Sociologia e Política*, n. 27, p. 125-143, 2006.
SOREL, Jean-Marc. L'article 31. In: CORTEN, Olivier; KLEIN, Pierre. *Les conventions de Vienne sur le droit des traités:* commentaire article par article. Bruxelles: Bruylant, 2006.
SILVA, José Afonso da. Pedido de análise da situação do italiano Cesare Battisti preso no Brasil e a legalidade da decisão do Ministro da Justiça. Parecer disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/16483/jose-afonso-conclui-que-concessao-de-refugio-a-battisti-e-constitucional>. Acesso em: 14 dez. 2012.
SUMPTION, Jonathan. Foreign affairs in the English Courts since 9/11. Lecture at the Department of Government, London School of Economics. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov.uk/docs/speech_120514.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2013.

Jurisprudência

Corte Interamericana de Direitos Humanos, Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención americana sobre derechos humanos). Opinião Consultiva de 8 de setembro de 1983, § 50. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/>. Acesso em: 1º fev. 2012.
Corte Internacional de Justiça, Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile. Acórdão de 20 de novembro de 1950, p. 274. Disponível em: <http://www.icj-cij.org>. Acesso em: 1º dez. 2012.
Corte Internacional de Justiça, Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique). Acórdão de 27 de junho de 1986, § 265. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/>. Acesso em: 1º jun. 2012.
Corte Internacional de Justiça, Questions concernant l'obligation de porsuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal). Acórdão de 20 de julho de 2012. Disponível em: <www.icj-cij.org>. Acesso em 1º nov. 2012.
Corte Permanente de Justiça Internacional, Vapeur Wimbledon. Acórdão de 17 de agosto de 1923. Disponível em: <www.icj-cij.org>. Acesso em: 1º nov. 2012.
House of Lords, Judgment – Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division). Decisão de 24 de março de 1999. *International Legal Materials*, v. 38, p. 591-663, 1999.
Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.480-3. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 dez. 2013.
Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 172-2. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 dez. 2012.
Supremo Tribunal Federal, Extradição 633-9. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 4º dez. 2012.

Supremo Tribunal Federal, Extradição 1.085. Rel. Min. Cezar Peluso. Disponível em: <ww.stf.jus.br>. Acesso em: 1º dez. 2012.
Supremo Tribunal Federal, Reclamação 11.243. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <ww.stf.jus.br>. Acesso em: 1º dez. 2012.
Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 222.368-Agr. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º nov. 2012.

Daniel Damásio Borges

DOUTOR EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE PARIS I
PROFESSOR ASSISTENTE DOUTOR DE DIREITO INTERNACIONAL DA FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS DA UNESP – CAMPUS DE FRANCA

Faculdade de Ciências Humanas e Sociais – UNESP
Departamento de Direito Público – Campus de Franca
Av. Eufrásia Monteiro Petráglia, 900
Jd. Dr. Antonio Petráglia – 14409-160
Franca – SP – Brasil
dadb@uol.com.br

O FORMALISTA EXPIATÓRIO:
LEITURAS IMPURAS DE KELSEN NO BRASIL *

Fernando Leal

THE FORMALIST ESCAPE GOAT:
IMPURE READINGS OF KELSEN IN BRAZIL

RESUMO

Neste artigo, argumento que a caracterização de Kelsen como um autor formalista e positivista (comum em contextos de recepção da sua obra, como o Brasil) só pode ser considerada plausível dependendo do sentido em que as expressões "formalismo" e "positivismo" são empregadas. Por um lado, mostro por que Kelsen não era um formalista metodológico (i.e., que caracterizava o raciocínio jurídico como dedutivo) e por que a associação entre positivismo jurídico e esse tipo de formalismo é problemática. Por outro, defendo que o que Stanley Paulson chama de crítica de formalismo como esvaziamento – já dirigida contra Kelsen na Alemanha no início do século XX – deve ser levado a sério em seus próprios termos, ou seja, como uma perspectiva metodológica que também pode ser valiosa para investigar a natureza do direito. Com o auxílio dessas análises, é possível desfazer a caricatura que ainda inspira certas visões da obra de Kelsen no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE

Kelsen; formalismo; positivismo jurídico; dedutivismo; descritivismo.

ABSTRACT

The characterization of Kelsen as formalist or legal positivist is very common in contexts of reception of his work, such as Brazil. In this paper, I argue that whether or not such depiction can be considered acceptable depends on the sense in which the terms "formalism" and "legal positivism" are used. On the one hand, I hope to show why Kelsen was not a methodological formalist (i.e., someone who conceives legal reasoning as deductive reasoning) and why the linking between legal positivism and this kind of formalism is problematic. On the other hand, I claim that what Stanley Paulson calls the charge of formalism qua emptiness – which had already been addressed at Kelsen in Germany in the beginning of the XX[th] century – should be taken seriously in its own terms, i.e., as a methodological approach which can also be fruitful to investigate the nature of law. With the help of these analyses, it is possible to dispel the caricature that still inspires some views of Kelsen's work in Brazil.

KEYWORDS

Kelsen; formalism; legal positivism; deductivism; descriptivism.

Introdução

Parece claro que uma análise sobre a influência do pensamento de um autor em um determinado contexto pressupõe que os seus efeitos sejam apresentados e valorados à luz de certos acordos prévios a respeito do que signifique "o pensamento" dele. Sem que exista pelo menos um núcleo consensual a respeito das ideias que o autor

sob consideração efetivamente defende ou sobre as interpretações *plausíveis* de sua obra – no sentido de serem coerentes com o conjunto dos seus pressupostos mais fundamentais –, não é possível, sobretudo, analisar se uma influência especificamente observável do seu "pensamento" em um determinado ambiente pode ser, de fato, considerada uma assimilação minimamente fiel da sua teoria. E, sem esses acordos, torna-se impossível diferenciar uma influência fidedigna de uma compreensão efetivamente errada da teoria[1] ou de uma simples adaptação enviesada de algumas das suas teses.

É certo que mesmo uma assimilação "com sinal trocado", uma releitura "tergiversada" – para usar uma expressão de López Medina (2004, p. 31 ss.) –, ou alguma outra forma de compreensão parcial de uma teoria, seja ela originada por uma leitura seletivamente justificada para servir a determinados interesses no contexto de recepção,[2] seja ela fruto de um acesso limitado ao "pensamento" do autor (porque, por exemplo, nem toda a sua obra foi traduzida para o idioma do local de recepção ou porque o debate desenvolvido no local de produção do pensamento é desconhecido no local de recepção), podem também ser vistas como uma *influência*. Nesses casos, porém, o senso comum que se estabelece a respeito de determinado pensamento não é uma consequência da influência *direta* do edifício teórico do autor, mas sim de uma leitura específica deste, que pode até ser completamente incompatível com a doutrina de referência. Sem embargo, o que se enfatiza neste momento não é a suposta necessidade de análises sobre as diferentes formas por meio das quais um pensamento produzido em um determinado lugar pode influenciar a teoria e a prática em contextos diferentes, mas apenas a importância de se investigar também se uma determinada visão amplamente compartilhada sobre o pensamento de um autor pode ser considerada uma expressão adequada ou não da sua obra. Isso é decisivo não apenas para o desenvolvimento de reflexões sobre as razões que levam a uma compreensão enviesada (ou "impura") de certa teoria estrangeira em um ambiente específico, mas também para a análise dos seus méritos e deméritos efetivos nesse contexto.

Embora quase óbvias, essas observações preliminares são importantes para reforçar a visão de que o modo como operadores do direito, estudantes e mesmo alguns teóricos compreendem o pensamento de determinado autor em certo ambiente (*i.e.,* a [pseudo]*influência* desse autor naquele espaço) nem sempre exprime uma leitura compatível com os seus pressupostos. Nesse contexto, uma espécie de senso comum entre parcela não desprezível dos membros daqueles grupos que pode ser identificado ainda hoje no Brasil – e, provavelmente, também nos demais países da América Latina e em outros contextos de recepção das obras de Kelsen, embora, reconheço, faltem-me evidências empíricas para comprová-lo – sobre um suposto caráter *formalista*, tanto do projeto jusfilosófico kelseniano como da compreensão do processo de decisão jurídica a ele relacionado, revela um caso clássico de recepção no mínimo criticável de uma teoria desenvolvida em outro ambiente.

A presença de uma compreensão inadequada de Kelsen entre nós é percebida, por exemplo, em um consciente *mea culpa* realizado por Eros Grau:

> [f]ui um crítico exacerbado de Kelsen, ousadamente, até o momento em que verifiquei que há dois Kelsen: o verdadeiro, crítico formal do direito, e aquele em que o transformam alguns dos seus leitores. Percebi, então, que minhas críticas a Kelsen deveriam ser não a ele destinadas, porém a alguns supostos kelsenianos, aqueles que fazem com que a teoria de Kelsen seja importante não pelo que estuda, mas sim pelo que deixa de estudar. (GRAU, 2011, p. 33)

No mesmo sentido – e com afirmações mais fortes – afirma Dallari:

> [...] é tão profunda a influência da obra de Kelsen no Brasil e em toda a América Latina, que vale a pena fazer algumas considerações sobre sua contribuição ao direito, sobretudo porque, com muita frequência, o que se utiliza é uma versão panfletária de seu pensamento, havendo muitos que se afirmam "'Kelsenianos"' sem nunca terem lido um só de seus livros ou, então, utilizando a versão difundida por juristas que encontraram, em parte da obra do eminente teórico, um bom escudo para a sustentação de posições formalistas antidemocráticas e contrárias à ética e à justiça. (DALLARI. 2002, p. 84)

No caso de Kelsen, além das confusões, a associação das suas teorias sobre o Direito e o Estado com epítetos como *formalista* ou *positivista* é acompanhada no Brasil quase sempre de certo tom pejorativo ou mesmo execratório. De fato, a evocação desses rótulos geralmente pretende sintetizar em fórmulas simples e com pretensões de suficiência justificadora um grupo de motivos pelos quais as supostas teses do autor (e todas as demais que possam ser reconduzidas a essas etiquetas) devem ser rejeitadas. Nesse cenário, existe não apenas um problema relacionado a uma leitura pouco fiel da obra de Kelsen, mas também outros problemas relacionados a uma caracterização imprecisa ou caricata do que seja formalismo ou positivismo jurídico.[3]

Somados, esses fatores formam, em alguns momentos, um quadro completamente *grotesco* – para nos servirmos de um adjetivo expressamente usado por Erich Kaufmann (1921, p. 29) para criticar um suposto logicismo do edifício teórico kelseniano – do projeto jusfilosófico subjacente à Teoria Pura do Direito (doravante TPD) e da concepção de Kelsen sobre o raciocínio judicial em casos de indeterminação do direito, que, exatamente por esse caráter extremado, quase absurdo, é capaz de ser facilmente demolido pelos críticos.[4] Como se percebe pela referência a Kaufmann, a objeção formalista ao pensamento kelseniano não é, porém, um fenômeno típico de uma recepção

transformadora da obra de Kelsen no Brasil ou na América Latina. Ao contrário, ela pode ser encontrada, como veremos, em obras de importantes publicistas alemães na primeira metade do século XX. O suposto caráter formalista do kelsenianismo não é, assim, um problema novo, embora, aparentemente, não completamente resolvido entre nós.

Tomando, então, por base, de um lado, a persistência de certa miopia sobre alguns pontos centrais do projeto kelseniano e, de outro, o sentido mais ordinário das expressões "formalismo" e "positivismo jurídico" no Brasil, este trabalho tem por principal escopo desfazer as relações supostamente existentes entre percepções imprecisas do pensamento de Kelsen por alguns membros da comunidade jurídica e elementos da própria obra do autor.

De forma mais específica, pretende-se mostrar (i) que uma simples leitura da TPD, a principal obra kelseniana recepcionada e, por isso, a referência fundamental das análises do presente trabalho, não dá qualquer espaço para associar a teoria da interpretação de Kelsen com "formalismo", entendido como método de justificação de decisões judiciais que parte da dedução de conclusões de normas ou conceitos gerais; e (ii) que a compreensão do projeto metodológico proposto por ele para se analisar o direito como "formalista" no sentido de "carente de substância" não leva, ainda que plausível, à caracterização anterior do raciocínio judicial e tampouco elimina a sua possível relevância para o desenvolvimento de investigações sobre a natureza do direito. Indiretamente, pretende-se, ainda, contribuir para o esclarecimento dos diferentes sentidos com que as expressões positivismo jurídico e formalismo são aplicadas. Assim, mais do que apresentar especificamente como algumas das ideias de Kelsen foram recebidas no Brasil e explicar como isso pode ter acontecido, este texto propõe, antes de tudo, uma investigação teórico-conceitual sobre as associações impuras existentes entre kelsenianismo e formalismo a partir do pressuposto de que a caracterização formalista ainda pode ser encontrada entre operadores do direito brasileiro quando as teses centrais sobre o projeto geral de filosofia do direito e a teoria da interpretação propostas na TPD são referenciadas.[5]

1 O Kelsen formalista

A caracterização da TPD como uma obra de caráter formalista não é, como antecipado, somente um efeito de leituras transformadoras empreendidas na América Latina ou em qualquer outro contexto fora da Alemanha da primeira metade do século XX.[6] Ao contrário, a objeção formalista foi frequentemente levantada contra Kelsen por importantes nomes do constitucionalismo de Weimar.

Em suas críticas, esses autores se referiam ao pensamento kelseniano como formalista essencialmente em dois sentidos inter-relacionados. Stanley Paulson (2008, p. 37) os sintetiza como formalismo *qua* dedução e formalismo *qua* esvaziamento.

Determiná-los é fundamental para que se possa exprimir com exatidão o alvo das críticas formuladas contra o projeto kelseniano, tendo em vista a pluralidade de sentidos com os quais a expressão "formalismo" pode ser empregada. Com efeito, ela pode, por exemplo, designar tanto uma determinada postura judicial especificamente observável sobre o tratamento de problemas concretos[7] como uma perspectiva sobre a estrutura do sistema jurídico,[8] uma teoria normativa sobre a interpretação de textos normativos,[9] uma atitude em relação ao uso de regras como razões para agir ou decidir (SCHAUER, 1988, p. 509-548) ou mesmo uma estratégia de decisão normativamente justificada sobre os seus efeitos empíricos positivos em um determinado arranjo institucional.[10] Enquanto nos últimos dois casos o adjetivo "formalista" está associado a defesas autorais conscientes do formalismo, nos primeiros ela é geralmente apresentada por críticos com um tom desaprovador e quase sempre pejorativo para desqualificar algum projeto específico de teoria do direito ou as visões de terceiros sobre a decisão judicial ou sobre o raciocínio jurídico (SCHAUER, 1988, p. 509).[11] Nesses últimos sentidos, a objeção formalista contra Kelsen é frequentemente levantada.

1.1 Logicismo e esvaziamento

As principais críticas a um suposto caráter formalista do pensamento kelseniano formuladas por autores alemães[12] na primeira metade do século XX tinham por alvo primordial o próprio projeto metodológico de investigação do Direito e do Estado propostos por Kelsen na esteira do neokantianismo.

A caracterização da campanha do autor contra o naturalismo e o psicologismo por meio dos quais o direito era até então comumente compreendido como um *logicismo* pretendia salientar uma afirmada ausência de substância ou um esvaziamento conteudístico implicado pelos pressupostos sobre os quais a visão kelseniana de ciência do direito se sustentava. De fato, a pureza metodológica proposta por Kelsen tinha por principal pretensão a libertação dos processos de compreensão do direito dos elementos estranhos que tornaram a ciência do direito ao longo do século XIX e início do século XX, em sua visão, um amálgama de conhecimentos de outros domínios, como a psicologia, a biologia, a ética e a teologia (KELSEN, 1934, p. 1). Esse "esvaziamento" era, na verdade, necessário para que se pudesse falar em conhecimento *puro*, em sentido kantiano, de um determinado objeto (PAULSON, 2008, p. 37). Enquanto, por exemplo, o funcionalismo metodológico do segundo Jhering, no qual se inspiraram importantes obras jurídicas daquele período, enfatizava a importância de compreender o direito como fenômeno social a partir dos *fins* a que ele deveria servir;[13] o projeto de Kelsen se direcionava aos *meios* por intermédio dos quais o direito se manifestava. Para Kelsen, "o direito é um meio, um meio social específico, não um fim" (1945, p. 20).[14] Vincular a compreensão adequada do fenômeno jurídico a propósitos ou vontades era, na verdade, uma forma de manter a ciência do direito estruturalmente dependente do conhecimento de outros campos.

Nesse quadro, a pureza metodológica proposta conduzia à limitação do objeto por excelência da ciência do direito aos meios por intermédio dos quais atos e fatos determinados são considerados direito, e não aos processos anímicos ou operações corporais que eventualmente justificariam por que o direito é necessário, posto ou obedecido. O único objeto do conhecimento do direito é, por isso, a *norma*, entendida não a partir de atividades psíquicas ou relações naturais, mas como categoria autônoma que não se deixa captar por referências aos planos natural ou psicológico (KELSEN, 1934, p. 6). Nas palavras de Kelsen, "[a] Teoria Pura do Direito – como ciência específica do direito – direciona sua atenção às normas jurídicas: não como fatos conscientes, não como o querer ou a representação das normas jurídicas, mas sim às normas jurídicas como conteúdos – desejados ou imaginados – de sentido" (1934, p. 10 s.).

A pureza como *princípio metodológico fundamental* (KELSEN, 1934, p. 1) do projeto kelseniano pretendia, assim, libertar a ciência do direito das explicações causais, do voluntarismo e também dos valores, porque isso era indispensável para que se pudesse conhecer adequadamente o seu objeto, *i.e.,* o próprio direito. Compreender o fenômeno jurídico significava, nesse sentido, também desvinculá-lo de qualquer relação necessária com a moral ou de uma pretensão essencial de promoção da justiça, cujo conteúdo era considerado por Kelsen de forma alguma racional ou cientificamente apreensível (KELSEN, 1934, p. 13 s.). A justiça, para ele, não passava de um ideal irracional (KELSEN, 1934, p. 16).

Em vista de todos esses cortes metodológicos, a dissolução de noções como a de Estado e de sistema jurídico, da ideia de norma jurídica e outros elementos fundamentais de um projeto abrangente de compreensão do fenômeno jurídico em relações conceituais não era, em alguma medida, uma caracterização totalmente desprovida de sentido (PAULSON, 2008, p. 12, 38). O conceito de não direito (*Unrecht*) é, por exemplo, definido na TPD negativamente em função do que o direito determina (KELSEN, 1934, p. 27); a compreensão de Estado, sobre as mesmas bases, é construída a partir de um programa conceitual que parte da centralidade da caracterização kelseniana de *proposição jurídica* para a compreensão adequada do sistema das doutrinas do Direito e do Estado (KORB, 2010, p. 65) e de certas relações estabelecidas, como a que identifica Estado com direito (KELSEN, 1934, § 48; PAULSON, 2008, p. 12). O uso dessas ferramentas conceituais deve ser compreendido, no entanto, à luz do principal propósito do projeto kelseniano de estabelecer uma teoria geral do direito (KELSEN, 1934, p. 1). Como uma teoria do direito positivo de pretenso caráter geral – porque não se ocupa de nenhuma ordem jurídica específica –, a Teoria Pura desenvolve essas ferramentas para que um direito especial possa ser intelectualmente apreendido.[15] O objetivo buscado pela TPD é, sobretudo, apreender (*begreifen*) o direito posto sem valorá-lo, identificar o direito como ele é faticamente conformado, seja ele bom ou ruim, justo ou injusto (KELSEN, 1929, p. 1723). E é para alcançar esse objetivo que uma tipologia

conceitual é desenvolvida e relações dentro dela são estabelecidas pelo autor. Nesse quadro, ambas se tornam demandas necessárias.

As possíveis implicações do postulado da pureza foram acentuadas e duramente criticadas. A atribuição do adjetivo "formalista" à opção metodológica kelseniana pretendia, antes de levá-la a sério como uma nova proposta para o empreendimento de investigações jusfilosóficas voltadas ao conhecimento do direito e, assim, *diferenciá-la* das demais visões dominantes à época a respeito (ainda que o rótulo escolhido fosse problemático), especialmente *desqualificá-la*.

Erich Kaufmann, em específico ataque aos pressupostos filosóficos epistêmicos neokantianos com base nos quais Kelsen desenvolveu suas doutrinas do Direito e do Estado,[16] acusou-o de um logicismo radical e, ao caracterizar as bases do seu pensamento como "formalistas", de negligenciar os elementos políticos, psicológicos e sociológicos relacionados aos problemas da época, todos eles elementos que não se deixam logicamente "produzir" a partir de conceitos abstratos vazios (KAUFMANN, 1921, p. 28).[17] Para Kaufmann, partir de categorias *a priori* – como a de "dever ser puro", considerado como sobreconceito do direito (*Oberbegriff des Rechts*) – era insuficiente para "purificar" conceitos empíricos (KAUFMANN, 1921, p. 21).[18] Esse tipo de tentativa levaria, na verdade, apenas a um procedimento abstrativo a partir do qual elementos materiais seriam eliminados de conceitos empíricos até o ponto em que se chegaria a um conceito geral vazio, um conceito originário (*Ursprungsbegriff*), com base no qual outros seriam deduzidos (KAUFMANN, 1921, p. 21). Em sua crítica ao esvaziamento implicado pela tentativa de fundamentar certas teses sobre construções conceituais, assenta Kaufmann: "se se encara a realidade sob um determinado ponto de vista abstrato e se prescinde de todos os outros como 'desimportantes', salienta-se, então, reiteradamente apenas esse ponto de vista. Isso é tão evidente que, de fato, não é necessário de forma alguma ler os volumosos livros de Kelsen, que ludibriam por incontáveis exemplos sempre o mesmo pretenso artifício (*Kunststück*)" (1921, p. 21). O projeto lógico-normativo de Kelsen conduzia, na verdade, apenas a tautologias e a uma progressiva desmaterialização do direito, a qual, para Kaufmann, atingia o seu ponto culminante na ideia de *Grundnorm* (KORB, 2010, p. 116).

Hermann Heller (1992, p. 8) também destacou em tom crítico o caráter formalista ou positivista-logicista do programa metodológico de Kelsen para a construção de sua teoria sobre o direito público. A ascensão do positivismo representava, na verdade, a fonte de uma crise da teoria do Estado, isolada gradativamente da sociologia e, assim, separada da ética e da metafísica. Para ele, "o medo do positivismo jurídico da sociologia, da metafísica e da ética, sua aspiração simplista a um suposto formalismo isento de fatos e valores condenou-o [...] à completa impotência (*Hilflosigkeit*) em face de todos os verdadeiros problemas da teoria geral do Estado" (HELLER, 1992, p. 9). Excluídos o discurso dos fins estatais, as considerações sobre as necessidades humanas e quaisquer pontos de vista valorativos da análise dos conceitos de Estado e

de direito, o que sobraria? Dada a insuficiência do método lógico-formal proposto pelo positivismo jurídico para dar conta das questões da teoria do Estado, se ele alcançasse realmente a primazia, uma tal teoria seria, na verdade, impossível. O ponto crítico emergiria dos problemas relacionados ao desenvolvimento de uma teoria do Estado dentro dessa realidade por aqueles que não desistissem da abordagem tradicional e reconhecessem a insuficiência do formalismo. Nesse caso, formar-se-ia outro quadro indesejável, marcado por uma incontrolável e radicalmente prolífera metafísica e uma pseudo e cripto-sociologia com as mesmas características (HELLER, 1992, p. 10).

Como legado do positivismo lógico, a proposta metodológica de Kelsen de análise do Estado e do direito, anunciada tanto em sua Teoria Geral do Estado (*Allgemeine Staatslehre*) como na TPD, foi, naturalmente, duramente criticada. Para Heller (1992, p. 20), seu racionalismo "dessubstancializador" *vis-à-vis* a realidade histórico-empírica do Estado acaba, ao contrário do que deveria fazer uma teoria do Estado, diluindo-o em relações lógico-conceituais, porque, para Heller (1992, p. 22), a compreensão adequada do direito e do Estado não poderia prescindir de análises sociológicas e políticas, não seria possível conceituar a Teoria Geral do Estado como Teoria do Estado e a TPD como ciência do direito, mas como lógica. Na crítica mais ácida direcionada contra Kelsen, caracteriza Heller em sua *Staatslehre* as bases positivistas kelsenianas, com as quais pretendia romper, como "uma teoria do direito sem direito, uma teoria do Estado sem Estado, uma ciência normativa sem normatividade e um positivismo sem positividade" (HELLER, 1983, p. 225).

Com o mesmo tom reprobatório, acentuou ainda Rudolf Smend (1928, p. 95) – que, assim como Kaufmann, também escreveu seu trabalho de Habilitação sob a supervisão de Albert Hänels em Kiel e com ele aprendeu "que, em oposição ao positivismo clássico, era possível incorporar política, direito comparado ou história do direito no direito do Estado sem destruir as suas barreiras" (KORB, 2010, p. 123) – o potencial do racionalismo da teoria do Estado kelseniana para dissolver a realidade intelectual em ficção, ilusão, dissimulação e engano.

Como se percebe, em todos esses casos, adjetivos como "formalista" ou "logicista" eram empregados para destacar e, ao mesmo tempo, condenar um projeto teórico que não objetivava investigar e compreender determinadas ideias intimamente relacionadas aos conceitos de direito e/ou de Estado a partir de considerações históricas ou sociológicas ou análises substantivas de caráter político ou moral. Atribuir às doutrinas kelsenianas sobre o Direito e o Estado rótulos como "formalismo radical", "logicismo" ou simplesmente "positivismo", todos em alguma medida com sentidos convergentes no contexto das críticas, era uma maneira de extremar as suas diferenças e eventuais limitações *vis-à-vis* outras propostas metodológicas e, assim, também repudiá-las em poucas palavras.

Segundo o pressuposto levantado neste trabalho, nota-se ainda hoje uma tendência a caracterizar o "pensamento" kelsenianismo com os mesmos rótulos e com os mesmos

tons ácidos em alguns contextos de recepção, mas sem necessariamente o mesmo tipo de embasamento teórico que pretendia, nos debates de Weimar, justificar o seu repúdio. No caso específico das objeções, a um alegado vazio de conteúdo das teorias de Kelsen sobre o Estado e o direito, em vez de se reforçarem as críticas por seus supostos méritos, herda-se apenas a síntese pejorativa expressada nos referidos rótulos – conceitualmente problemáticos porque vagos e plurívocos –, que são repetidos quase sempre desacompanhados de fundamentos consistentes. São comuns, por exemplo, tentativas de expandir as razões de repúdio às teses da jurisprudência dos conceitos à TPD, como se houvesse um *continuum* ou uma semelhança de família evidente entre ambas. Para o próprio Kelsen, ao contrário, "querer diminuir a Teoria Pura como 'Jurisprudência dos Conceitos' – o que não acontece raramente – é [cometer] um mal-entendido verdadeiramente deplorável" (KELSEN, 1929, p. 1723).

1.2 Uma compreensão dedutivista do raciocínio jurídico

Os problemas de um afirmado caráter formalista das teorias kelsenianas não se esgotam, entretanto, na caracterização do formalismo como esvaziamento. Longe disso, a verdadeira caricatura vinculada à atribuição do rótulo "formalista" à teoria do direito kelseniana se deixa notar na compreensão da sua teoria sobre a interpretação do direito como uma teoria *dedutivista* do raciocínio jurídico. Essa é provavelmente a visão mais comum entre operadores do direito no Brasil e em outros ambientes de recepção que absorvem e replicam uma compreensão impura das doutrinas de Kelsen.

A caracterização do formalismo *qua* dedução se aproxima da visão mais comumente relacionada à expressão "formalismo" no âmbito da teoria do direito. O adjetivo formalista é usado nesse contexto para distinguir concepções sobre a atividade judicial ou sobre o raciocínio jurídico, sejam elas de caráter descritivo ou normativo, que preconizam que juízes tomam (ou devem tomar) decisões com base na aplicação lógica (e, assim, não criativa) de conceitos, definições, categorias ou proposições relacionadas a textos legislativos a problemas jurídicos concretos. O processo de aplicação do direito é, sob essa perspectiva, reduzido à extração de conclusões consideradas como consequências lógicas da invocação de alguns daqueles elementos.

O tom crítico-depreciativo com o qual a expressão é empregada para se referir a teorias dedutivistas sobre o raciocínio jurídico se segue de três problemas vinculados a uma compreensão alegadamente restrita e fantasiosa do exercício da função jurisdicional.

Em primeiro lugar, uma atitude formalista seria criticável por negligenciar aspectos importantes do problema concreto a ser solucionado, ao se preocupar apenas com a seleção dos fatos ou das questões conceituais consideradas relevantes para a aplicação mecânica de definições ou de textos legais. Juízes formalistas tenderiam, assim, simplesmente a não responder as questões centrais das disputas jurídicas a eles apresentadas (PAULSON, 2005, p. 33).

Em segundo lugar, o adjetivo formalista é usado para atacar determinadas teorias sobre o raciocínio jurídico com o referido perfil porque elas, na visão dos críticos, claramente almejam ocultar, por meio de uma caracterização aparentemente neutra do processo decisório, as razões determinantes para a solução de problemas concretos e, assim, encobrir as situações em que a discricionariedade judicial é efetivamente exercida.[19]

Finalmente, o rótulo "formalismo jurídico" é aplicado para designar e repudiar as teorias que se assentam sobre um mecanicismo judicial porque elas pressupõem a capacidade de o sistema jurídico ser capaz de fornecer uma única resposta para cada problema jurídico concreto.[20] A dedução de juízos normativos singulares de proposições jurídicas só é uma atividade realmente neutra (no sentido de não valorativa) se não é possível questionar-se qual é a premissa maior do silogismo prático usado para justificar a decisão. E isso só é possível se o direito vigente é capaz de oferecer de antemão soluções abstratas e unívocas para casos específicos.

A referida caracterização e todo o conjunto enunciado de problemas têm, em contextos de recepção como o brasileiro, geralmente em Kelsen o exemplo e o alvo por excelência. Esse tipo de associação é, no entanto, de fácil destruição porque não resiste ao próprio texto da TPD. Por esse motivo, a objeção de que a teoria da interpretação de Kelsen pressupõe que o tomador de decisão não exerce qualquer atividade criativa e, por isso, pode ser caracterizado como um autômato, que aplica mecanicamente normas jurídicas a casos particulares, não é encontrada (pelo menos entre nomes relevantes) no contexto em que ela foi desenvolvida, apresentada e discutida.

Ao contrário, o próprio Kelsen se serve de uma caracterização desse tipo para atacar o argumento de Carl Schmitt, no célebre debate sobre o guardião da Constituição, de que a necessidade de a jurisdição constitucional ser exercida pelo Presidente do *Reich* se seguiria da diferenciação conceitual que pode ser estabelecida entre os processos de aplicação da Constituição e de aplicação ordinária do direito (KELSEN, 1930/31, p. 588 ss.). Para Schmitt, a atividade judicial seria essencialmente vinculada a normas; na verdade, a normas que possibilitam uma subsunção fática e cujos conteúdos não são duvidosos ou discutíveis. Não haveria nesses casos, por isso, qualquer espaço para interpretação,[21] porque, por outro lado, as normas a serem aplicadas pela jurisdição constitucional seriam, do ponto de vista do conteúdo, *frequentemente* duvidosas ou questionáveis, ao contrário do que ocorre na solução de casos por juízes, a atividade do tribunal constitucional não deveria ser vista como a atividade de um órgão aplicador do direito (PAULSON, 2005, p. 46 s.).

Para Kelsen, a imagem de Schmitt[22] de que "a decisão judicial já está prontamente contida na lei, [ou seja] apenas no sentido de uma operação lógica é dela derivada" é equiparável à concepção do Judiciário como autômato do direito (KELSEN, 1930/31, p. 591 ss.). Demonstrando que *não* endossa tal caracterização do raciocínio judicial, Kelsen critica expressamente esse reducionismo. Ao contrário do quadro pintado por

Schmitt, juízes, por um lado, também lidam com problemas que envolvem a aplicação de normas cujas prescrições exatas são duvidosas ou questionáveis (KELSEN, 1930/31, p. 588). Tribunais diversos não decidem casos que envolvem apenas questões fáticas, mas também questões jurídicas; por outro lado, ainda segundo Kelsen, não é correta a afirmação de que decisões sobre a constitucionalidade de leis nunca exprimem uma subsunção de uma configuração fática (mas, sim, a determinação do conteúdo de uma disposição constitucional cujo conteúdo é duvidoso), se se considera que a Constituição regula não apenas o processo legislativo, mas também os conteúdos que futuras leis ordinárias não podem ter. Porque, para Kelsen, o "fato" a ser subsumido a uma disposição da Constituição no exercício da jurisdição constitucional não é a norma, mas o fato da sua aprovação, é possível também se falar em subsunção no controle de constitucionalidade de leis. O ponto de divergência aqui seria, sobretudo, a concepção obscura de Schmitt sobre o que ele entende por fato ou, mais precisamente, pela proposição fática relacionada ao âmbito de incidência de uma norma (*Tatbestand*) (KELSEN, 1930/31, p. 589; PAULSON, 2005, p. 47).

Além desses motivos, estaria a chamada "teoria do autômato" em expressa relação de tensão com a própria teoria *decisionista* schmittiana, que enfatiza a dimensão político-volitiva por trás de todas as expressões do direito.[23] Se é certo que Schmitt reconhece em qualquer decisão, até mesmo nos processos decisórios de tribunais estruturados sobre a subsunção de fatos a normas, um elemento de pura decisão "que não pode ser deduzido do conteúdo da norma" (SCHMITT, 1931, p. 45 s.), conclui Kelsen que não pode existir qualquer diferença qualitativa entre legislação e decisão judicial (KELSEN, 1930/31, p. 592), exatamente o ponto de partida alegado por Schmitt para diferenciar o processo de aplicação do direito da jurisdição constitucional. Nesse sentido, sintetiza Paulson a afirmada inconsistência interna:

> [a] alegação de que o exame judicial [de constitucionalidade] de uma lei, por conta de seu caráter político, não exprime uma aplicação do direito não se sustenta porque todas as formas jurídicas possuem caráter político. E isso deveria logo ser reconhecido pelo "decisionista" Schmitt [...]. Como pode Schmitt insistir que a aplicação do direito só se deixa explicar nos termos do modelo dedutivo da subsunção, se a sua própria teoria "decisionista" fala contra uma tal suposição? (PAULSON, 2005, p. 48)

Que Kelsen não concebe a tomada de decisão jurídica como um processo mecânico-dedutivo torna-se, não obstante as passagens sobre o assunto no âmbito do debate travado com Carl Schmitt, algo ainda mais claro quando a sua teoria da interpretação é analisada. De fato, Kelsen assevera que, como regra, a interpretação de uma lei é um procedimento intelectual que se ocupa com a resposta para a seguinte questão: "como a partir da norma legislativa geral, na sua aplicação concreta a um fato, extrai-se

a correspondente norma individual de um julgamento judicial ou de um ato administrativo?" (KELSEN, 1934, p. 90).

A impressão, no entanto, de que Kelsen entende que a norma legislativa determina *completamente* o resultado de um juízo normativo singular na relação entre dois níveis diferentes (superior e inferior) da ordem escalonada (*Stufenbau*) do direito é insustentável não apenas porque ele o diz expressamente,[24] como também porque ela é absolutamente incompatível com o reconhecimento de uma inafastável dimensão volitiva nos processos interpretativos. O processo jurídico-cognitivo subjacente à atividade interpretativa é, para Kelsen, no máximo capaz de fornecer um conjunto possível de soluções para um determinado caso, mas não uma única solução, como se cada norma fosse capaz de determinar um resultado para qualquer tipo de problema concreto. Cognição jurídica significa apenas redução das alternativas de decisão. O resultado do procedimento interpretativo, como expressão dessa cognição, fixa, assim, apenas uma *moldura* que delimita os resultados juridicamente possíveis relacionados à norma aplicável (KELSEN, 1934, p. 94 s.).

A escolha por uma dessas opções é considerada um ato de vontade do tomador de decisão, não de conhecimento do direito. Determinar qual das opções dentro da moldura pode ser considerada "correta" é, para Kelsen, um problema não relacionado ao conhecimento do direito positivo e, dessa forma, não é uma questão de teoria do direito, mas um problema jurídico-*político* (KELSEN, 1934, p. 98). Com isso, Kelsen se afasta completamente do que ele mesmo chama de "teoria do direito tradicional" (*traditionelle Jurisprudenz*), que acredita no potencial da atividade interpretativa e dos cânones nos quais ela se orienta de conduzirem o tomador de decisão a respostas únicas e corretas, como se o processo cognitivo fosse capaz de sufocar qualquer atividade volitiva do intérprete em processos de aplicação do direito. Aplicação e criação são, para Kelsen, tarefas que andam juntas em qualquer processo interpretativo, ainda que seja correto que a atividade de cognição do direito limite a margem criativa do intérprete (PAULSON, 2008, p. 23).

Kelsen é, por isso, cético em relação à utilidade de métodos tradicionais de interpretação e ao valor de uma máxima (*Grundsatz*) da ponderação de interesses. Além disso, não reconhece lacunas genuínas no direito. Mais uma vez, essas são conclusões que *não* se seguem de uma compreensão formalista da atividade judicial amparada na crença de que cada nível da estrutura escalonada da ordem jurídica vincula exaustivamente a "produção" de normas no plano inferior.

O ceticismo em relação aos métodos de interpretação decorre da impossibilidade de eles levarem a um único resultado correto. Eles conduzem o tomador de decisão apenas a resultados *possíveis*. Para Kelsen, do ponto de vista do direito positivo, é completamente indiferente se alguém negligencia o texto e se orienta na presumida vontade do legislador ou observa estritamente o texto a fim de não se preocupar com a vontade do legislador (KELSEN, 1934, p. 96). Da mesma forma, recorrer à analogia

ou ao *argumentum a contrario* é completamente desnecessário, porque eles podem conduzir a resultados opostos e não há qualquer critério que determine quando um ou outro deve ser usado (KELSEN, 1934, p. 97). No mesmo sentido, também a máxima da ponderação de interesses não oferece qualquer medida para se comparar os interesses e, assim, decidir o conflito entre eles (KELSEN, 1934, p. 97). Servir-se desses métodos na tentativa de fundamentar a eventual correção de uma decisão é, por esses motivos, apenas uma maneira de tentar dissimular o aspecto volitivo (ou político) da decisão. Eles são, ao contrário do que se supõe, simples mecanismos que *efetivam* opções políticas e visões ideológicas. Finalmente, o argumento para a inexistência de lacunas genuínas no direito é uma consequência do reconhecimento da dimensão volitiva por trás de qualquer processo de criação e interpretação do direito. Se o direito não obriga determinada conduta, é porque ela é permitida (KELSEN, 1934, p. 100 s.); se o direito não reconhece um direito, é porque ele simplesmente não existe (PAULSON, 2008, p. 21). Uma "lacuna" estaria, assim, não relacionada à inexistência de uma norma, mas à alegação de que o modo como determinado caso foi regulado é injusto ou funcionalmente inapropriado. Nesse caso, "lacuna" não é nada mais do que a diferença entre o direito positivo e uma ordem considerada como melhor, mais justa ou mais correta (KELSEN, 1934, p. 101).

Como se percebe, ao contrário de conceber o processo jurídico de tomada de decisões judiciais como um processo mecânico de dedução de conclusões a partir de normas "superiores", Kelsen procura permanentemente se afastar desse tipo de formalismo e dos mitos que o informam. A Teoria Pura renega expressamente tanto a tese da jurisprudência dos conceitos, de que a interpretação é uma atividade puramente de conhecimento do direito positivo, como a ilusão de plena segurança jurídica que a teoria do direito tradicional pretende, consciente ou inconscientemente, manter (KELSEN, 1934, § 39). Para surpresa e estranhamento dos críticos, Kelsen já endossou expressamente a alegação de que, no campo da interpretação jurídica, a sua Teoria Pura e o Movimento do Direito Livre (*Freirechtsbewegung*), um exemplo óbvio de repúdio ao formalismo, estão em um terreno comum (PAULSON, 2008, p. 20).

Se à luz desses elementos é, então, evidente que a associação entre a visão de Kelsen sobre o raciocínio judicial e um formalismo mecanicista é plenamente sem sentido, como ela se explica? Parece-me que, no presente caso, há uma espécie de importação imprópria dos supostos problemas relacionados à crítica do esvaziamento, direcionada ao projeto metodológico sugerido por Kelsen para a compreensão adequada do direito para a teoria da interpretação.

O suposto "formalismo" relacionado à purificação da ciência do direito, à criação de uma nova gramática para explicar os elementos distintivos do direito e à compreensão de certas noções por meio de relações lógico-conceituais é transplantado para uma teoria do raciocínio jurídico que ergue uma pretensão de consistência com os pressupostos metodológicos da TPD, como se uma compreensão mecânico-dedutivista

do raciocínio judicial fosse uma consequência presumível de uma teoria do direito que pretende libertar a ciência do direito (e não *o direito*) de elementos de outros domínios. Busca-se harmonizar dentro da teoria uma concepção sobre a tomada de decisão jurídica aparentemente "natural" à vista de seus pontos de partida e de alguns dos seus elementos: uma ciência do direito pura significa uma teoria da decisão judicial igualmente pura no sentido de sem conteúdo ou avalorativa; a centralidade do conceito de norma como o objeto por excelência do conhecimento do direito leva à redução do direito ao conjunto de normas positivadas e, assim, ao protagonismo das normas jurídicas como fontes determinantes e exaustivas de juízos normativos singulares; uma compreensão escalonada do ordenamento inspira uma concepção estruturada do processo de tomada de decisão jurídica em níveis hierarquizados, tal qual se pode entender as relações entre as premissas maior e menor de um silogismo prático.

Transições desse tipo são não apenas problemáticas, porque desnecessárias, como, no caso de Kelsen, também falsas,[25] ao enunciarem conclusões expressamente em desacordo com o texto da TPD. Desenvolver uma "teoria do direito positivo" como propõe Kelsen, significa fundamentalmente entender que questões políticas, morais ou psicológicas não são objeto de uma verdadeira, ou "pura", ciência do direito, e não que elas não existam ou sejam desimportantes. Aspectos políticos, ideológicos e de outras naturezas influenciam, sim, a tomada de decisão jurídica, ainda que não digam respeito, para Kelsen, aos objetos de investigação de uma teoria do direito.

Essas transições de pressupostos efetivamente endossados por Kelsen para conclusões sem qualquer amparo textual ou interpretações inconsistentes com a própria TPD poderiam ser explicadas por meio da busca pela promoção de certos interesses locais nos ambientes de recepção, de dificuldades para o conhecimento profundo da obra do autor e das discussões em torno dela estabelecidas no ambiente de produção nos contextos periféricos (LÓPEZ MEDINA, 2004) ou mesmo de leituras parciais de textos canônicos feitas por receptores acadêmicos ou operadores do direito. Tentar justificar neste momento qualquer uma dessas hipóteses como válida para o caso brasileiro extrapolaria, no entanto, os limites deste trabalho.

3 O Kelsen positivista

Se é fato que o adjetivo "formalista" já era empregado na Alemanha para designar teses kelsenianas com um tom crítico-depreciativo, é possível, ao menos em alguma medida, problematizar a hipótese de que a abertura do contexto hermenêutico nos locais de recepção por meio da ampla divulgação dos debates travados em torno da obra estrangeira recepcionada poderia facilitar a identificação de erros ou interpretações inadequadas. Com outras palavras, porque a leitura formalista de Kelsen também era comum no próprio ambiente de produção da TPD, é questionável se o acesso aos debates alemães por teóricos latino-americanos durante o período em que a obra,

em um primeiro momento, foi recebida e divulgada nos círculos acadêmicos locais e, em um segundo momento, inspirou a criação de um senso comum (ou "pop", como caracteriza López Medina) desviante, que tentava amoldá-lo sincreticamente[26] com o formalismo clássico da jurisprudência dos conceitos,[27] poderia efetivamente esclarecer a insustentabilidade da crítica dedutivista. Ao contrário, nada impediria que o acesso a tais debates pudesse até contribuir para reforçá-la, desde que estes também passassem por um processo de transformação.

