V. 12 N. 2
MAI-AGO 2016

ISSN 2317-6172

FGV DIREITO SP

24

# Revista DIREITO GV

# Revista DIREITO GV

ISSN 2317-6172

V. 12 N. 2 MAI-AGO 2016

PUBLICAÇÃO QUADRIMESTRAL DA

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO
DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

FGV DIREITO SP

APOIO:

CNPq
Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico

Ministério da
Ciência, Tecnologia
e Inovação

CAPES

Ministério da
Educação

BRASIL
GOVERNO FEDERAL

REVISTA DIREITO GV [RECURSO ELETRÔNICO] / FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. - VOL. 1, N. 1 (MAI. 2005) - SÃO PAULO : FGV DIREITO SP, 2005-
V.

QUADRIMESTRAL
EDITORES: CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI, 2014-[ATUAL]; JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ, 2005/2014.
VERSÃO DIGITAL E PERIODICIDADE QUADRIMESTRAL A PARTIR DE 2016
DISPONÍVEL EM: HTTP://BIBLIOTECADIGITAL.FGV.BR/OJS/INDEX.PHP/REVDIREITOGV/INDEX

ISSN 2317-6172

1. BARBIERI, CATARINA HELENA CORTADA. 2. RODRIGUEZ, JOSÉ RODRIGO. 3. DIREITO - PERIÓDICOS. I. FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. II. ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO.

CDU 34
CDD 340

A REVISTA DIREITO GV ADOTA A LICENÇA CREATIVE COMMONS ATRIBUIÇÃO-NÃO COMERCIAL 4.0 INTERNACIONAL, EXCETO ONDE ESTIVER EXPRESSO DE OUTRO MODO, PERMITINDO-SE CÓPIAS E REPRODUÇÕES, NO TODO OU EM PARTE, DESDE QUE PARA FINS NÃO COMERCIAIS E COM IDENTIFICAÇÃO DE SUA FONTE.

CC BY-NC

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

Revista DIREITO GV

ISSN 2317-6172 v. 12 n. 2 MAI-AGO 2016

**EDITORA-CHEFE**

CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI

**CONSELHO EDITORIAL**

ALBERTO DO AMARAL JR. – *UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (BRASIL)*

ÁLVARO P. PIRES – *UNIVERSITY OF OTTAWA (CANADÁ)*

CHARLES FREDERICK SABEL – *COLUMBIA UNIVERSITY (EUA)*

DAMIAN CHALMERS – *THE LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND POLITICAL SCIENCE (INGLATERRA)*

DANIEL EDUARDO BONILLA MALDONADO – *UNIVERSIDAD DE LOS ANDES (COLÔMBIA)*

DAVID TRUBEK – *UNIVERSITY OF WISCONSIN (EUA)*

DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA – *UNIVERSIDAD DE LOS ANDES (COLÔMBIA)*

GREGORY SHAFFER – *UNIVERSITY OF CALIFORNIA (EUA)*

HANS-JÖRG ALBRECHT – *MAX-PLANK INSTITUTE (ALEMANHA)*

JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ ARAUJO – *UNIVERSITAT DE BARCELONA (ESPANHA)*

JOSÉ EDUARDO CAMPOS DE OLIVEIRA FARIA – *UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (BRASIL)*

JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES – *UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA (PORTUGAL)*

JOSÉ MARÍA DE AREILZA CARVAJAL – *ESADE, UNIVERSIDAD RAMON LLULL (ESPANHA)*

JOSEP JOAN MORESO – *UNIVERSITAT POMPEU FABRA (ESPANHA)*

JUDITH HOFMEISTER MARTINS-COSTA – *UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL (BRASIL)*

KEITH S. ROSENN – *UNIVERSITY OF MIAMI (EUA)*

MARCOS SEVERINO NOBRE – *UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS (BRASIL)*

MARIA TERESA SADEK – *UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (BRASIL)*

MARTÍN FEDERICO BÖHMER – *UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES (ARGENTINA)*

MIGUEL POIARES MADURO – *EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE (ITÁLIA)*

MIGUEL REALE JR. – *UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (BRASIL)*

RAFFAELE DE GIORGI – *UNIVERSITÀ DEL SALENTO (ITÁLIA)*

ROGELIO PÉREZ-PERDOMO – *UNIVERSIDAD METROPOLITANA (VENEZUELA)*

SOLEDAD VILLAGRA DE BIEDERMANN – *UNIVERSIDAD CATÓLICA NUESTRA SEÑORA DE LA ASUNCIÓN (PARAGUAI)*

**REDAÇÃO**

**ASSISTENTES EDITORIAIS**

BRUNO BORTOLI BRIGATTO, MAYARA LUIZA PEREIRA E NIKOLAY HENRIQUE BISPO

**REVISÃO**

ANA ALVARES E CAMILLA BAZZONI DE MEDEIROS

**PROJETO GRÁFICO E EDITORAÇÃO**

ULTRAVIOLETA DESIGN

**BASES DE DADOS E INDEXADORES**

BIBLIOTECA DO SENADO FEDERAL | CITEFACTOR | DIADORIM | DOAJ – DIRECTORY OF OPEN ACCESS JOURNALS | EZB ELECTRONIC JOURNALS LIBRARY | HEINONLINE | IBSS – INTERNATIONAL BIBLIOGRAPHY OF THE SOCIAL SCIENCES | LATINDEX – SISTEMA REGIONAL DE INFORMACIÓN EN LÍNEA PARA REVISTAS CIENTÍFICAS DE AMÉRICA LATINA, EL CARIBE, ESPAÑA Y PORTUGAL | PORTAL DE PERIÓDICOS CAPES | REPOSITÓRIO FGV DE PERIÓDICOS E REVISTAS | SCIELO – SCIENTIFIC ELECTRONIC LIBRARY ONLINE | SHERPA/ROMEO | ULRICHSWEB

# SUMÁRIO

EDITORIAL : **266**

## ARTIGOS

JURISTAS FORA DA CURVA: TRÊS PERFIS
*OUTLIER JURISTS: THREE PROFILES*
JOSÉ EDUARDO FARIA : **272**

DISCRICIONARIEDADE DESENVOLVIMENTISTA E CONTROLES DEMOCRÁTICOS: UMA TIPOLOGIA DOS DESAJUSTES
*DEVELOPMENTAL DISCRETION AND DEMOCRATIC ACCOUNTABILITY: A TYPOLOGY OF MISMATCHES*
MARIO G. SCHAPIRO : **311**

AS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS, O SIMPLES NACIONAL E O PROBLEMA DOS CRÉDITOS DE ICMS
*THE SMALL BUSINESS, THE "SIMPLES NACIONAL" AND THE PROBLEM OF THE ICMS CREDITS*
LEONEL CESARINO PESSÔA, GIOVANE DA COSTA E EMERSON ANTONIO MACCARI : **345**

DIREITO E TEORIAS IDEAL E NÃO IDEAL DA JUSTIÇA
*LAW, IDEAL THEORY AND NON-IDEAL THEORY OF JUSTICE*
LEANDRO MARTINS ZANITELLI : **364**

AS DIFERENTES TRADIÇÕES JURÍDICAS: COMENTÁRIOS AO PROJETO DE DELMAS-MARTY SOBRE INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO NA AMÉRICA LATINA
*DIFFERENT LEGAL TRADITIONS: COMMENTS ABOUT DELMAS-MARTY'S RESEARCH PROJECT ON INTERNATIONALIZATION OF LAW IN LATIN AMERICA*
LUIZ EDUARDO ABREU : **382**

CRIATURA E/OU CRIADOR: TRANSFORMAÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOB A CONSTITUIÇÃO DE 1988
*CREATURE AND/OR CREATOR: THE BRAZILIAN SUPREME COURT'S TRANSFORMATIONS UNDER THE 1988 CONSTITUTION*
DIEGO WERNECK ARGUELHES E LEANDRO MOLHANO RIBEIRO : **405**

O EFEITO VINCULANTE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE DAS RECLAMAÇÕES CONSTITUCIONAIS N. 11.000 A 13.000
*BINDING EFFECT IN BRAZILIAN SUPREME COURT'S JURISPRUDENCE: ANALYSIS OF CONSTITUTIONAL CLAIMS 11.000 TO 13.000*
ANTONIO MOREIRA MAUÉS : **441**

RECLAMAÇÃO AO STJ DE DECISÕES PROFERIDAS PELOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS ESTADUAIS: QUIS CUSTODIET IPSOS CUSTODES?
*COMPLAINTS TO THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE AGAINST DECISIONS IN SMALL CLAIM COURTS OF CIVIL PROCEDURE:* QUIS CUSTODIET IPSOS CUSTODES?
FERNANDO GONZAGA JAYME, GUILHERME COSTA LEROY E THAMIRIS D'LAZZARI DA SILVEIRA **: 461**

ASSÉDIO SEXUAL NO TRABALHO E DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO: DUAS FACES DA MESMA MOEDA?
*SEXUAL HARASSMENT AND GENDER DISCRIMINATION: TWO SIDES OF THE SAME COIN?*
FLÁVIO DA COSTA HIGA **: 484**

IMUNIDADES JURISDICIONAIS DO ESTADO PERANTE A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CASO ALEMANHA VS. ITÁLIA
*JURISDICTIONAL IMMUNITIES OF THE STATE BEFORE THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE: AN ANALYSIS OF THE GERMANY VS. ITALY CASE*
PAULA WOJCIKIEWICZ ALMEIDA **: 516**

COMBATE ÀS TRANSFERÊNCIAS BANCÁRIAS ILEGÍTIMAS PELA INTERNET NO DIREITO PORTUGUÊS: ENTRE AS EXPERIÊNCIAS DOMÉSTICAS E POLÍTICAS GLOBAIS CONCERTADAS
*COMBATING ILLEGITIMATE BANK TRANSFERS THROUGH THE INTERNET IN PORTUGUESE LAW: BETWEEN DOMESTIC EXPERIENCES AND CONCERTED GLOBAL POLICIES*
PEDRO MIGUEL ALVES RIBEIRO CORREIA E INÊS OLIVEIRA ANDRADE DE JESUS **: 542**

LÍMITES JURÍDICOS AL ESTABLECIMIENTO DE TRIBUTOS AMBIENTALES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL, DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO NACIONAL Y EUROPEO
*LEGAL LIMITS WITHIN THE ESTABLISHMENT OF ENVIRONMENTAL TAXES IN THE SPANISH LAW FROM A PERSPECTIVE OF NATIONAL AND EUROPEAN LAWS*
ANAYIBE OME BARAHONA **: 564**

# Editorial

http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201611

É com satisfação que apresentamos o segundo número da **Revista Direito GV** em 2016 (vol. 12, n. 2, mai-ago 2016). Com a expansão de dois para três números por ano, esperamos tornar mais ágil a publicação dos artigos recebidos.

Vale registrar que a implementação do sistema de submissão online de artigos ScholarOne Manuscripts, ocorrida em março de 2016, transcorreu com grande sucesso. Observamos que os autores têm tido facilidade de enviar seus textos e o número de submissões se manteve estável. Aos poucos, o corpo de pareceristas *ad hoc*, peça fundamental para o bom funcionamento da Revista, também tem se familiarizado com a nova sistemática.

Agradecemos aos autores e pareceristas *ad hoc* pela confiança depositada em nosso periódico em mais esta importante etapa.

Neste número, estão publicados doze artigos inéditos. Começamos pelo artigo convidado "Juristas fora da curva: três perfis", do professor José Eduardo Faria, que apresenta "três juristas heterodoxos": Orlando Gomes, San Tiago Dantas e Raymundo Faoro. O artigo discute a capacidade desses juristas de "compreender criticamente a realidade social emergente e a litigiosidade advinda de um processo de urbanização, expansão demográfica e mudanças geo-ocupacionais", rompendo com o modelo de teoria geral do direito de inspiração privatista e de caráter normativista predominante.

Dentro da temática de "Direito e Desenvolvimento", uma das áreas prioritárias deste periódico, temos dois artigos. Mario Gomes Schapiro, em "Discricionariedade desenvolvimentista e controles democráticos: uma tipologia dos desajustes", analisa o tema do uso do poder e seu controle no direito público, mapeando os tipos de desajustes que podem acometer os mecanismos de controle (*accountability*), sejam eles quantitativos ou qualitativos. Já em "As micro e pequenas empresas, o Simples Nacional e o problema dos créditos de ICMS", Leonel Cesarino Pessôa, Giovane da Costa e Emerson Antonio Maccari, fazem uma pesquisa exploratória de natureza qualitativa, com utilização de método de estudo de caso, para identificar e analisar os fatores que levam micro e pequenas empresas (MPE) a optar ou não pelo Simples Nacional, contribuindo para o debate sobre o Simples Nacional como política pública de incentivo às MPE.

Na sequência, em "Direito e teorias ideal e não ideal da justiça", Leandro Martins Zanitelli discute a importância de teorias ideais e não ideais da justiça para avaliar propostas de mudança pontual da legislação. Já em "As diferentes tradições jurídicas: comentários ao projeto de

Delmas-Marty sobre internacionalização do direito na América Latina", Luiz Eduardo Abreu discute a metodologia do projeto de pesquisa da professora Delmas-Marty, do Collège de France, intitulado "Les figures de l'internationalisation du droit – Amérique Latine" e propõe compreender o direito internacional e os direitos nacionais como formas diferentes de linguagem.

Dentro da temática de análise das instituições do sistema de justiça brasileiro, temos três artigos. No primeiro, "Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988", Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro analisam a expansão do poder de decisão do STF por meio de análises do tribunal que a Constituição de 1988 criou, mas também do que o próprio tribunal foi criando por intermédio da interpretação de seus próprios poderes. Em "O efeito vinculante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: análise das reclamações constitucionais n. 11.000 a 13.000", Antonio Moreira Maués, em extensa pesquisa empírica, descreve como o STF aplica o efeito vinculante de suas decisões e súmulas, especialmente no que se refere à vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário. Ainda sobre o funcionamento institucional dos tribunais superiores, em "Reclamação ao STJ de decisões proferidas pelos Juizados Especiais Cíveis estaduais: *quis custodiet ipsos custodes*?", Fernando Gonzaga Jayme, Guilherme Costa Leroy e Thamiris D'Lazzari da Silveira analisam as consequências da decisão do STF que atribuiu competência ao STJ para processar e julgar Reclamação em face de decisões proferidas pelos Juizados Especiais Cíveis estaduais e o risco de desvirtuamento das funções originalmente desenhadas para os juizados especiais.

Este número se encerra com um conjunto bastante diverso de artigos brasileiros e estrangeiros sobre temas que vão da relação entre direito do trabalho e gênero – "Assédio sexual no trabalho e discriminação de gênero: duas faces da mesma moeda?", de Flávio da Costa Higa – à evolução do direito internacional no que concerne às imunidades jurisdicionais de Estados nacionais em matéria de graves violações dos direitos humanos – "Imunidades jurisdicionais do Estado perante a Corte Internacional de Justiça: uma análise a partir do caso Alemanha vs. Itália" de Paula Wojcikiewicz Almeida.

O destaque final fica para a publicação de dois artigos estrangeiros inéditos, um de Portugal e outro da Espanha: "Combate às transferências bancárias ilegítimas pela internet no direito português: entre as experiências domésticas e políticas globais concertadas", de Pedro Miguel Alves Ribeiro Correia e Inês Oliveira Andrade de Jesus, e "Límites jurídicos al establecimiento de tributos ambientales en el ordenamiento español, desde la perspectiva del derecho nacional y europeo", de Anayibe Ome Barahona.

A reiterada presença de artigos advindos de Portugal, Espanha e países da América Latina em nossas mais recentes publicações não é de se estranhar, dadas as origens históricas do

sistema jurídico brasileiro e a relevância da troca de experiências sobre soluções jurídicas para problemas concretos entre Brasil e seus vizinhos latino-americanos.

O Conselho Editorial da Revista compreende a importância da expansão da publicação da pesquisa nacional em língua inglesa, a tão discutida "internacionalização" da pesquisa brasileira. No entanto, vemos com alguma preocupação que algumas agências governamentais de fomento envolvidas na avaliação e desenvolvimento desse campo (como Capes, CNPq ou SciELO) têm pressionado revistas brasileiras a aumentar o número de artigos escritos em inglês. A opção pela língua inglesa pode gerar um total desacerto entre o que é publicado e as necessidade reais de aperfeiçoamento da legislação e das instituições-chave para o funcionamento da justiça no Brasil. Assim, reiteramos nosso compromisso com a internacionalização da **Revista Direito GV**, inclusive para os países da tradição do *common law*, mas deixando claro que tal internacionalização deve ser feita na medida das necessidades do desenvolvimento do sistema jurídico e de justiça brasileiros e não a despeito dele. Por isso, entendemos que nossa estratégia de internacionalização deve passar também pela continuidade da publicação de textos em espanhol e também de origem portuguesa ou advindos da África lusófona.

Boa leitura!

**Catarina Helena Cortada Barbieri**
Editora Chefe

# *Editorial*

http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201611

*We are pleased to introduce the second issue of the* ***Direito GV Law Review*** *in 2016 (vol. 12, n. 2, May-Aug 2016).With the recent expansion from two to three issues per year, we hope manuscript publication will become increasingly more agile.*

*It is worth noting that the implementation of the online submission system ScholarOne Manuscripts, that took place in March 2016, proceeded with great success. Authors have found submission simple and easy and the number of submissions remained stable. Gradually, the body of* ad hoc *reviewers – a key element to a well-functioning periodical – is becoming used to the new system.*

*We thank the authors and ad hoc reviewers for their confidence in our journal in this important new step.*

*In this issue, there are twelve unpublished articles.We begin with the guest article "Outlier jurists: three profiles", by Professor José Eduardo Faria. Professor Faria's article introduces the profile of "three heterodox jurists": Orlando Gomes, San Tiago Dantas and Raymundo Faoro.The article discusses the ability of these jurists to "understand creatively the new social reality, the political litigation and the legal disputes underlying to the urbanization process, the demographic growth and geo-ocuppational changes", breaking free from the jurisprudence of the time, both inspired by private law model and formalistic in character.*

*Within the area of "Law and Development", one of the journal's priorities, there are two articles. Mario Gomes Schapiro in "Developmental discretion and democratic accountability: a typology of mismatches", analyzes the theme of use of power and its control in public law.The article maps quantitative and qualitative imbalances that can affect accountability mechanisms. In "The small business, the 'Simples Nacional' and the problem of ICMS credits", Leonel Cesarino Pessôa, Giovane Costa and Emerson Antonio Maccari present an exploratory research of qualitative nature using method case study to identify and analyze the factors that lead to small business (SB) to opt for the* Simples Nacional. *It is an important contribution to the debate of* Simples Nacional *as public policy to promote SB.*

*Next, in "Law, ideal theory and non-ideal theory of justice", Leandro Martins Zanitelli discusses the importance of ideal and non-ideal theories of justice to assess specific changes in legislation. In "Different legal traditions: comments on Delmas-Marty research project about internationalization of Law in Latin America", Luiz Eduardo Abreu discusses the methodology adopted by professor Delmas-Marty, from Collège de France, in the project "Les figures of l'internationalization du droit – Amérique Latine". Professor Abreu then proposes to understand international law and State laws as different forms of language.*

*Within the area of institutional analysis of the Brazilian justice system, this issue brings three articles. In the first, "Creature and/or Creator: the Brazilian Supreme Court's transformations under the 1988*

*Constitution", Diego Werneck Arguelhes and Leandro Molhano Ribeiro analyze the expansion of the Brazilian Supreme Court's decision power over political and moral issues through the Court's own rulings based on the direct powers granted by the 1998 Constitution, but also on the rulings by the Court that – through interpretation – enlarged its own powers. In "Binding effect in Brazilian Supreme Court' jurisprudence: analysis of constitutional complaints 11.000 to13.000"Antonio Moreira Maués employs extensive empirical research to describe how the Supreme Court applies the binding effect of its rulings and* summula*, especially when it comes to binding lower Courts and judges. Finally, in "Complaints to the Superior Court of Justice against decisions in Small Claim Courts of Civil Procedure:* quis custodiet ipsos custodies?*", Fernando Gonzaga Jayme, Guilherme Costa Leroy and Thamiris D'Lazzari da Silveira analyze the consequences of the Supreme Court's decision that gave jurisdiction to the Superior Court of Justice (STJ) to adjudicate complaints in the face of decisions made by the Small Claims Courts and the risk this decision brings of distorting the original features of Small Claims Courts.*

*This issue concludes with a diverse set of Brazilian and foreign articles on topics ranging from the relationship between labor laws and gender – "Sexual harassment and gender discrimination: two sides of the same coin?" written by Flávio da Costa Higa – to the evolution of international law with respect to national states jurisdictional immunities in the face of serious human rights violations – "Jurisdictional immunities of the State before the International Court of Justice: an analysis of the Germany vs. Italy case" written by Paula Wojcikiewicz Almeida.*

*The final highlights are two unpublished foreign articles, one from Portugal and another from Spain: "Combating illegitimate bank transfers through the Internet in Portuguese law: between domestic experiences and concerted global policies", written by Pedro Miguel Alves Ribeiro Correia and Inês Oliveira Andrade de Jesus, and "Legal Limits within the establishment of environmental taxes in the Spanish law from a perspective of national and European laws", written by Anayibe Ome Barahona.*

*The reiterated presence of articles coming from Portugal, Spain and Latin America is not surprising, given the historical origins of the Brazilian legal system and the importance of exchanging experiences on legal solutions to concrete problems between Brazil and its Latin American neighbors.*

***Direito GV Law Review** editorial board understands the importance of internationalizing Brazilian research. However, it is a matter of concern that some governmental agencies involved in assessing and developing these fields (such as Capes, CNPq or SciELO), have been pressing Brazilian journals to increase the number of articles written in the English language. The sole focus on the English language can generate a total mismatch between what is published in Brazil and the real needs for solutions to improve Brazilian legal system and institutions. Thus, we reiterate our commitment to the journal's internationalization to English speaking countries from the common law tradition, but as long as this effort meets Brazilian legislation and legal system's needs. Therefore, we understand that our internationalization*

*strategy means to continue publishing original articles in Spanish language and also in Portuguese from Portugal and of the many Portuguese speaking countries in Africa.*

*Enjoy your reading!*

**Catarina Helena Cortada Barbieri**
*Editor-in-chief*

V. 12 N. 2
MAI-AGO 2016

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 13.05.2015
Aprovado: 31.08.2015

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201612

# Juristas fora da curva: três perfis

*OUTLIER JURISTS: THREE PROFILES*

*José Eduardo Faria*[1]

**Resumo**
O trabalho apresenta três juristas heterodoxos, que fizeram a carreira acadêmica fora das categorias, métodos e esquemas convencionais do modelo de direito positivo prevalecente nas quatro primeiras décadas da industrialização brasileira (1940-1980). Forjado na tradição de uma teoria geral do direito de inspiração privatista e de caráter normativista, o pensamento jurídico então prevalecente não foi capaz de identificar e avaliar os problemas novos e os conflitos inéditos acarretados por um padrão de industrialização marcado pela intervenção do Estado na economia. O mérito dos três juristas heterodoxos foi, justamente, compreender criticamente a realidade social emergente e a litigiosidade advinda de um processo de urbanização, expansão demográfica e mudanças geo-ocupacionais.

**Palavras-chave**
Eficácia jurídica; positivismo; mudanças socioeconômicas; legitimidade; industrialização; democratização.

***Abstract***
*This essay introduces critically three non-orthodox legal thinkers, who did their academic, political and professional careers independent from the conventional methods and cognitive scheme of positive law prevailing at the age of Brazilian industrial development (1940-1980). Under the influence of private law, that legal doctrine (legal positivism) wasn't able to identify and evaluate critically the new problems and social conflicts produced by a State pattern of industrial development. The merit of these three non-orthodox legal thinkers was to understand creatively the new social reality, the political litigation and the legal disputes underlying to the urbanization process, the demographic growth and geo-ocuppational changes of Brazil.*

***Keywords***
*Legal efficacy; positivism; social and economic changes; legitimacy; industrial development; democratic process.*

**1** Universidade de São Paulo
São Paulo - SP - Brasil

CC BY-NC

*Juristas fora da curva* – por mais que essa expressão seja tecnicamente imprecisa no âmbito da Teoria do Direito e da Sociologia jurídica, ela é retórica e metaforicamente feliz para identificar ou apontar autores que não se submeteram ao peso do positivismo normativista que, exponenciado por um ecletismo vulgar, caracteriza o pensamento jurídico brasileiro. Um pensamento alicerçado nas tradicionais categorias e esquemas cognitivos do direito positivo, que se têm revelado incapazes de interpretar, avaliar e criticar os desdobramentos da industrialização do país, as imbricações cada vez mais complexas dos sistemas de governança públicos e privados e as novas fontes e modos de produção e legitimação do direito. Um pensamento que também tem se mostrado incapaz de detectar e compreender as realidades organizacionais e administrativas emergentes, por um lado, e os inexoráveis conflitos sociais decorrentes de um processo acelerado de migração, urbanização, expansão demográfica e mudanças geo-ocupacionais que marcou o país nas últimas décadas, por outro.

Se algo marca a formação de operadores jurídicos e do próprio pensamento jurídico brasileiro contemporâneo é a dificuldade das faculdades de direito mais antigas e tradicionais, integradas por juristas forjados na tradição de uma Teoria Geral do Direito de inspiração privatista e epistemologicamente frágil, de perceber os problemas novos e os conflitos inéditos acarretados para a sociedade pelo modelo de capitalismo tardio que caracteriza a Era Vargas. É, também, a dificuldade de compreender que as crises suscitam perplexidades, rompem consensos, provocam rupturas na ordem vigente, geram bifurcações na vida socioeconômica, exigem formulação de alternativas e impõem escolhas. Num contexto de desenvolvimento acelerado, em que esse tipo de pensamento jurídico organizado com base no princípio da legalidade reduz o direito ao direito estatal, os *juristas fora da curva* podem ser vistos como homens à frente de seu tempo e com trajetórias incomuns; como intelectuais que se colocam perante a história sempre duvidando de toda e qualquer certeza; como pensadores heterodoxos no plano doutrinário – ou seja, avessos ao formalismo normativista, conscientes de que a análise do direito não pode ser apartada da história e capazes de articular os novos saberes advindos de transformações econômicas, sociais e políticas, sem desprezar a riqueza de ideias, experiências e perspectivas de um período histórico em que as inovações no campo do conhecimento se convertem em fonte de valor econômico e poder social.[1]

Três pensadores podem ser identificados nessa perspectiva e nesse período histórico: Orlando Gomes dos Santos (1909-1988), Francisco Clementino San Tiago Dantas (1911-1964) e Raymundo Faoro (1925-2003). Um baiano, um carioca e um gaúcho.[2] Catedráticos

1 Cf. Innerarity (2011).

2 Teria havido um jurista correspondente aos três em São Paulo, que àquela altura já era o maior centro econômico do país? Salvo melhor juízo, a resposta é negativa. Na Faculdade de Direito da USP, por exemplo,

de direito civil em prestigiosas instituições públicas de ensino superior, como a Faculdade Livre de Direito da Bahia (hoje pertencente à Universidade Federal da Bahia) e a Faculdade Nacional de Direito (hoje pertencente à Universidade Federal do Rio de Janeiro), Gomes e San Tiago foram privatistas que, a partir de perspectivas intelectuais e influências doutrinárias distintas, souberam antever quatro fenômenos correlatos: (a) o desajustamento entre a estrutura social e a superestrutura jurídica surgido na transição de uma sociedade rural e de uma economia agroexportadora para uma sociedade urbano-industrial de massas; (b) a publicização e subsequente tecnicização e "humanização" e/ou "socialização" do direito privado, como decorrência do modelo de capitalismo tardio que marcou a industrialização brasileira, entre as décadas de 1940 e 1990; (c) a elevação da incidência administrativa e regulatória da esfera pública sobre a esfera privada, por meio do direito do trabalho e leis assistenciais; (d) a crescente democratização do direito, que consiste em fortificar os fracos, ou seja, compensar com superioridade jurídica a inferioridade social e economicamente mais fracos – os chamados hipossuficientes.

Por seu lado, em plena ditadura militar, Raymundo Faoro – que não seguiu a carreira acadêmica e foi o único dos três *juristas fora da curva* a alçar à Academia Brasileira de Letras – soube distinguir legalidade e legitimidade, força e poder, dominação e autoridade, do mesmo modo como também teve a coragem de retomar a questão do impacto do liberalismo político tanto na formação dos juristas quanto nas discussões sobre o alcance e a funcionalidade do Estado de Direito. Em entrevista a mim concedida, disse ele:

> A ideia de Estado de Direito não deve ser vista apenas pelo seu lado formal, como se bastasse um encadeamento lógico de normas dos mais diversos níveis. Também não pode ser aceita segundo os padrões tradicionais do positivismo jurídico, que considera uma legislação legítima apenas por ela ser legal. O Estado de Direito que imagino ultrapassa o âmbito do Direito Constitucional, pressupondo tanto o reconhecimento das liberdades públicas quanto uma ampla e efetiva participação social na produção legislativa. Mais do que a legalidade, o que me preocupa é a questão da legitimidade do direito, ou seja, o fundamento da obediência jurídica (FAORO..., 1978).[3]

• • •

poucos foram os privatistas e publicistas que tentaram compreender o Brasil com um olhar jurídico alargado. E os que se dedicaram a essa empreitada o fizeram basicamente a partir de marcos jurídico-institucionais – ao contrário de Orlando Gomes, San Tiago Dantas e Raymundo Faoro, que tinham como parâmetro uma abordagem histórica, com o foco na dinâmica das estruturas econômicas, de seus desdobramentos sociais e dos riscos políticos daí advindos.

3 A entrevista, bastante extensa, foi publicada pelo *Jornal da Tarde*, edição de 6 de maio de 1978, com o título "Faoro, em nome da lei".

Quem estaria, então, produzindo um projeto político que fosse simultaneamente fundado nos ideais liberais e numa reflexão sobre o país? – indaguei, ao que respondeu Faoro:

> Estamos saindo de um sistema autoritário, de natureza estamental, para um sistema de conflito de classes. Muitos grupos sociais já perceberam esse problema e têm procurado redimensionar seu papel na sociedade. No entanto, como permitir a todas as classes a redefinição de seus papéis em função de padrões democráticos e sem os riscos de conflitos de consequências imprevisíveis? Nesse sentido, a proposta liberal parece a melhor [...]. O que tenho em mente não é o liberalismo clássico, no sentido das *liberdades de*, mas um liberalismo moderno, no sentido das *liberdades para*. Um liberalismo mais ligado ao povo, do qual ele estava distanciado. Costuma-se dizer que o liberalismo tradicional morreu quando, na verdade, ele superou-se – termo esse que deve ser encarado em perspectiva hegeliana. As velhas liberdades se transformaram em novas liberdades, de tal forma que hoje elas não mais conteriam os vícios de antigamente. O que salvou o liberalismo foi sua extensão a todas as forças da sociedade civil, as quais lhe deram atualidade e consciência política. (FAORO..., 1978).

Deflagrada a partir da Revolução de 30, a industrialização brasileira decorreu de um conjunto de condições e fatores internos e externos. Cada etapa desse processo assegurou a base sobre a qual a etapa seguinte se firmou. A industrialização também foi precedida por acirrados debates sobre o papel regulador do Estado, sobre dirigismo *vs.* liberalismo econômico, sobre planejamento *vs.* livre-iniciativa, sobre industrialização *vs.* livre-cambismo,[4] por um lado, e sobre a formação e o funcionamento das estruturas sociais brasileiras, por outro. Além de retomar as questões da centralização do poder e do aumento da capacidade regulatória da União, esses debates trataram do papel das elites e das massas no desenvolvimento social. Versaram sobre os desdobramentos políticos e ideológicos da decadência das oligarquias rurais e da expansão das massas urbanas. Apontaram as incongruências, tensões, dilemas e polarizações que afetavam a sociedade brasileira. Discutiram as alternativas para a remoção dos obstáculos estruturais constituídos pelo Brasil arcaico e para a proteção das instituições do Brasil burguês nascente. Questionaram a efetividade e a legitimidade das formas democráticas e não democráticas de organização e exercício do poder. E, além dos diagnósticos, entreabriram ainda variados e distintos prognósticos sobre a evolução das estruturas de poder.[5]

• • •

4 Ver *A controvérsia do planejamento na economia brasileira*, coletânea da polêmica travada por Eugênio Gudin e Roberto Simonsen (1977), que foi desencadeada pela apresentação das primeiras propostas formais de planejamento da economia brasileira ao final do Estado Novo.

5 Sobre o alcance e a importância desses debates, ver Santos (1978a, p. 18-57; 2006, p. 13-49).

A tese vitoriosa, em favor de maior intervenção do Estado no domínio econômico, harmonizava-se desde o início da década com a política econômica adotada desde a ascensão de Getúlio Vargas ao poder – ou seja, desde o período da grande depressão mundial, provocada pela recessão americana. A opção por essa estratégia de industrialização teria decorrido muito mais de intuição política e de um certo pragmatismo voltado para a solução de problemas específicos de política econômica do que de um processo de planejamento que pensasse o desenvolvimento de modo articulado, através de orientação de longo prazo, políticas setoriais e metas de execução. Em outras palavras, não foi objeto de um plano, de diretrizes coerentes conscientemente estabelecidas, mas o resultado de ações e reações ditadas pelo momento político e pela conjuntura econômica. Várias circunstâncias forçaram o Estado a intervir de modo crescente no sistema econômico – desde a reação a crises internacionais e a vontade de controlar o capital estrangeiro no setor de serviços públicos, por exemplo, até o intento de industrialização rápida em determinados ramos de atividade.[6] A partir daí, o Estado vai se afirmando como controlador, estimulador, planejador e até como árbitro dos conflitos nos quais também era parte. Mediante suas ações nos campos monetário e fiscal e interferências no sistema de preços, atuou como um aparato de proteção de várias atividades econômicas em face das vicissitudes dos mercados internacional e nacional.

As iniciativas e ações governamentais implicavam dessa maneira um forte dirigismo por parte do poder central, mediante a criação de mecanismos de controle dos mercados, a adoção de políticas de fomento da indústria nascente e a imposição de uma gama de medidas protecionistas, tais como barreiras tarifárias e não tarifárias, financiamentos, créditos com juro favorecido, subsídios e incentivos fiscais – além da participação direta em atividades produtivas, por meio de empresas públicas. Com isso, alicerçada num modelo de desenvolvimento com base na substituição de importações, a economia brasileira acabou crescendo para dentro, estabelecendo reservas de mercado e fechando-se aos fluxos do comércio internacional, por um lado, e não forjando um sistema relativo de preços por causa dos monopólios e oligopólios e da politização na fixação de preços, salários e tarifas, por outro.

Após o advento do Estado Novo, em novembro de 1937, o poder público diferenciou-se organizacionalmente e passou a estimular e promover a diversificação do aparato produtivo nacional, com o objetivo de ampliar sua capacidade industrial por meio da criação de empresas

6 Ver Baer, Kerstenetzky e Villela (1973); Abreu (1989a); e Bielschowsky (1988). A interpretação clássica da formação do capitalismo brasileiro e da política econômica adotada a partir da década de 1930 é a de Celso Furtado. Dos textos do autor, recorri neste trabalho a um *paper* que apresentou num seminário do Royal Institute of International Affairs, em Londres, publicado pela *Revista Civilização Brasileira*, Rio de Janeiro, 1965, v. 1, n. 1. Agradeço ao professor Rafael Diniz Pucci a localização desse exemplar – que não está digitalizado – na biblioteca da Faculdade de Economia e Administração da USP.

estatais nas áreas de extração de minério de ferro, siderurgia, produção de motores e eletricidade, o que levou a uma mudança radical na identidade geo-ocupacional do Brasil no período de apenas quatro décadas. Em 1940, 68,8% da população estavam no campo e 31,2% nas cidades. Em 1980, 32,4% da população encontravam-se no campo e 67,6% concentravam-se em zonas urbanas e suburbanas. Evidentemente, essa conversão da sociedade rural numa sociedade urbana de massas em período bastante curto de tempo, exponenciada pela aceleração da produção industrial, provocou mudanças profundas nas estruturas sociais. Entre outros efeitos, a industrialização corroeu comportamentos sedimentados, quebrou hierarquias, diluiu expectativas comuns de justiça e alterou valores e pautas éticas. Também levou ao surgimento de uma teia de organizações não necessariamente políticas que articulavam e davam identidade coletiva aos agentes sociais, moldando suas atitudes e suas condutas e veiculando suas demandas.[7] E ainda acarretou novos tipos de conflitos, pondo em xeque a capacidade do Estado de controlar a conduta das várias forças sociais, exigindo novos instrumentos jurídicos e superando a distinção entre direito privado e direito público.

## I

Num cenário de mudanças socioeconômicas e político-institucionais tão intensas, rápidas e profundas como esse, a tensão entre a dinâmica social e a estática do direito exige uma Ciência do Direito nova, de horizonte alargado, sensível à história e aberta ao diálogo interdisciplinar. Também demanda a compreensão das relações fundamentais que os cidadãos têm de travar para assegurar as condições materiais de existência da sociedade. Requer, ainda, a redefinição do próprio papel do jurista. Aparece justamente aqui a acuidade de Orlando Gomes, cuja heterodoxia metodológica e cuja aversão ao conservadorismo o levaram a tomar consciência da importância da sociologia para compreender o direito como expressão de interesses materiais – condição necessária, ainda que não suficiente, para uma avaliação crítica das principais categorias e institutos do direito civil. Entre as décadas de 1950 e 1960, observava o jurista baiano:

> As transformações sociais e econômicas determinam inevitável mudança de mentalidade – um povo ou comunidade que se desenvolve passa a adotar novos valores como fins da ação social. Essas transformações tendem a se institucionalizar, na medida em que o processo social e econômico procura na sua disciplina num novo sistema de normas. (GOMES, 1961, p. 19).

7 Cf. Santos (1979, p. 65).

A realidade jurídica não pode ser desagregada ou apartada analiticamente da realidade social, dizia ele em artigos jornalísticos e ensaios sobre direito, consciente de que, quando mudam as situações, as categorias normativas e os mecanismos jurídicos têm de ser reformulados – ou seja, quando mudam as circunstâncias, muda o direito. A realidade social é histórica. Por isso, está em permanente mudança, o que leva a ordem em vigor a ser suplantada por outra, não sendo possível deter-lhe a marcha. Daí a importância de se identificar os princípios básicos e os fatores estratégicos que afetam o processo social, assinalava o civilista baiano. Somente os juristas com sensibilidade sociológica conseguem compreender com clareza a relação entre mudanças sociais e mudanças legais, entre mudanças econômicas e a expansão e diversificação das funções do Estado, dizia Orlando Gomes. "Não basta ao jurista estar atento às novidades de seu tempo – também é preciso reconhecer que o fator jurídico reage sobre o econômico, não sendo mero subproduto ou simples forma que se amolda ao conteúdo" (GOMES, 1961, p. 20), argumentava, depois de criticar a "pobreza do espírito inventivo dos juristas", especialmente daqueles que reduzem a investigação do fenômeno jurídico à legislação promulgada pelo Estado, e de lembrar que a realidade social e a experiência jurídica em hipótese alguma podem ser desprezadas, independentemente da orientação doutrinária ou do método empregado para a definição da ciência jurídica.

De todos os vícios que contaminam a técnica do direito, advertiu Orlando Gomes, num de seus mais sugestivos ensaios:[8]

> nenhum mais grave, nas suas consequências, do que a deliberada dissimulação das transformações que agitam a ordem jurídica atual, na sua evolução irresistível. Por dois processos se vem conseguindo esse objetivo. O primeiro consiste na preservação do vocabulário jurídico, por sua defesa intransigente contra qualquer inovação terminológica. O segundo, no abuso das ficções. Conservando as mesmas palavras para designar situações diferentes, evita-se que a massa dos homens adquira consciência imediata das transformações sociais. (GOMES, 1955, p. 234-255).

• • •

8 O ensaio "A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica", publicado no livro *A crise do direito* (GOMES, 1955, p. 234-255). Esse livro é fundamental para este trabalho. A obra é uma coletânea de artigos e ensaios sobre o papel das classes sociais na formação do direito, o conteúdo de classe do direito civil, a humanização do direito privado, evolução do direito de propriedade, crise judicial e atraso da técnica jurídica. Com apenas oito ensaios, a primeira edição – bem menor que a definitiva – foi publicada em 1945 por uma pequena casa editorial de Salvador, a Editora e Papelaria Vera Cruz. Nessa edição, Gomes afirmava já no primeiro parágrafo que "o verdadeiro jurista é aquele que não limita sua atividade à interpretação e à aplicação da lei". A tarefa que lhe cumpre "desenrolar na investigação das fontes de elaboração do direito positivo. Sua missão [...] é de mais difícil desempenho, porque são todos os fenômenos sociais que precisam ser considerados *sub specie juris*" (p. 7).

Criticando a estratégia de "disfarce da realidade" a que os juristas de formação positivista e normativista costumavam recorrer, "mascarando as novas soluções", convertendo a técnica jurídica na "apoteose do subterfúgio" e se deixando levar por um culto do texto legal e da vontade do legislador que os conduzia à "estatolatria", disse ele:

> A invariabilidade terminológica encerraria o direito numa cabine compensada, para manter artificialmente condições de vida que a pressão externa não permite mais. Os inconvenientes desse processo de dissimulação são manifestos. Primeiramente, porque é a consciência dessas transformações que impulsiona o pensamento jurídico, uma vez que sua verdadeira função consiste em assimilar aquelas aspirações sociais, que, por sua generalidade e intensidade, se impregnam de substância jurídica. Ocultar as transformações atrás dessa cortina de fumaça é pretender acompanhar a marcha da evolução do direito estugando o passo. Por fim, é inqualificável o deliberado propósito de camuflar a realidade pelo temor de declará-la. (GOMES, 1955, p. 234-255).

"A moldura do pensamento jurídico formalista tem admitido apenas os aspectos políticos da crise do direito e repelido seus termos sociais, apresentando a liberdade sob uma forma puramente abstrata, vazia de conteúdo social, aristocratizada num sistema de franquias", argumentava Orlando Gomes (1955, p. 6), criticando sem meias palavras o consagrado jurista vienense Hans Kelsen e censurando o deslumbramento que então causava nos meios acadêmicos nacionais. Concluía ele:

> Autores que interpretam artigo por artigo de um código têm uma visão deformada do sistema jurídico. Obrigados a uma particularização fatigante, reduzem o campo da visualização a um só preceito, perdendo a perspectiva do todo. O mister de que se ocupam está ao alcance de todas as mediocridades. Enxergam as árvores, mas não vêem a floresta. O resultado é fatalmente monstruoso [...] E o direito, que nos embates da vida evolui e se aperfeiçoa pela atividade criadora dos que o aplicam, converte-se novamente em uma ciência dedutiva. (GOMES, 1955, p. 6-7).

O que caracteriza essas "mediocridades" é sua incapacidade de entender que as instituições jurídicas não podem ser compreendidas por si, "devendo ser explicadas no conjunto das relações que definem as regras econômicas, a cujos fins gerais servem" (GOMES, 1961, p. 67-70).

Na dinâmica da sociedade, apontava o jurista baiano naquele e em outros livros que se seguiram, sempre acompanhando as transformações socioeconômicas do país, as novas instituições jurídicas tendem no início a se formar à margem do direito positivo. Das relações de produção emerge um paralelismo de orientações do direito e da economia manifestado

no domínio das aplicações práticas – mais precisamente, da política que inspira a adoção e legítima aplicação de medidas econômicas e dos preceitos jurídicos.

> A interdependência do econômico e do jurídico tem-se revelado por força desse paralelismo de orientações, em termos que atestam a sincronização do revisionismo jurídico ao processo de desenvolvimento econômico em vários setores da vida social. Mas como é fácil de compreender, o atraso do direito, considerado o ordenamento jurídico em seu conjunto, é inevitável, dado que a superação do subdesenvolvimento implica o rompimento das grades e o abandono de valores nos quais e sobre os quais assenta e se inspiram as instituições jurídicas. (GOMES, 1961, p. 67).

Em sua abertura para a sociologia e para a história com vistas à compreensão do "atraso do direito em relação aos fatos", Orlando Gomes é ainda mais heterodoxo ao recorrer ao materialismo histórico e a categorias marxistas para analisar o impacto da economia na formação do direito, o conteúdo de classe do direito privado e o caráter instrumental dos sistemas jurídicos. Condicionadas pelas forças que se elaboram na superestrutura da sociedade, as normas jurídicas não podem ocultar seu conteúdo econômico. E mesmo as que aparentemente não o denunciam têm-no subordinado – afirmava o jurista baiano. Ainda que a condicionante econômica não seja a força modeladora única, autônoma, direta e imediata de todas as normas,

> as instituições jurídicas não podem ser compreendidas por si mesmas, mas devem ser explicadas no conjunto das relações que definem os regimes econômicos a cujo fim servem [...]. O direito jamais pode se encontrar em um nível mais alto do que o estado econômico que a ele corresponde. (GOMES, 1961, p. 70, 84).

Ainda que a regra do direito não surja, se modifique ou desapareça ao sabor das circunstâncias econômicas das quais adote exatamente os contornos e siga os destinos efêmeros, observava Gomes, a ciência e a consciência de que se acha condicionada à estrutura material da sociedade são indispensáveis a uma visão realista do fenômeno jurídico.

Assim enquadrado no plano teórico, o "desajustamento entre a estrutura social e a superestrutura jurídica" envolve dois aspectos contraditórios. Ao mesmo tempo que é informado pelos processos sociais concretos que se desenrolam na sociedade, a superestrutura jurídica responde apenas indireta e parcialmente às mudanças ocorridas no nível da estrutura, resultando então na sobrevivência jurídica "em ambiente totalmente inadequado" ou num alargamento tal das bases da ordem jurídica que chega a sugerir a desarticulação das coordenadas ideológicas da ordem jurídica em vigor. A plasticidade de determinados institutos jurídicos que permanecem inalterados em seu aspecto formal, dos quais a propriedade e o contrato são os exemplos mais ilustrativos, representa um desafio para

os pensadores jurídicos empenhados em encontrar a relação entre o jurídico e uma determinada ordem social – dizia Orlando Gomes. A seu ver, a elasticidade das reformas jurídicas encontraria seu ponto de ruptura nas tangentes em que se pode enquadrar o círculo dentro do qual se encerra a infraestrutura. O risco implícito nesse tipo de abordagem, advertia o autor, é produzir explicações simplificadoras – e, com isso, perder de vista a relevância da variabilidade do fenômeno jurídico, uma vez que as diferenças não podem ser explicadas por uma constante (isto é, pelo modo de produção capitalista que caracteriza as sociedades industriais).