O caso específico de Kelsen, naturalmente, não invalida a hipótese geral de que algumas limitações do contexto hermenêutico de recepção de uma obra ou "pensamento" produzido em outro contexto podem contribuir para uma compreensão desviante das ideias centrais do(s) autor(es) de referência. O exemplo kelseniano reforça, entretanto, algo singelo: a melhor forma de se compreender uma teoria é analisá-la em seus próprios termos.[28] Como expressão de um compromisso com a manutenção da integridade da obra de um autor, essa fórmula estabelece parâmetros de controle mínimos com base nos quais leituras claramente discrepantes podem ser denunciadas. Não só isso, ela também sugere que a teoria seja compreendida no universo mais amplo de propostas que compartilham dos seus pressupostos fundamentais. Isso, como vimos, é fundamental para o reconhecimento, por um lado, da impropriedade de uma compreensão lógico-dedutiva do raciocínio jurídico sustentada na TPD; e, por outro, a fórmula também é importante para um entendimento adequado do método kelseniano de investigação das propriedades distintivas do direito e, assim, para a determinação exata do ponto mais profundo da crítica formalista *qua* esvaziamento, a única que pode ser considerada realmente significativa. Entendê-la nos leva à caracterização da TPD como uma teoria *positivista* do direito.

Tal qual ocorre com o emprego do adjetivo "formalista", o rótulo "positivista" também ergue – especialmente quando proferido em círculos não acadêmicos – a pretensão de sintetizar em tom depreciativo um conjunto heterogêneo de críticas, muitas delas descabidas, direcionadas contra um autor ou uma teoria. Com Kelsen e a TPD não é diferente. Por esse motivo, a apresentação da TPD como uma teoria positivista do direito exige, antes de tudo, que se esclareça em que sentido, entre tantos possíveis, ela é de fato uma teoria positivista. O desenvolvimento dos debates em torno da identificação do núcleo duro do positivismo jurídico e o enfrentamento das objeções depreciativas decorrentes de mitificações das suas supostas teses centrais ocorridos especialmente depois da publicação da segunda edição da TPD (1960) serão usados como base para definir o que é o positivismo jurídico, a despeito do seu possível aspecto problemático para se referir ao modo como Kelsen foi inicialmente caracterizado como positivista em um sentido pejorativo. Ainda, como anunciado, que essa explicação fundamentada em obras *recentes* seja pouco útil para se entender por que a Kelsen *foi* atribuído o adjetivo "positivista" em um sentido inapropriado – algo que está fora dos objetivos do presente trabalho –, ela permanece,

contudo, frutífera para problematizar por que a referida caracterização depreciativa ainda *permanece*.

A atribuição do rótulo "positivista" a Kelsen pretende condensar duas críticas: a primeira diz respeito a um suposto modo como Kelsen concebe o processo de aplicação do direito e a força vinculativa dos comandos normativos; e a segunda pretende atacar o próprio projeto metodológico proposto por Kelsen para se investigar o direito como fenômeno socioinstitucional. Como veremos, apenas a segunda crítica pode ser levada a sério, já que realmente considera a TPD em seus próprios termos.

No âmbito do primeiro conjunto de críticas, positivismo é usado como sinônimo de formalismo e legalismo. No que toca à caracterização formalista, o adjetivo positivista é aplicado para designar uma teoria do raciocínio jurídico que reduz a aplicação do direito à subsunção neutra de fatos ao predicado fático de prescrições legislativas.[29] Como já esclarecido, essa tese é inválida quando evocada para descrever a visão de Kelsen sobre o tema. No segundo caso, o mesmo adjetivo é usado para caracterizar teorias jurídicas que sustentam a seguinte tese: as normas do direito merecem observância sob quaisquer circunstancias (HOERSTER, 1989, p. 10). Kelsen, da mesma forma, jamais defendeu uma tal concepção. Fazê-lo pressuporia vincular às normas positivadas, pela sua simples existência, um mérito moral que justificaria o dever cego de observância por autoridades e demais destinatários dos seus comandos.

Para uma teoria do direito positivo nos moldes kelsenianos, a existência e a análise desse suposto mérito são, porém, irrelevantes. Mas, como vimos, não porque à observância de regras não seja possível reconduzir qualquer valor, mas simplesmente porque, se esse mérito existe, ele não é objeto da ciência do direito. A tese do legalismo é, por isso, conceitualmente incompatível com o próprio postulado metodológico da pureza. Para dirimir qualquer dúvida, o próprio Kelsen expressamente admite que "a ordem moral não prescreve a obediência à ordem positiva do direito sob quaisquer circunstancias" (KELSEN, 1992 (1960), p. 70).

Tanto na versão formalista como na legalista, a crítica positivista pode, então, ser considerada inválida porque não se aplica a Kelsen. Mas não só isso, a inadequação da crítica decorre, no fundo, do que ela pressupõe serem teses capazes de definir conceitualmente o positivismo jurídico.

Em curtos meios, o que se pode chamar de núcleo duro do positivismo jurídico – certamente aplicável à teoria do direito de Kelsen – é composto de duas teses: a tese da separação ("o que o direito é?" e "o que o direito deve ser?" são questões diferentes e independentes[30]) e a tese dos fatos sociais (o que pode ser considerado direito em qualquer sociedade depende fundamentalmente de fatos sociais[31]) (LEITER, 2001, p. 356).[32] Nesse sentido, quaisquer outras teses (como a do formalismo ou a do legalismo) são, no máximo, *contingentemente* positivistas. Estranhamente, no entanto, é comum encontrar supostas versões do positivismo jurídico que efetivamente aceitem

teses subsidiárias como as duas mais citadas nas páginas das obras dos seus opositores do que entre os seus defensores (HOERSTER, 1989, p. 8).

Como adiantado, a crítica "positivista" que realmente atinge algum alvo quando direcionada a Kelsen diz respeito à sua concepção sobre os objetos de preocupação da filosofia do direito e à perspectiva metodológica propugnada para desenvolver o projeto de investigação da natureza do direito proposto na TPD. Neste ponto, as críticas positivista e formalista *qua* esvaziamento convergem. O tom pejorativo com que Kelsen é chamado de formalista ou positivista pretende, em ambos os casos, essencialmente desqualificar o tipo de investigação filosófica proposto por ele para "descobrir a natureza do próprio direito, determinar a sua estrutura e as suas formas típicas, independentemente do conteúdo variável que ele exibe em diferentes períodos e entre diferentes pessoas" (KELSEN, 2006 (1941, p. 44-70), p. 154). O ponto sob discussão neste momento extrapola os debates tradicionais entre positivistas e não positivistas sobre o conteúdo dos critérios da validade e diz respeito à metodologia da filosofia do direito.

De uma forma geral, a dimensão metodológica dos debates sobre as diferentes teorias sobre a natureza do direito (entre as quais se localizam as teorias positivistas e não positivistas em suas diferentes versões) concentra-se nas disputas entre perspectivas descritivistas e normativistas.[33] Projetos teóricos como os de Kelsen e Hart são descritivistas porque visam entender o direito tal qual ele se manifesta e sem valorar o seu conteúdo. Isso não impede que projetos dessa natureza possam conceber o direito como um sistema normativo. Para descritivistas, tampouco é problemática qualquer tarefa de descrever a normatividade do direito ou de analisar um conceito substantivo como o de direito sem emitir juízos de valor sobre o seu conteúdo. As proposições teóricas sobre o que as normas jurídicas prescrevem são asserções que apenas descrevem o "dever ser" relacionado a elas (KELSEN, 2006 (1941, p. 44-70), p. 159).[34] Já os normativistas concebem a filosofia do direito como um projeto de filosofia política ou de qualquer outra natureza que se posiciona sobre as questões controversas que envolvem o fenômeno jurídico.[35] Para eles, não é possível desenvolver uma teoria do direito apropriada sem que se refira a propriedades materiais do direito (como as funções a que ele deve servir ou a noção de autoridade) ou se questione o valor substantivo de se viver sob o direito (COLEMAN, 2007, p. 599). A forma por excelência de se levar adiante um projeto desse tipo é tentar compreender o fenômeno jurídico em suas melhores luzes a partir de funções ou propósitos aos quais ele deve necessariamente servir, como a promoção do bem-comum, o exercício justificado da coerção estatal ou a composição harmônica entre os ideais de justiça e segurança.

Nesse contexto, rotular uma teoria ou um autor de positivista é uma forma de menosprezar o projeto descritivista.[36] Entender a natureza do direito, como já destacavam os críticos de um afirmado esvaziamento conteudístico provocado pelo postulado da pureza, requer compreendê-lo também a partir das suas dimensões relacionadas

a outros campos, como a política, a sociologia ou a moral. A acusação dos críticos de formalismo como esvaziamento, destaca Paulson, reflete, no fundo, suas próprias inclinações, entre as quais se encontra uma concepção específica sobre como a filosofia do direito deve parecer (PAULSON, 2008, p. 39). Na medida em que o postulado da pureza afasta as dimensões política e moral do direito do projeto kelseniano de investigação da sua natureza, esses críticos se servem de etiquetas como positivismo e formalismo para descartar completamente o tipo de metodologia da filosofia do direito proposto, sem, porém, levá-lo a sério como mais um caminho possível, certamente com virtudes e problemas, para a realização de investigações sobre propriedades importantes do direito ou do Estado.

Conclusão

As análises anteriores procuraram diferenciar duas imagens de um Kelsen formalista e positivista: a que pode ser extraída fidedignamente da leitura dos seus textos e a que foi construída caricata e pejorativamente para não apenas criticar, mas, sobretudo, menosprezar as suas teorias sobre o direito, o Estado e a tomada de decisão judicial.

As objeções formalista e positivista, como apresentado, acompanharam frequentemente Kelsen, embora tenham sido formuladas em sentidos diversos. Na maior parte das críticas acadêmicas desenvolvidas no contexto de produção, a atribuição desses rótulos tentava manter sempre algum mínimo ponto de contato com a própria obra, ainda que em alguns casos sustentassem proposições não necessariamente compatíveis com as teorias atacadas. Nos contextos de recepção, contudo, prevaleceu – e ainda prevalece – no imaginário de parte relevante de operadores do direito e juristas não familiarizados com temas jusfilosóficos sentidos completamente esdrúxulos dessas expressões e, com isso, uma visão caricata de Kelsen, considerado o maior expoente e fonte das caracterizações locais do que seja formalismo e positivismo jurídico.

O pressuposto assumido neste trabalho é o de que no Brasil essa percepção do "pensamento" de Kelsen permanece até hoje inalterada. Ela perdura como uma espécie de patologia, um "kelsenismo" – Dallari (2002, p. 84) também emprega a expressão nesse sentido. Embora não se deva negligenciar a importância de investigações destinadas a explicar como se deu essa transição entre a recepção e a divulgação por círculos acadêmicos locais tanto dos textos de Kelsen como das críticas contra ele formuladas até a formação do senso comum que vincula a Kelsen teses indefensáveis, procurou-se nesta análise apenas fornecer subsídios conceituais para desfazer compreensões e associações impuras sobre as relações entre teses kelsenianas, formalismo e positivismo. Fazê-lo é fundamental para que, mesmo nos momentos de crítica, o Kelsen transformado não substitua o verdadeiro Kelsen.

: ARTIGO APROVADO (17/03/2014) : *RECEBIDO EM 07/02/2013*

NOTAS

* Gostaria de agradecer a Joaquim Falcão, Mário Brockmann Machado, Márcio Grandchamp e demais participantes do seminário de pesquisadores da FGV Direito Rio realizado no início de 2012, no qual apresentei a primeira versão deste trabalho, e, ainda, a Fábio Shecaira, Pedro Adamy, Caio Farah Rodriguez, Diego Werneck Arguelhes e Ivar Hartmann pelos valiosos comentários e sugestões a versões anteriores deste texto.

1 Uma compreensão deve se entender claramente errada quando é inconsistente (no sentido de logicamente incompatível) com a própria teoria. Isso ocorre quando a visão sobre o pensamento de determinado autor que se estabelece no local de recepção pode ser expressa em uma proposição A, enquanto o que a teoria efetivamente sustenta pode ser representado por A.

2 Sirvo-me das expressões "contexto/ambiente/local de produção" e de "recepção" também no sentido proposto por López Medina. Sobre isso, cf. López Medina (2004, p. 15 ss.).

3 Embora o presente estudo se concentre nas chamadas "associações impuras" entre o pensamento kelseniano e sentidos específicos das expressões "positivismo" e "formalismo", merecem destaque obras de autores brasileiros, algumas também com contribuições internacionais, sobre Kelsen que se voltam tanto à apresentação adequada das suas ideias como à diluição de mal-entendidos sobre pontos específicos da teoria e mesmo à indicação de possíveis inconsistências internas na obra do autor. É, por isso, até certo ponto irônico constatar a convivência entre textos densos e fiéis a Kelsen entre nós, de um lado, e a existência e, sobretudo, a *permanência* de leituras criticáveis do pensamento kelseniano, de outro. Sem qualquer pretensão de esgotar essa literatura não tergiversada sobre Kelsen entre nós, cf. Dias (2010); Reale (1985, p. 15-30); Rodriguez (2011, Mimeo, especialmente o capítulo 3.1); Oliveira e Trivisonno (2013); Schuartz (2005, p. 1-61); Sgarbi (2006, p. 808-813; 2007).

4 A caracterização mais grotesca certamente é a que pretende apresentar tanto o positivismo como o formalismo como concepções sobre o direito e o raciocínio judicial legitimadoras de regimes totalitários, notadamente o nacional-socialismo alemão. Para o caso mais geral de associação entre positivismo e totalitarismo, v. Comparato (2006, cap. X), em que é possível encontrar passagens como: "[o] último argumento aqui transcrito da tese sustentada por Hans Kelsen, a respeito da separação entre moral e direito, é da maior importância, pois ele nos dá uma chave explicativa do peso histórico do positivismo jurídico, como elemento de legitimação, tanto da submissão da esfera política à econômica, na ordem capitalista, quanto da lógica de funcionamento do Estado totalitário" (p. 361); e "[...] é inegável que os positivistas do direito contribuíram, decisivamente, pra o surgimento, no século XX, de um dos piores monstros que a humanidade jamais conheceu em toda a sua longa história: o Estado totalitário" (p. 363). Sobre a rejeição explícita do formalismo pelos juízes alemães durante o nazismo, cf. Müller (1992, p. 80 s.).

5 São exemplos que assumem e ao mesmo tempo repercutem visões contestáveis a respeito de Kelsen e de seu projeto teórico passagens como (i) "[j]á no século XX, Hans Kelsen desenvolveu essa ideia de sistema fechado, afastando a intrusão de juízos de valor na análise jurídica do direito positivo. [...] Dentre as características fundamentais do sistema fechado previsto pelo positivismo jurídico, tem-se a rígida estrutura formal, com hierarquia entre as normas; a aproximação quase plena entre Direito e norma; a afirmação da estatalidade do Direito e *o papel do juiz apenas o de executar a subsunção do fato concreto à norma jurídica*" (SARAIVA, disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21751/pos-positivismo-ciencias-sociais-e-o-papel-do-magistrado#ixzz2J1EP0KAZ>. Acesso em: 25 jan. 2013 – grifo acrescido) e "[j]á na Teoria Pura do Direito, Kelsen consolida o direito como um sistema extremamente legalista, caracterizado por um excesso de formalismo, no qual a tarefa do juiz se restringe apenas à aplicação de um fato a uma norma, livre de qualquer ideologia" (EBAID, disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1622/1545>, p. 2. Acesso em: 25 jan. 2013).

6 Stanley Paulson, no último caso, mostra como a leitura formalista das obras de Kelsen também ecoou nos EUA. Roscoe Pound caracteriza, por exemplo, a teoria do direito kelseniana como um "logicismo normativo". Com suas palavras "*[a]ppealing to formal logic, he [Kelsen] tries to find conceptions from which pure norms can be derived*". Essa visão, como veremos, não se sustenta quando uma leitura atenta da TPD é levada adiante. Sobre o assunto, cf. Pound (1933-4, p. 532) e Paulson (2008, p. 15 s.).

7 Nesse sentido, é comumente caracterizada a Suprema Corte dos EUA durante a chamada Era Lochner. Cf. Tamanaha (2006, p. 47 ss.) e Summers (1983, p. 20).

8 O adjetivo formalista é empregado nesse caso para designar uma compreensão do sistema jurídico que o define como completo, fechado e consistente.

9 Nessa perspectiva, textos normativos devem ser interpretados de modo a privilegiar sempre (e exclusivamente) o sentido literal das palavras que os compõem.

10 Neste caso, a referência é o "novo formalismo" desenvolvido na Faculdade de Direito de Chicago no final do século XX, que engloba nomes como Richard Epstein, Cass Sunstein e especialmente Adrian Vermeule. Sobre o tema, cf. Sunstein (1999, p. 636-670) e Vermeule (2006). Thomas Grey (disponível em: <http://ssrn.com/abstract=200732>. Acesso em: 10 jan. 2011), por sua vez, toma Antonin Scalia como referência do que conceitua como novo formalismo.

11 Exemplos do uso deliberado da expressão em tom crítico-depreciativo podem ser encontrados claramente durante o surgimento e a ascensão do pragmatismo jurídico e do realismo jurídico nos EUA, quando ambas as perspectivas se apresentavam como alternativas opostas a uma caricatura da atividade jurisdicional definida como "formalista". Nessa caracterização, a práxis judicial é compreendida como permanentemente orientada na extração de soluções unívocas para casos concretos a partir da simples dedução de conceitos amplos ou textos legislativos, entendidos como premissas de um silogismo prático. Em vista das claras insuficiências de tal caracterização da ortodoxia a ser superada (personificada na figura de Christopher Columbus Langdell, o primeiro *Dean* da Harvard Law School), torna-se bem mais persuasivo o discurso que propunha uma nova compreensão da racionalidade jurídica amparada na substituição de uma lógica de dedução de certezas por uma lógica das consequências. Nas conhecidas palavras de Oliver Wendell Holmes Jr.: "*The actual life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the times, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed*". Cf. Homes Jr. (1887, p. 1). Nesse sentido, cf. também Dewey (1910, p. 26).

12 Apesar das duras objeções recebidas na Alemanha, Kelsen também foi criticado por seus próprios colegas de universidade. Os principais críticos de Kelsen em Viena, Ernst Schwind e Alexander Hold-Ferneck, sustentavam, do ponto de vista metodológico, a necessidade de abertura da ciência do direito para as suas realidades histórica, política e sociológica (para um "plano do ser"), ponto comum em torno do qual também giravam diversas objeções de publicistas alemães. Sobre as críticas desses autores, cf. Korb (2010, capítulo 2, II).

13 Para Jhering (1866, p. 399), o direito é um instrumento de segurança das condições de existência da sociedade.

14 Cf. também Kelsen (1934, p. 32): "O Direito é caracterizado não como fim, mas como um meio específico".

15 Kelsen (1929, p. 1723): "Como teoria do direito positivo, ela é sobretudo uma teoria geral do direito, que estabelece as ferramentas conceituais por meio das quais se pode apoderar mentalmente de um direito especial".

16 Neste momento, o principal alvo era a monografia de 1920 intitulada *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, na qual Kelsen preconizava a "purificação" do conceito de soberania e já apresentava as bases metodológicas subjacentes à TPD. Purificá-lo significava, para Kelsen, essencialmente libertá-lo de conteúdos políticos e entendê-lo logicamente no âmbito da normatividade de uma ordem jurídica. Cf. Korb (2010, p. 66 s. e 109) e Paulson (2008, p. 9 s.).

17 O longo debate estabelecido entre Kaufmann e Kelsen não se restringe ao texto de 1920 aqui prioritariamente citado. As discussões se desenvolvem na medida em que Kelsen é usado como referência para criticar o próprio positivismo jurídico e o seu projeto metodológico científico de elaboração de teorias sobre o Estado e o Direito. Sobre a campanha antipositivista de Kaufmann e os seus debates com Kelsen, cf. Korb (2010, p. 117 ss.).

18 Essas categorias seriam para Kaufmann (1921, p. 23 ss.) problemáticas porque eram abstratas e vazias no sentido de completamente desvinculadas de organizações sociais reais.

19 Dimitri Dimoulis (2011, p. 217 ss.) caracteriza essa versão do formalismo jurídico como "formalismo metodológico".

20 Na caracterização de Dimoulis (2011, p. 220 ss.), essa versão do formalismo é apresentada como "formalismo estrutural".

21 Cf. nesse sentido Carl Schmitt (1931, p. 19): "Toda a Justiça está vinculada a normas e cessa quando as próprias normas em seu conteúdo se tornam ambíguas e controversas. Em um Estado como o atual *Reich* alemão a jurisdição é, por isso, dependente de normas que possibilitam a subsunção adequada aos seus predicados fáticos (tatbestandsmäßige Subsumtion)".

22 Nesse sentido, cf. por exemplo Carl Schmitt (1931, p. 37 s.): "a posição especial do juiz no Estado de Direito [...] reside apenas na noção de que ele decide com base nas leis e de que sua decisão é deduzida materialmente de uma outra decisão, já calculável e mensurável, contida na lei".

23 O sentido com que Carl Schmitt é apresentado como *decisionista* pretende destacar o papel da decisão, sobretudo da decisão soberana, como a base da autoridade e o fundamento de validade do direito. Uma perspectiva *institucionalista* incorporada posteriormente por Schmitt, no entanto, mitiga o decisionismo como elemento central para se entender a soberania. Nas palavras de Ronaldo Porto Macedo Júnior: "A passagem do pensamento do Schmitt de 1922 para o Schmitt de 1933 está justamente no abandono de uma concepção voluntarista *stricto sensu* de soberania (hobbesiana), na qual a soberania é a decisão do príncipe ou ditador numa situação de caos, para uma concepção ainda hobbesiana, mas agora *lato sensu* de soberania, na qual a vontade social é expressa por meio de instituições" (1994, p. 201-215, p. 209). A compreensão adequada do sentido em que Schmitt pode ser considerado um "decisionista" se mostra particularmente relevante neste trabalho na medida em que ele próprio critica o positivismo jurídico (notadamente o positivismo jurídico do século XIX) pelo seu caráter normativista e também *decisionista*. Assumindo a existência de um compromisso normativo (questionável, diga-se de passagem) do positivismo com a segurança e a calculabilidade incondicional, Schmitt problematiza a visão positivista de acordo com a qual o Judiciário é um "aparelho executor de normas", ao denunciar que, sob a aparente observância das decisões do legislador, os próprios juízes tendem a se colocar acima dessa mesma vontade. Isso acontece quando, sob a chancela de um "Estado de Direito", o jurista exige que as decisões legislativas continuem "em vigência de modo firme e inviolável enquanto norma, isto é, que o próprio legislador estatal também se submeta à lei por ele instituída e à sua interpretação" (cf. Schmitt, 2001, p. 187-188). Assim, afirma Schmitt, "por meio do normativismo da legalidade ele se coloca novamente acima da decisão de poder do Estado, à qual ele se submetera no interesse da segurança e da firmeza, e formula agora pretensões normativas ao legislador. Ele fundamenta, portanto, o seu ponto de vista primeiramente em uma vontade (do legislador ou da lei) e depois, contra a sua vontade, sem mediações de uma lei 'objetiva'" (2001, p. 188). Dessa forma, em nome da segurança por ele aspirada, o jurista positivista também é um decisionista, na medida em que pretende sustentar a força e a validade de suas decisões na autoridade ou soberania do legislador, ainda que, em certos casos, seja a sua própria decisão que pretenda fazer prevalecer. Tal crítica, quando dirigida a Kelsen, parece não atingir o alvo, já que Kelsen, como se aprofundará, também vincula à decisão judicial, por um lado, uma dimensão volitiva, e, por outro, não reconhece compromisso normativo explícito entre direito e, como um objetivo necessário deste, a segurança jurídica.

24 Kelsen (1934, p. 90): "Essa determinação não é, porém, nunca exaustiva".

25 No caso específico de leituras da obra de um autor que sejam expressamente dissonantes das ideias contidas em seu texto, parece-me possível considerar esse caso de transformação como um verdadeiro *erro* de compreensão da teoria. Não me parece, por isso, sustentável defender que esses casos de transmutações podem ser considerados valiosos porque as leituras específicas recebidas da obra de um autor em um ambiente de recepção possuem um significado próprio e integram a sua cultura jurídica. A tese geral de López Medina de que as transmutações das ideias provenientes dos locais de produção não podem ser consideradas erros "*que requieran de corrección mediante ajustamiento a la lectura estandarizada que se hace en otros sitios*" (López Medina, 2004, p. 34) parece-me plausível apenas para possibilidades interpretativas da teoria, e não para as situações, mais uma vez, em que é claro que o autor não defende determinado posicionamento. Correções são necessárias nesses casos não para se criticar o argumento de fundo (por exemplo, se o formalismo é teoricamente defensável ou não, desejável ou não em certo contexto etc.), mas para que sejam desfeitas associações incorretas entre o que o autor efetivamente defende e o que se divulga como o que ele defende, tal qual acontece na afirmação da relação "Kelsen/formalismo *qua* dedução".

26 Tendências a recepções sincréticas de teorias estrangeiras não são incomuns no Brasil. Como exemplo de sincretismos no âmbito da justaposição de diferentes teorias e técnicas sobre a interpretação constitucional, cf. Silva (2007, p. 115-143).

27 Sobre essa leitura pop da TPD na Colômbia, cf. López Medina (2004, p. 351).

28 No caso de Kelsen, essa perspectiva é explicitamente defendida por Stanley Paulson (2008, p. 39).

29 Hoerster (1989, p. 10) refere-se a essa tese como "tese da subsunção".

30 É comum encontrar a enunciação da tese da separação nos seguintes termos gerais: não há conexão necessária entre direito e moral. Essa tese, em função da sua amplitude, é considerada como falsa por alguns positivistas, que reconhecem pontos de contato, especialmente no plano metodológico, entre os dois campos. Nos termos apresentados, rejeitam expressamente a tese da separação Jules Coleman (2007, p. 581-608) e Joseph Raz (2007, p. 20 s.).

31 Positivistas inclusivos e exclusivos diferem fundamentalmente em função do modo como interpretam a segunda tese. Enquanto para positivistas exclusivos apenas fatos sociais devem ser responsáveis pela identificação do direito válido, positivistas inclusivos, na conceituação proposta por Coleman, entendem que fatos sociais necessariamente estabelecem o que determina em cada sociedade as condições de validade de normas jurídicas. Nesse sentido, a validade das normas de um sistema jurídico pode *contingentemente* depender de elementos morais. Acredito que esse último sentido é o mais apropriado para caracterizar Kelsen como um positivista. Cf. Jules Coleman (2009, p. 384 s.).

32 Na definição de Gardner, na qual ambas as teses podem ser identificadas, a designação "positivista" pode ser atribuída apenas a quem endossa a seguinte proposição: "em qualquer sistema jurídico, se uma determinada norma é válida e, portanto, faz parte do direito daquele sistema, é algo que depende das suas fontes, não dos seus méritos (os seus méritos, em sentido relevante, incluem os méritos das suas fontes)" Cf. John Gardner (2001, p. 201).

33 Elas não são, no entanto, as únicas perspectivas metodológicas a partir das quais teorias sobre a natureza do direito são desenvolvidas. Entre outros caminhos possíveis, é factível, por exemplo, também identificar o naturalismo de Leiter (2003, p. 17-51, p. 43 ss.) e o consequencialismo de Schauer (1996, p. 31-56; 2005, p. 493-501). Sobre essas propostas, ver também Dickson (2001, cap. 5).

34 No mesmo sentido, afirma Hart (1998, p. 244) que "description may still be description, even when what is described is an evaluation".

35 Exemplos de projetos metodológicos normativos sobre a natureza do direito são desenvolvidos por Dworkin (2001, p. 1-37) e Alexy (2008, p. 281-299).

36 Essa crítica sofre de um grave problema conceitual, já que a pressuposta associação necessária entre positivismo jurídico e descritivismo metodológico é falsa. Embora seja verdadeiro que ilustres representantes do positivismo jurídico como Hart e Coleman, além, claro, do próprio Kelsen, sirvam-se dessa abordagem metodológica para executar os seus projetos de investigação da natureza do direito, há positivistas que procuram fundamentar a necessidade de os critérios de identificação do direito não incorporarem elementos morais também sobre bases normativas. Nesses casos, a separação entre direito e moral é defendida não só com base em argumentos conceituais, como também à luz de considerações sobre a efetiva possibilidade de o direito realizar funções relacionadas à sua natureza (como guiar comportamentos ou diluir desacordos morais particulares), visões substantivas sobre algumas das suas propriedades essenciais (notadamente a ideia de autoridade) ou os efeitos positivos (sobretudo epistêmicos) do positivismo jurídico como teoria do direito. Essa associação em alguma medida entre positivismo e normativismo metodológico pode ser encontrada, por exemplo, entre importantes nomes do positivismo exclusivo, como Raz (1996, p. 1-25; 1994, p. 194-221) e Shapiro (2011). Sobre o assunto, cf. também Jeremy Waldron (2001, p. 411-433).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. On the concept and the nature of law. *Ratio Juris*, v. 21, p. 281-299, 2008.
COLEMAN, Jules. Beyond the separability thesis: moral semantics and the methodology of jurisprudence. *Oxford Journal of Legal Studies*, 27, p. 581-608, 2007.
_____. Beyond inclusive legal positivism. *Ratio Juris*, v. 22, 2009.
COMPARATO, Fábio Konder. *Ética. Direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DEWEY, John. Logic method and law. *The Cornell law quartely*, v. 10, 1910.
DIAS, Gabriel Nogueira. *O positivismo jurídico e a teoria geral do direito na obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
DICKSON, Julie. *Evaluation and legal theory*. Oxford: Hart, 2001.
DIMOULIS, Dimitri. Sentidos, vantagens cognitivas e problemas teóricos do formalismo jurídico. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Orgs.). *Direito e interpretação. Racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.
DWORKIN, Ronald. Hart's postscript and the character of political philosophy. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 24, p. 1-37, 2001.
EBAID, Ana Augusta Rodrigues Westin. O positivismo jurídico de Hans Kelsen e o papel da axiologia jurídica na teoria tridimensional de Miguel Reale. Texto disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1622/1545>. Acesso em: 25 jan. 2013.
GARDNER, John. Legal positivism: 5 ½ myths. *The American Journal of Jurisprudence*, v. 46, 2001.
GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto.* 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
GREY, Thomas. The new formalism. *Stanford Law School, Public Law and Legal Series*, Working Paper n. 4. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=200732>. Acesso em: 10 jan. 2011.
HART, H. L. A. *The concept of law.* 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1998.
HELLER, Hermann. *Staatslehre.* 6. ed. Tübingen: Mohr, 1983.
_____. Die Krisis der Staatslehre. In: MÜLLER, Christoph (Ed.). *Gesammelte Schriften.* Tübingen: Mohr, 1992, v. 2.
HOERSTER, Norbert. *Verteidigung des Rechtspositivismus*. Frankfurt a.M.: Metzner, 1989.
HOLMES JR., Oliver Wendell. *The common law*. London: MacMillan, 1887.
JHERING, R. von. *Der Zweck im Recht*, I, 5. ed. Leipzig, 1866.
KAUFMANN, Erich. *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie: eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft*. Tübingen: Mohr, 1921.
KELSEN, Hans. Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre. *Juristische Wochenschrift*, v. 58, 1929.
_____. *Reine Rechtslehre.* Leipzig/Viena, 1934.
_____. *General theory of law and state*. Cambridge: Harvard University Press, 1945.
_____. Wer soll der Hüter der Verfassung sein?. *Die Justiz*, 1930/31, v. 6.
_____. *Reine Rechtslehre.* 2. ed. Viena: Österreichische Staatsdruckerei, 1992.
_____. The pure theory of law and analytical jurisprudence. *Harvard Law Review*, 55 (1941), p. 44-70, reimp. em BIX, Brian (Ed.). *Philosophy of law. Critical concepts in philosophy.* London/New York: Routledge: 2006, p. 154-175, v. II.
KORB, Axel-Johannes. *Kelsens Kritiker*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.
LEITER, Brian. Legal realism, hard positivism, and the limits of conceptual analysis. In: COLEMAN, Jules (Ed.). *Hart's postscript: essays on the postscript to 'the concept of law'*. New York: Oxford University Press, 2001.
_____. Between the Hart/Dworkin debate: the methodology problem in jurisprudence. *The American Journal of Jurisprudence*, v. 48, p. 17-51, 2003.
MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. O decisionismo jurídico de Carll Schmitt. *Lua Nova* 32, p. 201-215, 1994.
MEDINA, Diego Eduardo López. *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis, 2004.
MÜLLER, Ingo. *Hitler's Justice: the courts of the third Reich*. Harvard: Harvard University Press, 1992.
OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (Orgs.). *Hans Kelsen: teoria jurídica e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
PAULSON, Stanley. Formalism, 'free law', and the 'cognition' quandary: Hans Kelsen's approaches to legal interpretation. *The University of Queensland Law Journal*, v. 27, p. 7-39, 2008.
_____. Zum "Formalismus"-Vorwurf im Weimarer verfassungsrechtlichen Richtungsstreit. In: SIECKMANN, Jan (Org.). *Verfassung und Argumentation*. Baden-Baden: Nomos, 2005.
POUND, Roscoe. Law and the science of law in recent theories. *Yale Law Journal*, v. 43, 1933-4.
RAZ, Joseph. The argument from justice, or how not to reply to legal positivism. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, rights and discourse. The legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford/Portland: Hart, 2007.
_____. On the nature of law. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 82, p. 1-25, 1996.
_____. Authority, law, and morality. *Ethics in the Public Domain*, Oxford: OUP, 1994, p. 194-221.
REALE, Miguel. A visão integral do direito em Kelsen. In: PRADO, Luis Regis; KARAM Munir (Coord.). *Estudos de filosofia do direito. Uma visão integral da obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
RODRIGUEZ, Caio Farah. *Sentido, valor e aspecto institucional da indeterminação jurídica*. Tese (Doutorado em Direito do Estado apresentada à Faculdade de Direito da USP). São Paulo, 2011, Mimeo.

SARAIVA, Marcos Antonio Maciel. *Pós-positivismo, ciências sociais e o papel do magistrado*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21751/pos-positivismo-ciencias-sociais-e-o-papel-do-magistrado#ixzz2J1EP0KAZ>. Acesso 25 jan. 2013.
SCHAUER, Frederick. Formalism. *Yale Law Journal*, v. 97, p. 509-548, 1988.
_____. Positivism as Pariah. In: GEORGE, Robert (Org.). *The autonomy of law: essays on legal positivism.* Oxford: OUP, p. 31-56, 1996 .
_____. The social construction of the concept of law: a reply to Dickson. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 25, p. 493-501, 2005.
SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. Tübingen: Mohr, 1931.
_____. Sobre os três tipos de pensamento jurídico. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, p. 161-217, 2001.
SCHUARTZ, Luis Fernando. A práxis recalcada na teoria da norma de Kelsen. *Norma, contingência e racionalidade. Estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
SGARBI, Adrian. Teoria pura. In: BARRETO, Vicente (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Unisinos, p. 808-813, 2006.
_____. *Hans Kelsen (ensaios introdutórios)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge/London: Belknap, 2011.
SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, p. 115-143, 2007.
SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrecht*, München: Duncker & Humblot, 1928.
SUMMERS, Robert. *Pragmatischer Instrumentalismus und amerikanische Rechtstheorie: Darstellung und Kritik*. Freiburg: Alber, 1983.
SUNSTEIN, Cass. Must Formalism be Defended Empirically? *University of Chicago Law Review*, v. 66, p. 636-670, 1999.
TAMANAHA, Brian, *Law as a means to an end: threat to the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty. An institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
WALDRON, Jeremy. Normative (or ethical) positivism. In: COLEMAN, Jules (Org.). *Hart's Postscript. Essays on the postscript to the concept of law.* Oxford: OUP, p. 411-433, 2001.

Fernando Leal

Professor da FGV Direito Rio |

Praia de Botafogo, 190, 9º andar
Botafogo – 22250-900
Rio de Janeiro – RJ – Brasil
fernando.leal@fgv.br

ESFERAS PÚBLICAS TRANSNACIONAIS:
ENTRE O REALISMO VESTFALIANO E O COSMOPOLITISMO *

Márcia Nina Bernardes

TRANSNATIONAL PUBLIC SPHERES: BETWEEN WESTPHALIAN REALISM AND COSMOPOLITANISM

RESUMO

Em resposta à crise de Vestfália, propostas de democracia cosmopolita ficam comprometidas diante da assimetria de poder que marca as relações internacionais e pelas dificuldades empíricas de constituição de um arranjo institucional capaz de conferir legitimidade normativa e eficácia política às decisões tomadas em esfera pública: quem deve participar das deliberações e quem é o destinatário das comunicações geradas na sociedade civil mundial? No entanto, afirmo que se consolidaram esferas públicas transnacionais que abrem novas possibilidades de tematização e solução de problemas nacionais antes exclusivamente tratados no âmbito do estado-nação. Neste artigo, pretendo explorar as possibilidades de ampliação da influência e poder dos atores da sociedade civil sobre o estado nacional a partir do recurso a essas esferas públicas transnacionais.

PALAVRAS-CHAVE

Cosmopolitismo; Relações internacionais; Esferas públicas transnacionais; Democracia; Direitos humanos; Redes transnacionais.

ABSTRACT

Cosmopolitan democracy projects, widely disseminated vis-a-vis the Westphalian crisis, are compromised to the extent that do not adequately take into consideration the power asymmetries in international relations and the empirical difficulties in building an institutional apparatus capable of granting normative legitimacy as well as political efficacy to decisions taken in the public sphere: who should participate in the deliberations and who is the recipient of the communications originated in the so-called global civil society? Nevertheless, I contend that there are transnational public spheres which provide new possibilities of thematization and solution of problems which had been dealt before exclusively within the national state framework. This article aims at exploring the potentials for increasing civil society organization´s influence and power over the state, through the resort to transnational public spheres.

KEYWORDS

Globalization; Cosmopolitanism; International relations; Transnational public spheres; Human rights; Transnational networks.

Introdução

A globalização parece ter destruído a ordem mundial, sem ter inaugurado uma nova. Zigmunt Bauman observa que a noção de globalização substituiu gradativamente a de "universalização", que foi indispensável para a autocompreensão moderna e, hoje, é encontrada apenas em discursos filosóficos e, às vezes, em discursos jurídicos. A ideia

de universalização aludia à intenção de produzir ordem e significado em uma escala global e estava associada a conceitos como "civilização", "desenvolvimento" e "consenso". O termo globalização, no entanto, não reteve nenhum desses significados. Ele não denota projetos intencionais, mas sim efeitos globais de processos supostamente incontroláveis e imprevisíveis. Estados parecem estar se adaptando a imperativos do mercado global que não podem controlar, em vez de forjar suas próprias políticas econômicas. Tornar-se globalizado não é algo que possamos ou queiramos fazer, mas é algo que está acontecendo com todos nós. Segundo Bauman (1999, p. 68-69), o significado mais profundo da globalização é de indeterminação, dispersão, falta de controle e automação de processos globais, gerando a sensação de estar à deriva.

Diante deste cenário de indeterminação, emergem diferentes visões sobre a ordem pós-vestfaliana.[1] Céticos realistas afirmam que estamos diante de um novo capítulo do capitalismo e que questões de poder, que só podem ser articuladas a partir de uma racionalidade instrumental, continuam determinantes. Nesta visão, falar de uma democracia global, ou de um constitucionalismo global, é, na melhor hipótese, um esforço ingênuo, e, na pior, uma tentativa de camuflar projetos imperialistas hegemônicos. Em uma perspectiva oposta, anunciam-se propostas de democracia cosmopolita, animadas pelo vislumbre de uma sociedade civil global, emergente e ainda ocasional, que permitiria a aposta na realização do ideal normativo da democracia em escala global.

Inspirada pelas premissas metodológicas da teoria do discurso de Jürgen Habermas, sustento neste artigo que a validade das propostas cosmopolitas fica comprometida pela facticidade da enorme assimetria de poder que marca as relações internacionais e pelas dificuldades empíricas de constituição do aparato institucional capaz de cumprir as funções assinaladas pela teoria discursiva da democracia deliberativa ao Estado Nacional: quem é o destinatário das comunicações geradas na sociedade civil mundial? Nancy Fraser (2009, p. 48-75) refere-se a essas dificuldades como problemas de "enquadramento" em tempos de um discurso "abnormal" de justiça. Nesse contexto anormal, coloca-se em xeque o próprio desenho institucional pressuposto na formulação de reivindicações de justiça e que me permitira discernir "quem" pode reivindicar "o que" de forma legítima.

Mas, ainda que no cenário atual haja problemas conceituais e políticos nas teorias cosmopolitas (COSTA, 2005), os processos que vêm forjando essa sociedade civil transnacional criaram esferas públicas transnacionais que abrem novas possibilidades de tematização e solução de problemas antes exclusivamente tratados no âmbito do Estado-nação. Neste artigo, pretendo explorar as possibilidades de ampliação de influência e poder dos atores da sociedade civil sobre o Estado nacional a partir do recurso a essas esferas públicas transnacionais.

Este trabalho não se destina, pois, a tratar das preocupações mais comuns na literatura sobre a esfera pública no tocante à governança global, como, por exemplo,

os déficits da democracia atual causados pela globalização e a necessidade de novos conceitos de soberania e constitucionalismo. Com efeito, o presente artigo é uma tentativa de interpretar novas configurações transnacionais à luz das agendas políticas domésticas, e não de tratar das implicações normativas de tais novos arranjos para o direito e políticas internacionais.[2] Para usar uma distinção habermasiana, não se toma aqui a perspectiva dos cidadãos cosmopolitas, que é orientada por padrões universalistas, mas sim a perspectiva dos cidadãos nacionais, que se transnacionalizam para reivindicar seus direitos (HABERMAS, 2008, p. 447).

Na próxima seção, tratarei do conceito de esfera pública tal como pensado originariamente na teoria do discurso. Pretendo aqui ressaltar as premissas nacionais do modelo de circulação de poder pressuposto nessa teoria e apontar os momentos em que podem haver obstáculos às lutas por emancipação. Na Seção 2, problematizo essas premissas institucionais a partir da crise do direito e das relações internacionais vestfalianos. Na Seção 3, apresento mudanças ocorridas no direito internacional que possibilitaram um regime internacional de direitos humanos e geraram organizações internacionais com características e funções diferentes daquelas típicas de Vestfália, fornecendo bases institucionais para as esferas públicas transnacionais. Na Seção 4, discuto o surgimento de uma sociedade civil transnacional e o funcionamento de esferas públicas transnacionais.

1 Sobre o conceito discursivo de esfera pública

A versão da democracia deliberativa afirmada pela ética do discurso de Jürgen Habermas tem a pretensão de manter as aspirações normativas de validade inerentes ao conceito de democracia, expressas pelas noções de soberania popular e direitos humanos, ao mesmo tempo em que leva em consideração a facticidade contemporânea e os limites impostos pela complexidade administrativa própria de sociedades de massa. Para Nancy Fraser, é vital que a opinião pública discursivamente gerada tenha eficácia política, além da legitimidade normativa, para que se mantenha seu potencial crítico (FRASER, 2009, p. 76-77). Posições altamente idealizadas perdem sua força como referencial crítico para análise de políticas e instituições existentes.

Com efeito, a tensão entre o que Habermas chama de "faticidade" e "validade" não corresponde à oposição entre realidade e norma. A teoria discursiva olha para o conteúdo normativo da democracia em práticas políticas cotidianas. Tal método pressupõe uma análise sociológica e uma reconstrução normativa. Neste espírito de "crítica imanente", requer-se "que normas que informam a crítica social sejam de algum modo observadas, ainda que de forma distorcida, nas práticas sociais e econômicas existentes" (POWER, 1998, p. 207).[3]

Nesse sentido, as possibilidades de exercício da soberania popular em condições contemporâneas pressupõem a distinção conceitual entre "sistema político", entendido

como aparato burocrático do Estado, e "esfera pública", entendida como um espaço social e comunicacional que permite as trocas entre o sistema e domínio privado, ou mundo da vida no jargão habermasiano.[4] Em sociedades plurais de massa, onde a interação face a face no modelo da *polis* grega não é mais possível, o lugar por excelência para a deliberação política e autodeterminação democrática migra do sistema político para as esferas públicas. Apenas nesses *loci* não estatais de deliberação são possíveis a formação coletiva da vontade, a justificação de decisões previamente acertadas e o forjamento de novas identidades. Soberania popular é reinterpretada intersubjetivamente e exercida na esfera pública por meio de processos comunicativos de formação coletiva da vontade. Assim como em Rousseau a noção de soberania foi deslocada do Estado, detentor do monopólio da coerção, para o povo (ou para a vontade geral), em Habermas (1997, p. 23), ela é "absorvida pelas formas de comunicação destituídas de sujeito" e passa a ser atributo não de sujeitos individuais ou coletivos, mas dos procedimentos democráticos e das suas pressuposições comunicativas.