Com base nesse esquema analítico, o jurista baiano também se propôs a discutir no decorrer da década de 1950 um tema que estaria no centro da agenda da sociologia jurídica três décadas depois e que seria objeto de minha tese de doutorado (FARIA, 1981): o desenvolvimento como imperativo político e o papel do direito como instrumento de desenvolvimento. Para tanto, recorreu a autores que os professores brasileiros de direito civil em sua esmagadora maioria jamais leram ou sequer ouviram falar, como Alberto Guerreiro Ramos, Celso Furtado, Florestan Fernandes e, principalmente, Ignácio Rangel, para quem coexistiriam no Brasil três estruturas econômicas – uma pré-capitalista, uma condicionada pelo capitalismo clássico de mercado e uma condicionada pelo capitalismo de Estado. Com base nessa literatura sociológica e econômica, Orlando Gomes entendia que o desenvolvimento não é um fim em si mesmo, mas

> algo a ser promovido numa atmosfera de liberdades públicas, desconcentração de renda e justiça distributiva, por um lado, e de expressão material de interesses determinados, por outro. O processo de desenvolvimento se desdobra numa série de substituições do proibido pelo permitido e na incorporação do maior número de pessoas no círculo da produção jurídica. (GOMES, 1961, p. 25-29).

Dito de outro modo, Gomes acreditava na compatibilidade entre democracia e planejamento como instrumento de política econômica, um tema bastante polêmico à época.[9]

Nos países capitalistas, a ideia de planejamento surgira da necessidade de alcançar objetivos econômicos e sociais, após a crise de 1930, e do esforço de reconstrução do pós-guerra, na década de 1950. A ideia era que o livre jogo de mercado, com escassa intervenção do Estado, não seria capaz de levar aos resultados almejados pela sociedade. Assim, com suas crises cíclicas, hiperinflação e desemprego, a instabilidade do sistema econômico estimulou a elaboração de modelos racionais de política econômica que permitissem dominar as forças econômicas e induzir os agentes produtivos em direção à alocação ótima

9 Ver, nesse sentido, Mindlin (1970) e Cardoso (1970).

de recursos. No acirrado debate que se seguiu sobre o uso do planejamento como instrumento de desenvolvimento, liberais inspirados em Ludwig von Mises e Friedrich Hayek, por exemplo, alegavam que o mercado é o único mecanismo regulador da integração econômica e social e que o cálculo privado de custos e benefícios é o único critério para o estabelecimento de prioridades. Também afirmavam que, ao fixar objetivos e estabelecer metas para um determinado período de tempo, o planejamento aprofundava a centralização e burocratização das decisões econômicas, suprimia a liberdade de escolha e retirava das novas gerações o direito de determinar seus rumos. Por seu lado, pensadores de inspiração social-democrata, inspirados em Gunnar Myrdal e Karl Mannheim, afirmavam que somente um ator privilegiado como o Estado, em condições de intervir no mercado, em vez de se submeter a ele, poderia agir com base em objetivos e metas pré-fixadas. Diziam que o planejamento nada mais é do que um modelo teórico, que se propõe a organizar racionalmente o sistema econômico sobre a realidade. Alegavam, ainda, que a crença no automatismo do mercado e a teoria do *laissez-faire* nas decisões econômicas àquela altura da história havia sido perdida em caráter definitivo. E distinguiam planejamento coercitivo (obrigatório para a administração pública) e planejamento indicativo (optativo para a iniciativa privada).[10]

Intervindo nesse debate, Orlando Gomes lembrava que o desenvolvimento não é um processo exclusivamente condicionado por fatores econômicos, retomando assim a abordagem sociológica heterodoxa de que se valia para interpretar e analisar a chamada "crise do direito". Embora a infraestrutura econômica condicione os fatores extraeconômicos, estes influenciam a transformação social e o próprio processo de desenvolvimento econômico. A partir daí, a questão que o jurista passa a enfrentar é saber se o instrumental jurídico de sua época estava tão desatualizado a ponto de bloquear o desenvolvimento econômico e social. Assinalava Gomes:

> Quem investigue os fatores do desenvolvimento econômico de determinada comunidade, verifica que não se circunscrevem ao campo da economia. Mesmo os que aceitam o condicionamento dos fatores extra-econômicos à infraestrutura da sociedade não podem negar a influência que exercem na transformação social e no próprio processo de desenvolvimento. Encarados os fatos sociais de um ângulo que os abarque em todas as perspectivas para o exame de uma sociedade em mudança, especialmente a que se esforça para liquidar o subdesenvolvimento, o que desperta a atenção é a assincronia das transformações. (GOMES, 1961, p. 9-10).

10 Um bom indicativo da importância desse debate é explicitado pela concessão do Prêmio Nobel de Economia tanto a Friedrich Hayek quanto a Gunnar Myrdal, em 1974. O texto clássico de Mannheim é *Liberdade, poder e planificação democrática* (1972).

Já na conturbada passagem da década de 1950 para a de 1960, em que as reformas estruturais estavam na agenda de acirradas discussões sobre o caráter dependente da modernização econômica brasileira, Orlando Gomes voltou-se – como também ocorreria à época com San Tiago Dantas – para um horizonte programático muito mais amplo do que o dos professores de direito civil da época. As reformas agrária, fiscal, bancária, administrativa, eleitoral e universitária eram vistas, naquele momento histórico, como a cristalização de expectativas, reivindicações e recomendações que traduziam uma tomada de consciência coletiva da necessidade de concentrar esforços para romper inflexibilidades estruturais decorrentes do padrão de industrialização do país. O objetivo dessas reformas era preparar a economia para alcançar níveis mais altos de desenvolvimento e os desafios para sua implementação eram reforçar a capacidade de autotransformação do setor produtivo, definir as metas a serem alcançadas e estabelecer a ordem de prioridade na satisfação das necessidades da população.

Para um de seus formuladores, Celso Furtado, a ordem de prioridades sociais resultava de um novo conjunto de forças que se havia incrustado nas estruturas de poder. Ao justificar essas reformas, seja como superintendente da Sudene seja como ministro do Planejamento do governo João Goulart, Furtado dizia que os processos econômicos são passíveis de regulação consciente e que esta deveria ser exercida conforme os interesses coletivos. Também afirmava que, com a expansão do capitalismo e da subsequente concentração do poder econômico, os mecanismos autocorretivos do livre jogo do mercado não eram mais suficientes para evitar crises econômicas com alto custo social. Num discurso que alcançou grande repercussão, ao receber o título de Economista do Ano de 1962,[11] conferido pela Ordem dos Economistas do Estado de São Paulo, Furtado asseverou:

> As grandes tensões sociais que caracterizam a vida nacional parecem ter a causa principal no desajustamento entre as expectativas criadas pelo próprio desenvolvimento no conjunto da população e o limitado acesso permitido aos frutos desse desenvolvimento. As tensões não são causadas pelo sacrifício que o desenvolvimento exige, pois ele significa aumento de disponibilidade de bens e serviços para fins de consumo e investimento. Desenvolvimento é aumento do consumo e este não pode ser identificado com nenhuma forma de sacrifício. Ele se projeta na consciência do povo como um

• • •

11 A repercussão do pronunciamento foi basicamente causada pela afirmação de que as reformas estruturais somente seriam eficazes se, entre outros objetivos, dotassem o governo de instrumentos fiscais que lhe permitissem financiar investimentos públicos "com base em recursos recolhidos naqueles setores que estão sendo beneficiados pelo desenvolvimento". No debate sobre planejamento coercitivo e indicativo, democrático e autoritário, Furtado foi bastante influenciado por Mannheim, como reconheceu em *A fantasia organizada* (1985).

> estado de expectativa permanente de melhoria material. No caso do Brasil, o desenvolvimento criou condições para que se processasse inusitada concentração de renda, tanto geográfica como setorial e social. Daí o limitado acesso aos frutos do desenvolvimento. Como consequência, certos grupos da população estão sendo submetidos a efetivo sacrifício. (FURTADO, 1962).

Em sua abertura para um horizonte programático mais amplo na tumultuada década de 1960, e tocando nos mesmos temas – inclusive na questão do custo social do desenvolvimento – discutidos pelos defensores e pelos críticos das reformas de base, Orlando Gomes concentrou a atenção na radicalização nacional-populista, que vinha crescendo na mesma velocidade com que as tensões estruturais da economia e seus desdobramentos sociais iam sendo evidenciadas. Chamou atenção para o papel das instituições jurídicas na formação de capital produtivo, ao mesmo tempo que também apontou o papel limitado dos legisladores daquele período – que, a seu ver, não iam além de modelar o ritmo do desenvolvimento.[12] Reconheceu que as estruturas formais do direito civil tenderiam a se estilhaçar com o advento das novas modelações normativas da economia. E ainda advertiu para o risco de o uso instrumental do direito resultar em hiperjuridificação ou inflação legislativa:

> O fetichismo da lei como exuberante técnica social vem provocando a elefantíase da legislação no quadro clássico da propensão para legislar em função de interesses do Estado e do desenvolvimento econômico. As leis modificam-se dialeticamente, perdendo a qualidade pela quantidade. (GOMES,[13] 1975, p. 65 apud RAMOS; SILVA FILHO, 2015, p. 136).

Coordenador no início da década de 1960 de um malogrado projeto destinado a substituir o velho Código Civil de 1916, Orlando Gomes foi um autor prolífico que, recorrendo a abordagens heterodoxas e tomando como contraponto em seus artigos, ensaios e livros as disparidades regionais e as transformações sociais, políticas, econômicas e culturais do país, lançou um olhar inovador sobre os temas básicos tanto de direito civil – inclusive em matéria de família – quanto de direito econômico. Temas como contrato, propriedade privada, relação jurídica, obrigação, responsabilidade, culpa e risco, abuso de direito, negócio jurídico, títulos de crédito, contratos bancários, alienação fiduciária, *leasing*, *franchising*

12 Ver, nesse sentido, Ramos e Silva Filho (2015, p. 125-135).

13 GOMES, Orlando. O direito em crise. In _____. *Direito Econômico e outros ensaios*. Salvador: Distribuidora de Livros Salvador, 1975.

e repressão ao abuso do poder econômico, e também questões relativas ao reconhecimento de filhos adulterinos e dissolução de vínculo matrimonial, foram analisados e discutidos com base na ideia de que uma interpretação de fatos sociais se dá por meio de uma interpretação de seus "intermediários concretos", a partir de sua base econômica (GOMES, 1955, p. 49).

## II

No mesmo ano em que Orlando Gomes publicou *A crise do direito*, San Tiago Dantas deu uma aula inaugural que entraria para a história do pensamento jurídico brasileiro. Meses antes, Getúlio Vargas suicidara-se e a conjuntura estava marcada por grandes adversidades econômicas, graves tensões políticas, forte instabilidade militar e riscos de ruptura da ordem institucional. Originariamente um conservador esclarecido vindo da Ação Integralista Brasileira, e que aos 28 anos escrevera uma tese de cátedra bastante original sobre um tema convencional de direito civil,[14] ele começou chamando a atenção para a necessidade de valorização do dissenso, de relativização dos valores e de superação de visões estigmatizadas no campo político – isso numa exposição cujo tema era sobre a situação da educação jurídica no país.[15] San Tiago prosseguiu denunciando a aversão das faculdades de direito a uma compreensão crítica de uma sociedade tão complexa e heterogênea como a brasileira. Afirmou que a crônica incapacidade dos cursos jurídicos de compreender o ambiente social, econômico, político e cultural em que estavam envolvidas os levava a formar operadores jurídicos incapazes de perceber que, quando as classes dirigentes são medíocres, a democracia representativa está em risco. Por fim, retomou uma indagação sobre a trajetória ou destino da Ciência do Direito que já discutira uma década e meia antes: "será seu papel histórico resistir e domesticar as inovações que surgem; ou procurar audaciosamente criar sobre elas uma ordem nova?" (DANTAS, 1979).[16]

Ao respondê-la, justamente quando se agravavam os conflitos de interesses econômicos entre os diversos segmentos sociais, San Tiago Dantas recorreu a Max Weber e Arnold Toynbee. Da principal obra do primeiro, *Economia e sociedade*, extraiu a ideia de burocracia

14 *Conflito de vizinhança e sua composição*, tese apresentada ao concurso para professor catedrático da Faculdade Nacional de Direito, realizado em 1939. Sob o trabalho em si, que inclui discussões metodológicas que não encontrariam paralelo nas três décadas seguintes, a realização do concurso e seus desdobramentos na política acadêmica, ver a extensa e cuidadosa biografia escrita por Dutra (2014, p. 401-408).

15 "A educação jurídica e a crise brasileira", aula inaugural da Faculdade Nacional de Direito, no Rio de Janeiro, em 1955 (DANTAS, 1955).

16 Em "Renovação do direito", discurso proferido na sessão comemorativa do cinquentenário da Faculdade de Direito da Universidade do Brasil, Rio de Janeiro, em 25 de outubro de 1941 (DANTAS, 1979).

e a distinção entre dominação legal-racional, dominação tradicional e dominação carismática, para explicar a formação do direito público e o impacto do liberalismo político nas declarações de direitos e nas constituições modernas. "Pode qualquer política criar um direito, ou o direito em sua natureza técnica está comprometido com certos princípios éticos e sociais que colidem com alguns sistemas políticos e outros se harmonizam" (DANTAS, 1979) – indagou. Da principal obra do segundo, *Um estudo de história*, extraiu a análise entre a expansão e o declínio das sociedades, por um lado, e o aumento ou diminuição da eficácia dos meios de controle. "A causa imediata da expansão ou da decadência de uma civilização ou mesmo de um grupo social, como um Estado, reside respectivamente no aumento e na perda da eficácia de sua cultura, na capacidade ou incapacidade de criar e aplicar técnicas diversas de controle do meio físico e social", (DANTAS, 1955) afirmou, depois de diferenciar classe dirigente e classe dirigida.[17]

"À classe dirigente compete encontrar e aplicar as respostas adequadas aos problemas sociais. É isso que lhe permite manter-se como dirigente, obtendo pela ação de um poderoso instinto social a adesão e a colaboração dos segmentos sociais restantes, a classe dirigida" (DANTAS, 1979), disse ele no início de sua célebre aula inaugural sobre a educação jurídica e a crise brasileira. E depois de apontar que a sociedade brasileira oferecia "um exemplo perfeito da crise determinada pela perda de eficácia ou poder criador da classe dirigente", afirmou o catedrático de direito civil da Faculdade Nacional de Direito:

> Perca, porém, a classe dirigente a virtuosidade para resolver problemas, deixe sem resposta os desafios que lhe lança o meio social, e daí começam a fluir dois efeitos inelutáveis: para a sociedade, rompido o equilíbrio entre os problemas de controle que

• • •

17 A distinção entre classe dirigente e classe dirigida e as ideias de expansão e declínio das sociedades e de aumento ou diminuição da eficácia dos meios de controle é central no pensamento de San Tiago Dantas. Três anos depois da aula inaugural dada na Faculdade Nacional de Direito, portanto bem antes de seus textos sobre os impasses políticos entre as décadas de 1950 e 1960, ele a retomaria num ensaio sobre a sociedade brasileira na passagem do século 18 para o 19 e a influência exercida à época por José da Silva Lisboa, primeiro Barão e depois Visconde de Cairu: "Em lugar do quadro social de hoje (1958), dominado pelo contraste e mesmo pelo antagonismo, entre uma classe dirigente de eficiência declinante e uma classe popular em ascensão, o que se via era uma sociedade rarefeita, formada por um proletariado escravo, uma classe depauperada e escassa de assalariados livres, funcionários coloniais, comerciantes portugueses e retalhos de uma classe agrária, em que residia a maior força econômica e social do país" (DANTAS, 1962). Ao falar sobre Cairu, San Tiago afirmou que a maior lição da carreira dele teria sido a ideia de que "o destino individual só se realiza plenamente quando o homem logra, pelas suas energias e faculdades, entrar em equação com a sua mesma época, e exprimir na peripécia de sua própria vida a trama dos problemas em que se debate a sociedade a que pertence" (DANTAS, 1962). O ensaio, intitulado "Visconde de Cairu, protagonista de sua época", foi publicado no *Jornal do Comércio*, edição de 30 de março de 1958, e posteriormente incluído na coletânea *Figuras do Direito*, de 1962.

> os resolvem, inicia-se a decadência. E, para a classe dirigente, começa o processo de insurreição da classe dirigida, gradualmente desligada de sua subordinação mimética, e a transformação, às vezes lenta, mas a partir daí inevitável, da autoridade em privilégio. Pode suceder que a relação de equilíbrio entre os problemas e os meios de controle se rompa [...] por uma perda dos controles éticos sociais [...]. [Neste caso], a sociedade desaparece pela incapacidade de sua classe dirigente de manter a vida social sob a disciplina de normas éticas e jurídicas eficazes, que mantenham as atividades do grupo subordinadas aos ideais de sua cultura, conciliando justiça e eficiência, e impregnando de seus critérios éticos todas as formas de exercício da autoridade. (DANTAS, 1955, p. 450).

Para San Tiago Dantas, cujo pronunciamento foi realizado nove anos antes da eclosão do golpe militar de 1964, num momento de radicalizações desconexas, lutas personalistas, declínio da credibilidade do governo, crescente incapacidade do sistema político de funcionar e acentuada deterioração do quadro institucional, a falta de "ajustamento" entre a classe dirigente e a classe dirigida debilita o Estado de Direito, bem como reforça reacionarismos, processos antidemocráticos – enfim, toda espécie de autoritarismo. Uma passagem de sua aula, particularmente, dá a dimensão da perspicácia da análise:

> a ruptura entre a classe dirigente e a classe dirigida, pela perda da capacidade da primeira de resolver problemas que se deparam à sociedade como um todo, traz, como fase sucessiva, o estado de disponibilidade da classe dirigida, ou seja, o clima de demagogia. Estabelece-se, então, a oportunidade do cesarismo. (DANTAS, 1955, p. 450).

Esse risco, sugeria San Tiago Dantas, que também era um bem-sucedido *corporate lawyer*, poderia ser afastado, entre outras medidas, por meio de uma educação jurídica menos formalista e, acima de tudo, aberta ao diálogo interdisciplinar. Ele conclui:

> Pela educação jurídica é que uma sociedade assegura o predomínio dos valores éticos perenes na conduta dos indivíduos e, sobretudo, do poder público. Pela educação jurídica é que uma sociedade assegura o predomínio dos valores éticos perenes na conduta dos indivíduos e do poder público. Pela educação jurídica é que a vida social consegue ordenar-se segundo uma hierarquia de valores, em que a posição suprema compete àqueles que dão à vida humana sentido e finalidade. Pela educação jurídica é que se imprimem no comportamento social os hábitos, as reações espontâneas, os elementos coativos, que orientam as atividades de todos para as grandes aspirações comuns. (DANTAS, 1955, p. 452).

San Tiago aprofundou esses argumentos em seu último discurso, certamente o mais articulado de todos.

Extenso e a um só tempo conceitual e programático, esse discurso foi concebido depois de uma vitória política – a bem-sucedida passagem à frente do Ministério das Relações Exteriores, entre 1961 e 1962 – e dois malogros: a rejeição de seu nome para primeiro-ministro no regime parlamentarista, em 1962, e a fracassada gestão um ano depois como ministro da Fazenda, quando permaneceu no cargo apenas cinco meses.[18] Pronunciado no dia 25 de outubro de 1963 em evento ocorrido no Hotel Glória, no Rio de Janeiro, o discurso foi feito em agradecimento à homenagem que lhe foi prestada com a indicação de "Homem de Visão" daquele ano, num momento de forte descontrole monetário, desaceleração econômica, redução de investimentos, paralisia decisória do Executivo e do Legislativo e a acirrada polêmica em torno das "reformas de base" suscitada pela radicalização populista – a ditadura militar seria instalada cinco meses depois, com a deposição do presidente João Goulart, a quem San Tiago servira duas vezes como ministro. O civilista carioca começou afirmando que não se pode ter uma visão do direito que o desconecte inteiramente da percepção da realidade socioeconômica e dos desafios de uma justiça distributiva, como ocorre nos casos do positivismo normativista, do mesmo modo como a questão do desenvolvimento também não pode ser vista exclusivamente por suas implicações econômicas, medido pela variação do Produto Interno Bruto (PIB) em matéria de investimentos. Na mesma linha de argumentação, sugeriu pensar o desenvolvimento por um viés político, capaz de refletir a condição da dignidade humana em um país com forte concentração de renda e, acima de tudo, com base num projeto nacional.

Na circunspecta simplicidade de seus argumentos estavam implícitas duas questões e uma advertência já tratadas na mesma época por um ex-colega de ministério e também pelo

• • •

18 A interpretação mais recorrente é de que o veto à indicação para primeiro-ministro e a oposição que o levou a ter de abdicar do Ministério da Fazenda decorreriam, entre outros fatores, da insatisfação de certos setores políticos e empresariais quanto a sua atuação à frente do Itamaraty, quando implementou o que chamou de "política externa independente". As razões, contudo, parecem mais complexas, como se depreende de um de seus discursos na Câmara dos Deputados: "chegamos a um momento em que certas necessidades se tornaram imperativas, Em primeiro lugar, o país não comporta mais uma administração sem rigoroso planejamento. Se queremos lutar contra a inflação, a primeira medida necessária é um balanço dos recursos de que dispomos e uma orçamentação honesta de nossas disponibilidades. Quem não dispõe de recursos ilimitados e tem diante de si problemas que os ultrapassam tem necessidade de planejar. Só um governo que se disponha a estabelecer uma ordem rigorosa de prioridades neste instante, e proporcionar a essas prioridades os recursos disponíveis, é que terá possibilidades de praticar uma política de contenção de preços. Precisamos, para evitar que a administração se projete nos vários setores de que se compõe, guiada apenas pelo poder de iniciativa de muitos ministros, concentrar a ação conjunta de um gabinete e, desta forma, criar para o país um governo de autoridade; de autoridade dentro da lei, de autoridade dentro dos limites traçados pelo Congresso, mas de autoridade sem incoerências e se desfalecimentos". O discurso foi pronunciado no dia 27 de junho de 1962 e seus desdobramentos políticos e econômicos são examinados criticamente por Abreu (1989b, p. 197-212).

próprio Orlando Gomes: o problema da desigualdade social, por um lado, e os perigos do populismo, por outro. Com a clareza e objetividade habituais, declarou San Tiago:

> Não é exato [...] que a democracia possa salvar-se como fórmula política apenas mediante o apego a certos ideais jurídicos, que deram expressão adequada, em outras décadas, a formas então válidas de supremacia social. Também não é certo que o futuro da democracia dependa apenas do desenvolvimento econômico, e que seu fortalecimento possa medir-se no crescimento da renda nacional ou do seu índice per capita. O crescimento da renda nacional, mesmo quando se processa a uma taxa superior à do aumento demográfico, pode reverter, graças à má distribuição social da riqueza em benefício de setores limitados da população, e agravar, em vez de atenuar, as tensões sociais internas, que comprometem a estabilidade das instituições democráticas e dela fazem um poderoso instrumento, não a serviço da reconciliação, mas a serviço da opressão.[19] (DISCURSO..., 2004, p. 331).

Na realidade, embora o discurso tivesse um caráter basicamente programático, a sugestão de San Tiago de "pensar o desenvolvimento por um viés político" entreabria nesse ponto a experiência que enfrentara em sua passagem pelo Ministério da Fazenda, quando defendeu medidas de contenção orçamentária para deter a inflação, maior racionalização nas despesas de custeio, redistribuição da carga fiscal e a adoção de um cronograma adequado para a implementação do Plano Trienal elaborado por Celso Furtado. Como ministro da pasta mais importante do governo, San Tiago fora vítima do crescimento do populismo que, como é sabido, defende compromissos ambíguos e teses contraditórias, prometendo a massas urbanas sem estruturação definida o atendimento das aspirações imediatas sem, contudo, preocupar-se com as consequências que daí poderão resultar a médio e longo prazo. A radicalização populista foi o que se chamou à época de *esquerda negativa*, cujos líderes – como o deputado e ex-governador gaúcho Leonel Brizola, por exemplo – afirmavam que as reformas de base viriam "de qualquer maneira, pois (se for) perdida a oportunidade eleitoral, contaremos com a outra metade do povo brasileiro, aquela que não vota mas tem estômago". À *esquerda negativa*, que

19 O colega de ministério era Celso Furtado, que publicara pouco tempo antes um artigo na mesma linha de San Tiago, ainda que sob outra orientação doutrinária. "O retrocesso político não virá por acaso, mas como reflexo de pânico entre alguns grupos privilegiados confrontados com a crescente pressão social. Onde as estruturas são rígidas, impedindo adaptações graduais, essas pressões podem situar situações cataclísmicas, que conduzem a soluções de emergência ou a golpes preventivos", afirmou (FURTADO, 1963). O artigo foi publicado originariamente pela revista *Foreign Affairs*, na edição de abril de 1963, com o título "Brazil – what kind of revolution?", e republicado pelo jornal *O Estado de S. Paulo* na edição de 31 de março de 1963 – por ironia, exatamente um ano antes da eclosão do golpe e com o sugestivo título "Brasil – a situação pré-revolucionária".

contava com apoio sindical, opunha-se a chamada *esquerda positiva*, integrada por Furtado e San Tiago, para quem as pressões populistas, além de corroerem o funcionamento das instituições básicas, eram incompatíveis com um projeto de desenvolvimento consequente, coerente e capaz de promover mudanças estruturais preservando valores morais e políticos fundamentais, como o respeito às práticas democráticas e às liberdades públicas.

Decorrem daí as conclusões e a advertência de San Tiago, em seu último e mais conhecido pronunciamento. No salão de eventos do Hotel Glória, disse ele:

> Se nem a fidelidade aos princípios jurídicos nem o crescimento da riqueza bastam para preservar a democracia e adaptá-la ao mundo moderno, é indispensável aditar a esses dois fatores um terceiro: a reforma social. E é sobre as características, o alcance e os meios de processamento dessa reforma que o pensamento democrático, no Brasil e fora dele, não raro se torna evasivo. Dir-se-ia que para alguns a reforma social deve ficar propositadamente informulada, servindo mais de incentivo a reivindicações isoladas, que somam forças no sentido da violência, enquanto para outros é uma forma de contemporização consciente, destinada a servir de anteparo a um esforço de preservação das estruturas atuais.
> Essas formas de deslealdade com a história não conseguem ser, porém, de duração prolongada. Se o pensamento democrático não for capaz de formular, em termos válidos e inteligíveis, seu esquema de reforma social, esta abrirá seu caminho antidemocraticamente, porque, no quadro das tensões internas da sociedade atual, as forças que aspiram a uma participação mais ampla nos benefícios da vida comum são superiores em intensidade às que procuram deixar em segundo plano essa ampliação, para se limitarem à defesa das chamadas garantias democráticas.
> Toda contemporização ou insinceridade na abertura de um rumo eficaz de reforma social se liquida, desse modo, num reforço do processo antidemocrático e na debilitação a curto prazo da própria democracia. (DISCURSO..., 2004, p. 331).

O fortalecimento do processo antidemocrático de que San Tiago falava, nesse discurso, estava mais adiantado do que ele e expressiva parte da plateia supunham. As "situações cataclísmicas" já estavam criadas. O populismo tomava conta da cena pública e o regime democrático encontrava-se muito mais debilitado do que se imaginava. A perda de controle sobre a economia também já era evidente. E a ruptura institucional estava muito mais próxima do que se pensava.

## III

Apesar de extensa, a passagem acima de San Tiago Dantas é fundamental para se compreender a contribuição de Raymundo Faoro ao tema. Como é sabido, ambos foram leitores de

Max Weber, especialmente de seus textos sobre sociologia política, sociologia jurídica e sociologia econômica. Portanto, eram conhecedores da tipologia weberiana sobre racionalidade formal e racionalidade material, legitimidade formal e legitimidade substantiva, comando e obediência, ética de convicção e ética de responsabilidade e os três tipos de dominação – tradicional, burocrática e legal-racional. Com base nessa tipologia, San Tiago encarava a democracia representativa como uma engrenagem formal de normas e procedimentos, com base na regra de maioria, ao mesmo tempo que via nas reformas sociais a condição material de sua legitimidade. Já Faoro diferenciava legalidade, vista como um conjunto escalonado de leis estruturadas em função de um conceito de poder público, e legitimidade, o fundamento da obediência legal, criticando os ideólogos do regime militar que tentavam vincular esta última a políticas públicas eficientes e a resultados econômicos.

Quando o conheci, eu era jornalista do jornal *O Estado de S. Paulo* e do *Jornal da Tarde* e ele presidia o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), tendo vencido a eleição por 13 votos contra 11 dados ao seu opositor, o jurista e político baiano Josaphat Marinho (que, por curiosidade, fora aluno de Orlando Gomes em Salvador e, depois de formado, seu sócio em escritório de advocacia). Faoro e Marinho eram opostos em quase tudo. O primeiro vinha da vertente de juristas-políticos que criaram a OAB nos primórdios da década de 1930. Juristas-políticos são "homens de cultura e do direito público", originários das elites tradicionais brasileiras e com acentuado poder de mando na sociedade. São homens com muita influência na vida pública e que provêm da linhagem de bacharéis oriundos de famílias tradicionais formados em escolas de direito criadas no século 19, como parte do esforço de construção do Estado nacional.[20] Com uma visão de mundo liberal-clássica, tiveram um papel decisivo na constituição de uma entidade que – longe de ser uma simples associação profissional, resultante da agregação de interesses de advogados atuantes em litígios interindividuais – fora originariamente pensada como um mecanismo de poder sobre a própria corporação e como instrumento de expressão e afirmação dos valores e opiniões da elite da categoria, os juristas-políticos. A OAB não se constitui assim numa entidade criada de baixo para cima, como expressão do conjunto diferenciado da profissão. Ela se constitui de cima para baixo, com base na iniciativa de uma elite homogênea em sua concepção de mundo.[21]

Dada a necessidade de ampliar sua legitimidade, o Estado saído da Revolução de 30 concedeu à OAB, com o objetivo de obter seu apoio político, a prerrogativa de controlar imperativamente a categoria, de impor filiação compulsória e de estabelecer taxas independentes

20 Ver Bastos (1978); Venâncio Filho (1983); Adorno (1988); e Vianna (2015).

21 Cf. Vianna (2015, p. 42).

da vontade de seus membros.[22] A partir das décadas de 1950 e 1960, com o avanço da industrialização e a emergência de novos tipos de litígios advindos com a urbanização, cresceu o número de faculdades de direito, aumentou o número de advogados militantes e acentuou-se a diferenciação funcional na operação cotidiana dos tribunais, o que levou a uma progressiva diluição da hegemonia e do prestígio dos juristas-políticos na OAB. Esse processo também foi acentuado pelas reivindicações dos setores emergentes das chamadas classes subalternas, já vistas no item anterior, bem como pelo subsequente surgimento dos chamados serviços legais inovadores, em cujo âmbito os interesses tutelados giram em torno de demandas coletivas ou individuais de repercussão coletiva, o que ajuda a organizar a população para a defesa de seus interesses e para a efetivação do acesso à Justiça, propiciando com isso conscientização e mobilização políticas.[23] E foi aprofundado pela expansão das procuradorias estaduais e municipais, onde passaram a atuar profissionais de classe média tecnicamente muito bem formados, como é o caso de Faoro, procurador do Estado da Guanabara e um dos mais expressivos representantes da corporação. Com isso, a elite de juristas-políticos passou a sofrer concorrência de novos e influentes grupos de advogados, que mudaram a agenda de prioridades da categoria e geraram fortes tensões dentro da OAB – o que será particularmente explicitado após a vitória de Faoro sobre Marinho.

Raymundo Faoro assumiu o cargo em 1977, no mesmo período em que o Congresso foi posto em recesso e o "Pacote de Abril" foi editado pelo presidente Ernesto Geisel, mudando as regras do jogo eleitoral com o objetivo de afastar qualquer risco de vitória da oposição no pleito de 1978. Nos anos anteriores, marcados pelo fracasso do 2º Plano Nacional de Desenvolvimento – a *pièce de résistance* do governo no campo econômico, implodida pela alta extraordinária dos preços internacionais do petróleo – e por um crescente estremecimento das coalizões civil e militar que davam apoio ao regime desde 1968, por

• • •

22 Em outras palavras, como lembra Luiz Werneck Vianna, a OAB não é o resultado de um movimento da categoria, que no início da década de 1930 contava com cerca de 14 mil membros, mas de uma negociação entre o Estado e as elites do direito. Enquanto os juristas-políticos convalidaram as novas estruturas corporativas da administração pública, concedendo legitimação ao regime ainda em fase de imposição, o Estado concedeu poder à OAB, que passou a ser soberana em relação aos seus membros, constituindo a identidade com a força imperativa de um mandato público. Assim, "ao nascer a OAB já se erige como poder concorrente – e não apenas porque detém o império de regular sobre a categoria –, mas principalmente porque se arroga ao direito de guardiã e de fiscal de um bem público: a ordem jurídica" (VIANNA, 2015, p. 35-41).

23 Aos serviços legais inovadores, nos quais os advogados assumem uma postura política e conscientizadora, contrapõem-se os serviços legais tradicionais, que priorizam o atendimento de demandas individuais e são marcados por uma relação fria, técnica e vertical entre advogados e clientes, com os primeiros assumindo uma postura assistencialista e paternalista. Cf. Campilongo (1991).

um lado, e pela incapacidade do governo Geisel de criar condições para a articulação de novas coalizões de apoio à sua estratégia de transição democrática "lenta, gradual e segura", por outro, as facções mais radicais da ditadura vinham aumentando as prisões, ampliando a tortura de presos políticos nos porões de quartéis e carceragens policiais e criando situações de fato com o objetivo de desmoralizar aquela estratégia e aprofundar ainda mais a repressão. Ao mesmo tempo, o presidente dos Estados Unidos, Jimmy Carter, pressionava fortemente o regime a restabelecer as garantias fundamentais e estimulava movimentos sociais e entidades da sociedade civil a lutar pela reafirmação dos direitos humanos, exacerbando com isso a ira das facções mais radicais com relação a Geisel.[24] Para os radicais do regime, afirmava então um analista da vida política nacional,

> a insistência da oposição no debate sobre direitos civis e sobre torturas era apenas uma cobertura do propósito real de dividir os militares e, por essa via, restabelecer a anarquia que, de acordo com essa interpretação, fora responsável pela situação de recesso econômico em que o Brasil se encontrava antes de 1964. (SANTOS, 1978b, p. 122).

No período em que o conheci e definimos uma ação comum, Raymundo Faoro preparava um longo discurso para a sessão de abertura da VII Conferência Nacional da entidade, marcada para o dia 7 de maio de 1978, em Curitiba. Ele pretendia aproveitar a oportunidade para criar um fato político, retomando o tema do liberalismo com o objetivo de reivindicar o restabelecimento de garantias processuais e de criticar as alterações sucessivamente promovidas por meios arbitrários no ordenamento jurídico pelo regime militar, sob o pretexto de se legitimar não pelo direito positivo e pela Constituição, mas, sim, pelos resultados alcançados em matéria de crescimento econômico e de geração de emprego.[25] Neste

• • •

24 O início do governo Geisel, em 1974, inflacionou as esperanças democráticas mais do que os compromissos por ele assumidos, em seus discursos, autorizavam. Essa inflação de esperanças iria ser, em parte, responsável pelo movimento compensatório de pessimismo nos anos seguintes – principalmente depois de Geisel ter afirmado que não abdicaria dos poderes extraordinários concedidos pelo regime, com base no Ato Institucional nº 5, para coibir subversão e corrupção. Como lembram Wanderley Guilherme dos Santos (1978b, p. 120-121) e Lúcia Klein e Marcus Figueiredo (1979, p. 83-84), o que o governo Geisel propôs foi uma estratégia de distensão política baseada num cronograma bastante cauteloso, aceitando a suspensão da censura de imprensa, por exemplo, mas sem abrir mão dos instrumentos jurídicos autoritários e dos poderes que lhe permitiam regular o processo. Em outras palavras, Geisel teria reservado para si a função de termômetro da temperatura do chamado *sistema revolucionário*, adotando um mecanismo de consultas e avaliações periódicas da situação, em que ele próprio vinha a público ou se fazia ouvir formalmente por meio de seu ministro da Justiça, Armando Falcão, ou, informalmente, por seu chefe da Casa Civil, Golbery do Couto e Silva.

25 A ação comum consistia em entrevistas a serem publicadas nos dias anteriores ao do dia de abertura do

ponto, mais precisamente, o que o jurista e historiador gaúcho radicado no Rio de Janeiro pretendia era questionar a modernização tutelada, que os ideólogos do regime chamavam de *autoritarismo transicional*.

Afirmavam esses ideólogos:

> A legitimação do sistema revolucionário [...] está sendo lograda principalmente através de eficácia administrativa. Essa legitimação proveio inicialmente da contribuição do sistema para reversar uma situação (econômica) catastrófica, confirmou depois pelo impulso reformista (da máquina estatal) e está hoje reforçada pelo sucesso desenvolvimentista. (CAMPOS; SIMONSEN, 1974, p. 255).

Do outro lado do espectro político, o então presidente da OAB, com a sólida base intelectual da sociologia weberiana e da filosofia do direito alemã, destacava as influências da concepção liberal do Estado e suas representações jurídicas com base nos seguintes pressupostos: (a) qualquer norma pode ser instituída como lei reclamando e exigindo sua obediência por todos aqueles que estejam sujeitos à autoridade da comunidade política; (b) o direito constitui um sistema de regras abstratas que resultam de um estudo racional – consequentemente, a administração pública está condicionada pelas regras jurídicas, devendo ser dirigida em conformidade com certos princípios de formulação geral; (c) as pessoas que obedecem à autoridade legal assim constituída o fazem em caráter de cidadãos, e não de súditos, obedecendo à lei e não à vontade dos burocratas que as impõem; e (d) a burocracia, expressão formal da dominação racional do Estado, tende a estreitar ou restringir a funcionalidade do Estado de Direito.[26] Esses quatro pressupostos seriam a base de suas críticas ao regime militar e à ordem burocrático-autoritária por ele imposta.

Depois de abril de 1964, como é sabido, foi criada uma situação de fato altamente contraditória. Por um lado, o regime político advindo do golpe militar tentou em seus primórdios afirmar o ideal de um liberalismo político, mas carecia de bases sociais de sustentação.

• • •

evento da OAB, a transcrição da íntegra de seu discurso pelo jornal *O Estado de S. Paulo* e a publicação de um editorial em forma de apoio pelo *Jornal da Tarde*, então dirigido por Ruy Mesquita, de quem fui editorialista. O editorial foi publicado em 15 de maio de 1978. Devo a Carlos Guilherme Mota o estímulo para que superasse minha timidez e procurasse Faoro pessoalmente no Rio de Janeiro, para entrevistá-lo.

26 Ver, nesse sentido, Mommsem (1974); e Schluchter (1982). É importante lembrar que, além de respeitado analista do Estado patrimonialista brasileiro e de seus mecanismos de cooptação e conciliação, Faoro conhecia a teoria e a filosofia do direito alemãs – principalmente autores para quem o direito, antes de ser um sistema de normas, seria um instrumento de cultura. Ou seja, autores que concebiam o direito não como simples fato social, mas como fator cultural – um conjunto de valores colocado a serviço da justiça e da dignidade do homem.

Nas relações dos novos dirigentes com a sociedade estabeleceu-se um vácuo político-representativo de interesses, que fragmentou o processo de mobilização social por parte do governo. Por outro lado, contudo, o regime impôs um sentido de ordem fundado numa concepção autoritária de segurança nacional e estimulou a formação de uma burocracia capaz de dar vida política à racionalidade e à eficiência requeridas para a consecução da "reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil".[27] Foi daí que resultou o mencionado *autoritarismo transicional* – período histórico em que, especialmente depois do Ato Institucional nº 5, os cidadãos foram desprovidos de direitos e convertidos em súditos. Em outras palavras, a ideia tradicional de um Estado representativo de feições liberais, alicerçado na participação política dos cidadãos e no embate entre partidos, cedeu lugar a um Estado de feições tecnocráticas. Ou seja, um Estado que cria e reproduz uma burocracia dotada de interesses próprios, os quais são realizados por meio de um crescente intervencionismo estatal quer no nível das relações de produção, quer no nível das relações de produção social. Um Estado que, ao desprezar a legitimidade assegurada por uma ordem legal definida *a priori* e ao tecer loas à legitimação pela eficiência, acabou convertendo a produção normativa arbitrária e casuística num fim em si mesmo. Em artigo jornalístico sobre o Ato Institucional nº 5, Raymundo Faoro diz:

> Do alto a baixo do sistema o conceito de lei se perdeu, no seu teor liberal e democrático, para ser substituído por medidas, supostamente eficientes. Incapaz pelos próprios mecanismos do regime de organizar o consenso, separado da opinião pública e dos intelectuais, apelava-se para o único meio possível: a coerção como instância primeira de obediência [...]. A coerção, de *ultima ratio*, passou para o primeiro plano e se ideologizou, fora do aparelhamento parlamentar e da opinião pública, deslocando a ênfase para a defesa do sistema de 64, com suas reformas, na lembrança permanente do risco de volta ao passado. (FAORO, 1978b).

Assim, a crescente produção de leis extraordinárias, decretos, portarias e resoluções normativas conforme as conveniências e necessidades da gestão econômica multiplicou as prerrogativas de esferas administrativas até então só dotadas de estreita competência regulamentar. Por consequência, a flexibilidade e a mutabilidade dessa ordem jurídica geraram um sem-número de problemas políticos e legais, que foram muito bem explorados por uma oposição sufocada, perante uma opinião pública reprimida. O que, na contrarreação, acabou levando à ampliação do arbítrio do regime. Quanto mais maleáveis foram as normas

27 A expressão entre aspas consta do Ato Institucional nº 1, baixado em 9 de abril de 1964, e do Ato Institucional nº 5, baixado em 13 de dezembro de 1968.

assim editadas, com a pretensão de se legitimarem pela eficiência e por resultados, maiores foram as dúvidas sobre as decisões econômicas, financeiras e administrativas tomadas. Quanto mais intervenção e controle, quanto mais medidas de emergência travestidas de atos institucionais, maior a perversão dos princípios mais elementares do constitucionalismo – e, por tabela, da legitimidade legal-racional. Nas palavras de Faoro, "as emergências, ao serem deflagradas, se conjuram perigos, levantam outros riscos, por força da própria suspensão das garantias constitucionais. Nelas estão implícitas forças ditatoriais, na sua índole profunda, que facilmente perdem o adjetivo constitucional" (FAORO, 1978a). Enfim, quanto mais a tecnocracia do regime militar transformava leis em mecanismos destinados a avançar em direção a metas específicas, iniciativa justificada em nome de uma ética de convicção, mais se desfigurava a ordem jurídica e se desprezava a ética de responsabilidade.

Foi justamente esse o ponto que Faoro escolheu como fio condutor de seu discurso na abertura do encontro anual da OAB de 1978, quando exigiu a abertura política e destacou as pressões democratizantes emanadas da sociedade. Faoro diz, nos primeiros parágrafos de sua alocução, prenunciando a densa argumentação de inspiração weberiana que a tornaria um clássico entre os textos de direito público:

> No passado, quisemos a mudança e tudo mudou. Hoje, queremos a transição e queremos o que está além da transição, com o senso de responsabilidade de quem refletirá, no gesto desferido, a consequência do amanhã recomeçado e reconstruído. [...]
> Nascemos e vivemos envolvidos por forças que fugiram à nossa vontade e ao nosso entendimento, delas nos alheamos, incapazes de conservá-las no convívio imediato, para controlá-las e dominá-las. O Estado as abriga, com a tendência de sobrepô-las à sociedade, em armadura de ferro, numa aliança distante de detentores do Poder, se quebrado o conduto que o prende aos seus destinatários. A cidade política aliena-se da cidade comum e de todos, cidadela perdida no mundo, sem caminhos que a ela levem, só aberta a estrada que dela parte para expedir ordens. Incorporar a cidadela à cidade será nossa tarefa, desarticulando da categoria dirigente as justificações de tutela, que se expandem na onisciência tecnocrática e na onipotência da força, como se o Poder fosse apenas o mistério e a dimensão demoníaca de coisas fora do comando do homem.
> [...]
> Nesse equívoco de atualizar o velho na promessa do longínquo dia a nascer atrás das montanhas, encartou-se uma ideologia que pretende legitimar um tipo de Estado, pela exceção, na normalidade e na rotina. O poder não se qualificaria pelo direito – nessa falsa perspectiva – mas pela eficiência dos resultados e, se duvidosos os resultados, pela retomada da eficiência. Dissociou-se [...] a democracia da participação social e política. A autoridade se degradaria na força, em instância última, sem o apoio à legitimidade, conceito que alude a valores, que conferem autoridade ao sistema jurídico, para que possa ser acatada sem o imediato uso da força, em que não se

> transforme esta em apelo preliminar no exercício do governo. O acessório, se esquecido o conceito de legitimidade, ocupa o lugar do principal, quebrando a aliança entre povo e governo, convertida a lei unicamente na *voluntas* de quem manda sem a *ratio* do equilíbrio do conjunto social. A força só teria justificação se revestida de autoridade, para que o direito não seja apenas a mão do mais forte, assimilada aquela à violência.

Nos parágrafos seguintes, com sua linguagem difícil, frases elípticas, excesso de metáforas e de comparações históricas e o gosto amargo da ironia, o então presidente da OAB afirmou:

> A força, para que se legitime, há de encadear-se ao poder, que por sua vez se articula à autoridade. Se o poder fosse a expedição pura de ordens, ordens circunstanciais ou ordens planejadas, sem que o concurso popular as qualifique juridicamente, tudo se reduziria ao decisionismo dos detentores do poder, abrigados embora na racionalidade formal dos meios, com amplos recursos técnicos de imposição ou de persuasão manipulada. Estar-se-ia, ao percorrer esse atalho realista, no campo do arbítrio, sem que a generalidade das leis e a igualdade de todos perante elas o condicionassem e o diluíssem. As próprias leis – leis que só o seriam em sentido impróprio – se excluído o arbítrio unicamente da técnica dos meios, poderiam ser arbitrárias. Haveria, no caso, pseudo Estado de Direito, consagrado no desordenado capricho dos governantes, mascarado nas decisões, que se transmitiriam ao ordenamento positivo composto de medidas – medidas e não leis – individuais, fora do alcance dos mecanismos corretivos de sua validade, quer por falta do consentimento popular, quer pela suspensão dos mecanismos institucionais que as legitimam.
> […]
> No momento em que as medidas individuais ocupem o lugar das leis, todo o arcabouço político se converte em ordenador e executor de decisões que, na sua substância, são policiais. Desapareceria a divisão de funções, reduzidos os tribunais a repartições administrativas, na quebra do princípio da independência do Judiciário. Alijadas essas cautelas – a generalidade da lei, a igualdade perante ela, com sua sequela básica, a separação dos poderes – a sociedade, desarmada, estaria submetida às medidas individuais do poder, individuais ainda quando dirigidas a uma coletividade, com o risco de se dissimularem ideologicamente para ludibriar a maioria.