Neste modelo, o direito e a proteção dos direitos humanos são a garantia de acesso equitativo à esfera pública, o primeiro funcionando como um mediador da integração social entre estranhos. Ao mesmo tempo, de acordo com esta perspectiva, o direito é também o resultado de um processo deliberativo, no qual todos afetados pelas consequências de uma norma podem participar da sua criação, preservando a soberania popular.

A institucionalização da dinâmica de formação discursiva da vontade política se dá por meio de um modelo de circulação de poder que pressupõe uma divisão de tarefas entre o sistema político e as esferas públicas. De fato, a capacidade de as esferas públicas fornecerem respostas e de lidarem com os problemas que identificam é limitada. O sistema político é mais bem equipado para implementar soluções viáveis. Segundo esse modelo, o poder político circula entre o domínio privado da vida social (ou "mundo da vida", para Habermas) e o sistema político, passando pela esfera pública.

Essa circulação de poder político faz com que a esfera pública afete o sistema político e seja por ele também afetada. Por meio da deliberação na esfera pública, articulam-se opiniões públicas que podem exercer influência sobre as instâncias decisórias do sistema político, mas não são dotadas de poder político propriamente. A influência gerada na esfera pública pode vir a transformar-se em poder comunicativo por meio dos filtros dos procedimentos democráticos institucionalizados. Esse poder comunicativo, por sua vez, pode ser convertido em poder administrativo do sistema político por meio de políticas públicas e programas sociais (HABERMAS, 1996, p. 362-363). No sentido oposto, os programas administrativos criam as condições necessárias para a existência das organizações da sociedade civil e, portanto, da própria esfera pública (Habermas, 1997a, p. 86-87).

De acordo com este modelo, a ênfase não está no resultado do processo democrático, mas na deliberação, na comunicação e nos procedimentos que regulam a participação

e que possibilitam que a opinião pública discursiva alcance as instâncias decisórias. Opinião pública discursivamente gerada é dotada de "poder comunicativo" potencialmente capaz de constranger instâncias decisórias em uma determinada direção, permitindo-se assim sua conversão em "poder político-administrativo", por meio dos mecanismos do Estado Constitucional (HABERMAS, 1996, p. 354). Esferas públicas funcionam como amplificadores para os impulsos gerados no mundo da vida, que são filtrados, sintetizados e problematizados até que se tornem feixes de "opinião pública" capazes de alcançar as esferas de tomada de decisão do sistema político e influenciar publicamente as decisões políticas (HABERMAS, 1996, p. 360).

Habermas (1996, p. 354-357) recorre ao "modelo de comportas" de Bernard Peters para desenhar um modo de circulação de poder que atenda às pretensões comunicativas da ética do discurso. De acordo com esse modelo, o poder político circula em um eixo entre o centro (sistema político) e a periferia (esfera pública). O centro do sistema político, como uma poliarquia, é composto dos órgãos da administração, pelo sistema judicial e pelas instituições formais de formação da vontade política, que incluem o parlamento, as eleições políticas e a competição partidária. A capacidade de agir desses diferentes órgãos varia de acordo com a densidade administrativa. O parlamento, por exemplo, é o órgão mais adequado para identificar e tematizar problemas sociais, mas não tem a mesma capacidade de atuação dos órgãos da administração. Às margens do centro do sistema político, há uma espécie de periferia "interna", constituída de instituições capazes de autoadministração ou de funções estatais delegadas tais como universidades, sistemas de seguros, fundações etc. A periferia "exterior", a seu turno, é a esfera pública, com seus canais de comunicação informais e entrecruzados que permitem que os *inputs* gerados no mundo da vida possam ser tematizados e enfeixados na forma de opiniões públicas. Ao referir-se a esse modelo de circulação de poder, Fraser (1996, p. 125) fala de um "público fraco", cujas opiniões geram apenas influência, e um "público forte", a cujas opiniões vinculam-se sanções estatais.

Para ser legítima, assim, uma decisão política precisa ter sido informada pelos fluxos comunicacionais que começam na periferia e passam pelos filtros, ou "comportas", dos processos democráticos e constitucionais situados na entrada do complexo administrativo ou dos tribunais. Tal condição de legitimidade das decisões políticas torna-se relevante principalmente nos momentos de conflito. Na maior parte do tempo, as instituições do centro do sistema político seguem rotinas. Nos momentos em que se instaura um conflito, essas operações passam a ser problematizadas e

> […] a pressão da opinião pública consegue forçar um modo extraordinário de elaboração de problemas, que favorece a regulação da circulação do poder através do Estado de Direito, atualizando, portanto, sensibilidades em relação às *responsabilidades políticas* reguladas juridicamente. (HABERMAS, 1997a, p. 86-87)

O modelo habermasiano de circulação de poder explica como a esfera pública concomitantemente afeta e é afetada pelo sistema. No lado do *input*, a influência gerada na esfera pública é transformada por meio dos procedimentos democráticos das formação da vontade e opinião políticas, das eleições e da formação da opinião parlamentar, em poder comunicativo. Por sua vez, tal influência é transformada por meio de programas legais e diretrizes de corpos parlamentares em poder administrativo. No lado do *output*, são programas administrativos que criam as necessárias condições de existência da sociedade civil e das suas associações voluntárias e, portanto, de uma vibrante e política esfera pública. O conceito de sociedade civil no modelo habermasiano corresponde à dimensão mobilizada do mundo da vida (COHEN; ARATO, 1999).

A possibilidade de autodeterminação democrática e de realização dos potenciais emancipatórios da democracia depende do adequado funcionamento dessas comportas. Em cada uma dessas passagens – do mundo da vida para a esfera pública, da esfera pública para o sistema político e finalmente de volta à esfera pública e ao mundo da vida –, pode haver obstáculos à geração de poder comunicativo e à sua posterior conversão em poder administrativo legítimo. Formas de subordinação naturalizadas no mundo da vida pré-reflexivo, associadas por exemplo ao sexismo e racismo, nem sempre conseguem superar a primeira passagem e chegar à esfera pública para serem tematizadas. Da mesma forma, estruturas sociais como patrimonialismo, personalismo e clientelismo ilustram com clareza os obstáculos para que fluxos comunicacionais gerados no mundo da vida e tematizados na esfera pública transformem-se em políticas públicas. A saída, seguindo as premissas da ética do discurso, é transformar esses próprios obstáculos em temas de deliberação na esfera pública, esperando que um dia eles sejam dissolvidos, enquanto barreiras aos fluxos comunicacionais, pelo poder de argumentos racionais (HABERMAS, 1996, p. 22-23) (FRASER, 1996). Nesse ponto, a emergência de esferas públicas transnacionais podem ser úteis.

Para que os fluxos de comunicação gerados dentro da esfera pública se tornem opiniões públicas válidas, dotadas de influência política forte o suficiente para alcançar as instâncias decisórias do sistema, várias instituições devem estar presentes. Estas instituições fornecem respostas para questões fundamentais sobre esse tipo específico de comunicação capaz de gerar legitimidade política. Quem são os sujeitos de tal comunicação e quem são os receptores? Sobre o que eles estão comunicando? Por quais meios?

Nancy Fraser (2009, p. 79-80) lembra-nos que o modelo deliberativo supõe a existência de, pelo menos, seis instituições que foram concebidas originalmente no contexto de Estado-Nação: (a) um Estado soberano com jurisdição sobre um território delimitado e seus habitantes; (b) uma economia submetida à regulação do Estado; (c) uma cidadania que vive dentro do território nacional e tem interesses comuns; (d) uma língua nacional; (e) uma cultura nacional que possibilita o desenvolvimento e a reprodução de um senso de comunidade (nacional) imaginado e, assim, de uma identidade

nacional; e (f) uma infraestrutura de comunicação: imprensa e mídia televisiva. Porém todas essas suposições institucionais precisam ser reavaliadas à luz da globalização e, com elas, a própria teoria da esfera pública.

2 Desafios pós-vestfalianos às premissas institucionais da esfera pública

Tanto na visão positivista de direito internacional quanto na realista de relações internacionais, hegemônicas no modelo de Vestfália, o Estado territorial constitui o único sujeito/ator político relevante na cena internacional. A única condição para o reconhecimento da soberania de um Estado é a verificação de um governo efetivo controlando o território nacional. Soberania, no clássico modelo vestfaliano, implicaria ao menos quatro outros corolários jurídicos: não intervenção, autodeterminação, jurisdição doméstica e igualdade entre Estados soberanos (KINGSBURY, 1998, p. 604-615).[5]

Influenciadas pelo conceito de Hobbes de Estado da natureza, ambas perspectivas teóricas presumem que a estabilidade na arena internacional só pode ser alcançada por meio do equilíbrio de poder entre Estados conflitantes, que são motivados somente, ou principalmente, por suas próprias *raisons d'État*. O direito internacional, neste contexto, é baseado ou na necessidade do estado de autopreservação, como no pensamento de Grotius, ou no interesse próprio de forma mais ampla, como na teoria de Hobbes. Desse marco analítico, resulta a afirmação do caráter primordialmente contratual do direito internacional, que coordena os interesses das partes envolvidas. O princípio *pacta sunt servanda*, assim, é o critério de legitimidade do direito internacional (WEILER, 2004, p. 555).

Não obstante, as noções de soberania absoluta e de Estado territorial, pedras angulares do sistema interestatal moderno, vêm sendo desafiadas no seu poder explicativo da realidade política contemporânea.[6] A globalização, por cima, e o multiculturalismo, por baixo, estão destruindo o princípio da soberania territorial como critério para a clássica distinção entre assuntos internos e internacionais (GÓMEZ, 2000, p. 44). Na verdade, Estados rotineiramente têm de suportar as consequências das decisões tomadas fora da sua jurisdição ao mesmo tempo em que não são capazes de regular efetivamente uma série de atividades dentro de seus próprios territórios. A compressão espaço-tempo e as novas formas de interação afetam diferentes dimensões sociais de diferentes maneiras. As premissas institucionais da esfera pública mencionadas acima são transformadas em ritmos e a custos diferentes, gerando contradições cujas soluções ainda não foram encontradas (GÓMEZ, 2000; HELD, 1995).

Em vista desses problemas, extremistas afirmam o fim do Estado-Nação como *locus* de governança. Assumo, no entanto, o que Cohen chama de "tese fraca" sobre globalização, que reconhece o importante papel que o Estado moderno ainda desempenha na

vida nacional e internacional, mas destaca a necessidade de uma revisão dos princípios do sistema interestatal moderno. Os Estados modernos são uma construção social moldada por circunstâncias históricas que foram profundamente alteradas nas últimas décadas. Na verdade, a noção de soberania absoluta de Vestfália sempre foi uma espécie de ficção, assim como hoje é exagerada a alegada perda da soberania (COHEN, 2003, p. 423; FALK, 1995, p. 165).

De acordo com este ponto de vista, não há nenhum indicativo de que a crise do sistema interestatal moderno represente o fim do Estado territorial, que ainda desempenha, por exemplo, o importante papel de mediador entre diferentes lealdades e identidades em níveis subnacional, nacional e transnacional (GÓMEZ, 2000, p. 31). O Estado, com efeito, ainda mantém importantes dimensões da soberania: faz guerras, sanciona o uso legítimo da força em seu território, protege cidadãos no exterior. Além disso, a cidadania plena em um Estado é uma "forma de filiação" muito importante, que confere privilégios importantes aos nacionais. Por último, os Estados ainda são os principais garantidores, assim como violadores, dos direitos humanos (COHEN, 2003, p. 423).

Na visão moderada de Anne-Marie Slaughter, a soberania não é absoluta nem é relativa, mas se tornou *desagregada* e não pode ser encontrada em um único *locus* institucional. Ela foi delegada a várias agências e entidades que operam em níveis diferentes (sub e supranacionais), sejam elas agências intergovernamentais ou fóruns políticos informais compostos de associações da sociedade civil, órgãos do Estado e agentes de mercado. Anne-Marie Slaughter (2004) destaca que, além das já conhecidas ações em rede por parte de organizações da sociedade civil, a relevância das redes formadas por autoridades estatais é crescente. Ministros, parlamentares, juízes e prefeitos, entre outros, estão se tornando cada vez mais organizados supranacionalmente.[7] Para a autora, há diferentes tipos de redes governamentais, como redes de harmonização, de coação ou de informação, que exercem tanto o poder "duro" quanto o "leve". Tais poderes funcionam de modos diferentes, mas são ambos "poderosas" formas de se obter o que se quer: o primeiro opera por sanções positivas e negativas, e é baseado em uma teoria do comando; o segundo é baseado na "habilidade de convencer outros que eles querem o que você quer" (SLAUGHTER, 2004, p. 290).

Assumindo outra visão moderada, Jean Cohen (2003, p. 420) lembra-nos que há uma enorme variedade de instituições e práticas, privadas e públicas, sub e supranacionais, que dão origem a algum tipo de regulação ou autorregulação, contornando assim o Estado na geração de *soft law*. Como exemplos de tais instituições e práticas, Cohen cita as associações de comércio internacional, práticas normativas de advogados e de outros profissionais, arranjos internacionais de agências de cartão de crédito e franquias globais, bem como a Organização Mundial do Comércio, o Fundo Monetário Internacional e a União Europeia. Ainda que destituídas do caráter formal das normas de direito internacional, as normas de *soft law* podem, de fato, conformar condutas

de atores importantes no cenário internacional. Em sua visão, há atualmente uma emergente ordem dualista:

> Seu núcleo continua sendo a sociedade internacional de Estados soberanos, pluralisticamente segmentada, que cria direito internacional (via costumes e tratados) baseados no consentimento. Sobrepostos a isto há regimes jurídicos e politicos e IGGs [Instituições de Governança Global] dos subsistemas globais da sociedade mundial que são funcionalmente diferenciadas, e cujas estruturas institucionais, órgãos decisórios, e regras obrigatórias têm adquirido uma autonomia expressiva com relação aos seus Estados-membros e com relação uns aos outros. (COHEN, 2012, p. 311)

Cohen argumenta que esta ordem dualista do mundo está forjando uma diversa concepção de soberania, que não é a positivista monista, tampouco é a versão "desagregada", na medida em que "soberania é a reivindicação unificadora e autoidentificadora de um ente político relativamente à supremacia e à autonomia de sua ordem jurídica" e, como tal, é um importante referencial para a soberania popular. O discurso da soberania "unitária" guarda uma importância epistemológica, explicando a perspectiva interna, no sentido de Herbert Hart, dos agentes estatais em relação ao direito internacional e doméstico (COHEN, 2012, p. 1905). Na sua perspectiva, este novo regime de soberania caminha lado a lado com a emergência de um "pluralismo constitucional" que rompe com a dicotomia entre o constitucionalismo regional e o global. Cohen define o pluralismo constitucional como:

> A pluralidade de fontes constitucionais de autoridades e de reivindicações concorrentes à supremacia jurisdicional de ordens jurídicas públicas (estatais e supranacionais), que são autônomas, mas que interagem e podem sobrepor-se. O relacionamento entre essas ordens jurídicas deve ser caracterizado como hierárquico, e gera um potencial para conflitos constitucionais que terão que ser resolvidos de uma maneira não hierárquica. (COHEN, 2012, p. 2020)

Em comum, a teoria da soberania desagregada e a do pluralismo constitucional criticam uma visão de ordem mundial baseada em um Estado monolítico. Sustentam a necessidade de um marco analítico que compreenda a pluralidade de grupos políticos agindo tanto no cenário doméstico quanto no supranacional, para defender interesses diversos. A clássica distinção vestfaliana entre assuntos domésticos e internacionais torna-se nebulosa, e não poderia ser compatibilizada com essas novas lentes, por meio das quais se enxerga a existência de numerosos novos atores, públicos e privados, operando no âmbito supranacional (SLAUGHTER, 2004). Cohen sustenta que a ideia de

"governança," que gradualmente substituiu a de "governo", captura este movimento da ordem vestfaliana para a pós-vestfaliana:

> O termo "governança" diz respeito a sistemas de regras que contam com mecanismos de controle consistentemente exercidos gerando aquiescência sistemática, prescindindo de uma autoridade política ou jurídica formal (um "governo") que seja necessariamente hierárquico. (COHEN, 2003, p. 446)

A tese moderada também implica a revisão da natureza nacional das outras instituições pressupostas no conceito de esfera pública. Além das noções de Estado-Nação territorial e de economia nacional, a concepção de cidadania ancorada na nacionalidade também deve ser revista. Habermas (1997) mostra em "cidadania e identidade nacional" como o nacionalismo representou historicamente uma fonte de solidariedade e integração social, contribuindo para a consolidação de um conceito ativo de cidadania. Mas ele argumenta que a ligação entre o nacionalismo e o Estado (evidenciada no termo Estado-Nação) é contingente, e não de conceitual. Com efeito, fenômenos, como migração em massa, diásporas, dupla cidadania, residência múltipla etc., tornaram-se cada vez mais intensos e frequentes, e, como resultado, não há mais nenhuma coincidência necessária entre cidadania, nacionalidade e território (FRASER, 2009, p. 88). Se, por um lado, a intensificação da migração aumentou a pluralidade dentro das fronteiras nacionais, por outro, também deu origem a movimentos nacionalistas e segregacionistas em reação à presença de imigrantes.

As outras três instituições (nacionais) implícitas na noção de esfera pública (nacional), quais sejam, língua nacional, infraestrutura nacional de comunicações e cultura nacional, também são problemáticas em tempos globalizados. De fato, pode-se adicionar a dispersão linguística à dispersão dos cidadãos. A intensificação do multiculturalismo na maioria das sociedades impede a afirmação de uma língua nacional. O número de países que adotam mais de um idioma oficial é grande e, provavelmente, ainda maior é o número de países que, embora reconhecendo apenas uma língua como oficial, tenha uma população que de fato fala diversas línguas. Da mesma maneira, a infraestrutura nacional de comunicações compete com uma profusão de mídias alternativas e redes sociais que são simultaneamente sub e supranacionais.

Por fim, culturas geograficamente delimitadas e nacionalmente definidas coexistem com uma hibridização crescente de influências e com a difusão de um entretenimento de massa americanizado. A pressão hegemônica da indústria do entretenimento de massa também desencadeou a resistência de culturas populares regionais e locais, que visam reforçar identidades regionais e locais vis-à-vis forças internacionais (FRASER, 2009, p. 90-91). Manuel Castells nota que "[...] expressões culturais são abstraídas da história e da geografia, e tornam-se predominantemente mediadas por redes eletrônicas de comunicação que interagem com o público em uma diversidade de códigos

e valores" (2000, p. 80). Nenhuma dessas manifestações culturais pode ser entendida a partir de uma referência exclusivamente nacional. Ao contrário, elas destacarão o crescente pluralismo nas sociedades.

3 Cosmopolitismo, realismo ou esferas públicas transnacionais?

A crescente dissociação, causada pela globalização, entre aqueles envolvidos nos processos políticos de tomada de decisão e aqueles afetados pelas prováveis consequências de tais decisões resulta em um déficit democrático que é extremamente desconfortável para os que tentam recuperar o legado republicano de autodeterminação democrática (HABERMAS, 1999, p. 105-127). Tal desconforto motivou diversos projetos de democracia em nível global. Motivados pela expansão da democracia formal em todo o mundo na década de 1990 e inspirados pelo bicentenário do tratado de Kant (1991) sobre a paz perpétua, cosmopolitas em geral tentam replicar supranacionalmente modelos concebidos para um contexto doméstico. Tal arranjo institucional deve ser funcionalmente equivalente ao Estado-Nação e, como sua contrapartida nacional, deve ter um aparato burocrático administrativo legitimado democraticamente. Defendem a criação de mecanismos democráticos por meio dos quais os cidadãos do mundo (que também são cidadãos nacionais) e organizações internacionais da sociedade civil possam decidir questões (transnacionais) de interesse comum, atingindo os centros de tomada de decisão e obtendo um arranjo institucional – descentralizado ou não – que funciona como um Estado global. O respeito às diferenças culturais e peculiaridades locais, regionais ou nacionais seria mantido por meio da definição de diferentes níveis de governança, do local para o global, estabelecidos de acordo com o alcance do tema em discussão.[8]

Tais propostas não advogam necessariamente por uma República Mundial ou uma Federação Global, porém sustentam que uma governança pós-nacional sem um Estado pós-nacional é desejável, conquanto se mantenham as possibilidades da participação de cidadãos cosmopolitas em matérias de relevância global (SCHEURMAN, 2009, p. 44). A versão deliberativa dessas propostas assume a desejabilidade de esferas públicas de alcance global e a efetiva participação daqueles cidadãos afetados pelas consequências das decisões.[9] A proposta habermasiana da nova arquitetura democrática mundial envolve um sistema de três níveis – supranacional, transnacional e nacional – para os quais as funções tradicionais dos Estados seriam transferidas. Em um nível *supranacional*, uma Organização Mundial, uma ONU reformada, seria encarregada de assegurar a paz e implementar os direitos humanos pelo globo. Assuntos como meio ambiente, distribuição de recursos e respeito igualitário pelas principais culturas mundiais seriam discutidos em sistemas de negociações *transnacionais,* cujos marcos institucionais e a definição dos atores envolvidos ainda são inexistentes. Ele invoca a União Europeia como modelo para organizações transnacionais regionais capazes de

realizar essas atribuições. Por fim, o nível *nacional*, mais próximo das bases sociais, assegura a fonte da legitimação democrática dessa sociedade global juridicamente constituída. De acordo com o autor, a necessidade de legitimação no nível supranacional só pode ser atendida com a emergência de uma esfera pública global e funcional, em que participam atores da sociedade civil mundial e cidadãos cosmopolitas. O destinatário da opinião pública global discursivamente gerada seria a Organização Mundial. A interação desses diferentes organismos e atores, no contexto do longo processo de aprendizado democrático, permitiria o surgimento de uma opinião pública informal capaz de suprir a remanescente necessidade de legitimação deste arranjo (HABERMAS, 2008, p. 445-451).

O reconhecimento de tendências democráticas no Pós-Guerra Fria, no entanto, não é suficiente para afirmar a viabilidade e a desejabilidade de proposta tão ambiciosa. O projeto de democracia cosmopolita continua utópico e inviável empiricamente. Falta-lhe potencial crítico, uma vez que não reconhece suficientemente as questões de poder e a desigualdade social, política e econômica como aspectos estruturais das relações internacionais. Subestima também as enormes dificuldades empíricas para implementação de arranjos institucionais em escala global que atendessem às suas exigências. Neste sentido, Cohen lembra-nos a frequência com que noções como "Estados falidos", "guerra preventiva" e "guerra ao terror" têm sido usadas recentemente para justificar projetos imperialistas que acarretam violação da igualdade soberana e dos direitos humanos:

> Sob essa ótica, os discursos e práticas de intervenção humanitária ou democrática, as ocupações transformativas, as sanções direcionadas, as listas negras de terroristas e a dramática expansão sobre seus poderes diretivos e legislativos pelo Conselho de Segurança, na sua luta contra o terrorismo global, [...] são mecanismos que promovem a desformalização do direito internacional existente, e permitem aos muito poderosos [...] criarem regras globais e princípios de legitimidade autointeressados. (COHEN, 2012, p. 278)

Do ponto de vista da teoria democrática, Dahl (1999) argumenta a impossibilidade da democracia cosmopolita à luz da inexistência de um *demos* global, e de um senso comum de pertencimento e comunidade que se materialize em uma linguagem comum, uma religião comum e traços culturais comuns. E ainda, de acordo com o autor, temos um problema empírico: quanto maior for a comunidade considerada, mais diversa ela será, e a "[...] diversidade, por sua vez, tende a aumentar o número de possíveis interesses políticos e de clivagens baseadas nas diferenças de posições econômicas, linguagem, religião, identidade étnica ou racial, cultura, afiliação nacional, memórias históricas, ligações organizacionais, entre outros" (DAHL, 1999, p. 26).[10]

A inexistência de um *demos* global transformaria perspectivas cosmopolitas em projetos potencialmente autoritários (DAHL, 1999) (WEILER, 2004). Dahl afirma que a ordem internacional está longe de ser democrática em qualquer sentido:

> [...] devemos ser cautelosos ao ceder a legitimidade da democracia para sistemas não democráticos. No decurso deste século, nós já testemunhamos muitas tentativas de encobrir sistemas não democráticos no manto da democracia. [...] Todos estes foram na verdade formas não democráticas de regimes burocráticos, hierárquicos ou autoritários. Se as organizações internacionais não são democráticas, não somos obrigados a falar a verdade sobre elas? (1999, p. 33-34)

Os atuais desafios para as sociedades e os governos de países centrais e periféricos são substancialmente diferentes, apesar de terem as mesmas origens nos processos de globalização e multiculturalismo. Para países periféricos, a distinção entre assuntos internos e internacionais nunca foi clara, e a ideia de autodeterminação soberana sempre foi utópica. Nesse sentido, arranjos globais democráticos poderiam aumentar a sua capacidade de autodeterminação e de influência nos processos decisórios globais. No entanto, governos de países hegemônicos rejeitam soluções derivadas da democracia para questões coletivas globais, pois da perspectiva estrita da *raison d'État* daqueles que detêm poder efetivo no cenário internacional, a democratização e uma clara definição dos vários níveis de governança podem representar perda ou redução da sua capacidade de controle da política internacional. Da mesma forma, cidadãos desses Estados temem que arranjos cosmopolitas os afastem das instâncias decisórias. Assim, de um ponto de vista estritamente prudencial, realista, não é do interesse de governos e sociedades de países centrais promover as mudanças necessárias para uma democracia deliberativa cosmopolita.

Voltando aos critérios de Fraser, entendo que há problemas relativos tanto à legitimidade democrática quanto à eficácia política de projetos cosmopolitas. Não há clareza quanto ao *público forte* global cujas decisões terão eficácia política. Seriam as organizações internacionais? Ou seriam os Estados, que constantemente bloqueiam as negociações importantes e depois receberiam o encargo de implementar internamente as decisões globais "democráticas"? Tampouco há clareza quanto ao *público fraco* que deverá participar dessas mobilizações de modo a conferir legitimidade normativa às opiniões públicas globais: quem são as ONGs que participam da política internacional em nome do cidadão do mundo? Quem as financia? Quem define a pauta? Quais assuntos são de interesse global? Fraser (2009, p. 48-77) ressalta a importância dessas questões de "enquadramento" na globalização, ainda sem solução institucional.

No entanto, apesar dos desafios apontados para um novo modelo de governança cosmopolita, transformações recentes já consolidaram esferas públicas transnacionais

que poderiam funcionar como arenas adicionais, por meio das quais os cidadãos nacionais veriam suas demandas discutidas pelo sistema político nacional. Concordo com a afirmação de Kathryn Sikkink de que

> esta alternativa parcial [ao modelo de Vestfália] não é uma nova entidade, mas sim uma rede multinivelada de diversas entidades que coordenam atividades na área das questões dos direitos humanos... essa rede é composta por uma série de organizações e práticas, algumas formais, outras informais, que de forma gradual e hesitante, complementam e competem com a doutrina tradicional da soberania e com a noção de divisão rígida entre relações internacionais e política nacional. (SIKKINK, 1991, p. 4-5)

As características centrais deste novo cenário são o espessamento das dimensões constitucionais e regulatórias do direito internacional e o crescente papel da sociedade civil na vida internacional, tanto nos processos formais e informais de tomada de decisões quanto na participação direta em atividades governamentais, como ajuda humanitária e reconstrução social e política pós-conflito. A seguir, discutirei as transformações que possibilitaram a identificação de esferas públicas transnacionais: a criação de regimes internacionais de direitos humanos e das respectivas organizações internacionais que proporcionam bases institucionais para esferas públicas transnacionais, e o surgimento de organizações da sociedade civil transnacionais, articuladas na forma de redes.

4 Transformações no direito internacional

De acordo com Joseph Weiler, o "processo de legislação" internacional era predominantemente bilateral e contratual. O recurso ao direito internacional consuetudinário consistia em uma "prática de olhar para trás", que flagrantemente privilegiava o *status quo* (WEILER, 2004, p. 549). Nesse mundo de relações horizontais entre Estados soberanos, já havia algumas instituições e organizações multilaterais, como a União Postal, mas essas eram "em substância apenas estruturas mais eficientes permitindo aos Estados-partes negociar acordos bilaterais" (WEILER, 2004, p. 553).

Weiler afirma que a principal característica do direito internacional do final do século XX é o espessamento do que ele chama de "camadas" constitucionais e regulatórias do direito internacional, sem que isso significasse o desaparecimento das suas dimensões "contratuais". O espessamento dessas camadas afeta tanto o processo legislativo quanto os métodos de resolução de litígios e está associado a duas preocupações relativamente recentes: primeiro, o reconhecimento dos valores universais (presente na Carta das Nações Unidas, no Tratado da União Europeia e em vários tratados internacionais de direitos humanos, por exemplo) e, segundo, a gestão mais eficiente

de questões transnacionais e os desafios que enfrentamos hoje como membros de uma sociedade não voluntária de riscos globais (como os presentes no comércio mundial, no regime financeiro global e no meio ambiente). Ambas as camadas avançam um conceito de direito internacional "vertical" que limita explicitamente a soberania do Estado, criando regimes e organizações internacionais.[11] Nesta seção, pretendo tratar das inovações trazidas por cada uma dessas camadas, dando destaque à importância do regime internacional de direitos humanos e à nova relevância das organizações internacionais.

A dimensão *constitucional* do direito internacional apresenta um "modo de comando" diferente: deixa de ser meramente transacional e denota o surgimento de um senso de comunidade existente em algumas áreas da vida internacional. Como Weiler explica, "materialmente, a marca da comunidade pode ser encontrada na apropriação ou definição de bens comuns", que podem ser materiais (o leito profundo do alto mar ou as áreas do espaço, por exemplo) ou espirituais (como o direito internacional dos direitos humanos ou a ecologia). Em consonância, as novas organizações internacionais como a ONU, a OEA e a UE, que proliferaram depois da década de 1950, articulam objetivos que em parte são distintos dos objetivos específicos de seus Estados membros (Weiler, 2004, p. 556) A soberania estatal cede a uma regulação internacional que protege valores considerados universais.

Dentre as matérias típicas dessa camada constitucional, direitos humanos desempenham um importante papel na criação de esferas públicas transnacionais. Os direitos humanos internacionais asseguram direitos a todo ser humano, não importando sua nacionalidade (HELD, 2000, p. 167). No período pós-guerra, indivíduos eram inicialmente vistos como objetos de proteção do direito internacional contra abusos cometidos por agentes do Estado, antes abrigados pelo princípio da soberania absoluta. Gradualmente, contudo, indivíduos e "cidadãos globais" tornaram-se agentes na arena internacional, participando de modo formal ou informal. Indivíduos, grupos de indivíduos e organizações não governamentais são autorizados, por exemplo, a iniciar procedimentos contra os Estados. Eles podem oferecer pareceres como *amicus curiae* em várias cortes internacionais. Diversas organizações não governamentais têm *status* consultivo em organizações internacionais e exercem uma forte influência política em importantes esferas de tomada de decisão. O regime internacional dos direitos humanos possibilitou importantes plataformas de lutas bem-sucedidas em direção à ampliação da proteção jurídica aos indivíduos. O regime de direitos humanos também permitiu o surgimento de uma nova linguagem compartilhada, na qual foi possível a criação de novas identidades.

A camada *regulatória* do direito internacional adensa-se ao final do século XX, e refere-se a assuntos tradicionalmente nacionais, como meio ambiente, finanças, comércio e saúde, que, em razão de diferentes processos de globalização, adquirem dimensão transnacional e não podem mais ser adequadamente tratados de forma exclusiva

por instituições nacionais. Novamente, a obsolescência da divisão tradicional entre assuntos nacionais e internacionais torna-se evidente. As novas normas regulatórias do direito internacional criam obrigações diretas para indivíduos e mercados, que muitas vezes substituem as nacionais. Weiler nota que "o regime de regulação é muitas vezes associado a um mecanismo burocrático internacional, com funcionários civis internacionais e agentes estatais de nível médio como interlocutores" (WEILER, 2004, p. 558). A existência de uma burocracia permanente, que não havia antes, possibilita uma resposta mais rápida a crises e facilita o desenvolvimento de assistência técnica e de projetos de cooperação científica (HERZ; HOFFMANN, 2004, p. 20).

Weiler afirma que essas mudanças normativas são acompanhadas por mudanças nos mecanismos de solução de controvérsias, que também se tornam mais verticalizados e judicializados e menos dependentes da diplomacia.[12] Com efeito, enquanto a jurisdição dos órgãos de fiscalização *constitucionais* criados no despertar da Segunda Guerra Mundial, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) ou os diversos organismos de monitoramento da ONU, tiveram de ser explicitamente reconhecidos pelos Estados-Membros, o caráter vinculante das decisões tomadas por mecanismos *regulatórios* de solução de controvérsias, como o da Organização Mundial do Comércio, estabelecidos em tratados mais recentes, é automático (WEILER, 2004, p. 558).

A importância da criação de organizações internacionais e de regimes constitucionais e regulatórios pode ser avaliada a partir de diferentes perspectivas. Realistas afirmam que instituições internacionais refletem e reproduzem as relações de poder que caracterizam assuntos internacionais. Institucionalistas liberais, por sua vez, enfatizam que instituições internacionais são cruciais porque elas ajudam na solução de problemas de coordenação da ação coletiva na arena internacional. De um ponto de vista liberal construtivista, no entanto, as instituições fazem mais do que realistas e institucionalistas admitem; as instituições internacionais ajudam-nos a compreender como as novas regras são criadas e difundidas no sistema internacional e posteriormente internalizadas por diferentes atores (SLAUGHTER, 1993). Hurrel exemplifica este argumento, dizendo que "as instituições internacionais podem ser o local onde as autoridades brasileiras e argentinas, por exemplo, são expostas a novas normas" (HURRELL, 2001a, p. 37).

Organizações internacionais são locais para negociação e deliberação e, simultaneamente, atores centrais na esfera internacional, dotados de personalidade jurídica reconhecida pelo direito internacional e relativamente autônomas em relação aos Estados-Membros. Essas instituições fornecem a base para fóruns deliberativos onde interesses e pontos de vista são expressos e podem ser alterados no curso de negociação.

> Os Estados podem não saber o que querem quando começam a negociar questões complexas dentro de complexos quadros institucionais ou podem

> mudar suas ideias durante o processo, o que possibilita entendimentos revisados sobre interesse nacional. (HURRELL, 2001a, p. 37)

A criação de regimes relacionados a organizações internacionais podem promover estabilidade e conformidade com o direito internacional de três maneiras. Em primeiro lugar, regimes criam um tipo de reciprocidade difusa que promove a ação coletiva: quanto maior a expectativa de que todos os Estados-Membros vão respeitar um determinado conjunto de regras, maior é o incentivo para que cada ator cumpra as mesmas regras. Em segundo lugar, as organizações internacionais podem aumentar a legitimidade das normas relativas aos regimes e desenvolver um senso de dever moral de obedecer à lei. Por último, organizações internacionais, em algumas circunstâncias, podem impor suas decisões aos Estados desviantes por meio de pressão política, sanções e até força militar (HERZ; HOFFMANN, 2004, p. 24).

O desenvolvimento de regimes internacionais altera o equilíbrio de poder na medida em que cria uma forma de "legalidade internacional". Fornece fóruns especiais de deliberação e cria várias possibilidades para a participação de atores mais fracos de acordo com a sua "capacidade de usar as plataformas institucionais e de explorar parâmetros jurídicos já estabelecidos para promover decisões e instituições novas e de maior alcance" (HURRELL, 2001a, p. 38).

5 Redes transnacionais e esferas públicas

Além da relevância crescente de organizações internacionais no direito e na política internacional, o surgimento de organizações da sociedade civil como novos atores transnacionais é fundamental para a constituição de esferas públicas transnacionais. Na verdade, é importante destacar o papel que os atores da sociedade civil vem desempenhando no cenário internacional, influenciando a agenda e prestando serviços:

> [...] primeiro, no processo formal de criação, consolidação e desenvolvimento de normas; em segundo lugar, no amplo processo social pelo qual novas normas emergem e encontram seu caminho para a agenda internacional; terceiro, no funcionamento detalhado de muitas instituições internacionais e no processo de implementação e cumprimento; e, finalmente, na participação direta em muitas atividades governamentais (desembolsando uma proporção crescente de ajuda oficial, engajando em ajuda humanitária de grande escala; liderando esforços para promover a democracia ou a reconstrução social e política pós-conflito). (HURRELL, 2001a, p. 32)[13]

A infraestrutura física e tecnológica (incluindo transporte e comunicação) de uma economia cada vez mais conectada facilitou a circulação de valores, conhecimento e

ideias (HURRELL, 2001a) De fato, se a tecnologia criou novas ameaças às sociedades contemporâneas, como enfatizado por Ulrich Beck e outros, também criou novos padrões de comunicação, promovendo uma pluralidade de novos públicos, que compartilham "relatórios e informações, chamadas telefônicas, participação em reuniões, ou fluxos de financiamento" (SIKKINK, 1991). Essas inovações tornaram possível o desenvolvimento de uma nova espécie de "repertório de ação" para ser usada pelos movimentos sociais, tais como petições *online*, campanhas de e-mail, marchas virtuais, e assim por diante. Elas têm aumentado a capacidade de mobilização coletiva e do surgimento de "novas formas de conexão social, novas formas de ação coletiva e uma 'solidariedade entre estranhos' mais extensa" (COHEN, 2003, p. 435).[14] Assim como organizações internacionais, a sociedade civil fornece uma arena importante para o processo de socialização, difusão e internalização de normas (HURRELL, 2001a, p. 34).

A forma por excelência dos novos modos transnacionais de associação, como já mencionado, são as *redes*, que podem ser definidas como

> estruturas comunicativas das quais participam atores situados em diferentes posições com a finalidade de influir nas políticas públicas, nas normas, e nos procedimentos decisórios de entidades muito poderosas, e também nas quais negociam o significado de seu próprio empreendimento. Esses atores fazem uso de padrões horizontais de comunicação e de troca que permitem uma agência que é mais do que a soma das suas partes (COHEN, 2003, p. 435).

Sikkink destaca como modo típico de associação e mobilização no mundo pós-vestfaliano as redes articuladas em torno de questões de direitos humanos, que são formadas não somente por atores da sociedade civil, mas também por atores sistêmicos, e tornam-se uma alternativa parcial ao modelo interestatal, centrado na noção de soberania absoluta do Estado. Essas redes incluem organizações internacionais, organizações não governamentais internacionais, organizações não governamentais nacionais, e órgãos de governos encarregados dos temas de direitos humanos. Ainda que haja tensões importantes, essas redes são formadas por atores que partilham de entendimentos relativos ao direito internacional que permitem uma linguagem comum para apresentar argumentos e conjuntos de procedimentos para avançar reivindicações (SIKKINK, 1991, p. 415).

Sikkink (1991, p. 38) também enfatiza que as relações entre os diferentes atores reforçam-se mutuamente, embora não necessariamente de forma amigável. As dinâmicas que se desenrolam no âmbito dos litígios perante os órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) ilustram o argumento. Peticionários (vítimas e organizações da sociedade civil brasileira e internacional), funcionários da Comissão e da Corte e funcionários dos órgãos de representação internacional dos Estados

(Itamaraty, Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, e Advocacia-Geral da União, no caso brasileiro) fazem parte de uma mesma rede, repleta de tensões e de entendimentos que já produziram transformações importantes internamente, vis-à-vis nossa política de enfrentamento à violência doméstica, ao trabalho escravo e à brutalidade policial (BERNARDES, 2011).

O conceito de redes de direitos humanos, por um lado, explica os desenvolvimentos transnacionais que afetam a sociedade civil; por outro lado, capta a ideia de soberania desagregada, na medida em que essas redes incluem "partes de governos". Dos vários atores e burocracias do sistema político, alguns pertencem a essas redes e, para usar a linguagem do modelo de Peters, podem funcionar como "comportas" entre as esferas públicas transnacionais e os sistemas políticos dos Estados, ou entre a "periferia" e o "centro", respectivamente.

A relação dialética entre o local e o global, típica do nosso tempo globalizado, também se reflete em tais redes. De acordo com a descrição de Sikkink, as redes às vezes trabalham de forma a "internalizar" atores externos, que se tornam influentes nos processos políticos nacionais; em outros momentos, funcionam para "internacionalizar" questões de política interna, "como quando as práticas de direitos humanos dos Estados-Membros são discutidas nas reuniões de organizações regionais e internacionais" (SIKKINK, 1991, p. 7-8). Elas podem atuar em diferentes níveis, deslocando a discussão de fóruns internos para fóruns transnacionais, e vice-versa, de acordo com as circunstâncias. Por um lado, as articulações internacionais de uma rede geralmente são mais capazes do que os seus componentes nacionais de atrair a atenção para um tema específico; por outro, organizações de base e demais articulações internas das redes transnacionais mostram maior capacidade de gerar solidariedade e níveis mais intensos de mobilização, porque se baseiam na interação face a face. (COHEN, 2003).

No lado da saída (*output*), os destinatários das interações comunicativas que ocorrem nas esferas públicas transnacionais são múltiplos, gerando os problemas de enquadramento anunciados por Fraser. Podem ser "Estados, organizações internacionais, órgãos políticos, e organizações privadas em níveis local, regional e transnacional" (SIKKINK, 1991, p. 18). Na verdade, as redes às vezes buscam estratégias que visam, principalmente, políticas e estruturas normativas de organizações internacionais, como a campanha contra os programas de ajustamento estrutural do FMI, ou o *lobby* ambiental ante a OMC. Nesses casos, pode-se ver uma opinião pública mundial, ainda embrionária e intermitente, mobilizada principalmente por meio de grandes organizações não governamentais e com o objetivo de ter um impacto em termos de governança global. No entanto, ainda há pouca clareza de quem seja o destinatário das reivindicações formuladas, diante da inexistência de uma institucionalidade cosmopolita eficiente, como já mencionado.

Não pretendo tratar do "problema de enquadramento" neste artigo. Interesso-me pelo que Keck e Sikkink chamam do *padrão bumerangue de influência*, onde o alvo

principal da mobilização é o Estado territorial, cujas políticas ainda são as que afetam mais diretamente a vida das pessoas (KECK; SIKKINK, 1998, p. 12). Em algumas circunstâncias, quando os fluxos de comunicação são bloqueados, organizações da sociedade civil se dirigem a organizações internacionais, que, por sua vez, exercem pressão sobre o Estado em questão:

> Quando os canais entre o Estado e seus atores domésticos são bloqueados, as características do modelo bumerangue de influência das redes transnacionais podem ocorrer: ONGs nacionais contornam seu Estado e buscam diretamente aliados internacionais para tentar trazer pressão de fora para seus Estados. [...] quando os governos são inacessíveis ou surdos para grupos cujas reivindicações podem, contudo, ressoar em outros lugares, contatos internacionais podem amplificar as exigências dos grupos domésticos, intrometer-se em espaços abertos para novas questões, e então ecoar de volta essas demandas na arena nacional (KECK; SIKKINK, 1998, p. 12-13).[15]

A formação de redes de direitos humanos cria diferentes possibilidades de aumentar a influência política gerada por meio de deliberações em esferas públicas. As associações entre atores transnacionais e de base são de duas naturezas: por um lado, este tipo de associação pode ajudar a difundir valores como igualdade racial e de gênero. Atores transnacionais podem ajudar as organizações de base a desenvolver uma linguagem por meio da qual elas possam vocalizar suas necessidades. Assim, elas podem catalisar o processo de trazer problemas do mundo da vida para a esfera pública, tematizando formas de dominação que foram antes naturalizadas e relegadas à esfera privada pré-reflexiva. Atores transnacionais também podem fornecer financiamento e apresentar novas formas de mobilização que passam a integrar os repertórios das organizações sociais de base. Por outro lado, em uma perspectiva de baixo para cima, ao transnacionalizar questões locais que não são tratadas de forma adequada internamente – tanto porque permanecem temas de interesse exclusivo de públicos subalternos e não alcançam esferas públicas mais abrangentes quanto porque os atores do sistema político resistem em levar em consideração a opinião pública gerada comunicativamente –, as redes aumentam sua visibilidade, levando ao conhecimento de outros públicos, nacionais e transnacionais, e ampliando as possibilidades de formar uma opinião pública comunicativa mais forte sobre este tipo de tópico. A intenção é mostrar que Estados que formalmente assumiram obrigações relativas aos direitos humanos e à democracia violam rotineiramente seus compromissos. Isso, por sua vez, pode ter o efeito de "educar" atores estatais a respeito das suas obrigações internacionais e dos problemas internos, permitindo que funcionem como "comportas" por meio das quais a opinião pública comunicativa atinge o centro do sistema político.

De acordo com Cohen, existem quatro aspectos da *publicidade* envolvidos nos processos descritos acima, cada um dos quais mesclando elementos comunicativos e estratégicos:

> [...] *política de informação*, cuja condição necessária é a capacidade de gerar de modo rápido e confiável informações políticas mobilizáveis nas situações em que tentam máxima eficácia, uma *política simbólica*, ou o recurso a símbolos e narrativas que explicam a lógica de uma situação para públicos locais e distantes; uma *política de influências ou de interesses* [*leverage politics*], ou a capacidade de apelar a atores poderosos para influir em uma situação em que membros mais fracos de uma rede têm pouca influência; e uma *política de responsabilização*, isto é, o esforço para fazer com que atores poderosos respeitem os princípios acordados previamente no plano nacional ou no plano da opinião pública mundial. (COHEN, 2003, p. 440)

Além disso, ao contrário da sociedade civil nacional, que na perspectiva teórico discursiva só pode gerar *influência* sobre o sistema político, na sociedade civil transnacional, "a política de influência é complementada pela utilização de algumas formas de *poder*" (COHEN, 2003, p. 442 – grifo meu) O fato de que as organizações internacionais podem ser mobilizadas por redes transnacionais dá origem a um "poder de constrangimento": o poder de envergonhar determinados países ante seus pares em organizações internacionais por violarem os padrões internacionais de direitos humanos que formalmente se comprometeram a assegurar. No entanto, é importante observar o elemento normativo de tal "poder de constrangimento". A "vergonha" de um país só é possível porque existem padrões normativos que são aceitos como válidos e universais. Existe um aspecto performativo do reconhecimento internacional da obrigação de respeitar e garantir direitos humanos que gera uma contradição profundamente desconfortável para Estados denunciados como violadores de normas de direitos humanos.(LAFONT, 2012)

A participação de organizações internacionais, como os órgãos de proteção de direitos humanos da OEA, obriga os Estados, ou pelo menos os órgãos encarregados de sua representação internacional, a responderem a reclamações de organizações da sociedade civil que, normalmente, ignorariam. Alguns desses órgãos nacionais tornam-se interlocutores importantes das organizações da sociedade civil e acabam exercendo ativamente o papel de criar, dentro do sistema político, a possibilidade de reforma de políticas de acordo com as opiniões públicas discursivas. Em alguns casos, esses órgãos funcionam como comportas entre a esfera pública e o sistema mais eficazes do que o judiciário e o parlamento, aos quais Peters e Habermas originalmente atribuíram esta função. (HABERMAS, 1996, p. 352-359)

Mas esses processos, contudo, são ainda desenvolvimentos embrionários com toda sorte de deficiências. Especificamente sobre a participação de organizações da sociedade civil, há sérios problemas de legitimidade e responsabilização, uma vez que são, por definição, entidades não eleitas, usualmente baseadas em Estados ocidentais centrais, interferindo no processo político em nome do cidadão global. O potencial para instrumentalização e uso estratégico da opinião pública transnacional para legitimar práticas questionáveis é evidente. Da mesma forma, as "redes" são uma forma de organização que pode servir a diferentes propósitos: de mobilização legítima da sociedade civil a ataques terroristas (COHEN, 2003, p. 437). E, ainda, organizações internacionais são, elas mesmas, espaços de poder, e não podem ser vistas como arenas de livre discussão sem constrangimentos de poder outros que o do melhor argumento. De fato, são os grupos hegemônicos que estabelecem a agenda, as regras do jogo e mesmo os jogadores (HURRELL, 2001a, p. 37). Cohen também nos recorda que as novas formas de governança estão imbuídas de um "*ethos* corporativo": elas não são transparentes, não são internamente democráticas e não prestam contas a terceiros. Contudo, concordo com a ênfase de Cohen no fato de que tais críticas não passam incontestes pelas múltiplas novas formas globais de interação: "cada nova forma de exclusão e instrumentalização da nova mídia provoca lutas por inclusão e hegemonia, acesso e democratização" (COHEN, 2003, p. 441).

Conclusão

Uma das características do conceito de esfera pública, como enfatizado por Nancy Fraser, é a pluralidade. Em vários níveis, do local ao global, existem distintas esferas públicas que se sobrepõem. O surgimento das esferas públicas transnacionais, que processam *inputs* da sociedade civil, de organizações internacionais, de agentes do mercado e de funcionários do Estado, foi possibilitado em razão de transformações políticas e jurídicas, assim como a importantes inovações tecnológicas, que facilitaram a comunicação e mobilização em nível global. De fato, a crescente relevância da sociedade civil transnacional e das organizações internacionais criaram novos modos de interação no âmbito supranacional que diferem da relação contratual entre os Estados, típica do modelo vestfaliano.

Tais transformações na arena supranacional impactaram as discussões sobre governança global, mas elas também tiveram um efeito bumerangue ao transformar políticas internas em países diferentes. O surgimento de esferas públicas transnacionais complementa as estruturas internas e cria novos modos por meio dos quais temas são retirados do mundo da vida e se tornam tópicos de discussão pública. Essas esferas públicas também criaram novas formas de gerar influência e algumas formas de poder que aumentam as chances de o sistema político levar a opinião pública em consideração.

: ARTIGO APROVADO (10/02/2014) : *RECEBIDO EM 16/04/2013*

NOTAS

* A autora agradece a Liam Murphy, Andrew Arato, David Golove, Adeeno Adis, Larry Lee, Florian Hoffmann, Gisele Cittadino, José Maria Gomez, Carolina de Campos Melo pela leitura crítica a versões preliminares deste artigo, no processo de produção da tese de doutorado. Agradece também a Simone Pitta, Natalia Frickmann e Mariana Braga pela tradução de trechos deste artigo que estavam originalmente em inglês.

1 O chamado modelo de Vestfália foi usado durante mais de 300 anos para explicar as relações internacionais e o direito internacional do chamado sistema interestatal moderno. O nome alude à Paz de Vestfália, um conjunto de tratados que pôs fim, em 1648, à Guerra dos Trinta Anos na Europa. Voltaremos a discuti-lo na seção seguinte deste artigo.

2 Como um exemplo de tal esforço, em *Scales of justice*, Nancy Fraser (2009) discute qual seria o melhor princípio para enquadrar nossas questões na justiça global. De forma similar, Jean Cohen (2012), em seu livro *Globalization and sovereignty*, reflete sobre as implicações das novas constelações pós-nacionais nos conceitos de soberania e legalidade. Este não é meu objetivo no trabalho ora apresentado, contudo. Preocupo-me aqui com a política doméstica via estratégias transnacionais.

3 Minha tradução. Na página 211, Power (1998) afirma que "Há realmente uma certa trágica inevitabilidade no fato de que, uma vez que o problema da autofundamentação é colocado, a teoria crítica necessariamente fica comprometida em uma de duas direções: ou ela retém a sua força crítica às custas da sua autofundamentação, ou ela amortece os termos da sua crítica a fim de preservas a possibilidade de autofundamentação".

4 O conceito de mundo da vida, de inspiração fenomenológica, refere-se ao estoque de conceitos e visões de mundo que são tomados como dados em nossa vida cotidiana. É a informação de pano de fundo que torna a comunicação possível. O sistema, por sua vez, refere-se ao reino das relações sociais que se tornam autônomas do pano de fundo do mundo da vida e que se reproduzem de modo autômato através de meios reguladores, tais como dinheiro e poder. Ver Habermas (1985).

5 Enquanto o positivismo enfatiza a igualdade formal dos Estados soberanos, o realismo foca nas questões de poder que movimentam as relações *inter-nacionais*, sem que essas peculiaridades constituam incompatibilidades entre as teorias. De fato, Benedict Kingsbury ressalta que, apesar da centralidade que confere à noção de soberania, o positivismo reconhece a existência de assimetrias *entre nações*, rotulando-as como "políticas", em vez de "legais". Na verdade, positivistas, como Oppenheim, podem ter pontos de vista realistas quando se trata de preservar a estabilidade da ordem mundial (KINGSBURY, 1998, p. 604-615).

6 Alguns autores defendem a necessidade de uma redenção normativa do princípio da soberania absoluta como um escudo contra as ameaças da globalização. Para eles, levando-se em consideração as assimetrias entre e Norte e Sul globais, soberania e não intervenção funcionam como as principais defesas dos países periféricos (KINGSBURY, 1998, p. 599-625).

7 Manuel Castells (2000) enfatiza também que a mais nova fase da economia capitalista também tomou a forma de redes.

8 Para propostas cosmopolitas, ver ARCHIBUGI & HELD, 1995. Sobre níveis de governança, ver especialmente Held (1995).

9 Nancy Fraser poderia ser incluída aqui com ressalvas. Por um lado, ela se ocupa dos problemas de justiça global, que requerem uma nova forma de "enquadrar" demandas de justiça. Propõe o "princípio de todos subjugados", de evidente inspiração cosmopolita no sentido acima descrito. Por outro lado, ela está consciente dos obstáculos da *realpolitik* para o estabelecimento de novos arranjos que permitiriam a implementação do seu princípio de justiça e reconhece que os arranjos institucionais para que isso se realize ainda precisam ser criados (FRASER, 2009, p. 48-75).

10 É claro que esse argumento pressupõe que, para Dahl, existiria *demos* em níveis nacionais. Como vimos, no entanto, esse argumento é problemático diante das muitas diásporas e dispersões linguísticas e culturais.

11 De acordo com a definição clássica de Stephen Krasner (1982, p. 1), regimes são um conjunto de princípios, normas, regras e procedimentos de tomada de decisão em torno do qual as expectativas dos envolvidos convergem. Ver

também Herz & Hoffmann (2004, p. 20). Weiler aponta, entretanto, que mesmo a lei bilateral, transnacional, internacional cria regimes multilaterais e pode funcionar como uma forma de governança, embora de forma mais indireta. Atores poderosos como EUA e Europa desenvolvem "moldes" que são impostos aos seus parceiros, que possuem muito pouco espaço para negociação. Ele é igualmente cético quanto às possibilidades de uma ordem democrática internacional, por não haver um *demos* global. Ver Weiler (2004, p. 561).

12 Para um relato compreensivo da proliferação de sistemas triádicos de resolução de litígios e uma mapeamento do judiciário internacional, ver Romano (1999, p. 709-52).

13 Porém é importante notar que, enquanto Hurrell observa essas tendências, ele mesmo não é proponente da democracia global.

14 Sobre o conceito de "repertório social", ver Tilly (2004).

15 No ano seguinte, Risse, Ropp e SIkkink (1999) falam de um "modelo espiral" para promoção de políticas públicas domésticas mais compatíveis com os direitos humanos. O aspecto "espiralado" diz respeito à necessidade de se "jogar o bumerangue" diversas vezes até que a resposta do Estado demonstre incorporar as demandas internas. Ver também Risse, Ropp e SIkkink (2013).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARATO, Andrew. Procedural Law and Civil Society: Interpreting the Radical Democratic Paradigm. In: ROSENFELD, Michael; ARATO, Andrew (Eds.). *Habermas on law and democracy*. Berkley and Los Angeles: University of California Press, 1998.

ARCHIBUGI, Danielle. *The global commonwealth of citizens:* toward cosmopolitan democracy. Princeton: Princeton University Press, 2008.

_____. From the United Nations to Cosmopolitan Democracy. In: ARCHIBUGI; HELD (Eds.). *Cosmopolitan democracy:* an agenda for a new world order. Cambridge: Polity Press, 1995.

AVRITZER, Leonardo. *Democracy and the public space in Latin America*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

BAUMAN, Zigmunt. *Globalização:* as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECK, Ulrich. What is globalization? In: HELD, David; McGREW, Anthony. *The global transformation reader:* an introduction to the globalization debate. Cambridge: Polity Press, p. 99-104, 2000.

BERNARDES, Marcia Nina. O sistema interamericano de direitos humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e politicos da implementação de decisões internacionais. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 8, n. 15, 2011.

BOHMAN, James. The public spheres of the world citizen. In: BOHMAN, J.; LUTZ-BACHMANN, M. (Eds.). *Perpetual peace:* essays on Kant's cosmopolitan ideal. Cambridge: MIT Press, 1997.

CASTELLS, Manuel. The network society. In: HELD, David; McGREW, Anthony. *The global transformation reader*: an introduction to the globalization debate. Oxford: Polity Press, 2000.

CAVALLARO, James. Toward fair play: a decade of transformation and resistance in international human rights advocacy in Brazil. *Chicago Journal of International Law*, v. 3, n. 2, Fall, 2002.

COHEN, Jean. *Globalization and sovereignty:* rethinking legality, legitmacy and constitutionalism. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

_____. Sociedade civil e globalização: repensando categorias. *Revista Dados*, v. 46, n. 3, Rio de Janeiro, 2003.

_____; ARATO, Andrew. *Civil society and political theory*. New Bakersville: MIT Press, 1999.

COSTA, Sérgio. Cosmopolitan democracy: conceptual deficits and political errors. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 01, São Paulo, 2005.

_____. As cores de Ercília. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

DAHL, Robert. Can international organizations be democratic? A skeptic view. In: SHAPIRO, I.; HACKER-CORDÓN, C. (Ed.). *Democracy's Edges*.Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

FALK, Richard. The world order between inter-state law and the law of humanity: the role of civil society. In: ARCHIBUGI; HELD (Eds.). *Cosmopolitan democracy:* an agenda for a new world order. Cambridge: Polity Press, 1995.
FRASER, Nancy. *Scales of justice*. New York: Columbia University Press, 2009.
_____. Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy. In: CALHOUN, C. (Org.). *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge: MIT Press, 1996.
GÓMEZ, José Maria. *Política e democracia em tempos de globalização.* Petrópolis: Vozes, 2000.
HABERMAS, Jürgen. The constitutionalization of international law and the legitimation problems of a constitution for world society. *Constellations*, v. 15, n. 4, p. 443-455, 2008.
_____. *The divided west*. Princeton: Princeton University Press. 2006.
_____. *The inclusion of the other*. Cambridge: MIT Press, 1999.
_____ . *Direito e democracia*: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, volume 2, 1997a.
_____. Kant's idea of perpetual peace, with the benefit of two hundred years' hindsight. In: BOHMAN, J.; LUTZ-BACHMANN, M. (Eds.). *Perpetual peace.* Cambridge: MIT Press, 1997.
_____. *Between facts and norms:* contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge: MIT Press, 1996.
_____. *La constelación posnacional:* ensayos políticos. Barcelona: Paidós, 2000.
HELD, David. *Democracy and global order*. Cambridge: Polity Press, 1995.
_____. International law. In: HELD, David; McGREW, Anthony. *The global transformation reader:* an introduction to the globalization debate. Cambridge: Polity Press, 2000.
HURRELL, Andrew. Power, international institutions and the global south. *Paper presented at the NYU Colloquium Globalization and Its Discontents*, on April 2000.
_____. Global inequality and international institutions. *Metaphilosophy*, v. 32, n. 1-2, Oxford, January 2001.
_____. The international dimensions of democratization in Latin America: the case of Brazil. In: WHITEHEAD, L. (Ed.). *The international dimensions of democratization:* Europe and the Americas. Oxford: Oxford University Press, 2001.
_____; WOODS, Ngaire. Globalization and inequality. *Millenium: Journal of International Studies*, v. 24, n. 3, winter 1995.
HERZ, Mônica Herz; HOFFMANN, Andréa. *Organizações internacionais*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2004.
KANT, Immanuel. Perpetual peace: a Philosophical Sketch. *Political writings*. Translated by H. B. Nisbet. Cambridge: Cambridge University Press, p. 94-130, 1991.
KECK, Margaret; SIKKINK, Kathryn. *Activist beyond borders:* advocacy networks in international politics. Ithaca: Cornell University Press, 1998.
KINGSBURY, Benedict. Sovereignty and Inequality. *European Journal of International Law* 9, 1998.
KRASNER, Stephen. *International Regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1982.
LAFONT, Cristina. *Global Governance and Human Rights* (Spinoza Lectures Series, Amsterdam: van Gorcum, 2012.)
LUTZ-BACHMANN, Mathias. "Kant's Idea of Peace and a World Republic. In: BOHMAM, J.; LUTZ-BACHMANN, M. (Eds.). *Perpetual peace:* essays on Kant's cosmopolitan ideal. Cambridge: MIT Press, 1997.
MAIA, Antonio. Espaço público e direitos humanos: considerações acerca da perspectiva habermasiana. *Direito, estado e sociedade*, Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio, n. 11, 1997.
POWER, Michael. Habermas and the counterfactual imagination. In: ROSENFELD, Michael; ARATO, Andrew (Eds.). *Habermas on Law and Democracy*. Berkley and Los Angeles: University of California Press, 1998.
RISSE, Thomas; ROPP, Stephen C.; SIKKINK, Katryn (org.). *The power of human rights:* International norms and domestic change. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
_____. *The Persistent Power of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
ROMANO, Cesare P. R. The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle. *Journal of International Law and Politics*. v. 31, n. 4, p. 709-52, 1999.
SANDS, Philippe. Turtles or torturers: the transformation of international law. *Journal of International Law and Politics*, v. 33, NYU, p. 527, 2001.
SCHEUERMAN, William E. Postnational democracies without postnational states? Some skeptical reflections. *Ethics & Global Politics*, v. 2, n. 1, p. 41-63, 2009.
SLAUGHTER, Anne-Marie. "International Law and International Relations Theory: a Dual Agenda" in *American journal of international law*, vol. 87, n. 205, 1993.
_____ . Sovereignty and power in a networked world order. *Stanford Journal of International Law,* v. 40, n. 283, summer 2004.
_____. A new world architecture: disaggregated states and government networks. Presented in the Governance, Legitimacy and Democracy Workshop, in the NYU School of Law, on October 3 and 4, 2002.

SIKKINK, Kathryn. Human rights, principled issues network and sovereignty in Latin America. *International Organization*, v. 47, n. 3, p .411-441, summer 1993.
_____. International human rights and sovereignty in Latin America. *Conference Paper* #59. Presented at the Research Conference "Crossing national borders: invasion or involvement" held at Columbia University, December 6 1991.
THEREIN, Jean Phillipe; GOSSELIN, Guy. A democracia e os direitos humanos no hemisfério ocidental: um novo papel para a OEA. *Contexto International*, v. 19, n. 2, 1997.
TILLY, Charles. *Social movements, 1768-2004*. Boulder: Paradigm Publishers, 2004.
WEILER, Joseph. The geology of international law – governance, democracy and legitimacy, 2004. Disponível em: <http://www.zaoerv.de/64_2004/64_2004_3_a_547_562.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2013.
_____. To be an european citizen: Eros and civilization. *The Constitution of Europe*. Cambridge, 2000.
WHITEHEAD, Lawrence. Three international dimensions of democracy. In: WHITEHEAD, L. (Ed.). *The international dimensions of democratization:* Europe and the Americas. Oxford: Oxford University Press, 2001.

Márcia Nina Bernardes

Rua Capitão Salomão, 30/106
Humaitá – 22271-040
Rio de Janeiro – RJ – Brasil
marcianb@puc-rio.br

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio
Coordenadora Acadêmica do Núcleo de Direitos Humanos do Departamento de Direito da PUC-Rio
Doutora em Direito pela New York University (2007)
Mestre em Direito pela New York University (2001)
Mestre em Direito pela PUC-Rio (2000)
Hauser Global Scholar (NYU Law'01)

ENTRE DESDÉM TEÓRICO E APROVAÇÃO NA PRÁTICA: OS MÉTODOS CLÁSSICOS DE INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Andreas J. Krell

DISDAINED BY THEORY, APPROVED IN PRACTICE: THE CLASSICAL METHODS OF JURISTIC INTERPRETATION

RESUMO

Boa parte dos autores brasileiros questiona a utilidade dos elementos metodológicos tradicionais da interpretação jurídica, cuja importância está sendo redescoberta em outros países como a Alemanha. Apesar da rejeição teórica, os aplicadores do Direito continuam a se valer dos métodos clássicos na prática. A própria interpretação é guiada pelas etapas mentais destes métodos, ainda que a escolha decisiva entre eles seja influenciada pela pré-compreensão pessoal do aplicador da lei sobre uma solução justa do caso. Assim, o uso dos quatro *cânones* na produção da decisão jurídica depende de uma argumentação racional que observe as "regras de arte" da comunicação jurídica. A expectativa social de uma vinculação estrita entre decisão judicial e texto legal leva a um tipo de interpretação que tem as diretivas metódicas tradicionais como seus principais instrumentos. Embora eles não levem a decisões cientificamente verdadeiras, deve ser reconhecida a sua importância no exercício do raciocínio jurídico.

PALAVRAS-CHAVE

Interpretação jurídica; Elementos metódicos; Cânones tradicionais; Pré-compreensão; Justificativa da decisão.

ABSTRACT

A good part of Brazilian authors questions the usefulness of the traditional methodic elements of law interpretation, whose importance is being rediscovered in other countries like Germany. In spite of theoretic rejection, the law applying officials continue to make use of the classical methods in practice. Interpretation itself is guided by the mental stages of these methods, although the deciding choose between them is influenced by the law appliers personal pre-comprehension about a fair solution of the case. Thus, the use of the four canons in forensic decision-making depends on the factors of rational argumentation which obeys to the "rules of art" of juristic communication. Social expectation of a strict connection between judicial decision and legal text lead to a type of interpretation which has the four traditional methodic directives as its main instruments. Even though they do not lead to scientifically true answers, one must recognize their importance for exercising juristic reasoning.

KEYWORDS

Juristic interpretation; Methodical elements; Traditional canons; Pre-comprehension; Justification of decision.

Introdução

Pretende-se demonstrar neste trabalho que os tradicionais métodos de interpretação jurídica (literal, sistemático, histórico e teleológico) continuam sendo imprescindíveis pontos de referência na aplicação diária do Direito (Civil, Penal, Administrativo etc.), inclusive o Constitucional. Entretanto, enfatize-se, desde o início, que não se ignoram

aqui os vícios e abusos de uma interpretação jurídica fixada apenas nos seus métodos tradicionais, aos quais já se atribuiu no passado uma pretensa exatidão científica que nunca tiveram e jamais terão. Na verdade, os quatro *cânones* não representam "métodos" próprios, senão apenas regras, diretivas, técnicas, meios, critérios, argumentos, princípios ou elementos metódicos para a correta interpretação e aplicação das normas jurídicas (VELASCO; GUTIÉRREZ, 2011, p. 32 s.).

No Brasil, a hermenêutica jurídica possui traços peculiares. Durante o governo militar, o estudo do Direito nas faculdades e a produção acadêmica em geral foi marcadamente positivista e técnico-formal. Após o fim do regime autoritário, tentou-se resgatar a dimensão teórica e do Direito, enfatizando-se os seus aspectos filosóficos, sociológicos, políticos, linguísticos, antropológicos etc. Até hoje, muitos autores parecem estar inspirados pela reação contra uma interpretação meramente "dogmática" e "formalista" do fenômeno jurídico (MADEIRA FILHO, 2002, p. 50 s.), esquecendo que "reconhecer, interpretar e aplicar a norma jurídica válida exige referências cognitivas e capacitação profissional muito diversas dos planos de observação da sociedade ocupados por [...] filósofos ou sociólogos do direito" (CAMPILONGO, 2012, p. 124).

Ao mesmo tempo, a Teoria do Direito de outros países está passando por uma reabilitação dos cânones clássicos, reconhecendo-se a sua importância e utilidade para construir uma tradição e racionalidade própria no âmbito da decisão jurídica.[1] Esta tendência é especialmente forte na doutrina jurídica contemporânea da Alemanha, que forma a base teórica de referência deste artigo.

Poucos livros brasileiros de introdução ao Direito atribuem ao tema da metódica de interpretação jurídica um espaço que corresponda a sua importância prática. Entre os autores que aprofundam a questão, há alguns que nem mencionam os elementos metódicos tradicionais ou lhes reservam um espaço mínimo.[2] Outros os questionam fortemente (*v.g.,* GRAU, 2009, p. 108 s.) ou até rechaçam categoricamente a utilidade dos cânones de interpretação para a aplicação coerente das normas jurídicas (*v.g.,* STRECK, 2011, p. 136 ss.). Até hoje, muitos consideram os métodos "mera fachada" ou "álibi teórico" (WARAT, 1994, p. 88 s.), servindo apenas para esconder os verdadeiros motivos (ideológicos) da decisão. Na área do Direito Constitucional brasileiro, várias obras quase ignoram ou negam a utilidade dos métodos clássicos para a exegese da Lei Maior (*v.g.,* MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 100 s.); poucas reconhecem a sua importância para a construção de uma decisão correta (*v.g.,* BARROSO, 2010, p. 291 ss.).[3]

No entanto, o desenvolvimento contínuo da interpretação jurídica na base de seus critérios metódicos tradicionais representa uma tarefa muito mais difícil do que a pretensiosa recusa total deles. Não faltam programas e projetos científicos abstratos e sofisticados referentes à metodologia do Direito cujas formulações deixam muitas dúvidas sobre a sua utilidade para o trabalho prático da aplicação das normas. A postura cética e extremamente crítica em relação aos cânones clássicos de interpretação,

que até hoje domina os debates acadêmico-doutrinários no Brasil (hermenêuticos filosóficos, kelsenianos, realistas, analíticos da linguagem, entre outros), dificilmente tem atingido os operadores das profissões jurídicas do País, os quais, em geral, acreditam de maneira pragmática que as regras metódicas tradicionais "funcionam adequadamente para 'demonstrar' a verdade de posturas ou teses de direito" (MEDINA, 2011, p. 165).

A consequência dessa orientação exageradamente crítica em relação aos métodos clássicos por parte da doutrina jurídica nacional leva a um estado permanente de "esquizofrenia metodológica" daqueles profissionais do Direito que também estão ligados à academia: em sala de aula, eles aceitam ou até defendem (como professores ou alunos de cursos de pós-graduação *stricto sensu*) a impossibilidade da estruturação racional e/ou metódica do processo da interpretação jurídica; já no exercício prático de sua profissão, confiam no uso dos elementos metódicos tradicionais, empregando-os para solucionar os problemas que surgem nos casos concretos.

1 Diretivas constitucionais para a interpretação jurídica e a sua metódica

A ciência do Direito é eminentemente pragmática e orientada a decisões práticas (cf. FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 68 ss., 87 ss.), o que torna imprescindível que ela mantenha sempre estreito contato com a realidade social. Na visão *pragmática*, há uma ligação direta entre o conhecimento científico e o seu fim: não é decisiva a dedução correta a partir de fundamentos seguros, mas a comprovação da utilidade na prática (CATÃO, 2007, p. 23 ss.).

No século XIX, o método científico era visto como um tipo de catalisador que purificava o objeto Direito, jogando "a luz da racionalidade no escuro da falta de lógica e da contradição" (SCHILD, 1982, p. 415 s.). O intérprete saía de cena e tornava-se mera ferramenta, como se ele atuasse no interesse do próprio método, que garantia a isenção valorativa da ciência. Nos países do *civil law*, o controle das interpretações mediante objetivação dos métodos, transformados em "regras de arte escolarizadas" para produzir decisões jurídicas, também contribuiu bastante para assegurar a liberdade dos juízes em relação às instâncias políticas (ESSER, 1972, p. 123 s.).

Ao contrário da interpretação de obras de arte, filmes, livros etc., a jurídica acontece em um ambiente institucional especializado. A interpretação de um texto jurídico pretende gerar obrigatoriedade, o que restringe as práticas nesse âmbito; não "vale qualquer coisa" (*anything goes*). Leituras muito subjetivas, surpreendentes e alternativas, que na literatura ou música podem despertar elogios, no Direito devem ser evitadas para preservar a previsibilidade das decisões e a segurança das expectativas. Por isso, a metódica jurídica não pode ser reduzida a questões da linguagem, comunicação ou compreensão (MÜLLER; CHRISTENSEN, 2002, p. 28 s.).

A aplicação de normas legais não visa apenas pôr um fim aos conflitos e litígios entre partes, mas pretende produzir decisões corretas e justas, as quais a própria sociedade espera da ordem jurídica e das suas instituições. Essa expectativa de correição normativa influencia o aplicador do Direito em relação à apresentação de sua decisão, que deve gerar aceitação e convencimento a respeito de sua correição e justeza (MORLOK, 2012, p. 207 s.).

É sabido, contudo, que o emprego das quatro diretivas metódicas clássicas na interpretação do Direito não garante um resultado correto. Os cânones não formam um "método" no sentido de que a segurança dos passos mentais seja garantida ou que a sequência dos argumentos possa ser fixada com antecedência (LUHMANN, 1995, p. 345). Neste ponto, assiste razão a Kelsen (1962, p. 290) quando alega que "todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto". Por isso, qualquer análise científica que indague sobre os motivos pela tomada de uma decisão jurídica deve investigar também as outras etapas da formação do juízo. No entanto, a prática diária da aplicação do Direito pelos órgãos estatais exige uma fundamentação objetiva e socialmente aceita das decisões, que mantenha a retórica da vinculação estrita entre o texto da lei e o resultado de sua aplicação pelo agente público, ainda que este vínculo, no fundo, seja uma *ficção*.

A metódica[4] jurídica deve ser analisada também a partir de uma reflexão sobre a produção das decisões do Poder Público às normas jurídicas vigentes que corresponda às exigências do Estado Democrático de Direito: a vinculação dos agentes estatais é integrante imprescindível da estrutura de legitimação deste. Toda atividade estatal fica sujeita à *lei*, expressão da vontade geral e materializada em atos formalmente criados pelos órgãos da representação popular (SILVA, 2003, p. 419 ss.). A Constituição de 1988, além de consagrar a separação dos poderes estatais, fixa este princípio fundamental no seu art. 5º, II, segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Nesse sentido, não é exagero afirmar que, também no Brasil, "questões metodológicas são questões constitucionais" (RÜTHERS, 1999, p. 397 ss.).

A vinculação legal dos agentes públicos somente pode ser estabelecida racionalmente por meio de uma metódica que garanta que casos iguais sejam tratados de maneira igual, mantendo-se a isonomia na aplicação do Direito. Aqui não faz muito sentido a afirmação apodítica "Todo caso é diferente", visto que são as próprias regras jurídicas que determinam quais aspectos de cada caso real são relevantes para a decisão (NEUMANN, 2001, p. 244 s.; RÖHL; RÖHL, 2008, p. 604 s.).

Os órgãos públicos que aplicam as normas democraticamente postas estão vinculados ao conteúdo destas, o qual devem reproduzir na maior medida possível. Para tanto, é preciso recapitular o caminho mental que levou o julgador à decisão concreta, tornando possível que outros andem na mesma senda (*methodos* = "caminho de ir atrás"). Além

disso, o objetivo do método é reduzir a subjetividade do intérprete, possibilitar o seu autocontrole e "direcionar o seu agir para caminhos previsíveis" (SCHMITT GLAESER, 2004, p. 139 ss.; STRAUCH, 2001, p. 200 s.). Para tanto, as etapas da aplicação da lei devem ser reveladas para assegurar uma relação sindicável de dedução entre a norma abstrata editada pelo Legislativo e a inferência concreta do Judiciário. O próprio desenvolvimento dos métodos jurídicos é fruto da discussão sobre o tamanho adequado dos espaços de avaliação a serem concedidos aos aplicadores do Direito (RÜTHERS, 1999, p. 369 s.).

Na interpretação da Constituição, a importância dos métodos tradicionais, sem dúvida, diminui. O texto da Lei Maior regulamenta relações políticas e sociais, o que o torna, segundo Bonavides (2006, p. 461), sujeito a um "influxo *político* considerável, senão essencial, o qual se reflete diretamente sobre a norma, bem como sobre o método interpretativo aplicável". Todavia, o autor deixa claro que não defende "uma técnica interpretativa especial para as leis constitucionais" e tampouco pretende "preconizar os meios e regras de interpretação que não sejam aquelas válidas para todos os ramos do Direito, cuja unidade básica não podemos ignorar nem perder de vista [...]". Na mesma linha, Canotilho (1997, p. 1084 ss.) entende que a interpretação da Constituição deve ser efetuada mediante um conjunto de métodos reciprocamente complementares, entre os quais está o "método jurídico" clássico.

Além do mais, a doutrina brasileira adotou vários (pretensos) "princípios de interpretação constitucional" (unidade da constituição, concordância prática, máxima efetividade etc.), dos quais alguns são pouco relevantes porque "em nada se diferenciam dos cânones tradicionais de interpretação" (SILVA, 2005, p. 121). Entretanto, é exagerada a crítica de Forsthoff (1961), que defendeu uma interpretação da Lei Maior restrita aos cânones tradicionais, porquanto temia que os métodos abertos como a *tópica* levariam à dissolução total do caráter jurídico da Constituição.

Peter Häberle (1978, p. 73), que muito influenciou a consolidação teórica da moderna hermenêutica constitucional, constata que "interpretação aberta integra os métodos interpretativos tradicionais", impondo apenas a sua "abertura". Apesar de defender um procedimento interpretativo plural da Constituição que inclua diversos atores e seja orientado pela realidade, publicidade e consideração das consequências das decisões para o bem comum, o autor não despreza os princípios e métodos interpretativos clássicos, os quais, para ele, "preservam o seu significado", assumindo, contudo, a nova função de "'filtros' sobre os quais a força normatizadora da publicidade [...] atua e ganha conformação" (HÄBERLE, 1997, p. 43 s.).

2 A necessária conciliação da teoria com a práxis da interpretação e aplicação do Direito; a racionalidade jurídica

Segundo Kriele (1976, p. 21 ss.), a metodologia jurídico-científica sempre tem

procurado desenvolver padrões que permitam um controle dos aplicadores do Direito referente a seu acerto ou erro na utilização dos métodos. Entretanto, a *práxis* costumaria seguir o seu próprio caminho, uma vez que "ela se deixa elogiar, repreender, etiquetar, mas pouco influenciar". Para ele, a teoria jurídica não reflete suficientemente *o que* a práxis efetivamente faz, *como* ela o faz e, sobretudo, *por que* o faz assim e não de forma diferente. Em vez de reclamar da ignorância, arrogância ou lerdeza da práxis, faria mais sentido indagar se muitos argumentos teóricos não são simplesmente inúteis para o trabalho prático. A divisão teoria/prática não deveria, portanto, ser entendida como separação entre categorias profissionais (pesquisadores, juízes, procuradores, advogados, consultores etc.), mas como "ideia teórica inadequada daquilo que se faz na prática" do Direito (KRIELE, 1976, p. 43 s.).[5]

É duvidoso querer exorcizar o pretenso *mal* dos métodos jurídicos tradicionais, apesar de que estes continuam a ser amplamente utilizados na prática da Administração Pública e dos tribunais. O seu emprego real não se dá como consulta a uma lista fixa, feito um roteiro para testar diferentes resultados, mas na forma do enveredar (até inconsciente) de diferentes caminhos ou "sequências de raciocínio", às quais o intelecto humano recorre para solucionar certo problema e produzir uma decisão. Ao mesmo tempo, é público e notório que a prática judicial se acha cheia de pecados metódicos, não somente no Brasil. Em toda parte, há juízes que não justificam as suas sentenças adequadamente por não considerar certos elementos metódicos tradicionais, que poderiam (ou deveriam) ter levado a uma decisão diferente (HASSEMER, 2007, p. 140 ss.).

Hassemer (2007, p. 119 ss.) admite que, ainda que o sistema do Direito codificado determine a vinculação estrita do juiz à lei posta, a efetividade dos métodos interpretativos é restrita, visto que já a sequência de sua apresentação pode consistir em uma estratégia para legitimar o resultado. Mesmo assim, ele considera que os cânones, além de expressar "as melhores tradições do sonho por uma justiça no Estado de Direito" que seja vinculada às decisões de um legislador eleito, são "documentos de um sério e erudito radicalismo na procura de um apoio firme para a compreensão e interpretação de leis" (ob. cit., p. 124). Por isso, a metodologia jurídica deveria observar melhor a prática forense, a qual ela não consegue "acertar, ordenar ou controlar" por ser dominada por "programas informais", regidos por rotinas, hábitos e saberes funcionais, isto é, modelos pragmáticos do trabalho com a lei, "ordenados pelo pensar, ler, compreender, agir, escrever e falar profissional", que variam de acordo com o ramo do Direito e possuem cenários diferenciados de obter e justificar as decisões (HASSEMER, 2007, p. 141 ss.). Este quadro observado na Alemanha não diverge muito da situação brasileira.

A viabilidade de uma metódica deve ser demonstrada, sobretudo, na solução dos casos comuns do dia a dia do trabalho jurídico. Há, porém, uma forte tendência da teoria de se referir apenas a casos excepcionais ou "difíceis". No caso normal, o limite gramatical do termo legal permite uma subsunção relativamente tranquila. O fato de não

existir um limite linguístico *rígido* não invalida a ideia de uma vinculação pela linguagem. As exageradas críticas que alegam a absoluta contingência e imprevisibilidade da interpretação de textos legais levam à descrença de muitos profissionais em relação a seu ofício, abrindo, inclusive, os portões para julgadores nada neutros. Estes se aproveitam do discurso da falta de vinculação do intérprete à lei para perseguir os seus fins políticos, ideológicos ou econômicos (HOCHHUT, 2001, p. 229 s.).

A ciência do Direito, em vez de se sobrecarregar com a pretensão de influenciar o próprio processo de produção da decisão forense, dever-se-ia limitar a cultivar a capacidade de controlar se esta, uma vez tomada, pode ser justificada e apresentada racionalmente. Nessa tarefa, os meios metódicos tradicionais não levam "à verdade", mas servem como boas razões no processo discursivo de uma argumentação. O que é materialmente correto não pode ser fixado e "conhecido" unilateralmente, mas deve ser produzido de maneira intersubjetiva e, assim, *reconhecido*. O processo da tomada da decisão jurídica é guiado por diferentes elementos, que se integram e complementam, para fundamentar a racionalidade do resultado em vários aspectos: a técnica da metodologia clássica, o raciocínio lógico (para evitar contradições) e, sobretudo, a valoração argumentativa que leva à ponderação entre bens e interesses (MASTRONARDI, 2009, p. 99 ss.).

A própria *racionalidade jurídica* nasce, portanto, em uma "consciência institucional" (não individual), segundo as regras de um processo organizado pela divisão do trabalho. O essencial desta racionalidade não é o "verdadeiro", mas o "certo" e "seguro" que surge no agir recíproco nas relações sociais e no qual se pode confiar nas relações com os outros, justamente porque cada um age desta forma por reconhecer tal comportamento como o "correto" (SCHELSKY, 1980, p. 35).

A linha mais convincente da metodologia jurídica contemporânea pretende reconstruir o procedimento por meio do qual o intérprete chega a uma decisão considerada justa e/ou correta, fundamentando-a racionalmente e abrindo a ciência jurídica à dimensão da razão argumentativa. Para que uma interpretação não apareça como mero arbítrio, é preciso que ela se baseie em "reflexões comunicáveis e claras" (ZACCARIA, 2004, p. 27 ss.). Em relação à hermenêutica geral, a racionalidade do Direito é "tecnicamente intensificada", porque dispõe de elementos para avaliar a correção de uma interpretação. E, ainda que os critérios jurídico-racionais não sejam quantitativamente aferíveis, senão objeto de apreciação valorativa, eles criam uma rede mais ou menos densa de motivos que permite criticar ou justificar decisões jurídicas. Uma sentença normativamente correta sempre exige que, entre as fases da pré-compreensão e a decisão, haja uma fase de verificação metódica (MASTRONARDI, 2001, p. 175 s.).

A decisão jurídica não pretende apenas estar em conformidade com a lei, mas ser, ao mesmo tempo, objetivamente correta ("pretensão de correção"). É notório que o jurista deve se orientar nas normas jurídicas postas; estas, no entanto, podem não contemplar certas situações, ser tecnicamente ultrapassadas ou não corresponder mais às

convicções contemporâneas a respeito de uma solução justa. Neste dilema da pergunta em que medida o operador jurídico se deve orientar na disposição legal ou no critério da retidão material, seria ingênuo assumir uma posição do "tudo ou nada". Somente as duas exigências em conjunto, a da *legalidade* da decisão e a de sua *correção* objetiva, formam o sistema coordenado da argumentação jurídica (NEUMANN, 2008, p. 84 s.).

A escolha de determinado sentido para um conceito legal atende ao fim de solucionar um problema prático, em uma maneira materialmente adequada e justa, que deve ser *arrazoada*. A própria interpretação jurídica constitui um processo argumentativo de escolha, orientado por diferentes objetivos. A justificação da decisão possui um lado *formal*, ligado a certas regras de raciocínio e da lógica, e um lado *consensual*, quando busca alcançar concordância sobre as valorações que influenciam a interpretação e as ideias finalísticas sobre as consequências. Os critérios tidos por racionais, contudo, muitas vezes também deixam espaços para ponderação e escolha (ZIPPELIUS, 1996, p. 391 s.). Revela-se, portanto, que a argumentação jurídica "é estruturada racionalmente, mas não estritamente determinada por aspectos racionais. Enquanto questões de valoração não podem ser mais dissolvidas racionalmente, o pensamento argumentativo somente pode aspirar a gerar o consenso mais abrangente possível" (ob. cit., p. 399).

É evidente que, para cumprir a sua pretensão de produzir decisões corretas, o Direito se abre em relação a padrões morais, sujeitos a valorações pessoais daquele que o aplica. Essa abertura é inevitável, mas pode ser aceita somente em virtude da existência de regras argumentativas do método jurídico que evitam que ela leve à arbitrariedade e a uma perda total de segurança jurídica (ALEXY, 2005, p. 168). O Direito, na verdade, sempre tem funcionado apesar de inúmeras indefinições semânticas dos conceitos que emprega. "O que importa realmente é certa 'aptidão prática' dos procedimentos argumentativos", os quais devem ser, sobretudo, "adequados a garantir a possibilidade de disputa em torno de certos estados de coisas futuras ou presentes, que se possam querer preservar" (CASTRO JÚNIOR, 2009, p. 21). Assim, qualquer sentença necessita de justificação, não apenas para legitimá-la para fora, mas para possibilitar a medição e avaliação de sua racionalidade, coerência, retidão e correção. O tipo de sentença jurídica que resiste ao cumprimento discursivo de sua "pretensão de validade" é justamente aquele que não se deixa justificar objetivamente, por meio de argumentos racionais (HAVERKATE, 1977, p. 195 ss.).

3 Os quatro elementos metódicos clássicos da interpretação jurídica: conteúdo e críticas

Na prática da ciência do Direito dos países democráticos ocidentais, os quatro clássicos métodos de interpretação (gramatical, sistemático, histórico e teleológico) estão onipresentes até os dias de hoje; países como a Áustria, a Suíça e a Itália os positivaram

nos seus Códigos Civis. Três dos referidos métodos ganharam o *status* de *cânones* com Savigny,[6] em meados do século XIX, que os chamava de *elementos* de interpretação, para destacar que não se tratava de "métodos" alternativos e hierarquizados, antes critérios a serem sempre considerados no exercício do labor interpretativo, os quais, porém, podem ganhar um peso diferenciado, de acordo com o caso, os fatos e as normas (MORLOK, 2012, p. 179 s.). Seja lembrado, contudo, que muitos autores já falam de cinco (ou até mais) cânones interpretativos clássicos, incluindo neste rol o elemento da comparação com as normas, instituições, doutrinas e decisões judiciais estrangeiras ("método comparativo").