As conclusões, no estilo e nos termos postos pelo autor, foram as seguintes:

(a) "o suposto realismo da eficiência levará à inconversibilidade dos interesses, no círculo em que o poder só conhece a dimensão da força e não a dimensão da legitimidade, capaz de qualificá-la na lei que, por ser geral e por supor a igualdade, expressa o pacto de convivência popular no estatuto político";

(b) "as liberdades políticas atravessaram metamorfoses que lhes infundiram conteúdo na dinâmica social; caracterizadas, em outros tempos, pela só desconfiança à sociedade política, encarnaram liberdades contra o Estado e liberdades de intervenções corretoras do equilíbrio entre fracos e poderosos, para adquirirem, ao se aperfeiçoarem, densidade de participação à formação do Estado e aos elos que articulam a sociedade civil";

(c) "o liberalismo apenas armado contra o Estado, mostrou-se incapaz, pela feição elitista, de corporificar uma doutrina democrática de governo [...]; faltava-lhe a disposição de banhar-se nas águas, às vezes turbulentas, do rio que atravessa e inunda a cidade política";

(d) "isso não leva a admitir que as velhas liberdades morreram e outras nasceram, ao contrário do que divulgam os cartórios que periodicamente expedem certidões de óbito do liberalismo; as liberdades das declarações do século passado foram superadas – superação, atente-se, tem um cunho filosófico bem definido, que significa incorporar, negando aspectos incompatíveis com situações novas e emergentes, filiadas à efetiva participação política, social e econômica";

(e) "o Estado de Direito é um processo – a pacificação, isoladamente, não leva a ele; mas ele não se aperfeiçoa sem ela";

(f) "seria admissível a associação sindical, a reunião reivindicante e pacífica sem que, na base, estivesse a liberdade de opinião para consagrar as divergências? Banidas umas – ou, na linguagem corrente, mortas – seriam as subsequentes ilusórias. Ameaçadas as últimas, sua defesa estaria, em instância válida, na garantia das primeiras. Fora daí há o cemitério inquisitorial povoado de vítimas indefesas".

Ao final do discurso, Faoro tocou num nervo exposto: o apoio dado pela OAB ao golpe militar, em abril de 1964, sob a justificativa dos juristas-políticos – de que a ordem jurídica estaria sob iminente ameaça –, e a sucessão de áulicos professores de direito de universidades públicas prestigiosas que serviram à ditadura militar e/ou ofereceram-se para formular "programas" e "doutrinas" para o novo regime. Alguns chegaram a escrever atos institucionais baixados com o objetivo de suprimir liberdades públicas e foram cúmplices do que as ditaduras têm de mais abjeto. Outros, contudo, apesar de terem atuado como interlocutores de militares e tecnocratas nos primórdios do regime, conscientizaram-se dos riscos para as garantias fundamentais da progressiva conversão do direito em instrumento de gestão econômica e reviram sua posição. Por arrependimento ou dor de consciência e, obviamente, receosos da perda de sua imagem pública, compensaram a posição anterior passando a fazer oposição extrema ao regime, reivindicando o "Estado de Direito

Já" e não admitindo diálogo com interlocutores do governo Geisel.[28] Observador atento das pacholices, irreflexões, precipitações e desacertos políticos e estratégicos dos homens vaidosos, Faoro primeiramente apontou o equívoco desse tipo de oposição radical. Em seguida, criticou, de forma contundente, os "advogados de velha mentalidade elitista formados no tempo em que quase todos os bacharéis eram parlamentares e ministros da Justiça em potencial".[29] A seu ver, depois dos assassinatos de Wladimir Herzog (em 1975) e Manoel Fiel Filho (em 1976) em porões de estabelecimentos policiais e militares sob a jurisdição do então II Exército, fechar as portas para o diálogo, sob o pretexto de "não coonestar a ditadura", somente favoreceria os setores mais toscos e ferozes do regime militar. E também acabaria inviabilizando a reconquista de algumas garantias fundamentais – como o *habeas corpus*, cujo restabelecimento vinha exigindo e negociando com apoio de outros líderes da sociedade civil.

Em outras palavras, os riscos haviam crescido muito e qualquer passo em falso em direção à reabertura política poderia acarretar reações irreversíveis. A tese de Faoro era que não se poderia pensar no *ideal* – o restabelecimento da democracia sem se levar em conta o *real* – a fratura das Forças Armadas e o enclave da chamada "linha dura". Distribuindo profusão de farpas, por um lado, e tentando alinhar politicamente os advogados, por outro, ele diz:

> Dentro da névoa autoritária, acendemos a fogueira que reanima as vontades e esclarece espíritos. Estamos diante da transição inevitável e estamos diante da luz da manhã, a

• • •

28 Sobre os embates entre "gradualistas" e "não gradualistas" na conferência da OAB, especialmente a oposição de advogados paulistas e de professores da Faculdade de Direito da USP às posições defendidas por Raymundo Faoro, ver o depoimento de Miguel Reale Júnior em Schubsky (2007, p. 131-137).

29 Pouco tempo antes do encontro anual da OAB, Raymundo Faoro havia recebido – e aceitado – uma proposta de diálogo com os condutores da já mencionada estratégia de distensão política "gradual e segura" para discutir, ainda que de forma incipiente, um roteiro de transição. Três personagens representativos desses "advogados da velha mentalidade elitista" então o procuraram para persuadi-lo a recuar. Segundo eles, ao aceitar o diálogo proposto, Faoro estaria de certa forma maculando a tradição de independência da OAB. Realizado na sede da entidade, na avenida Marechal Câmara, no centro do Rio de Janeiro, o encontro foi bastante tenso, e Faoro precisou de muita diplomacia – o que nem de longe era seu forte – para levá-lo a bom termo. Os três advogados eram Miguel Seabra Fagundes, José Eduardo Prado Kelly e Evaristo de Morais Filho. Houve um quinto participante no encontro: eu, convidado por Faoro para ser sua testemunha. A advertência feita pelos três juristas na ocasião era tão improcedente quanto injusta, uma vez que Faoro, em 1972, havia agido com brio e bravura como representante da OAB no Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, à época em que o órgão foi coordenado pelo ministro da Justiça, Alfredo Buzaid. Além de comparar publicamente o Ato Institucional nº 5 a uma "pistola engatilhada", Faoro aproveitou as reuniões do Conselho para ironizar a obsessão do ministro da Justiça em promover a reforma de alguns códigos – uma iniciativa contraditória, já que se vivia sob um estado de exceção.

> incerta, a penosa manhã de esperanças e malogros prováveis. Articulamos, filtramos e criamos mais do que ideias e perspectivas históricas, bem mais do que a utopia das declamações e da retórica festiva.

"Não há mais entre nós consciências disponíveis, prontas às transigências, às seduções do poder [...]. Nosso contingente de homens e ideias está na vanguarda" e "a mensagem é da mudança pacífica", certa de que é possível um "compromisso sem transigências, sem concessões no campo dos princípios, com a compreensão da realidade que todos sentimos e encarnamos, realidade que não dissimula os conflitos, legitimando-os, ao contrário, no pacto que preserva a liberdade e o direito de suscitá-los", afirmou Faoro, tentando apresentar os advogados como uma corporação reunificada.

O quanto suas palavras refletiam efetivamente a realidade, esta é outra história – e ele a conhecia suficientemente bem.

## IV

Ousados, densos, muito longos e certamente enfadonhos, uma vez que foram originariamente preparados como discursos para eventos institucionais e políticos, os textos de San Tiago Dantas e Raymundo Faoro acima examinados discrepam das análises convencionais de Direito Público e Teoria Geral do Direito prevalecentes no país à época. Ambos tinham consciência de que seu papel era preparar o terreno, balizar caminhos e iluminar debates enquanto se esperava algo maior – novas ideias, novos projetos – capaz de formular uma convocação à vontade nacional. Ainda que não tenham alcançado repercussão e penetração imediatas, os pronunciamentos, artigos, ensaios e livros de Orlando Gomes, San Tiago Dantas e Raymundo Faoro continuam até hoje sendo decisivos para oxigenar um pensamento jurídico que, influenciado muitas vezes pelo fetichismo da legalidade e outras vezes por um humanismo vago, impreciso e inconsistente, resiste a abrir espaço para inovações temáticas e engenhosidade analítica.

Enquanto Orlando Gomes lançou o olhar para as condicionantes econômicas das instituições jurídicas, mais precisamente para a infraestrutura econômica conforme a abordagem marxista que o inspirou, San Tiago Dantas e Raymundo Faoro voltaram-se para o alcance, a efetividade e a funcionalidade do Estado de Direito, bem como para as formas de legitimação da produção normativa, numa linha de interpretação de caráter weberiano. Com afinidade temática, San Tiago e Faoro não foram os primeiros juristas a recorrer à sociologia política e à sociologia jurídica de Max Weber. Faoro, contudo, acabaria com o tempo alcançando uma influência que outros juristas não conseguiram com base nessa perspectiva teórica. San Tiago advertiu para os riscos de *cesarismo* (mais um conceito extraído da análise de Weber sobre os tipos e as estruturas de dominação), antevendo a eclosão do golpe militar de 1964 e as três sombrias décadas de ditadura que se seguiram a ele, enquanto Faoro apontou

seus gargalos institucionais, políticos, éticos e morais e mobilizou sua força intelectual para tentar abreviá-la.

Para um *scholar* do direito, San Tiago Dantas – que morreu relativamente jovem – escreveu pouco em matéria de Teoria do Estado, Teoria do Direito e Sociologia Política, quase sempre sob a forma de aulas inaugurais no universo acadêmico e conferências pronunciadas em eventos institucionais. Seu último texto é uma síntese precisa e coerente de um pensamento interdisciplinar, inteiramente *fora da curva*. Por seu lado, Raymundo Faoro não foi *scholar* no sentido estrito do termo. Não fez pós-graduação, não escreveu teses de concurso, não lecionou, não seguiu carreira nos principais centros de pesquisa do país e não frequentou o circuito acadêmico internacional, tendo apenas passado algum tempo no Instituto de Estudos Avançados da USP e integrado poucas bancas examinadoras.[30] Depois de encerrar sua gestão à frente da OAB confessando-se "decepcionado",[31] a tal ponto que não quis disputar a reeleição, acabou convertendo o discurso preparado para a VII Conferência Nacional da entidade em 1978 em base teórica e grade conceitual para outros ensaios e artigos jornalísticos sobre a mesma temática – especialmente com relação à transição política e à Assembleia Nacional Constituinte convocada em 1986. Ainda que ofuscados por suas duas obras magnas fora do campo estrito do direito,[32] esses ensaios e artigos –

30 Indicado para compor a banca examinadora de livre-docência em história, na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, em 1975, e que tinha Carlos Guilherme Mota como candidato, Raymundo Faoro teve o nome vetado pelos catedráticos das velhas gerações, que alegaram não ter ele a devida titulação. Após acirradas discussões, o nome de Faoro só foi aprovado – e em votação muito apertada – porque os defensores de sua indicação blefaram, afirmando que ele seria "doutor por notório saber" numa das universidades públicas do Rio de Janeiro. "Ele entrou no estamento, digo na banca, graças a essa mentira. Até foi uma glória romper com o estamento, que é quase todo feito de mentiras, terras absurdas, comissões examinadoras por vezes estranhas, medalhinhas e promoção de imbatíveis mediocridades", lembra Carlos Guilherme Mota (2010, p. 148).

31 "Temos uma elite, mas ela está distanciada do povo e desligada do resto do país. Temos uma nata intelectual que se educou e formou em círculo fechado, sem vínculos com o povo. Acho que aí está a razão por que continuamos batendo na mesma tecla, cometendo os mesmos erros e repetindo os mesmos chavões. O que procurei fazer, fundamentalmente, foi uma formulação teórica para diminuir a distância entre a elite e o povo. Não sei se fui bem-sucedido, mas posso garantir que fui bem entendido", disse Faoro em entrevista ao jornal *O Estado de S. Paulo* (edição de 1º de abril de 1979), quando mencionou a decepção com a OAB. "Os homens se comportaram aquém do que esperava. Confesso que me assusto com a mediocridade com que se luta pela redemocratização", afirmou, reconhecendo que faltou criatividade à luta pelos direitos do homem e lembrando que, apesar de ser um liberal, chegou até a ser chamado de "comunista de elite" por "advogados da velha mentalidade elitista" (FAORO..., 1979).

32 Refiro-me a *Os donos do poder: a formação do patronato brasileiro*, livro originariamente lançado em 1958 e reformulado e bastante expandido na edição seguinte, de 1975. E, também, a *Machado de Assis: a pirâmide e o trapézio*, livro lançado em 1974, em que procura analisar a originalidade da obra desse autor

reunidos em dois pequenos livros[33] – constituem um trabalho importante, formando o que Antonio Candido chamou certa vez de uma "filosofia política da vida cotidiana".[34]

Tendo vivido em períodos históricos de grandes mudanças econômicas, tensões sociais, impasses políticos e rupturas institucionais, Orlando Gomes, San Tiago Dantas e Raymundo Faoro configuraram – cada um em sua circunstância pessoal e intelectual – uma elite inovadora do pensamento jurídico brasileiro, capaz de pensar criticamente sobre os regimes institucional e econômico em que viviam e sobre sua própria classe social. Evidentemente, a ousadia na escolha tanto dos temas quanto das abordagens nem sempre foi correspondida em matéria de rigor metodológico, sem que isso afete seus respectivos legados intelectuais. É difícil saber, por exemplo, o quão atenta e completa foram as leituras que Gomes fez de Karl Marx ou o preço que Faoro pagou por não ter feito um mestrado ou um doutorado, o que lhe teria propiciado maior coerência e rigor metodológico. Também é difícil saber o quanto os textos de San Tiago Dantas não escondem ambições políticas inconfessadas ou expressam concessões com vistas a objetivos de poder na vida pública.

Das leituras de Marx, por exemplo, Orlando Gomes extraiu e deu o tratamento adequado às concepções de *ideologia*, entendida como distorção do conhecimento decorrente do dilaceramento da comunidade humana e do conflito de classes, e de *história*, vista como um processo contraditório no qual os homens dominam as forças da natureza, mas fraturam a comunidade, lançando os indivíduos e os grupos uns contra os outros numa competição desenfreada pelo lucro. Mas não explorou o suficiente a concepção marxista de *homem* como um ser que se faz a si mesmo pelo trabalho, o que lhe teria permitido analisar com maior profundidade as condições de exploração e aviltamento do trabalho e seu impacto na degradação da criatividade humana, dentro de um sistema que reduz tudo a mercadoria. Também teria faltado a Gomes uma compreensão mais elaborada da estrutura interna do Estado – mais precisamente, da estrutura dos interesses da sociedade e dos mecanismos que fazem a mediação entre esses interesses, por um lado, e as decisões governamentais e a produção legislativa, por outro. Além disso, determinados termos utilizados pelo jurista baiano – como desenvolvimento e humanização, por exemplo – careceriam de contornos mais bem definidos, lembram seus biógrafos. E algumas argumentações não decorreriam de análises históricas profundas ou de fundamentos empíricos, mas de "uma boa dose de intuição" (RAMOS; SILVA FILHO, 2015, p. 121).

• • •

e a vida que ele infundiu a seus personagens no cotidiano social da capital do país no final do século 19 e a percepção do funcionamento das instituições, como família, Estado e Igreja.

33 Trata-se dos livros *Assembleia Constituinte: a legitimidade recuperada* (1986) e *Existe um pensamento político brasileiro?* (1994).

34 Ver Comparato (2003).

Já San Tiago Dantas, que, por ter sido um influente deputado federal e ministro operante, conhecia muito bem as estruturas internas da máquina governamental e as entranhas do poder, talvez tenha pecado em seus escritos, notadamente em seu último e histórico discurso, por conceber e/ou tratar o Estado como uma entidade homogênea, coesa e altamente articulada – quando, na realidade, o Estado brasileiro se encontrava à época internamente fragmentado em anéis burocráticos, ou seja, dividido em várias arenas que se associavam a diferentes blocos de interesses, muitas vezes incongruentes entre si. Na medida em que os múltiplos centros de decisão dividiam lealdades em torno de demandas, propostas e projetos distintos, aponta um analista da crise política e da paralisia decisória dos primeiros anos da década de 1960 (ABRANCHES, 1987), o Estado brasileiro tinha comprometidas a homogeneidade das políticas públicas, a coerência global de suas decisões e a própria capacidade de planejar, de definir orientações e estabelecer metas de longo prazo e de enfrentar questões estratégicas – como é o caso, por exemplo, da questão social, que foi tão enfatizada por San Tiago no discurso pronunciado no Hotel Glória.

Com relação a Raymundo Faoro, advogado formado no final da década de 1940 pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e que se transferiu para a cidade do Rio de Janeiro na década seguinte, lançando em 1958 a primeira edição de *Os donos do poder* por uma editora regional e ainda relativamente desconhecido do ambiente acadêmico e dos centros urbanos mais desenvolvidos do país, como o Distrito Federal e São Paulo,[35] não passou despercebido do crivo de um dos mais conhecidos e importantes críticos literários da época. Trata-se de Wilson Martins, professor de literatura da New York University, autor de *História da inteligência brasileira,* ganhador dos prêmios Jabuti e da Academia Brasileira de Letras e colunista, por sucessivas décadas, dos cadernos de cultura do *Jornal do Brasil* e de *O Estado de S. Paulo*. De forma sutil e educada, Martins apontou *descuidos acadêmicos* e cobrou um certo provincianismo.

> A exata apreciação de seus pontos de vista é um pouco dificultada pela falta de clareza, ideológica e de expressão, que, em conjunto, caracteriza seu livro. O jovem ensaísta, cuja seriedade intelectual é das mais estimáveis, parece não haver estabelecido preliminarmente, com a nitidez indispensável, as grandes linhas de seu estudo, a tal

• • •

35 Refiro-me basicamente ao Rio de Janeiro, onde o Instituto Superior de Estudos Brasileiros (Iseb), no qual lecionavam Álvaro Vieira Pinto, Hélio Jaguaribe e Alberto Guerreiro Ramos, discutia o nacional-desenvolvimentismo e as diferentes versões da teoria da dependência. E, também, a São Paulo, onde um grupo de professores de filosofia, sociologia e ciência política da USP, liderados por José Arthur Giannotti, Fernando Henrique Cardoso e Fernando Novais, criaram o chamado Grupo do Capital, ou o Seminário Marx, com o objetivo de estudar a obra do filósofo e sociólogo alemão com rigor metodológico e em perspectiva interdisciplinar – ao contrário do que se fazia até então. Ver Rodrigues (2011) e Toledo (1998).

> ponto que, no desenvolvimento cronológico do tema, não se percebe a mudança das circunstâncias históricas. (MARTINS, 1959).

Isso e a falta do devido rigor com relação a minúcias históricas

> tornam penosa a leitura, uma vez que a história e a crítica histórica compõem-se, ao mesmo tempo, de pormenores e análises globais – de análises globais tanto mais seguras e indestrutíveis quanto mais rigorosamente exatos forem os pormenores de fato em que se assentarem. (MARTINS, 1959).

## V

"O destino de uma faculdade é o destino do direito a que ela serve" – disse San Tiago Dantas em sua já mencionada aula inaugural de 1955. Insensível às observações de Orlando Gomes, de San Tiago e de Raymundo Faoro entre as décadas de 1950 e 1970, o ensino jurídico brasileiro permaneceu incapaz de absorver as demandas econômicas e sociais das décadas seguintes, condicionado que estava por uma dogmática erigida com base num positivismo mais ideológico do que metodológico – e que tende a se confundir com o legalismo ao tomar o direito positivo como objeto exclusivo da análise jurídica. Décadas essas que culminaram num processo de abertura econômica, de integração dos mercados em escala global, de internacionalização das cadeias produtivas e de desmaterialização da economia, como decorrência da inovação tecnológica, do acesso imediato à informação e da progressiva transferência do investimento físico para a imaginação e criatividade, em matéria de criação de valor.

Com um professorado desprovido de autocrítica e apegado a preconceitos doutrinários, políticos e ideológicos, o ensino jurídico não acompanhou a expansão qualitativa da pesquisa científica em ciências humanas no decorrer das últimas décadas. Mesmo com o novo cenário, continua dependente de um currículo formulado com base numa concepção de direito que defende a unidisciplinariedade do conhecimento jurídico – portanto, voltado aos estudos de reprodução dos institutos jurídicos, não para sua crítica. Prossegue sendo um centro de transmissão de um conhecimento jurídico oficial, voltado ao exercício de uma advocacia convencional e insensível quer para a chamada advocacia pública estruturante, quer para a advocacia de interesses sociais complexos. Pouco criativo, desenvolveu mecanismos de autodefesa e resistência, como reconhecem as agências de fomento à pesquisa em seus diagnósticos, limitando-se a reproduzir, contínua e confortavelmente, a sabedoria codificada e a cultivar relações cerimoniosas com as instituições que aplicam o direito positivo.

A excessiva ênfase dos cursos jurídicos sobre o papel do direito positivo como instrumento de controle político e social tem impedido os alunos de perceber a velocidade e o alcance do processo *schumpeteriano* de destruição criadora e de identificar as novas formas de poder, o advento de soberanias compartilhadas e de sistemas autônomos e funcionalmente

diferenciados com alcance mundial e o esgotamento da funcionalidade da política legislativa tradicional. Insensível aos imperativos de um mundo *post westafaliano* que se caracteriza pela desvinculação entre jurisdição e território, entre Estado e política, o ensino jurídico desestimula um raciocínio jurídico dos problemas contemporâneos voltado para o diálogo interdisciplinar com a economia, a sociologia, a ciência política, a antropologia e as relações internacionais. Ou seja, um raciocínio desenvolvido com rigor analítico, precisão conceitual, cuidado metodológico e pertinácia analítica.

Num contexto político-institucional de crescente policentrismo decisório e numa sociedade cada vez mais organizada em redes, relações de interdependência e instantaneidade comunicativa, em cujo âmbito o fator decisivo para a criação de valor foi transferida do investimento físico para a imaginação e a criatividade, duas perguntas se fazem necessárias. Em primeiro lugar, de que modo formar novos *juristas fora da curva* se o universo intelectual dos nossos cursos jurídicos continua bastante estreito, limitado e frustrante? Em segundo, se estivessem vivos, Orlando Gomes, San Tiago Dantas e Raymundo Faoro encontrariam hoje nas faculdades de direito e nas corporações de operadores jurídicos do país interlocutores com a mesma envergadura cultural para dialogar? Da maneira como foram formuladas, as indagações já entreabrem a resposta.

O desprezo às advertências desses três *juristas fora da curva*, cuja linhagem a meu ver não teve herdeiros, é assim um equívoco histórico de grandes proporções – fato já detectado por sucessivos documentos de avaliação e perspectiva da área do direito elaborados por agências de fomento à pesquisa, como o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). A teoria jurídica não acompanhou o desenvolvimento socioeconômico, contentando-se em trabalhar com categorias tradicionais e modelos fechados. Magistrados passaram a decidir como se fossem doutrinadores – mas produzindo judicialmente uma doutrina sem maior rigor e qualidade. Professores de direito positivo limitaram-se a comentar sua convivência casuística com os que decidem. A pesquisa desprezou as questões relativas aos fundamentos das leis e ignorou conflitos sociais e processos legislativos. Acima de tudo, as faculdades de direito mantiveram-se distantes das demais escolas da área de ciências humanas. Como era inevitável, pagaram o preço do isolamento, esquecendo-se de que, quando não produzem o que ensinam e o que se pretende ensinar não reflete o conhecimento produzido, a Ciência do Direito não consegue avançar. Com isso, o pensamento jurídico tende a se renovar e avançar por meio de outras unidades e órgãos geradores de conhecimento – inclusive as faculdades de economia e os cursos de filosofia, sociologia política e antropologia. Do mesmo modo, a pesquisa tende a se deslocar para centros mais autônomos, desburocratizados e interdisciplinares.[36]

• • •

36 Ver CNPq (1984) e Bastos (1991).

**NOTA DE AGRADECIMENTO**

*A ideia deste texto surgiu quando o professor Cícero Romão de Araújo, do Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo (USP), convidou-me para fazer uma exposição no Centro de Estudos de Cultura Contemporânea (Cedec) sobre o perfil jurídico de Raymundo Faoro e as ligações que tivemos, eu como jornalista e ele como presidente da OAB. Ao reabrir meu arquivo, deparei-me com anotações de antigas leituras de autores que marcaram minha formação, como Orlando Gomes e San Tiago Dantas, além do próprio Faoro. Meu objetivo não foi estudar a obra completa dos três, mas apenas alguns de seus textos, numa escolha absolutamente pessoal – portanto, arbitrária. Agradeço a Celso Campilongo, José Reinaldo de Lima Lopes, Ronaldo Porto Macedo Júnior, Jean Paul Cabral Veiga da Rocha, Emerson Ribeiro Fabiani, Camila Villard Duran, Pedro Dutra e Osny da Silva Filho as críticas e sugestões recebidas durante a elaboração deste texto.*

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique. Governo, empresa estatal e política siderúrgica: 1930-1975. In: _____; LIMA JR., Olavo Brasil de (Orgs.). *Estado autoritário e planejamento no Brasil*. Rio de Janeiro: Iuperj, 1987.

ABREU, Marcelo de Paiva. Crise, crescimento e modernização autoritária: 1930-1945. In: _____ (Org.). *A ordem do progresso*: cem anos de política econômica republicana. 1889-1989. Rio de Janeiro: Campus, 1989a.

_____. Inflação, estagnação e ruptura: 1961-1964. In: _____ (Org.). *A ordem do progresso*: cem anos de política econômica republicana. 1889-1989. Rio de Janeiro: Campus, 1989b.

ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder*: o bacharelismo liberal na política brasileira. São Paulo: Paz e Terra, 1988.

BAER, Werner; KERSTENETZKY, Isaac; VILLELA, Annibal. As modificações no papel do Estado na economia brasileira. *Pesquisa e Planejamento Econômico*, Ipea, v. 3, n. 4, p. 883-912, 1973.

BASTOS, Aurélio Wander. O Estado e a formação dos currículos jurídicos do Brasil. In: _____ (Coord.). *Os cursos jurídicos e as elites políticas brasileiras*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1978.

_____. Pesquisa jurídica: diagnósticos e perspectivas. *Sequência*, Florianópolis, v. 23, p. 11-21, 1991.

BIELSCHOWSKY, Ricardo. *Pensamento econômico brasileiro*: o ciclo ideológico do desenvolvimentismo (1930-1964). Rio de Janeiro: Ipea, 1988.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Assistência jurídica e realidade social: apontamentos para uma tipologia dos serviços legais. In: _____; PRESSBURGER, Miguel. *Discutindo a assessoria popular*. Rio de Janeiro: Ajup/Fase, 1991. p. 8-28. (Coleção Seminários, n. 15).

CAMPOS, Roberto; SIMONSEN, Mário Henrique. *A nova economia brasileira*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1974.

CARDOSO, Fernando Henrique. Aspectos políticos do planejamento. In: MINDLIN, Betty (Org.). *Planejamento no Brasil*. São Paulo: Perspectiva, 1970.

COMPARATO, Fábio Konder. Raymundo Faoro historiador. *Estudos Avançados*, São Paulo, USP, v. 17, n. 48, p. 330-7, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO (CNPq). *Desenvolvimento científico e formação de recursos humanos, 1980-1984*. Brasília, 1984.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Conflito de vizinhança e sua composição*. 1939. Tese – Faculdade Nacional de Direito, 1939.

_____. A educação jurídica e a crise brasileira. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 159, 1955.

_____. Visconde de Cairu, protagonista de sua época. In: _____. *Figuras do Direito*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1962.

_____. Renovação do direito. In: *Encontros da UnB*: ensino jurídico. 1978-1979. Brasília: Ed. da UnB, 1979.

DISCURSO de agradecimento pelo prêmio "Homem de Visão de 1963". *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 24, n. 47, p. 329-338, 2004.

DUTRA, Pedro. *San Tiago Dantas*: a razão vencida. São Paulo: Singular, 2014.

FAORO, Raymundo. A sombra do arbítrio. *O Globo*, 19 jun. 1978a.

_____. Só a nação poderá sepultar o Ato 5. *O Estado de S. Paulo*, 13 dez. 1978b.

_____. *Assembleia Constituinte*: a legitimidade recuperada. São Paulo: Brasiliense, 1986.

_____. *Existe um pensamento político brasileiro?* São Paulo: Ática, 1994.

FAORO, em nome da lei. *Jornal da Tarde*, 6 mai. 1978. Entrevista concedida a José Eduardo Faria.

FAORO sai, decepcionado. *O Estado de S. Paulo*, 1º abr. 1979. Entrevista concedida e Magda de Almeida.

FARIA, José Eduardo. *Direito, modernização e autoritarismo*: mudança socioeconômica vs. liberalismo jurídico. 1981. Tese (Doutorado em Filosofia, Teoria e Sociologia do Direito) – Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 1981.

FURTADO, Celso. Política econômica e reformas de base. *O Estado de S. Paulo*, 14 de junho de 1962.

_____. Brasil – a situação pré-revolucionária. *O Estado de S. Paulo*, 31 mar. 1963.

GOMES, Orlando. A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica. In: _____. *A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955.

_____. *Direito e desenvolvimento*. Salvador: Ed. Universidade Federal da Bahia, 1961.

GUDIN, Eugênio; SIMONSEN, Roberto. *A controvérsia do planejamento na economia brasileira*. Rio de Janeiro: Ipea, 1977.

INNERARITY, Daniel. El diálogo entre saber y poder. *Claves de Razón Practica*, Madrid, n. 209, 2011.

KLEIN, Lúcia; FIGUEIREDO, Marcus. *Legitimidade e coação no Brasil pós-64*. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1979.

MANNHEIM, Karl. *Liberdade, poder e planificação democrática*. São Paulo: Mestre Jou, 1972.

MARTINS, Wilson. A velha classe. *O Estado de S. Paulo*, 25 de abril de 1959. Suplemento Literário.

MINDLIN, Betty. O conceito de planejamento. In: _____ (Org.). *Planejamento no Brasil*. São Paulo: Perspectiva, 1970.

MOMMSEM, Wolfgang. *The Age of Bureaucracy*. New York: Harper & Row, 1974.

MOTA, Carlos Guilherme. *História e Contra-História*. Rio de Janeiro: Globo, 2010.

RAMOS, Luiz Felipe Rosa; SILVA FILHO, Osny da. *Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. (Coleção Para Entender).

REALE JÚNIOR, Miguel. Depoimento. In: SCHUBSKY, Cássio (Org.). *Estado de Direito Já!* São Paulo, Lettera.doc, 2007. p. 131-137.

RODRIGUES, Lidiane Soares. *A produção social do marxismo universitário em São Paulo*: mestres, discípulos e "um seminário". 2011. 565 p. Tese (Doutorado em História Social) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, FFLCH-USP, São Paulo, 2011.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. Paradigma e História: a ordem burguesa na imaginação social brasileira. In: _____. *Ordem burguesa e liberalismo político*. São Paulo: Duas Cidades, 1978a, p. 18-57.

_____. *Poder e política*: crônica do autoritarismo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1978b.

_____. *Cidadania e justiça*: a política social na ordem brasileira. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

_____. *O ex-Leviatã brasileiro*: do voto disperso ao clientelismo concentrado. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

SCHLUCHTER, Wolfgang. *The Rise of Western Rationalism*. Berkeley: University of California Press, 1982.

TOLEDO, Caio Navarro de. *ISEB*: fábrica de ideologias. Campinas: Ed. Unicamp, 1998.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das Arcadas ao bacharelismo*. São Paulo: Perspectiva, 1983.

VIANNA, Luiz Werneck. A OAB como intelectual ou coletivo. In: _____. *Ensaios sobre política, direito e sociedade*. São Paulo: Hucitec, 2015.

*José Eduardo Faria*

Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Chefe do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito. Foi um dos ganhadores do Prêmio Jabuti na área de direito, em 2012.

*jose.faria@estadao.com*

V. 12 N. 2
MAI-AGO 2016

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 24.03.2014
Aprovado: 05.02.2016

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201613

# Discricionariedade desenvolvimentista e controles democráticos: uma tipologia dos desajustes

*DEVELOPMENTAL DISCRETION AND DEMOCRATIC ACCOUNTABILITY: A TYPOLOGY OF MISMATCHES*

*Mario G. Schapiro*[1]

**Resumo**
Partindo de uma abordagem que procura analisar o direito em seu contexto, neste caso, marcado pelos impulsos do desenvolvimento e pelas pressões da democracia, este trabalho enfrenta um problema típico do direito público – o uso do poder e seu controle. Nesse ambiente, caracterizado por um desenvolvimentismo democrático, o objetivo é mapear os tipos de desajustes que podem acometer os mecanismos de controle (*accountability*). O trabalho apresenta uma leitura funcionalista dos mecanismos de controle, organizados pelas funções "democrática", "republicana" e "liberal", e sugere tipos possíveis de problema de calibração em sua atuação, destacando desajustes quantitativos e qualitativos. O argumento apresentado não é uma descrição empírica, mas uma construção heurística, ou seja, é uma tipologia dos problemas potenciais de adequação institucional existentes entre a discricionariedade desenvolvimentista e os controles democráticos.

**Palavras-chave**
Discricionariedade; controle; direito; desenvolvimento; democracia.

***Abstract***
*This paper aims at presenting a "law in context" type of analysis, informed by the tensions established between development and democracy. Bearing in mind this institutional context, this article tackles typical problems of public law, which are the power and its control. The objective of this research is conceiving an analytical framework of possible inadequacies presented by accountability tools. This typology focuses on two types of possible problems: quantitative and qualitative ones. The argument developed is not empirical, but a heuristic one. In other words, it is driven to construct ideal types of accountability mismatches that can affect the relationship between executive discretion and democratic controls.*

***Keywords***
*Discretion; accountability; law; development; democracy.*

**1** Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas
São Paulo - SP - Brasil

CC BY-NC

## 1 Introdução

É conhecida a convergência teórica que aproximou dois cânones rivais da teoria política no século XIX – os liberais e os marxistas. Ambos convergiam na noção de que o capitalismo e a democracia seriam regimes inconciliáveis (OFFE, 1984, p. 356-359; PRZEWORSKI; LIMONGI, 1993, p. 52-54). Seu ceticismo convergente foi, no entanto, contrastado pelos desdobramentos do mundo real. No decorrer do século XX, o que a teoria política sugeria como inconciliável foi se tornando compatível pelo engenho institucional. Para isso, concorreram a burocratização dos partidos políticos e o *welfare state* keynesiano – ambos relevantes para diluir as pressões políticas e econômicas da democracia de massas (OFFE, 1984, p. 361-382).

A segunda metade do século XX assistiu a um debate semelhante, desta vez opondo desenvolvimento e democracia. Também nesse caso alguns analistas sugeriram uma relação de incompatibilidade, indicando uma tensão incontornável entre uma organização democrática e a necessidade de superar estruturas econômicas estagnadas. Os teóricos da modernização, como Huntington, por exemplo, argumentavam que a viabilidade da democracia seria condicionada pelo alcance de um prévio patamar de desenvolvimento. Diagnósticos semelhantes a esses sustentaram também as análises dos casos de sucesso asiáticos, cujo êxito estaria associado à prevalência de regimes autoritários – caso da Coreia do Sul (WADE, 2004, p. 24-29) – ou às blindagens da burocracia em relação ao sistema político – caso do Japão (JOHNSON, 1982, p. 35-82). Recentemente, com a retomada do ativismo estatal em contextos democráticos, ecos dessa proposição voltaram a ressoar.

Evidências empíricas, no entanto, têm arrefecido o vigor das interpretações céticas. De um lado, abordagens qualitativas revelam relativo êxito de um grupo de países em combinar desenvolvimentismo e democracia. É o caso de África do Sul, Brasil e Índia. De outro lado, trabalhos quantitativos, como os de Przeworski et al. (2000), indicam que não há uma relação necessária entre regimes políticos e crescimento econômico. Há tanto ditaduras que alcançaram sucesso econômico, como as que resultaram em retumbantes fracassos. Mais ainda, a diferença de crescimento econômico entre democracias e ditaduras não se mostrou estatisticamente relevante (PRZEWORSKI et al., 2000, p. 142-158).

Contrastados os argumentos, o caminho que se mostra mais consistente é o de apostar que o grau satisfatório de compatibilidade entre desenvolvimento e democracia será construído no âmbito de cada país, no plano de seus arranjos institucionais, tanto quanto foi a relação entre capitalismo e democracia. Se a relação não é nem de uma antinomia necessária nem de uma convergência natural, o ponto de equilíbrio não se localiza *a priori*, mas é resultado da *práxis* institucional.

Este trabalho parte dessa leitura e pretende contribuir com as análises voltadas a avaliar uma faceta dessa *práxis* institucional: o controle das ações discricionárias encarregadas de promover estímulos para o desenvolvimento econômico. No Estado desenvolvimentista, o núcleo das intervenções econômicas constitui-se de escolhas políticas, portanto, de ações

discricionárias. Na vigência da democracia, por sua vez, essas ações estão sujeitas aos mecanismos de controle que incidem sobre a administração pública. Os mecanismos de controle são entendidos neste trabalho como dispositivos que incidem de modo "*ex post*" na atuação das políticas públicas e decisões governamentais, envolvendo prestação de contas, justificativas e julgamentos das decisões tomadas.[1] O pressuposto da análise é o de que potenciais desajustes apresentados pelos mecanismos de controle impactam o padrão de funcionamento da governança desenvolvimentista. Afinal, como assinala Przeworski (1996, p. 1), a qualidade da intervenção do Estado depende da eficácia dos mecanismos de *accountability*.

Diante disso, o objetivo do trabalho é apresentar um argumento heurístico, isto é, uma tipologia dos desajustes que podem ocorrer na relação entre os controles democráticos e a discricionariedade desenvolvimentista. Este trabalho não apresenta, portanto, uma descrição empírica dessa relação. O propósito do artigo é estabelecer um marco analítico, uma régua, que permita compreender os tipos de patologias que podem acometer essa relação. Nessa linha, o artigo sugere que a atuação dos mecanismos de controle pode enveredar para três tipos de desdobramentos: (i) problemas quantitativos, que se referem a desajustes no montante do controle; (ii) problemas qualitativos, relativos a disfuncionalidades típicas de cada um dos controles examinados – democrático, republicano e liberal[2] –; e (iii) sobreposição de controles, que diz respeito às suas interações – cooperativas ou competitivas. Embora não seja o objetivo específico deste trabalho, espera-se com isso contribuir para a definição de parâmetros que favoreçam uma correta calibração entre os controles e as decisões discricionárias.

Tomando esse caminho, o trabalho enfrenta um problema típico do direito público – o uso do poder e seu controle –, mas em uma perspectiva contextualizada, que assume a interface entre desenvolvimento e democracia no ambiente brasileiro como seu pano de fundo. O texto é voltado a uma descrição tipológica, orientada para classificar problemas potenciais de adequação institucional.

• • •

1 Controle, portanto, se diferencia de participação, que se estabelece em um momento anterior, de formação do poder ou de tomada da decisão, como assinala Ayres Brito: "Não há confundir a participação popular com o controle social, pois o fim de quem efetivamente participa não é atuar um comando que força o Estado a olhar para trás" (AYRES BRITO, 1992, p. 120). Para uma descrição dos controles como dispositivos incidentes em um momento "*ex post*", ver o trabalho de Bovens, Schillemans e Hart (2008, p. 227), que apresentam *accountability* (ou controle) em uma dimensão estrita, significando a relação de prestação de contas, explicação e justificativa de um ator público diante de um fórum, em um momento posterior ao de sua conduta.

2 Baseado em O'Donnell (1998) e em uma leitura aplicada do direito público, este trabalho aborda os controles como instrumentos voltados a cumprir três primados da democracia: (i) os interesses e valores da maioria (*demos*); (ii) os interesses e valores da minoria (liberal); e (iii) os interesses e valores associados à ordem pública e ao bom governo (republicano). Esses primados e os tipos de controle construídos a partir deles são apresentados adiante, nos itens 3.1 e 3.2.

Para isso, o artigo está organizado em outras quatro seções. A próxima apresenta uma conceituação da discricionariedade e sua vinculação com uma governança desenvolvimentista. A terceira seção, apresentada simetricamente em relação à anterior, discute a noção de controles democráticos e sugere uma abordagem funcional e pretensamente mais realista desses controles. Partindo da noção de discricionariedade e de controle, a quarta seção reúne o argumento central do artigo e expõe uma tipologia de seus desajustes. A quinta seção conclui o artigo.

## 2 Discricionariedade e desenvolvimento

Situando o problema da compatibilidade entre desenvolvimento e democracia no terreno institucional, notadamente no campo do direito público, o ponto de partida desta análise é a discricionariedade do Estado, para, em seguida, percorrer seus mecanismos de controle. Esta seção procura responder a duas questões: (i) o que se entende por discricionariedade?; (ii) por que a discricionariedade é central na governança desenvolvimentista?

### 2.1 Discricionariedade

A questão da discricionariedade foi pontualmente enfrentada por Hart, em um ensaio de 1956 (HART, 2013).[3] Nesse trabalho, Hart aproxima a discricionariedade de conceitos como "sabedoria prática", ou "prudência", e assim procura qualificar o conceito como a virtude intelectual de fazer juízos, com a finalidade de discernir o que deve ser feito em situações práticas.[4]

Nessa medida, discricionariedade não é apenas o poder de escolher, entendendo escolha como uma opção sujeita ao capricho e ao desejo frívolo. É uma decisão assentada nos quadrantes da legalidade, que pode ser justificada por critérios racionais. Por outro lado, tal decisão também não resulta de um mero atendimento a regras previamente estabelecidas, mas de uma escolha efetiva, o que comporta alguma variedade de possibilidades, desde que sujeitas a motivação (HART, 2013, p. 656-660).[5]

• • •

3 Embora apresentado em 1956, esse texto foi republicado em 2013.

4 Hart trata nesse texto da discricionariedade judicial, afinal, como lembra Galligan (1986, p. 1-4), apesar do crescente envolvimento da burocracia na tomada de decisões, a teoria prevalecente segue tendo o direito como um sistema de regras (ou regras e princípios), em que a discricionariedade ocupa um espaço circunscrito e limitado ao ambiente jurisdicional. Apesar disso, a descrição de Hart sobre a discricionariedade é um ponto de partida relevante. O contexto judicial da análise é temperado na seção seguinte, ao se situar a discricionariedade no âmbito do Executivo de Estados desenvolvimentistas.

5 A visão de Hart sobre a discricionariedade é confrontada por Dworkin, que entende a discricionariedade de uma forma mais restrita, sendo limitada a um sentido fraco. Isto é, a liberdade de escolha diante

Nessa linha, pode-se diferenciar as ações discricionárias de duas alternativas extremas: as ações vinculadas e as ações arbitrárias. As vinculadas são aquelas em que um comando normativo realizou previamente as escolhas. Compete à autoridade apenas um juízo de subsunção, isto é, um julgamento de pertinência do fato concreto à regra estipulada. As ações arbitrárias, por sua vez, decorrem da vontade privada, das idiossincrasias pessoais, mas não se pretendem justificáveis nem constitutivas da busca da solução mais acertada para o caso. No Estado de Direito, o direito público admite para os administradores públicos soluções vinculadas e discricionárias, mas não autoriza as decisões arbitrárias.

Diferentemente do que prescreve a doutrina tradicional do direito administrativo, a construção dos regimes como vinculados ou discricionários é política, processada no âmbito da política legislativa (SUNDFELD, 2014, p. 231-255). Para a abordagem tradicional, no entanto, tais regimes são constituídos doutrinariamente. É o caso da diferença estabelecida entre licença e autorização: enquanto a licença é definida como um ato vinculado, a autorização é descrita como um ato discricionário (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 448; DI PIETRO, 2005, p. 235-236). O problema dessa compreensão essencialista é que, ao pretender prescrever o que devem ser os institutos jurídicos, em vez de oferecer uma classificação sistemática a partir das leis postas e das decisões judiciais, acaba-se por opor a doutrina e a democracia – as leis podem dispor dos conceitos de modo diferente do estabelecido na doutrina.[6] O resultado é a perda de consistência, verificada em situações de divergência entre as opções legislativas e as prescrições doutrinárias.[7] Tendo isso em conta, este trabalho

• • •

do direito se coloca apenas naquelas situações de interpretação operacional da lei. Já nas situações fortes, como as tratadas por Hart, em que o decididor se vale da discricionariedade em razão da ausência de regras estabelecidas, Dworkin entende que não há um espaço discricionário de decisão. Nesses casos, a ausência de regras deve ser superada pela busca da resposta juridicamente correta, que é estabelecida pelos princípios não positivados como regras. É interessante assinalar que Dworkin apresenta uma visão bastante restritiva da discricionariedade, descrevendo-a como o buraco de uma rosca – um vazio limitado pelas regras e princípios. Sua visão sugere quão excepcional é a discricionariedade nos cânones de uma teoria liberal do direito bastante prevalecente (DWORKIN, 1978, p. 31-39).

6 A Lei de Telecomunicações, por exemplo, define a autorização como um ato vinculado (art. 131, § 1º). Já o serviço de fretamento com ônibus no município de São Paulo, estabelecido pela Lei n. 14.971/09, prevê um regime de autorização em que há uma combinação de juízos vinculados, relacionados a verificação documental da empresa e do condutor, com juízos discricionários, relacionados à rota de tráfego elaborada pela empresa. Uma vez concedida a autorização, esta tem um prazo definido e não pode ser revogada, sob pena de ensejar perdas e danos.

7 A seguinte passagem de Di Pietro é exemplificativa dessa tensão entre a democracia e a doutrina: "a Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472, de 16-7-97), no artigo 131, §1º, define a 'autorização de serviço de telecomunicações' como 'ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições subjetivas necessárias'. No entanto, esse emprego do vocábulo, utilizado para dar a impressão de que a lei se afeiçoa aos termos do artigo

assume uma visão distinta, a de que discricionariedade e vinculação são regimes que materializam diferentes opções políticas de atribuição de competência decisória – seja para a burocracia, no extremo da discricionariedade, seja para o parlamento, no extremo da vinculação.

A constatação de seu fundamento político, não impede, todavia, a formulação conceitual de critérios que sejam úteis tanto para auxiliar essas escolhas como para avaliá-las (HUBER; SHIPAN, 2002, p. 9-12; THATCHER; SWEET, 2003, p. 1-9; KOMESAR, 1994, p. 90-97). Afinal, a opção política por constituir um regime vinculado ou discricionário não é neutra. Ações vinculadas oferecem maior proteção aos cidadãos ante o Estado, já que as decisões a serem tomadas são previamente conhecidas. Por outro lado, a vinculação de todos os atos *a priori* pode ensejar situações de prejuízo público, uma vez que levaria a decisões inconsistentes ou a inação, naqueles casos em que é impossível se antecipar a melhor escolha desde antes.