A maior objeção a estes aspectos metódicos sempre tem sido o fato de que eles não são capazes de abrir um caminho seguro para o fim perseguido, estando sempre sujeitos a uma escolha por parte do intérprete. É verdade que os cânones não são determinantes para a decisão do aplicador da lei a respeito da escolha do elemento preferível para o caso concreto. Este depende de sua pré-compreensão sobre a solução correta, uma expectativa de correção/retidão que também é guiada pela consideração das consequências da decisão e por sua aceitabilidade social. Critica-se que estes fatores subjacentes, que de forma efetiva determinam a aplicação da norma, normalmente ficam escondidos.

Todavia, todas essas objeções não resultaram em uma mudança no exercício prático da interpretação: os profissionais do Direito continuam empregando os cânones, e a comunidade jurídica os aceita como expressão de um procedimento metodológico correto, simplesmente porque não há alternativas viáveis aos métodos clássicos. As prescrições legais jamais serão suficientes para a solução de boa parte dos casos. Mesmo assim, o operador jurídico deve orientar a sua decisão ao Direito vigente, sendo-lhe vedado tomar decisões na base de seu sentimento subjetivo de justiça. As regras metódicas têm a importante função de transmitir ao público a vinculação do intérprete ao texto normativo, o qual pode ser lacunoso, incompleto, vago etc., permitindo o controle do cumprimento desta exigência constitucional (MORLOK, 2012, p. 181 ss.).

A seguir, serão apresentadas as bases conceituais dos quatro critérios metódicos clássicos de interpretação jurídica, bem como as principais críticas que já foram formuladas a eles.

a) A *letra da lei* (interpretação literal ou gramatical) é, necessariamente, o ponto de partida do trabalho jurídico, justamente porque o texto legal transporta as prescrições vinculantes para o seu aplicador. Para identificar o sentido de uma palavra, o intérprete primeiro se valerá de sua intuição linguística, adquirida como integrante de uma sociedade em que se pratica um idioma. No entanto, o raciocínio a partir desta *linguagem comum* nem sempre é suficiente para a interpretação adequada de um texto legal, uma vez que o legislador também pode utilizar termos técnicos e especializados.

Em geral, o "sentido ainda possível da palavra" marca o limite da interpretação da lei, além do qual começa o âmbito da *integração* do Direito pelo Judiciário, que não

encontra mais lastro no teor literal do texto legal e precisa ser baseada em outros parâmetros normativos. Sobretudo na área do Direito Penal, a teoria da "fronteira do teor da palavra" (*Wortlautgrenze*) põe limites à abrangência da interpretação. Já nas outras, são comuns as decisões judiciais que desconsideram o significado lexical de palavras legais quando há argumentos sustentados por outros meios metódicos ou até motivos extrajurídicos. A *lacuna* legal é tida como a precondição de uma legítima integração complementadora do Direito, sendo o instrumento mais utilizado para saná-la a *analogia*, que pode servir até para construir decisões *contra legem*, isto é, claramente fora dos limites do texto normativo. O mesmo acontece em sentido contrário na "redução teleológica", que consiste na abertura de uma exceção em certas circunstâncias, apesar da nítida incidência de uma norma positiva que contempla o fato ocorrido (BYDLINSKI, 1982, p. 470 ss.).

A importância do teor literal da lei para uma interpretação adequada não deve ser sobre-estimada. Prova disso são normas que vigoram em diferentes idiomas oficiais (*v.g.*, na Suíça ou na União Europeia), uma vez que conceitos legais traduzidos em diferentes línguas nunca terão exatamente o mesmo sentido para os seus leitores. Signos linguísticos não possuem um espaço fixo de referência que pode ser identificado de uma vez por todas; antes, a "semântica instável" é dominada pela pragmática do seu emprego pelos usuários. No Direito, esta "fixação de referência" para certas palavras é efetuada pela jurisprudência, pela doutrina e pela comunidade jurídica em geral, podendo haver necessidade de argumentar em favor de ou contra o uso de uma palavra em determinado sentido. O reconhecimento da falibilidade da interpretação literal e a instabilidade do significado dos termos jurídicos, contudo, não devem levar à descrença absoluta no elemento gramatical da exegese jurídica, como se este não tivesse importância na produção da decisão (MORLOK, 2012, p. 193 ss.).

É duvidoso se existe "o sentido literal" de uma expressão linguística vaga ou escura, cuja substância material sempre seria capaz de ser esclarecida. Em vez disso, um preceito legal deve ser considerado *determinado* enquanto não surjam, entre os atingidos por ele, dúvidas sobre o entendimento acertado. Essas opiniões divergentes desfazem o sentido arrazoado da palavra, colocando em seu lugar propostas acerca do seu entendimento "certo". Possíveis dúvidas podem ser racionalmente rechaçadas somente por meio de argumentos, o que faz com que uma tradição vitoriosa deva a sua continuidade à disputa por eles, não a si mesma e, menos ainda, a um pretenso "genuíno sentido literal" do texto legal (GAST, 1982, p. 303 ss.). No entanto, a forte influência da filosofia da linguagem sobre a teoria da interpretação ("giro linguístico") não causou o abandono dos métodos jurídicos, mas apenas o seu reposicionamento no sistema teórico dominante.[7]

Deve ser lembrado também que os juristas geralmente se preocupam bastante com o (pretenso) significado objetivo das normas, porque uma dependência total do sentido de acordo com o contexto de sua utilização prejudicaria sobremaneira "a segurança, a

previsibilidade, o controle do fato social, que o direito dever propiciar" (CASTRO JÚNIOR, 2009, p. 42). Por consequência, "o significado literal é uma pressuposição muito forte na doutrina do Direito", sendo talvez "impossível entender o que modernamente se pensa ser o Direito sem se ter assumido, ao menos estrategicamente, a ideia de que há um significado literal das palavras das normas" (ob. cit., p. 79).

b) Em uma ordem jurídica desenvolvida e complexa, a unidade sistemática é um dos ideais mais elevados a serem perseguidos, acompanhado pelos postulados da consistência (= ausência de contradições) e da coerência (= estrutura interna de referência) (MORLOK, 2012, p. 188). Este fato é a base da interpretação *sistemática*. Qualquer norma legal está posta no seio de um conjunto regulatório, formado por regras e princípios inseridos da mesma lei, em leis hierarquicamente iguais, superiores ou inferiores, cuja leitura pode ganhar importância decisiva na interpretação de um dispositivo. É hoje universalmente aceito que as normas constitucionais (sobretudo os direitos fundamentais) podem exercer grande influência em relação a uma interpretação extensiva ou restritiva de um artigo do Código Civil ou de um permissivo da legislação urbanística, por exemplo.

Ao mesmo tempo, deve ficar claro que a alegação que certa interpretação de um termo jurídico se acha "conforme com o sistema" não passa de uma proposta, que pode convencer mais, ou menos, necessitando sempre de argumentação em seu favor. Não existe um sistema jurídico fechado e numerosos produtos legislativos não se deixam compreender de forma sistemática. Especialmente a interpretação a partir de normas principiológicas da Constituição costuma envolver a ponderação entre diferentes valores e interesses reconhecidos pela ordem jurídica. Esta abertura das opções argumentativas faz com que o resultado defendido deva ser bem arrazoado e sopesado, o que torna este tipo de interpretação mais complexo e sofisticado (MORLOK, 2012, p. 197).

c) Quando surgem dúvidas sobre o significado de um texto legal, faz sentido indagar sobre a intenção de seu autor e o contexto *histórico* de sua elaboração. Uma interpretação que pretenda ser "fiel ao legislador" deve incluir a consulta dos materiais legislativos que podem esclarecer o significado intencionado de certos termos, os fins específicos da norma, as alternativas de solução rejeitadas etc. Uma interpretação histórica mais genérica não se concentra na vontade manifestada pelos órgãos legislativos, mas tenta recapitular a situação social, política e econômica no momento da aprovação da lei. Ela ganha importância no caso de um maior lapso temporal entre a produção da norma e sua aplicação. O objetivo aqui não é a reprodução de uma (pretensa) vontade legislativa original, mas a sua relativização em função do contexto outrora dado (ex.: Código Penal brasileiro).

A indagação sobre os condicionantes históricos de uma norma dificilmente leva a indícios claros sobre a forma como ela deveria ser entendida e aplicada hoje. A interpretação *genética*, que tenta seguir a vontade do legislador, esbarra na objeção de que,

nos complexos processos legislativos atuais, não há mais "uma vontade" legislativa a ser descoberta; o que interessa é somente o texto aprovado e não as pretensas vontades subjacentes. Outras críticas contra uma fixação nas intenções originais dos legisladores são a possível "petrificação da ordem jurídica" e a "dominação dos mortos sobre os vivos". Em geral, a interpretação histórico-genética, que hoje serve mais como método complementar, passou a desconsiderar a vontade subjetiva dos feitores da lei, concentrando-se apenas na "vontade objetivada" do legislador, que se manifesta através do teor linguístico do próprio dispositivo legal e de seu "contexto de sentido" (MORLOK, 2012, p. 198 s.).

d) Muitas vezes, o *fim* da norma assume uma função decisiva na definição do significado de um dispositivo legal no caso concreto, uma vez que o Direito serve para produzir soluções adequadas para certos problemas. Ao contrário dos outros elementos metódicos, o *teleológico* não guarda relação direta com o texto legal, mas perquire sobre algo externo, isto é, a orientação instrumental da norma, o que atribui ao intérprete uma considerável liberdade na afirmação deste fim concreto e das suas consequências para o caso. No centro de atenção aqui não estão questões semânticas, a coerência do sistema ou as intenções do legislador, mas a responsabilidade do intérprete pelo alcance de um resultado correto e/ou justo para o caso concreto a ser decidido. Por isso, o elemento teleológico certamente é o mais elástico dos cânones, o que o torna o preferido na prática da interpretação (MÜLLER; CHRISTENSEN, 2002, p. 99).

Os *fins* dos atos humanos são suas consequências decisivas, aquelas pelas quais aqueles são cometidos. A distinção entre o próprio fim de um ato e de suas consequências (principais ou acessórias) é sempre um ato de vontade subjetiva, uma vez que o fim não pode ser deduzido objetivamente do próprio ato. A norma, contudo, deve servir a um fim considerado razoável, que pode ser apresentado como tal; um discurso interpretativo sobre este fim normativo não pode ser arbitrário, antes precisa de uma fundamentação consistente que seja capaz de ser defendida contra possíveis contestações. Assim, o elemento teleológico da interpretação resguarda e aumenta a racionalidade da produção da decisão, uma vez que exige um convencimento argumentativo sobre o juridicamente correto (MORLOK, 2012, p. 202 ss.).

Para definir o fim da norma concreta, o intérprete pode seguir a (tradicional) teoria *subjetiva*, que pergunta pela vontade do legislador histórico, ou a teoria *objetiva*, que se tornou majoritária na metodologia jurídica da Alemanha. Esta linha entende que a finalidade da lei se desliga da intenção original de seu criador e deve ser fixada de acordo com as necessidades atuais e os valores sociais prevalecentes no momento de sua aplicação. É evidente que a teoria objetiva do fim da lei abre maiores espaços para o trabalho hermenêutico do aplicador da norma. Apesar das críticas contra esta vertente do método teleológico, ela corresponde melhor aos desafios de uma interpretação correta numa ordem jurídica constitucionalizada, que impõe a realização dos valores consagrados na Lei Maior em todos os ramos do Direito (HAGER, 2009, p. 32 ss.). Ao mesmo tempo,

o correto emprego deste elemento metódico exigirá do intérprete um máximo de atitude restritiva, cautelosa e autocrítica (HASSEMER, 2007, p. 136s.).

Não existe uma ordem ou sequência predeterminada para a aplicação das diretivas metódicas clássicas. Em muitos casos, eles nem podem ser claramente distintos, mas se interpenetram, ficando em aberto se o resultado está mais lastreado em razões referentes ao sentido literal, à posição da norma no sistema como um todo, à gênese de sua elaboração ou ao fim normativo. Em uma escala maior, aspectos como os tradicionais cânones interpretativos, a concretização da norma, a jurisprudência anterior, as consequências da decisão e as ponderações de justiça prática não devem ser colocados um ao lado do outro, mas formam um nexo razoável dentro de um processo homogêneo de raciocínio (KRIELE, 1976, p. 329 s.).

4 Os "métodos" jurídicos: instrumentos indispensáveis para interpretar o Direito

Na prática dos tribunais e órgãos administrativos de vários países, os referidos "métodos" de interpretação jurídica, apesar das críticas teóricas formuladas nas últimas décadas, sempre têm *funcionado*: os operadores do Direito (administradores, procuradores, juízes, advogados etc.) continuam a se valer efetivamente deles para produzir as suas sentenças, petições e pareceres. Diedrichsen (1980, p. 29 ss.) chega a afirmar que um juiz que, no processo mental de formação da decisão, não se deixa orientar pelos métodos jurídicos, não consegue mais cumprir a sua tarefa, tornando-se "descontrolado feito um veículo sem condutor". Com efeito, quando uma ordem jurídica está em contradição com as condições e os postulados de sua metodologia tradicional, o profissional do Direito fracassará no dia a dia de seu trabalho prático ou atenderá às regras metódicas só aparentemente, o que não corresponde à realidade brasileira (CANARIS, 1983, p. 15).

O emprego das diretivas metódicas do Direito serve, antes de tudo, para delimitar e reduzir a arbitrariedade subjetiva do intérprete. Estabelecem-se regras com a intenção de nortear o processo de raciocínio jurídico e de separar os argumentos jurídico-constitucionais (ainda) legítimos dos (já) ilegítimos, o que torna as respectivas decisões e opiniões *criticáveis*. Esse fim, contudo, somente será alcançado "na medida em que regras metódicas são reconhecidas e *consequentemente seguidas* por parte da jurisprudência" e dos operadores jurídicos em geral (KRIELE, 1976, p. 24 ss.).

Essa situação tem especial relevância no Brasil, onde são pronunciadas quase diariamente decisões judiciais contraditórias, fato que não pode ser atribuído apenas ao sistema do controle difuso de constitucionalidade vigente no País. No próprio STF, que somente julga uma pequena parcela das lides em plenário e onde as decisões tomadas de forma monocrática, hoje, são a regra (VERÍSSIMO, 2008, p. 424 ss.), aumentam os casos em que os diferentes ministros aplicam as mesmas leis de forma diversa a fatos praticamente iguais. Isso se deve, sobretudo, à pré-compreensão diferenciada sobre a

solução justa dos problemas subjacentes às lides, o que leva a uma escolha altamente instável dos métodos concretos, que o respectivo relator considera adequados para fundamentar o seu julgamento. O problema é que a pré-compreensão individual, que naturalmente varia, sofre pouca orientação e consolidação por parte da doutrina jurídica nacional sobre os métodos interpretativos, em que diferentes escolas se digladiam, sem causar, contudo, maiores efeitos em relação ao trabalho prático da aplicação do Direito.

Ainda que ninguém possa negar que sempre restam elementos irracionais no processo da tomada de decisões jurídicas, faz sentido esgotar ao máximo as possibilidades da argumentação racional. Isso leva da procura pela interpretação correta ao campo do raciocínio metódico, e assim contribui para o disciplinamento das valorações judiciais: considerações jurídicas são estruturadas por modelos de reflexão e divididas de acordo com pontos de vista racionais. "Aqui, os 'critérios de interpretação' afirmam-se como instrumentos argumentativos norteadores da discussão, como 'conceitos-chaves' que tornam acessíveis questões de interpretação e, por fim, de justiça, atribuindo-lhes um feitio conceitual específico, sem, contudo, conseguir solucioná-las plenamente" (ZIPPELIUS, 1996, p. 401).

Para Müller (2008, p. 77ss.), o abandono da ideia de métodos absolutos de interpretação não justifica bani-los do processo de concretização do Direito, sendo preferível reconhecer a sua legitimidade apenas relativa e a limitação de seu alcance, bem como utilizá-los em favor da racionalização e do controle na aplicação das leis. Os cânones, obviamente limitados na sua objetividade, atuam em função de uma "simplificação construtiva" e estabilizadora que serve, sobretudo, para ordenar, verificar e discutir melhor os aspectos e pontos de vista jurídicos. As regras interpretativas clássicas não são corpos estranhos conectados à lógica formal, mas sempre têm funcionado na práxis jurídica como "siglas de determinadas linhas de análise, de determinados tipos de pontos de vista materiais" (p. 91). Como marcas no caminho da concretização do Direito, elas fomentam a produção de decisões plausíveis por meio da exposição racional das razões.

Zaccaria (2004, 128 ss.) enfatiza que uma reflexão atenta sobre as condições do ato de compreensão na área do Direito mostra que "os vínculos constituídos pelas regras, os métodos, os cânones de interpretação dos textos, a dogmática jurídica, a comunidade dos intérpretes e dos juristas, e a própria dimensão da textualidade, não podem jamais eliminar totalmente a discricionariedade". Entretanto, a função normativo-descritiva dos meios metódicos contribui a estruturar e conter os espaços de liberdade do intérprete. Após séculos, a metodologia do Direito dispõe, hoje, de um arsenal muito rico de cânones e formas de raciocínio, isto é, de diretivas técnicas sobre a atribuição de sentido a enunciados normativos. O fato de que estes sempre deixam margens de avaliação não significa que não sejam úteis e não garantam alguma racionalidade. Eles marcam as etapas que o intérprete deve perpassar em seu raciocínio

para poder formular e expor uma argumentação convincente a respeito das opções interpretativas escolhidas (cf. ZACCARIA, 2004, 273 s.).

Ainda que a teoria da linguagem tenha acabado com a esperança por um conhecimento definitivamente assegurado na interpretação de textos normativos, os métodos jurídicos ainda podem conferir uma "segurança relativa" (RÖHL; RÖHL, 2008, p. 609). Seja lembrado também que, embora juízes normalmente raciocinem a partir dos elementos metódicos jurídicos, eles dificilmente falam ou discutem sobre aqueles por eles concretamente empregados. Deste fato deve ser separada a necessidade de convencer mediante argumentos: do juiz se espera que ele justifique o próprio resultado, não o uso de certo(s) método(s) (LEMBCKE, 2012, p. 86 ss.).

5 Argumentação jurídica a partir do resultado desejado? A interação entre a pré-compreensão inicial e a fundamentação na base dos elementos metódicos

Vimos que proceder metodicamente permite que outros possam recapitular e avaliar a obtenção do resultado. No raciocínio jurídico, método e resultado se relacionam em uma forma muito complexa, havendo uma dependência recíproca entre ambos no processo hermenêutico. Os métodos estruturam o processo de produção da decisão judicial e desoneram o juiz, visto que preexistem e não são criados para a solução de cada caso. Nisso jaz um considerável "potencial de racionalização", que beneficia não somente a fundamentação da decisão posterior, mas já influencia o processo de reflexão sobre o próprio ponto de partida (LEMBCKE, 2012, p. 86 s.).

No entanto, o método ao qual o intérprete dará preferência no caso concreto será escolhido, pelos menos parcialmente, em função de sua intuição ou de seu "sentimento jurídico" (*Judiz*), que lhe permite antecipar o resultado que considera o mais satisfatório (ENGISCH, 1983, p. 145). De modo semelhante à norma, que só pode ser compreendida em relação ao suporte fático (e vice-versa), o método apenas se deixa determinar já com vistas à sentença presumida. Também há uma pré-compreensão na questão do método, marcada não apenas pelo esboço de um caminho à solução do caso, mas pela própria decisão final, antecipando-se, de certa forma, o conteúdo do Direito. Mais uma vez, o *círculo hermenêutico* se mostra inelutável: o método, embora deva ser algo pré-dado, não pode ser determinado sem que se tenha, desde o início, certa pré-compreensão da solução adequada do caso (MASTRONARDI, 2001, p. 177 ss.).

Josef Esser (1972), na sua famosa obra sobre a relação entre a pré-compreensão e a escolha de método na produção da decisão jurídica, chegou a afirmar que os aplicadores do Direito utilizam os métodos clássicos apenas para justificar formalmente (*de lege artis*) as decisões que eles já tomaram antes, na base de outros critérios, resultantes de sua subjetiva pré-compreensão, que seria formada e alimentada por sua experiência profissional e convicção político-ideológica. Devemo-nos lembrar, porém, que

determinada prática exercida por parte dos juízes não a justifica. A metódica jurídica é normativa: ela quer *prescrever* a forma de construção do resultado da interpretação do Direito, não apenas observar ou convalidar (maus) hábitos (DIMOULIS, 2011, p. 232 ss.). A vinculação dos tribunais (e outras instituições estatais) à lei exige deles uma interpretação que seja "metodologicamente limpa" e cujo caminho se deixe recapitular e controlar.

Qualquer "argumentação a partir do resultado" deve ser metodicamente vinculada, transparente e consistente. A escolha do método prevalecente não pode ser arbitrária, meramente subjetiva ou intuitiva, mas necessita de fundamentação racional. Em grau maior ou menor, o resultado influencia o método em todas as ciências, cujo conhecimento está sujeito à adequação do método ao objeto, a qual se revela apenas por meio da experiência. Não parece, portanto, exagerado afirmar que é o próprio objeto que determina os meios mediante os quais ele se torna acessível ao sujeito. Além do mais, a ciência jurídica está condicionada pela relação entre o método e o conteúdo material das normas vigentes. É preciso que o método e o resultado "se refiram um ao outro por meio de argumentos, para que eles se determinem mutuamente" (MASTRONARDI, 2001, p. 179). Destarte, o processo de interpretação necessita como pontos de apoio de diferentes "métodos", que sejam "controláveis em pequenos passos" (MÜLLER; CHRISTENSEN, 2002, p. 222).

Neste contexto, é importante a diferenciação de Ricoeur (2000, p. 83 ss.) entre os momentos da *compreensão* e da *explicação* como fases de um único processo interpretativo, unidas por uma "dialética correlativa": a inicial "captação ingênua de sentido do texto", chamada de *conjectura*, é seguida por "um modo sofisticado de compreensão apoiada em procedimentos explicativos". Embora não haja regras para fazer boas conjecturas, existem métodos para validar as efetivamente realizadas, operando-se uma "transição da conjectura para a explicação", o que faz com que o próprio círculo hermenêutico seja formado pela conjectura e pela validação "enquanto abordagem subjetiva e objetiva ao texto" (ob. cit., p. 88 ss.). A lógica da validação permite "girar entre os limites do dogmatismo e do ceticismo", sendo "sempre possível argumentar a favor de ou contra uma interpretação, confrontar interpretações, arbitrar entre elas e procurar um acordo [...]" (RICOEUR, 2000, p. 91).

Na área do Direito, a distinção entre a tomada e a (posterior) apresentação da decisão frequentemente é utilizada para questionar a própria capacidade dos cânones interpretativos. De fato, a justificativa (escrita ou oral) da decisão jurídica normalmente não deixa transparecer dúvidas sobre o resultado e tampouco menciona aqueles motivos que se acham fora dos padrões comuns da argumentação jurídica (*v.g.,* considerações sobre os efeitos da decisão). Mesmo assim, é descabido presumir que a fundamentação da decisão se resuma em um "cinismo organizado, dedicado à ocultação dos motivos verdadeiros". Essas fundamentações norteiam, sim, as próprias decisões, disciplinando o intérprete/aplicador do Direito (RÖHL; RÖHL, 2008, p. 610 s.).

Destarte, o círculo hermenêutico se estende ao âmbito da escolha dos métodos jurídicos: somente se saberá qual elemento ganha maior importância para o caso concreto no momento em que se afere em quanto ele contribui para a sua solução. Os cânones não desoneram o intérprete de uma valoração do conjunto; eles fixam "trilhos de guia" em que ele deve orientar a sua atuação e critérios segundo os quais pode ser avaliado o seu resultado. São aspectos norteadores do processo interpretativo cujo peso pode variar bastante em cada caso. Neste sentido, Mastronardi (2001, p. 174 ss.) enfatiza que o próprio método jurídico deve ser entendido como o "esforço de motivar uma pré-compreensão em um modo intersubjetivamente controlável" e que o processo de justificação metodicamente orientado corrige a pré-compreensão de um modo que esta se deixa legitimar na base do Direito material.

O intérprete-aplicador do Direito normalmente não achará a decisão justa por meio de um acesso direto a princípios ou razões "últimas", mas mediante um avanço gradual, no qual ele primeiro busca o sentido correto das regras legais possivelmente incidentes. As regras metódicas demarcam certos passos ou degraus do raciocínio interpretativo, os quais, contudo, não podem ser omitidos, sob pena de que aspectos importantes sejam esquecidos. Tal procedimento "passo a passo" permite uma verificação racional, ainda que a tomada de juízos de valor seja imprescindível (LARENZ, 1991, p. 151).

Assim, a hipótese inicial de um possível significado pode ser corrigida por sucessivas hipóteses que levam à adequação, melhoria ou até à substituição da hipótese originária", o que acaba modificando a própria "expectativa de significado" do intérprete. Por isso, a tão citada pré-compreensão "tem um valor limitado ao momento heurístico da busca da hipótese de solução e representa somente uma parte (preparatória) da prática jurídica" (VIOLA; ZACCARIA, 2007, p. 188 s.). No mesmo sentido, Häberle (1978, p. 79 s.) sublinha que a pré-compreensão não é fator unilateral para determinar a escolha dos elementos metódicos da interpretação jurídica, uma vez que "os métodos retroagem em direção à pré-compreensão: eles a ensinam e formam no decorrer do tempo, tanto pelos resultados que causam concretamente quanto por sua atuação em conjunto".[8]

A perspectiva retórica do Direito age de forma precipitada quando condena a metodologia clássica por sua pretensa "técnica de fundamentação de fachada". Não há desonestidade no ato do intérprete que se vale de um estilo descritivo para fundamentar sua decisão como se ela fosse resultado de um processo objetivamente norteado e livre de valorações próprias ou dúvidas. Antes, tal procedimento deve ser visto como forma refletida de apresentação que segue as regras de arte da retórica, integrada também por instruções da metodologia oficial. As "lendas de origem" (da decisão) que são narradas dessa forma representam meios imprescindíveis de interpretação que facilitam a compreensão do Direito (LAUNHARDT, 2001, p. 153 s.).

Neste diapasão, Alf Ross (2003, p. 169 ss.) observou que "graças a uma técnica de argumentação que foi desenvolvida como ingrediente tradicional da administração da

justiça, o juiz aparenta que por meio de várias conclusões, sua decisão pode ser deduzida da verdadeira interpretação da lei". Destarte, "o juiz atribui cortesmente à vontade real ou hipotética do legislador tudo aquilo que ele julga correto", sendo preciso que ele saiba "*justificar* tecnicamente, mediante argumentos interpretativos, a solução jurídica que considera *justa* ou desejável" (ob. cit., p. 179 ss.). O autor deixa claro que, embora tais argumentos técnicos não revelem "as razões verdadeiras" da decisão, "a função dos métodos de interpretação é estabelecer limites à liberdade do juiz na administração da justiça, os quais determinam a área de soluções justificáveis" (ROSS, 2003, p. 183).

Os clamores por uma maior honestidade e completude da fundamentação das decisões jurídicas, na verdade, referem-se menos à documentação completa do processo de sua produção do que ao cumprimento de um esquema coerente de justificação que corresponda ao ideal de razoabilidade. Este não é apenas observado quando fundamentações são apresentadas nos moldes da aplicação dedutiva da lei, mas também quando elas se apoiam em uma análise dos *efeitos* da decisão ou no atendimento a regras discursivas. A aceitabilidade e a força de convencimento de uma fundamentação dependem da capacidade de o intérprete repassar à comunidade jurídica uma imagem da decisão que se enquadre bem no ambiente técnico específico das ideias de ordenamento e das expectativas dos interessados na decisão (LAUNHARDT, 2001, p. 154 s.).

Longe das exageradas expectativas de uma racionalidade *plena*, torna-se possível reconhecer os bons serviços prestados pela metodologia jurídica tradicional e desenvolver perspectivas para o seu melhoramento. O relativo sucesso desse padrão "pouco realista" de aplicação do Direito se deve ao fato de que a "'lenda de origem' do modelo de subsunção exige e promove um jeito de fundamentação que representa vinculação à lei e objetividade". Os problemas de valoração e interpretação que surgem no caso concreto não são superados mediante um recurso direto a interesses, ao bem comum, à justiça ou aos prováveis efeitos da decisão, pois necessitam da "inclusão conceitual em premissas na forma de frases, as quais, por sua vez, devem achar o seu lugar de acordo com catálogos de *topoi* e esquemas de prova já estabelecidos" (LAUNHARDT, 2001, p. 155).

6 Método jurídico e argumentação: uma imbricação insofismável

No contexto da interpretação jurídica, *argumentar* significa "indicar razões, que deixam uma afirmação aparecer justificada, acertada ou, no mínimo, discutível" (LARENZ, 1991, p. 152). Para Alexy (2000, p. 301 ss.), os cânones interpretativos, ainda que não garantam que o julgador de um caso chegue por meio deles ao único resultado correto, são mais do que apenas *topoi*, "direções de perguntar" ou meros "instrumentos de legitimação secundária de uma decisão tomada e fundamentada de outra maneira". Como específicas formas argumentativas, eles caracterizam a própria estrutura da argumentação jurídica, isto é, a *gramática* do seu discurso. O autor alega que a "exigência

de *saturação* dos cânones" assegura a racionalidade de seu emprego, de modo que não basta a mera afirmação de que determinada interpretação resulte do teor linguístico de uma lei, de sua origem ou de seu fim. Por isso, sempre é necessário indicar "premissas empíricas ou normativas cuja verdade ou retidão a qualquer momento pode ser objeto de novas discussões".

Os tradicionais recursos metodológicos da interpretação (especialmente os quatro cânones) são nada mais (e nada menos) do que argumentos utilizados no debate jurídico para alcançar a convicção ou persuasão dos participantes (GARCÍA AMADO, 2004, p. 51). Nessa linha, os cânones interpretativos são vistos como "a sequência metódica de degraus do raciocínio jurídico que é mais adequada à lei" (RAISCH, 1988, p. 70 ss.), estabelecendo uma medida mais firme para aferir considerações tópicas, associativas, orientadas pelos efeitos da decisão, norteados pelo sentimento jurídico etc. O uso desses aspectos metódicos na interpretação não consegue evitar as indeterminações do Direito, mas logra efeito em diminuí-las. Na prática, os cânones são integrados nos diferentes modos ou "jogos" de argumentação, havendo uma combinação entre modos de raciocínio tradicionais e teórico-argumentativos. Somente o discurso racional abre os caminhos para uma teoria moderna de justiça, cujo resultado, na expressão de Peczenik, "é um sistema móvel de boas razões" (RAISCH, 1988, p. 81).

É importante formular o trato de questões jurídicas como um problema de argumentação racional, e não de um "conhecimento correto". O principal ponto fraco da tradicional Metodologia do Direito – e razão por inúmeras, acertadas críticas – está na sua recusa a abdicar desta "pretensão cognitiva" de maneira convincente. Nos espaços que ultrapassam a cognição não reinam, necessariamente, decisionismo e arbitrariedade, uma vez que as decisões devem ser racionalmente fundamentadas (NEUMANN, 2001, p. 241 ss.). Assim, a visão tradicional da interpretação jurídica como um esquema fixo ou "pressuposto algoritmo metódico" foi superada pelo entendimento de que ela deve procurar sempre os "modos metodologicamente específicos" para enfrentar o desafio da realização do Direito por meio de uma interpretação não apenas semântica, mas, antes de tudo, *prático-normativa* e *problemático-concreta*, que produza decisões corretas e justas para solucionar os problemas de casos concretos (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 106, 127).

Os métodos da interpretação jurídica formam um "andaime flexível de argumentação" (BRUGGER, 1994, p. 31). A sua estrutura representa um espaço "entre vínculo e liberdade, entre rigidez e flexibilidade, entre o exercício do risco e da fidelidade; é processo dialético entre, por um lado, a lógica do provável e do razoável e, por outro, a lógica do necessário e do construtivo" (ZACCARIA, 2004, p. 276). Dependendo dos fatos e das normas incidentes, a utilização de cada regra metódica pode fornecer argumentos de força bastante diferenciada: um pode falar em favor de determinada solução, outro contra. Somente uma *ponderação* entre estes argumentos metódicos pode levar a uma decisão racional e bem justificada. É claro que a capacidade de convencimento

de um argumento interpretativo depende largamente de diversos interesses e das intuições morais culturalmente preestabelecidos (COING, 1959, p. 23; SEELMANN, 2007, p. 174).

A argumentação jurídica, contudo, não é mero elemento da metódica do Direito, mas cumpre uma tarefa própria que ultrapassa o emprego dos métodos. Na forma da *fala arrazoada*, ela é a chave de garantia da correição/retidão de decisões, expressando uma profunda mudança de perspectivas em relação à metódica tradicional, já que a fundamentação não é mais vista como "explicação da aplicação" do Direito, mas como a sua própria aplicação (SCHMITT GLAESER, 2004, p. 143). A questão central da metódica é a pergunta pelos "parâmetros normativos intersubjetivamente válidos" que podem ser racionalmente identificados e legitimamente introduzidos no processo da produção do Direito (BYDLINSKI, 1982, p. 183). Além das normas positivadas, estes incluem também razões, fins ou motivos legais, a *ratio legis*, a avaliação dos interesses pelo legislador, suas valorações, os princípios jurídicos, a natureza das coisas etc. (ob. cit., p. 256).

Para Rottleuthner (1973, p. 253 s.), é a característica (e problemática) da argumentação jurídica que nela se usa uma pletora de "instâncias argumentativas", isto é, empíricas, normativas, hermenêuticas e descritivas de conceitos. A plausibilidade é alcançada menos por uma estrita dedução lógico-formal de normas legais do que pela apresentação dessas instâncias e a (aparente) orientação metódica do intérprete na sua identificação. Qualquer argumentação já pressupõe o consenso sobre normas: do ponto de vista lógico, elas fundamentam a comunicação, podendo ser questionadas apenas de forma fictícia ou abordadas por teóricos da argumentação. Na área jurídica, o temido *sincretismo* metodológico seria o próprio elemento do trabalho de justificação, com o fim de tornar um julgamento plausível e tirá-lo da aparência de um mero "decreto silogístico".

Quem nega ser possível arrazoar objetivamente a retidão de decisões jurídicas em virtude da multiplicidade de ideias divergentes sobre "o correto" não está à altura da *práxis* argumentativa do Direito, que sempre pressupõe – e, em face das expectativas dos endereçados, *deve* pressupor – uma "pretensão de correição" objetiva. Os céticos nutrem uma visão inadequada da retidão de decisões por ligar a este conceito expectativas que vão além daquilo que se pode esperar no contexto de um pensamento decisório. Este jamais terá por objeto uma correção absoluta e comprovada, mas apenas uma *justificada*, que pretende convencer mais do que as opiniões alternativas. Apesar de sua pluralidade e da avançada positividade de seu Direito, as sociedades modernas também funcionam na base de um âmbito não questionado de suposições básicas e experiências comuns de sentido, a partir de que os esforços por uma correição objetiva de decisões jurídicas podem se orientar e estruturar. Além disso, há um largo espectro entre, em um lado, argumentos autoevidentes e, no outro, razões polêmicas, o que permite a formação de convicções *graduais* (GARRN, 1986, p. 78 ss.).

Já Popper (2004, p. 77 s.) mostrou que uma mera "intuição intelectual", resultado de repetidas experiências de pessoas que por meio delas geraram um *sentimento* para entender determinadas coisas, não serve para fundamentar a verdade de qualquer ideia ou tese, independentemente da intensidade com que o pesquisador julgue algum resultado "autoevidente". Essas *intuições* podem somente incentivar a procura por argumentos, o que leva tanto a descobertas quanto a fracassos. A ciência, na visão do filósofo, não pergunta *como* alguém chegou a seus resultados, mas apenas se interessa pelos *argumentos* capazes de ser analisados e questionados por qualquer um que tenha conhecimentos suficientes na respectiva matéria.

Em geral, observa-se um deslocamento do interesse de uma metodologia jurídica como teoria da *decisão* correta em direção de uma teoria da argumentação jurídica como disciplina que se ocupa dos padrões de uma *justificação* correta. A própria prática jurídica, hoje em dia, costuma discutir intensivamente as questões polêmicas, muitas vezes com referência às opiniões divergentes na doutrina: o fundamento da *auctoritas* cede lugar à *veritas*. O ideal perseguido na argumentação jurídica é a legitimidade por meio da retidão/correção (NEUMANN, 2008, p. 78 s.).

A motivação da sentença do juiz, aqui entendida como cristalização da argumentação jurídica, deve mostrar que a decisão é correta, mas não serve para provar que o julgador a tomou em virtude de motivações corretas, que podem ser pessoais, corporativas, políticas, religiosas etc. Valem somente as razões pronunciadas, não as internas: a sentença baseada em argumentos fracos não se torna melhor em razão dos motivos nobres do juiz. Igualmente, a decisão convincentemente arrazoada não perde vigor por ser fruto da atitude política ou religiosa do julgador. A argumentação jurídica não serve para revelar os "verdadeiros" motivos que nortearam o processo interno da decisão, mas para aportar razões convincentes para a sua aceitação intersubjetiva (NEUMANN, 2008, p. 87 s.).

À guisa de conclusão

A retórica e a argumentação não podem substituir a metódica jurídica, pois somente esta anda suficientemente próxima às decisões tomadas em um Estado Democrático de Direito. Os cânones metódicos clássicos não garantem resultados certos ou verdadeiros, mas representam importantes meios de apoio ao trabalho jurídico. Reconhecer este fato pode levar a uma problematização e utilização mais racional desses elementos de interpretação. Os cânones devem ser entendidos menos como regras metodológicas determinantes do que orientações e exortações que apontam em direção a certas perguntas, já que elas mesmas deixam em aberto quando e como devem ser utilizadas em um caso concreto. A metodologia jurídica fornece aspectos e fórmulas que ajudam a estruturar melhor o processo de interpretação, tornando-o racionalmente controlável (KOLLER, 1997, p. 211).

Os cânones metódicos representam "instâncias argumentativas pouco problemáticas" (ROTTLEUTHNER, 1973, p. 30 s.), porém dificilmente pronunciadas de forma expressa; parte dos profissionais do Direito não as emprega de maneira consciente. Mesmo assim, elas existem, formando uma condição conceitual da ciência jurídica, embora a teoria do Direito não consiga fornecer ao pesquisador um aparato metódico acabado que garanta a segurança de alcançar sempre resultados corretos. Na verdade, o treinamento metódico do aplicador do Direito leva a nada mais do que a sua crescente autocompreensão, à consciência no uso das normas metodológicas que norteiam a teoria jurídica e à reflexão sobre estas (AARNIO, 1979, p. 6 s.).

Nesse raciocínio, "os métodos tradicionais de interpretação são basicamente recursos de justificação e sua utilização deve ser examinada considerando-se a interpretação no Direito como um processo de decisão em que cabe distinguir decisões racionalmente fundamentadas de decisões arbitrárias" (VERNENGO, 2000, p. 254). Não existe uma verdade ou "retidão objetiva" jurídica fora do procedimento metódico de interpretação; uma decisão correta precisa ser fundamentada de acordo com os cânones: muitas vezes além deles, mas nunca sem eles. O que, no fundo, vale é a "completude da reflexão e argumentação no processo interpretativo" (KAUFMANN, 1971, p. 102).

Os elementos interpretativos "estruturam uma parte daquelas figuras argumentativas, por meio das quais produzimos – pelos menos para o círculo dos juristas – a capacidade de consenso para a plausibilidade de concatenações justificativas" (ESSER, 1975, p. 555 s.). A aceitação tão boa desses critérios na prática dos profissionais do Direito durante séculos se deve também ao fato de que os argumentos neles condensados realmente são importantes. Por isso, os esforços de aportar argumentos materiais plausíveis e o questionamento crítico continuam tendo grande relevância para a apresentação metodológica da decisão judicial nos moldes clássicos.

Admitindo a impossibilidade de uma objetividade absoluta na interpretação do Direito, a hermenêutica moderna pretende submeter o raciocínio jurídico a um controle intersubjetivo. Nessa tentativa, os cânones não constituem regras para prescrição de determinado procedimento metódico, mas apontam somente os tópicos que devem ser considerados no processo interpretativo. Por isso, a diferença entre *metódica* e *arte* na hermenêutica jurídica é mais gradual (quantitativa) do que qualitativa (GIZBERT-STUDNICKI, 1987, p. 350 s.).

Sem dúvidas, os cânones clássicos da metódica jurídica sempre serviram também para camuflar os verdadeiros motivos de inúmeras decisões tomadas por órgãos públicos. No trabalho diário da aplicação do Direito, a notória escassez dos recursos *tempo* e *informação* costuma inviabilizar uma exploração das camadas mais profundas da obtenção das decisões. Talvez, o sucesso prático dos quatro cânones metódicos se deve a sua aptidão de finalizar, de forma aceitável para a comunidade jurídica, um processo de discussão interpretativa, valendo-se para tanto de uma abordagem nitidamente

superficial, a qual, porém, é amplamente compartilhada, justamente por manter as questões mais profundas em *latência* (MORLOK, 2012, p. 209).

Todas as críticas não retiram o seu valor argumentativo na produção de sentenças, petições e pareceres. Os elementos metódicos do Direito não são panaceia, nem comparáveis aos métodos das ciências exatas; são ferramentas, canais de raciocínio e esquemas de argumentação racional, e como tais devem ser respeitados e estudados pela teoria, inclusive no Brasil do século XXI.

: ARTIGO APROVADO (22/01/2014) : *RECEBIDO EM 16/04/2013*

NOTAS

1 Expressão desta tendência é o título do n. 32 da tradicional revista justeórica alemã *Rechtstheorie*: "*Vom Scheitern und der Wiederbelebung juristischer Methodik im Rechtsalltag*" (= "Do fracasso e da reanimação da metódica jurídica no dia a dia do Direito").

2 Manoel M. Peixinho (2010, p. 196 s.) menciona as "técnicas de interpretação herdadas de Savigny" quando apresenta a "teoria concretizadora" de Friedrich Müller, da qual ele discorda. Ricardo M. Freire Soares (2010, p. 175 ss.) faz apenas referência indireta aos cânones, reproduzindo trechos de algumas decisões do STF sobre a temática. A famosa obra de Carlos Maximiliano (1873-1960) sobre *Hermenêutica e aplicação do Direito* (2010), o livro brasileiro mais tradicional sobre o assunto, não trata dos métodos clássicos de forma organizada, tecendo apenas algumas observações isoladas ao longo do texto (p. 91s., 99, 104s., 112ss., 124ss.)

3 *Vide* também Souza Neto; Sarmento (2012, p. 410 ss.). Lôbo Torres (2006) fornece uma profunda análise de positivação, conteúdo e alcance dos métodos clássicos para a interpretação das normas do Direito Tributário.

4 É intencional o uso do termo *metódica*; este não corresponde ao significado de *metodologia*, que "é a doutrina sobre os métodos, isto é, a visão que se tem desses caminhos e as tentativas de controlá-los". Diferentemente, a "metódica é o estudo da relação entre esses métodos e essas metodologias, para compreendê-los" (ADEODATO, 2009, p. 38).

5 Em relação à metodologia *eclética* da jurisdição constitucional alemã pós-guerra, Kriele (1976, p. 50) presume que tenha sido uma "estreiteza irrealista inerente à própria teoria das regras de arte e dos procedimentos lógicos que acabou libertando o juiz, em virtude de uma desconsideração das necessidades práticas". Ele compara a situação com a canalização de um rio, que somente seria viável mediante a construção de um novo leito suficientemente largo para conduzi-lo; caso o leito for estreito demais, o rio transbordará as margens, resultando na perda total do controle sobre suas águas.

6 O famoso *cânon* de Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) incluía os elementos da interpretação *gramatical*, *lógica*, *sistemática* e *histórica*, rechaçando o "método" *teleológico*, uma vez que o fim da norma somente poderia ser aperfeiçoado pelo legislador, mas nunca pelo juiz (MÜLLER; CHRISTENSEN, 2002, p. 99). Mesmo assim, a grande maioria dos autores, hoje, inclui o elemento teleológico no "cânon clássico" de interpretação do Direito, certamente em virtude da importância da obra de Rudolf von Jhering (1818-1892), a partir do famoso livro *A finalidade do Direito* (*Der Zweck im Recht*), de 1883.

7 A teoria tradicional de interpretação entendia que o significado de um termo legal se produz por sua relação para com um ente objetivo extralinguístico – uma "verdade preexistente" ou uma "essência", que reside em todas as coisas assinaladas pela palavra. O *giro pragmático-linguístico* na teoria interpretativa levou ao entendimento de que a linguagem não representa algo existente na realidade, mas que o significado de uma expressão idiomática se produz, intersubjetivamente, na relação entre locutores que se comunicam com base em certas regras. Essa linha, baseada em Wittgenstein, considera a ciência do Direito um "jogo de linguagem especial", cujos participantes concordam a respeito da justificação de "pretensões de validade normativas". Para poder participar desse jogo, os operadores jurídicos aprendem de recorrer a cânones metódicos, precedentes, opiniões doutrinárias, as prováveis consequências da decisão etc. (HERBERT, 1995, p. 206 s.). De qualquer forma, os cânones possuem sua importância prática, e seu uso é necessário para participar da interpretação jurídica institucionalizada.

8 Para o autor, a pré-compreensão (*Vorverständnis*) encontra a sua "correspondência dialética" na "pós-compreensão" (*Nachverständnis*), o que enfatiza a importância da dimensão temporal para a compreensão da norma; esta, por sua vez, "é aberta para ambos os lados (fins) e, ao mesmo tempo, 'dirigida'". Assim, "os múltiplos processos de interpretação constitucional se desdobram 'entre' pré- e pós-compreensão" (HÄBERLE, 1978, p. 80).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. *Denkweisen der Rechtswissenschaft*: Einführung in die Theorie der rechtswissenschaftlichen Forschung. Wien, N. York: Springer, 1979.

ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional*: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do Direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. ed. Freiburg/München: Karl Alber, 2005.

_____. *Theorie der juristischen Argumentation*: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRUGGER, Winfried. Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze. *Archiv des öffentlichen Rechts* (AöR), Bd. 119, Tübingen: Mohr, p. 1-34, 1994.

BYDLINSKI, Franz. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. Wien, N. York: Springer, 1982.

CAMPILONGO, Celso F. *Interpretação do Direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts. 2. ed. Berlin: Duncker&Humblot, 1983.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997.

CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia jurídica*: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CASTRO JÚNIOR, Torquato. *A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente*. São Paulo: Noeses, 2009.

CATÃO, Adrualdo. *Decisão jurídica e racionalidade*. Maceió: edUFAL, 2007.

COING, Helmut. *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*. Köln/Opladen: Westdeutscher Verlag, 1959.

DIEDRICHSEN, Uwe. Methodenlehre und praktische Jurisprudenz. In: IMMENGA, Ulrich (Ed.). *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*. Göttingen: Otto Schwartz, p. 17-31, 1980.

DIMOULIS, Dimitri. Sentidos, vantagens cognitivas e problemas teóricos do formalismo jurídico. In: MACEDO JR., R.; BARBIERI, C. (Orgs.). *Direito e interpretação*: racionalidade e instituições. São Paulo: Saraiva, p. 213-242, 2011.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução J. B. Machado. 6. ed. Lisboa: C. Gulbenkian, 1983.

ESSER, Josef. Bemerkungen zur Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkszeugs. *Juristenzeitung* (JZ), p. 555-558, 1975.

ESSER, Josef. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis. Frankfurt a.M.: Athenäum Fischer, 1972.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1980.

FORSTHOFF, Ernst. *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*. Stuttgart: Kohlhammer, 1961.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Interpretación e argumentación jurídica*. San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2004.
GARRN, Heino. *Zur Rationalität rechtlicher Entscheidungen*. Stuttgart: Franz Steiner, 1986.
GAST, Wolfgang. Recht als *ius argumentandi*. In: BALLWEG, O.; SEIBER, T.-M. (Eds.). *Rhetorische Rechtstheorie*. Freiburg/München: Karl Alber, p. 297-320, 1982.
GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz. Das hermeneutische Bewusstsein der Juristen. *Rechtstheorie*, n. 18, Berlin: Duncker&Humblot, p. 344-367, 1987.
GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Tradução Gilmar F. Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
HÄBERLE, Peter. Zeit und Verfassung. *Verfassung als öffentlicher Prozess*. Berlin: Duncker&Humblot, p. 59-92, 1978.
HAGER, Günter. *Rechtsmethoden in Europa*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.
HASSEMER, Winfried. Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik. In: *Erscheinungsformen des modernen Rechts*. Frankfurt a.M.: Vittorio Klostermann, p. 119-151, 2007.
HAVERKATE, Görg. *Gewißheitsverluste im juristischen Denken*. Zur politischen Funktion der juristischen Methode. Berlin: Duncker&Humblot, 1977.
HERBERT, Manfred. *Rechtstheorie als Sprachkritik*: zum Einfluß Wittgensteins auf die Rechtstheorie. Baden-Baden: Nomos, 1995.
HOCHHUT, Martin. Methodenlehre zwischen Staatsrecht und Rechtsphilosophie. In: KRAWIETZ, W.; MORLOK, M. (Eds.). *Vom Scheitern und der Wiederbelebung juristischer Methodik im Rechtsalltag* – Ein Bruch zwischen Theorie und Praxis? Berlin: Duncker&Humblot, p. 227-238, 2001.
KAUFMANN, Arthur. Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik. In: KAUFMANN, A. (Ed.). *Rechtstheorie – Ansätze zum einem kritischen Rechtsverständnis*. Karlsruhe: C. F. Müller, p. 81-102, 1971.
KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução J. B. Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1962, v. II.
KOLLER, Peter. *Theorie des Rechts*: eine Einführung. 2. ed. Wien usw.: Böhlau Verlag, 1997.
KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung*: entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation. 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.
KUHLEN, Lothar. Wertfreiheit in der Jurisprudenz? (Diskussionsbeitrag). In: HILGENDORF, Ernst; KUHLEN, L. *Die Wertfreiheit in der Jurisprudenz*. Heidelberg: C. F. Müller, p. 33 ss., 1999.
LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. ed. Berlin usw.: Springer, 1991.
LAUNHARDT, Agnes. Methodenlehre aus rechtsrethorischer Perspektive: Abschied von der Normativität? In: KRAWIETZ, W.; MORLOK, M. (Eds.). *Vom Scheitern und der Wiederbelebung juristischer Methodik im Rechtsalltag.* Berlin: Duncker&Humblot, p. 141-157, 2001.
LEMBCKE, Oliver W. Urteilskraft in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts. In: GABRIEL, G.; GRÖSCHNER, R. (Eds.). *Subsumtion*: Schlüsselbegriff der juristischen Methodenlehre. Tübingen: Mohr Siebeck, p. 73-107, 2012.
LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1995.
MADEIRA FILHO, Wilson. O hermeneuta e o demiurgo: presença da alquimia no histórico da interpretação jurídica. In: BOUCAULT, C.; RODRIGUEZ, J. (Org.). *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, p. 45-100, 2002.
MAGALHÃES, Juliana N. Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica. In: BOUCAULT, C.; RODRIGUEZ, J. (Org.). *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
MASTRONARDI, Philippe. Juristische Methode und Rechtstheorie als Reflexionen des Rechtsverständnisses. In: SENN, Marcel; FRITSCHI, Barbara (eds.). *Rechtswissenschaft und Hermeneutik*. Stuttgart: Franz Steiner, p. 97-110, 2009.
MASTRONARDI, Philippe. *Juristisches Denken*: eine Einführung. Bern usw.: Haupt (UTB), 2001.
MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
MEDINA, Diego Lopes. Hermenêutica e linguagem na teoria do direito. In: MACEDO JR., R.; BARBIERI, C. H. (Orgs.). *Direito e interpretação*: racionalidade e instituições. São Paulo: Saraiva, p. 155-192, 2011.
MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
MORLOK, Martin. Die vier Auslegungsmethoden – was sonst? In: GABRIEL, G.; GRÖSCHNER, R. (Eds.). *Subsumtion*: Schlüsselbegriff der juristischen Methodenlehre. Tübingen: Mohr Siebeck, p. 179-214, 2012.
MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do Direito*. Tradução P. Naumann e A. de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph. *Juristische Methodik* – Band 1. Grundlagen Öffentliches Recht. 8. ed. Berlin: Duncker&Humblot, 2002.

NEUMANN, Ulfrid. Juristische Methodenlehre und Theorie der juristischen Argumentation. In: KRAWIETZ, W.; MORLOK, M. (Eds.). *Vom Scheitern und der Wiederbelebung juristischer Methodik im Rechtsalltag*. Berlin: Duncker & Humblot, p. 239-255, 2001.
NEUMANN, Ulfrid. *Recht als Struktur und Argumentation*. Baden-Baden: Nomos, 2008.
PEIXINHO, Manoel Messias. *As teorias e os métodos de interpretação aplicados aos direitos fundamentais*: doutrina e jurisprudência do STF e do STJ. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
POPPER, Karl R. *Karl Popper Lesebuch*. Hrsg.: D. Miller. 2. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.
RAISCH, Peter. *Vom Nutzen der überkommenen Auslegungskanones für die praktische Rechtsanwendung*. Heidelberg: C. F. Müller, 1988.
RICOEUR, Paul. *Teoria da interpretação*. O discurso e o excesso de significação. Lisboa: Edições 70, 2000.
RÖHL, Klaus; RÖHL, Hans. *Allgemeine Rechtslehre*. 3. ed. Köln/München: Carl Heymanns, 2008.
ROSS, Alf. *Direito e Justiça* (1958). Tradução Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2003.
ROTTLEUTHNER, Hubert. *Richterliches Handeln – Zur Kritik der juristischen Dogmatik*. Frankfurt a.M.: Fischer Athenäum, 1973.
RÜTHERS, Bernd. *Rechtstheorie*: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts. München: C. H. Beck, 1999.
SCHELSKY, Helmut. *Die Soziologen und das Recht*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1980.
SCHILD, Wolfgang. Juristische Methode als Mittel der politischen Macht. In: HORN, Norbert (Ed.). *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart*. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag – Band I. München: C. H. Beck, p. 413-432, 1982.
SCHMITT GLAESER, Alexander. *Vorverständnis als Methode*: eine Methodik der Verfassungsinterpretation unter besonderer Berücksichtigung U.S.-amerikanischen Rechtsdenkens. Berlin: Duncker & Humblot, 2004.
SEELMANN, Kurt. *Rechtsphilosophie*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2007.
SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, p. 115-143, 2005.
SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
SOARES, Ricardo M. Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.
SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
STRAUCH, Hans-Joachim. Theorie-Praxis-Bruch – aber wo liegt das Problem? In: KRAWIETZ, W.; MORLOK, M. (Eds.). *Vom Scheitern und der Wiederbelebung juristischer Methodik im Rechtsalltag*. Berlin: Duncker&Humblot, p. 197-209, 2001.
STRECK, Lenio. *Hermenêutica e(m) crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
TORRES, Ricardo Lôbo. *Normas de interpretação e integração do Direito Tributário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
VELASCO, Rogelio L.; GUTIÉRREZ, Lucila C. *Las diretivas de interpretación jurídica*. México: Fontamara, 2011.
VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial "à brasileira". *Revista DireitoGV*, n. 8, São Paulo, jul.-dez. p. 407-440, 2008.
VERNENGO, Roberto J. Interpretación del Derecho. In: GARZÓN VALDÉS, Ernesto; LAPORTA, Francisco J. (Eds.). *El derecho y la justicia*. 2. ed. Madrid: Trotta, p. 239-265, 2000.
VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del Derecho*. Tradução A. Cebeira *et al.*. Madrid: Dykinson, 2007.
WARAT, Luís Alberto. *Introdução geral ao Direito – I*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1994.
ZACCARIA, Giuseppe. *Razón jurídica e interpretación*. Compilação: Ana Messuti. Cizur Menor Navarra: Thomson Civitas, 2004.
ZIPPELIUS, Reinhold. *Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft*. 2. ed. Berlin: Duncker&Humblot, 1996.

Andreas J. Krell

Doutor em Direito pela Freie Universität Berlin
Professor Associado e Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas
Pesquisador bolsista do CNPq

UFAL – Faculdade de Direito
Campus A. C. Simões
Av. Lourival de Melo Mota, s/n
Tabuleiro dos Martins – 57072-900
Maceió – AL – Brasil
akrell@uol.com.br

LA MEDIA PRESCRIPCIÓN FRENTE AL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS.

¿INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL EN MATERIA DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD?

Isabel González Ramírez, Samuel Malamud Herrera, María Soledad Fuentealba Martínez e Florencio Pardo Montenegro

HALF-LAPSING PRESCRIPTION FOR THE CRIME OF ENFORCED DISAPPEARANCE. BREACH OF INTERNATIONAL LAW REGARDING CRIMES AGAINST HUMANITY?

RESUMO

El presente trabajo se presenta como un estudio del tratamiento de la media prescripción aplicada a los crímenes de desaparición forzada de personas. Los autores abordan la problemática desde una perspectiva jurídica e histórica. Exponiendo cómo el sistema chileno en cuanto a la media prescripción no se encuentra en armonía con la legislación internacional, en especial con las disposiciones de los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile. Centrando especialmente dicho análisis en la línea evolutiva jurisprudencial del tratamiento del problema por parte de los tribunales chilenos, incluyendo dentro de este análisis jurisprudencial un reciente fallo que parece cambiar la línea interpretativa sustentada con anterioridad.

PALAVRAS-CHAVE

Media prescripción; Desaparición forzada; Crímenes de lesa humanidad; Impunidad; Imprescriptibilidad.

ABSTRACT

This paper is presented as a study of the half-lapsing prescription treatment applied to the crime of enforced disappearance. The authors address the issue from a legal and historical perspective. Explaining how the Chilean system in terms of the half-lapsing prescription is not in harmony with international law, in particular with the provisions of international treaties ratified and in force in Chile. Focusing especially the analysis of the evolutionary jurisprudential treatment of the problem by the Chilean courts, including in this jurisprudential analysis a recent ruling that appears to change the interpretative course supported previously.

KEYWORDS

Half lapsing prescription; Enforced disappearance; Crimes against humanity; Impunity; Imprescriptibility.

Introducción

Sin duda uno de los hitos que marcaron con tinta indeleble el pasado siglo fue el derrocamiento del gobierno del ex presidente socialista Salvador Allende, a través de un golpe militar que se sostuvo por 17 años y que dejo profundas secuelas y resquemores.

Los efectos colaterales de este hecho puntual y del desarrollo de un gobierno de facto que vulneró sistemáticamente los derechos humanos de miles de personas pueden analizarse desde distintas perspectivas y pueden perseguir distintos objetos.

A grandes rasgos, podemos sostener que constituye un punto de interés la explicación causal y los efectos que podría haber causado el rompimiento institucional de la democracia, el hecho preciso de poner fin a un gobierno legítimamente electo, a través de un operativo militar y político bajo empleo de la fuerza.

Otro punto de interés es el que representa la prolongación, durante 17 años, de un gobierno *de facto*, caracterizado por la clausura del Congreso; la declaración de un estado de sitio, con la consiguiente suspensión de las garantías individuales; la prohibición de la vida política, de las actividades sindicales; la disolución del Tribunal Constitucional, la censura a prensa radio y televisión; la intervención de universidades y colegios (CORREA, 2001, 280 y ss.); y en donde la violación sistemática de derechos humanos constituyó una práctica sistemática y estratégica para la eliminación del enemigo político.[1]

Estos dos puntos de interés, brevemente anunciados, han sido abordados desde la óptica de distintas disciplinas, si bien cada cierto tiempo existen nuevos aportes y perspectivas, parece que no exigen una imperiosa necesidad de encontrar consensos, puesto que el avance, ha sido considerable.

Contrapuesto a lo anterior, un tercer aspecto de interés, que parece no haber sido suficientemente analizado, es la forma en que la judicatura ha afrontado los hechos ocurridos en este trágico período de nuestra historia. Especialmente en lo referido a la forma en que los procesos judiciales han dado respuesta a las necesidades de verdad, justicia y reparación, que exige la comunidad internacional, bajo el entendido que estos crímenes afectan a la humanidad toda.

Se plantea entonces el problema de determinar si los fallos emanados de nuestro más alto tribunal, respecto a casos de desaparición forzada de personas, ocurridos durante la dictadura militar, cumplen con los estándares establecidos por la comunidad internacional.

Frente a tal interrogante, sostenemos inicialmente que la línea jurisprudencial en esta materia se ha dividido, a grandes rasgos, en dos etapas: la primera que transcurre desde la transición a la democracia (1990) hasta el año 2006, período caracterizado por una total impunidad; y un segundo período que corre desde 2007 hasta nuestros días, en la cual si bien varios agentes del régimen militar son condenados, a la vez sus penas son atenuadas considerablemente por la institución de la media prescripción, de modo que cumplirían sus penas en libertad.

Bajo esa división temporal, el estudio aventura la hipótesis que la aplicación de la *media prescripción* o *prescripción gradual* regulada en el artículo 103.º del Código Penal de Chile, en casos de delitos contra lesa humanidad, atenta entre otros contra el principio de imprescriptibilidad y proporcionalidad, contemplado en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigente en el país, y que no se condice con la lucha contra la impunidad, buscada en estos casos por la comunidad internacional.

De esa forma, el presente trabajo tiene por objeto analizar desde una perspectiva histórica y principalmente jurídica, la atenuante de la media prescripción aplicada al delito de desaparición forzada de personas, en el sistema chileno.

Para el logro del objetivo antes descrito se revisará en qué consiste y cuál es la gravedad del delito de desaparición forzada de personas, el trato que se le ha dado a este delito en la legislación internacional y nacional y la historia de la aplicación de la institución de la prescripción y la media prescripción al delito de desaparición forzada de personas en Chile.

Antes de comenzar cualquier análisis, cabe tener presente que en Chile los delitos de desaparición forzada de personas, cometidos durante el régimen militar, han debido formalizarse como delitos de secuestro agravado, para respetar el principio de legalidad, dado que la normativa que los tipifica como detención ilegal y arbitraria, no estaba vigente en la época de su comisión. A través de la figura penal de secuestro agravado, han sido procesadas numerosas personas a partir de los años de los 90, sin embargo la variante jurisprudencia, más allá de reconocer la efectividad de tales hechos y de determinar quiénes fueron culpables de estos, ha recorrido un lamentable derrotero en el cual se partió por negar la imprescriptibilidad de los delitos cometidos durante el régimen militar, por conceder amnistías y más recientemente entregar beneficios de libertad vigilada a los condenados, amparados en la significante atenuación de la pena que permite la institución de la media prescripción o prescripción gradual de la pena, todo lo cual ha incidido en que exista cierto sentimiento de impunidad que dificulta el avanzar en pos de un proceso nacional de verdad, justicia y reparación.

Se expone en el trabajo que a partir de una serie de fallos dictados desde mediados del año 2007, la jurisprudencia de forma mayoritaria ha concedido el beneficio de la media prescripción a sus autores, lo que les ha permitido cumplir la pena en libertad, basándose en que la prohibición de aplicar la prescripción de la acción penal —cuyo efecto sería la extinción de la responsabilidad penal— derivada de los compromisos internacionales asumidos por Chile, no implica la imposibilidad de aplicar la atenuante de media prescripción —que produce una atenuación de la pena—, dado que dichos compromisos no se refieren a ella.

Contrario a esto, los autores exponen una serie de argumentos en base a los cuales intentan demostrar que la prescripción de la acción penal, como la media prescripción, son instituciones que comparten más similitudes que diferencias, siendo la base de ambas el transcurso del tiempo y recayendo sus efectos sobre la pena a imponer, impidiéndola una y atenuándola la otra.

Seguido se analiza un reciente fallo de la Corte Suprema, del año 2012, el cual al desarrollar razones para no conceder la media prescripción plantea la posibilidad de un cambio de paradigma al respecto.

1 La desaparición forzada de personas. Aproximación

El delito de desaparición forzada de personas consiste en la aprehensión, detención o mantenimiento de una detención previa, o el secuestro de personas por funcionarios del Estado o de una organización política, o bien con su apoyo o aquiescencia, seguida de la negativa a reconocer o informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado (GIL GIL, 2007, p. 155).

Tal crimen se define en el artículo 2.º de la *Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas de la Organización de los Estados Americanos*, de la siguiente manera:

> Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

La desaparición forzada de personas, como practica represiva y sistemática, comienza a gestarse a partir de la segunda guerra mundial, identificando algunos autores su origen en la orden militar *balance del terror* surgida bajo la ocupación nazi de algunos países europeos (PADILLA, 2010, p. 39).

Lo fundamental en este delito radica en que los actos materiales que constituyen el delito, aun cuando la detención que en determinadas circunstancias puede incluso comenzar por ser legal, han de realizarse a nombre o con la autorización o apoyo del Estado, o de la organización política, en su caso.

En este delito, la intención de dejar a la víctima fuera del amparo de la ley debe concurrir con las conductas materiales de detención o de ocultación de la misma o de su paradero, pero si la víctima ha muerto, no es exigible que la ocultación de este dato se haga para privarla del amparo de la ley, puesto que esto ya no sería posible.

El bien jurídico que protege este delito es fundamentalmente la libertad de la persona para trasladarse de un lugar a otro o de situarse por sí mismo en el espacio. Entendiendo por libertad la capacidad del ser humano de fijar por sí mismo su situación en el espacio físico.

Si bien, lo anterior es cierto —y en cierta medida evidente— la amplia aplicación que estos delitos tuvieron en el contexto de dictaduras militares y gobiernos de facto en Latinoamérica durante las últimas tres décadas del siglo pasado (AMBOS; BÖHM, 2009, p. 199 y ss.), fuerza a analizar el desvalor de tales conductas y su lesividad, de manera más reflexiva. En ese sentido, Juan Bustos señala que lo que se estaría

afectando en tales delitos, sería "la identidad como persona del sujeto pasivo", ya que se le estaría negando a través de ellos "una multiplicidad de actos en la vida jurídico-social, que aparecen negados con el desaparecimiento, desde los más simples y personales, hasta el de ser reconocida su muerte; en definitiva el derecho reconocido a mantener su identidad de persona humana tanto en la vida como en la muerte, cuestión fundamental en la historia del hombre y de la humanidad y que es lo que ha determinado su acervo y evolución histórica, cultural y ética" (BUSTOS RAMÍREZ, 1986, p. 186).

También entiende Ramón Ragués, que cuando al ser funcionarios del Estado quienes cometen estos delitos existiría una afectación que excedería la simple limitación de la esfera de libertad individual. Señala al respecto el autor:

> Desde el punto de vista de la víctima la privación de libertad supone, de entrada, un ataque contra su libertad ambulatoria. Este primer aspecto explica ya por sí solo una parte sustancial del daño que causa este delito, al que se añade una importante afectación a la seguridad de la misma víctima, quien no solo ve restringida su capacidad de movimientos, sino que, por lo general, se verá obligada a vivir la detención en una situación de grave incertidumbre sobre cuál será su destino final. A ello se suma el daño que con la misma privación y la posterior desaparición se causa a las personas del entorno del sujeto pasivo, que se ven obligadas a vivir inicialmente en la incertidumbre sobre el bienestar de su ser querido y, a medida que van transcurriendo los años, a tener que soportar un estado de resignada duda sobre lo que pueda haberle sucedido. (RAGUÉS I VALLÉS, 2010, p. 52 y ss.)

Sumado a lo anterior, que la mencionada figura penal se trate de un *delito especial propio*, en la que se requiere una cualidad personal de su sujeto activo, cual es el ser un funcionario público o bien actuar amparado o bajo el reguardo del Estado, implica además la afectación de otro bien jurídico distinto a la libertad, que es la correcta administración pública (RAFECAS, 2010, p. 73).

Lo expuesto permite entender la hondura y complejidad que implica enfrentarse a tal delito, situación que ha planteado la preocupación de la comunidad internacional, propiciándose la comprensión de tal delito, como un *de lesa humanidad*; entendiendo el Estatuto de Roma, que cuando tales conductas "se cometan como parte de un ataque generalizado y sistemático contra una población civil", constituyen un delito contra la humanidad toda.[2]

Adicionalmente, al estar involucrados funcionarios estatales en su comisión, se daría cabida a un principio que permitiría afirmar la dimensión internacional de éstas figuras, cual es que el Estado en que se ha cometido el delito no tenga interés ni ofrezca las garantías de persecución (RAGUÉS, 2010, p. 54).

Por otro lado, este delito corresponde a los llamados *delitos de resultado* toda vez que se consuman una vez que el actor realiza los actos ejecutivos y existe efectiva privación de libertad de una persona, siendo esta privación de carácter permanente, ya que formal y materialmente para que el delito se consume se requieren una mínima continuidad temporal en la privación ilegal de libertad, para que cumpla con el principio de lesividad (RAFECAS, 2010, p. 313).

En todo caso el delito exige que el autor o autores hayan tenido la intención de dejar a la persona o personas fuera del amparo de la ley por un período prolongado, pero no durante todo el tiempo que dura la desaparición. Porque probablemente esa intención concurrirá o se transformará en la de no ser descubierto. La doctrina ha interpretado éste como un delito permanente, cuya realización se perpetúa hasta que aparece la víctima.

Por otra parte, al tratarse de delitos que afectan bienes personales, la pluralidad de las víctimas hace múltiples estos delitos por lo que no es un delito denominado como *delito de masas*.[3]

El tipo subjetivo de este delito exige el dolo, aunque sea eventual, el que comprende el conocer y querer no solo la detención sino también la negativa a informar, el conocimiento de que la conducta se enmarca en un ataque general o sistemático y la intención de marginar a la persona del amparo de la ley por un período prolongado, de manera que la privación de libertad fuera el único propósito de la acción. La posibilidad de la culpa queda descartada.

El tratamiento legal de este delito en Chile, cumple solo medianamente, con los estándares internacionales exigidos, dado que sin perjuicio de que actualmente no hay impedimentos jurídicos penales, ni constitucionales algunos para su imputación por la judicatura, puesto que el año 2010 a través del Decreto supremo n. 12 *se promulga la aprobación de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas de la Organización de los Estados Americanos*. Lo que parece especialmente grave es que no considerarían los delitos cometidos antes de la vigencia de esta convención, especialmente en el período del régimen militar, época en que se cometieron masivamente tales hechos, porque no existía en tal fecha normativa vigente al respecto y conforme al principio de legalidad penal, consagrado constitucional y legalmente (artículos 19.º n. 3.º de la Constitución Política y 18.º del Código Penal), las leyes penales no pueden ser aplicadas con efecto retroactivo, viéndose obligados los tribunales a juzgar las desapariciones forzadas cometidas en esa época como un delito genérico de secuestro agravado.

Es importante tener en cuenta que estos delitos son una manifestación de las prácticas violentas propias de los regímenes autoritarios, que sin perjuicio de ser hoy ampliamente rechazada por los sistemas democráticos, aún persisten debido a la resistencia a abandonar estas ideologías y métodos por parte de las instituciones ligadas a la defensa y seguridad del Estado, las que promueven tendencias a ampliar el poder punitivo del

Derecho Penal, legitimados hoy normativamente, por doctrinas tales como la del Derecho Penal del Enemigo, promovida por Gunther Jakobs (RAFECAS, 2010, p. 8).

Es así como esta tendencia que se manifestó en forma desmedida en Chile especialmente durante la primera década del régimen militar del gobierno de Augusto Pinochet Ugarte, que tuvo lugar entre los años 1973 al 1990, proviene de doctrinas propias del punitivismo, expansión del Derecho Penal, Derecho Penal de Autor, Derecho Penal simbólico y del enemigo, las que según Bergalli (2003, p. 36), tienen su origen en las conmociones que afectaron a la sociedad y al Estado liberal europeos, en fines del siglo XIX, las que anunciaron los conflictos y cambios que se iban a producir a comienzos del siglo XX, con los procesos de unidad nacional, en la primera guerra mundial (1914-1918), donde Europa se enfrascó en un afán expansionista, de totalitarismo, y del holocausto que desembocó en la segunda guerra mundial, viéndose las bases del sistema penal moderno alteradas.

Aquello fueron los rasgos de un sistema penal fuertemente presionado por los sistemas políticos autoritarios para obtener respuestas penales a la necesidad de orden. La fase, a la que se puede denominar como la del constitucionalismo social, fue la que despertó y alentó la necesidad de llevar la intervención punitiva de los Estados democráticos a proteger necesidades sociales básicas.

De esta manera, tratar de aprehender esta realidad solo desde la óptica penal, constituye una mirada reduccionista, que amenaza con erigir un constructo excesivamente abstracto y descontextualizado, es por esto que Ambos y Böhm acertadamente catalogan estas figuras como "una estrategia de lucha y supresión de la oposición política" (2009, p. 198).

Así no es de extrañar que durante los períodos de dictadura en Latinoamérica, con cierta influencia de las doctrinas del "derecho penal del enemigo" de Jakobs y Cancio Melia (2003, p. 36), en el plano normativo, se relativizaran las garantías debidas por el Estado, para hacer frente a este estado de emergencia, esta lucha contra los disidentes, a los que se consideraba enemigos internos. Se denominaba enemigos a los "individuos" que en Chile no concordaban con las ideologías de derecha, rotulándolos erradamente a todos de "comunistas", los que fueron perseguidos y sometidos a tortura y desaparición forzosa, acusándolos de pertenecer a "organizaciones de izquierda" con las que el país se encontraba en guerra, por haberse apartado del Derecho de un modo duradero, no garantizando la seguridad cognitiva de su comportamiento.

Lo anterior guarda especial relación con la denominada "Doctrina de la Seguridad Nacional", consistente en una concepción social global originada desde un ángulo eminentemente militar (PADILLA, 2010, p. 16), destinada a plantear un escenario de emergencia en el cual es indispensable luchar por la seguridad del país. Esta doctrina surge para hacer frente a variados procesos sociales y culturales: la situación de guerra fría, la revolución cubana, el discurso militar de la contrainsurgencia, el proceso de descolonización en Indochina y Argelia (PADILLA, 2010, p. 16 y ss.).

Algunos autores se han referido al modelo militar derivado de tal doctrina, denominándolo como *modelo amigo-enemigo* (POLITOFF; TAPIA, 1983, p. 19 y ss.), siendo caracterizado dicho modelo porque "las facultades de excepción —las únicas que interesan— pueden aparecer, adornadas o no, con un flujo de inofensivas normas de carácter general. Lo que importa es dotar al régimen de instrumentos técnicos que den apariencia de legitimidad a una política entendida como supresión del enemigo"[4].

De similar forma, el informe redactado por la "Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación" señala que la motivación principal perseguida por quienes perpetraban estos delitos era la de "justificar la destrucción de un enemigo interno a quien se le atribuye atentar contra valores superiores y permanentes"[5].

Tal contexto y doctrina explican el fin estratégico que se plantea tras el empleo de los delitos en cuestión, de manera que no es de extrañar que los agentes del estado dictatorial detuvieran ilegalmente a miles de personas, muchas de las cuales aún se ignoran sus paraderos.

Frente a todo lo expuesto en este apartado, de manera preliminar, podemos afirmar, siguiendo a Muñoz Conde (2008, p. 53), que en un Estado de derecho democrático y respetuoso con la dignidad del ser humano, nadie puede ser nunca definido como no persona, siendo el Derecho Penal un sistema de imputación cuyas reglas se fijarían en virtud del "acuerdo" de las personas que integran la sociedad sobre criterios, que no pueden desvincularse de un contenido valorativo y concepción del ser humano y de la sociedad.

2 Breve panorama del juzgamiento de los imputados por los delitos de detenciones ilegales y desaparición forzada de personas

La conclusión de la Segunda Guerra mundial planteó la necesidad de que las potencias vencedoras acordaran no solo los términos de fin del conflicto, sino además previeran ciertas garantías para que esta paz naciente perdurara. Se dictaron así una serie de instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos. A partir de distintos juicios como el de "Núremberg" (1945-1946), se fue desarrollando una doctrina y una serie de jurisprudencia que promovían la necesidad de prevenir que similares sucesos a los vividos tuvieran lugar y de contar con instrumentos internacionales que permitieran juzgar a estos enemigos de la paz. Necesidad que fue confirmada a partir de los desastres y masacre de la guerra de los Balcanes.

Así las cosas, a paso lento, la comunidad internacional ha acordado que una serie de conductas sean consideradas como crímenes de lesa humanidad; comprometiendo, de esa forma, a la comunidad en general y a los Estados en particular, a investigar, perseguir y sancionar a los culpables de tales delitos.

Lo anterior evidencia una de las ideas matrices a través de la cual se estructura este ordenamiento internacional, la lucha contra la impunidad. Tal noción a decir de Ambos

(2006, p. 21), constituye un elemento que permite entender la relación entre el Derecho Penal Internacional y los Derechos Humanos, principio que aparece claramente reconocido en los párrafos 4.º y 5.º del preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

A su vez esta lucha contra la impunidad se encuentra normativamente apoyada en dos principios de gran importancia: el de la imprescriptibilidad y el de la proporcionalidad de las penas.

Como señala Rodrigo Lledó, "[…] la prescripción, en materia penal, consiste en la extinción de la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo, contado desde la comisión del delito o falta o desde la imposición de la pena" (LLEDÓ VÁSQUEZ, 2000, p. 111). Es común que las legislaciones de los distintos Estados consagren que tras el transcurso de ciertos plazos, desde la comisión de los delitos, extingan la responsabilidad penal de quienes los cometen, principalmente por razones de paz social y de seguridad jurídica. Justamente para alcanzar esta paz y seguridad, se ha determinado que, en casos de crímenes de guerra o de lesa humanidad, sea necesario prescindir de tal institución.

La imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad se encuentra expresamente consagrada en la "Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad", de 1968. Si bien dicho tratado no se encuentra ratificado por Chile, teniendo el carácter de vinculante a raíz de su calidad de norma de *ius cogens* o principio general del derecho internacional, lo que ya ha partir del 2007 la Sala Penal de la Corte Suprema ha asumido a través de algunas de sus sentencias.[6]

Tal doctrina ha sido además confirmada sucesivamente por los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de los fallos: "Almonacid Arellano y otros vs Chile",[7] el "Caso la Cantuta vs Perú",[8] y por el paradigmático fallo por el "Caso Simón" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.[9]

En cuanto al fin perseguido por la imprescriptibilidad, señala Humberto Nogueira, que "[…] la comunidad mundial busca que tales crímenes no sean olvidados y que el transcurso del tiempo no afecte sus posibilidades de sanción como ocurre en todas parte del planeta, respecto de los cuales no puede aplicarse la prescripción que es el transcurso del tiempo que lleva al olvido de la responsabilidad en la concreción del delito" (2008, p. 583).

Siendo esta la situación, la comunidad internacional ha intentado establecer un imperativo ético-jurídico a los Estados particulares, para evitar el olvido de tales hechos y para tender a la búsqueda de justicia. A lo anterior se refiere Gonzalo Aguilar,

> los crímenes internacionales han disuelto el estatuto de limitación temporal penal, y el impedimento de persecución. En efecto, desde comienzos del siglo XX e incluso desde antes, de manera expresa y efectiva, el Derecho

> Internacional, decidió poner fin a esta vinculación entre el tiempo y la memoria, para los crímenes internacionales. A partir de esta época, recordar será un deber tanto ético como jurídico. Recordar -lo cual se encuentra vinculado a la búsqueda de la verdad y al derecho a la verdad- es más que nunca un imperativo moral. Recordar es un tipo de reparación en la medida que la memoria nos pide perdón por aquello que no pudo ser ni impedido ni detenido. (2008, p. 154)

Otro de los principios que en forma similar contribuye en la lucha contra la impunidad tratándose de crímenes de lesa humanidad es el de proporcionalidad, bajo el cual subyace la idea de que la pena a aplicar, para el caso concreto, debe ser establecida tomando especialmente en cuenta el daño provocado por el delito, de manera que para contribuir a la búsqueda de justicia tal pena no resulte irrisoria ni ilusoria.

Normalmente este principio es reconocido, dentro de los distintos ordenamientos penales como una garantía para el imputado, de forma de contener un ejercicio excesivo del poder punitivo del Estado. Sin embargo, en materia internacional, dicho principio se establece como una garantía para las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, de forma que las penas decretadas no constituyan una mera ilusión de justicia.

El principio de proporcionalidad es reconocido, entre otros, en el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos llamado caso de "La Masacre de la Rochela vs Colombia", que de manera expresa consideró: "que en la investigación de graves violaciones a los derechos humanos sea imposible reconocer como compatible con la Convención Americana la imposición de penas ínfimas o ilusorias, o que puedan significar una mera apariencia de justicia".[10]

Para los fines de este trabajo, podemos entender que el panorama del enjuiciamiento de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura militar puede dividirse, a grandes rasgos, en dos etapas sucesivas.

En primer lugar, una etapa que abarca el período de la transición democrática, hasta la dictación del fallo de la Corte Interamericana de Justicia por el caso "Almonacid Arellano y otros vs Chile" (de 1990 a 2006).[11] Período en el que sostenemos se extiende una doctrina política y judicial de plena impunidad, caracterizada por la amplia concesión de la amnistía a los culpables, beneficio establecido en un decreto promulgado por la propia junta militar.

Como punto de transición hacia una nueva etapa, el fallo "Almonacid Arellano y otros vs Chile" es de vital importancia y funda un punto de inflexión, pues establece, entre otras cosas, la responsabilidad internacional de Chile por incumplimiento de diversas normas de índole internacional, fundamentadas principalmente en la ilegal aplicación que se venía haciendo del Decreto Ley n. 2.191 de 1978, que permitía amnistiar a quienes habían cometidos crímenes de lesa humanidad durante la dictadura

militar, situación que contraría varias disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita y vigente en Chile.

Dentro de las distintas consideraciones que establece el fallo, es especialmente esclarecedora la contenida en el párrafo 129:

> El Tribunal, como conclusión de todo lo señalado en esta sección A), considera que el asesinato del señor Almonacid Arellano formó parte de una política de Estado de represión a sectores de la sociedad civil, y representa solo un ejemplo del gran conjunto de conductas ilícitas similares que se produjeron durante esa época. El ilícito cometido en contra del señor Almonacid Arellano no puede amnistiarse conforme a las reglas básicas del derecho internacional, puesto que constituye un crimen de lesa humanidad. El Estado incumplió su obligación de adecuar su derecho interno a efectos de garantizar los derechos establecidos en la Convención Americana, porque mantuvo y mantiene en vigencia el Decreto Ley n. 2.191, el que no excluye a los crímenes de lesa humanidad de la amnistía general que otorga. Finalmente, el Estado violó el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial, e incumplió con su deber de garantía, en perjuicio de los familiares del señor Almonacid Arellano, porque aplicó el Decreto Ley n. 2.191 al presente caso.[12]

Posterior a esto, una segunda etapa estaría representada por un proceso de impunidad parcial, caracterizada por la condenada de ex militares y agentes de la dictadura militar, pero con la generalizada aceptación de atenuar dichas penas a través de la circunstancia modificatoria de media prescripción o prescripción gradual, consagrada en el artículo 103 del Código Penal, lo que significó, al final de cuentas, bajas condenas con la concesión de beneficios de libertad vigilada y remisión condicional de la pena.[13]

En relación a lo anterior, la sala penal de la Corte Suprema de Chile ha venido sosteniendo reiteradamente, a lo menos desde el año 2007, que la media prescripción del artículo 103 del Código Penal de Chile no es una prescripción propiamente tal, sino una atenuante especial de la pena, de manera que la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal, que es causal de extinción de la responsabilidad criminal, no alcanza a la denominada media prescripción, o gradual, parcial o incompleta, como también se le denomina, la que es motivo solo de atenuación de la pena, de acuerdo al artículo 103.º del estatuto punitivo.

En este contexto es que al 11 de septiembre de 2010 se puede señalar que de un total de 75 causas falladas por la Corte Suprema de Chile, hay 43 sentencias en las que se aplicó la media prescripción, con la rebaja considerable de penas a los hechores, que gozan casi de inmediato de libertad y de otros beneficios carcelarios que no son aplicables a los crímenes de lesa humanidad.[14]

Los efectos que sobre el *ius puniendi* estatal provoca la denominada media prescripción, son distintos, debido que al tratarse de una circunstancia atenuante, ésta solo permite introducir una rebaja a la pena correspondiente y aunque su fundamento es también el transcurso del tiempo, en lo que se asemeja a la causal extintiva de la prescripción, no puede asimilársele jurídicamente, ya que esta última descansa en el principio de la *seguridad jurídica* (POLITOFF; MATUS; RAMÍREZ, 2004, p. 578).

La prescripción encuentra su justificación en la necesidad social de buscar la estabilización de situaciones, aún de hecho, como son las de elusión prolongada de la responsabilidad penal que a alguno quepa, para que no se convierta en indefinida la aplicación de los preceptos penales y no subsista un estado permanente de incertidumbre respecto del que cometió un hecho punible, en cuanto a si hay responsabilidad criminal de su parte. Esto explica que todas las legislaciones contengan preceptos que declaran extinguida la responsabilidad penal después de transcurridos ciertos plazos (NOVOA, 2005, p. 402).

En cambio la media prescripción, según la jurisprudencia chilena, como una circunstancia dirigida únicamente a menguar la responsabilidad penal emanada del delito, con el mismo efecto jurídico que producen las circunstancias atenuantes genéricas establecidas en el artículo 11 del Código Penal, difiere de la prescripción, dado que a ella no le son aplicables los principios y fundamentos que determinan la imprescriptibilidad de la acción penal persecutoria de los delitos de *lesa humanidad,* con lo que se evita su total impunidad.

Sin embargo "El propósito y consecuencia de la media prescripción en estos delitos de lesa humanidad en Chile, ha sido reducir significativamente las penas aplicables a los responsables de delitos de tal naturaleza, permitiéndoles de esta manera hacerse acreedores de beneficios tales como la 'libertad vigilada' o la 'remisión condicional de la pena' que, en la práctica, implican impunidad" (QUEZADA, 2011, p. 164).

3 Análisis de la jurisprudencia acerca del tratamiento que se le otorga en Chile a la media prescripción en el delito de desaparición forzada de personas

Tal como se anunció al inicio de este trabajo, para comprender como ha operado la aplicación del beneficio de la *media prescripción* en los juicios por desaparición forzada de personas, ocurridos durante el Régimen Militar, es necesario efectuar un breve análisis de fallos dictados durante los últimos cinco años, representativos de una práctica interpretativa, que ha permitido a quienes han sido condenados por crímenes de lesa humanidad, cumplir sus penas en regímenes de libertad.

Como anticipo, puede señalarse que la sala penal de la Corte Suprema de Chile sostiene reiteradamente, ya en democracia y a lo menos desde el año 2007, que la prescripción gradual o la denominada media prescripción del artículo 103 del Código Penal

de Chile no es una prescripción propiamente tal, sino una atenuante especial de la pena. Institución independiente de la prescripción de la acción o de la pena cuyos fundamentos, en cuanto al transcurso del tiempo, y consecuencias jurídicas, son diversos, no obstante que ambas instituciones se encuentren reguladas en un mismo título del Código Penal. Por ende, en visión de la Corte Suprema, no operan las restricciones del derecho internacional penal ni del derecho local, para la aplicabilidad de la denominada media prescripción a los delitos contra la humanidad.

Es así que,

> tras el período anterior caracterizado por fallos que declaraban la imprescriptibilidad de los homicidios y secuestros cometidos durante la dictadura, por constituir delitos de lesa humanidad, a mediados del año 2007 se inicia una nueva etapa en la jurisprudencia, que no implica una incongruencia entre distintos fallos, sino algo mucho más sorprendente, la contradicción se evidencia en el contenido de los propios fallos, pues delitos que son descritos como imprescriptibles, acto seguido y en los mismos fallos son declarados gradualmente prescritos, aplicando la normativa del artículo 103 del Código penal a delitos que nunca prescribirán. (FERNÁNDEZ, 2010, p. 481)

Es a partir del pronunciamiento sobre la casación presentada en el caso de *Juan Rivera Matus*[15] que la Corte Suprema ha construido, *una nueva línea jurisprudencial*, caracterizada por la concesión a los responsables, de oficio y en toda su extensión, del beneficio de la prescripción gradual.