Hart (2013, p. 661-663) discute dois possíveis critérios para se optar pela constituição de um regime discricionário, são eles: (i) a ignorância dos fatos e a (ii) indeterminação dos propósitos. Em ambas as situações, a imprecisão dos desdobramentos futuros impede um fechamento normativo e recomenda a atribuição de uma margem de escolha para o tomador de decisão.

No primeiro caso, *a ignorância dos fatos*, os fatos que demandam decisão não podem ser exaustivamente regulados desde antes. É o caso, citado pelo autor, da proibição de veículos em parques. É impossível que uma regra estipule todas as situações factuais em que a proibição incida, eximindo assim a autoridade jurisdicional, ou a burocracia, de fazer escolhas justificáveis diante de situações concretas, como uma bicicleta, uma charrete ou um patinete motorizado que pretendam adentrar no parque (HART, 2013, p. 661-663).

O segundo caso lida com situações em que é impossível estabelecer por meio de uma regra, sem equívocos, os fins a serem alcançados com a sua aplicação. Isso porque esses fins não são inequívocos. Ainda no exemplo do parque, Hart (2013, p. 661-663) assinala que uma regra voltada a perseguir um desfrute pacífico dessa área é sujeita a controvérsias que não são antecipáveis e que se colocam no plano operacional. Afinal, jovens e idosos, por exemplo, apresentam visões diferentes para o que venha a ser um uso pacífico do parque. Para os jovens, essa finalidade é consentânea com o uso de skates, já para os idosos essa opção pode representar um tormento.

Em casos como esses, há que haver margem de escolha da autoridade responsável para, em uma situação concreta, escolher a solução que pareça mais acertada. Se procurar apenas seguir a regra, não obterá respostas. Diante dos interesses conflitantes, a regra pode não

21, XI, da Constituição (que fala em concessão, permissão e autorização), não está corretamente utilizado, não se amoldando ao conceito doutrinário. O uso indevido do vocábulo não justifica a alteração do conceito" (DI PIETRO, 2005, p. 237).

ser capaz de antecipar fins incontroversos. Se, por sua vez, optar por uma decisão com base em suas preferências idiossincráticas, será arbitrário. A decisão esperada é a discricionária: uma escolha que pode ser justificada como adequada para a situação concreta e exercida nos quadrantes autorizados pela moldura legal, que circunscreve o espaço decisório da autoridade. Essa decisão, por sua vez, pode ser consubstanciada como um ato judicante (decisão de um caso administrativo), como um ato normativo (função regulatória) ou como um ato de gestão, um ato tipicamente administrativo.[8]

### 2.2 Discricionariedade na governança desenvolvimentista

A discricionariedade resulta, portanto, de um tipo de regime em que ao tomador de decisão é aberta uma margem de escolha justificável. Nesses termos, regimes discricionários não são uma prerrogativa de Estados desenvolvimentistas, muito embora sejam frequentes nesse tipo de governança. Sua verificação está associada, na realidade, ao desempenho de políticas públicas pelo Estado.

Recorrendo aos tipos ideais, a sociologia do direito descreve esta relação entre Estado, direito e políticas públicas como constitutiva de um tipo de ordem político-jurídica pós-liberal, que se consolidou na segunda metade do século XX (NONET; SELZNICK, 2008, p. 73--113; TEUBNER, 1983, p. 250-257; HABERMAS, 1995, p. 772-775). Conforme essa tipologia, os mercados, que na ordem liberal são descritos como arranjos espontâneos, passam a ser entendidos como ambientes demandantes de regulação, cuja finalidade é mitigar suas falhas de funcionamento e também as desigualdades sociais.

Nesse caminho, tem-se que a constituição de um tipo rival de ordem político-jurídica responde por um longo processo de materialização do direito (WEBER, 1999, p. 142-153) e por uma inevitável rearticulação entre direito e política, trazendo para a alçada do direito temas que o liberalismo havia deslocado ora para o campo da política, ora para o campo da liberdade individual. Com isso, parte substantiva das escolhas que, na ordem liberal, era realizada no âmbito da autonomia privada passa a ser feita pelos formuladores de política e concretizada pelo direito substantivo (TEUBNER, 1983). Isso corresponde à edificação de uma ordem jurídica caracterizada por um direito instrumentalizador de políticas e por

8 Diferentemente da legislação norte-americana (Administrative Procedural Act – APA, de 1946), a legislação brasileira não diferencia os atos administrativos conforme as suas finalidades. As diferenças são apresentadas pela doutrina, que costuma apresentar diferenciações estruturais, pelos tipos de ato, como *simples* e *complexos*, *de império* e *de gestão*, ou pelas suas espécies, como licença, aprovação, autorização. No direito administrativo norte-americano, a lei de processo administrativo classifica os atos da administração de modo funcional, como atos de adjudicação (*adjudication*) ou atos normativos (*rule-making*), e assim estabelece parâmetros de governança e de controle específicos para cada tipo. Sobre os critérios do APA, ver Shapiro (1982, p. 1488). Para fins didáticos, utilizou-se a referência do APA pela sua capacidade de classificar de forma abrangente os diferentes tipos de atuação administrativa.

um Estado regulador dos mercados e das injustiças sociais (TEUBNER, 1983, p. 250-257; NONET; SELZNICK, 2008, p. 73-113).

A esse direito materializado compete uma regulação prospectiva e não (ou não apenas) uma intervenção retrospectiva, que é típica do direito formal-liberal (LOPES, 2005, p. 182--191). Como assinala Lopes (2005, p. 172-179), a intervenção retrospectiva ("*backward-looking*") é aquela em que a função precípua do aplicador do direito é decidir uma lide, subsumindo um caso já ocorrido à regra válida, em um arranjo institucional que privilegia a função de adjudicação e uma orientação para a legalidade. Já na intervenção prospectiva ("*forward-looking*"), o manuseio do direito volta-se a constituir e implementar objetivos de política, o que demanda não só um juízo de legalidade, entre o lícito e o ilícito, mas também um juízo de conveniência e oportunidade sobre o meio mais adequado, entre as diversas possibilidades igualmente lícitas, para a concretização dos fins visados – um juízo discricionário. Nesse arranjo, ainda, a formulação e a aplicação do direito deixam de ser centralizadas na díade Judiciário (adjudicação) – Parlamento (legislação) e passam a se concentrar nas instâncias do Executivo, encarregado das escolhas de agenda e da implementação das políticas públicas.

Nos países de desenvolvimento tardio, as literaturas de economia política e de sociologia do direito identificam um tipo de governança com traços semelhantes às do direito substantivo e do Estado prestador de políticas públicas, mas que guarda também traços singulares. Como tipo ideal, o assim chamado Estado desenvolvimentista (JOHNSON, 1999, p. 32-60; SCHNEIDER, 1999, p. 276-305; AMSDEN, 2001, p. 125-160) é uma organização política direcionada a dar impulso ao capitalismo local. Nesses termos, sua intervenção volta-se não só para a correção das falhas de mercado e para a provisão de direitos sociais, mas principalmente para a inversão produtiva e para a consequente estruturação nacional de empreendimentos econômicos (EVANS, 1995, p. 28-42; AMSDEN, 2001, p. 276-305).

A esse Estado desenvolvimentista corresponde um direito regulatório (TRUBEK, 1972, p. 29-31), que é estruturado em uma combinação de comandos legais, gerais e abstratos, com disposições normativas específicas, quase particularizadas. Trata-se de uma articulação institucional que conjuga uma governança legal, encarregada das regras gerais indispensáveis para uma economia de mercado, com uma governança administrativa, voltada a viabilizar os objetivos específicos das políticas de desenvolvimento – campo de exercício da discricionariedade.

Nessa composição de comandos gerais e regras particulares, o direito regulatório conta com três tipos de ferramentas: dispositivos indutores, regulatórios (propriamente ditos) e proprietários (SCHAPIRO; TRUBEK, 2012, p. 28-34). Os primeiros são, notadamente, os incentivos fiscais, que são dirigidos a uma clientela específica e concreta, mas que, apesar disso, são parte da legalidade tributária. Os incentivos são criados em lei, mas a lei contempla objetivos particulares, como é o caso da promoção da inovação tecnológica, debatida na seção 4. Os dispositivos de regulação são regras editadas por agências reguladoras, com

lastro em leis setoriais, e que são manejadas para concretizar objetivos de política econômica. É o caso, tratado a seguir, de regras que estipulam patamares de conteúdo local em setores estratégicos, como a exploração de petróleo. Já os dispositivos proprietários, como empresas estatais e bancos públicos, como o BNDES, são mecanismos igualmente instituídos no âmbito da governança legal, que atribuem ao Estado um poder de atuar como agente econômico.

Para além das falhas de mercado e das desigualdades sociais, esses dispositivos voltam-se a mitigar problemas estruturais de uma economia em desenvolvimento, tais como: (i) as limitações institucionais da organização dos mercados; (ii) as incertezas da transformação produtiva; e (iii) os conflitos políticos decorrentes do desenvolvimento.

O primeiro desses problemas diz respeito às debilidades das instituições da ordem pública, que nessas economias são menos aptas a internalizar os custos de transação ínsitos a uma economia de mercado, como o *enforcement* de contratos ou a solução de litígios. A consequência disso é a formação de mercados incompletos ou com deficiências de formação (KHAN, 2008, p. 126-147).[9] Um segundo tipo de problema decorre da própria necessidade de transformação estrutural dessas economias. Por ser um empreendimento dado a incerteza, os mercados autorregulados apresentam-se como um arranjo institucional limitado para isso, daí a necessidade de maior coordenação pública nos processos de *catch up* (CHANG, 2003, p. 130-139; RODRIK, 2007, p. 102-109). Finalmente, nas economias em desenvolvimento, o Estado assume ainda um papel de administração dos conflitos políticos ínsitos ao processo de desenvolvimento (CHANG, 1999, p. 196-198). Na medida em que desempenha um papel ativo na consecução de políticas econômicas voltadas a induzir os mercados, o Estado também toma parte na distribuição política de seus benefícios (EVANS, 1995, p. 5-6).

Nessas circunstâncias, as ordens política e jurídica são encarregadas do processamento de um amplo contingente de demandas, que se convertem em uma agenda de escolhas e objetivos políticos pelo Estado. A tradução disso na anatomia jurídico-institucional passa pela constituição de regimes discricionários. Afinal, ante a multiplicidade e a conflituosidade de temas a serem inseridos na agenda, as normatizações legislativas tendem a padecer da *ignorância dos fatos* ou da *indeterminação dos propósitos*, de que tratava Hart (2013, p. 661-663). O resultado é um fortalecimento das burocracias econômicas e de seu poder de escolha, por meio dos dispositivos indutores, dos regulatórios ou dos proprietários.

• • •

9 Arida, Bacha e Resende (2004), embora trabalhem em outra perspectiva teórica, apresentam um exemplo que dialoga com a interpretação de limitação institucional dos mercados. Os autores assinalam que a atuação do Judiciário no Brasil é portadora de incerteza, o que gera dificuldades para a formação de um mercado de crédito de longo prazo. Esse problema é enfrentado pelos formuladores de política por meio de uma solução *second best*: a instituição de bancos públicos e bancos de desenvolvimento que fazem as vezes do mercado de capitais.

## 3 Controles e democracia

Se a discricionariedade é constitutiva de uma governança desenvolvimentista, os controles da administração pública são igualmente conformadores de uma governança democrática. Em outras palavras, na democracia, ao poder de escolha adquirido pela competência discricionária, justapõem-se dispositivos de controle, que delimitam os espaços decisórios e também funcionam como incentivos para os tomadores de decisão.

### 3.1 Controles democráticos

Tomando a democracia na forma discutida por Dahl (1971, p. 1-16), isto é, como um regime assentado nas possibilidades de participação e de oposição, e em que o governo é responsivo às preferências dos cidadãos, os controles das ações de governo são mecanismos constitutivos de seu funcionamento. É por meio desses controles que os cidadãos são capazes de garantir maior aderência dos governos às suas opções políticas. É também por meio desses mecanismos que são garantidos os direitos de oposição e de contestação às decisões do governo vigente.

Nessas bases, o primeiro mecanismo de controle de uma democracia é a eleição, momento em que a maioria pode formar e expressar as suas preferências, orientando assim as ações de governo. Ocorrendo de modo periódico, a eleição cumpre um papel de controle porque permite um escrutínio público do êxito ou do fracasso dos governos eleitos – premiando com a reeleição os bem-sucedidos e punindo com a derrota eleitoral os malsucedidos.

Ocorre, contudo, que, se a eleição é uma condição necessária, não é suficiente para assegurar uma poliarquia[10] – uma democracia efetiva. Isso porque as eleições, embora necessárias, enfrentam restrições, seja como foro de formação das preferências da maioria, seja como mecanismo de controle da responsividade governamental (O'DONNELL, 1998, p. 27-30; CAMPOS, 1990, p. 7-10).

Em primeiro lugar, em razão de adversidades da conjuntura, as opções estabelecidas em uma eleição não são garantia de que o mandato estipulado pelos vitoriosos será cumprido em sua inteireza (PRZEWORSKI, 1996, p. 10). Além disso, os debates eleitorais não são capazes de percorrer um amplo leque de temas, como, por exemplo, aqueles dados a uma maior densidade técnica. Em suma, pode haver na relação entre o eleitor e o governante um potencial custo de agência, isto é, uma possível deficiência de representação. Do ponto de vista do controle, a eleição pode não garantir as punições e as premiações condizentes.

Em segundo lugar, uma democracia real pressupõe algo mais que a vontade da maioria. Como lembra O'Donnell (1998, p. 35-37), uma democracia efetiva é a síntese histórica de três primados políticos: (i) a noção de maioria; (ii) a garantia liberal de autonomia privada;

10 Sobre a poliarquia como uma democracia efetiva, que combina o máximo de participação e o máximo de oposição, ver Dahl (1971).

e (iii) o objetivo republicano de se constituir um governo virtuoso. Assim, para além da formação das preferências eleitorais, uma democracia demanda também a garantia de espaços de liberdade para os indivíduos, bem como a persecução de um governo eficiente e honesto. Esses valores não são assegurados apenas pela vontade da maioria, mas pelo que O'Donnell (1998, p. 40-44) chama de mecanismos horizontais de *accountability*, tais como direitos e garantias individuais, que são protegidos por meio da intervenção do Judiciário, ou deveres de probidade, fiscalizados por órgãos correcionais.

Os arranjos em que a vontade da maioria sufoca os valores liberais e republicanos aproximam-se de uma monarquia eleita, não de uma democracia real. É o que Dahl (1971, p. 7) definiria como "hegemonias", que podem ser mais abertas ou mais fechadas. Por sua vez, um regime assentado em rivalidade e contestação pública, mas sem eleições, tende a um arranjo "oligárquico", com maior ou menor competição (DAHL, 1971, p. 7). A poliarquia, por sua vez, pressupõe tanto participação política e a inclusão dos cidadãos na tomada de decisão pública como mecanismos de contestação pelas minorias e de preservação da qualidade do poder constituído. Para isso, as escolhas políticas devem ser controláveis, vertical e horizontalmente, no que diz respeito ao mérito substantivo de suas escolhas.

### 3.2 Os mecanismos de controle

Se a democracia efetiva pressupõe mecanismos de controle, a questão seguinte é saber quais são esses mecanismos no panorama brasileiro. A resposta a essa questão demanda uma releitura da forma com que o direito administrativo convencional concebe tais mecanismos.

A forma usual de compreendê-los baseia-se em uma leitura estrutural do direito, voltada a descrever os institutos jurídicos pelo seu regime e pela sua composição organizacional. Por essa via, o direito público diferencia os mecanismos de controle de forma topográfica, distinguindo-os entre internos e externos, e esses últimos entre mecanismos judiciais e extrajudiciais (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 963-985). Como, no entanto, essa tipologia não se atém à missão institucional dos mecanismos,[11] não oferece parâmetros normativos para uma avaliação de sua atuação e de seus potenciais problemas.[12] A descrição apresentada por Bandeira de Mello é representativa dessa abordagem:[13]

• • •

11 Marques Neto apresenta uma proposta alternativa de classificação dos controles. Embora mais realista, é ainda tributária de uma análise estrutural, sendo assentada em múltiplos critérios de classificação (quanto ao método, quanto ao momento, quanto ao vetor), o que dificulta a sua utilização para uma análise de adequação institucional. Ver Marques Neto (2009).

12 A oposição entre estrutura e função como forma de abordagem do direito é proposta por Bobbio desde 1977, no ensaio *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi de teoria del diritto*. Em português, ver Bobbio (2008).

13 Na mesma linha de análise estrutural de Bandeira de Mello, embora utilizando outra terminologia classificatória, ver Meirelles et al. (2011, p. 729) e Di Pietro (2005, p. 694-696).

> a administração pública, direta, indireta ou fundacional, assujeita-se a controles internos e externos. Interno é o controle exercido por órgãos da própria Administração, isto é, integrantes do aparelho do Poder Executivo. Externo é o efetuado por órgãos alheios à Administração [...] O controle externo compreende (i) o controle parlamentar direto, (ii) o controle exercido pelo Tribunal de Contas (órgão auxiliar do Legislativo neste material) e (iii) o controle jurisdicional. (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 963, 967).

Tanto a ciência política como o direito administrativo de tradição realista trazem insumos que permitem uma reorganização funcional desses mecanismos, o que é uma condição necessária para os propósitos deste trabalho. A construção de seu argumento analítico, destinado a classificar as possibilidades de inadequação institucional, demanda uma compreensão dos controles pelos seus objetivos e pelo modo de seu funcionamento.

Nesse caminho, Bovens, Schillemans e Hart (2008, p. 225) descrevem os mecanismos de controle como uma relação estabelecida entre um ator (autoridade), um fórum de responsabilização e um objetivo (conteúdo do controle). Assim, o controle pode se voltar a monitorar o respeito às preferências dos cidadãos, pode se relacionar à prevenção contra a corrupção e o abuso de poder, ou pode ainda estruturar um mecanismo procedimental, assentado em um processo de interação e aprendizado entre as agências de Estado (atores responsáveis e fóruns responsabilizadores) (BOVENS; SCHILLEMANS; HART, 2008, p. 230-232).

Ainda no campo da ciência política, O'Donnell (1998, p. 40-44) organiza os dispositivos de *accountability* segundo três missões: o controle para garantir as preferências da maioria; o controle liberal, voltado a preservar as liberdades individuais; e o controle republicano, cuja finalidade é assegurar qualidade na gestão administrativa. Essas funções advêm da já descrita leitura de O'Donnell (1998, p. 30-33) sobre as matrizes fundadoras de uma democracia real, que não se esgota na noção de um governo de maioria.

Já os administrativistas de tradição realista, como Mashaw (2006) e Rose-Ackerman (2010), ao tratarem dos mecanismos de controle, enfatizam não só as suas diferentes finalidades, como também a prevalência de um regime de responsabilização, cuja dinâmica envolve o estabelecimento de deveres e consequências entre os agentes participantes do processo. Para Mashaw (2006, p. 117-125), esse regime se estrutura em torno de seis questões que constituem a relação de responsabilização: quem é responsável?; perante quem?; sobre o quê?; através de qual processo será responsabilizado?; com qual parâmetro será avaliado?; e qual o efeito da responsabilização? A resposta a essas questões depende, por sua vez, do contexto institucional em que o regime de responsabilização se estabelece, e eles podem se situar no âmbito do Estado, do mercado ou dos laços sociais (MASHAW, 2006, p. 117-125).

No âmbito do Estado, o regime de responsabilização volta-se a três tipos de controle: (i) político; (ii) gerencial; e (iii) legal (MASHAW, 2005, p. 154-157; 2006, p. 17-25). Rose-Ackerman lida com outra nomenclatura, mas descreve os mesmos regimes de responsabilização

empregados por Mashaw. Para a autora, os controles do Estado são classificados em três tipos: *policy-making*; *performance* e *right-based* (ROSE-ACKERMAN, 2010, p. 523-525).

O controle político ou de *policy making* é de natureza democrática e diz respeito às opções políticas tomadas pelos governos (MASHAW, 2006, p. 17-25; ROSE-ACKERMAN, 2010, p. 523-525). O controle gerencial ou de *performance* tem uma natureza tecnocrática e diz respeito à etapa de formação e implementação das políticas públicas, tendo a finalidade de garantir ações públicas eficazes e dotadas de probidade (MASHAW, 2005, p. 154-157, 2006, p. 17-25; ROSE-ACKERMAN, 2010, p. 523-525). Por último, o controle legal, ou baseado em direitos, recai sobre as atuações do Executivo que porventura possam ter afetado direitos dos indivíduos (MASHAW, 2005, p. 154-157; 2006, p. 17-25; ROSE-ACKERMAN, 2010, p. 523-525).

Cotejando essas classificações com o panorama brasileiro, os mecanismos de controle que incidem sobre os administradores públicos podem ser reorganizados de modo a combinar as finalidades com o regime de responsabilização que as conforma. Em uma chave funcional, extraem-se de O'Donnell (1998) os fins esperados do controle: a preservação dos três primados da democracia. Daí que os regimes são organizados de acordo com três funções: controles democrático, republicano e liberal.[14] Já dos administrativistas e da ciência política, aproveita-se a noção de um regime de responsabilização relacional. Assim, cada um dos tipos, organizados pelas suas funções, é assentado em um regime composto dos seguintes elementos: o ator responsável, o fórum encarregado de sua responsabilização e o principal marco regulador. A tabela a seguir apresenta uma síntese esquemática dessa tipologia na organização administrativa brasileira. Como mencionado na introdução, os controles são entendidos neste trabalho como mecanismos de verificação que incidem em um momento "*ex post*" à decisão administrativa, diferenciando-se assim da participação pública, que se localiza no momento "*ex ante*", isto é, na tomada de decisão política.

A classificação a seguir não trata de outras modalidades de controle, cuja atuação é mais voltada para as atividades e para os serviços da administração do que propriamente para as decisões administrativas. Entre outros, é o caso do controle via mercado, que se estabelece com a oferta privada dos serviços. Nesse caso, os controles públicos, usualmente exercidos por meio de "voz" (reclamações, oposição, denúncias e processos), são substituídos pelo regime de concorrência, em que as possibilidades de troca do fornecedor exercem uma pressão de controle sobre a qualidade do serviço ("saída").[15] O controle social, uma inovação

14 Na mesma linha, situando os mecanismos de controle brasileiros nessas três funções, ver Teixeira (2010).

15 Os termos "voz" e "saída" referem-se às categorias empregadas por Hirschman para estabelecer as formas de relação entre indivíduos e organizações. Enquanto *voice* tende à democracia, *exit* tende ao mercado. Ver a respeito Hirschman (1970, p. 1-20). Baseado nessas categorias de análise, Paul apresenta um marco analítico comparando possibilidades de *voice* e *exit* no desenho de alternativas de regimes de *accountability* (PAUL, 1992).

institucional relevante no Brasil, é inserido nas possibilidades de controle exercidas pela maioria (controle democrático). Um tratamento detalhado a respeito dessas alternativas de *accountability* escaparia dos propósitos deste trabalho, cujo objeto são os tipos de desajustes e não propriamente os diferentes tipos de controle.[16]

QUADRO 1 – **TIPOS DE MECANISMOS DE CONTROLE**

| TIPO DE CONTROLE | ATOR CONTROLÁVEL | FÓRUM | PRINCIPAIS MARCOS REGULATÓRIOS |
|---|---|---|---|
| **DEMOCRÁTICO** OPÇÕES POLÍTICAS | GOVERNO (AUTORIDADE ELEITA) | ELEIÇÕES | CONSTITUIÇÃO FEDERAL (DIREITOS POLÍTICOS); LEI ELEITORAL (13.165/15 |
| | | E 9.504/97) | |
| | GOVERNO (AUTORIDADE ELEITA) DIRIGENTES PÚBLICOS | ESFERA PÚBLICA (ONGS, IMPRENSA); CONTROLE SOCIAL (CONSULTAS PÚBLICAS, CONFERÊNCIAS) | LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO (9.784/99) |
| | GOVERNO (AUTORIDADE ELEITA) DIRIGENTES PÚBLICOS | CONGRESSO | CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ATRIBUIÇÕES DO CONGRESSO) |
| **REPUBLICANO** EFETIVIDADE E QUALIDADE DO GOVERNO; PROBIDADE | DIRIGENTES PÚBLICOS BUROCRACIA | COMANDOS INTRAEXECUTIVO (COMANDO E CONTROLE) | CONSTITUIÇÃO FEDERAL (PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA) DECRETO-LEI N. 200/67 |
| | GOVERNO (AUTORIDADE ELEITA) DIRIGENTES PÚBLICOS BUROCRACIA | CONTROLES INTERNOS (EX. CGU); TRIBUNAL DE CONTAS; CONGRESSO (CPI); MINISTÉRIO PÚBLICO (INVESTIGAÇÃO E AJUSTAMENTO DE CONDUTAS); JUDICIÁRIO | LEI DA CGU (10.683/03); LEI ORGÂNICA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (8.443/92); LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (8429/92); LEI DE AÇÃO POPULAR (4.717/65) |

16 Para um trabalho sobre controle social no direito econômico, ver Aguillar (1999).

| | | | |
|---|---|---|---|
| **LIBERAL**<br>DIREITOS E GARANTIAS | GOVERNO<br>DIRIGENTES PÚBLICOS<br>BUROCRACIA | JUDICIÁRIO | LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (12.016/09) |
| | | ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS | LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO (12.527/11) |

Fonte: Elaboração própria.

O controle democrático é o que se volta às autoridades eleitas e aos dirigentes públicos.[17] Os fóruns de controle verticais são as eleições e a esfera pública, representada pela sociedade civil, cuja atuação pode ocorrer em audiências e consultas públicas, conforme estabelece a Lei do Processo Administrativo (Lei n. 9.784/99, arts. 31 a 34), e também por meio da imprensa ou demais formas de mobilização política. O fórum de controle horizontal é o Congresso Nacional, notadamente as suas comissões temáticas. O objetivo do controle democrático é permitir verificação e julgamento das escolhas políticas realizadas pelo governo (*policy-making*).

O controle republicano diz respeito a duas finalidades: os controles de qualidade e os controles de probidade administrativa. No que se refere às ações voltadas à qualidade de governo, a responsabilização recai sobretudo sobre dirigentes públicos e burocratas, e visa garantir a implementação satisfatória das decisões políticas. Para tanto, um dos principais mecanismos de controle é a análise de impacto regulatório, isto é, um procedimento de controle prévio cujo propósito é permitir uma mensuração dos custos e benefícios ou dos custos e da efetividade das escolhas políticas. No Brasil, como será descrito a seguir, os mecanismos de avaliação de impacto ainda são incipientes, e a principal forma de controle das decisões da burocracia ainda se estabelece na forma de delegações funcionais, de comandos e controles, entre chefes e subordinados, atentando-se para o monitoramento da implementação das políticas e não propriamente para os seus impactos.

O controle da probidade, que incide sobre autoridades públicas indistintamente, concentra boa parte do controle republicano. Destacam-se quatro tipos de fóruns: as corregedorias, como a Controladoria-Geral da União (CGU), os controles desempenhados pelos tribunais de contas, como é o caso do Tribunal de Contas da União (TCU), as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI), que costumam ter como alvo denúncias de corrupção, e

17 Sobre a noção de dirigentes públicos, ver Bonis e Pacheco (2010). Trata-se de um agente público que combina uma atuação com características próprias da burocracia com as de autoridade eleita.

a atuação do Ministério Público (MP). Esses fóruns (MP, CPIs, CGU e TCU) exercem o controle nas raias do *hard law*, quando respectivamente ajuízam ações civis ou penais (MP) no Poder Judiciário, ou propõem medidas administrativas ou de intervenção sobre a execução orçamentária no âmbito do Congresso Nacional (TCU). Para além de seus possíveis desdobramentos, parlamentares ou judiciais, as próprias ações de fiscalização desempenhadas por esses mecanismos funcionam também como fóruns de controle. Por envolver custos reputacionais, o risco de ser alvo de uma investigação ou a possibilidade de sofrer um processo por improbidade apresentam-se em si como mecanismos de controle, atuando em uma banda de *soft law* na dissuasão das condutas impróprias.

Por fim, o controle liberal incide sobre as autoridades eleitas, dirigentes públicos e burocratas. Processa-se nos âmbitos administrativo ou judicial e tem o objetivo de preservar a autonomia privada, respaldada pelos direitos e garantias individuais. Seu principal instrumento é o mandado de segurança, que protege direitos líquidos e certos de abusos ou ameaças perpetrados por autoridades públicas. Funciona como uma reação aos efeitos abusivos de uma dada decisão discricionária.

## 4 Discricionariedade desenvolvimentista e controles democráticos: mapeando impasses

Os mecanismos de controle são variáveis críticas da atuação do Estado. Sua atuação contribui para um uso do poder ajustado aos valores da poliarquia, favorecendo ações responsivas. O contrário também é verdadeiro: quando mal calibrados, oferecem incentivos distorcidos e favorecem escolhas equivocadas. Esta seção procura apresentar um marco analítico dos tipos possíveis de desajustes desses mecanismos. Nesse percurso, identifica problemas quantitativos, relativos ao quanto de controle é exercido, e qualitativos, relativos a propriedades problemáticas de cada tipo de controle. Por fim, um último ponto da seção explora as possibilidades de sobreposição entre os mecanismos de controle, que podem resultar em cooperação ou competição.

### 4.1 Problemas quantitativos: controles de mais e controles de menos

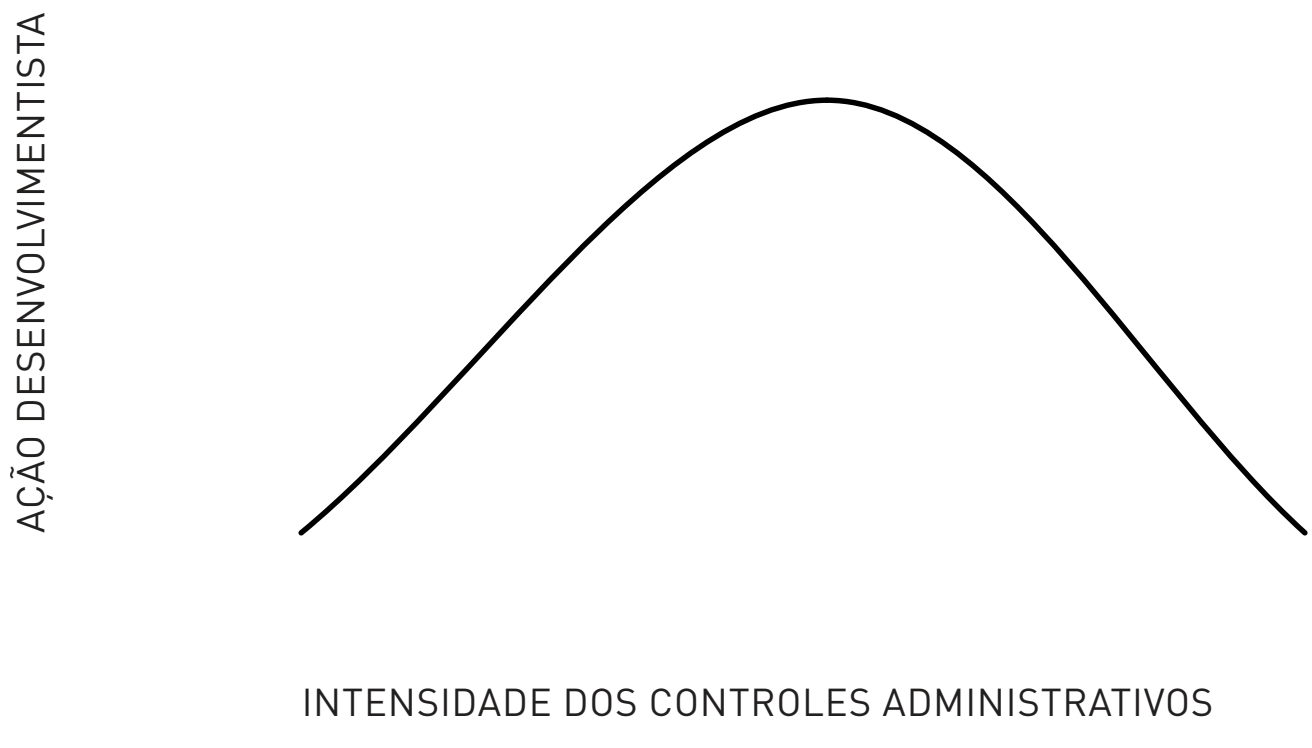
O primeiro tipo de desajuste é quantitativo e refere-se à quantidade de controle exercida sobre a administração pública. Nessa linha, Bovens, Schillemans e Hart (2008, p. 225-226) assinalam que os mecanismos podem padecer de duas disfuncionalidades extremas: o excesso e a falta.

O excesso de controle, ao burocratizar indevidamente os procedimentos decisórios, representa um alto custo de transação para a gestão administrativa. Autoridades públicas podem ser, por exemplo, submetidas a um desmedido contencioso, que se estabelece por meio de uma utilização enviesada dos mecanismos de *accountability* (BOVENS; SCHILLEMANS; HART, 2008, p. 225-226).

O saldo dos controles excessivos pode não ser o de um jogo de soma positivo. Isso porque, como apontam os autores, os controles excessivos levam a uma armadilha em que as autoridades podem ser capazes de atender às gincanas estabelecidas pelos controladores, sem que isso resulte em ganhos para a coletividade. Além disso, outro risco potencial dos controles exagerados é o estímulo para comportamentos conservadores, avessos ao risco e à inovação (BOVENS; SCHILLEMANS; HART, 2008, p. 225-226). Desse modo, gestores resguardam-se contra punições, mas não formulam respostas que poderiam qualificar as políticas públicas de que são encarregados.

O reverso da moeda é a falta de *accountability*. Sem mecanismos de controle satisfatórios, agências do Estado podem usar do poder de modo a não satisfazer o público. Para além de deficiências evidentes como essa, há também novos problemas, que decorrem do caráter técnico assumido por segmentos da gestão pública. É o caso dos bancos centrais ou das agências reguladoras independentes, que se constituem como órgãos de Estado apartados do funcionamento político. O risco é que tais agências se tornem técnicas demais para serem controladas.

Aplicando esse diagnóstico ao caso brasileiro e tendo como referência as ações discricionárias que se voltam a induzir os mercados, pode-se ilustrar os problemas quantitativos de controle na forma de um "U" invertido, apresentado no gráfico a seguir. Controles de menos não oferecem a devida tração para os gestores públicos, o que pode levar a decisões com pouca capacidade de gerar resultados desenvolvimentistas. É o caso de ações inconsistentes, sem métricas de impacto, causadoras de mais custos do que benefícios e sujeitas a corrupção – atuações, enfim, que se desviam de sua finalidade pela ausência de controle. Controles de mais também podem ter efeito predatório sobre o desenvolvimento, favorecendo apostas seguras, do ponto de vista do controlador, mas que são conservadoras, avessas a risco, e não são capazes de gerar o efeito necessário.



Um exemplo de descalibração quantitativa e de possíveis incentivos distorcidos é o dos mecanismos de controle incidentes sobre os tomadores de decisão do BNDES, que se veem as voltas com controles de mais e com controles de menos. De um lado, há poucos controles relativos ao impacto das políticas de financiamento do banco. Esse problema foi inclusive objeto de um acórdão do Tribunal de Contas da União, em 2012 (TCU, 018.693/2012-1), que apontou deficiências na forma de controle dos efeitos de seus programas, recomendando ao BNDES que instituísse métricas de controle mais apuradas sobre a efetividade de suas opções. Trata-se, na verdade, de um problema que afeta as políticas industriais do continente de modo geral. Peres e Primi (2009, p. 38-40), em um trabalho para a Cepal, indicam que na América Latina os governos padecem da falta de mecanismos de controle sobre o impacto e a efetividade de suas políticas industriais.

No caso do BNDES, a falta de controles quanto aos impactos esperados permite opções de financiamento que podem não resultar no máximo retorno para o desenvolvimento, embora possam fazer sentido econômico para o banco.[18] O perfil de seus desembolsos revela, por exemplo, uma preferência para os setores de commodities e não para os setores difusores de progresso técnico. É um padrão de desembolso mais voltado a conservar as atuais vantagens comparativas e menos dado à sua transformação (ALMEIDA, 2009 p. 23-44). Mecanismos de controle mais apurados, no que se refere à verificação do custo e à efetividade das decisões de financiamento, poderiam incentivar os gestores do banco a alterar o seu perfil de clientela.

De outro lado, os gestores do BNDES são expostos a excessivos controles, relativos à probidade de sua gestão. Desembolsos para empresas e projetos que porventura sejam mal-sucedidos podem resultar em ações de responsabilização, promovidas pelos órgãos de controle. Isso pode ocorrer se os órgãos de controle se ativerem a um escrutínio individual dos contratos, em vez de verificarem sua consistência com as políticas e padrões adotados pelo banco.[19] Para o BNDES, como banco, a lógica de gestão é a de carteira de projetos, isto é, o resultado é perseguido em um conjunto de empreendimentos, o que deveria permitir uma dosagem entre apostas arriscadas e empreendimentos conservadores. O efeito colateral de

18 O BNDES é um banco lucrativo e mesmo quando comparado com outros bancos de desenvolvimento apresenta um retorno positivo sobre o patrimônio líquido, registrado em 12,5%. A título de comparação, o banco de desenvolvimento da China (CDB) apresenta um retorno de 13,37% e o KfW, da Alemanha, de 11,52%. Ver a respeito Ferraz, Além e Madeira (2013, p. 30).

19 Esse não é o caso do citado acórdão TCU – 018.693/2012-1, em que o TCU verificou o procedimento de avaliação do banco, procurando assim verificar seus métodos e políticas e não propriamente suas decisões pontuais. Evidente que os contratos devem ser objeto de controle, mas sua verificação precisa situá-los no âmbito de uma política e dos padrões estabelecidos para aquele segmento, e não fragmentá-lo do restante das operações setoriais.

um controle caso a caso é uma restrição dos benefícios da gestão de carteira e o favorecimento de um perfil conservador dos gestores do banco. Uma análise de seus desembolsos permite estabelecer uma inferência a esse respeito: setores consolidados, portadores de expressivas garantias e com capacidade de pagamento contam com mais suporte do que empresas portadoras de maior risco.

O caso do BNDES e as descrições da literatura ilustram uma conclusão simples, mas não trivial: mecanismos de controle não são sempre necessariamente positivos. Mais controle pode também significar mais custos de transação e menos resultados. No limite, o receio da discricionariedade pode levar a um fetiche do controle e este, por sua vez, a situações cujo saldo público não é positivo: as ações de governo não se tornam melhores, quanto mais controladas forem. A relação entre controle e realização não é a de uma proporção direta, mas a de um "U" invertido. Isso significa que o incremento das ações de governo não depende da existência de mais controle, mas sim de uma calibração acertada dos mecanismos existentes.

### 4.2 Problemas qualitativos: democráticos, republicanos e liberais

Tomando cada um dos mecanismos de controle – democrático, republicano e liberal – acima apresentados, sua atuação se localiza em uma régua, que rivaliza atuações potencialmente bem-sucedidas e malsucedidas. Assim, se o quadro da seção 3.2 apresentou as suas finalidades assumindo o seu funcionamento virtuoso, os itens a seguir descrevem tipos possíveis de problemas qualitativos.

#### 4.2.1 Desajustes do controle democrático: populismo e paralisia

Se o controle democrático tem como finalidade garantir uma verificação das opções políticas tomadas pelo governo, quando mal calibrado pode ensejar duas situações problemáticas opostas: o populismo e a paralisia. Na primeira, o governo conta com incentivos fortes para ações de curto prazo e com apelo eleitoral, mas com menor consistência intertemporal. No limite, estabelece-se uma governança democrática denominada por O'Donnell (1991) de "democracia delegativa" – um arranjo com ampla delegação de poderes pelo eleitor e de baixa prestação de contas no curso da gestão. Nesse caso, a ausência de mecanismos de *accountability* enfraquece a realização da democracia e configura um arranjo em que "um super Estado corresponde, então, a uma subcidadania" (CAMPOS, 1990, p. 8). Na segunda situação, o governo é paralisado pelo uso excessivo dos meios de controle à disposição dos atores políticos – uma situação de *checks* sem *balances*.

A politização da gestão das empresas estatais é um caso que exemplifica os controles democráticos de menos. Nos anos 1980, as empresas estatais foram seguidamente utilizadas como mecanismos de ajuste inflacionário: as tarifas de seus serviços eram congeladas, a fim de evitar repique inflacionário na economia, o que acabou por estrangular a sua capacidade de investimento. A controvérsia recente em torno da manutenção dos preços da gasolina em

patamares inferiores ao precificado pelo mercado indica um comportamento semelhante. Ambas as situações sugerem que o controle das opções políticas é concentrado na eleição, e os mecanismos horizontais de avaliação das opções políticas são falhos. O resultado disso é o incentivo para que as decisões econômicas sejam submetidas aos interesses eleitorais de curto prazo.[20]

Na via oposta, controles democráticos de mais levam a uma governança democrática assentada em múltiplos pontos de veto, de modo que os governos eleitos são imobilizados pelos mecanismos de controle político (BARDHAN, 1999). Em um cenário agudo, controles democráticos distorcidos podem levar a uma situação de ingovernabilidade (LAMOUNIER, 1991, p. 12-15). É o caso da república de 1946.

Naquele arranjo constitucional, o poder de agenda do Executivo era partilhado com o Legislativo, que contava com múltiplos pontos de veto. Dados de Santos (1997) ilustram a dimensão das dificuldades do governo nesse período: entre 1951 e 1954, apenas 38,3% dos projetos de lei do Executivo foram aprovados pelo Legislativo. Esse percentual cresceu nas legislaturas seguintes, mas sempre ficou abaixo dos patamares pós-1988 (entre 1955 e 1958, o Executivo aprovou 57,1% de suas iniciativas e, entre 1959 e 1962, 60%).

No regime constitucional de 1988, os problemas vivenciados em 1946 foram mitigados por meio de regras que tiveram o efeito de enfraquecer alguns dos detentores de veto político. Embora ainda perdure um presidencialismo em bases consociativas, o que Abranches (1998) denomina "presidencialismo de coalizão", as regras constitucionais centralizaram no Executivo o poder de agenda, o que reequilibrou o seu poder de ação *vis a vis* os dispositivos de controle parlamentar (SANTOS, 1997; LIMONGI; FIGUEIREDO, 1998). É o caso da previsão constitucional das medidas provisórias, da possibilidade de o Executivo pedir urgência em votações, da ampliação das competências legislativas do Executivo (SANTOS, 1997), e por fim da centralização da governança parlamentar na atuação do colégio de líderes, garantida pelo regimento do Congresso (LIMONGI; FIGUEIREDO, 1998; FIGUEIREDO, 2001, p. 694).

Esse arranjo, no entanto, também tem seus efeitos colaterais. O primeiro deles é o esvaziamento temático do Congresso, que, privado de um maior poder de agenda, é menos habilitado a análises setoriais, o que suprime a sua capacidade de um controle das políticas

20 Na literatura nacional, um dos primeiros trabalhos sobre *accountability* é o de Campos (1990), que destaca a insuficiência das eleições e de outros mecanismos internos de controle da burocracia. O título do trabalho é sugestivo: "*Accountability*: quando poderemos traduzi-la para o português?" (CAMPOS, 1990). Quase duas décadas depois, o trabalho original de Campos foi revisitado por Pinho e Sacramento (2009) em um artigo que questiona se já é possível traduzir o conceito, ou seja, entendê-lo como efetivo. A conclusão dos autores, embora reconheçam sucessivos avanços institucionais, ainda indica uma carência de controle democrático nas instâncias da administração pública brasileira.

públicas do Executivo – resultando nos controles democráticos de menos.[21] Em seguida, outra possível consequência dessa configuração é uma usurpação do controle político-democrático, parcamente exercido pelo Congresso, por outras instâncias de controle, como o Ministério Público e o Judiciário. A seção 4.3 voltará a esse ponto.

### 4.2.2 Desajustes do controle republicano: inconsistência e elitismo tecnocrático

Se o controle republicano tem a finalidade de garantir eficiência e probidade na gestão pública, seu desenho institucional desbalanceado pode levar ao patrimonialismo, à inconsistência regulatória e ao elitismo tecnocrático. O patrimonialismo é uma consequência relativamente evidente: na ausência de controle, decisões discricionárias podem levar recursos públicos a ser apropriados para fins privados. A descrição a seguir terá como objeto os outros dois tipos de desajustes: a inconsistência regulatória e o elitismo tecnocrático.

A inconsistência regulatória remete a escolhas de intervenção econômica tomadas em um ambiente com baixo controle da qualidade das ações administrativas. A consequência disso é um descompasso entre os fins visados e os meios escolhidos, o que pode levar a efeitos não pretendidos pelos tomadores de decisão. Em uma situação extrema, constitui-se o que Sunstein (1990) descreve como paradoxos do Estado regulador: situações em que o resultado alcançado é justamente o oposto do almejado.

No Brasil, como já assinalado, a análise de impacto regulatório é ainda incipiente, estando concentrada em algumas experiências piloto (LIMA, 2010, p. 104-131). Em 2007, por meio do Decreto n. 6.062, foi instituído no Ministério da Casa Civil o PRO-REG – Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação, cujo objetivo era criar as bases para uma qualificação da governança regulatória. Apesar do programa, a análise de impacto regulatório é ainda pouco estruturada, não contando com uma rotina no âmbito das Agências Reguladoras, nem tampouco com um volume satisfatório de gestores capacitados. O risco potencial dessa incipiência é a adoção de regras e desenhos regulatórios inconsistentes, assentados mais no voluntarismo administrativo do que na adequada seleção de meios e fins.

No lado oposto da régua, os controles republicanos demais podem ensejar um ambiente elitista de tomada de decisão e de implementação das políticas públicas. Nessa linha, a busca obstinada por soluções eficientes pode enveredar para uma crença tecnocrática de que as opções de política não decorrem de preferências distintas, mas apenas de opções estabelecidas entre técnicas mais ou menos acertadas.

A crítica da literatura experimentalista (SABEL, 2004; SABEL; ZEITLIN, 2012) tem como alvo justamente essa pretensão tecnocrática, presente nas proposições da "nova gestão pública" ("*new public management*"). Como salienta Sabel (2004, p. 5-10), o campo da administração

21 Há uma ampla literatura na ciência política indicando as falhas de funcionamento do Congresso como instância de *accountability*. Ver Arantes et al. (2010); Moisés (2011); Figueiredo (2001); e Anastásia (1999).

pública é dado a contingências não plenamente programáveis e o êxito das políticas depende da constituição de uma governança aberta ao experimentalismo. Isso implica que a agenda inicial possa ser reconfigurada e adaptada a partir da interação com os agentes, em um processo assentado em uma permanente retroalimentação – *feed back looping*. Tendo isso em conta, controles republicanos que procurem estabelecer rigidamente as soluções mais eficientes e tecnicamente acertadas, tanto para as opções de política como para o modo de sua implementação, podem impedir o percurso de experimentalismo institucional, limitando assim o aprendizado da gestão e o satisfatório aperfeiçoamento das políticas públicas.

Mais ainda, a ideia de experimentalismo pressupõe uma visão crítica dos fetiches institucionais, como assinala Unger (2004, p. 16-21). As opções políticas e os modelos institucionais quando limitados por um juízo técnico, que se supõe ideologicamente neutro, pode impedir a construção de arranjos alternativos, advindos da experiência, mas que não são formatados nos termos dos cânones técnico-científicos hegemônicos. O campo do desenvolvimento é, particularmente, fértil para esse tipo de embate entre o que recomendam os postulados científicos e o que demanda a realidade social e econômica. A rejeição à política industrial é um exemplo eloquente. Daí que a busca da solução supostamente eficiente pode muitas vezes não se mostrar materialmente efetiva.

O desenho regulatório do setor de petróleo brasileiro pode ser um exemplo de ambas as possibilidades de desajuste nos mecanismos de controle. Nesse setor, regras da Agência Nacional do Petróleo (ANP) exigem percentuais de conteúdo local para as aquisições de empresas que exploram petróleo nas reservas nacionais (XAVIER, 2010). Ausentes mecanismos de avaliação de impacto mais apurados, as regras podem impor montantes de conteúdo local exagerados, ocasionando assim um desarrazoado aumento de custos para o setor, que terá de adquirir no país parte substantiva de seus insumos produtivos. A consequência disso pode ser a produção de um efeito *Sunstein*. A pretensão nacionalista pode tornar a exploração de petróleo não competitiva, prejudicando o seu desenvolvimento, impondo, ainda, perdas para a Petrobras, que é o principal agente da política (XAVIER, 2010, p. 10-14).[22]

Por outro lado, uma avaliação de impacto regulatório transplantada das melhores práticas internacionais pode impor parâmetros de avaliação na chave custo-benefício que podem não ser capazes de ponderar as singularidades presentes na perseguição de uma nova vantagem comparativa. Em outros termos, uma avaliação moldada nessa chave, assentada em uma métrica de eficiência estática, pode não mensurar habilidosamente os custos decorrentes da curva de aprendizado setorial e os benefícios intergeracionais de se criar competência nacional em indústrias estratégicas, como a naval.

• • •

22 Para uma crítica do modelo e das regras da ANP, ver Guimarães (2012, p. 33-46).

Na realidade, há um desafio na formulação de um padrão de governança regulatória no Brasil. Isso porque as métricas de avaliação de impacto foram concebidas para amparar intervenções regulatórias corretivas dos mercados. São assim mecanismos afinados para uma mensuração estática, ou seja, uma avaliação que assume a manutenção das condições de mercado. Ocorre, contudo, que parte relevante da intervenção econômica do Estado brasileiro insere-se em um arranjo de política industrial e volta-se a perseguir uma eficiência dinâmica, isto é, uma alteração das condições correntes de organização dos mercados – a criação de novas vantagens comparativas. Nesse cenário, portanto, os controles precisam estar ajustados a mensurações de eficiência intertemporais.

### 4.2.3 Desajustes do controle liberal: expropriação pública e apropriação privada

Tendo o controle liberal a finalidade de resguardar os espaços de autonomia privada, os tipos de desajustes de sua atuação levam aos extremos de expropriação pública e apropriação privada. A expropriação pública corresponde ao que, no campo da regulação econômica, a literatura denomina expropriação regulatória – *regulatory taking*: a imposição de perdas econômicas ocasionadas por decisões do Estado. Já a apropriação privada remete ao oposto: um excesso de proteção liberal que favorece interesses privados em detrimento do público.

O funcionamento do sistema tributário no Brasil fornece exemplos para ambas as situações. No lado dos controles de menos, figura a ampla competência normativa da Secretaria da Receita Federal, que, por via regulamentar, pode estabelecer entendimentos sobre a forma de incidência dos tributos. Trata-se de uma competência discricionária alargada, que repercute na cobrança de tributos e, consequentemente, na possibilidade de autuar empresas que estejam em desconformidade com o entendimento tributário da Receita.

Um caso exemplificativo é o da Lei do Bem (Lei n. 11.196/2005). A lei foi promulgada no contexto da Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE) e tinha o objetivo de garantir benefícios fiscais de PIS/Pasep, Cofins, IRPJ e CSLL para atividades de inovação. Em 2011, seis anos após a sua promulgação, e cinco anos após a edição do Decreto n. 5.798/2006, que a regulamentou, a Receita editou a Instrução Normativa 1.187/2011, para regular o entendimento sobre alguns de seus conceitos operativos. Entre outros temas, a Instrução Normativa limitou a possibilidade de se estender os benefícios da lei para as atividades de encomenda, restringiu a noção de pesquisador, para fins de dedução tributária dos custos de remuneração, e apresentou regra sobre a forma de cálculo da amortização e depreciação dos bens vinculados às atividades de pesquisa e desenvolvimento – temas que impactam a forma de cálculo do imposto devido.[23]

23 Ver a respeito Carpinetti, Paiva e Chiavassa (2011).

O ponto é que não só a Instrução Normativa incide na forma da operação da lei, a partir de sua edição, como também permite à Receita Federal autuar as empresas que arrecadaram tributos, desde 2005, em desconformidade com o que seria a forma correta de cumprimento da lei. Situações como essa indicam dois problemas. Primeiro, revelam que a ideia de estrita legalidade tributária é matizada materialmente pelo poder normativo infralegal da Secretaria da Receita Federal. Uma situação para a qual os controles liberais mostram-se exíguos. Segundo que, antevendo esses riscos, empresários podem rejeitar o uso de benefícios tributários até a sua regulamentação pela Receita, o que pode trazer prejuízos para o desenvolvimento.

A situação oposta, relativa aos controles de mais, pode ser exemplificada pelas excessivas proteções contra o poder de tributar que são reforçadas pelo Poder Judiciário. A Constituição Federal estabelece em seus artigos 150 a 152 os limites incidentes nessa área. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal (STF) tem entendido desde o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 939-7 que parte dessas limitações tem a natureza de cláusula pétrea, isto é, não pode ser alterada sequer por reforma constitucional. Na ADI 939-7, o STF julgou a constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 3, relativa à instituição do Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (IPMF). O texto da emenda excluía a IPMF de duas limitações constitucionais, previstas nos artigos 150, III, b, e VI, a saber: (i) vedação de cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que tenha sido publicada a lei que os instituiu e (ii) limitações tributárias em razão das imunidades constitucionais (imunidades recíprocas entre os entes federados, imunidades para partidos políticos, templos de qualquer culto e livros, jornais e periódicos). O acórdão decidiu pela inconstitucionalidade de ambas as exclusões, entendendo que as garantias do art. 150, por serem equiparáveis a cláusulas pétreas, estão a salvo das reformas constitucionais.

A equiparação de matéria tributária à cláusula pétrea sugere um caso de controle de mais por razões de princípio e de resultado. Pelas razões de princípio, porque desequilibrou a relação entre direito e política, tornando imutável matérias que, sob regras de um reformismo regulado, deveriam se situar no campo de ação da política. A Constituição já apresenta uma relativa rigidez para ser reformada – emendas constitucionais só podem ser aprovadas com o quórum qualificado de 3/5 dos deputados e dos senadores, em votações em dois turnos em ambas as casas. Daí porque a elevação das garantias tributárias à posição de regras constitucionais imutáveis é uma blindagem à ação política que parece exagerada. Pelas questões de resultado, a decisão da ADI 939-7 permite uma amplificação da rigidez constitucional nessa matéria, o que pode limitar as possibilidades de uma reforma tributária. Afinal, dado o precedente da ADI 939-7, pode haver a construção jurisprudencial de novas cláusulas pétreas tributárias.

Os exemplos sugerem um típico problema de calibração. De um lado, o poder normativo da Receita está sujeito apenas à crença formal e irrealista do direito público de que

"só a lei inova na ordem jurídica". Na realidade, são os regulamentos, parcamente controlados, os principais instrumentos normativos da ordem econômica. De outro lado, o Judiciário atira-se em ímpetos de proteção, bloqueando as possibilidades da política, justamente onde as proteções já existem. A tabela a seguir compila as patologias.

QUADRO 2 – **TIPOS DE CONTROLE E PATOLOGIAS**

| MECANISMOS DE CONTROLE | CONTROLES DE MENOS | CONTROLES DE MAIS |
|---|---|---|
| DEMOCRÁTICOS | POPULISMO | PARALISIA |
| REPUBLICANOS | INCONSISTÊNCIA | ELITISMO TECNOCRÁTICO |
| LIBERAIS | EXPROPRIAÇÃO | APROPRIAÇÃO PRIVADA |

Fonte: Elaboração própria.

### 4.3 **SOBREPOSIÇÃO DOS CONTROLES:** COOPERAÇÃO E COMPETIÇÃO

Os controles podem ser quantitativamente de mais e de menos, apresentar diferentes tipos de desajustes qualitativos e podem ainda experimentar situações de sobreposição. Afinal, atuam simultaneamente, de modo que há também entre eles uma interação. Dessa maneira, em um retrato tipológico, tem-se que a relação entre os mecanismos de controle se estabelece entre os extremos de cooperação e de competição. No primeiro caso, há uma conjugação de esforços e uma atuação capaz de produzir resultados que sejam igualmente satisfatórios para as finalidades de cada mecanismo. Trata-se de uma situação tendente ao mutualismo.[24] No segundo caso, há uma relação de usurpação, segundo a qual a perseguição das finalidades de um mecanismo de controle compete com a atuação do mecanismo adjacente, sugerindo uma situação de predação. Dois exemplos ilustram as possibilidades de cooperação e de competição: (i) a Lei de Acesso à Informação e (ii) o controle judicial da regulação econômica.

• • •

24 Essa descrição é inspirada nos tipos de relação que Trubek e Trubek assinalam para os mecanismos regulatórios e de governança utilizados pelo Estado. Os autores assinalam que regras de natureza "comando e controle" e mecanismos de autorregulação podem desenvolver três tipos de relação: coexistência, rivalidade e transformação. Ver sobre isso Trubek e Trubek (2006).

A Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011) estabelece um marco regulatório que dá operatividade ao dever de publicidade da administração pública, inscrito no art. 37 da Constituição Federal. Ao estipular procedimentos de acesso e definir critérios de sigilo para as informações, a lei inverte o ônus da transparência, atribuindo à administração pública o dever de justificar a eventual recusa em prestar as informações solicitadas. Cria assim um mecanismo de controle liberal do Estado, voltado a dotar o cidadão de ferramentas para obter informações públicas que sejam de seu interesse.

O manuseio desse instrumento, no entanto, pode ser cooperativo com as finalidades dos controles democrático e republicano. Ao favorecer a circulação de informação, tende a fornecer insumos para um acompanhamento qualificado das opções de política do governo. Com isso, se por razões institucionais, o Congresso não desempenha satisfatoriamente o seu trabalho de "patrulha de polícia"[25] do Executivo, a Lei de Acesso à Informação, ao garantir transparência, pode amplificar os controles democráticos a cargo da esfera pública. Pelas mesmas razões, pode estimular a constituição de ferramentas que levem a escolhas políticas mais consistentes.

Um caso ilustrativo nesse sentido foi a decisão liminar do ministro Ricardo Lewandowski, nos autos da Reclamação 17091, que garantiu à Empresa Folha da Manhã S/A acesso aos relatórios de análise do BNDES. Esses relatórios dão suporte às decisões de empréstimos e financiamentos do banco, e seu acesso sempre foi recusado pelo BNDES, com base na lei do sigilo bancário. Com decisões como essa, respaldadas na Lei de Acesso à Informação, os critérios de empréstimos do banco podem ser mais expostos publicamente, permitindo assim crítica pública sobre as suas decisões discricionárias. O efeito direto é o de contrabalançar o citado cenário de controles democráticos de menos, vivenciado pelo banco. O efeito indireto pode ser o de induzir uma qualificação nas análises de impacto da política industrial.

A situação oposta, de uma relação de competição predatória, é exemplificada pelo controle jurisdicional da regulação econômica no setor de telecomunicações. Na primeira década dos anos 2000, Ministério Público, associações de consumidores e consumidores individualmente se valeram de ações judiciais para questionar a legalidade de um dos itens que compõem a cesta de tarifas do serviço de telecomunicações – a assinatura básica. O argumento mais frequente era o de que a assinatura correspondia a uma remuneração para a qual não havia contraprestação – consumidores pagavam independentemente do uso que faziam do serviço.

Essas ações geraram um dos maiores contenciosos do Poder Judiciário. Em 2008, ano em que o STJ decidiu a questão, aprovando a Súmula 356, com base na Lei de Recursos

25 McCubbins e Schwartz (1984) lidam com dois tipos de controle desempenhados pelos parlamentos: a patrulha de polícia, que seria um controle constante e incisivo, e o alarme de incêndio, que descreve um tipo de controle voltado a alertar para a ocorrência de algum problema extremo, não usual.

Repetitivos (Lei n. 11.672/2008), havia mais de 1600 ações dessa natureza tramitando apenas no STJ. Na ocasião, o STJ decidiu pela legalidade da cobrança, entendendo que ela tem natureza contratual.

Embora essas ações não fossem dirigidas muitas vezes aos órgãos da administração pública, e sim às empresas de telecomunicações, o conteúdo do litígio tratava das opções regulatórias estabelecidas para o setor. O Judiciário, ao afastar essa cobrança, competia predatoriamente com um controle de tipo republicano, e poderia assim comprometer a consistência do modelo regulatório. Isso porque enquanto a resposta judicial é assentada em uma lógica comutativa, que leva em conta apenas a relação bilateral entre as partes, os problemas regulatórios têm natureza distributiva e envolvem múltiplos interesses, muitos dos quais não estão representados em uma lide judicial.

Em cenários como esse, a solução mais adequada para a correção de eventuais desacertos regulatórios passa por um redesenho das regras de regulação, o que pressupõe a reconsideração do impacto dos custos do serviço prestado e a forma de repartição entre os consumidores. Em suma, é um problema cuja resposta será mais satisfatória se for processada no âmbito de um controle republicano, por meio de uma análise de impacto regulatório, por exemplo. É verdade que esse tipo de controle é incipiente no Brasil, mas a resposta judicial, ao suplantar esse tipo de controle, não favorece o seu fortalecimento.

Há outros segmentos que vivenciam situações semelhantes. É o caso, por exemplo, do Sistema Único de Saúde (SUS). Inúmeras decisões judiciais têm garantido aos respectivos demandantes acesso a medicamentos que não estão contemplados na política nacional de medicamentos. Como resultado, a resposta judicial configura uma escolha de política de saúde no âmbito de uma relação entre partes.[26]

Seja no caso de telecomunicações, seja no de saúde, a desconfiança do funcionamento adequado dos outros poderes e de seus mecanismos de controle pode ser um dispositivo que incentive e justifique o ativismo judicial. O ponto é que esse ativismo pode funcionar de modo competitivo ou cooperativo. Em outros sistemas jurídicos, como o inglês, diante de situações como essa, a posição do Judiciário não é a de se subrogar na posição de gestor público, escolhendo substantivamente a forma de alocação do recurso público, mas sim a de exigir do Executivo que comprove a razoabilidade de sua escolha (WANG, 2013, p. 115-172). Seguindo esse caminho, o controle liberal não atua de modo predatório para a consistência das escolhas políticas, mas sim de modo cooperativo com o fortalecimento de um controle republicano. Ao cobrar do Executivo os critérios de escolha, em vez de dar provimento aos pleitos individuais, o Judiciário incentiva um aprimoramento das análises de impacto e da consistência das escolhas administrativas.

• • •

26 Sobre as distorções da resposta judicial às demandas baseadas no direito à saúde, ver Ferraz e Vieira (2009) e Vieira e Zucchi (2007).

## Considerações finais

Argumentava-se na Introdução que a relação entre o desenvolvimento e a democracia não se constitui como uma antinomia necessária. Assim como o ocorrido no embate conceitual entre democracia e capitalismo, a convivência entre um crescimento induzido e um regime baseado na participação também será processada no plano institucional. Para isso, no caso brasileiro, há duas variáveis críticas em jogo.

A primeira, no plano operativo, é de desenho institucional e diz respeito a uma calibragem adequada entre os mecanismos de controle democrático e as decisões discricionárias, constitutivas de um Estado ativista. O mapa sugerido neste trabalho tem como propósito constituir uma tipologia dos desvios, para assim contribuir com futuras agendas de reforma institucional.

O manuseio dessa régua, no entanto, conta com o desembaraço da segunda variável crítica – o campo doutrinário do direito público. A identificação e a superação dos problemas de calibração na atuação dos controles demandam uma abordagem doutrinária que vá além da convencional compreensão formalista. Um ponto de partida importante para isso é a compreensão dos mecanismos de controle por suas funções e o reconhecimento de seus potenciais tipos de desajustes. A expectativa, com isso, é favorecer a abertura de um diálogo mais próximo e consistente com os problemas efetivos da administração pública.

**NOTA DE AGRADECIMENTO**

*Este trabalho contou com o apoio da Fapesp e se beneficiou do estágio de pós-doutorado no programa Global Hauser da NYU School of Law. Agradeço aos comentários dos revisores anônimos da* Revista Direito GV *e também aos comentários feitos a versões anteriores deste trabalho por Luciana Cunha, Maíra Machado, Mariana Pargendler, Carlos Ari Sundfeld, Oscar Vilhena Vieira e Daniel Wang.*

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *DADOS*, v. 31, n. 1, p. 5-38, 1998.

AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALMEIDA, Mansueto. Desafios da real política industrial brasileira do século XXI. *Texto para Discussão IPEA*, n. 1452, p. 7-70, 2009.

AMSDEN, Alice. *The Rise of "the Rest"*: Challenges to the West from Late-industrializing Economies. New York: Oxford University Press, 2001.

ANASTÁSIA, Fatima. A responsabilização por controle parlamentar. Trabalho apresentado no GT Instituições Políticas, ANPOCS, p. 1-42, 1999. Disponível em: <http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=4761&Itemid=357>. Acesso em: 30 mar. 2016.

ARANTES, Rogério et al. Controles democráticos sobre a administração pública no Brasil: Legislativo, Tribunais de Contas, Judiciário e Ministério Público. In: LOUREIRO, M.; ABRÚCIO, F.; PACHECO, R. (Orgs.). *Burocracia e política no Brasil*: desafios para o Estado democrático no século XXI. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2010. p. 109-147.

ARIDA, Pérsio; BACHA, Edmar; RESENDE, André Lara. *Credit, Interest, and Jurisdictional Uncertainty*: Conjectures on the Case of Brazil. Instituto de Estudos de Política Econômica, Casa das Garças, Rio de Janeiro, 2004. p. 1-25.

AYRES BRITO, Carlos. Distinção entre "controle social do poder" e "participação popular". *Revista de Direito Administrativo*, n. 189, 1992.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARDHAN, Pranab. Democracy and Development: a complex relationship. In: SHAPIRO, Ian; HACKER-CORDÓN, Casiano. *Democracy's Value*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*: novos estudos de teoria do direito. São Paulo: Manole, 2008.

BONIS, Daniel de; PACHECO, Regina Silvia. Nem político nem burocrata: o debate sobre o dirigente público. In: LOUREIRO, M.; ABRÚCIO, F.; PACHECO, R. (Orgs.). *Burocracia e política no Brasil*: desafios para o Estado democrático no século XXI. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2010. p. 329-362.

BOVENS, Mark; SCHILLEMANS, Thomas; HART, Paul. Does Public Accountability Work? An Assessment Tool. *Public Administration*, v. 86, n. 1, p. 225-242, 2008.

CAMPOS, Anna Maria. *Accountability*: quando poderemos traduzi-la para o português?. *Revista de Administração Pública*, v. 2, n. 24, 1990.

CARPINETTI, Ana Carolina; PAIVA, Mariana Monte Alegre de; CHIAVASSA, Tércio. Receita Federal regulamenta incentivos fiscais da Lei do Bem. 2011. Mimeo.

CHANG, Ha Joon. The Economics and Politics of Regulation. In: _____. *Globalization, Economic Development and the Role of State*. London: Zed, 2003. p. 157-198.

_____. The Economic Theory of the Developmental State. In: WOO-CUMINGS, Meredith. *The Developmental State*. Ithaca: Cornell University Press, 1999.

DAHL, Robert. *Polyarchy*: participation and opposition. New Haven: Yale University Press, 1971.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DWORKIN, Ronald. The Model of Rules I. In: _____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

EVANS, Peter. *Embedded Autonomy*: States and Industrial Transformation. New Jersey: Princeton University Press, 1995.

FERRAZ, João Carlos; ALÉM, Ana Cláudia; MADEIRA, Rodrigo Ferreira. A contribuição dos bancos de desenvolvimento para o financiamento de longo prazo. *Revista do BNDES*, n. 40, p. 5-42, 2013.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. *DADOS*, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 223-251, 2009.

FIGUEIREDO, Argelina. Instituições e política no controle do Executivo. *DADOS*, Rio de Janeiro, v. 44, n. 4, p. 689-727, 2001.

GALLIGAN, D. J. *Discretionary Powers*: a legal study of official discretion. New York: Oxford University Press, 1986.

GUIMARÃES, Eduardo Augusto. *Política de conteúdo local na cadeia de petróleo e gás*: uma visão sobre a evolução do instrumento e a percepção das empresas investidoras e produtoras de bens. Brasília: Confederação Nacional da Indústria – CNI, 2012. p. 6-61.

HABERMAS, Jurgen. Paradigms of Law. *Cardozo Law Review*, n. 17, p. 771-784, 1995.

HART, H. L. A. Discretion. *Harvard Law Review*, v. 127, p. 652-665, 2013.

HIRSCHMAN, Albert. *Exit, Voice, and Loyalty*: responses to decline in firms, organizations, and states. Cambridge: Harvard University Press, 1970.

HUBER, John; SHIPAN, Charles. *Deliberate Discretion?*: The Foundations of Bureaucratic Autonomy. New York: Cambridge University Press, 2002.

JOHNSON, Chalmers. *MITI and the Japanese Miracle*. Stanford: Stanford University Press, 1982.

_____. The Developmental State: Odyssey of a Concept. In: WOO-CUMINGS, Meredith. *The Developmental State*. Ithaca: Cornell University Press, 1999.

KHAN, Mushtaq. Governance and Development: The Perspective of Growth-Enhancing Governance. In: GRIPS Development Forum. *Diversity and Complementarity in Development Aid*: East Asian Lessons for African Growth. Tokyo: Graduate Institute for Policy Studies, 2008. p. 107-152.

LAMOUNIER, Bolívar. Parlamentarismo, sistema eleitoral e governabilidade. *Nova Economia*, v. 2, n. 2, p. 9-25, 1991.

LIMA, Valéria Athayde Fontelles de. *A avaliação de impacto regulatório e sua aplicação no Brasil*. 2010. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, UFRJ, Rio de Janeiro, 2010.

LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, v. 44, p. 81-106, 1998.

KOMESAR, Neil. *Imperfect Alternatives*: choosing institutions in law, economics, and public policy. Chicago: Chicago University Press, 1994.

LOPES, José Reinaldo de Lima. The traditional dialogue between law and economics. *Revista Direito GV*, Especial 1, p. 173-193, 2005.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Os grandes desafios do controle da administração pública. In: Modesto, P. (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*: estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo Governo Federal para reforma da organização administrativa brasileira. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MASHAW, Jerry. Accountability and Institutional Design: Some Thoughts on the Grammar of Governance. In: DOWDLE, M. (Ed.). *Public Accountability*: designs, dilemmas and experiences. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 115-156.

_____. Judicial Review of Administrative Action: reflections on balancing political, managerial and legal accountability. *Revista Direito GV*, Especial 1, p. 153-170, 2005.

McCUBBINS, Mathew; SCHWARTZ, Thomas. Congressional Oversight Overlooked: Police Patrol *versus* Fire Alarms. *American Journal of Political Science*, v. 28, n. 1, p. 165-79, 1984.

MEIRELLES, Hely Lopes et al. *Direito administrativo brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MOISÉS, José Alvaro. O desempenho do Congresso Nacional no presidencialismo de coalizão. *Cadernos ADENAUER*, v. 2, p. 15-32, 2011.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Law and Society in Transition*: Toward Responsive Law. 4. ed. New Jersey: Transaction, 2008.

O'DONNELL, Guillermo. *Accountability* horizontal e novas poliarquias. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, n. 44, p. 27-54, 1998.

_____. Democracia delegativa?. *Novos Estudos Cebrap*, n. 31, p. 25-40, 1991.

OFFE, Claus. *Problemas estruturais do estado capitalista*. Trad. Barbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1984.

PAUL, Samuel. Accountability in Public Services: exit, voice, and control. *World Development*, v. 20, n. 7, 1992.

PERES, Wilson; PRIMI, Annalisa. Theory and Practice of Industrial Policy. Evidence from the Latin American Experience. *Cepal – Serie Desarrollo productivo*, n. 187, p. 5-48, 2009. Disponível em: <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/9/36449/LCL3013e.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2016.

PINHO, José Antonio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. *Accountability*: já podemos traduzi-la para o português?. *Revista de Administração Pública*, v. 6, n. 43, 2009.

PRZEWORSKI, Adam. Reforma do Estado: responsabilidade política e intervenção econômica. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, ano 2, n. 32, p. 18-40, 1996.

_____; LIMONGI, Fernando. Political Regimes and Economic Growth. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 7, n. 3, p. 51-69, 1993.

PRZEWORSKI, Adam et al. *Democracy and Development*: political institutions and well-being in the world, 1950-1990. New York: Cambridge University Press, 2000.

RODRIK, Dani. Industrial Policy for the Twenty-First Century. In RODRIK, Dani. *One Economics, Many Recipes*: Globalization, Institutions, and Economic Growth. Princeton: Princeton University Press, 2007.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Regulation and Public Law in Comparative Perspective. *University of Toronto Law Journal*, n. 60, p. 519-535, 2010.

SABEL, Charles. Beyond Principal-Agent Governance: Experimentalist Organizations, Learning and Accountability. In: ENGELEN, E.; SIE DHIAN HO, M. (Eds.). *De Staat van de Democratie*: Democratie voorbij de Staat. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2004. p. 1-23.

_____; ZEITLIN, Jonathan. Experimentalist Governance. In: LEVI-FAUR, D. (Ed.). *The Oxford Handbook of Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 169-186.

SANTOS, Fabiano. Patronagem e poder de agenda na política brasileira". *DADOS*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 3, p. 465-491, 1997.

SCHAPIRO, Mario G.; TRUBEK, David. Redescobrindo o direito e desenvolvimento: experimentalismo, pragmatismo democrático e diálogo horizontal. In: _____ (Orgs.). *Direito e desenvolvimento*: um diálogo entre os Brics. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27-70.

SCHNEIDER, Ben Ross. The *Desarrolista* State in Brazil and Mexico. In: WOO-CUMINGS, M. (Ed.). *The Developmental State*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1999. p. 276-305.

SHAPIRO, Martin. Administrative Discretion: The Next Stage. *Yale Law Journal*, n. 92, p. 1487-1522, 1982.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNSTEIN, Cass. Paradoxes of the Regulatory State. *The University of Chicago Law Review*, v. 57, n. 2, p. 407-441, 1990.

TATCHER, Mark; SWEET, Alec Stone. Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions. In: _____. *The Politics of Delegation*. London: Frank Cass, 2003. p. 1-22.

TEIXEIRA, Marco Antônio Gonçalves. Tribunal de Contas da União: trajetória institucional e desafios contemporâneos. In: CUNHA, A.; MEDEIROS, B.; AQUINO, M. *Estado, instituições e democracia*: República – livro 9, volume 1. Brasília: Ipea, 2010. p. 415-443.

TEUBNER, Gunther. Substantive and Reflexive Elements in Law. *Law and Society Review*, v. 17, n. 2, p. 239-285, 1983.

TRUBEK, David. Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development. *Yale Law Journal*, v. 82, n. 1, p. 1-50, 1972.

TRUBEK, David; TRUBEK, Louise. New Governance & Legal Regulation: complementarity, rivalry, and transformation. *Columbia Journal of European Law*, v. 13, 2006.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito e o Futuro da Democracia*. Trad. Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Saúde Pública*, v. 2, n. 41, p. 214-222, 2007.

WADE, Robert. *Governing the Market*: Economic Theory and the Role of Government in East Asian Industrialization. 2. ed. New Jersey: Princeton University Press, 2004.

WANG, Daniel. *Can Litigation Promote Fairness in Healthcare?*: The Judicial Review of Rationing Decisions in Brazil and England. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito, London School of Economics, 2013.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: Ed. UnB; São Paulo: Imprensa Oficial, 1999. v. 2.

XAVIER, Carlos. O conteúdo local nas rodadas de licitação da ANP e o papel da Petrobrás: evidências recentes. *Radar Ipea*, n. 8, p. 9-15, 2010.

*Mario G. Schapiro*

Professor em regime de tempo integral na Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas, nas áreas de direito e desenvolvimento e direito público.

*mario.schapiro@fgv.br*

V. 12 N. 2
MAI-AGO 2016

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 10.12.2013
Aprovado: 08.10.2015

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201614

# As micro e pequenas empresas, o Simples Nacional e o problema dos créditos de ICMS

*THE SMALL BUSINESS, THE "SIMPLES NACIONAL" AND THE PROBLEM OF THE ICMS CREDITS*

*Leonel Cesarino Pessôa*[1], *Giovane da Costa*[2] *e Emerson Antonio Maccari*[3]

**Resumo**

A partir dos anos 1970, a importância das micro e pequenas empresas (MPE) para a economia passou, cada vez mais, a ser reconhecida, principalmente em função do seu papel na geração de empregos. Entre as medidas tomadas pelo governo brasileiro para incentivar e promover as MPE destaca-se a Lei do Simples Nacional, que passou a incluir entre os tributos abrangidos pelo regime tributário diferenciado o ICMS e o ISS. No entanto, muitas empresas que possuem condições de fazer a opção pelo Simples Nacional não optam por esse sistema, pois essa opção traria problemas relacionados à apropriação e à transferência de créditos de ICMS. O objetivo do presente trabalho é identificar e analisar os fatores que levam essas empresas a optar por um sistema de pagamento de tributos que lhes seria, em princípio, desfavorável para, a partir disso, contribuir com a discussão sobre o Simples Nacional como política pública de incentivo às MPE. Trata-se de uma pesquisa exploratória de natureza qualitativa em que foi utilizado o método de estudo de caso. Os resultados mostram que o Simples Nacional não funciona para empresas que têm como clientes grandes redes de varejo, pois elas são forçadas pelo mercado a não fazer a opção pelo Simples. Conclui-se assim que, para determinados setores como o da empresa estudada, o Simples Nacional não resultou em vantagem alguma e, além disso, acarretou uma grande desvantagem: a lei que o instituiu revogou o Simples Federal e essas MPE deixaram de poder pagar os tributos federais de forma unificada.

**Palavras-chave**

Microempresa; Simples Nacional; política pública; avaliação de política pública; tributação sobre o valor agregado.

***Abstract***

*From the 1970s, the importance of small business – SB – started to be increasingly recognized, mainly because of its role in generating employment. Among the measures taken by the Brazilian government to encourage and promote the SB, stands out the* Simples Nacional law *which included ICMS and ISS between taxes covered by the special tax regime. There are, however, many companies in condition to be in the* Simples Nacional, *but do not opt for this system, since this option would bring problems related to ICMS credits. The objective of this study is to identify and analyze the factors that lead these companies to opt for a system of paying taxes that would not be, in principle, favorable to them, in order to contribute to the discussion on the* Simples Nacional *and public policy incentives to SB. This is an exploratory qualitative research that used the method of case study. The results show that the* Simples Nacional *simply does not work for companies whose customers are large retail companies, because they are forced by the market not to make the option for the* Simples *system. Thus, the study concluded that, for certain sectors such as that of the company studied, the Simples Nacional did not result in any advantage for the SB and caused a disadvantage:*

**1** Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas São Paulo - SP - Brasil

**2** Universidade Nove de Julho São Paulo - SP - Brasil

**3** Universidade Nove de Julho São Paulo - SP - Brasil

CC BY-NC

*the law that instituted it revoked the* Simples Federal *and the SB can no longer pay federal taxes in an unified way.*

***Keywords***
*Small Business; Simples Nacional; public policy; evaluation of public policy; value added tax.*

## Introdução

A partir dos anos 1970, a importância das micro e pequenas empresas (MPE) para o funcionamento da economia e para o desenvolvimento econômico passou, cada vez mais, a ser reconhecida. Com o passar dos anos, elas foram aumentando em números absolutos e os empregos por elas gerados, principalmente nos momentos de crise, passaram a ser considerados cada vez mais relevantes. No Brasil, de acordo com o Sebrae (2010), no período compreendido entre os anos de 2000 e 2008, houve um aumento no número de MPE, que passou de 4,1 milhões para 5,7 milhões. Nesse mesmo período, o número de empregos com carteira assinada, gerado pelas MPE, passou de 8,6 milhões, em 2000, para 13,1 milhões, em 2008.

Em função da relevância do papel desempenhado pelas MPE para a geração de empregos, nos mais diversos países, políticas públicas de incentivo à sua formação têm sido implementadas, principalmente a partir da década de 1970. No Brasil, tão importantes têm sido as MPE para a economia que o governo Dilma, em março de 2013, criou uma secretaria (SMPE – Secretaria da Micro e Pequena Empresa) para tratar exclusivamente dos temas a elas relativos. Entre as medidas já tomadas pelo governo, com o objetivo de incentivar e promover as MPE, destacam-se, no âmbito federal, a promulgação do Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, a Lei do Simples Federal e, mais recentemente, a Lei do Simples Nacional.

O Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional – foi instituído pela Lei Complementar n. 123/2006. Ele apresenta como principais vantagens aos que optam por ele a possibilidade de menor tributação do que nos regimes do lucro real ou presumido e simplicidade no atendimento da legislação tributária, previdenciária e trabalhista, à medida que os diversos tributos abrangidos pelo sistema podem ser pagos mediante uma única guia. Com isso, são amplamente reduzidos os custos de conformidade à tributação que atingem desigualmente as MPE.

Observa-se, no entanto, que muitas empresas que possuem condições de enquadramento no Simples Nacional não optam por esse sistema. Muitas MPE do setor têxtil, do sul do país, mas também de outras partes do Brasil, preferem continuar pagando tributo pelo regime

do lucro presumido, pois a opção pelo Simples traria problemas relacionados à apropriação e à transferência de créditos de ICMS.

Diante disso, o presente trabalho busca identificar e analisar os fatores que levam essas empresas a optar por um sistema que lhes seria, em princípio, desfavorável para, a partir disso, contribuir com a discussão sobre o Simples Nacional como política pública de incentivo às MPE. O método utilizado será o estudo de caso, feito com uma empresa do setor de confecção localizada em Ibirama, no estado de Santa Catarina.

A pesquisa justifica-se por uma série de razões. Da perspectiva das políticas púbicas, ainda que se reconheça, de forma geral, a importância de se garantir tratamento diferenciado às MPE, não se sabe muito sobre os resultados de cada uma dessas políticas. Segundo Mancuso, Gonçalves e Mencarini (2010), essa é a regra quando se trata de políticas públicas de isenção fiscal. Não se sabe se elas estão sendo bem-sucedidas, se estão conseguindo cumprir sua função, nem mesmo se o montante de renúncia fiscal compensa os ganhos obtidos com a própria política. Por outro lado, da perspectiva da empresa, se o Simples Nacional não está cumprindo sua função com relação a um amplo conjunto de empresas, é importante que os motivos sejam identificados e analisados, de forma que as empresas possam aproveitar os benefícios fiscais ou, se for o caso, que a legislação seja modificada para melhor cumprir sua função. Não há, no entanto, trabalhos que discutam os motivos do parcial insucesso da Lei do Simples Nacional e que apresentem, da perspectiva da empresa, as dificuldades envolvidas na opção pelo regime diferenciado de pagamento de tributos.

Dessa forma, o presente trabalho está dividido em cinco partes, além desta introdução. Na seção 1 faz-se a revisão da literatura. Inicialmente são levantadas as justificativas para um tratamento diferenciado das MPE e, em seguida, discute-se o impacto dos tributos e das políticas fiscais que concedem benefícios tributários sobre o empreendedorismo e sobre essas empresas. Em seguida são sucintamente apresentados alguns elementos fundamentais da teoria da tributação para a análise do problema, quais sejam, o princípio da neutralidade e as características básicas da tributação sobre o valor agregado. Na sequência, faz-se a revisão da legislação sobre tratamento tributário diferenciado para as MPE. A seção 2 apresenta a metodologia do trabalho, na 3 apresentam-se os resultados, que são analisados na seção 4; e finalmente, apresentam-se as considerações finais.

## 1 Fundamentação teórica e revisão da literatura

À primeira vista, poderia parecer óbvio que o governo devesse intervir no mercado para auxiliar as MPE. As condições difíceis que, muitas vezes, elas enfrentam, parecem sugerir que uma legislação que lhes seja mais favorável seria sempre necessária. No entanto, se o tema da intervenção governamental for examinado da perspectiva da eficiência econômica, sua inevitabilidade deixa de parecer, assim, tão óbvia: se o objetivo de uma intervenção, por parte do governo, for apenas o de assegurar uma melhor alocação de recursos, de forma a garantir o melhor

funcionamento do mercado, ela se justificaria somente nos casos em que o mercado apresentasse alguma falha. E não é evidente que a intervenção governamental para assegurar tratamento favorecido às MPE seja expressão de falhas de mercado (OCDE, 1994).

### 1.1 Intervenção governamental e eficiência econômica

Algumas desvantagens enfrentadas pelas MPE na concorrência com as grandes empresas podem ser expressão de falhas de mercado. Antes de discutir se isso realmente ocorre, trata-se de identificar essas desvantagens. Um trabalho da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (1994) sobre tributação das pequenas empresas aponta quatro delas. A primeira associada a fatores puramente econômicos, a segunda a fatores administrativos, a terceira estaria ligada ao financiamento das MPE e a quarta ligada à legislação e à regulamentação por parte do governo, o que inclui os tributos.

As desvantagens associadas a fatores econômicos dizem respeito fundamentalmente ao fato de que, em razão do baixo grau de *output*, as MPE operam com custos altos e não fazem uso de economia de escala. Intervenção governamental para corrigir esse tipo de fator não é recomendada, pois significaria um custo social: estaria se privilegiando um setor menos competitivo da economia.

As desvantagens associadas a fatores administrativos dizem respeito à falta de técnicas organizacionais, que acabam fazendo o negócio se focar no curto prazo, ao marketing organizado de maneira precária, à falta de trabalhadores qualificados e de gerenciamento apto a dirigir o crescimento. Tudo isso interferindo, por exemplo, na capacidade de exportar da empresa. De acordo com o texto da OCDE, é muito difícil verificar se essas deficiências representam efetivamente imperfeições de mercado.

Com respeito ao financiamento, as desvantagens estão associadas à maior dificuldade em se obter recursos e ao custo dos recursos eventualmente obtidos. Os que defendem que essa desvantagem não deve ser tomada como falha de mercado, argumentam que os custos maiores provavelmente significam avaliação de maior risco por parte do mercado e custos de transação maiores. De acordo com o texto da OCDE, na prática, também nesse caso, é extremamente difícil justificar uma eventual intervenção governamental com base em critérios de eficiência econômica.

Se a eficiência econômica for tomada como critério, ainda conforme o texto da OCDE, a justificativa mais clara para a necessidade de intervenção governamental são as desvantagens criadas para as MPE em decorrência da atuação do próprio governo. Estudos mostram como os custos de conformidade são altamente regressivos: eles atingem numa medida proporcionalmente mais alta as MPE.

De qualquer forma, a eficiência econômica não é o único critério para a intervenção governamental. Ela justifica-se também, entre outras razões, para promover o desenvolvimento econômico, promover o equilíbrio entre regiões do país ou fazer justiça distributiva. Quanto à intervenção econômica para proteger as MPE, o argumento mais forte utilizado sempre foi

o potencial dessas empresas na criação de empregos. De acordo com Puga (2000), o interesse atual pelas micro e pequenas empresas foi despertado pelo papel que elas têm desempenhado na criação líquida de empregos, especialmente durante recessões.

### 1.2 Intervenção econômica e geração de emprego

De acordo com Tilley e Tonge (2003), até os anos 1960, toda intervenção governamental na economia era dirigida a apoiar as grandes empresas. As pequenas empresas eram vistas como mal organizadas e administradas e como não desempenhando um papel relevante no desenvolvimento econômico.

De acordo com as autoras, essa situação começaria a se alterar, no Reino Unido, em 1971, com a publicação do Bolton Report – um relatório governamental sobre o estado das pequenas empresas nesse país. Esse relatório apontou que o número de pequenas empresas no Reino Unido estava diminuindo numa velocidade muito mais rápida que em outros países ocidentais e concluiu que elas enfrentavam uma série de problemas em razão de encargos burocráticos, administrativos e financeiros, que dificultavam sua atuação.

Por isso, ainda no início dos anos 1970, uma série de políticas públicas foi introduzida com o objetivo de corrigir essa situação e apoiar as MPE. Por volta de 1983, de acordo com Curran (2000), já haviam sido tomadas 98 medidas e estima-se que, entre 1980 e 1985, o auxílio financeiro às MPE tenha totalizado 1,1 bilhão de libras esterlinas. Ainda que seja difícil identificar os objetivos específicos de cada uma das medidas, Curran sustenta que dois grandes objetivos podem ser identificados a partir das falas dos políticos e dos comunicados oficiais: o apoio a pequenas empresas deu-se em razão do seu papel na criação de empregos e para a promoção de uma cultura empresarial.

De acordo com Dennis, Phillips e Starr (1994), essa capacidade das pequenas empresas na geração de empregos foi verificada na literatura acadêmica, pela primeira vez, no trabalho *The Job Generation Process*, de 1979, do pesquisador do Massachusetts Institute of Technology (MIT) David L. Birch. Os anos 1970 foram os anos da crise do petróleo, que afetou a economia de quase todo o mundo. O livro de Birch mostra como, nesse tempo, as pequenas empresas estavam criando muito mais emprego que as grandes. Como até então as grandes empresas eram consideradas o único foco de vitalidade do sistema econômico, as ideias de Birch foram revolucionárias. Depois de vários anos, conforme Dennis, Phillips e Starr (1994), as pequenas empresas passaram a ser amplamente consideradas as principais geradoras de novos empregos nos Estados Unidos.

Esse papel fundamental desempenhado pelas MPE na criação de empregos é observado também no Brasil. Se tomado o ano de 2010, de acordo com a agência Sebrae (2010), entre janeiro e agosto, as MPE criaram 1.343.479 empregos novos, com carteira assinada, mais que o dobro dos 611.061 empregos criados pelas médias e grandes empresas. No mês de outubro desse mesmo ano, a situação acentua-se ainda mais: elas foram responsáveis por 84,9% dos empregos criados no Brasil.

Ainda que exista um amplo reconhecimento de que as MPE têm uma importância fundamental na criação de empregos, especialmente em momentos de crise econômica, um problema distinto é o de saber a importância do papel exercido pelos tributos no empreendedorismo e na criação e crescimento das MPE.

### 1.3 Tributo, empreendedorismo e micro e pequena empresa

Existe uma ampla literatura sobre essa questão. Segundo Wasylenko (1997), até a data de seu texto, pelo menos 75 estudos haviam incluído os tributos como fator importante nos temas do crescimento do emprego, do crescimento do investimento ou mesmo da decisão da empresa de instalar-se em determinada região. De acordo com Bruce e Deskins (2010), duas linhas de estudos significativos podem ser identificadas. A primeira trata especificamente desse último tema. Wasylenko (1997) faz uma ampla revisão dessa literatura e sugere que os tributos têm um efeito pequeno, ainda que estatisticamente relevante na decisão sobre a localização da empresa em determinada região. Mesmo que se sugira que a estimativa da elasticidade inter-regional seja de –0,2, ele sustenta que esse dado tem de ser analisado no contexto da posição relativa da carga tributária do estado em relação à dos outros estados.

A segunda linha de estudos empíricos trata do impacto da tributação no empreendedorismo. Alguns estudos centraram-se nos tributos federais, e, em especial, no imposto sobre a renda. De acordo com Bruce e Deskins (2010), para o primeiro conjunto de trabalhos, alíquotas mais altas de imposto sobre a renda da pessoa física teriam como consequência taxas maiores de empreendedorismo, e o sentido dessa conclusão seria o de que alíquotas mais altas acabam fazendo com que os trabalhadores deixem os cargos onde são assalariados. Haveria, no entanto, um segundo conjunto de trabalhos concluindo no sentido contrário do primeiro. Bruce e Gurley (2005), por exemplo, concluem que as alíquotas marginais têm um impacto significativo sobre o aumento ou a diminuição do empreendedorismo, sugerindo que a decisão de se criar uma empresa é em parte determinada pelo tratamento que as leis tributárias darão à renda da atividade. Todos esses trabalhos, no entanto, centram-se na tributação federal.

Alguns poucos estudos analisaram o impacto de outros tributos que não o imposto de renda, seja da pessoa física, seja da pessoa jurídica, sobre o empreendedorismo. Bartik (1989) analisa a incidência do imposto sobre a propriedade, do imposto de renda da pessoa jurídica e da *sales tax* sobre os equipamentos e conclui que esses tributos impactam negativamente sobre a criação de novas pequenas empresas. Bruce e Deskins (2010) também analisam o impacto dos tributos estaduais sobre o empreendedorismo e concluem que, ainda que a política tributária dos estados não exerça influência estatisticamente relevante sobre o empreendedorismo, alíquotas marginais mais altas de imposto de renda sobre a pessoa física tendem a reduzi-lo.