Prueba de esta reiterada y contradictoria jurisprudencia lesiva de los tratados internacionales de derechos humanos, lo es también el fallo de la Corte Suprema sobre el emblemático caso de "Los Hermanos Vergara Toledo", por el cual cada año en Chile miles de jóvenes en las calles, conmemoran el alevoso homicidio de estos jóvenes, en el denominado "Día del joven combatiente".[16]

El presente análisis tendrá como foco central cinco fallos de nuestra Corte Suprema de Justicia[17] en base a los cuales se procederá a exponer los pilares argumentales sobre las cuáles se ha pretendido legitimar y aplicar esta atenuante a los condenados por delitos de lesa humanidad, para luego efectuar el análisis crítico de tales postulados, a la luz de la normativa internacional y de los aportes que se han formulado dentro del ámbito académico.

De forma mayoritaria se ha asentado en el seno de nuestra práctica judicial la aceptación de la procedencia del beneficio de media prescripción o prescripción gradual, basada principalmente en los siguientes motivos:

1.º) La Corte Suprema ha estimado que la imposibilidad de aplicar la prescripción de la acción penal derivada de los compromisos internacionales asumidos por Chile,

no implica la imposibilidad de aplicar la denominada atenuante de media prescripción, establecida en el Código Penal; el mandato así de imprescriptibilidad que imponen los distintos instrumentos internacionales no se extendería a la prescripción gradual. En ese sentido se ha señalado que:

> […] siendo la prescripción de la acción penal una causal extintiva de la responsabilidad penal, claramente distinguible de la atenuante calificada establecida en el citado artículo 103 del estatuto punitivo, ambas con efectos penales totalmente distintos, los argumentos dirigidos a rechazar una y otra no pueden ser los mismos, ni pueden mezclarse. Aun tratándose de instituciones jurídicas con un origen común y que se nutren del tiempo transcurrido desde la perpetración del ilícito, la sentencia que rechaza la invocación de la "media prescripción", en cuanto permite una rebaja de la cuantía de la pena asignada al delito, utilizando, en esencia, iguales razones a las esgrimidas para desestimar la extinción de la responsabilidad criminal […].[18]

> […] tampoco escapa a estos sentenciadores que la institución de la "media prescripción" —como circunstancia de atenuación muy calificada de la responsabilidad penal— se encuentra consagrada en nuestro Código Penal desde la época de su dictación en mil ochocientos setenta y cuatro encontrándose el juzgador, conforme a lo menos en base de dos parámetros: el tiempo transcurrido y el mérito de autos. En consecuencia, no se divisa antecedente que permita concluir de jure, que el Estado como o en cuanto componente o miembro del concierto internacional, con motivo de consagrar por demás, excepcionalmente, la imprescriptibilidad para estos crímenes, hubiere renunciado o tuviere que restarse de aplicar la atenuante consistente en la media prescripción, lo que ocurriría solo —en el caso a caso— si lo estimare en Justicia pertinente.[19]

La doctrina sustentada en tales pronunciamientos se apoyaría en la circunstancia que los efectos que el Código Penal asignaría a tales instituciones serían distintos; así tratándose en la prescripción de la acción penal el efecto sería la extinción de la responsabilidad penal, mientras que la prescripción gradual produciría una notable atenuación de la pena a aplicar, en otras palabras:

> La prescripción extingue la responsabilidad penal ya ejercida e impide la aplicación de toda sanción punitiva, siendo sus motivos histórico-políticos, jurídicos, humanitarios y otros muy conocidos. Los efectos que sobre el *ius puniendi* estatal provoca la denominada media prescripción son totalmente distintos, desde que al tratarse de una circunstancia atenuante ésta solo

> permite introducir una reducción de la pena correspondiente y aunque su fundamento es también el transcurso del tiempo, en lo que se asemeja a la causal extintiva, no puede asimilársele jurídicamente, ya que esta última descansa en el principio de la seguridad jurídica.[20]

2.º) Por otro lado, la E. Corte Suprema también ha establecido una línea jurisprudencial para determinar desde cuándo debe comenzar a contarse el plazo para computar la media prescripción. En relación a este punto se ha sostenido:

> […] el delito pesquisado es susceptible de estimarse consumado desde el momento en que se llegó al día noventa y uno de encierro de la víctima, lo que ocurre en el caso en análisis desde fines diciembre de mil novecientos setenta y tres, fecha cierta que permite precisar el inicio del término que es necesario considerar para la procedencia de la institución que se analiza. Así resulta que contado el plazo de la prescripción de la acción penal desde la fecha de comisión del hecho, hasta aquella en que se interrumpió, en mayo de 1991 y, más tarde, en abril de 2001 cuando se presentó querella criminal y de acuerdo, además, a lo dispuesto en el artículo 96, en consonancia con el artículo 103, ambos del Código Penal, ha de considerarse que a partir de la fecha del injusto hasta cualquiera de esas datas, transcurrió en exceso el plazo de cinco años antes señalado, cumpliéndose así la hipótesis temporal a la que alude el mencionado artículo 103 del Código Penal, por lo que habrá de reconocerse concurrente la aludida atenuante de responsabilidad penal.[21]

La fórmula que el órgano jurisdicente adopta es la de computar el comienzo del plazo de prescripción, desde que se configura la circunstancia que permite subsumir los hechos al delito de secuestro agravado,[22] empleándose dicho plazo de 90 días tanto para calificar la conducta como para iniciar el conteo de los días que constituyen el curso de la prescripción. De esa manera, se confirma el alarmante precedente, ya adoptado en fallos anteriores, que: tratándose del delito de secuestro, el plazo que comienza a correr desde el día 91 contado desde la detención o encierro de la víctima y que permitía entender que tal acción era constitutiva de secuestro calificado, implicaba también el inicio del curso de la prescripción; que si bien no daría lugar a la extinción de la responsabilidad penal de los partícipes en delitos de lesa humanidad, si les permitiría, tras el transcurso de 5 años acceder al beneficio de media prescripción.[23]

A partir de estas bases se ha pretendido legitimar una práctica recurrente: la concesión del beneficio de media prescripción a condenados por delitos de lesa humanidad, sin embargo tal línea argumental ha sustentado una serie de planteamientos que a juicio de alguna doctrina no deben ser aceptados. Procede entonces analizar la solidez de tales

bases argumentales y contrastarlas con las normas internacionales respectivas y con aportes doctrinales relevantes.

En primer lugar, no caben dudas acerca de que la prescripción extintiva —de la acción o de la pena— es germen de impunidad; así lo ha dispuesto expresamente La Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otras normas internacionales[24] y los ya citados fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[25] Pero cabe plantearse si efectivamente la prescripción gradual no sería fuente de impunidad en tales casos, tal como ha sostenido nuestro más alto tribunal.

Para este análisis, es necesario determinar qué persigue la comunidad internacional al disponer que los delitos de lesa humanidad sean imprescriptibles.

De acuerdo a lo planteado por Nogueira (2008, p. 583), la comunidad mundial busca que tales crímenes no queden en el olvido, y que el transcurso del tiempo no se transforme en un impedimento para la imposición de sanciones.

Tal fundamento, compartido mayoritariamente, se encontraría vinculado a un fin preventivo general que se le asigna a la pena para tales casos. En ese sentido la imposición de la pena para los delitos de lesa humanidad se justifica —aún a pesar del transcurso del tiempo – ya que tales crímenes no se borran tan rápido de la memoria, por el contrario la demanda de penalización pervive en ellos y se hace especialmente necesaria para recordar a la comunidad la gravedad de tales sucesos y para evitar su repetición.

Más allá que los efectos de la prescripción extintiva y de la media prescripción sean distintos, tal hecho no puede llevarnos al extremo de disociar completamente tales instituciones —como han hecho los citados fallos— las cuales comparten más similitudes que diferencias: la base de ambas es el transcurso del tiempo y los efectos, en ambas instituciones, recaen sobre la pena a imponer, así mientras la prescripción extintiva impide la imposición de pena alguna, la gradual atenúa la pena a imponer.

Atendiendo a lo expuesto, puede sostenerse que tanto la prescripción extintiva como la media prescripción impiden satisfacer la demanda indeleble de justicia, esta consideración hacia hechos especialmente graves que no debieran ser olvidados; la primera al impedir —en forma absoluta— la imposición de una pena, la segunda al posibilitar una pena que parece irrisoria, demasiada favorable y por ende desproporcionada a la gravedad de los hechos.

Si bien, la conclusión anterior es correcta (la prescripción gradual es germen de impunidad en los casos que es concedida), el fundamento del cual deriva tal conclusión no es del todo exacto. En efecto, como señala Zaffaroni (2005, p. 260), fundamentar la imprescriptibilidad en materia de delitos de lesa humanidad, vinculando dicha fundamentación con fines preventivos generales de la pena, no constituye un buen resguardo; ya que fácilmente podría esgrimirse que tal fundamentación no explica por qué ciertos delitos comunes especialmente graves (*v.g.,* caso de asesinos o abusadores sexuales

en serie), cuya exigencia de sanción pervive aún a pesar del paso del tiempo, prescribirían, mientras que los delitos de lesa humanidad no.[26]

En razón de lo anterior, propone Zaffaroni, no fundamentar la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad a partir de una legitimación del poder punitivo, sino más bien a partir de una *concepción agnóstica* de éste. En palabras del propio jurista:

> El poder punitivo nunca es del todo racional y tampoco lo es cuando se lo aplica a autores de crímenes contra la humanidad. Su irracionalidad emerge ante todo de que los crímenes contra la humanidad son generalmente practicados por las mismas agencias del poder punitivo, operando fuera del control del derecho penal, es decir, huyendo del control y de la contención jurídica.[…] No puede sostenerse razonablemente que sea menester garantizar la extinción de la acción penal por el paso del tiempo, en crímenes de esta naturaleza, en razón de una intolerable irracionalidad en caso contrario.[…] No se trata de que el poder punitivo ejercido contra los criminales de lesa humanidad se halle legitimado, sino que no se halla legitimado el derecho penal para contenerlo más allá de ciertos requisitos básicos fundamentales. […]La imprescriptibilidad que hoy consagran las leyes y las costumbres internacionales y que otrora no establecían, pero que también deben considerarse imprescriptibles, es fruto de la carencia de legitimidad del derecho penal para contener el poder punitivo en estos casos. (ZAFFARONI, 2005, p. 264-266)

El genocidio y los crímenes contra la humanidad plantean un conflicto que no tiene solución racional: no puede pensarse en una solución reparadora, por ejemplo, y menos aún en los otros modelos de solución de conflictos. Ante la brutal enormidad del ilícito y la falta de modelos de solución racional, el derecho penal prácticamente carece de espacios para limitar el poder punitivo, incluso la venganza privada. Tiene razón Zaffaroni, cuando sostiene que "el poder punitivo es un *factum* político y lo único jurídico —y ético— es su contención penal que en este caso no estaría legitimada por la enormidad de la lesión" (ZAFFARONI; ALIAGA; SLOKAR, 2002, p. 200), en otras palabras, el injusto es de tal magnitud y el esfuerzo del violador de derechos humanos por alcanzar la vulnerabilidad del sistema penal (por sus hechos criminales) es tan extraordinario que el derecho penal es impotente en su función acotante o limitativa.

A lo anterior se suma la arbitrariedad del Estado que procurará la impunidad de sus crímenes, por el transcurso del tiempo, pues mientras detenta el poder será imposible ejercer acciones para perseguir sus delitos, por eso se plantea la regla de la *imprescriptibilidad*. En el mismo sentido, con otros matices se plantea que

> la prescripción solo puede correr desde que se pudo ejercer sin impedimentos la acción penal, bajo el conocido principio que "al impedido no le corre plazo", por consiguiente, solo cabría entender terminado un delito de impunidad (y, por tanto, "cometido") cuando cesa la situación de impunidad: solo entonces podría empezar a correr el plazo de prescripción de la acción penal. (HORVITZ, 2006, p. 224)

Por otro lado, la concesión de media prescripción que han fundamentado los aludidos fallos de nuestra Corte Suprema parece contrariar el mandato de *proporcionalidad de la pena* establecido en distintos instrumentos internacionales, solo por citar algunos: el artículo 4.2 de "La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes" y el artículo tercero de "La Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas" y como ya se señaló, reconocido también en fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Referido al deber de proporcionalidad de la pena, establecido en tales instrumentos, señalan Fernández y Sferrazza:

> […] resulta claro concluir, que el orden jurídico debe responder racional y proporcionalmente a la gravedad de los hechos, merced la selección de consecuencias previstas en los ordenamientos. No es admisible sancionar hechos gravísimos con penas levísimas, como sucede a través de procesos "a modo" o fraudulentos, rechazados por los órganos penales internacionales y también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009, p. 308)

Sin embargo, las distintas consideraciones expresadas en los aludidos fallos, de nuestra Corte Suprema, vulneran no solo los principios de imprescriptibilidad y proporcionalidad de la pena, sino también han asentado una doctrina errónea en cuanto a la forma en que debe computarse el plazo a partir del cual contar la fecha de inicio de la prescripción gradual. Lo que implica sostener, en otras palabras, que además de propiciar una impunidad parcial, lo hacen a través de elaboraciones argumentativas erróneas sobre la fecha consumativa del delito de secuestro. Tal determinación es efectuada a partir de una poco afortunada interpretación del artículo 95 en relación al artículo 141 del Código Penal.[27]

Para entender lo anterior, cabe señalar que el delito de secuestro es un delito *permanente* según ha estimado la doctrina mayoritaria.[28] Por delitos permanentes podemos entender aquellos "[…] que no concluyen con la realización del tipo, sino que se mantienen por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por éste; […]" (RAFECAS, (2010, p. 81). En ellos, como señala Mañalich, "[…] lo permanente no es la consumación, sino la ejecución del comportamiento delictivo" (2004, p. 14).

Una de las principales consecuencias que el delito de secuestro sea permanente es que la prescripción solo principia a correr desde el momento en que se logra liberar al secuestrado (GARRIDO MONTT, 2009, p. 390). Entonces es difícil entender que los plazos de prescripción comiencen a correr si el delito sigue ejecutándose, situación que los fallos en estudio pretenden justificar para conceder el beneficio de la media prescripción.

A pesar de lo anterior, la aplicación de dicha fórmula presenta ciertas dificultades tratándose de los casos en estudio, dado que

> […] parece imponer una carga probatoria a los imputados por secuestro, en términos tales que la única forma de liberarse de la imputación por la perduración de la ejecución del secuestro consiste en probar que la víctima del secuestro ya no lo es: o bien por haberse puesto en libertad, o bien por haber pasado de víctima a víctima de homicidio, […] la acreditación de que el delito se consumó no puede sin más implicar la asunción de que sigue ejecutándose hasta el presente. (MAÑALICH, 2004, p. 15)

La solución para esta dificultad puede conseguirse siguiendo el efecto último que produce la prescripción en un Estado de Derecho: no mantener indefinidamente abierta la contingencia de punición. Así como los delitos de lesa humanidad se sitúan en un contexto en que la punición no es contingente, "[…] la prescripción no puede correr sino una vez que la punición se hace contingente" (MAÑALICH, 2004, p. 32-33).

Es decir, el curso de la prescripción no puede comenzar a correr —de aceptarse erróneamente que procede conceder la media prescripción— sino una vez existan las condiciones, de quienes fueron víctimas de tales delitos o sus familiares, para ejercer las acciones penales y civiles.

4 El fallo de la Corte Suprema por la causa "Rudy Cárcamo", ¿una nueva etapa en la interpretación de la procedencia de la media prescripción en crímenes de lesa humanidad?

Con fecha 24 de mayo de 2012, la Segunda Sala de la Corte Suprema,[29] con ocasión de un recurso de casación en el fondo, invalidó la sentencia de la Corte de Apelaciones, dictada con fecha 25 de noviembre de 2011, que confirmaba la sentencia de primer instancia del Ex Primer Juzgado del Crimen de Talcahuano, de fecha 15 de enero de 2010, que condenaba a los encausados: integrantes del comando operativo del Centro de Inteligencia Regional (CIRE) integrado por el capitán de navío (r) Hugo Nelson González D'Arcangeli; el capitán de navío (r) José Raúl Cáceres González; el oficial de mar (r) Víctor Ernesto Donoso Barrera; el coronel (r) de Carabineros Conrado Alfredo Cesnic Guerricabeitia, y el prefecto inspector (r) de la Policía de Investigaciones de

Chile, Osvaldo Francisco Harnish Salazar, a 541 días de presidio, como autores del secuestro calificado del dirigente del MIR Rudy Cárcamo Ruiz, favoreciéndose a los condenados con el beneficio de remisión condicional de la pena, gracias a la atenuación a la pena que permitió la media prescripción.

En la sentencia de reemplazo, la Segunda Sala, estableció que la media prescripción no debió haber operado, aumentando en consecuencia la pena de cada uno de los condenados a 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo.[30]

En cuanto a los fundamentos expuestos para no dar curso a la prescripción gradual, resulta relevante exponer los siguientes considerandos de la sentencia de casación:

> TRIGÉSIMO QUINTO: Que para los efectos de la prescripción de la acción penal —sea total o gradual— necesariamente ha de considerarse la naturaleza o carácter del delito en cuanto a su estado de consumación, esto es, si se trata de ilícitos de ejecución instantánea o permanente, pues ello habrá de determinar el inicio del cómputo del respectivo plazo de prescripción.
> En tal perspectiva, el secuestro es de aquellos que la doctrina conoce como de ejecución permanente, pues perdura en el tiempo su momento consumativo. En la especie, se produce un instante en que la conducta típica se completa, pero se origina un estado o situación susceptible de ser prolongado en el tiempo, que constituye subsistencia de esa acción: el delincuente encierra a su víctima y su conducta típica queda completa con ello (consumación), pero el encierro o detención (el resultado) empieza a perdurar y puede prolongarse más o menos según la voluntad del hechor. Esta mantención o subsistencia de la conducta típica plena, puede darse solamente en ciertos tipos que emplean un verbo denotativo de una acción susceptible de duración. …[…]
> TRIGÉSIMO SEXTO: Que, como ya se dijo, entre las particularidades prácticas importantes que presentan los delitos de consumación permanente resalta aquella de que la prescripción de la acción penal no empieza a correr sino una vez que ha concluido la prolongación del resultado.…[…]
> TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, la circunstancia de que atendida la naturaleza de permanente del delito que ha quedado establecido, se carece de un hecho cierto para precisar el comienzo del término necesario para la prescripción, que ha de contarse desde el momento de consumación del delito, conforme lo dispone el artículo 95 del Código Penal, lo cual no se ha dado en el tiempo por la situación señalada. La disposición del artículo 103 del estatuto punitivo gira en torno al "tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena", cuya mitad debe haber transcurrido. Este decurso de un plazo, ha de tener, ya que de otra manera no puede contarse hacia adelante, un momento fijo de inicio, de comienzo, por lo que en un delito

> cuya agresión al bien jurídico tutelado perdura y se extiende hasta que no se produce determinado evento, tal precisión es imposible. [...] En consecuencia, equivocadamente se acogió el reconocimiento de la denominada "media prescripción" y de la rebaja de la pena que se solicitaba por dichas defensas como consecuencia de su aceptación.[31]

En suma, la resolución transcrita entiende que el secuestro al ser un delito *de consumación permanente* no puede a su respecto contarse el curso de la prescripción de la acción penal, son una vez que haya concluido la prolongación del resultado. Así, señala el fallo que, al carecer de un hecho cierto que permita precisar el comienzo del término necesario para la prescripción (que señala ha de contarse desde el momento *de consumación del delito*), no podría darse lugar a la prescripción ni a la media prescripción, ya que solo en el evento de determinarse en qué lugar se encuentra la víctima podría comenzar a contarse el plazo de prescripción y si se hubiere producido su fallecimiento, habría que determinar la data de tal hecho para comenzar el cómputo de la prescripción.

El anterior aserto, si bien significa un avance en el proceso de búsqueda de verdad, justicia y reconciliación, plantea una serie de dificultades.

En primer lugar, la construcción que se hace de los delitos permanentes no parece precisa, pues en los delitos permanentes lo permanente no es la *consumación* (como erróneamente se sostiene en el fallo), sino que lo que perdura es un determinado estado antijurídico, así la consumación puede verificarse en un instantes preciso (instantánea) y luego esfumarse, pero subsistir tras ella un estado delictual que no se desvanece. Como se ha señalado con anterioridad, "lo permanente no es la consumación, sino la ejecución del comportamiento delictivo" (MAÑALICH, 2004, p. 14).

En segundo lugar, que se entienda que los delitos se siguen ejecutando dado que no hay noticias de las víctimas (vivas o muertas) —que se entiende siguen secuestradas— implica entregar una carga probatoria a los acusados, que riñe con las posibilidades de actuación procesal en juicio, y que excede el afán de lucha contra la impunidad plasmada en los instrumentos internacionales.

Por último, el fallo no se hace cargo de un aspecto de gran importancia, y que constituye, según lo desarrollado hasta ahora, el asunto principal de la cuestión en estudio, ¿vulnera la institución de la media prescripción los principios de imprescriptibilidad y de proporcionalidad de las penas?

Si bien el mencionado fallo constituye un avance, al no entregar una respuesta de fondo acerca de la compatibilidad de la institución de media prescripción con la normativa internacional en materia de imprescriptibilidad y de proporcionalidad de las penas, se corre el riesgo de volver a entender que el citado beneficio es procedente, pues la construcción que pretende deslegitimarlo (y que ha sido expuesta en el fallo en análisis) no parece capaz de salir airoso al paso de críticas dogmáticas.

Conclusión

En un Estado de derecho democrático y respetuoso con la dignidad del ser humano, nadie puede ser nunca definido como no persona, siendo el Derecho Penal un sistema de imputación cuyas reglas no pueden desvincularse de un contenido valorativo y concepción del ser humano y de la sociedad. Por lo que es indudable que la normativa propia de una desaparición forzada de personas por parte del Estado, debió estar siempre contemplada en nuestra legislación nacional y no imponer a los tribunales la obligación de juzgar este tipo de conductas como secuestro, delito que puede ser cometido en forma genérica por un particular.

Adicionalmente, el hecho que no se contemplara expresamente en un compromiso internacional suscrito por Chile, la imposibilidad de aplicar la media prescripción como atenuante a los delitos de lesa Humanidad, no quiere decir que el Estado Chileno no debiera excluir expresamente este beneficio de estos delitos que se tornan especialmente graves, por ser cometidos por el Estado, entidad encargada de la protección de las personas.

Por otra parte, no cabe duda que las penas resultantes de la aplicación de la prescripción gradual, por los delitos de lesa humanidad cometidos durante el Régimen Militar, que en su mayoría varían de 3 años y un día a 5 años de presidio menor, y que en definitiva se cumplen en libertad debido a los beneficios que concede la Ley n. 18.216, resultan irrisorias y desproporcionadas, contrariando así el mandato establecido en los mencionados instrumentos internacionales.

De forma tajante puede establecerse que la institución de la media prescripción en delitos de lesa humanidad conspira en la lucha contra la impunidad buscada para estos efectos por la comunidad internacional, existiendo de parte del Estado de Chile una violación de los principios de imprescriptibilidad y de proporcionalidad, que forman parte del denominado *ius cogens* o principios generales del derecho internacional.

Por último, no creemos que la solución siga la senda de derogar el artículo 103ª del Código Penal, puesto que es una reconocida garantía que parta en términos de paz social y seguridad jurídica, tratándose de delitos comunes, lo cual no acontece en el caso de los delitos de lesa humanidad, los cuales perduran en la memoria nacional e internacional y especialmente en la de las víctimas.

: ARTIGO APROVADO (13/06/2014) : *RECEBIDO EM 12/08/2013*

NOTAS

1 Práctica que deriva de la doctrina conocida como *Doctrina de la Seguridad Política*, profusamente difundida y puesta en práctica en los gobiernos dictatoriales y autoritarios a partir de la década de los 60 en América Latina. Una completa descripción del fenómeno: Padilla Ballesteros (2010, p. 15 y ss.).

2 Ragués menciona también que el artículo 5 de la "Convención Internacional de Naciones Unidas para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas", otorga carácter de "delito de lesa humanidad" a la desaparición forzada de personas cuando constituyan prácticas "sistemáticas y generalizadas" (RAGUÉS, 2010, p. 46).

3 La aplicación de concurso, que abarque como un solo delito el acto cometido es inaceptable, en atención a que el bien jurídico protegido se trata de la vida y libertad de las personas, valores esenciales a todo ser humano, así por tanto, el tipo penal se colma y agota con el atentado particular a cada una de las víctimas (RAFECAS, 2010, p. 82).

4 Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, v. 1, t. II, p. 746. Disponible en formato digital en el sitio web: <http://www.ddhh.gov.cl/ddhh_rettig.html>. Accedido el: 14 jun. 2013.

5 Idem.

6 Desarrollando el carácter vinculante de tal principio: Nogueira Alcalá (2008, p. 583 y ss.).

7 Corte Interamericana de Derechos Humanos, fallo "Almonacid Arellano y otro vs Chile", Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo n. 153, disponible en formato digital en el sitio web de la CIDH: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Accedido el: 21 jun. 2013.

8 Corte Interamericana de Derechos Humanos, fallo "La Cantuta vs Perú", Sentencia de fecha 29 de noviembre de 2006, párrafo n. 225, disponible en formato digital en el sitio web de la CIDH: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Accedido el: 21 jun. 2013.

9 Sentencia Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, causa n. 17.768, "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.", jun. 2005.

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos, fallo "La Masacre de la Rochela vs Colombia", Sentencia de fecha 11 de mayo de 2007, párrafo n. 191, disponible en formato digital en el sitio web de la CIDH: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.pdf>. Accedido el: 22 jun. 2013.

11 Establecer un período anterior a este no tendría sentido. Relatan Sofía Correa y otros acerca del funcionamiento del Poder Judicial durante el período de dictadura: "El Poder judicial, única rama constitucional que no sufrió descabezamiento, amén de no pronunciarse en defensa de los derechos conculcados, tampoco los protegió. De los 5.000 recursos de amparo presentados a los tribunales de justicia entre el 11 de septiembre de 1973 y comienzos de 1979, solo uno fue acogido" (CORREA, 2001, p. 283).

12 Corte Interamericana de Derechos Humanos, fallo "Almonacid Arellano y otro vs Chile", Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 129.

13 Es posible encontrar un estudio detallado y completo de los fallos dictados por la Corte suprema en casos de delitos de lesa humanidad en: Fernández; Sferrazza (2009, p. 319 y ss.).

14 Documento "Los Derechos Humanos y la Corte Suprema de Chile, su "Media Prescripción", ¿Un punto final encubierto? Carta dirigida al Presidente de la Corte Suprema de Chile, el 11 de septiembre de 2010 por la Asociación Americana de Juristas Valparaíso/Aconcagua. Disponible en: <http://www.aajvalparaisoaconcagua.cl/muestra_noticias.asp?id=ycgkox#up>. Accedido el: 22 jun. 2013.

15 Sentencia de la Corte Suprema de Chile, del 30 de julio de 2007, rol n. 3808-06.

16 Sentencia de la Corte Suprema de Chile, del 4 de agosto de 2010, rol n.7089-09.

17 Los fallos empleados en el presente trabajo que fueron dictados durante el período de 2008 a 2012, son los siguientes: 1) Resolución Corte Suprema en causa rol n. 2422/2008, dictada el 11 de diciembre de 2008; 2) Resolución Corte Suprema en causa rol n. 874/2008, dictada el 27 de enero de 2009; 3) Resolución Corte Suprema en causa rol n. 925/2009, dictada el 7 de septiembre de 2009; 4) Resolución Corte Suprema en causa rol n. 3378/2009, dictada el 29 de septiembre de 2009; 5) Resolución Corte Suprema en causa rol n. 2414/2010, dictada el 21 de abril de 2011; y 6) Resolución Corte Suprema en causa rol n. 288-12. dictada el 24 de mayo de 2012.

18 Considerando Cuarto, sentencia Corte Suprema, causa rol n. 874/2008. En el mismo sentido sentencia Corte Suprema, causa rol n. 975/2009.

19 Considerando Octavo, sentencia Corte Suprema, causa rol n. 2422/2008.

20 Considerando Primero, sentencia Corte Suprema, causa rol n. 2414/2010. En el mismo sentido, sentencia Corte Suprema, causa rol n. 3378/2009.

21 Considerando Séptimo, sentencia Corte Suprema, causa rol n. 2414/2010.

22 El artículo 141.º del Código Penal, antes de la modificación efectuada por la Ley n. 18.222 de 1983, establecía como circunstancia agravante del delito de secuestro, que el encierro o la detención se prolongare por más de 90 días, plazo que tras la citada modificación, fue rebajado a 15 días.

23 Guzmán (2009, p. 68) hace referencia a otra fórmula adoptada en fallos anteriores, que genera aún mayor perplejidad, la de determinar como inicio de plazo a partir del cual contar el curso de la prescripción gradual, la fecha en que el militar acusado, se acogió al retiro de filas, entendiéndose que al cesar el mando militar, acabó su poder delictivo dentro de la organización.

24 Es importante tener presente que los diversos tratados internacionales sobre la materia no establecen de manera originaria la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, sino que se limitan a *reconocer* tal característica, que debe su origen al Derecho Consuetudinario Internacional que integra el denominado *ius cogens*.

25 Punto expuesto en el apartado segundo del presente trabajo.

26 Zaffaroni de la misma manera explica que otros fundamentos de la prescripción, anclados a teorías retributivas de la pena o preventivas especiales, también están destinadas al fracaso, al no poder explicar tampoco el porqué de tal distinción.

27 El artículo 95.º establece que el término de la prescripción empieza a correr *desde el día en que se hubiere cometido el delito*. Mientras que el artículo 141constituye el título de imputación: *secuestro calificado*, agravado especialmente por la circunstancia que la privación de libertad de la víctima se haya prolongado más allá de 90 días.

28 Entre otros: Garrido Montt (2009, p. 390). Asimismo, Politoff; Matus; Ramírez (2004, p. 201); Guzmán (2009, p. 67); y Novoa (2005, p. 249 y ss.).

29 La referida sala, denominada también *Sala Penal*, se encontró integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., y el abogado integrante Sr. Luis Bates.

30 Sentencia de reemplazo, Corte Suprema, causa rol n. 288-2012, 24 de mayo de 2012. La sentencia se adoptó con mayoría de la sala, con un voto disidente: el voto en contra del Ministro Sr. Hugo Dolmestch, quien estuvo por no dictar sentencia de reemplazo en esta causa en razón de que estuvo por rechazar dicho recurso, manteniendo el fallo de segunda instancia dictado por la Corte de Apelaciones de Concepción, entendiendo la procedencia de la media prescripción. Se previene además que el Ministro Sr. Miltón Juica estuvo por elevar la sanción para los enjuiciados, fijando para cada uno de ellos la pena de diez años de presidio mayor en su grado mínimo, en atención a la naturaleza y gravedad del ilícito aquí investigado y solo acepta en tal caso, por favorecerles una atenuante, no aplicar el grado máximo.

31 Sentencia de casación, Corte Suprema, causa rol n. 288-2012, 24 de mayo de 2012.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: referencia al caso chileno. *Revista Ius et Praxis*, año 14, n. 2, Chile, 2008, p. 147-207

AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. La desaparición penal de personas como tipo penal autónomo. *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*. VV.AA., Bogotá: Editorial Temis, 2009.

BERGALLI, Roberto. *Sistema penal y problema social*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2003.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Barcelona: Editorial Ariel Derecho, 1986.

CORREA, Sofía, *et.al*. *Historia del siglo XX chileno.* Chile: Editorial Sudamericana, 2001.

DÍAZ, D.; MADARIAGA, C. Tercero ausente y familias con detenidos desaparecidos. *Cintras, Centro de Salud Mental y Derechos Humanos.* Chile, Serie Monografías, n. 10, 1993.

FERNÁNDEZ NEIRA, Karinna; SFERRAZZA TAIBI, Pietro. La aplicación de la prescripción gradual en casos de violaciones de Derechos Humanos. *Revista de Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Chile, año 7, n. 1, 2009.

FERNÁNDEZ, Karinna. Breve análisis de la jurisprudencia chilena, en relación a las graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar. *Revista de Estudios Constitucionales*, Talca, Chile, año 8, n. 1, 2010, p. 467-488.

GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial*. Santiago: Edit. Jurídica de Chile, 2009, t. III.

GIL GIL, Alicia. *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el estatuto de la Corte Penal*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. "Atención integral a víctimas de tortura en procesos de litigio. Aportes Psicosociales". San José, Costa Rica, 2007.

GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. Capítulo III: Chile. Ambos, Kai (Coord.): *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*. Bogotá: Editorial Temis.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas del Derecho Penal del futuro. Traducción Enrique Anarte Borrallo. *Revista Penal*, Universidad de Huelva, España, 1998, p. 37-41.

HORVITZ, María Inés. *Amnistía y prescripción en causas de violación de derechos humanos en Chile*. Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2006, p. 217-225

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIA, Manuel. *Derecho Penal del enemigo*. Madrid: Editorial Thomson/Civitas, 2003.

KÜNSEMULLER LOEBENFELDER, Carlos. *¿Tiene futuro el "bueno, viejo, y decente Derecho Penal Liberal"?* Nuevas tendencias del Derecho. Santiago: Editorial Lexis Nexis, 2003.

LLEDÓ VASQUEZ, Rodrigo. *Derecho Penal Internacional*. Chile: Ediciones Congreso, 2000.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. El secuestro como delito permanente ante el DL de amnistía. *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago: Universidad de Chile, año 2004, n. 5.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *De las prohibiciones probatorias, al Derecho Procesal Penal del Enemigo.* Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2008.

NOVOA MONREAL. *Curso de Derecho Penal Chileno*. Parte General, 3. ed. t. II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Informe en Derecho sobre precedentes jurisdiccionales en materia de media prescripción. *Revista Ius et Praxis*, Talca, Chile, año 14, n. 2, 2008.

PADILLA BALLESTEROS, Elías. *La memoria y el olvido. Detenidos desaparecidos en Chile*. Chile: Ediciones Orígenes, 2010.

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Editorial Jurídica de Chile, 2004.

POLITOFF, Sergio; TAPIA, Jorge. La concepción bélica de la política. *Plural 1. Aproximaciones al tema de la democracia*, Rotterdam, n. 1, abr.-jun. 1983, p. 19-35.

QUEZADA CABRERA, Hernan. *Comentario a la Sentencia dictada por la Corte Suprema en Caso Pratt*. Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile, n. 7, 2011.

RAFECAS, Daniel Eduardo. *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos.* Buenos Aires: Editorial Del Puerto, 2010.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. El delito de detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima: dificultades interpretativas de la regulación española. *Revista de Estudios de la Justicia*, Chile, n. 12, 2010, p. 43-59.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La Revolución de la Política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2000.

_____. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona: Editorial Bosch, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005.

Isabel González Ramírez

Abogada

Magíster en Derecho Penal

Egresada del Doctorado en Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso

Directora del Centro de Mediación y Arbitraje, Universidad Central de Chile

Universidad Central de Chile
Lord Cochrane, nº 417, Torre A, 4º piso
Santiago – RM – Chile
igonzalezr@ucentral.cl

Samuel Malamud Herrera

Abogado

Máster en Derecho Penal, Universidad de Sevilla

Cursando Doctorado en Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires

académico e investigador, Universidad Central de Chile

Universidad Central de Chile
Lord Cochrane, nº 417, Torre A, 4º piso
Santiago – RM – Chile
samuel.malamud@ucentral.cl

María Soledad Fuentealba Martínez

Psicóloga

Magíster en Mediación, Universidad Central de Chile

Cursando Doctorado en Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires

Académica e investigadora, Universidad Central

Universidad Central de Chile
Lord Cochrane, nº 417, Torre A, 4º piso
Santiago – RM – Chile
mfuentealbam@ucentral.cl

Florencio Pardo Montenegro

Abogado

Magíster en Derecho Penal, Universidad de Chile

Cursando Doctorado en Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires

Académico, Universidad Arcis

Universidad Central de Chile
Lord Cochrane, nº 417, Torre A, 4º piso
Santiago – RM – Chile
florenciopardo@gmail.com

A AVALIAÇÃO DO REGIME JURÍDICO DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ EM PORTUGAL

Susana Antas Fernandes Videira Branco, Joana Cristina Purvis Paixão Campos Carvalho, Tânia Cristina Piazentin Ferreira Mota da Silva e Pedro Miguel Alves Ribeiro Correia

EVALUATION OF PORTUGALS' LEGAL REGIME ON BAD-FAITH LITIGATION

RESUMO

Neste artigo, é apresentado o estudo subjacente ao relatório de avaliação do regime jurídico da litigância de má-fé levado a cabo pela Direção-Geral da Política de Justiça do Ministério da Justiça de Portugal, por meio do qual se procurou aferir acerca da adequação e eficácia do regime existente para evitar e/ou combater a prática de atos processuais inúteis, dilatórios ou que deturpam a realidade dos fatos. É feita uma análise do regime da litigância de má-fé, bem como a sua distinção de figuras afins, nomeadamente o abuso de direito de ação, a culpa *in agendo*, a taxa sancionatória excepcional e os incidentes anômalos. São apresentados os resultados das consultas efetuadas, mediante entrevista, aos profissionais do foro e abordadas as estratégias de resposta a esta problemática, existentes em outros países da União Europeia. Por fim, são apresentadas conclusões sobre a adequação do regime atual e algumas recomendações, relacionadas à necessidade de realização de um debate alargado e de conscientização da sociedade para os problemas resultantes da litigância de má-fé.

PALAVRAS-CHAVE

Litigância de má-fé; Regime jurídico; Direção-Geral da Política de Justiça; Rede de Cooperação Legislativa dos Ministérios da Justiça da União Europeia; Portugal.

ABSTRACT

This article presents the study underlying the evaluation report on the legal regime of bad-faith litigation, carried out by the Directorate-General for Justice Policy of the Portuguese Ministry of Justice, which aimed at verifying whether the current solutions to avoid the practice of procedural acts that have the sole purpose of delaying legal proceedings or omitting or misrepresenting facts are adequate and effective. The article analyzes the regime of the so-called bad faith litigation, as well as other regimes with similar purposes. It presents the results of interviews carried out amongst legal professionals and approaches the existing response strategies to this problem in other European Union countries. Finally, it presents conclusions about the adequacy of the regime to avoid the practice of procedural acts that have the sole purpose of delaying legal proceedings or omitting or misrepresenting facts and provides recommendations regarding the need to conduct an extensive debate and promote society awareness.

KEYWORDS

Bad-faith litigation; Legal regime; Directorate-General for Justice Policy; Network for Legislative Cooperation between the Ministries of Justice of the European Union; Portugal.

O torpe não pode ser útil e nada pode ser lícito não sendo honesto.
(CASTRO, 1616)

In civil proceedings, efficiency does not only depend on internal courts organization or on the way that proceedings are prescribed by law. The parties' behavior and the lawyers' role can have an impact on the length of the proceedings.
(EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE, 2008)

INTRODUÇÃO

O plano de atividades da Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ) para o ano de 2010 previu a elaboração de um relatório de avaliação do regime jurídico da litigância de má-fé, previsto nos artigos 456º a 459º do Código de Processo Civil (CPC) (Decreto-Lei nº 44.129, de 28 de dezembro de 1961). A fim de dar cumprimento a essa previsão, uma equipe formada pelos autores, então consultores do Departamento de Política Legislativa da referida Direção-Geral, procedeu à elaboração do estudo em referência (DGPJ, 2010), procurando aferir quanto à respectiva adequação e eficácia para evitar e/ou combater a prática de atos processuais inúteis, dilatórios ou que deturpam a realidade dos fatos.

Note-se, como ponto preliminar, que depois da elaboração do relatório em análise entrou em vigor o novo Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 41/2013, de 26 de junho. Contudo, a plena atualidade do estudo não é afetada, já que o novo Código reproduz, nos artigos 542º a 545º, praticamente sem alterações,[1] o regime da litigância de má-fé anteriormente existente.

A oportunidade deste estudo justifica-se à luz da ideia de que o acesso ao Direito e aos tribunais, constitucionalmente consagrado em Portugal, não será efetivo se as decisões não forem proferidas em prazo razoável.

A própria Convenção Europeia dos Direitos do Homem consagra no nº 1 do artigo 6º que:

> [...] toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente em prazo razoável por um tribunal independente e imparcial estabelecido por lei, o qual decidirá quer dos direitos dela e obrigações civis quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. (Lei nº 65/78, de 13 de outubro)

O artigo 5º da Convenção – ainda que com um campo de aplicação diferente – também estabelece regras para uma justiça célere.

Ora, de acordo com os principais indicadores divulgados *online* no Sistema de Informação das Estatísticas da Justiça (SIEJ), em 2010 e 2011, a duração média dos

processos cíveis findos nos tribunais judiciais de 1ª instância é de aproximadamente 29 meses.

No que concerne ao movimento processual cível, na última década (2003-2012), verificou-se um crescimento médio de 3,6% ao ano, no número de processos pendentes, sendo que em 31 de dezembro de 2012 tal número ascendia *grosso modo* a 1.525.000. Note-se que estes números são fortemente influenciados pelo peso das ações executivas que, em 2012, correspondiam a cerca de 1.255.000 processos pendentes.

É certo que a diminuição da pendência e a celeridade da decisão não devem ser vistas como valores em si mesmas, até porque a preocupação exclusiva com os números pode comprometer a qualidade das decisões judiciais. Simplesmente, sem prejuízo da relevância que deve ser atribuída à qualidade e à segurança das decisões, é indubitável que a celeridade, instrumento privilegiado de eficácia, não pode ser desconsiderada como fator de promoção e reforço da confiança da comunidade no sistema de Justiça.

Considerando a ausência de dados específicos sobre a utilização do instituto da litigância de má-fé nas Estatísticas da Justiça em Portugal e tendo em conta a conjuntura atual, de aumento da procura dos tribunais (porventura potenciada pelo difícil contexto socioeconômico do país, associado a um crescimento do incumprimento das obrigações), o debate sobre a adequação e eficácia do regime jurídico da litigância de má-fé para prevenir ou sancionar a prática de atos processuais inúteis, dilatórios ou que deturpam a realidade dos fatos assume, portanto, particular relevância, o que justificou o exercício preliminar de avaliação elaborado pela DGPJ.

A redação do relatório preliminar de avaliação deste regime jurídico foi precedida de um conjunto de entrevistas realizadas aos diversos profissionais do foro, incluindo magistrados judiciais, magistrados do Ministério Público, advogados e funcionários judiciais.

A concessão desse plano de consultas tinha como objetivo primacial avaliar se os profissionais consultados recorriam habitualmente ao regime da litigância de má-fé, se o consideravam adequado para evitar a utilização abusiva do processo e quais as principais dificuldades que este lhes suscitava.

Com o intuito de perceber a forma como a litigância de má-fé é evitada e sancionada em outros ordenamentos jurídicos, recorreu-se à Rede de Cooperação Legislativa dos Ministérios da Justiça da União Europeia (RCLUE-NCLEU) difundindo um questionário, em que se perguntou qual o tipo de resposta existente no país para evitar e/ou combater o uso reprovável dos meios processuais, solicitando-se uma breve explicação dos meios existentes, com indicação da sua natureza (legislativa ou outra) e uma tomada de posição acerca da sua adequação e eficácia.

Os dados recolhidos por essa via também constam do relatório de avaliação realizado, o qual está disponível para consulta, no sítio da DGPJ na internet (2010a; 2010b).

Pretende-se com o presente artigo contribuir para o lançamento da discussão pública em torno do instituto da litigância de má-fé, considerado fundamental pelos profissionais do foro consultados no âmbito do estudo.

1 O relatório preliminar

Cumprido o plano metodológico fixado, e no ponto anterior sumariamente descrito, procedeu-se à redação do relatório preliminar de avaliação, o qual contém a enunciação e a análise da situação normativa existente, os resultados das consultas realizadas, a exposição das diversas soluções existentes em outros Estados da União Europeia e a apresentação de conclusões e propostas de eventuais medidas, porventura aptas a tornar mais eficaz o regime jurídico em causa.

2 Caracterização da situação normativa existente – distinção de figuras afins

O instituto da litigância de má-fé, em estudo no relatório preliminar objeto deste artigo, distingue-se de outras figuras que visam, de igual modo, dissuadir comportamentos que atentam contra a boa-fé na tramitação processual.

Importa, assim, individualizar aquele instituto, separando-o de outros, como o abuso de direito de ação, a responsabilidade pela ação ou culpa *in agendo,* a taxa sancionatória excepcional e o agravamento da taxa de justiça nos incidentes anômalos.