### 1.4 Políticas públicas e isenção fiscal no Brasil

No Brasil, alguns trabalhos estudam o impacto dos tributos sobre a atividade das empresas, mas não se concentram nas MPE. Fernandes, Teixeira e Baptista (2010), por exemplo, discutem as consequências para o lucro das empresas e para a arrecadação federal da mudança na sistemática da arrecadação da Cofins, de cumulativa para não cumulativa. Eles concluíram ter havido impacto no lucro das empresas de sete dos dezoito setores investigados (três deles reagindo positivamente e quatro negativamente ao evento) e um aumento na arrecadação desse tributo pela União. Alguns poucos trabalhos tratam, no entanto, especificamente do impacto das políticas públicas que concedem incentivos fiscais. Mancuso, Gonçalves e Mencarini (2010) fazem um diagnóstico de políticas públicas de isenção fiscal e concluem que elas são frequentes no Brasil, ocasionam uma renúncia muito grande de receita, mas apresentam problemas relevantes nas fases de formulação, implementação e avaliação. Esses autores fazem uma série de sugestões de práticas a serem adotadas nessas três fases de cada política pública para que se alcance maior êxito. Em outro trabalho, Mancuso e Moreira (2010) procuram verificar se, na fase de formulação das políticas públicas que concedem isenção fiscal, os critérios avaliados no trabalho de Mancuso, Gonçalves e Mencarini (2010) como fundamentais para assegurar a transparência, a eficiência, a eficácia e a efetividade dos benefícios estavam ou não presentes e concluem que não. Eles analisam 52 diplomas legais aprovados entre 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição, e 1º de janeiro de 2009 e mostram que as normas resultam normalmente de medidas provisórias, que suas exposições de motivos são redigidas em termos genéricos e que apenas uma fazia menção a resultados mensuráveis a serem alcançados com a renúncia fiscal. Não há, no entanto, trabalhos que discutam especificamente os efeitos da lei que instituiu o Simples Nacional e os problemas envolvidos na sua aplicação. E que tratem, especificamente, do problema criado pela lei quando, na sua redação original, dispôs que as empresas optantes pelo Simples Nacional não poderiam utilizar ou repassar créditos de ICMS.

A apresentação de alguns tópicos da teoria da tributação e da legislação aplicável à matéria que se faz a seguir procura introduzir, de forma sucinta, alguns elementos fundamentais para a compreensão e análise dessa lei: o princípio da neutralidade na teoria da tributação, as características básicas da tributação sobre o valor acrescido e a legislação que institui tratamento privilegiado para a MPE.

### 1.5 Não cumulatividade do ICMS e princípio da neutralidade na tributação

De acordo com Rezende, a teoria da tributação se constrói sobre dois princípios fundamentais: neutralidade e equidade. Nas suas palavras, "o princípio da neutralidade refere-se à não interferência sobre as decisões de alocação de recursos tomadas com base no mecanismo do mercado" (REZENDE, p. 159). Como o mercado funciona de forma que os preços relativos são o critério determinante para a tomada de decisão sobre a alocação de recursos, a tributação não pode interferir na formação desses preços relativos.

O princípio da neutralidade deve estar na base tanto da tributação direta quanto da tributação indireta sobre o consumo. No Brasil, desde 1967, o tributo sobre o consumo que incide sobre a circulação de mercadorias é o ICMS, instituído, naquele ano, como ICM. Trata-se de imposto não cumulativo semelhante ao IVA europeu. Esse imposto incide sobre o valor agregado em cada etapa do processo de produção e circulação de bens. Sucintamente, o valor agregado é a diferença entre o valor das mercadorias e serviços produzidos, diminuído do valor dos bens e serviços adquiridos para emprego no processo de produção (COSTA, 1978, p. 23)

De maneira simplificada, quando a empresa A compra um produto da empresa B, ela faz o registro, como crédito, do valor do imposto pago por B quando o produto saiu de seu estabelecimento. Quando a empresa A, por sua vez, vender o produto para C, ela fará o registro como débito do valor do imposto incidente sobre o produto vendido. No final do mês, o valor a ser pago do respectivo imposto será o valor do débito subtraído do valor do crédito.

Assim, na tributação sobre o valor agregado, pode haver interferência na formação dos preços relativos de duas maneiras: reduzindo-se ou aumentando-se o montante de tributo a ser pago na venda de um bem, assim como se reduzindo ou aumentando-se o montante de crédito a ser gerado na compra do bem ou dos insumos para sua produção. Para que esse imposto esteja informado pelo princípio da neutralidade, o princípio deve ser observado tanto na etapa da tributação do bem a ser vendido como na etapa anterior da formação do crédito.

Por outro lado, como escreve Rezende (2011), o princípio da neutralidade na alocação de recursos é complementado pelo princípio da equidade e pode ser excepcionado ainda em algumas situações. Nesse sentido, alguns critérios podem justificar tratamento diferenciado, como critérios de justiça distributiva e correção de desequilíbrios conjunturais.

O tratamento diferenciado estabelecido para as MPE é uma dessas exceções ao princípio da neutralidade. Assim, antes de discutir como a Lei do Simples Nacional disciplinou a matéria, trata-se de apresentar as bases e traços fundamentais do sistema que justifica e estabelece o tratamento diferenciado para as MPE.

### 1.6 Legislação sobre tratamento jurídico diferenciado

O art. 170 da Constituição Federal de 1988 estabelece: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País".

O art. 179, por sua vez, dispõe: "A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei".

Tendo em vista esses dois dispositivos constitucionais, em 6 de dezembro de 1996, foi promulgada a Lei n. 9.317, disciplinando o tratamento tributário diferenciado para as MPE. Com efeito, seu art. 1º dispõe: "Esta Lei regula, em conformidade com o disposto no art. 179 da Constituição, o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, aplicável às microempresas e as empresas de pequeno porte, relativo aos impostos e às contribuições que menciona".

O art. 3º dessa lei dispunha que, caso o faturamento da pessoa jurídica não ultrapassasse um determinado valor anual, ela seria classificada, pela lei, como microempresa ou empresa de pequeno porte. Nessas duas situações, a empresa poderia optar pela sua inscrição no Simples – Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Conforme o § 1º desse artigo, a inscrição no Simples implicaria o pagamento mensal unificado dos seguintes impostos e contribuições: a) Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ); b) Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/Pasep); c) Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL); d) Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins); e) Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). Como foram incluídos no novo regime apenas os tributos federais, a lei foi chamada de Lei do Simples Federal.

O art. 5º dessa lei estipulava, por sua vez, que o valor a ser pago, mensalmente, pela microempresa e empresa de pequeno porte inscrita no Simples seria determinado mediante a aplicação dos seguintes percentuais sobre a receita bruta mensal auferida: I – para a microempresa, em relação à receita bruta acumulada dentro do ano-calendário: a) até R$ 60.000,00 (sessenta mil reais): 3% (três por cento); b) de R$ 60.000,01 (sessenta mil reais e um centavo) a R$ 90.000,00 (noventa mil reais): 4% (quatro por cento); c) de R$ 90.000,01 (noventa mil reais e um centavo) a R$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais): 5% (cinco por cento); d) de R$ 120.000,01 (cento e vinte mil reais e um centavo) a R$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais): 5,4% (cinco inteiros e quatro décimos por cento), valores esses atualizados pela Lei n. 11.307, de 19 de maio de 2006. E estabelecia, também, outros valores para as empresas de pequeno porte.

Em dezembro de 2006, foi promulgada a Lei Complementar n. 123, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte e, entre outras medidas, revogou o Simples Federal, criando, em seu lugar, o Simples Nacional. Trata-se, em seguida, de examinar como essa nova lei regulou o tratamento diferenciado para as MPE com respeito ao ICMS.

### 1.7 Simples Nacional e créditos de ICMS

O novo regime tributário criado com a Lei Complementar n. 123 passou a permitir o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos tributos federais, cujo recolhimento simplificado já era possível no regime anterior, mas também da contribuição previdenciária patronal, do ISS e do ICMS.

Ocorre que o art. 23 dessa lei, na sua redação original, dispunha que: "As microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não farão jus à apropriação nem transferirão créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional".

Tendo em vista que o montante de tributo a ser pago pela empresa optante pelo Simples Nacional seria muito inferior ao pago pela não optante, a lei determinou que as empresas no Simples não fizessem jus seja à apropriação, seja à transferência de créditos de ICMS.

A Lei Complementar n. 123 foi alterada, em alguns aspectos fundamentais, pela Lei Complementar n. 128, de dezembro de 2008. Com a nova redação, o art. 23 da Lei Complementar n. 123 passaria a vigorar acrescido de seis novos parágrafos e o novo § 1º do art. 23 passou a dispor: "As pessoas jurídicas e aquelas a elas equiparadas pela legislação tributária não optantes pelo Simples Nacional terão direito a crédito correspondente ao ICMS incidente sobre as suas aquisições de mercadorias de microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional, desde que destinadas à comercialização ou industrialização e observado, como limite, o ICMS efetivamente devido pelas optantes pelo Simples Nacional em relação a essas aquisições".

Portanto, se, até dezembro de 2008, as empresas que comprassem das empresas optantes pelo Simples não tinham direito a qualquer crédito de ICMS relativo à operação, com a promulgação da Lei Complementar n. 128, elas passaram a ter direito de se creditar de algum valor, mas esse valor ficou limitado ao valor efetivamente devido pelas empresas optantes pelo Simples Nacional. Como essas empresas pagam o ICMS e os outros tributos conforme uma alíquota muito inferior à das empresas não optantes pelo Simples, é apenas dos créditos de ICMS apurados em conformidade com a alíquota paga pelas empresas optantes do Simples que as empresas que comprarem delas podem se creditar de ICMS. Esse dispositivo teve impacto significativo nas empresas, e o estudo de caso a seguir procura analisar esse impacto. Esse é o arcabouço teórico fundamental para a compreensão do problema a ser apresentado e analisado no presente trabalho.

## 2 Metodologia

Esse trabalho, por sua vez, é resultado de uma pesquisa de natureza qualitativa e exploratória. Optou-se pelo uso do método de estudo de caso, pois, segundo Yin (2005), os estudos de caso representam a estratégia preferida quando se colocam questões do tipo "como" e "por quê". O estudo de um único caso fornece o que Stern (1995) chama de "amostragem teórica". Sem ser representativa de todos os casos que ocorrem, ele permite, no entanto, compreender o fenômeno analisado.

A coleta de dados ocorreu mediante múltiplas fontes de evidência: entrevista, análise de documentos da organização e legislação aplicável. O instrumento de coleta de dados foi um questionário de entrevista por pautas feita diretamente com o proprietário, no período

de março de 2011. Nessa entrevista, prevaleceu o relato aberto, o que possibilitou ao entrevistador, sempre que necessário, aprofundar o tema com novas perguntas. Essa estratégia de coleta de dados viabilizou, de uma forma exploratória, o entendimento dos problemas e razões envolvidos na decisão da empresa de não optar por uma forma de tributação que, em princípio, lhe era mais favorável.

A análise dos resultados ocorreu de acordo com os preceitos de Miles e Huberman (1994) e Eisenhardt (1989), que afirmam que a análise dos resultados tem particular importância para o método de estudo de caso por envolver procedimentos mais complexos, na medida em que requer a construção de categorias de análise.

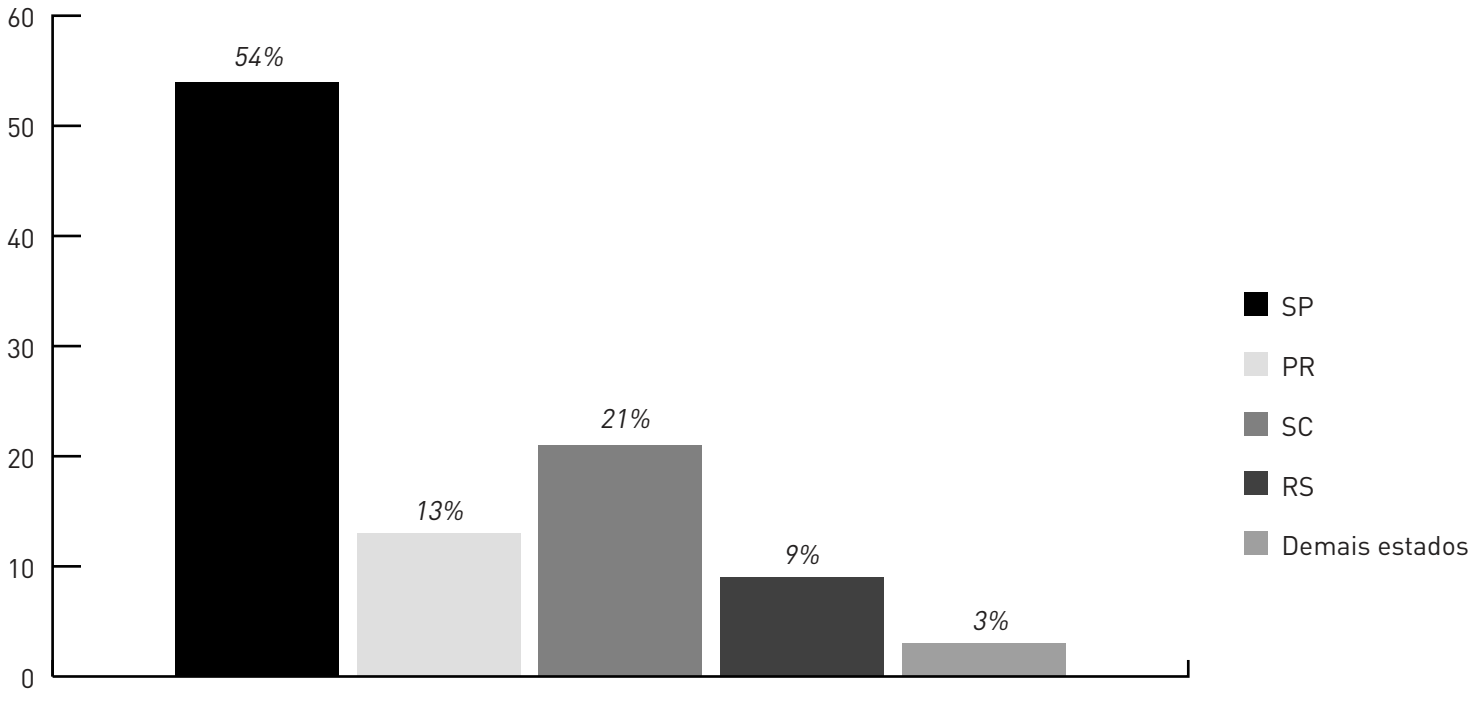
Após a coleta, os dados foram estruturados em forma de narrativa do caso, buscando-se relatar a situação encontrada na organização pesquisada. Essa narrativa será apresentada a seguir.

## 3 Apresentação dos resultados

Em 2011, no momento da realização da pesquisa, a empresa objeto deste estudo atuava no setor de confecção de produtos têxteis. Estava situada no sul do país, na cidade de Ibirama, estado de Santa Catarina. A empresa tinha nove funcionários, faturamento médio anual de R$ 180.000,00 e estava focada na produção de camisas, camisas polo e casacos, principalmente de algodão, no segmento masculino adulto. Seu principal mercado consumidor eram as grandes redes de magazine do sudeste do país. De acordo com o proprietário, seu negócio consistia em produzir e vender artigos têxteis confeccionados em algodão para lojas e distribuidores desse segmento, que iriam revendê-los para o consumidor final.

O entrevistado destacou também que grande parte de sua venda era concentrada no estado de São Paulo, mais especificamente na cidade de São Paulo, no bairro do Brás, que concentra um *cluster* do segmento, conforme apresentado na Figura 1.

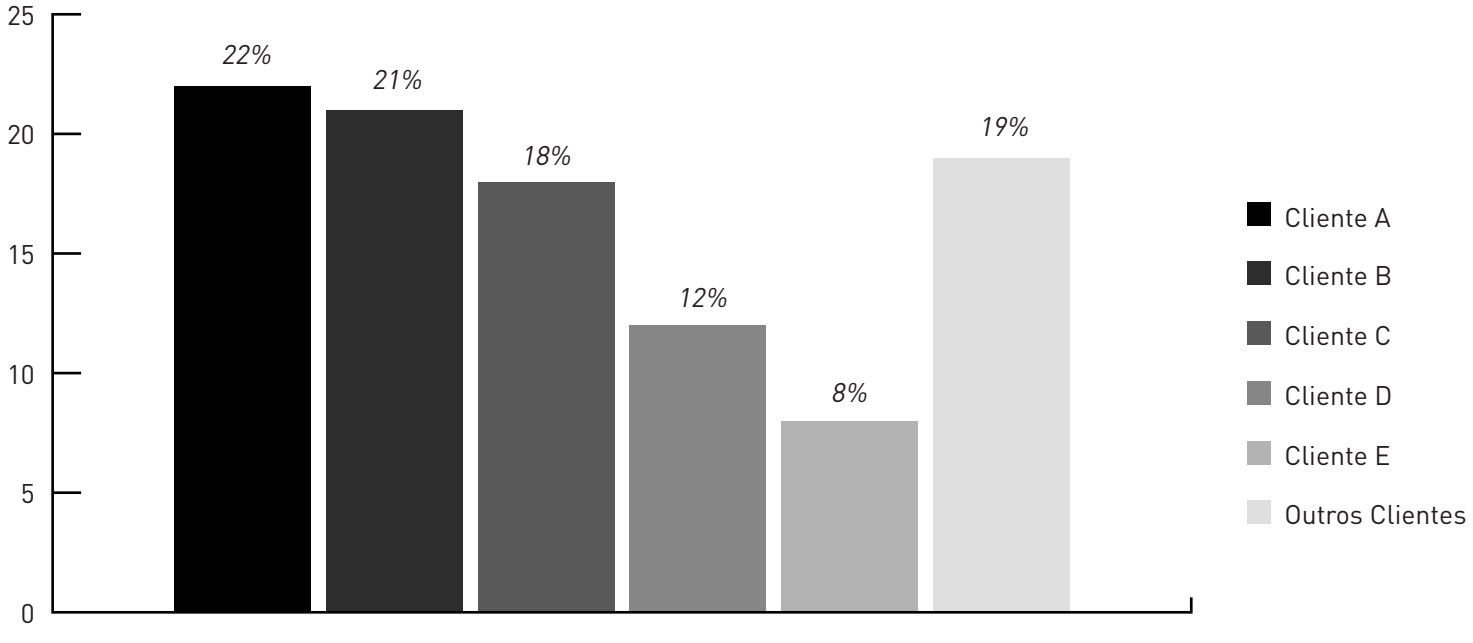
FIGURA 1 – **Concentração de vendas por unidade federativa em 2009**




Fonte: Dados da empresa.

As vendas da empresa eram muito concentradas. Os dados relativos às vendas por clientes são apresentados na Figura 2.

FIGURA 2 – **Concentração de vendas por cliente em 2009**




Fonte: Dados da empresa.

Observa-se, nessa figura, que cinco clientes representavam 81% das vendas da empresa. O proprietário explicou que isso acontece porque esses cinco clientes são redes de lojas, e seus pedidos são muito expressivos. O restante das vendas era para o que o proprietário chama de "pequeno varejo". Mas o que chama a atenção é que, apesar de faturar abaixo dos R$ 240.000,00, teto para enquadramento no Simples Nacional, a empresa optou pelo regime do Lucro Presumido.

### 3.1 Apresentação do caso

Para entender as razões de sua não opção pelo Simples, o entrevistado descreveu detalhadamente os eventos que o levaram à situação atual. A empresa iniciou suas atividades no ano de 2005 fazendo a opção pelo regime tributário do Simples. Como em toda pequena empresa, de acordo com ele, no início suas vendas estavam focadas no próprio estado e em estados próximos (RS e PR). Mas, no fim de 2005, com o crescimento dos negócios, a empresa começou a mirar no mercado de São Paulo. Durante os anos de 2006 e 2007, a empresa veio, mês a mês, apresentando crescimento e terminou o ano de 2007 com faturamento médio anual de R$ 40.000,00. Iniciou o ano de 2008 com seis funcionários e, nesse ano, ainda fez a opção pelo regime do Simples.

Durante o primeiro semestre de 2008, houve certa diminuição do crescimento, pois as vendas se estabilizaram. Após levantamento na carteira de clientes, observou-se que todos os clientes eram pequenos lojistas e que seus pedidos geralmente eram pequenos, na faixa de R$ 2.000,00. A estratégia adotada foi, então, tentar buscar clientes maiores, que possuíssem mais de uma loja. Para isso, o proprietário contratou um representante focado principalmente em redes de lojas.

Já no início do segundo semestre de 2008, surge o primeiro resultado, o primeiro pedido para uma rede de lojas. O pedido foi comemorado, pois apenas um cliente comprou o equivalente a 30% do faturamento médio, aproximadamente R$ 12.000,00. Começou, então, um grande esforço para produzir as peças e faturar o mais rápido possível. Como a matéria-prima já estava disponível, vinte dias depois de o pedido ter sido feito, saiu um caminhão abarrotado de mercadorias para um único cliente.

Vem então a grande surpresa: a mercadoria é recusada pelo cliente. O proprietário saiu do interior de Santa Catarina direto para São Paulo, para verificar o que estava acontecendo. Quando ele entrou no escritório de compras da rede de lojas, viu a resposta para suas dúvidas, impressa em letras grandes na porta de entrada: "NÃO COMPRAMOS DE EMPRESAS DO SIMPLES".

Começou então uma negociação com o comprador para tentar entregar a mercadoria, mas ele foi irredutível, e o único argumento utilizado foi o de que "são ordens da diretoria". Sua empresa não podia, de forma alguma, comprar de fornecedor algum, se as compras não gerassem crédito de ICMS. O pedido foi cancelado e, posteriormente, a mercadoria do pedido cancelado teve que ser vendida a preço de custo.

De acordo com o entrevistado, havia uma regra no mercado de lojistas (consumidores dos seus produtos) que era a seguinte: enquanto o lojista está enquadrado no Simples, ele compra de qualquer empresa, sem restrição nenhuma. A partir do momento que amplia seus negócios e sai da faixa de faturamento permitida para enquadramento no Simples, o lojista para de comprar de empresas que não gerem crédito, especialmente por causa do ICMS. Essa é uma regra geral que se aplica a todos, e os fornecedores, como ele, para sobreviverem, deveriam se adequar às exigências do mercado.

### 3.2 Desfecho do caso

Após o trauma inicial, a solução encontrada pelo sócio-proprietário foi a de abrir outra empresa, pois a legislação não permite a alteração da situação da empresa durante o ano. Então, em outubro de 2008, foi fundada a segunda empresa – uma microempresa individual –, que optou pelo regime do Lucro Presumido e, no fim do mesmo ano, já estava tirando novos pedidos para novas redes de loja. Portanto, o sócio-proprietário continuou focando no segmento de grandes redes de varejo, mas, para isso, teve que abrir uma nova empresa que não fizesse a opção pelo Simples.

Como a empresa que estava no Simples continuou em atividade, a situação do sócio-proprietário passou a ser a seguinte: ele possuía duas empresas em atividade, uma no Simples, em sociedade com sua mulher, e outra no Lucro Presumido. A empresa do Simples possuía quatro funcionários e continuava a atender os clientes de pequeno porte. Faturava aproximadamente R$ 20.000,00 por mês. A empresa do lucro presumido, à época em que fizemos a pesquisa, estava com cinco funcionários e atendia principalmente os clientes de grande porte, as redes de lojas. Ela tinha faturamento médio anual de R$ 160.000,00.

## 4 Análise dos resultados

Na revisão da legislação, foi visto que o governo, com base nos artigos da Constituição Federal de 1988 que determinam tratamento preferencial para as MPE, implementou, já há vários anos, políticas públicas com o objetivo de apoiá-las. Entre as diversas medidas tomadas pelo governo federal, está o Simples Nacional, de acordo com o qual o pagamento de quase todos os impostos e contribuições devidos pelas MPE é substituído pelo pagamento mensal unificado de um montante sobre o seu faturamento, calculado a partir da incidência de uma alíquota que pode variar de 3% a 5,4% dependendo da faixa de faturamento.

Considerando que, no regime do lucro presumido, o montante de tributos devidos pode atingir quase 20% do faturamento, além do ICMS, resta claro que, todas as empresas que tiverem faturamento anual dentro da faixa permitida para enquadramento no Simples, deveriam optar por esse regime de pagamento de tributos. No entanto, no caso da empresa analisada, isso não ocorreu, porque ela tinha relação comercial com grandes redes de varejo. Dessa forma, a situação da empresa analisada é a seguinte:

- possuir faturamento anual até R$ 240.000,00;
- não estar enquadrada no Simples;
- desenvolver relações comerciais com grandes empresas.

Foi constatado que o Simples Nacional simplesmente não funciona para empresas na situação da empresa analisada. Se há necessidade de se vender para grandes redes de varejo, as empresas são forçadas pelo mercado a não fazer a opção pelo Simples. Não é propósito deste estudo discutir quão representativa é essa situação em face do conjunto de todas as empresas abrangidas pelo Simples, mas ele mostra como parte do alvo da lei que instituiu o Simples não está sendo atingido. Se a empresa tem como consumidores grandes redes de varejo, ela não irá optar por esse regime tributário, apesar de ter faturamento compatível.

Como foi destacado na revisão da literatura, as políticas públicas de isenção fiscal, no Brasil, apresentam seus objetivos de forma genérica e não costumam ser avaliadas quanto a se eles foram ou não cumpridos. Com relação ao Simples Nacional, como não era seu objetivo, quando de sua instituição, que empresas que vendem para grandes redes de varejo ficassem fora do programa, é possível verificar que, com relação a essas empresas, essa política pública não foi bem-sucedida.

Seria possível argumentar que a constatação de que algumas redes varejistas não adquirem produtos de microempresas sujeitas ao Simples Nacional, por impossibilidade de creditamento do ICMS, não permite afirmar que isso decorra de uma deficiência do sistema tributário, porque o volume menor de créditos de ICMS poderia ser compensado, em relação ao comprador, pela redução proporcional do preço do produto fornecido pela MPE de modo a manter as condições de atratividade econômica para o comprador.

Mas, se a MPE assim procedesse, a vantagem que o tratamento fiscal diferenciado e favorecido – introduzido pela nova lei – quis criar para que as MPE concorressem em situação privilegiada seria neutralizada e deixaria de existir, pois seria repassada ao consumidor final. Ou seja, um benefício fiscal acompanhado da necessidade de redução do preço no montante equivalente ao próprio benefício não significa benefício fiscal algum.

A partir dos tópicos de teoria da tributação apresentados, foi visto como o princípio da neutralidade é assegurado se não houver interferência do imposto na formação dos preços relativos e que, com relação ao ICMS, essa interferência poderia ocorrer tanto na etapa da tributação do bem a ser vendido quanto na etapa anterior da formação do crédito. Também foi examinado que, no caso de se pretender assegurar um tratamento diferenciado para as MPE, o princípio da neutralidade tem que ser excepcionado.

Ora, o tratamento jurídico diferenciado é realizado pela redução da alíquota do ICMS que incide sobre a venda, mas, se concomitantemente também for reduzido o montante do crédito a ser apropriado pelo comprador, exigindo que a MPE que vende proceda a um ajuste no seu preço, desfaz-se o benefício tributário que se pretendia instituir, e a situação privilegiada criada para as MPE deixa de existir.

Por outro lado, do ponto de vista da empresa, o fato de ela não ter podido fazer a opção pelo Simples e de o sócio-proprietário ter de se dividir entre duas empresas que faziam exatamente a mesma coisa gerava um custo adicional não apenas em termos de dinheiro, mas também de tempo enormes para o sócio-proprietário e que dificultavam muito o seu dia a dia. Todos os meses, o sócio-proprietário tinha que fazer compras nas duas empresas, administrar dois caixas, duas folhas de pagamento, dois honorários de empresas de contabilidade, ou seja, era preciso muito jogo de cintura para gerir a situação. Em se tratando de duas empresas pequenas, muito do trabalho operacional tinha que ser feito ou supervisionado pelo sócio-proprietário. Se ele tinha que se desdobrar para gerir duas empresas e atender os custos de conformidade – que já são proporcionalmente mais altos para as MPE – de ambas, sobrava muito menos tempo para se dedicar àquela que era propriamente sua função. Por isso, de acordo com ele, o objetivo no médio prazo era encerrar a empresa do Simples e ficar apenas com uma empresa no regime do lucro presumido.

## Considerações finais

O Simples Federal instituiu, em 1996, um tratamento tributário favorecido às micro e pequenas empresas que abrangia os tributos federais. Em 2006, foi promulgado o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte e, com ele, o Simples Federal foi substituído pelo Simples Nacional, que possibilitou o pagamento unificado, além dos tributos federais, também do ICMS e do ISS. Foram estudados os efeitos desse novo regime sobre empresas comerciais, contribuintes de ICMS, que têm entre seus clientes grandes magazines, e foi verificado que o benefício tributário criado não produziu os efeitos pretendidos com relação a esse tipo de empresa.

O fator fundamental para essas empresas não fazerem a opção pelo Simples Nacional é a impossibilidade de, fazendo a opção, venderem para grandes redes de magazine. Isso porque as grandes redes não compram de empresas optantes pelo Simples Nacional, dado que o volume de créditos de ICMS gerado nesse caso é menor do que se a compra for feita de empresas não optantes pelo regime.

Assim, o que era para ser uma nova legislação que ampliaria as vantagens das MPE – por incluir mais dois tributos no conjunto submetido ao tratamento diferenciado – acabou, no entanto, não resultando em vantagem alguma para as MPE nas condições da estudada, porque elas passaram a não mais optar pelo regime simplificado de pagamentos de tributo. Além disso, a nova lei trouxe uma grande desvantagem para as MPE: o Simples Nacional revogou o Simples Federal, e essas MPE deixaram de poder pagar os tributos federais de forma unificada – pagamento esse, sim, que garantia vantagens às MPE, cujos clientes precisam dos créditos de ICMS.

Por outro lado, observou-se que no caso estudado, para lidar com a dificuldade criada pela lei, o empresário se viu obrigado a criar duas pessoas jurídicas de forma a poder administrar

suas vendas para empresas que exigem e que não exigem o crédito de ICMS calculado pelo valor total da venda. Isso aumentou seu custo e o tempo que ele passou a ter de dedicar para administrar duas estruturas distintas.

Se, para compensar o fato de a venda de seu produto não gerar crédito de ICMS, a MPE reduzisse seu preço na proporção do benefício fiscal obtido, o próprio benefício seria neutralizado, o que indica que uma linha de solução para o problema passa por tornar o benefício fiscal efetivo. Isso poderia ser feito, por exemplo, criando condições para que se obtenha o mesmo volume de créditos tanto na compra de uma empresa não optante quanto na compra de uma empresa optante pelo Simples.

O presente trabalho é um estudo exploratório e outros estudos podem aprofundá-lo, principalmente estudos quantitativos para obter resultados mais robustos sobre o impacto da sistemática do Simples Nacional na dinâmica das MPE: estudos que quantifiquem o número de empresas que deixaram o Simples ou que passaram a não mais utilizá-lo. Além disso, estudos que examinem mais a fundo as formas possíveis para tornar o benefício fiscal efetivo e estudos que aprofundem a investigação sobre se há outros componentes na recusa em se comprar das MPE, como, por exemplo, uma idiossincrasia dos próprios compradores.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARTIK, Thimoty J. Small business start-ups in the United States: Estimates of the effects of characteristics of states. *Southern Economic Journal*, v. 55, n. 4, p. 1004-1018, 1989.

BIRCH, David L. *The Job Generation Process*: MIT Study on Neighbourhood and Regional Change. Boston: Massachussets Institute of Technologie, 1979.

BRUCE, Donald; DESKINS, John. Can state tax policies be used to promote entrepreneurial activity? *Small Business Economics*, 19 fev. 2010. DOI: 10.1007/s11187-010-9262-y. Disponível em: <http://www.springerlink.com>. Acesso em: 31 mar. 2016.

_____.; GURLEY, Tami. *Taxes and entrepreneurial activity: an empirical investigation using longitudinal tax return data*. Small Business Administration Office of Advocacy, 2005. Disponível em: <http://archive.sba.gov/advo/research/rs252tot.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2011.

COSTA, Alcides J. *ICMS na Constituição e na Lei Complementar*. São Paulo: Resenha Tributária, 1978.

CURRAN, James. What is Small Business Plicy in the UK for? Evaluation and Asessing Small Business Policies. *International Small Business Journal*, v. 18, n. 3, p. 36-50, 2000.

DENNIS, William J.; PHILLIPS, Bruce D.; STARR, Edward. Small business job creation: the findings and their critics. *Business Economics*, v. 29, n. 3, p. 23-30, 1994.

EISENHARDT, Kathleen M. Building theories from case study research. *The Academy of Management Review*, v. 14, n. 4, p. 532-551, 1989.

FERNANDES, Fernando A. D.; TEIXEIRA, Arilton; BAPTISTA, Ézio C. S. COFINS: um estudo empírico dos efeitos da alteração de incidência sobre o lucro das empresas com ações negociadas na BOVESPA e seu impacto na arrecadação tributária federal. *RBGN – Revista Brasileira de Gestão de Negócios*, São Paulo, v. 12, n. 35, p. 171-190, 2010.

MANCUSO, Wagner P.; GONÇALVES, Maetê P.; MENCARINI, Fabrizio. Colcha de retalhos: a política de concessão de benefícios tributários ao empresariado no Brasil (1988-2006). In: MANCUSO, Wagner P.; LEOPOLDI, Maria Antonieta P.; IGLESIAS, Wagner. (Orgs.). *Estado, empresariado e desenvolvimento no Brasil*. São Paulo: Editora de Cultura, 2010.

_____.; MOREIRA, D. C. Benefícios Tributários valem a pena? Um estudo sobre a presença de medidas que atestam a transparência, a eficiência, a eficácia e a efetividade dos dispositivos legais que concedem benefícios tributários a empresas no Brasil. In: 34º ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS – Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, 25 a 29 de outubro de 2010, Caxambu. *Anais...*, 2010.

MILES, Matthew; HUBERMAN, A. Michael. Qualitative Data Analysis. 2 ed. Thousand Oakes: Sage Publications, 1994.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Taxation and Small Business*. Paris, 1994.

PUGA, Fernando Pimentel. Experiências de Apoio às Micro, Pequenas e Médias Empresas nos Estados Unidos, Itália e Taiwan. Rio de Janeiro: BNDES, 2000. Texto para Discussão n. 75. Disponível em http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/td/Td-75.pdf. Acesso em 10 de junho de 2016.

REZENDE, Fernando. *Finanças públicas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SEBRAE. *Anuário do trabalho na micro e pequena empresa 2009*. 3. ed. São Paulo; Brasília, 2010.

SEBRAE. Micro e pequenas empresas criam maioria dos empregos. Agência Sebrae de Notícias, 16 jul. 2010. Disponível em: <http://www.agenciasebrae.com.br/noticia.kmf?canal=214&cod=10372405>. Acesso em: 6 abr. 2011.

_____. *Impactos da Leis Geral (LG) nas micro e pequenas empresas no Brasil*. Mar. 2008. Disponível em: <http://www.biblioteca.sebrae.com.br>. Acesso em: 4 out. 2008.

STERN, Phyllis N. Grounded theory methodology: its uses and processes. In: GLASER, Barney G. (Ed.). *Grounded theory*. 1. ed. Mill Valey, CA: Sociology Press, 1995. p. 29-39.

TILLEY, Fiona; TONGE, Jane. Introduction. In: JONES, Oswald; TILLEY, Fiona (Eds.). *Competitive advantage in SMEs*: organising for innovation and change. Chichester: John Wiley & Sons, 2003.

YIN, Robert K. *Estudo de caso:* planejamento e métodos. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

*Leonel Cesarino Pessôa*

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).
Professor do Programa de Mestrado Profissional e Pesquisador do Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada (CPJA) da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP).

*leonel.pessoa@fgv.br*

*Giovane da Costa*

Mestre em Administração de Empresas pela Universidade Nove de Julho.

*giovanedc@gmail.com*

*Emerson Antonio Maccari*

Doutor em Administração de Empresas pela Universidade de São Paulo (USP).
Professor do Programa de Pós-Graduação em Administração da Universidade Nove de Julho.

*maccari9@gmail.com*

V. 12 N. 2
MAI-AGO 2016

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 17.07.2014
Aprovado: 27.04.2016

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201615

# Direito e teorias ideal e não ideal da justiça

*LAW, IDEAL THEORY AND NON-IDEAL THEORY OF JUSTICE*

*Leandro Martins Zanitelli*[1]

**Resumo**
O artigo discute a importância de teorias ideais e não ideais da justiça para avaliar propostas de mudança pontual da legislação. Concordando, a esse respeito, com Sen (2006; 2009), defendo que teorias ideais (no sentido de teorias de "estado final") não são nem necessárias nem suficientes para comparações entre sociedades imperfeitas. Isso, contudo, não significa que teorias ideais não possam ser úteis para essas comparações e, em consequência, para a avaliação de propostas de alteração do *status quo*. No entanto, à medida que uma teoria ideal se mostre um ponto de partida digno de consideração para as comparações relativas a alterações legislativas em circunstâncias não ideais, é preferível que a teoria em questão seja uma teoria total, isto é, que abranja a totalidade do objeto da justiça (no caso de teorias institucionalistas, como a de Rawls, a totalidade da estrutura básica da sociedade) em vez de se restringir a uma área do direito em particular.

**Palavras-chave**
Justiça; alterações legislativas; teoria ideal; teoria não ideal; Sen.

***Abstract***
*The article discusses the importance of ideal and non-ideal theories of justice for the assessment of proposals of legal reform. Agreeing, on this respect, with Sen (2006; 2009), I argue that ideal theory (in the sense of "end-state" theory) is neither necessary nor sufficient for comparisons between imperfect societies. This, however, does not mean that ideal theory may not be useful to those comparisons and, by extension, to the analysis of proposals of change. But to the extent that an ideal theory proves to be a point of departure worth considering on evaluating proposals of law amendment, it is preferable that such theory encompasses the entire scope of justice (in the case of institutionalist theories like Rawls's, this means the basic structure of society as a whole) instead of being circumscribed to just one of the several legal areas.*

***Keywords***
*Justice; legal change; ideal theory; non-ideal theory; Sen.*

**1** Universidade Federal de Minas Gerais
Belo Horizonte - MG - Brasil

CC BY-NC

## Introdução

É natural que propostas de reforma legislativa pontual sejam defendidas ou atacadas em termos de justiça. Mesmo admitindo que a justiça não seja a única consideração relevante, soa como truísmo dizer que, todo o restante sendo igual, deveríamos preferir que uma certa área do direito, como o direito privado, seja mais e não menos justa. Uma característica de boa parte da teorização contemporânea quanto à justiça social, no entanto, consiste em inquirir sobre a justiça em circunstâncias diferentes das sociedades em que vivemos. Rawls (1999a), para ficar com o exemplo mais proeminente, trata como desiderato primordial da sua teoria da justiça determinar os princípios a serem seguidos pelas instituições (ou "estrutura básica") de uma sociedade perfeitamente justa. É duvidoso se os preceitos de uma teoria da justiça como tal entendida são aproveitáveis para apreciar propostas de reforma da legislação de sociedades reais cujas instituições divergem, de um modo geral, das de uma sociedade perfeitamente justa. Em vez de uma teoria concebida para circunstâncias ideais, mudanças no direito de sociedades reais talvez devam ser apreciadas à luz de critérios menos ambiciosos de justiça que se restrinjam à área da legislação em questão e, ao fazê-lo, deixem de lado a presunção de conformidade das demais instituições com os ditames da justiça.

Neste artigo, defendo, em síntese, as seguintes afirmações. Primeiro, uma teoria ideal de justiça (entendida como teoria de "estado final", isto é, como teoria sobre um estado de coisas perfeitamente justo) não é nem necessária nem suficiente para comparações que sirvam como base para avaliar propostas de reforma da legislação em circunstâncias não ideais. Essa opinião, que coincide com o que Sen (2006; 2009) alega acerca de teorias transcendentais da justiça, é defendida contra algumas críticas que os trabalhos do mesmo Sen têm suscitado. Segundo, e não obstante o fato de não ser nem necessária nem suficiente, uma teoria ideal é potencialmente útil para as comparações feitas sob condições de imperfeita justiça, porque os princípios de justiça característicos de sociedades ideais podem ajudar a determinar os princípios de justiça válidos para sociedades reais. Terceiro, à medida que a afinidade entre os princípios válidos para circunstâncias ideais e não ideais seja grande o suficiente para permitir que os primeiros sirvam de base à descoberta dos segundos, é preferível que a teoria ideal considerada para as comparações entre estados de coisas imperfeitos seja uma teoria total, isto é, compreensiva de todo o objeto da justiça. Admitindo-se que esse objeto corresponda à totalidade das instituições de uma sociedade, a teoria ideal que se deve ter em vista quando se trata de avaliar propostas de alteração é uma teoria relativa à totalidade das instituições, e não restrita à área do direito.

O artigo é organizado como segue. Na primeira seção, apresento três maneiras de distinguir teoria ideal e teoria não ideal sobre a justiça. Na segunda, diferencio as noções de teoria total e parcial e chamo a atenção para um inconveniente das teorias desse segundo gênero. A terceira seção apresenta e rebate críticas ao ponto de vista de que teorias ideais (entendidas como teorias de estado final) não são nem necessárias nem suficientes para comparações nas

circunstâncias não ideais. Na quarta seção, afirmo que, apesar de nem necessária nem suficiente, uma teoria ideal pode ser útil para comparações destinadas a avaliar propostas de mudança da legislação, mas que, em tal caso, é preferível que a teoria em questão seja uma teoria compreensiva de todo o objeto da justiça, em vez de limitada a uma área do direito em particular.

## 1 Justiça: teorias ideais e não ideais

Em uma recente revisão da literatura, Valentini (2012) refere três maneiras de distinguir teoria ideal e teoria não ideal. De acordo com uma delas, uma teoria ideal é uma teoria de "estado final" porque descreve um estado de coisas perfeitamente justo, isto é, em relação ao qual não há melhora possível. Teorias não ideais, em contraposição, seriam teorias transicionais, cujo objeto são as medidas a tomar em circunstâncias não perfeitamente justas com o fim de alcançar a perfeita justiça.

Considero esse modo de distinguir teoria ideal e teoria não ideal útil, mas falho por dar a entender que toda teoria não ideal deva ter como referência uma teoria ideal, já que o interesse da primeira não seria outro senão o de determinar como chegar, a partir de circunstâncias imperfeitas, ao estado de coisas descrito pela segunda. Em contrapartida, é possível considerar teorias não ideais como meramente comparativas de estados de coisas sob o ponto de vista da justiça (SEN, 2009). Como teoria comparativa, uma teoria não ideal permite tão somente avaliar se a tomada de certa medida leva ou não a um estado de coisas superior ao atual em termos de justiça.[1]

Vejamos agora os outros dois modos de distinguir teoria ideal e teoria não ideal a que Valentini (2012) alude. A diferença entre uma teoria ideal e uma teoria não ideal também pode dizer respeito às presunções fáticas (ora referidas como "idealizações", ora como "abstrações") características de cada teoria, como, por exemplo, presunções sobre a abundância de recursos naturais ou sobre a capacidade dos seres humanos para o altruísmo.[2] Assim entendida

• • •

1 Afirmar que o contraste entre teoria ideal e teoria não ideal é um contraste entre teoria do estado final e teoria comparativa não significa que a primeira não possa envolver comparações. Uma das maneiras de defender um estado de coisas como perfeitamente justo é mediante a comparação com estados de coisas diversos. Rawls (1999a), por exemplo, vale-se eminentemente da comparação com outros princípios, em particular o da máxima utilidade média, para defender os princípios da justiça como equidade. Crucial para a distinção é que, seja ou não mediante comparação, uma teoria ideal (no sentido de teoria de estado final) acaba descrevendo um estado de coisas perfeitamente justo (isto é, insuscetível de melhora em termos de justiça), enquanto que uma teoria não ideal (como teoria comparativa) limita-se a servir de base para comparações.

2 Também é apresentada como distinção entre teorias mais e menos "sensíveis a fatos" (*fact-sensitive*). Ver Hamlin e Stemplowska (2012, p. 51).

a contraposição, não haveria uma diferença categórica entre teorias ideais e teorias não ideais (VALENTINI, 2012, p. 660; HAMLIN; STEMPLOWSKA, 2012, p. 51), mas sim um contínuo em que teorias se classificam como mais ou menos ideais de acordo com a plausibilidade das suas presunções, tratando-se como mais ideais as teorias cujas presunções são menos plausíveis.[3]

Não é objetivo deste artigo inquirir sobre o quão plausíveis devem ser as presunções fáticas de quem teoriza sobre a justiça (em outras palavras, sobre o quão ideal ou não ideal, no sentido por último mencionado, uma teoria deve ser). Para os meus propósitos, é suficiente observar que teorias de estado final podem ocupar qualquer ponto do contínuo recém-referido. Ao descrever um estado de coisas perfeitamente justo, uma teoria de estado final pode fazer presunções um tanto fantasiosas sobre, por exemplo, a capacidade dos seres humanos para atuar de modo justo ou, ao contrário, renunciar a quaisquer hipóteses de mudança comportamental que considere pouco plausíveis. Em resumo, tanto teorias próximas do extremo ideal quanto do não ideal (no que se refere à plausibilidade das presunções) podem ser uma teoria ideal no sentido de uma teoria de estado final.

Uma terceira maneira de fazer a distinção entre teoria ideal e teoria não ideal é, por fim, a que diz respeito à conformidade ou obediência (*compliance*). A diferença entre teoria ideal e teoria não ideal residiria, em tal caso, no fato de as primeiras presumirem plena conformidade com os ditames da justiça, presunção essa que não se verificaria nas segundas.[4]

A distinção baseada no critério da conformidade pode se mostrar subsumível à distinção anterior, entre teorias baseadas em presunções fáticas mais e menos plausíveis. Afinal, a presunção de que todos se comportam de maneira conforme aos ditames da justiça não é nada além do que a presunção sobre um fato. Além disso, para critérios de justiça com certo grau de exigência, essa é uma presunção cuja plausibilidade leva uma teoria a se aproximar do extremo ideal no sentido da distinção feita acima.

Há, todavia, um problema com o critério da conformidade que justifica examiná-lo a parte. Tal como recém-formulado, esse critério é indeterminado em relação àqueles ou àquilo cuja conformidade está em questão. Trata-se de conformidade por parte dos cidadãos em geral ou apenas das instituições ou, para usar a expressão de Rawls, da estrutura básica da sociedade? No primeiro caso, o critério em questão levaria a classificar como teoria ideal uma teoria que presumisse a obediência de todos os cidadãos aos preceitos da justiça (ou ao menos da maior parte deles a maior parte do tempo). No segundo, o que importa não

3 Uma maneira similar de classificação é a que tem em vista não a plausibilidade, mas o otimismo das presunções, tratando uma teoria como tão mais ideal quanto mais otimistas forem as suas presunções.

4 Além de Valentini (2012, p. 655-656), a distinção baseada no critério da conformidade é mencionada em Hamlin e Stemplowska (2012, p. 49-50).

é o comportamento dos cidadãos, mas tão somente a conformidade das instituições que compõem a estrutura básica da sociedade com a justiça.

Considere agora duas hipóteses, uma na qual toda teoria de estado final será necessariamente uma teoria ideal no sentido do critério da conformidade, e outra na qual a pertinência desse critério é duvidosa. Primeiro, a hipótese na qual toda teoria de estado final é, de acordo com o critério da conformidade, uma teoria ideal: suponha que uma teoria da justiça tenha como exclusivo objeto a estrutura básica da sociedade, e que se entenda conformidade como conformidade da estrutura básica da sociedade à justiça. Na versão de estado final, o que uma teoria da justiça com objeto limitado à estrutura básica da sociedade faz não é mais do que descrever as instituições de uma sociedade perfeitamente justa. Nada mais afora essas instituições, nem mesmo o comportamento dos cidadãos em geral, importa para uma teoria como essa.[5] Como se trata, além disso, de uma teoria de estado final, o que essa teoria descreve, por definição, são as instituições de uma sociedade perfeitamente justa e, como tais, instituições que se conformam aos preceitos da justiça. Mais do que mera presunção fática, plena conformidade da estrutura básica da sociedade à justiça em um caso como esse é, portanto, uma característica definicional.

Passemos agora à segunda hipótese, em que a pertinência do critério da conformidade é duvidosa: suponha novamente uma teoria da justiça restrita à estrutura básica da sociedade, e que o critério da conformidade desta vez se refira aos cidadãos em geral, e não à estrutura básica da sociedade. Em um caso como esse, o critério da conformidade classificaria como teoria ideal uma teoria de estado final que presumisse a obediência dos cidadãos aos preceitos da justiça, e como teoria não ideal uma teoria análoga na qual se abrisse mão da referida presunção. O problema com essa distinção é: se uma teoria de estado final se ocupa exclusivamente com a estrutura básica da sociedade, e então declara como perfeitamente justa uma sociedade cuja estrutura básica da sociedade atende a certos princípios, que importância pode ter para essa teoria como os cidadãos se comportam em seu dia a dia? Por um lado, não há dúvida de que duas sociedades serão bem diferentes se, apesar de possuírem ambas uma estrutura básica da sociedade conforme à justiça, em uma delas houver contumaz obediência à lei e na outra não. Essa será, no entanto, uma diferença irrelevante para a justiça se, como estipulado, nos dois casos as instituições forem perfeitamente justas e a justiça tiver a estrutura básica da sociedade como seu objeto exclusivo. Por que, então,

5 O comportamento dos cidadãos para uma teoria como a cogitada acima pode interessar indiretamente caso seja importante para avaliar a conformidade da estrutura básica da sociedade à justiça (voltarei a esse ponto). No caso de Rawls (1999a, p. 398), por exemplo, faz parte da definição de uma estrutura básica da sociedade justa que ela seja estável. Logo, a obediência dos cidadãos (ao menos da maior parte pela maior parte do tempo) importa porque, se uma ordem institucional for incapaz de induzir tal obediência, não será estável nem, em consequência, justa.

classificar uma teoria como teoria ideal ou teoria não ideal em razão de algo (o comportamento dos cidadãos) irrelevante para a justiça?

Poder-se-ia ponderar que a obediência às leis pelos cidadãos importa, sim, para uma teoria de estado final restrita à estrutura básica da sociedade porque as instituições de uma sociedade não serão estáveis se as leis não forem em geral obedecidas, e nenhuma estrutura básica da sociedade poderá ser considerada perfeitamente justa se não for estável. Isso pode ser correto, mas não desmente a afirmação segundo a qual se a justiça tem como único objeto a estrutura básica da sociedade, então, depois que as instituições de uma sociedade perfeitamente justa forem definidas, o comportamento dos cidadãos deixará de ter qualquer relevância para a justiça. Além disso, se o comportamento dos cidadãos for importante para determinar que instituições são perfeitamente justas (tal como, por exemplo, se só for o caso de considerar a estrutura básica da sociedade perfeitamente justa se ela se mostrar capaz de incitar obediência), então a diferença entre uma teoria que leva a sério o problema da obediência dos cidadãos às leis e outra que simplesmente presume essa obediência é mais do que uma mera diferença entre teoria ideal e teoria não ideal. É uma diferença entre uma teoria que enfrenta um problema que, do ponto de vista da justiça, não pode ser ignorado e outra que trata esse mesmo problema como se não existisse, mostrando-se falha por essa razão.

## 2 Justiça e áreas do direito

Qual teoria da justiça, ideal ou não ideal, importa para uma área do direito em particular, tal como o direito privado? Considere, para começar, o caso de uma teoria de estado final cujo objeto seja exclusivamente a estrutura básica da sociedade. Admitindo-se que o direito privado seja parte da estrutura básica da sociedade,[6] uma teoria cujo propósito seja descrever a estrutura básica da sociedade de uma sociedade perfeitamente justa é potencialmente relevante para o direito privado. Digo "potencialmente" (em vez de "necessariamente") porque a teoria em questão talvez não faça qualquer recomendação em particular ou sequer requeira a existência do que costumamos designar como direito privado. Ainda que essa última hipótese seja pouco provável, vale salientar que a estrutura básica da sociedade talvez consiga satisfazer aos princípios de uma teoria como a cogitada com diferentes regimes de direito privado. Além disso, tal como observado na seção anterior, uma teoria de estado final (a exemplo de qualquer outra do gênero) limitada à estrutura básica da sociedade pode ser classificada como mais ou menos ideal no que se refere à plausibilidade das suas presunções fáticas.

• • •

6 Essa afirmação não é incontroversa. Ripstein (2004) defende uma interpretação da estrutura básica da sociedade de Rawls que não inclui o direito privado. Penso, no entanto, que os argumentos de Ripstein são corretamente refutados por Kordana e Tabachnick (2006).

Considere, a seguir, o caso do que Robeyns (2008) designa como "justiça parcial". Aplicada ao direito privado, essa noção corresponde a uma teoria que se restrinja a essa área do direito, sem inquirir, portanto, sobre o que a justiça demanda como um todo.[7] Como classificar uma teoria assim? Note que a expressão "justiça parcial" sugere que o inteiro âmbito da justiça é maior do que o atualmente considerado. Em outras palavras, dizer que uma teoria da justiça do direito privado é um exemplo de teoria parcial leva a depreender que o direito privado é parte, mas não a totalidade, do objeto da justiça. Para ficar com o exemplo mais usado até aqui, a justiça do direito privado é uma justiça parcial, no sentido recém-referido, se o objeto da justiça for a estrutura básica da sociedade (admitindo-se que o direito privado corresponda a parte, mas não à totalidade, dessa estrutura). Vale ressaltar que a questão de saber qual é o objeto da justiça é deixada aberta aqui. Talvez a justiça não tenha nada a ver com o direito privado, ou tenha a ver com o direito privado e com mais nenhuma área da legislação. Quando se diz, contudo, que a justiça do direito privado é uma justiça parcial, o que se insinua é que o direito privado constitui parte (parte, apenas) do objeto da justiça.

Retorno à questão sobre o modo de classificar uma teoria da justiça restrita (como teoria parcial) a uma determinada área do direito. Uma teoria da justiça do direito privado é de estado final se, em conformidade com os termos da classificação apresentada na seção anterior, tiver como propósito descrever essa área da legislação em uma sociedade perfeitamente justa. Como teoria parcial, ela se distingue por deixar de lado o que, embora pertença ao objeto da justiça, está fora do âmbito do direito privado (para a discussão que segue, presumirei que o objeto da justiça seja a estrutura básica da sociedade).

Pois bem, uma questão a examinar é se há justificativa metodológica para uma teoria nos moldes recém-citados. Se o objeto da justiça é a estrutura básica da sociedade, a questão importante para uma teoria de estado final não será a de saber como é a estrutura básica da sociedade (e não apenas uma de suas partes, como o direito privado) de uma sociedade perfeitamente justa? Pode-se tentar defender o projeto de uma teoria de estado finado direito privado com o argumento de que a enormidade da tarefa de descrever uma estrutura básica da sociedade perfeitamente justa requeira divisão do trabalho, e que a descrição de um direito privado perfeitamente justo é útil filosoficamente como meio de responder à questão mais abrangente relativa a uma estrutura básica da sociedade perfeitamente justa. É impossível saber de antemão, todavia, o quanto uma estrutura básica da sociedade perfeitamente justa pode ser definida a partir de respostas a problemas parciais de justiça (como os da justiça do direito privado, justiça da tributação, justiça da saúde etc.) e o quanto, ao

7 Os exemplos que a própria Robeyns (2008, p. 344) dá de justiça parcial são os de justiça limitada à saúde, à família e ao gênero.

contrário, a ideia de uma estrutura básica da sociedade perfeitamente justa se opõe a essas respostas parciais por não permitir que a justiça de uma parte da estrutura básica da sociedade seja determinada de maneira independente das demais (SIMMONS, 2010, p. 22).[8]

Convém observar, por fim, que uma teoria da justiça circunscrita a uma área do direito também pode se limitar a servir de base para a comparação de diferentes normas ou regimes, sem enfrentar a questão de saber se algum desses é condição necessária para uma sociedade perfeitamente justa. Uma teoria nesses moldes é, pois, comparativa, e não de estado final.

Nesta seção, defendi, em suma, o seguinte: se o objeto da justiça é a estrutura básica da sociedade (e o direito uma parte dessa estrutura), então uma teoria de estado final que envolva certa área do direito como o direito privado ou é uma teoria total, isto é, que descreve a totalidade de uma estrutura básica da sociedade perfeitamente justa, ou é uma teoria parcial limitada a essa área. Como teoria parcial, entretanto, uma teoria de estado final se torna incapaz de oferecer uma descrição acurada da área da legislação em questão em uma sociedade perfeitamente justa à medida que essa descrição dependa da conformação das demais partes da estrutura básica da sociedade e, portanto, de algo que extrapola os limites da teoria. Uma teoria sobre uma área do direito pode, em contrapartida, ser comparativa, caso desconsidere o problema de uma sociedade perfeitamente justa (e do papel da área em apreço em uma sociedade como essa) e se limite a permitir a comparação entre diferentes normas ou regimes.

Se o ideal (por exemplo) de um direito privado perfeitamente justo e, mais ainda, de uma estrutura básica da sociedade (na qual se inclua o direito privado) perfeitamente justa for difícil de alcançar, a vantagem de uma teoria comparativa consiste em permitir que se avaliem propostas de reforma do direito privado em circunstâncias não ideais. Outra possível vantagem é que uma teoria comparativa dispensa inquirir sobre como seriam as instituições de uma sociedade perfeitamente justa.

• • •

8 A dificuldade a que o texto alude não é meramente a de que os princípios de um setor da estrutura básica da sociedade podem ter a sua aplicação restringida a fim de evitar a contradição com princípios de outros setores, uma dificuldade à qual Robeyns (2008, p. 349) alude com o exemplo da justiça (parcial) de gênero, cujos princípios podem ter a sua aplicação limitada em razão da tensão com o que a justiça venha a requerer em relação a crianças. Isso é verdade, mas não é tudo. Princípios de justiça parcial podem não ser suscetíveis sequer de uma definição *prima facie* sem levar em conta o modo como atualmente se conformam as demais partes da estrutura básica da sociedade. Esse pode ou não ser o caso de instituições como as do direito privado, mas, se for, o projeto da justiça parcial é posto em xeque de maneira mais séria, porque se torna um projeto destituído de sentido em vez de apenas caracterizado pela provisoriedade dos seus resultados, ou, ao menos, tão destituído de sentido quanto mais mutuamente dependentes forem as diferentes partes da estrutura básica da sociedade no que toca a atender aos requerimentos de uma sociedade perfeitamente justa.

Na próxima seção, entretanto, examino argumentos segundo os quais essa vantagem é ilusória. De acordo com esses argumentos, uma teoria comparativa até pode permitir avaliar propostas de reforma em circunstâncias não ideais, mas isso não torna dispensável uma teoria de estado final, porque tal teoria é uma condição necessária para comparações em circunstâncias não ideais. As implicações dessa afirmação seriam ainda mais impressionantes caso seja acertada a hipótese de que o projeto de uma teoria de estado final parcial confinada a uma área do direito não é viável em razão da relação de dependência entre a área em questão e as demais partes de uma estrutura básica da sociedade perfeitamente justa. Junto com a proposição de que uma teoria de estado final é condição necessária para qualquer comparação, a hipótese em questão, caso confirmada, levaria à conclusão de que não é possível comparar validamente diferentes normas em circunstâncias não ideais sem uma teoria sobre uma estrutura básica da sociedade perfeitamente justa.

## 3 Teorias de estado final e comparações: Sen e seus críticos

Sen (2006; 2009) argumenta que teorias de estado final (que ele designa como teorias transcendentais) não são nem necessárias nem suficientes para comparações sobre a justiça de diferentes estados de coisas em sociedades imperfeitas. Nesta seção, apresento e examino os argumentos de Sen, bem como algumas críticas que lhes têm sido feitas.

Começo com o ponto relativo à suficiência, o menos controvertido. Sen afirma que uma teoria de estado final não é suficiente para a realização de comparações em circunstâncias não ideais. Por que não? Pode-se cogitar que, ao descrever um estado de coisas perfeitamente justo, uma teoria proveja a base para comparações entre estados imperfeitos, os quais podem ser ordenados de acordo com a maior ou menor proximidade com um estado perfeitamente justo. Uma vez aceito esse critério de proximidade, uma teoria de estado final seria suficiente para a realização de comparações.

O critério da proximidade padece, todavia, de dois problemas: tem de possuir alguma precisão, sob pena de não se prestar a comparação alguma e (uma vez interpretado de modo a alcançar mínima precisão) tem de ser defendido. Primeiro, sobre o problema da precisão: Sen (2009, p. 16) pondera corretamente que dois estados de coisas podem ser imperfeitos porque se diferenciam do estado final em diferentes dimensões; por exemplo, em um deles a riqueza está mal distribuída, enquanto no outro uma minoria étnica é vítima de discriminação. Em tais casos, dizer qual dos dois objetos da comparação está mais próximo do ideal com base em um critério de proximidade requer alguma definição sobre como tratar "distâncias" qualitativamente diferentes.[9]

9 Convém notar que uma regra de prioridade válida para circunstâncias ideais não necessariamente implica um julgamento sobre a proximidade de estados não ideais. Veja o caso de uma teoria de estado

Outra razão, esta não mencionada por Sen, para que o critério da proximidade tenha de ser precisado é a que se refere à "dependência da trajetória" (*path dependence*). A distância em relação ao ideal deve ser avaliada com base apenas nas características de um estado de coisas imediatamente alcançável, ou também de acordo com outros estados de coisas cuja probabilidade é uma função do primeiro?[10] Para exemplificar, imagine que um estado A esteja mais próximo do ideal do que um estado B. B, no entanto, aumenta a probabilidade subsequente de um estado de coisas C, que está ainda mais próximo do ideal do que A. Ao comparar A e B segundo o critério da proximidade, devo considerar a propensão de B a dar lugar a C? Se sim, que peso devo atribuir a essa característica de B?

O segundo problema é o da defensabilidade. Será que a pergunta correta a fazer quando se trata de eleger entre dois estados de coisas não ideais é o quão próximos eles se encontram do estado ideal? Isso soa tão mais duvidoso quanto mais discrepantes do ideal os estados a comparar se mostrem e quanto mais difícil for a realização do ideal em questão. Se estamos tratando de duas sociedades grosseiramente imperfeitas, será mesmo que a estratégia correta para determinar qual dos males é o menor deve ter como referência um ideal substancialmente distinto de qualquer um dos objetos da comparação, e mesmo que esse ideal não pareça atingível a curto ou médio prazo? A resposta para essas questões pode ser afirmativa, mas, se for, não se trata de algo cuja evidência salta aos olhos e, portanto, requer argumento.

Os dois problemas recém-examinados confirmam a opinião de que uma teoria de estado final não é suficiente para a realização de comparações. No mínimo, é preciso adicionar a essa teoria um critério de proximidade com precisão suficiente para embasar comparações, bem como um argumento em defesa desse critério, como quer que seja precisado. Nenhum desses requisitos é atendido por uma teoria de estado final como tal, já que, ao se ocupar exclusivamente com a descrição de um estado de coisas perfeitamente justo, tal teoria se vê liberada da questão acerca de como mensurar a proximidade de mundos imperfeitos em relação a si ou da defesa do critério da proximidade como base para comparações.

Passemos agora à afirmação de Sen acerca da desnecessidade de uma teoria de estado final para a comparação de estados de coisas não ideais. Em relação a esse ponto, o argumento de Sen (2006, p. 222) é um tanto simples: se considerarmos que o que uma teoria de estado final descreve é o melhor em termos de justiça, dizer que uma teoria como essa

• • •

final como a de Rawls, que atribui prioridade às liberdades básicas em relação à equitativa igualdade de oportunidades (RAWLS, 1999a, p. 38). As razões para essa prioridade podem ser tais que a tornem válida apenas para as circunstâncias de uma sociedade perfeitamente justa, impedindo de afirmar que o fato de uma sociedade estar mais avançada do que outra quanto à garantia das liberdades básicas baste, por si só, para considerá-la mais próxima do ideal.

10 Para uma indagação similar, ver Simmons (2010, p. 22).

é necessária para a realização de comparações é tão verdadeiro quanto dizer que precisamos saber qual é o monte mais alto do mundo para determinar qual de outros dois montes é o mais alto. Naturalmente, não precisamos; não precisamos saber o que é o "melhor" em algo para comparar diferentes portadores do valor em questão.[11]

Examino a seguir algumas críticas feitas a Sen em relação a esse último ponto.[12] Pretendo demonstrar que as críticas falham, e que, portanto, Sen está certo também quanto à desnecessidade (e não apenas quanto à insuficiência) de uma teoria de estado final para comparações que permitam avaliar tentativas de melhora parcial. Antes, no entanto, é conveniente prevenir um mal-entendido a respeito do que Sen quer dizer. A afirmação segundo a qual uma teoria de estado final não é necessária para a comparação de estados imperfeitos pode ser confundida com a de que diferentes teorias de estado final dão lugar, em certas circunstâncias, a juízos de comparação idênticos. Deixando de lado o problema de uma teoria de estado final não ser suficiente para a realização de comparações, isso é verdadeiro, mas banal. Não precisamos, por exemplo, eleger uma entre diferentes teorias liberal-igualitárias, ou entre o liberalismo igualitário e o utilitarismo, para afirmar que um estado de coisas no qual um grande número de pessoas passa fome é inferior, em termos de justiça, a outro no qual isso não ocorre. Essa comparação pode ser feita sem a necessidade de uma teoria de estado final em particular, uma vez que, para chegar ao veredito comparativo, não é preciso eleger uma entre diferentes teorias desse gênero. A tese de Sen, contudo, não se confunde com essa constatação. O que ele diz não é que podemos resolver problemas comparativos de justiça sem ter de decidir entre teorias de estado final rivais, mas que comparações são realizáveis sem a necessidade de qualquer uma dessas teorias.[13]

• • •

11 Sen (2006, p. 223) também refuta uma outra assertiva acerca da relação entre comparações e teorias de estado final, segundo a qual as primeiras só são possíveis se permitem identificar o melhor exemplar possível daquilo que é comparado. Em tal hipótese, mesmo que uma teoria de estado final não tenha um papel epistêmico, postular a possibilidade das comparações pressuporia postular a possibilidade de uma tal teoria. A afirmação, contudo, é patentemente falsa, porque presume, injustificadamente, que comparações só são possíveis quando há um critério de ordenação completa, isto é, que torne comparáveis todos os pares de itens possíveis.

12 Note que a afirmação de Sen é quanto à desnecessidade de uma teoria de estado final para a comparação de estados de coisas imperfeitos. Isso é complemente diferente de definir teoria ideal como teoria de estado final e teoria não ideal como teoria sobre como o estado final deve ou pode ser alcançado (RAWLS, 1999b, p. 89). Entendida dessa maneira (isto é, como teoria transicional), é evidente que não pode haver teoria não ideal que não tenha uma teoria ideal como ponto de partida.

13 Boot (2012, p. 12) está certo, pois, ao dizer que o fato de certos juízos comparativos poderem se basear em diferentes teorias de estado final não implica que nenhuma teoria como essa seja necessária para a comparação. Essa ilação é, de fato, falsa, mas não me parece correto acusar Sen de realizá-la.

Uma crítica à tese da desnecessidade é a que se refere ao fato de as comparações terem de se basear em uma consideração ou "valor de cobertura" (*covering value*) (BOOT, 2012). Não posso simplesmente comparar João e Maria. Para compará-los, preciso de um valor ou critério em relação ao qual compará-los (por exemplo, honestidade, estatura, sensibilidade musical etc.). Do mesmo modo, para comparar a justiça de dois estados de coisas, necessito de um valor ou critério à base do qual a comparação se realize, valor esse que é, no caso, obviamente o próprio valor da justiça. "Justiça", no entanto, é uma base de comparação que pode ser constituída por um ou mais de um princípio e, no caso de uma pluralidade de princípios, uma descrição acurada do valor de cobertura envolve não apenas os princípios em si, mas também as relações entre eles. Por isso é que, segundo Boot (2012, p. 12), uma teoria de estado final é necessária para comparações em termos de justiça. É uma teoria como essa que daria conteúdo ao valor de cobertura dessas comparações, determinando qual ou quais são os princípios da justiça e como eles são ordenados.

Boot está certo quanto à necessidade de um valor de cobertura e, no que se refere às comparações que envolvem a justiça, também em dizer que esse valor é provavelmente complexo, isto é, constituído por uma pluralidade de princípios e pelas relações entre eles. Não segue daí, entretanto, que a comparação necessite de uma teoria de estado final. Nem toda teorização sobre os princípios da justiça e eventuais relações de prioridade corresponde a uma teoria desse gênero, porque não tem forçosamente em vista um estado de coisas perfeitamente justo. Além disso, contrariamente ao que Boot (2012, p. 10) presume, os critérios de justiça válidos para condições ideais não são necessariamente os mesmos válidos sob outras condições. As circunstâncias fáticas de sociedades imperfeitas e até mesmo a não mais do que parcial (se tanto) conformidade podem alterar o conteúdo ou as relações de peso entre os princípios de justiça.[14] A garantia de liberdades básicas, por exemplo, pode ser prioritária em relação à maximização da riqueza dos cidadãos nas circunstâncias de uma sociedade perfeitamente justa, mas não em outras circunstâncias.[15] Em suma, é correto afirmar que comparações pressuponham teorização sobre a justiça no sentido de uma

14 Não parece absurdo cogitar que A e B sejam os únicos princípios de justiça válidos para uma sociedade X justamente em razão do fato de não serem plenamente satisfeitos pela sociedade em questão, e que, com o aumento do grau de satisfação de A e B, a mesma sociedade passe então a se sujeitar aos princípios A, B e C.

15 Isso é, de fato, o que Rawls defende se entendermos que a teoria de estado final rawlsiana corresponde ao que ele designa como "concepção especial de justiça". Em condições de acentuada escassez, a prioridade das liberdades deixa de ser defendida e é suplantada pela "concepção geral de justiça", um critério geral de distribuição maximin (RAWLS, 1999a, p. 54). Admitindo-se que o ideal de sociedade perfeitamente justa de Rawls inclua entre suas presunções fáticas uma escassez apenas moderada, a concepção geral de justiça pode ser então entendida como a solução teórica de Rawls para o problema da justiça em certas sociedades imperfeitas.

definição da base sobre a qual essas comparações terão lugar, mas não que toda teorização assim implique uma teoria de estado final.

Outra crítica diz respeito ao perigo de comparações que ignorem um estado de coisas ideal (STEMPLOWSKA, 2008, p. 332; ROBEYNS, 2012, p. 160). Imagine que devamos escolher entre dois estados de coisas não ideais, A e B, e que o façamos com base em princípios de justiça válidos para sociedades imperfeitas. Se a comparação entre A e B for feita à base desses princípios, deixando de lado o ideal de uma sociedade perfeitamente justa e os princípios que a caracterizam, há o risco de que a comparação em questão favoreça uma opção que, embora superior de acordo com os princípios considerados, é menos propensa (em razão da dependência da trajetória) do que a opção preterida a levar ao estado ideal. Para não correr o risco de preferir B, uma opção superior segundo os princípios válidos para condições de injustiça, em detrimento de A, uma opção que, embora inferior a B segundo esses mesmos princípios, é mais propícia à realização do ideal de uma sociedade perfeitamente justa, é recomendável não perder de vista esse ideal na comparação de estados de coisas imperfeitos como A e B.

Há uma diferença, entretanto, entre afirmar que uma teoria de estado final é condição necessária para a comparação entre as sociedades imperfeitas A e B e afirmar que essa comparação, uma vez realizada sem ter como base uma teoria de estado final, será uma fonte duvidosa de aconselhamento para reformas sociais. A crítica sob análise corresponde à segunda afirmação, não à primeira. Porém, como diz Swift (2008, p. 374), "as questões de comparar e guiar a ação são distintas" ("the 'comparative grading' point is distinct from the 'action guiding' point"). Para que A e B sejam comparáveis sob o valor de cobertura da justiça, basta que haja um ou mais princípios de justiça de acordo com os quais seja o caso de dizer que A é melhor do que B; B é melhor do que A; ou ambos são exatamente iguais. Esses podem ser os princípios de justiça válidos para estados de coisas imperfeitos, os quais, tal como se argumentou acima, não são necessariamente os mesmos princípios válidos para circunstâncias ideais. Robeyns tem razão em dizer, todavia, que, no que concerne à questão sobre o que deve ser feito (isto é, sobre as medidas a tomar para a reforma das instituições), uma comparação entre as opções A e B feita estritamente à base dos princípios de justiça válidos para estados de coisas imperfeitos pode ser desorientadora, já que corre o risco de deixar uma sociedade mais distante, em vez de mais próxima, do estado de coisas ideal. Isso não é muito diferente de afirmar que podemos querer ter um pouco menos de justiça agora para ter um pouco mais a longo prazo. Essa crítica ressalta, pois, a importância de um ideal mais ambicioso de justiça para a ação, mas é insuficiente no que respeita a negar a possibilidade de realizar comparações em termos de "justiça imperfeita".

Vale observar ainda que, no que se refere não mais à comparação, mas à ação, isto é, ao que se deve fazer, o *trade-off* entre justiça de curto e longo prazo pode ser apenas um entre muitos. É provável que também se tenha de abrir mão de fazer o que a justiça requer em

nome de valores como a paz ou os direitos humanos. O mero fato, porém, de que, em nome da paz, acabe-se concluindo que é A e não B que deve ser feito não é em absoluto incompatível com afirmar que A e B são comparáveis em termos de justiça e que, em termos de justiça, B é melhor do que A.

É de indagar, por fim, o quanto considerações de justiça perfeita são, de fato, propensas a determinar a ação e, ao fazê-lo, contrariar recomendações baseadas em comparações feitas segundo os princípios de justiça válidos para estados de coisas imperfeitos. Com que frequência será de dizer que, embora B seja mais justo do que A, de acordo com os princípios válidos para as presentes circunstâncias, deve-se fazer A em nome da realização da perfeita justiça? Contra uma afirmação como essa há não apenas a indesejabilidade de seguir um caminho menos justo agora, como também o caráter probabilístico da afirmação segundo a qual abrir mão da justiça a curto prazo levará a um estado de coisas perfeitamente justo logo adiante. Nas circunstâncias de sociedades imperfeitas, pode ser difícil afirmar com muita margem de segurança qual de duas medidas é a mais propensa a conduzir a uma situação de perfeita justiça no futuro. É possível, pois, que, além de não ser necessária às comparações em termos de justiça, uma teoria de estado final tenha pouco peso nas deliberações sobre o que fazer em circunstâncias imperfeitas, em razão da incerteza sobre os efeitos mais remotos das medidas cogitadas.

## 4 Teorias de estado final e injustiça (atual) do direito privado

Na seção anterior, defendi as afirmações de Sen (2006; 2009) acerca da insuficiência e desnecessidade de uma teoria ideal (no sentido de teoria de estado final) para comparações entre estados de coisas imperfeitos. Significa isso que devemos renunciar as teorias da justiça de estado final quando se tratar de avaliar propostas de reforma de uma certa área da legislação, como o direito privado? A resposta é não. Nesta seção, procuro explicar por que, embora nem suficiente nem necessária para comparações, uma teoria ideal pode ser útil para a avaliação de propostas de reforma.

Uma primeira razão pela qual alguém interessado em avaliar propostas de reforma da legislação não deve desprezar teorias da justiça de estado final é que essas teorias permitem dizer se (e, se não, por que) a sociedade em questão é perfeitamente justa. São condições suficientes para rejeitar tentativas de reforma que apelam para a justiça de que o *status quo* seja perfeitamente justo e a reforma defendida, caso levada a cabo, ponha em risco a preservação desse estado de coisas.

Segundo, uma teoria de estado final também é útil para comparações à medida que os princípios de justiça válidos para um estado de coisas perfeitamente justo também sejam válidos para as condições não ideais sob as quais as comparações têm lugar, ou se os princípios válidos para essas comparações podem ser ao menos em parte deduzidos dos princípios válidos para a situação ideal. Se, de um lado, os princípios de justiça válidos para sociedades

imperfeitas não são necessariamente os mesmos de sociedades perfeitas, tampouco há, por outro lado, razão para descartar de antemão a hipótese de que esses princípios no todo ou em parte coincidam ou, ao menos, estejam relacionados o suficiente para que a reflexão acerca de uns seja epistemicamente útil em relação aos outros. Uma estratégia seria tomarmos como ponto de partida os princípios característicos de sociedades perfeitamente justas para então tentar determinar se, e com que modificações necessárias, esses princípios seguem tendo validade em condições de injustiça. Em outro possível cenário, o sentido da investigação se inverte, isto é, parte-se dos princípios válidos para condições não ideais para então indagar quais deles permaneceriam válidos em condições ideais. Não há, à primeira vista, razão de ordem metodológica para rejeitar seja o movimento "de cima para baixo" (isto é, do ideal para o não ideal), seja o contrário, embora a predileção por teorias de estado final na filosofia contemporânea facilite seguir a primeira opção.[16] O importante, em todo o caso, é que o fato de teorias de estado final não serem nem necessárias nem suficientes para a comparação de estados de coisas imperfeitos não é, por si só, razão para que essas teorias sejam consideradas irrelevantes para o julgamento de propostas de reforma em circunstâncias não ideais.[17]

Admitindo-se que uma teoria de estado final seja útil para avaliar propostas de reforma da legislação porque pode ajudar a determinar os princípios de justiça válidos para a comparação entre sociedades imperfeitas, a teoria em questão é uma teoria restrita à área da legislação em questão ou (no caso em que o objeto da justiça seja mais amplo) ou é uma teoria total da sociedade justa? Se há uma relação entre os princípios de justiça válidos para sociedades ideais e não ideais (de tal maneira que se possa partir de uns para chegar aos outros), então quem quer que se disponha a determinar os princípios a aplicar sob condições de injustiça com base na descrição de uma sociedade perfeitamente justa deve se preocupar em ter como referência a descrição mais acurada possível de uma sociedade assim. Em consequência, entre um ideal de justiça total e ideais de justiça parcial, é o primeiro que deve ser preferido, tendo em vista a possibilidade de que a justiça para uma determinada área varie em função do que se verifica nas demais. À medida, pois, que se queira recorrer a uma teoria de estado final para chegar aos princípios que devem servir de base

16 Um exemplo proeminente da estratégia "de cima para baixo" é Dworkin (2000, p. 162-180), que primeiro descreve uma situação ideal de distribuição de recursos para, a seguir, propor uma teoria da melhora para sociedades imperfeitas.

17 O texto acima argumenta acerca da importância de teoria de estado final para comparações que sirvam como base para a avaliação de mudanças em sociedades imperfeitas. Isso, porém, não é tudo. Como afirma Robeyns (2012, p. 160), além de guiar a ação, uma teoria de estado final pode atender ao interesse estritamente cognitivo de determinar se e o quanto as sociedades em que vivemos discrepam de uma sociedade perfeitamente justa.

para avaliar propostas de alteração de uma área do direito, é preferível ter como referência uma teoria total, isto é, compreensiva de todo o objeto da justiça, e não restrita à área em questão.

## Conclusão

Neste artigo, tratei da importância do contraste entre teoria ideal teoria não ideal de justiça para a avaliação de propostas de alteração pontual da legislação. Dispensei especial atenção a uma das várias acepções da distinção, segundo a qual, enquanto uma teoria ideal corresponde a uma teoria de estado final, uma teoria não ideal é limitada à comparação de estados de coisas imperfeitos.

Defendi a afirmação de Sen (2006; 2009) de que uma teoria de estado final não é nem suficiente nem necessária para a comparação entre estados de coisas não perfeitamente justos. Em relação à segunda parte da afirmação, a mais controvertida, argumentei que, embora a comparação de estados de coisas imperfeitos com base na justiça requeira, inegavelmente, uma teorização sobre princípios da justiça, esses princípios não são necessariamente os mesmos válidos para circunstâncias ideais de plena realização da justiça. O fato, além disso, de que reformas que não tenham em vista uma teoria de estado final corram o risco de afastar uma sociedade do ideal da perfeita justiça não contradiz a afirmação de que é possível comparar estados de coisas apenas com base nos princípios de justiça válidos para sociedades atuais imperfeitas. Ao decidir sobre o que fazer, pode ser preciso eventualmente escolher entre mais justiça agora e mais justiça depois, isto é, entre o estado de coisas mais justo de acordo com os princípios válidos para as circunstâncias atuais e o mais propenso a conduzir a uma situação de perfeita justiça no futuro.

Nada disso, entretanto, faz com que uma teoria de estado final seja irrelevante de um modo geral e, no que respeita à indagação inicial do trabalho, irrelevante para avaliar propostas de reforma pontual. Uma primeira razão pela qual uma teoria ideal (entendida como teoria de estado final) não deve ser desprezada é que ela pode levar à conclusão de que certas sociedades já são perfeitamente justas, autorizando, assim, o rechaço a tentativas de modificação do *status quo*. É possível, também, que haja uma suficiente afinidade entre os princípios de justiça de sociedades ideais e não ideais para que a discussão sobre os primeiros seja útil para a descoberta dos segundos. No entanto, à medida que uma teoria de estado final constitua um ponto de partida promissor para a definição dos princípios de justiça com base nos quais propostas de reforma devem ser avaliadas, é preferível que a teoria em questão seja uma teoria total, isto é, compreensiva de todo o objeto da justiça, em vez de restrita a uma certa área do direito.

**NOTA DE AGRADECIMENTO**

*O autor agradece a um(a) parecerista anônimo(a) pelos comentários e sugestões valiosas, inclusive quanto ao escopo do artigo, bem como à Revista Direito GV pelo eficiente trabalho de revisão e edição.*

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOOT, M. The Aim of a Theory of Justice. *Ethical Theory and Moral Practice, 15*, 2012, p. 7-21.

DWORKIN, R. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

KORDANA, K.; TABACHNICK, D. H. On Belling the Cat: Rawls and Tort as Corrective Justice. *Virginia Law Review, 92(7)*, 2006, p. 1.279-1.310.

HAMLIN, A.; STEMPLOWSKA, Z. Theory, Ideal Theory and the Theory of Ideals. *Political Studies Review, 10*, 2012, p. 48-62.

RAWLS, J. *A Theory of Justice* (ed. rev.). Cambridge: Belknap Press, 1999a.

_____. *The Law of Peoples*. Cambridge: Harvard University Press, 1999b.

RIPSTEIN, A. The Division of Responsibility and the Law of Tort. *Fordham Law Review, 72(5)*, 2004, p. 1.811-1.844.

ROBEYNS, I. Ideal Theory in Theory and Practice. *Social Theory and Practice, 34(3)*, 2008, p. 341-362.

_____. Are Transcendental Theories of Justice Redundant? *Journal of Economic Methodology, 19(2)*, 2012, p. 159-163.

SIMMONS, A. J. Ideal and Non-ideal Theory. *Philosophy & Public Affairs, 38(1)*, 2010, p. 5-36.

SEN, A. What Do We Want from a Theory of Justice? *Journal of Philosophy, 103(5)*, 2006, p. 215-238.

_____. *The Idea of Justice*. Cambridge: Belknap Press, 2009.

STEMPLOWSKA, Z. What's Ideal About Ideal Theory? *Social Theory and Practice, 34(3)*, 2008, p. 319-340.

SWIFT, A. The Value of Philosophy in Non-ideal Circumstances. *Social Theory and Practice, 34(3)*, 2008, p. 363-387.

VALENTINI, L. Ideal Vs. Non-ideal Theory: A Conceptual Map. *Philosophy Compass, 7(9)*, 2012, p. 654-664.

*Leandro Martins Zanitelli*

Professor Adjunto da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais.

*leandrozanitelli@gmail.com*

V. 12 N. 2
MAI-AGO 2016

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 02.06.2014
Aprovado: 23.03.2016

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201616

# As diferentes tradições jurídicas: comentários ao projeto de Delmas-Marty sobre internacionalização do direito na América Latina

*DIFFERENT LEGAL TRADITIONS: COMMENTS ABOUT DELMAS-MARTY'S RESEARCH PROJECT ON INTERNATIONALIZATION OF LAW IN LATIN AMERICA*

*Luiz Eduardo Abreu*[1]

**Resumo**
O objetivo deste artigo é discutir a relação entre o direito internacional e as tradições jurídicas locais de países como o Brasil. Para tanto, o artigo discute a metodologia do projeto de pesquisa da professora Delmas-Marty, do Collège de France, chamado "Les figures de l'internationalisation du droit – Amérique Latine", no qual vários pesquisadores brasileiros participaram. Propõe-se entender o direito internacional e os direitos nacionais como formas diferentes de linguagem.

**Palavras-chave**
Tradições jurídicas; linguagem; internacionalização do direito.

***Abstract***
*This article aim is to discuss the relationship between international law and third world law traditions, such as Brazilian's one. In order to do so, it addresses the methodological issues from Delmas Marty's research project, called "Les figures de l'internationalisation du droit – Amérique Latine", in which several Brazilian researchers participated. The article proposes to understand International and Brazilian Law as different forms of language.*

***Keywords***
*Law traditions; language; internationalization of law.*

**1** Universidade de Brasília
Brasília - DF - Brasil

CC BY-NC

## Introdução

O presente texto dialoga com o projeto "Les figures de l'internationalisation du droit – Amérique Latine" [As figuras da internacionalização do direito – América Latina], da professora Mireille Delmas-Marty, desenvolvido no âmbito da cátedra Estudos Jurídicos Comparados e Internacionalização do Direito do Collège de France.[1] Ele é, portanto, fruto do ambiente europeu, onde a criação de mecanismos e um direito comunitário é uma experiência, até onde conhecemos, inédita no mundo contemporâneo. Mesmo a França, cuja corte constitucional resistia, até um passado mais recente, à influência do direito comunitário, tem cada vez mais se lhe aproximado na sua prática judiciária (DELMAS-MARTY, 2004). Dito de outro jeito, o projeto responde a preocupações consolidadas da experiência contemporânea francesa, fruto já de algo que permanece, resiste à passagem do tempo. Nada semelhante existe hoje na América Latina, onde o Mercosul (como seus primos menos badalados: Aladi, Alca e Unasul, para ficarmos na América Latina) é, em grande parte, e em nossa opinião, um esforço de voluntarismo governamental. O projeto, claro, tem plena consciência das diferenças entre o caso europeu e outros processos de integração internacional, e seu propósito é justamente coletar dados que permitam comparações mais abrangentes com outras regiões (como, além da Comunidade Europeia, a China e o seu entorno).

Em nossa opinião, "As figuras da internacionalização do direito" é tão urgente quanto necessário para o saber jurídico contemporâneo. Às fórmulas, às justificativas, aos fundamentos do direito internacional parece faltar algo vital: ele está aquém de suas promessas de resolução de conflitos; e, ainda menos, de justiça e equidade. Digamos, para usar uma fórmula mais visceral, que o mundo mudou mais rapidamente que nossa capacidade de dizer coisas significativas a seu respeito. O projeto da professora Delmas-Marty se dirige às preocupações suscitadas pelas mudanças – inesperadas, diga-se – do contexto internacional contemporâneo. E o saber jurídico, por conta das suas características próprias, é particularmente afetado por elas. Face às perplexidades dos tempos atuais, o projeto se volta para a empiria, ao invés da abstração sem fronteiras, onde as justificativas circulam entre si, tão comum a muitos juristas. Mas isso não significa que o projeto se limite à descrição de um estado de coisas. Ao contrário, é uma reflexão "filosófica" que faz uso do concreto para avançar, para encontrar na ruptura, que este novo mundo propõe, bases sólidas sobre as quais erigir fundamentos mais apropriados ao nosso tempo. Em outros termos, o projeto resta incompreensível se não percebemos que ele se desenvolve no plano reflexivo no qual o direito pensa a si próprio.

Este artigo, originalmente, foi pensado como um comentário à metodologia do projeto, quer dizer, como a tentativa de estabelecer um diálogo entre um estrangeiro ao campo jurídico brasileiro, um antropólogo, e o olhar que o projeto da professora Delmas-Marty

1 Uma versão inicial do texto foi apresentada numa jornada de estudos no *Collège de France* e num colóquio na FGV em São Paulo. Agradeço aos participantes dos eventos por suas contribuições e comentários.

representava. Mas, conforme caminha o argumento, ele encontra sua identidade mais profunda e se dirige à seguinte questão: como pensar a relação do direito internacional no mundo globalizado contemporâneo com os direitos nacionais periféricos – como no nosso caso? Como podemos formulá-la de maneira a encontrar um campo mais amplo, uma base sólida onde um, da perspectiva do direito, "estrangeiro" pode dialogar com o saber jurídico?

Eis a fórmula da nossa exposição: a próxima seção examina duas ideias que estão na fundamentação do projeto e a relação delas com o campo jurídico brasileiro; em seguida, passar-se-á a discorrer sobre as implicações da metodologia adotada pelo projeto, para, depois, examinar em que medida o direito poderia ser pensado como uma linguagem (para aquilo que nos interessa, bem entendido); e, na última seção, se a relação entre o direito internacional e o direito brasileiro poderia ser vista como uma relação entre linguagens diferentes. O projeto, seus supostos, desdobramentos e a relação do direito internacional com o direito brasileiro passam a ser, então, espaços de uma comparação entre direitos como linguagens diferentes que nos permitam, talvez, recuperar a diferença e as especificidades societárias num saber que, justamente, nega sua existência.

## 1 Duas ideias

As questões colocadas pelo projeto aqui analisado questionam as convicções mais profundas dos juristas brasileiros. Não nos referimos aos juristas participantes do projeto, que representam exceções frente à mentalidade coletiva, mas ao que o direito brasileiro exprime como sua identidade – discurso incorporado nos textos mais dogmáticos (no Brasil, isso significa "técnicos"), exemplo dos manuais jurídicos e até de alguns textos científicos. A "empiria" é, para estes, um detalhe distante das preocupações verdadeiramente centrais do pensamento jurídico: importante mesmo seriam os quadros de organização lógica que se encontrariam, de acordo com os juristas, para além das incoerências e das contradições do sistema normativo pensadas como superficiais e secundárias. Além disso, a maneira pela qual o direito brasileiro se relaciona com o direito dos outros países da América do Sul é ignorar-lhes as especificidades (uma mentalidade que não é exclusiva do direito). Ele reconhece diferenças, na medida em que as normas são diferentes; mas, para ele, é difícil perceber a diversidade de visões do mundo, a pluralidade "cultural" que o projeto sobre a internacionalização do direito supõe.

Para um antropólogo, duas ideias, na base do projeto, são particularmente interessantes: o "pluralismo ordenado" e a "margem nacional de apreciação". As duas ideias põem em questão a organização lógica do edifício normativo que, de um ponto de vista jurídico, supõe um quadro hierarquizado, à Kelsen. Nas palavras de Delmas-Marty (2005):

> Acostumados como somos [os juristas] a pensar a geração das normas de acordo com um princípio hierárquico, pensamos que o ajustamento e a regulação são uma única operação de integração de uma norma internacional por parte do receptor nacional.

Ou seja, elas decorrem de uma constatação, no fundo, empírica: as complexidades do processo de internacionalização mostram a pluralidade das formas através das quais as ordens jurídicas nacionais influenciam o direito internacional e as ordens jurídicas de outros países; a variabilidade do tempo de integração entre os países e num mesmo país; e a variabilidade da recepção do direito internacional pelos direitos nacionais. Em outras palavras, as normas internacionais são internalizadas pelos direitos nacionais de maneira bem diferente do que a percepção hierárquica do direito permitira supor. O projeto "As figuras da internacionalização do direito" substitui o princípio hierárquico pela ideia de que os diversos países têm "uma margem nacional de apreciação" que lhes permite uma latitude inesperada. O "pluralismo ordenado", por sua vez, é a sobreposição, talvez a convivência, de todas as margens nacionais. Num outro plano, o "pluralismo ordenado" e a "margem nacional de apreciação" significam uma ruptura com o pensamento jurídico "tradicional" e, simultaneamente, a necessidade de reter alguns princípios deste sem os quais o direito seria inadmissível para nossa mentalidade ocidental. É a substituição de uma visão hierárquica por outra na qual algo da organização da primeira sobrevive.

Há alguma semelhança, um certo "ar de família" entre a intuição mais profunda da qual partem as ideias de "pluralismo ordenado" e de "margem nacional de apreciação" e a maneira pela qual, desde 2003, vimos examinando o direito brasileiro. Partimos do princípio sociológico segundo o qual um fenômeno social só faz sentido a partir do contexto social do qual faz parte e, particularmente, têm nos interessado as especificidades locais do direito e do judiciário. Baseando-nos no nosso trabalho etnográfico do campo jurídico brasileiro, não conseguimos escapar à conclusão de que, para relacionar o direito brasileiro com seu contexto, é preciso pensá-lo como uma tradição jurídica própria e particular. E isso é exatamente o contrário daquilo que o direito brasileiro, no seu sentido comum teórico (para utilizar o termo cunhado por WARAT, 1988), diz dele mesmo: direito brasileiro se afirma como sendo parte da grande tradição jurídica que resulta do direito romano, mais precisamente de Roma, uma tradição homogênea, sem interstício ou ruptura, afirmação evidentemente falsa (vide BERMAN, 1983). Voltaremos ao assunto na parte final deste texto.

No fundo, o presente artigo propõe-se falar do projeto "As figuras da internacionalização do direito" a patir de outro saber que, num certo sentido, se coloca nas antípodas do direito. Navegamos em águas turbulentas. É preciso reconhecer entre o direito e uma etnografia do campo jurídico o tipo de diferenças que Kuhn denominou "incomensurabilidade", palavra mais repetida do que entendida (KUHN, 1996). Esta, simplesmente, tem um sentido matemático: a ausência de uma medida comum capaz de fazer julgar a verdade de um saber em relação a outro. A polêmica começa quando se retiram daí implicações hermenêuticas: "incomensurabilidade" significa a impossibilidade seja da tradução, seja do diálogo (para um comentário do debate, ver BERNSTEIN, 1983)? O debate nos interessa porque permite reconhecer, no percurso deste texto, uma decisão: preferimos o partido mais otimista segundo o qual a incomensurabilidade não implica na impossibilidade do diálogo, mas

estabelece limites e impõe certos cuidados metodológicos. Dessa perspectiva, nós vamos considerar nossa perplexidade face a algumas propostas do projeto como sendo um sinal de que estamos diante da alteridade, de uma outra visão do mundo. E há, para tanto, um bom motivo: o objetivo do estudo não é fazer o exercício da crítica fundada em valores heterogêneos, uma crítica cujo fim é mais reafirmar a veracidade de seu próprio saber. Pelo contrário, a questão é, sobretudo, descobrir em que termos se pode estabelecer, no âmbito do projeto acima, uma conversa entre a antropologia e o direito. Mas, para tanto, precisaremos, primeiro, examinar os supostos metodológicos do projeto, quer dizer, a maneira a partir da qual seus participantes organizam os dados empíricos. O objetivo é compará-la com a maneira pela qual as ciências sociais em geral lidam com seus dados. É o que faremos a seguir.