2.1 Litigância de má-fé

Nos termos dos artigos 456º a 459º do Código de Processo Civil (correspondentes aos artigos 542º a 545º do novo Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 41/2013, de 26 de junho, doravante, NCPC), quem litigar de má-fé será condenado a pagamento de multa e indenização à parte contrária, se esta o pedir.

A multa é fixada dentro dos limites estabelecidos no Regulamento das Custas Processuais (RCP),[2] entre 0,5 e 5 unidades de conta (UC) – artigo 27º, nº 1, do RCP. Em casos excepcionalmente graves, poderão tais multas atingir as 10 UC (artigo 27º, nº 2, do RCP).

Já a indenização consiste, por força do disposto no artigo 457º (correspondente ao artigo 543º do NCPC), no reembolso das despesas a que a má-fé do litigante tenha obrigado a parte contrária, incluindo os honorários dos mandatários e, eventualmente, também na satisfação dos demais prejuízos em consequência, direta ou mediata, da má-fé.

O nº 2 do artigo 456º (correspondente ao nº 2 do artigo 542º do NCPC), por seu turno, considera litigante de má-fé quem com dolo ou negligência grave:

a) tiver deduzido pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar;

b) tiver alterado a verdade dos fatos ou omitido fatos relevantes para a decisão da causa;

c) tiver praticado omissão grave do dever de cooperação;

d) tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objetivo ilegal, impedir a descoberta da verdade, entorpecer a ação da justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão.

A litigância de má-fé apresenta, assim, especificidades quanto à conduta sancionada, à culpa e às consequências.[3]

Por força da base legal citada, só são ilícitas as atuações previstas no nº 2 do referido artigo. Quanto à culpa, aspecto que interessa particularmente assinalar, o artigo 456º do CPC (correspondente ao artigo 542º do NCPC) apenas castiga o litigante de má-fé que atue com dolo ou com negligência grave. Por seu turno, a sanção prevista, isto é a multa, não depende da existência de danos causados à outra parte. Já a indenização dos prejuízos causados pela atuação processual é eventual e limitada. Nestes termos, e ao contrário da opção assumida no artigo 465º do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei nº 29.637, de 28 de maio), o regime em vigor sanciona, desde 1995, a par da litigância dolosa, a litigância temerária, na qual as regras de boa-fé que devem nortear a conduta processual das partes são violadas com culpa grave ou erro grosseiro. De salientar, ainda, que a lei processual civil censura a litigância de má-fé, independentemente do resultado. Em uma palavra, o dano não é pressuposto da aplicação da sanção prevista.

Da decisão que condene por litigância de má-fé, independentemente do valor da causa, é sempre admitido recurso em um grau, *i.e.*, da 1ª instância para o tribunal da Relação ou deste, quando julgue em 1º grau, para o Supremo Tribunal de Justiça (nº 3 do artigo 456º; correspondente ao nº 3 do artigo 542º do NCPC).

Quando a parte é patrocinada por mandatário judicial e este teve responsabilidade pessoal e direta nos atos pelos quais se revelou a má-fé na causa, o juiz deve dar conhecimento do fato à Ordem dos Advogados ou à Câmara dos Solicitadores, entidades às quais cabe aplicar a sanção disciplinar que no caso couber. É a disciplina do artigo 459º (correspondente ao artigo 545º do NCPC).[4] Chega-se mesmo a afirmar que "quando a parte é patrocinada por mandatário judicial, dificilmente este não será responsável por algum tipo de atuação de má-fé" (FREITAS *et al.*, 2008, p. 227).[5]

Uma última nota para referir que a condenação como litigante de má-fé deve ser precedida do contraditório, em obediência ao disposto no artigo 3º, nº 3, que proíbe as denominadas *decisões-surpresa*, posição esta sobejamente sublinhada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional, cujo elenco de decisões é apresentado por José Lebre

de Freitas, Montalvão Machado e Rui Pinto (FREITAS *et al.*, 2008, p. 222-223). Assim, quando não tenha sido objeto de discussão entre as partes, deve o tribunal, antes de proferir a decisão de condenação, proporcionar o contraditório, ouvindo, em particular, a parte contra a qual tem intenção de proferir a condenação como litigante de má-fé.

De qualquer modo, a litigância de má-fé assume-se, hoje, como um instituto processual, de tipo público e que visa ao imediato policiamento do processo. Não se trata de uma manifestação de responsabilidade civil, que visa à supressão de danos, ilícita e culposamente causados a outrem, por meio de um comportamento processual. Corresponde, antes, a um subsistema sancionatório próprio (CORDEIRO, 2011, p. 28).

Por outras palavras, tal como está configurado atualmente, o instituto da litigância de má-fé visa permitir ao juiz, quando necessário, proceder a uma *disciplina* imediata do processo, oferecendo resposta para atitudes aberrantes, iniquidades óbvias, erros grosseiros ou entorpecimento evidente da justiça. Cumpre saber se tais objetivos estão a ser eficazmente cumpridos, o que justifica o referido exercício de avaliação.

2.2 Outros institutos

2.2.1 Abuso de direito de ação

Seguindo a lição da doutrina que mais recentemente se vem debruçando sobre o tema, desde o já citado António Menezes Cordeiro e Ana Paula Costa e Silva, passando por Pedro de Albuquerque, a litigância de má-fé não é o único instituto jurídico que permite reagir à utilização ilegítima da ação judicial (ALBUQUERQUE, 2006; SILVA, 2008; CORDEIRO, 2011).

Também o abuso de direito, com base legal no artigo 334º do Código Civil (Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro), constitui uma fórmula jurídica tradicional para exprimir a ideia do exercício disfuncional de posições jurídicas. Assume, assim, uma natureza objetiva, tratando-se de uma atuação humana estritamente conforme com as normas jurídicas imediatamente aplicáveis, mas que, apesar disso, se apresenta ilícita por contrariedade ao sistema, na sua globalidade.[6] Entende, por isso, a doutrina que o abuso de direito é claramente aplicável ao direito de ação judicial e, mais latamente, ao exercício de quaisquer posições no processo (CORDEIRO, 2011, p. 83).

Por consequência, nos casos em que não haja coincidência de pressupostos – porque se existirem, a litigância de má-fé, como regime especial, deve sobrepor-se ao abuso de direito, de ordem geral –, o abuso de direito de ação pode justificar mesmo a propositura de uma ação *ad hoc*, destinada a apreciar a situação abusiva.

O abuso de direito perfila-se, assim, a par do regime jurídico da litigância de má-fé, como mais um instrumento jurídico passível de ser utilizado para responsabilizar a prática culposa de atos processuais ou a violação de deveres adjetivos, transcendendo, porém, em muito, as margens estreitas da litigância de má-fé, porquanto, em termos

materiais, é potencialmente aplicável a qualquer violação da boa-fé, dolosa ou negligente, desde que existam danos, quaisquer que eles sejam. Acresce que o abuso de direito permite responsabilizar quer as pessoas físicas, quer as coletivas.[7]

De notar, porém, que, ao contrário da litigância de má-fé, que apresenta um escopo primacialmente punitivo e público, podendo funcionar oficiosamente, o abuso de direito tem uma finalidade preponderantemente privada, em que o tipo de previsão se funda em um conceito indeterminado, e que é de funcionamento oficioso, embora dentro do pedido.

Logo, o abuso de direito de ação faculta aos interessados e, dentro de certa margem, ao próprio tribunal, sancionar as condutas que, embora legitimadas pelo exercício de direitos, se apresentam, todavia, como disfuncionais e contrárias aos princípios gerais de direito.

2.2.2 A culpa *in agendo*

Outro instituto que o ordenamento jurídico português oferece para reagir ao exercício abusivo do direito de ação é a *culpa in agendo* ou a responsabilidade pela ação, assente nos artigos 798º e seguintes, e 483º do Código Civil.

Com efeito, o exercício do direito ao processo pode resultar de um incumprimento contratual (artigos 798º e seguintes) – quando, por exemplo, traduza a inobservância de uma convenção arbitral – ou da violação dos mais diversos direitos subjetivos, desde o direito ao bom nome e reputação, ao direito ao patrimônio e à iniciativa econômica, por exemplo, por meio de um pedido de insolvência sem que se verifiquem os pressupostos legais, mas que conduza à paralisação da entidade requerida, caindo, então, na disciplina do nº 1 do artigo 483º.

De notar, porém, que o instituto em referência diverge dos anteriores, *maxime* da litigância de má-fé atendendo ao seu escopo essencialmente privado e ressarcitório. Esta figura assenta em previsão baseada em fórmulas genéricas, está subordinada a pedido e destina-se a obter indenização, a qual segue as regras gerais. Assim, a culpa *in agendo* permite aos lesados por ações judiciais iníquas e injustificadas o ressarcimento de todos os danos patrimoniais, ilícita e culposamente causados, bem como, nas circunstâncias equivalentes, à compensação por eventuais danos morais.

2.2.3 Taxa sancionatória excepcional

O ordenamento jurídico em vigor consagra, ainda, outros instrumentos passíveis de serem utilizados para reagir contra determinadas atuações adjetivas ilícitas e censuráveis.

É o caso da taxa sancionatória excepcional,[8] prevista no artigo 447º-B do CPC (correspondente, com alterações, ao artigo 531º do NCPC), onde se lê:

> Por decisão fundamentada do juiz, e em casos excepcionais, pode ser aplicada uma taxa sancionatória aos requerimentos, recursos, reclamações, pedidos de

> retificação, reforma ou de esclarecimento quando estes, sendo considerados manifestamente improcedentes: a) Sejam resultado exclusivo da falta de prudência ou diligência da parte, não visem discutir o mérito da causa e se revelem meramente dilatórios; ou b) Visando discutir também o mérito da causa, sejam manifestamente improcedentes por força da existência de jurisprudência em sentido contrário e resultem exclusivamente da falta de diligência e prudência da parte.

Esta taxa de justiça excepcional – variável entre 2 e 15 UC (artigo 10º do RCP) – é, por força da disposição suprarreproduzida, aplicável a várias pretensões processuais que se afigurem manifestamente improcedentes e meramente dilatórias, aduzidas pelos sujeitos processuais com falta de prudência ou diligência. Compulsando a disposição em causa, é mister considerar que o respectivo fundamento está na manifesta improcedência das referidas pretensões processuais, expressando as suas duas alíneas a causa subjetiva e objetiva da respectiva formulação.

Com efeito, em virtude do disposto na alínea *a* do artigo 447º-B, para efeitos da eventual aplicação da taxa sancionatória excepcional, as pretensões dos sujeitos processuais, por não se destinarem a discutir o mérito da causa, devem assumir-se como meramente dilatórias e serem o resultado da falta de diligência ou prudência de quem a elas recorre. Já, por força alínea *b* do mesmo dispositivo, tais pretensões devem visar à discussão do mérito da causa, decorrendo a sua improcedência da existência de jurisprudência contrária e sendo a sua formulação apenas consequência de conduta negligente ou dolosa do sujeito processual que a formulou.[9]

2.2.4 Incidentes anômalos

No anterior Código das Custas Judiciais (aprovado pelo Decreto-Lei nº 224-A/96, de 26 de novembro, na redação dada pelo Decreto-Lei nº 324/2003, de 27 de dezembro), previa-se no nº 1 do artigo 16º (*Taxa de justiça em outras questões incidentais*) que:

> [...] nas ocorrências estranhas ao desenvolvimento normal da lide que devam ser tributadas segundo os princípios que regem a condenação em custas e na incompetência relativa, nos impedimentos, nas suspeições, na habilitação, na falsidade, na produção antecipada de prova, no desentranhamento de documentos, bem como noutras questões incidentais não referidas no artigo 14º, a taxa de justiça é fixada pelo juiz em função da sua complexidade, do valor da causa, do processado a que deu causa ou da sua natureza manifestamente dilatória, entre 1 UC e 20 UC.

Esta norma conferia ao juiz um poder acrescido de gestão e disciplina da tramitação do processo, não sendo necessário aguardar pelo desfecho da lide para sancionar eventuais comportamentos de abuso processual.

Com a entrada em vigor do RCP, em 20 de abril de 2009, a tributação dos procedimentos ou incidentes anômalos passou a estar dependente da verificação cumulativa de pressupostos mais exigentes, a saber, que aqueles "possam ter sede em articulado ou requerimento autónomo, deem origem à audição da parte contrária e imponham uma apreciação jurisdicional de mérito" (artigo 7º, nº 6).

Esta redação veio, assim, restringir o "campo de aplicação de custas por incidentes, no RCP" (VALLES, 2009, p. 80), sendo em algumas situações possível colmatar esta restrição por meio de aplicação da taxa sancionatória excepcional.

A restrição pode não ser tão acentuada se se entender, como Salvador da Costa, que "a referência à implicação de apreciação jurisdicional de mérito não significa que o incidente ou procedimento deva envolver uma questão de direito substantivo, não excluindo a envolvência de apreciação de meras decisões de questões processuais" (COSTA, 2011, p. 218).

3 Resultados das consultas

3.1 Entrevistas aos profissionais do foro

O relatório a que se refere este artigo procurou apresentar os principais resultados obtidos nas 58 consultas realizadas e que se distribuíram do seguinte modo: 12 realizadas com magistrados judiciais dos tribunais de 1ª instância, 38 com magistrados do Ministério Público,[10] seis com advogados e duas com funcionários judiciais.

No que diz respeito à aplicação prática do regime da litigância de má-fé, a larga maioria dos magistrados judiciais e dos advogados consideram que esta é muito pouco frequente. Já os magistrados do Ministério Público dividem-se, considerando cerca de 2/3 dos entrevistados que o instituto tem aplicação prática e 1/3 que a aplicação é pouco frequente.

Atentando nas respostas quanto às principais dificuldades sentidas na aplicação do regime da litigância de má-fé, constata-se que as várias categorias de profissionais do foro apontam, em linhas gerais, os mesmos constrangimentos, embora a relevância atribuída a cada um destes difira.

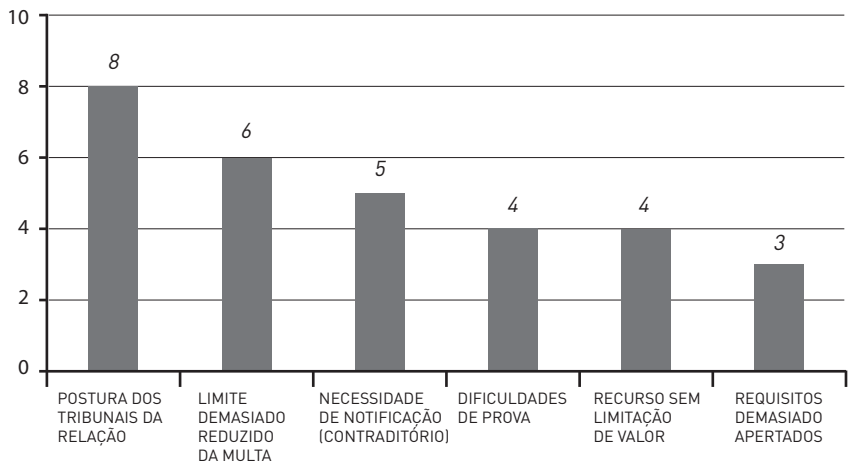
A maioria dos consultados considera que as normas do artigo 456º e seguintes do CPC (correspondentes aos artigos 542º e seguintes do NCPC) estão bem construídas, não carecendo de alteração. Assim, as principais dificuldades apontadas pelos vários operadores, de acordo com o ilustrado nas figuras seguintes (Figuras 1 a 3), não são legislativas, mas sim:

i) as dificuldades de prova, associadas, por vezes, à própria necessidade de conduzir um novo julgamento apenas para produção de prova quanto aos requisitos da litigância de má-fé;

ii) o valor reduzido da multa potencialmente aplicável. Os magistrados foram, de forma geral, muito críticos em relação à diminuição dos valores da multa, operada pelo Regulamento das Custas Processuais, qualificando os valores atuais como *irrisórios, ridículos e que dão vontade de rir*. Referiram mesmo que, tratando-se de um valor tão baixo, compensa arriscar litigar de má-fé, já que, na pior das hipóteses, se for condenado, o máximo que poderá ter de pagar são 1020 euros; e

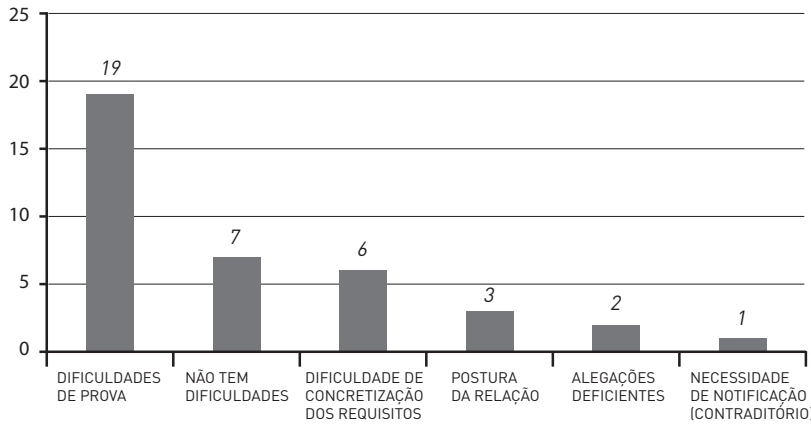
iii) a postura dos tribunais da Relação que, segundo os consultados, revelam alguma resistência na condenação por litigância de má-fé, o que leva a que os juízes de 1ª instância se coíbam de aplicar o instituto com receio de verem as suas decisões revogadas.

FIGURA 1 – **NÚMERO DE MAGISTRADOS JUDICIAIS QUE REFERIU CADA UMA DAS DIFICULDADES DE APLICAÇÃO DO REGIME**



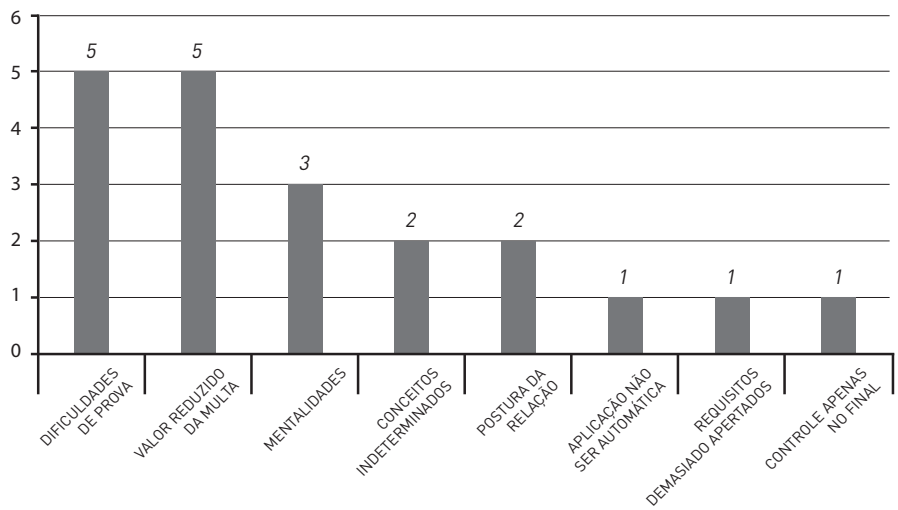
Fonte: Direção-Geral da Política de Justiça, 2010.

FIGURA 2 – **NÚMERO DE MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE REFERIU CADA UMA DAS DIFICULDADES DE APLICAÇÃO DO REGIME**



Fonte: Direção-Geral da Política de Justiça, 2010.

FIGURA 3 – **NÚMERO DE ADVOGADOS QUE REFERIU CADA UMA DAS DIFICULDADES DE APLICAÇÃO DO REGIME**



Fonte: Direção-Geral da Política de Justiça, 2010.

3.2 Meios de resposta existentes em outros países

Das respostas recebidas dos Estados-membros da RCLUE- NLCEU – Áustria, Bélgica, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Finlândia, França, Letônia, Lituânia, Reino Unido e Suécia –, foi possível constatar que todos têm normas destinadas a evitar a prática de atos processuais que visam atrasar a ação judicial, que omitem ou deturpam a realidade dos fatos, dificultando, assim, a realização da justiça, ainda que, na maior parte dos ordenamentos, as normas aplicáveis tenham um caráter geral e não regulem especificamente a litigância de má-fé tal como esta se encontra configurada no ordenamento jurídico português (DGPJ, 2010b).

As principais sanções utilizadas neste contexto são as multas, as indenizações, a responsabilidade por custas e/ou despesas da parte contrária, independentemente do desfecho da lide, e a preclusão do exercício de direitos.

Em alguns casos, prevê-se, como forma de garantir o andamento célere do processo, medidas compulsórias tais como detenção para efeitos de comparência no tribunal, ou para prestação da colaboração devida, e a ordem de saída do local da diligência, por comportamento desordeiro.

De referir, dada a sua peculiaridade, o regime do Reino Unido, onde quem litiga habitual e persistentemente sem qualquer fundamento legal é objeto de uma decisão judicial que o impede de propor ações sem autorização prévia do tribunal.

4 As conclusões do relatório preliminar

Conforme enunciado na introdução, o objetivo do relatório preliminar em apreço era o de concluir quanto à adequação e eficácia do instituto jurídico da litigância de má-fé para evitar e/ou combater a prática de atos processuais inúteis, dilatórios ou que deturpam a realidade dos fatos.

O estudo doutrinário efetuado e o processo de consultas desenvolvido levaram à conclusão de que o regime da litigância de má-fé, consagrado nos artigos 456º e seguintes do CPC (correspondente aos artigos 542º e seguintes do NCPC), tem alguma eficácia. Não obstante, registra-se uma aplicação restritiva do instituto, em obediência à ideia, que marca, desde logo, a jurisprudência dos tribunais superiores, secundada pelos magistrados entrevistados, de que este deve ser utilizado, apenas, para comportamentos que configurem exercício abusivo *manifesto* do direito de ação ou de defesa *lato sensu*.

No que diz respeito à forma como o regime jurídico da litigância de má-fé está construído, constata-se que este apresenta constrangimentos, relevando, nomeadamente, as dificuldades probatórias dos respectivos pressupostos. Com exceção de um aspecto que trataremos em seguida, estes constrangimentos não reclamam, todavia, uma intervenção urgente do legislador.

O único aspecto do regime da litigância de má-fé que se conclui carecer de atenção urgente por parte do legislador é o limite máximo da multa a aplicar em sede de

condenação por litigância de má-fé, que, conforme é patente nas entrevistas realizadas, é considerado manifestamente insuficiente, quase irrisório, e, por isso mesmo, dificilmente inibidor de um comportamento processual censurável. A manutenção desse limite é, aliás, de difícil justificação quando o regime criado para a taxa sancionatória excepcional – que tem como pressuposto uma avaliação da prática de atos isolados – prevê, *ab initio*, uma penalização mais gravosa do que a associada à litigância de má-fé, que assenta em uma avaliação negativa da globalidade da intervenção da parte. Uma alteração legislativa que reveja o limite máximo da multa a aplicar em sede de condenação por litigância de má-fé permitirá, sem dúvida, oferecer maior eficácia ao regime, dissuadindo, mais eficientemente, comportamentos processuais abusivos e justificando a sua aplicação pelos tribunais.

Do estudo realizado, conclui-se, ainda, que as possibilidades que a lei portuguesa consagra para evitar e reprimir comportamentos processualmente censuráveis, algumas das quais deficientemente conhecidas por parte dos utilizadores da Justiça, justificam a sua ampla divulgação, nomeadamente, por meio da discussão pública do tema, que envolva, não só os profissionais do foro, mas também a doutrina que mais se tem debruçado sobre o tema.

5 Recomendações

Concluindo-se que o instituto da litigância de má-fé atualmente existente tem de ser aplicado com o maior rigor, a fim de poder contribuir, de forma decisiva, para a realização da Justiça em tempo útil, foram formuladas algumas recomendações finais, com as quais se termina o relatório preliminar em análise.

Parece imprescindível uma alteração pontual de regime, elevando o montante da multa potencialmente aplicável para os níveis previstos no artigo 102º, alínea *a*, do Código das Custas Judiciais,[11] ou seja, entre 2 e 100 UC.

Resulta dos dados recolhidos que uma discussão dogmática sobre o tema, preparatória de uma ampla reforma legislativa, pode ter efeitos perniciosos, concorrendo para uma acrescida ineficácia do regime, para além de comprometer a certeza e a segurança jurídicas.

Sugeriu-se, ainda, tendo em vista a conscientização, não só dos profissionais do foro, mas de todos os utilizadores da Justiça, uma ampla divulgação do regime, despertando as consciências para os problemas resultantes da sua invocada ineficácia, por meio da realização de debates públicos sobre o tema, foi realizada durante o ano de 2011.

Dando cumprimento a esta última recomendação, realizou-se, no dia 3 de maio de 2011, uma primeira conferência subordinada ao tema *O regime jurídico da litigância de má-fé em avaliação*, no auditório do Centro de Estudos Judiciários, em Lisboa, organizada conjuntamente pela Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ) e pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ). Pretendeu-se, com essa sessão de apresentação do relatório

preliminar de avaliação do regime da litigância de má-fé dar início a um amplo processo de discussão pública sobre o tema, que deve envolver não só a academia e os profissionais do foro, mas também todos os utilizadores da Justiça, despertando as consciências para os problemas resultantes de iniciativas e atuações processualmente danosas.

Também com esse propósito de debate aprofundado foi criado, e está disponível no sítio da internet da DGPJ, um espaço permanente, onde qualquer interessado pode deixar o seu contributo ou opinião sobre este regime jurídico.[12]

: ARTIGO APROVADO (04/06/2014) : *RECEBIDO EM 04/02/2014*

1 A única alteração introduziu-se na eliminação, no artigo relativo à responsabilidade do representante (544º no atual Código e 458º no anterior), da referência às pessoas coletivas. Assim, atualmente, apenas quando a parte for um incapaz, a responsabilidade das custas, da multa e da indenização recai sobre o seu representante que esteja de má-fé na causa. Este parâmetro não foi, no entanto, objeto do presente estudo.

2 O RCP foi aprovado pelo Decreto-Lei nº 34/2008, de 26 de fevereiro. Tal diploma, além de revogar o Código das Custas Judiciais, introduz alterações significativas no Código de Processo Civil (CPC), no Código do Processo Penal (CPP), no Código de Procedimento e de Processo Tributário e em outros normativos como o Código do Registo Predial e o Decreto-Lei nº 108/2006, de 8 de junho, que aprova o regime processual experimental.

3 Com efeito, por força do regime jurídico em vigor, relevam para efeitos de penalização da litigância má-fé três tipos de atuação substantiva e um de natureza eminentemente processual. A título de atuação substancial importam, nos termos do disposto nas alíneas *a, b* e *c* do já citado nº 2 do artigo 456º do CPC (correspondente ao 542º do NCPC), deduzir pretensão ou oposição cuja falta de fundamento se não deva ignorar; alterar a verdade dos fatos ou omitir fatos relevantes para a decisão da causa e a omissão grave do dever de cooperação. Quanto à conduta de natureza processual, o tipo legal apela a um uso manifestamente reprovável do processo ou dos meios processuais, com um de três fins: conseguir um objetivo ilegal, impedir a descoberta da verdade ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão.

4 De notar que particularmente o Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA) contém regras que relevam neste contexto, *v.g.,* o artigo 85º nº 2, alíneas *a* e *b*, que consideram deveres do advogado para com a comunidade o de não advogar contra o direito, não usar de meios ou expedientes ilegais, nem promover diligências reconhecidamente dilatórias, inúteis ou prejudiciais para a correta aplicação da lei ou a descoberta da verdade, bem como o de recusar o patrocínio a questões que considere injustas. A violação, dolosa ou meramente culposa, destes deveres constitui infração disciplinar (artigo 110º do mesmo diploma), sendo o poder disciplinar exercido pelos conselhos de deontologia e pelo Conselho Superior da Ordem dos Advogados (artigos 54º, alínea *a* e 43º, nº 1, alínea *a* e 3, alíneas *a* e *b* do mesmo Estatuto).

5 Sem prejuízo de a deturpação ou a omissão dos fatos relevantes da causa serem, em princípio, mais imputáveis à parte do que ao seu mandatário, que se presume ter sido por ela deficientemente informado (FREITAS *et al.*, 2008, p. 227).

6 A jurisprudência tem sido determinante na concretização do abuso de direito (CORDEIRO, 2011, p. 81).

7 Por exemplo, associações, empresas ou fundações, legalmente autorizadas.

8 Por meio da leitura do preâmbulo do Decreto-Lei nº 34/2008, de 26 de fevereiro, depreende-se que é objetivo da consagração deste instituto criar um mecanismo de penalização dos intervenientes processuais que, por motivos dilatórios, bloqueiam os tribunais com recursos e requerimentos manifestamente infundados. É precisamente para estes casos que o Regulamento em referência vem atribuir ao juiz o poder de fixar uma taxa sancionatória excepcional, com caráter sancionatório.

9 A taxa sancionatória excepcional, de criação relativamente recente, tem sido alvo de críticas, sobretudo por parte da doutrina processual civil. Com efeito, algumas são as fragilidades do regime e a sobreposição evidente com os pressupostos da litigância de má-fé não acompanhada por idêntico desvalor jurídico – considerando o fato de à taxa sancionatória excepcional corresponder uma sanção mais grave do que a que está prevista para a condenação por litigância de má-fé – é apenas uma delas. Outras dúvidas se colocam, designadamente as de saber se esta taxa de justiça excepcional constitui uma verdadeira taxa ou se, pelo contrário, assume a natureza jurídica de uma multa ou sanção e se esta acresce ou se substitui à taxa de justiça relativa às espécies processuais a que a lei se reporta. Também a utilização, no proêmio do artigo, das expressões *em casos excepcionais* e *pode ser aplicada* são objeto de reparo, porquanto, no primeiro caso, a lei expressa os pressupostos de aplicação da sanção nela prevista e, no segundo, tal formulação parece sugerir a ideia de poder discricionário do juiz, o que não é, segundo cremos, a solução legalmente pretendida. De questionar, ainda, na alínea *b* do artigo 447º-B, a relevância atribuída à jurisprudência em contrário, sendo certo que as decisões dos tribunais, mesmo os superiores, não constituem fonte de direito em Portugal. Tal previsão pode, ademais, funcionar como um obstáculo a um patrocínio livre e criativo. De resto, o recurso, em larga escala, a conceitos indeterminados – tais como *manifesta improcedência*, *resultado exclusivo da falta de prudência ou diligência* e *meramente dilatório* pode implicar uma escassa aplicação do preceito, por virtude de dificuldade de concretização. Também a solução – idêntica à prevista para a litigância de má-fé – de condenar a parte e não o mandatário ao pagamento da taxa sancionatória excepcional pode, na prática, dissuadir o decisor de recorrer a este instrumento. Particularmente, Ana Paula Costa e Silva tem questionado a própria conformidade constitucional da taxa sancionatória excepcional, por a mesma poder não passar pelo apertado crivo do artigo 18º, nº 2 da CRP e por não assegurar a garantia do contraditório ou, na sua refração negativa, a proibição da indefesa (SILVA, 2008, p. 273-287). As dificuldades maiores prendem-se, na ótica desta autora, com o fato de a aplicação da taxa sancionatória estar dependente da ponderação de um elemento subjetivo, porquanto só é devida se o ato praticado for resultado exclusivo da falta de prudência ou de diligência da parte. Por consequência, é neste ponto que a taxa se aproxima muito claramente da multa ou sanção, sendo o seu pagamento devido não porque o ato seja objetivamente inadmissível, mas porque a conduta da parte merece censura ou reprovação. No entendimento da Professora de Direito, a angariação de tributo cede, aqui, com toda a evidência. Esta finalidade é absolutamente marginal. Eis porque entende que tal elemento afasta a possibilidade de a denominada taxa sancionatória ser considerada uma verdadeira taxa, aproximando-a, inequivocamente, das sanções ou penas civis (SILVA, 2008, p. 280).

10 O número significativamente superior de contributos do Ministério Público fica a dever-se ao fato de as procuradorias-gerais distritais, solicitadas a colaborar, terem indicado um número elevado de magistrados, que se disponibilizaram a remeter as suas respostas por escrito.

11 Revogado pelo Decreto-Lei nº 34/2008, que aprovou o RCP.

12 Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/o-regime-juridico-da6382>.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Pedro de. *Responsabilidade processual por litigância de má-fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de atos praticados no processo:* a responsabilidade por pedido infundado de declaração da situação de insolvência ou indevida apresentação por parte do devedor. Coimbra: Almedina, 2006.

CASTRO, Fernando Alvia de. *Verdadeira razão de Estado:* discurso político [1616]. Lisboa: Principia, 2009.

CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa "in agendo"*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2011.
COSTA, Salvador da. *Regulamento das custas processuais, anotado e comentado.* 3. ed. Coimbra: Almedina, 2011.
DIREÇÃO-GERAL DA POLÍTICA DE JUSTIÇA (DGPJ). *Regime jurídico da litigância de má-fé:* estudo de avaliação de impacto. Lisboa: Ministério da Justiça de Portugal, 2010a. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/avaliacao-do-impacto/estudos-da-dgpj/estudo-de-avaliacao-de/downloadFile/attachedFile_f0/Relatorio_de_avaliacao.pdf?nocache=1291736795.95>. Acesso em: 5 out. 2013.
_____. Anexo 2: mecanismos previstos noutros ordenamentos jurídicos. *Regime jurídico da litigância de má-fé:* estudo de avaliação de impacto. Lisboa: Ministério da Justiça de Portugal, 2010b. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/avaliacao-do-impacto/estudos-da-dgpj/estudo-de-avaliacao-de/downloadFile/attachedFile_2_f0/Contributos_RCLUE.pdf?nocache=1291736795.95>. Acesso em: 6 out. 2013.
EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE. *European judicial systems – Edition 2008 (2006 Data):* efficiency and quality of justice. Council of Europe, 2008. Disponível em: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1942681&SecMode=1&DocId=1314568&Usage=2>. Acesso em: 5 out. 2013.
FREITAS, José Lebre de; MACHADO, A. Montalvão; PINTO, Rui. *Código de Processo Civil Anotado.* 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, v. 2º, artigos 381º a 675º.
PORTUGAL. Lei nº 41/2013, de 26 de junho. *Diário da República*, 1ª série, nº 121, de 26 de junho de 2013.
_____. Regulamento das custas processuais, Decreto-Lei nº 34/2008, de 26 de fevereiro. *Diário da República*, 1ª série, nº 40, de 26 de fevereiro de 2008.
_____. Código das custas judiciais, Decreto-Lei nº 224-A/96, de 26 de novembro. *Diário da República*, 1ª série, nº 274, de 26 de novembro de 1996.
_____. Convenção Europeia dos Direitos do Homem, aprovada para ratificação pela Lei nº 65/78, de 13 de outubro. *Diário da República*, 1ª série, nº 236, de 13 de outubro de 1978.
_____. Código Civil, Decreto-Lei nº 47344, de 25 de novembro. *Diário da República*, 1ª série, nº 274, de 25 de novembro de 1966.
_____. Código de Processo Civil, Decreto-Lei nº 44129, de 28 de dezembro de 1961. *Diário da República*, 1ª série, nº 299, de 28 de dezembro de 1961.
_____. Código de Processo Civil, Decreto-Lei nº 29637, de 28 de maio. *Diário da República*, 1ª série, nº 123, de 28 de maio de 1939.
SILVA, Ana Paula Costa e. *A litigância de má-fé*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
VALLES, Edgar. *Custas processuais.* 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

Susana Antas Fernandes Videira Branco

Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa (UL)
Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL)
Diretora-Geral da Política de Justiça (DGPJ) do Ministério da Justiça de Portugal

Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ)
Av. D. João II, n.º 1.08.01 E, Torre H, Pisos 2/3
1990-097
Lisboa – Portugal
susanavideira@dgpj.mj.pt

Joana C. Purvis Paixão Campos Carvalho

Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Nova de Lisboa (NOVA)
Jurista do Banco de Portugal

Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ)
Av. D. João II, n.º 1.08.01 E, Torre H, Pisos 2/3
1990-097
Lisboa – Portugal
joanappcampos@gmail.com

Tânia C. Piazentin Ferreira Mota da Silva

Licenciada em Direito pela Universidade de Lisboa (UL)
Adjunta do Secretário de Estado da Justiça de Portugal

Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ)
Av. D. João II, n.º 1.08.01 E, Torre H, Pisos 2/3
1990-097
Lisboa – Portugal
tania.piazentin@gmail.com

Pedro Miguel Alves Ribeiro Correia

Doutor em Ciências Sociais na Especialidade de Administração Pública pela Universidade Técnica de Lisboa (UTL)
Professor do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas (ISCSP) da Universidade de Lisboa (ULisboa)
Investigador integrado no Centro de Administração e Políticas Públicas (CAPP), ISCSP-ULisboa
Consultor da Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ) do Ministério da Justiça de Portugal

Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ)
Av. D. João II, n.º 1.08.01 E, Torre H, Pisos 2/3
1990-097
Lisboa – Portugal
pcorreia@iscsp.ulisboa.pt

ANOTAÇÕES

EDITORIAL POLICY

REVISTA DIREITO GV *(DIREITO GV Law Review)* is a journal that publishes articles, book reviews and essays on several fields of Brazilian, international and global law. It also publishes research works and papers on theory of law, sociology of law, philosophy of law and history of law.

This journal is opened to different theoretical and methodological approaches, including interdisciplinary papers and articles that fall into law & society and law & economics research fields. It also reviews and publishes papers concerned with techniques for teaching law and law research methods.

The 'book reviews and essays' section aims to attract readers' attention to local and foreign books and magazines thus raising critical discussions. Books of academic interest are preferred to those primarily focused on professional use. Essays are format-free, and selected by relevance and novelty. The journal only publishes articles and papers not previously published elsewhere.

REVIEW

Every article is reviewed by the Editor, who assesses whether or not it fits the journal editorial policy. The article is then sent to two anonymous referees who evaluate qualitatively its content and style in accordance with blind peer review principles. Referees take 45 to 120 days to provide their comments, that will be forwarded to the author for acknowledgment or improvement. In this latter case, a modified text can be sent to the journal to be re-evaluated. Authors will be emailed about the status of evaluation process, being able to access referees' comments on their article. Exceptionally there can be invitations for articles made by the Editor.

SUBMISSIONS

Articles, essays and book reviews must be written in Portuguese, Spanish or English, and must not have been published elsewhere. They can be electronically sent to **revistadireitogv@fgv.br**, or mailed to **José Rodrigo Rodriguez** at: Rua Rocha, 233, 11º andar, São Paulo - SP, CEP 01330-000. In case of submission by regular mail, author must send two printed copies, one of which with no author's identification, as well as a CD or DVD 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: **Microsoft Word**
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 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 *(DIREITO GV Law Review)*, and the permission to either publish in electronic media and copy for personal research purposes. Full reproduction of articles, book reviews and essays is prohibited. Citation of parts of text without previous solicitation is allowed provided that source is properly identified.

LINHA EDITORIAL

A **REVISTA DIREITO GV** é generalista. Publica artigos, resenhas e ensaios inéditos sobre a dogmática das diversas áreas do Direito nacional, internacional e global, além de trabalhos de pesquisa aplicada e textos de Teoria do Direito, Sociologia do Direito, Filosofia do Direito e História do Direito.

A revista está aberta às mais diversas abordagens teóricas e metodológicas, inclusive a textos interdisciplinares e artigos que se enquadrem no campo de pesquisa *Law & Society* e *Law & Economics*. Ademais, contém trabalhos sobre ensino e pesquisa em Direito.

A seção de resenhas e ensaios tem como objetivo chamar a atenção dos leitores para livros e revistas, nacionais e estrangeiros, e suscitar discussões críticas sobre eles. Além disso visa a divulgar ensaios relevantes para a compreensão do Direito. As resenhas dão privilégio a títulos de interesse acadêmico em detrimento de publicações de uso profissional. Os ensaios possuem forma livre e são selecionados por sua relevância e novidade.

AVALIAÇÃO DOS ARTIGOS

Todos os artigos passam por uma avaliação prévia realizada pelo editor-chefe, verificando sua adequação à linha editorial da **REVISTA**. Após essa avaliação, os artigos são remetidos a dois pareceristas anônimos para a avaliação qualitativa de sua forma e conteúdo, de acordo com o processo conhecido como *BLIND PEER REVIEW*. O prazo para a elaboração do parecer é de 45 a 120 dias. Recebido o parecer, este é encaminhado para o autor do artigo a fim de tomar ciência ou para que incorpore as modificações sugeridas. Neste último caso, o texto modificado deverá ser remetido para a revista. Será novamente avaliado em função das alterações. Os autores serão informados por e-mail sobre o andamento da avaliação. Terão acesso a todos os pareceres sobre seu artigo, sem identificação de autoria. Excepcionalmente, haverá convites para publicação. Os convites serão formulados exclusivamente pelo Editor da revista.

REMESSA DE TEXTOS

Os artigos, resenhas e ensaios enviados devem ser inéditos, escritos em português, espanhol ou inglês. Podem ser encaminhados pelo e-mail **revistadireitogv@fgv.br** ou pelo correio (aos cuidados do Editor-chefe **José Rodrigo Rodriguez,** Rua Rocha, 233, 11º andar, São Paulo - SP, CEP 01330-000). Caso o texto seja remetido pelo correio, pede-se que seja em duas cópias impressas, uma delas sem identificação de autoria, além de um CD ou DVD 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: **Microsoft Word**
- 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 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. 10 n. 1 jan-jun 2014

ARTIGOS

WHY THEY PERSIST? AN ANALYSIS OF DUAL CLASS STRUCTURES AND THE UNIFICATION PROCESS IN THE U.S. AND BRAZIL
GABRIELA M. ENGLER PINTO: **023**

DIFICULDADES DE IMPLEMENTAÇÃO DAS DECISÕES DA OMC: UM ESTUDO DE CASO A PARTIR DO CONTENCIOSO PNEUS
MARCELO D. VARELLA: **053**

OAB E AS PRERROGATIVAS ATÍPICAS NA ARENA POLÍTICA DA REVISÃO JUDICIAL
ERNANI CARVALHO, LUIS FELIPE ANDRADE BARBOSA E JOSÉ MÁRIO WANDERLEY GOMES NETO: **069**

FUNDOS SOBERANOS DE INVESTIMENTO E IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO
ELY CAETANO XAVIER JUNIOR: **099**

CONTEÚDO E ALCANCE DA DECISÃO DO STF SOBRE A LEI DE IMPRENSA NA ADPF 130
THALES MORAIS DA COSTA: **119**

CONTRATO INCOMPLETO: UMA PERSPECTIVA ENTRE DIREITO E ECONOMIA PARA CONTRATOS DE LONGO TERMO
UINIE CAMINHA E JULIANA CARDOSO LIMA: **155**

ISONOMIA NA TRIBUTAÇÃO EXTRAFISCAL
ANDRÉ FOLLONI: **201**

SOBRE O CONTROLE JURISDICIONAL DA POLÍTICA EXTERNA – NOTAS ACERCA DO CASO BATTISTI NO STF
DANIEL DAMÁSIO BORGES: **221**

O FORMALISTA EXPIATÓRIO: LEITURAS IMPURAS DE KELSEN NO BRASIL
FERNANDO LEAL: **245**

ESFERAS PÚBLICAS TRANSNACIONAIS: ENTRE O REALISMO VESTFALIANO E O COSMOPOLITISMO
MÁRCIA NINA BERNARDES: **269**

ENTRE DESDÉM TEÓRICO E APROVAÇÃO NA PRÁTICA: OS MÉTODOS CLÁSSICOS DE INTERPRETAÇÃO JURÍDICA
ANDREAS J. KRELL: **295**

LA MEDIA PRESCRIPCIÓN FRENTE AL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. ¿INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL EN MATERIA DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD?
ISABEL GONZÁLEZ RAMÍREZ, SAMUEL MALAMUD HERRERA, MARÍA SOLEDAD FUENTEALBA MARTÍNEZ E FLORENCIO PARDO MONTENEGRO: **321**

A AVALIAÇÃO DO REGIME JURÍDICO DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ EM PORTUGAL
SUSANA ANTAS FERNANDES VIDEIRA BRANCO, JOANA CRISTINA PURVIS PAIXÃO CAMPOS CARVALHO, TÂNIA CRISTINA PIAZENTIN FERREIRA MOTA DA SILVA E PEDRO MIGUEL ALVES RIBEIRO CORREIA: **347**

ISSN 1808 - 2432
9 771808 243005