## 2 A teoria e o preenchimento das tabelas

A metodologia do projeto requer, em primeiro lugar, o preenchimento de duas tabelas (reproduzidas abaixo): uma sobre os atores e a outra sobre os fatores. Nas linhas da primeira, encontram-se os diferentes tipos de atores (públicos, científicos e privados) e, em cada um deles, três níveis: mundial, regional e local. Nas colunas, três tipos de funções: "a elaboração das normas", "a aplicação das normas" e "o controle"; cada uma delas é, na sua vez, dividida nos mesmos três níveis acima. A tabela relativa aos fatores é mais simples: é dividida, no plano horizontal, em "eventos" e podemos colocar aí qualquer número; no plano vertical, "as consequências" divididas nos três níveis que já conhecemos. Assim teríamos:

TABELA 1 – **Atores e respectivas funções**

| ATORES | | FUNÇÕES (EM RELAÇÃO ÀS NORMAS) | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | | ELABORAÇÃO | | | APLICAÇÃO | | | CONTROLE | | |
| | | MUND | REG | NAC | MUND | REG | NAC | MUND | REG | NAC |
| PÚBLICOS | MUND | | | | | | | | | |
| | REG | | | | | | | | | |
| | NAC | | | | | | | | | |
| CIENTÍFICOS | MUND | | | | | | | | | |
| | REG | | | | | | | | | |
| | NAC | | | | | | | | | |

| | | | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| PRIVADOS | MUND | | | | | | | | | |
| | REG | | | | | | | | | |
| | NAC | | | | | | | | | |

Fonte: Documentos internos do projeto.

TABELA 2 – **FATORES**

| | CONSEQUÊNCIAS | | |
|---|---|---|---|
| EVENTOS | MUNDIAL | REGIONAL | NACIONAL |
| EVENTO 1 | | | |
| EVENTO 2 | | | |
| [...] | | | |
| EVENTO N | | | |

Fonte: Documentos internos do projeto.

No entanto, da perspectiva de um antropólogo, a simplicidade das tabelas é profundamente enganosa. Para começar, a ideia de "metodologia" usada nas ciências sociais não se resume ao preenchimento dos dois quadros. Apesar de sua importância, as tabelas são ferramentas que servem para organizar os dados e sugerir relações significativas. São usadas na ciência política, na sociologia, na política pública e, até mesmo, na antropologia. Malinowski, por exemplo, sugeria aos seus estudantes que organizassem os resultados da pesquisa etnográfica no que ele chamava de "quadro sinótico" (RICHARDS, 1964). Para nós, cientistas sociais, as tabelas representam um passo intermediário do uso de certas ideias teóricas num conjunto de fenômenos. Portanto, nossa investigação metodológica se desenrola num outro plano. Qual o quadro teórico em que os juristas se baseiam para preencherem as tabelas? O que lhes dá sentido? Essas perguntas, como veremos, se desdobram numa outra: o que as tabelas supõem e aceitam como sendo "evidente"?

Para preencher as tabelas, é preciso circunscrever o tema da pesquisa a um assunto: "lavagem de dinheiro", "corrupção", "direitos da criança"; é também desejável delimitar a

pesquisa geograficamente, para colocar em primeiro plano os mecanismos institucionais que talvez não existam alhures. No entanto, em alguns temas, uma delimitação por demais restrita pode impedir o preenchimento das tabelas; se, por exemplo, não há nenhum mecanismo propriamente regional, mas este simplesmente reproduz ou usa mecanismos globais, como parece ser o caso, na América Latina, da propriedade intelectual. Etnograficamente, o que se percebe é um notável consenso, no sentido de que não é difícil, para os juristas, entrar em acordo a respeito das categorias de atores que serão usados. Como pudemos observar, para eles, a tabela sobre os atores não coloca questões mais profundas; para completá-la, são necessárias ideias intuitivas. Eles podem discordar se um ator seria melhor classificado como "privado" ou "público", se sua influência seria regional ou local; mas eles raramente duvidam ou disputam a importância dos próprios atores. O fato notável é que estes não são indivíduos, mas posições institucionais, categorias profissionais ou instituições. Para nomeá-las, o critério empregado é sua "influência" sobre as três funções da tabela que são – não custa enfatizar – "movimentos" de vários mecanismos, públicos ou privados dotados de um caráter coletivo. O mesmo critério se reproduz na tabela relativa aos fatores. Os eventos e suas consequências são pensados como fatos jurídicos. Em uma palavra, os critérios são baseados no plano institucional.

A questão que nos interessa é, talvez, muito simples e evidente para os juristas, mas não para o antropólogo: como será que se podem discernir as relações de causa e efeito que as duas tabelas supõem? Em que bases pode-se afirmar que a ação de tal ou tal ator exerce uma influência ou provoca um movimento sobre os outros? As relações de causa e efeito precisam, nas ciências sociais, de suposições metodológicas muito fortes, quer dizer, de uma teoria. Para desenvolver nosso argumento, iremos descrever a maneira pela qual um jurista preencheria os quadros. Para tanto vamos utilizar nossas observações sobre os outros participantes do projeto. A descrição não corresponde a um participante em particular, mas sugere um tipo, formulado a partir da média dos sujeitos concretos (sobre a utilização de tipos, vide WEBER, 1978, p. 4). A pretensão é que o nosso retrato seja razoável, e utilizamos "razoável" para explicitar que a sua condição de "verdade" reside na sua capacidade em ser reconhecido pelos mesmos personagens que ele pretende descrever, de ter um sentido para eles.

Nosso protagonista trabalha sistematicamente neste assunto há alguns anos. Ele tem uma formação intelectual sólida, um doutorado, e participou dos eventos cujos desdobramentos fazem parte de sua pesquisa. Vamos imaginar que ele conseguiu circunscrever os dados e começa a preencher as tabelas. Ele emprega sua própria experiência, os documentos oficiais e os processos que ele já conhece (nos quais tenha talvez trabalhado profissionalmente) ou que descobriu ao longo de suas pesquisas; ele usa também as discussões de ordem teórica e prática sobre o assunto das quais, talvez, tenha participado; isso inclui reuniões científicas ou institucionais e, às vezes, declarações de personagens importantes, debates no parlamento e até notícias dos jornais. As possibilidades acima lhe dão suas observações,

digamos, "empíricas". Para ele, não é difícil discernir os atores e os fatos jurídicos que, ele acredita, devem fazer parte da tabela. Ele se debruça na pertinência de certas consequências, a natureza da influência de um ator ou os refinamentos que as tabelas lhe sugerem, mas a marcha da sua pesquisa não sofre outras adversidades. Apesar de sua simplicidade, nossa descrição nos ajuda a propor a hipótese segundo a qual, ao contrário das ciências sociais, o plano institucional substitui a necessidade de uma teoria que estabelecesse relações de causa e efeito ou, simplesmente, de influência pela experiência de alguém que participa dele. Em outras palavras, a teoria já se faz presente na prática e no funcionamento das instituições.

Assim, o estatuto de cada corte internacional estabelece a lista daqueles (pessoas ou lugares institucionais) com legitimidade para iniciar um procedimento judicial; e os mecanismos que uma das partes pode usar para obter o auxílio de um especialista, além de outros instrumentos, tais como o *amicus curie*, que permite a uma terceira parte se declarar interessada pelo litígio. Nosso pesquisador usa a mesma abordagem para outros órgãos multilaterais. Então, ele pode, examinando o material "empírico", chegar aos nomes das instituições ou dos indivíduos que, efetivamente, iniciaram procedimentos judiciais, verificar se os argumentos usados num caso qualquer evocam atores que não foram nomeados explicitamente ou, prospectando seus desdobramentos possíveis, estabelecer hipóteses a respeito do risco jurídico para outros que podem, eles também, ser atores possíveis. Se, por uma razão qualquer, as informações "empíricas" lhe faltarem, ele pode, usando as normas jurídicas e seus desdobramentos, inclusive aquelas que regulam o funcionamento das instituições, chegar a conclusões parecidas. Isso não quer dizer que ele possa fazer a economia da "empiria" tal como a concebemos; apesar da possibilidade de estabelecer hipóteses razoáveis a partir das normas, a prática judiciária lhe mostra que o uso, quer dizer, a interpretação das regras, pode seguir os caminhos mais surpreendentes. Além disso, os casos não são somente julgados. Alguns têm uma repercussão pública cujas consequências ou as possibilidades são objeto de um debate institucional ou especializado, e os personagens que participam deles podem ser considerados atores, à medida que sua opinião tem repercussões no que dizem os outros atores e até em movimentos institucionais. A descrição acima nos permite chegar a duas conclusões: primeiro, nosso protagonista vê sua tarefa como sendo a aplicação das regras próprias do campo jurídico; depois, existe um, digamos, "campo de argumentação" cuja compreensão lhe é necessária. Seria possível fazer a redução da primeira conclusão à segunda? Poderíamos considerar a aplicação dos instrumentos jurídicos como sendo um diálogo entre os atores?

## 3 Uma linguagem para falar

No fundo, a questão é saber se o direito "em movimento" pode ser pensado como uma forma de linguagem. Ninguém, hoje, se oporia, visto que vários autores importantes para o direito utilizam os instrumentos da linguagem para pensar o direito (por exemplo, DWORKIN,

1986; HABERMAS, 1996). A questão, então, é, com mais propriedade, saber quais seriam as vantagens de caminhar por aí, isto é, o que o direito como linguagem nos permite enunciar sobre o nosso assunto. E essa questão, por sua vez, nos coloca diante do seguinte problema: será que poderíamos considerar os acordos e os tratados por um lado, os procedimentos contenciosos nos órgãos internacionais e o "campo de argumentação" por outro como sendo duas partes de uma mesma linguagem? Apesar de suas semelhanças, eles têm entre si diferenças importantes das quais não podemos fazer a economia sob o risco de tomar, com relação à empiria, liberdades inesperadas e, por vezes, desrespeitosas. Entrementes, devemos reconhecer que há algo que os une, que os dois planos têm entre si, de uma maneira que ainda não somos capazes de enunciar, uma relação talvez necessária.

Uma observação atenta nos mostraria que o direito e o "campo de argumentação" compartilham, no mínimo, uma ruptura semelhante face às linguagens ordinárias – o que não é difícil de perceber. Na linguagem, digamos "internacional", os países, os Estados e as entidades coletivas têm opiniões, dizem coisas, votam e, às vezes, vão à guerra, assinam a paz e acordos, festejam tratados. Mais recentemente, as ações dos países têm a obrigação de serem justificadas perante à "comunidade internacional" empregando argumentos jurídicos, mesmo aquelas cuja justificativa, antes, mencionava tão somente as razões de Estado (JOHNSTONE, 2003); mais ainda, o discurso dos atores emprega argumentos baseados em valores "universais": a autodeterminação dos povos, os direitos dos homens, a liberdade, o desenvolvimento econômico, entre outros. O direito internacional incorpora esses valores universais: eles servem sua justificação, sua razão de ser, e sua função é vigiá-los. No plano internacional, os atores têm o cuidado de pesar, tanto quanto possível, os efeitos perlocucionários de suas elocuções (AUSTIN, 1975, para o conceito de perlocucionário). Isso pode se revestir de formas muito distintas de acordo com o tipo e a posição de um ator particular: uma ONG, cuja missão institucional é proteger o meio ambiente, não tem a mesma estratégia discursiva de um país emergente. As estratégias variam da expressão cujo objetivo é não se comprometer ou se colocar numa situação delicada, até aquela de exortar os outros atores a se pôr em movimento ou tomar certa atitude. Nessa curta enumeração, não relatamos nem as atividades que acontecem nos bastidores do poder, nem as regras da linguagem deste último, nem os procedimentos próprios do contencioso internacional. Em uma palavra, os jogos de linguagem do direito ou deste "campo de argumentação" pertencem a contextos tão distantes das linguagens ordinárias que se tem a certeza de que as mesmas palavras podem significar, naqueles, coisas bem diferentes do que significam nos últimos.

A dificuldade é saber se a semelhança do seu estranhamento, seu distanciamento das linguagens ordinárias indica afinidades mais profundas. Com efeito, a despeito de seu caráter superficial, nossa descrição já aponta para algumas afinidades possíveis. Para começar, é preciso reconhecer que uma não sobrevive sem a outra. O direito internacional somente existe em função do contexto no qual os países têm vontades e interesses, dizem coisas e tomam partido,

em que as entidades coletivas são encarnadas em pessoas particulares.[2] No mesmo sentido, as relações internacionais apoiam-se, cada vez mais, no direito internacional, o que tem como resultado uma, diríamos, densificação normativa (DELMAS-MARTY, 2004, 2006). Depois, há, se não uma certa homogeneização entre o discurso e o direito, pelo menos, uma familiaridade nos valores que eles invocam, os valores que, por sua vez, supõem a ideia reguladora, quase limítrofe, segundo a qual existiria uma comunidade entre todos os países e as pessoas. Por fim, o contexto no qual a ação dos atores tem um sentido mistura as duas ordens de forma que sua separação analítica, em alguns casos, permanece exclusivamente teórica; eles se combinam dependendo das circunstâncias de uma forma tão inconstante que sua ligação não é dada para sempre em função de uma regra invariável. Em alguns contextos, o direito desenvolve o papel que se é associado à norma: a imposição dos limites e a estabilização das expectativas a respeito do comportamento de outrem; em outros casos, é uma ferramenta, algo usado para conquistar objetivos ou para realizar interesses. Pode ser usado para impor aos mais fracos uma vontade alheia ou para defendê-los. O direito legitima quando empregado para negociar vantagens; é, em certos casos, uma base comum para um acordo, seja para ratificar a norma, seja para violá-la. Fala-se dele como um cínico ou como um crente; o direito nos obriga ou nos liberta. As possibilidades acima carecem de uma mesma característica que poderia ser dita como sendo a essência da relação entre o direito e o que se diz no nível das relações internacionais. Os acontecimentos são, sem dúvida, ligados por uma rede de semelhanças, de tal forma que poderíamos dizer, à Wittgenstein, que eles têm entre si um certo "ar de família", pois a imagem que eles evocam é aquela das semelhanças que encontramos entre parentes (WITTGENSTEIN, 2001, parágrafos 66-67).

Uma outra imagem do mesmo autor pode nos ajudar: a linguagem, diz Wittgenstein, pode ser vista como uma cidade construída em épocas diferentes, o centro de ruas sinuosas traçadas pelo acaso do tempo com construções de estilos variados, casas antigas nas quais se sobrepõem reformas feitas em tempos diferentes; em torno do centro, bairros modernos, com ruas largas, distribuídas segundo um plano cartesiano, e casas contemporâneas; ao lado destes, bairros em labirintos, feitos para evitar o passeio de pedestres desconhecidos.[3] Se

2 Pode se reconhecer que há diferentes "direitos internacionais" e não somente um único, sabendo que eles interessam a mesma coisa a partir de diferentes abordagens e, ao contrário, que uma mesma coisa não significa o mesmo percurso. Ver a demonstração em Hermitte (1998). Reconhecemos que uma análise detalhada das diferenças poderia mudar substancialmente a discussão. Consequentemente, somos obrigados a reconhecer o caráter provisório de nossas conclusões.

3 A imagem reproduz livremente o original: "Unsere Sprache kann man ansehen als eine alte Stadt: Ein Gewinkelt von Gässchen und Plätzen, alten und neuen Häusern mit Zubauten aus verschiedenen Zeiten; und dies umgeben von einer Menge neuer Vororte mit geraden und regelmäßigen Straßen und mit einförmigen Häusern" (WITTGENSTEIN, 2001, parágrafo 18).

considerarmos a linguagem "internacional" como sendo uma tal cidade (não é necessário ser mais preciso), saber se o direito e o "campo de argumentação" pertencem a uma mesma linguagem, a despeito de suas diferenças e separações, é um falso problema. As diferentes partes da cidade não deixam de pertencer a ela por causa de suas diferenças; mais ainda, elas são ligadas de formas diferentes: pelo transporte público, pelas redes de energia elétrica e de telefonia e por um sistema de saneamento, por exemplo. Para ir de uma parte a outra, de um bairro moderno de ruas largas e regulares até um bairro de ruas tortas, talvez seja preciso atravessar o centro com suas construções sobrepostas de épocas remotas. As diferentes partes da cidade têm, também, semelhanças mais profundas, mas é preciso viver nela para conhecê-las. A metáfora nos lembra características que já vimos na relação entre o direito e o que se diz no plano das relações internacionais; ela nos permite sugerir que os fenômenos primeiros, no sentido de logicamente anteriores, não são suas semelhanças individualmente percebidas, mas o seu contexto comum, a circulação necessária entre eles, o fato, por assim dizer, de seu "convívio" – em uma palavra, sua relação.

A imagem nos remete às questões anteriores. Como vimos, o preenchimento das tabelas exigia, necessariamente, uma teoria para relações de causa e efeito; ou, no mínimo, relações de influência. Entretanto, como pudemos observar, essa exigência de ordem lógica contrastava vivamente com a facilidade, quase intuitiva, com a qual os juristas as preenchiam. Isso nos leva à hipótese de que a teoria já estava presente na prática e no funcionamento das instituições, ou seja, na experiência dos juristas. Agora, percebemos que, a despeito de a conclusão ser fundamentalmente correta, ela permanecia provisória. A metáfora da "linguagem como uma cidade" nos permite reescrever a maneira como nosso protagonista se relaciona com a "empiria". Imagine-se, então, que o "direito internacional" pertence à cidade onde nosso protagonista mora há muito tempo (onde todos, de certa forma, são estrangeiros, porque ninguém nasceu ali). Ele conhece seu bairro em detalhe, outros lhe são familiares e há aqueles pelos quais ele passou rapidamente; e os que ignora totalmente. Em relação a estes últimos, ele talvez use de uma ignorância estudada, cujos motivos podem variar desde escolhas sobre a importância das coisas, passando por razões afetivas, até representações sobre sua identidade: as pessoas de sua classe – ele imagina – simplesmente moram em outro lugar, e ninguém tira proveito por conhecer certas vizinhanças. Apesar disso, ele entende bem os costumes da cidade: há costumes que vêm d'alhures; outros foram desenvolvidos ao longo de muito tempo e parecem pertencer à cidade, independentes dos habitantes. Ele sabe que há usos peculiares, próprios de alguns bairros, uma rotina comum que varia de acordo com a hora e o dia, como também pequenas diferenças, semelhanças superficiais e variações mais profundas. Em resumo, ele percorre bem os percursos da cidade e controla os caminhos que têm um interesse para os seus negócios.

Vamos ver os caminhos da cidade (nos quais incluímos os percursos, a identidade dos bairros, os costumes, as diferenças, as grandes e as pequenas semelhanças) como as regras dessa "linguagem internacional" da qual faz parte o direito. Mais do que seguir um mapa,

chegar a um ponto determinado implica em navegar no meio de possibilidades que mudam de acordo com as circunstâncias, sobre as quais não se tem nenhum domínio. E, portanto, para chegar ao seu destino, é preciso se relacionar com as exigências e as indeterminações dos caminhos da cidade, de se ver nelas, de ser capaz de usar a regra mais apropriada a uma circunstância qualquer. O problema de conhecer os caminhos da cidade bons para os negócios de alguém se parece com a maneira pela qual a experiência "internacional" se apresenta a nosso protagonista (há, também, profundas diferenças). Por exemplo: constata-se a existência, no âmbito internacional, de regras de vários tipos e não somente as normas jurídicas (incluindo aí os princípios) ou valores "universais", mas, sobretudo, outras que não são redutíveis a essas, como as regras que cercam o cotidiano das relações diplomáticas: a etiqueta das situações sociais, os almoços de negócios e os jantares em homenagem a alguém, as festividades, a construção de alianças que, por vezes, são trabalhadas pelos seus partícipes quase como relações pessoais, a construção de *networks*, as maneiras de participar efetivamente de uma negociação internacional ou como trafegar de maneira consequente os corredores de uma organização internacional, entre outras (para o exemplo da Organização Mundial do Comércio, vide AZEVÊDO, 2013). Como em nossa cidade imaginária, não há substância comum a todas as regras, nem aplicação mecânica, nem uma determinação *a priori* das mais apropriadas aos diferentes contextos. Pelo contrário, o seu uso varia conforme o contexto.

A metáfora da "linguagem como uma cidade" sugere que a experiência de nosso protagonista é, no fundo, a capacidade de falar uma língua particular, morar numa dessas cidades, caminhar pelas suas ruas. Vê-se assim que as relações de causa e efeito que nosso jurista estabeleceu nos estudos não decorrem da observação, mas da linguagem. A questão, para ele, não é "quais as indicações de ordem empírica que me permitem afirmar que este ator ou acontecimento é a causa de tal ou tal estado das coisas?" ou "as suposições teóricas que se usa para afirmar esta relação são razoáveis ou sustentáveis?", mas, sobretudo, "será que a afirmação desta relação de causa e efeito ou de influência faz sentido?"; dito de outra forma, a questão é saber se as suas proposições empregam corretamente as regras dessa linguagem internacional. Para resumir nossas conclusões: participar do "campo internacional" (no qual incluímos o direito internacional) implica em falar uma linguagem; consequentemente, estabelecer relações de causa e efeito equivale a empregar as regras do campo para dizer coisas que fazem sentido.

A conclusão explica as razões pelas quais o preenchimento das tabelas apresentaram, para o antropólogo, dificuldades inesperadas. O material empírico que ele possuía simplesmente não era classificável nas categorias propostas, havia algo de mal ajambrado na tentativa. O mais importante (para o antropólogo, bem entendido) simplesmente não cabia na tabela – preenchê-las implicava em fazer, face aos dados coletados, concessões desrespeitosas. Se os comentários acima expressassem tão somente uma relação diferente com o que chamamos de "empiria", o problema poderia ser facilmente solucionado: bastaria iluminar as diferenças teóricas para reger os desacordos; com isso não obteríamos um consenso – aliás, de

todo improvável –, mas seríamos capazes de alcançar a paz de espírito que resulta das divergências explicitadas. Mas há uma outra maneira de perceber os mesmos comentários. Não como resultado de divergências teóricas, mas como índices de que estamos diante da alteridade, de visões do mundo e de formas de vida que, apesar de sua aparente proximidade, são fundamentalmente estrangeiras. A questão, portanto, não é teórica; mas de tradução.

Os sociólogos e os antropólogos – é preciso reconhecer – são muito mal preparados para ouvir o que os juristas falam. As questões centrais para os últimos não têm lugar no campo visual dos primeiros. O problema, em parte, vem da relação que a antropologia estabelece com essa linguagem "internacional". Esta nada mais é, para o antropólogo, do que um objeto de pesquisa. Em outras palavras, ele se aproxima da linguagem internacional, não como um cidadão, nem como um turista eventual, mas como um geógrafo que pretende desenhar-lhe um mapa, cuja aproximação temporária constrói um olhar transeunte e justifica um discurso necessariamente distante. De qualquer modo, tratar o direito como parte da linguagem "internacional" nos coloca todos – antropólogos, juristas e, talvez, outros cientistas sociais – num quadro mais confortável e espaçoso (do ponto de vista do antropólogo, bem entendido).

No princípio deste trabalho dizíamos que, da perspectiva das nossas pesquisas, o direito brasileiro configura-se como uma tradição própria (apesar de ele próprio negá-lo). Agora, somos capazes de reformular nossa proposição inicial dizendo que a relação entre o direito internacional e os direitos nacionais é um diálogo entre linguagens também estrangeiras. A proposta parece polêmica, ultrajante para a mentalidade jurídica (certamente para a mentalidade jurídica brasileira); para uma visão mais dogmática, ela poderia parecer extraordinariamente perigosa, já que questiona a possibilidade de uma ordem jurídica construída sobre os encadeamentos lógicos. O uso que fazemos dessa imagem é, no entanto, mais modesta. Ela serve para explorar, de uma forma antropológica, as duas ideias que tocaram nossa imaginação: o pluralismo ordenado e a margem nacional de apreciação; e, para, a partir daí, dizer algo que faça sentido a alguém que vê o mundo de uma maneira radicalmente diferente da nossa.

## 4 Uma tradução para fazer

Partindo do princípio de que nossas conclusões são, até agora, razoáveis, vamos desenvolver a hipótese explicitada acima usando nossa etnografia do direito brasileiro (ABREU, 2013a). Nossas conclusões se apoiam num contexto local e, portanto, somente podem ser universalizadas com cuidado; muito provavelmente, sua utilização em outros países vai exigir correções substanciais. Mas, antes de prosseguir com o argumento, precisamos examinar uma questão preliminar: somos obrigados a reconhecer que os contextos sociais do direito internacional e do direito brasileiro são profundamente distintos, apesar de o direito brasileiro ignorar ostensivamente as diferenças. Num outro plano, a diferença entre contextos se desdobra em uma assimetria. Não nos referimos à assimetria lógica, ou seja, hierárquica, como apontava Delmas-Marty (2005) acima, mas, antes, a uma assimetria de ordem sociológica

entre o direito internacional e o direito brasileiro. É preciso examinar o que isso quer dizer com mais cuidado.

A prova da assimetria deriva da ideia de que o direito é uma forma de linguagem. Para nós, a língua, como um fato social, está necessariamente ligada a um contexto e incorpora um conjunto de crenças e práticas compartilhadas.[4] No entanto, como sugere MacIntyre, haveria uma "exceção" à regra: as línguas internacionais da modernidade, como o francês, o alemão e o inglês do século XX.[5] Estas pareceriam ter uma relação "fraca" com o contexto e a tradição; e acessíveis a todos e em qualquer lugar. A sugestão nos parece sensível e apropriada para os nossos dados, como veremos abaixo. Deveríamos então admitir a possibilidade de uma linguagem sem comunidade? A resposta nos parece ser não. A questão parece-nos outra: quais as características específicas que permitem a uma tradição ou uma comunidade, um contexto social concreto, que os faz imaginarem que sua linguagem escapa de qualquer referência a um ambiente social concreto?[6] Mas isso não altera o argumento. Qualquer que seja a resposta à questão, o fato sociologicamente relevante é que certas linguagens são imaginadas como tais, quer dizer, são representadas como se pertencessem, no limite, e possivelmente, a todos. Graças à sua relação "fraca" com um conjunto de "crenças

4 A ideia de que a linguagem é um fenômeno social e, portanto, requer algo que seja compartilhado já está presente em vários autores. Por exemplo, Saussure (1995), Wittgenstein (2001) e, mais próximo ao direito, Dworkin (1986).

5 "The conception of language presupposed in saying this that of a language as it is used in and by a particular community living at a particular time and place with a particular shared beliefs, institutions, and practices. These beliefs, institutions, and practices will be furnished expressions and embodiment in a variety of linguistic expressions and idioms; the language will provide standard uses for a necessary range of expressions and idioms, the use of which will presuppose commitment to those same beliefs, institutions and practices. There was no way to discuss political matters in Cicero's Rome except within a framework supplied by the standard uses of '*respublica*', '*auctoritas*' (originally a technical term in the procedures of the senate), '*dignitas*', '*libertas*', '*imperium*', and the like. […] The boundaries of a language are the boundaries of some linguistic community which is also a social community. This conception of language does require supplementations in one way. […] [T]here is, for better or for worse, late twentieth-century English, an internationalized language, which like other late twentieth-century internationalized languages […] has been developed so as apparently to become potentially available to anyone and everyone, whatever their membership in any or no community. […] We can therefore compare and contrast languages in respect of the degree to which some particular language-in-use is tied by its vocabulary and its linguistic uses to a particular set of beliefs, the beliefs of some specific tradition, so that to reject or modify radically the beliefs will require some corresponding kind of linguistic transformation (MACINTYRE, 1988 p. 372-374)."

6 É preciso lembrar-se da ideia de Gray pela qual a sociedade civil é a condição de possibilidade e o que o mundo pode herdar das sociedades ocidentais. Ver Gray (1996), principalmente o último capítulo: "What is live and dead in liberalism?". Ver também a crítica de Kymlicka (1995) contra o liberalismo.

contestáveis" e sua "riqueza de modos de caracterização", argumenta ainda MacIntyre, estas "línguas da modernidade" apresentariam uma dupla característica: primeiro, para aqueles que as empregam, elas pareceriam capazes de traduzir qualquer tradição estrangeira, até mesmo as tradições cuja compreensão exigiria o uso intensivo de referências contextuais muito precisas, o conhecimento profundo de aspectos culturais e sociais. O problema é que uma compreensão mais profunda deveria incorporar fenômenos para os quais as línguas "da modernidade" parecem não ter palavras nem conceitos, que somente podem ser mencionados através de um trabalho minucioso de reconstrução; a alternativa é a distorção pura e simples do significado de origem. Mais ainda,

> a distorção da tradução [...] continua possivelmente invisível para aqueles cuja primeira língua é uma das línguas internacionalizadas da modernidade. Para eles, deve parecer que não há nenhum texto que não pode ser traduzido. É possível que eles falem da impossibilidade da tradução em princípio, mas, provavelmente, a impossibilidade lhes parecerá uma ficção filosófica. (MACINTYRE, 1988, p. 384-385)[7]

A nossa sugestão é simples: o direito internacional faz parte de uma tal linguagem "da modernidade" que parece escapar das referências concretas de uma comunidade particular (evidentemente, a referência a uma comunidade global como ideia reguladora é algo diferente). A assimetria sociológica à qual nos referíamos resulta do fato de que, ao contrário do direito internacional, o direito brasileiro é uma linguagem "local", muito ligada a seu contexto social e a uma tradição particular, apesar de se representar como universal e herdeira de uma tradição que, de acordo com nossa hipótese, em grande parte nos é estranha.

A ligação do direito brasileiro à sua realidade local, particular, e a necessidade de modificar aquilo que importamos de outros países não é uma afirmação estranha aos nossos juristas mais antigos. O Visconde do Uruguay, em seu *Ensaio sobre Direito Administrativo*, já o dizia com todas as letras: o nosso "sistema administrativo" era, dizia ele, "[...] um arremedo imperfeitíssimo e manco das instituições dos Estados Unidos, destituído porém dos principais e essenciais meios e circunstâncias que as acomoda a esse país"; a razão não era, para ele, difícil de apontar: "não se dão no Brasil certas circunstâncias especiais que o torna exequível e eficaz nesses países [Inglaterra e Estados Unidos]" (SOARES DE SOUZA, 2002, p. 497). A questão era como adaptar nossas instituições à nossa realidade, o que implicava, para ele, um direito administrativo apropriado aos nossos costumes. Oliveira Vianna, por

7 No original: "[t]his distortion by translation [...] is of course apt to be invisible to those whose first first language is one of the internationalized languages of modernity. For them it must appear that there is nothing which is not translatable into their language. Untranslatability – if cautious, they may say untranslatability in principle – will perhaps appear to them as a philosophical fiction".

sua vez, partia da "observação" de que a socieda brasileira, deixada à própria sorte, não conseguiria organizar-se; caberia, portanto, ao Estado a tarefa de organizá-la, muitas vezes, contra ela mesma: todo problema se resumiria em encontrar a organização institucional apropriada (TELES FILHO, 2006). O que, provavelmente, causaria espanto a esses juristas mais antigos é a mentalidade do senso comum jurídico mais recente segundo a qual o direito brasileiro representa uma continuidade sem rupturas com a tradição jurídica romano-germânica, quer dizer, ele não adapta, não a transforma em alguma outra coisa, não a subverte. Em suma, ele não dialoga com a realidade social a partir de uma certa compreensão sociológica, mesmo que ela seja intuitiva, inconsciente e construída sobre um certo senso comum do que seja o Brasil e o papel do direito na realidade social da qual fazemos parte. A hipótese com a qual vimos trabalhando nos últimos anos é que a mentalidade jurídica mais recente não é uma ruptura com a narrativa mais antiga, mas é a transposição, num outro plano, da mesma necessidade de adaptação de diálogo. O que o direito brasileiro faz não é ignorar a realidade social. Ele faz que a ignora justamente para, a seu jeito, lidar com ela (ABREU, 2013c).

As duas consequências apontadas por MacIntyre, em nosso entendimento, exprimem bem os mal-entendidos que encontramos na conversa do direito internacional com o direito brasileiro. Para os juristas brasileiros que adotam a mentalidade mais recente descrita acima, a distorção da tradução é "evidentemente" uma impossibilidade empiricamente demonstrável: os termos e os conceitos do direito internacional e do direito brasileiro parecem iguais; mais ainda, os juristas concordam, aparentemente, com o fundamental – suas origens, ou, para continuar nossa metáfora, a cidade onde eles moram é irrelevante. Todavia, uma pequena aproximação já mostra algumas rupturas, imprecisões e inconsistências nesse cenário idílico. Como exemplo, vamos utilizar a ideia de igualdade que pode ser encontrada, provavelmente, na maioria das constituições contemporâneas. A Constituição brasileira a repete no seu artigo 5º. O *caput* estabelece que "todos são iguais perante a lei" sem discriminação de raça, sexo, crença e que todos têm o "direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade". As alíneas são dedicadas aos direitos liberais clássicos e outros que se aproximam daqueles de um Estado-providência. A ênfase sobre os direitos individuais já ganharia um sentido diferente se a percebemos como uma reação contra os excessos do governo militar, recentemente acabado à época da promulgação da Constituição de 1988, ou seja, uma estratégia política de valoração de liberdades individuais das classes altas e médias que supõe uma desigualdade profunda entre elas e as classes mais baixas. Mas o contexto social ao qual nos referíamos não é o da história política contemporânea (apesar da sua importância), mas algo mais profundo e, ao mesmo tempo, corriqueiro, cotidiano, algo que está à frente de todos – e nisso reside sua verdadeira dificuldade. O que nos importa é o uso do conceito de igualdade pelos nossos tribunais e advogados e as estratégias que o direito brasileiro emprega a fim de juntá-lo a uma ideologia social que o contradiz. Dessa perspectiva, a lei permanece sendo o lado mais superficial do fenômeno.

Mas o que significa "igualdade"? Poderíamos perfeitamente apelar para autores contemporâneos (como TAYLOR, 1994; HABERMAS, 1996; RAWLS, 2005), mas há uma certa

economia explicativa em nos referir aos clássicos. Pensamos, portanto, em Rousseau (2002). Para ele, a igualdade é a condição natural do homem e a desigualdade oriunda da sociedade. Evidentemente, ninguém questionará o fato de a igualdade ser um valor, mas em Rousseau, como na maioria do pensamento tipicamente moderno, ela está englobada no indivíduo concreto. Neste, a substância contém o valor, ou, melhor dizendo, uma substância como valor (vide DUMONT, 1985). A doutrina jurídica brasileira, ao contrário de Rousseau, entende "a igualdade" a partir da fórmula "clássica" de Rui Barbosa: "a parte da natureza varia ao infinito. Não há, no universo, duas coisas iguais [...] todas entre si diversificam", escrevia ele. Portanto, "tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real". E continuava,

> Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo não dar a cada um na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem. Esta blasfêmia contra a razão e a fé, contra a civilização e a humanidade, é a filosofia da miséria, proclamada em nome dos direitos do trabalho; e, executada, não faria senão inaugurar, em vez da supremacia do trabalho, a organização da miséria. Mas, se a sociedade não pode igualar os que a natureza criou desiguais, cada um, nos limites da sua energia moral, pode reagir sobre as desigualdades nativas, pela educação, atividade e perseverança. Tal a missão do trabalho. (BARBOSA, 1999, p. 26).

Fica evidente que entre o pensamento moderno, exemplificado por Rousseau, e Barbosa existem profundas divergências: a desigualdade, que, para Rousseau, é uma construção social e a deturpação da natureza humana, para Barbosa é a própria natureza do homem.

A comparação mostra que a relação entre diferença e desigualdade não é, de forma nenhuma, um argumento universalizável. Um estrangeiro vindo de uma sociedade individualista diria que diferença não é o mesmo que desigualdade e a segunda não decorre naturalmente da primeira. Para este último, a diferença é uma propriedade da natureza e, em sociedade, do exercício da liberdade; já a desigualdade é uma construção social, ela implica a domição do homem pelo homem. A prova já está, por exemplo, no *Discurso da servidão voluntária* (LA BOÉTIE, 1982), redigido em 1547. Ou, como diria Rawls, de safra mais recente, "A distribuição natural" – ou, como ele diz em outra parte, "a loteria natural dos talentos" – "não é nem justa, nem injusta; tampouco é injusto que, na sociedade, as pessoas nasçam em alguma posição particular. Estes são simples fatos naturais". E completa: "O que é justo ou injusto é a maneira pela qual as instituições lidam com esses fatos" (RAWLS, 1999, p. 87).[8]

8 No original: "The natural distribution is neither just nor unjust; nor is it unjust that persons are born into society at some particular position. These are simply natural facts. What is just and unjust is the way that institutions deal with these facts".

Para Rawls, o princípio de justiça que propõe Barbosa seria um exemplo de sociedades injustas, justamente porque "A estrutura básica [da sociedade brasileira] incorpora a arbitrariedade encontrada na natureza" (RAWLS, 1999, p. 88).[9] Vê-se, portanto, que a verdade da fórmula "somos todos diferentes e portanto desiguais" não deriva de um argumento universalmente válido, mas de uma tradição particular: nesta, ao invés da igualdade natural, que a sociedade deturpa e destrói, encontramos a desigualdade social como a condição natural do homem que o direito tem de alguma forma que organizar, às vezes contra o exagero e a insconstância da própria sociedade.

A doutrina jurídica brasileira estabelece dois conceitos auxiliares: a igualdade formal e a igualdade material (PONTES DE MIRANDA, 2002). A primeira fala de igualdade perante a lei, a segunda da igualdade em sociedade ou, com mais propriedade, da desigualdade entre os homens. No que diz respeito à igualdade material, o senso comum dos juristas contemporâneos compreende, como Barbosa, que as pessoas seriam naturalmente desiguais (BARROSO, 1986; GUEDES, 2014). Como diz um livro de safra recente de um jurista brasileiro, "Os seres humanos são naturalmente desiguais. São diferentes se comparados entre si, seja em suas característas físicas, seja em suas características intelectuais. São também diferentes como sujeitos e agentes sociais" (GUEDES, 2014, p. 25). Outrossim, os juristas interpretam a fórmula "tratar desigualmente com os desiguais, na justa medida de sua desigualdade" como o princípio, talvez o mais fundamental, da justiça. O ponto é que a oposição entre as igualdades formal e material dialogam diretamente com as formulações de Barbosa que vimos acima, chegando mesmo a reproduzi-las no essencial.

A partir daí, constroem-se mecanismos jurídicos que caminham em direções opostas. E esses derivam, por sua vez, de duas interpretações possíveis do princípio da justiça que propõe Barbosa. A primeira delas se caracteriza por interpretar "tratar desigualmente os desiguais" no sentido de proteção das pessoas que estejam no polo interior de uma relação assimétrica. "*O princípio da desigualdade*", diz Guedes, "é a regra que permite a compensação, o tratamento diferenciado ou a incidência da regra da justiça e o tratamento proporcional" (GUEDES, 2014, p. 181). E, mais adiante, afirma que, ideologicamente, predomina "o objetivo de se proteger aqueles que estão em posicionados em condição inferior" (GUEDES, 2014, p. 197). Esta parece ser a interpretação corrente do trecho de Barbosa, algo que, além da bibliografia que citamos neste artigo, é corroborado por nossa etnografia do campo jurídico nos últimos anos: sempre que se o menciona, é nesse primeiro sentido, como a interpretação "correta" daquilo que Barbosa quereria dizer. Todavia, a questão central é o sentido que a assimetria tem na ideologia de uma sociedade. A nossa hipótese de trabalho é que os mecanismos jurídicos de discriminação positiva, na sociedade brasileira, não implicam no

9 No original: "The basic structure of these societies incorporates the arbitrariness found in nature".

reconhecimento de uma igualdade profunda. Pelo contrário, eles assumem, no Brasil, um cárater paternalista, justamente porque supõem a inferioridade "natural" de alguns que, por isso mesmo, devem ser protegidos. E isso nos leva ao outro sentido possível do trecho de Barbosa.

O segundo sentido para o trecho de Barbosa corre silencioso, quer dizer, dificilmente se o menciona no campo jurídico. Ele é bem mais próximo ao autor e ao seu tempo e – não resta dúvida – corresponde ao sentido mais literal do texto. Aliás, o autor é bem explícito. Ele vai afirmar que a justa regra de distribuição do produto social (a frase é nossa) resulta do "valor" de cada um: "A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam", diz ele. "Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade" (BARBOSA, 1999, p. 26). Ora, se os homens valem diferentemente – como o autor defende, vimos acima –, eles devem ganhar proporcionalmente aquilo que são, quer dizer, aqueles que valem mais ganham mais e, inversamente, os que valem menos ganham menos. Essa segunda possibilidade da interpretação de Barbosa é – reconheçamos – inapropriada aos humores do nosso tempo, pois defende não apenas que a desigualdade é inescapável, visto que natural; mas que, por ser natural, é também justa (ABREU, 2013b). E a pergunta relevante para o nosso argumento é se esse segundo sentido, como o primeiro, influencia a nossa legislação e as decisões dos nossos juízes. A nossa hipótese de trabalho é que sim. Mas ela corre silenciosa, justamente pelo contexto contemporâneo. Com efeito, na sociedade brasileira mais ampla, ninguém iria, hoje e de boa vontade, admitir que nossa ideologia social considera a desigualdade não apenas legítima mas justa. No entanto, encontramos situações nas quais, ao lado do direito à igualdade de tratamento, espera-se que, legitimamente, alguns tenham reconhecido o direito ao tratamento diferencial, quer dizer, eles teriam direto a direitos que não seriam compartilhados pelo resto dos cidadãos: mais explicitamente, direitos que decorrem do fato de pertencerem ao polo superior de uma sociedade profundamente assimétrica (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2013). De forma análoga, não vamos encontrar, no direito, a defesa da desigualdade justa. Ela só pode ser percebida pelo movimento do conjunto das instituições e das decisões. Dito de outro jeito, o uso do conjunto dos dispositivos normativos permite que a diferença de valor da qual falava Barbosa se infiltre nos julgamentos. E o fato de ele correr silencioso torna-o, por isso, muito mais insidioso e difícil de apontar (como exemplo "empírico" vide os trabalhos de SOUZA, 2012, e ABREU e SOUZA, 2013, sobre os julgamentos que cercam a Lei da Anistia).

Mas o que isso tem a ver com a margem nacional de apreciação e o pluralismo ordenado? A pergunta não é puramente retórica. Com efeito, parece que estamos tão distantes daqueles conceitos que a tarefa de voltar a eles nos coloca certa dificuldade. E esse é justamente o ponto. A dificuldade de relacioná-los mostra que a margem nacional e o pluralismo ordenado não conseguem dar conta da complexidade que o exemplo da aplicação do conceito da igualdade pelo direito brasileiro traz para o debate. E, isso por sua vez, sugere duas

possibilidades. A primeira seria saber se poderíamos continuar defendo a existência de uma "margem", quer dizer, um campo semântico de interpretações possíveis mais ou menos amplo, conforme a norma e/ou princípio. Ora, vimos que o sentido de igualdade utilizado pelo direito brasileiro é, em algumas de suas aplicações, a subversão do sentido de igualdade adotado pelas sociedades individualistas modernas, como a francesa. Mas há também uma segunda possibilidade que, nos parece, é mais central e está ligada à diferença entre as linguagens da modernidade e uma linguagem local. O que o exemplo do conceito de igualdade questionou foi a capacidade de a linguagem do direito internacional compreender as especificidades locais, compreender, por exemplo, como o direito brasileiro, como uma linguagem local, utiliza sua capacidade de adaptar os termos e os dispositivos do direito internacional para transformá-los em algo inteiramente diverso, de maneiras novas e inusitadas. E isso nos leva a sugerir um outro rumo para as intuições mais centrais do projeto. Talvez seja preciso inverter a ordem do olhar: ao invés de examinar os direitos locais a partir do direito internacional, quer dizer, qual a medida da margem que os direitos locais exercem frente ao direito internacional, percorrer a direção contrária, a saber, descobrir como os contextos sociais e cuturais locais colonizam a seu modo os mecanismos internacionais. Num plano mais teórico, isso equivaleria a inverter a relação entre os conceitos: não mais o pluralismo ordenado como o resultado da margem nacional, mas o pluralismo e a diferença como fenômenos primeiros, no sentido de logicamente anteriores, sobre o qual todo o resto se constrói.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Luiz Eduardo. Etnografia constitucional: quando o direito encontra a antropologia. In: _____. (Org.). *Os bastidores do Supremo e outras histórias curiosas*: 5 estudos de etnografia constitucional. Brasília: UniCEUB, 2013a. p. 9-34.

_____. Justiça e desigualdade no direito brasileiro. *Revista de Direito Brasileira***,** v. 5, p. 69-90, 2013b.

_____. L'Etat contre la société. La norme juridique et le don au Brésil. *Droit et Société***,** v. 83, p. 137-154, 2013c.

_____.; SOUZA, Larissa Maria Melo. O golpe e os marinheiros: notas sobre o uso a brasileira da jurisprudencia no STF. *Universita Jus***,** v. 24, n. 3, 2013.

AUSTIN, John L. *How to do things with words*: The William James Lectures delivered at Harvard University in 1955. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1975.

AZEVÊDO, Paula. Uma etnografia do algodão. O caso da OMC. In: ABREU, Luiz E. (Org.). *Os bastidores do Supremo e outras histórias curiosas*: 5 estudos de etnografia constitucional. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 201-255.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. A Igualdade perante a lei; algumas reflexões. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 38, p. 64-79, 1986.

BERMAN, Harold J. *Law and revolution*: the formation of the Western legal tradition. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

BERNSTEIN, Richard J. *Beyond objectivism and relativism*: science, hermeneutics, and praxis. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1983.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís Roberto. Equality, dignity and fairness: Brazilian citizenship in comparative perspective. *Critique of Anthropology*, v. 33, n. 1, p. 131-145, 2013.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit*: le relatif et l'universel. Paris: Éditions du Seuil, 2004.

_____. Un ordre juridque en formation? Cours prononcés au Collège de France. Paris. 2005

_____. *Les forces imaginantes du droit*: le pluralisme ordoné. Paris: Éditions du Seuil, 2006.

DUMONT, Louis. *Essais sur l'individualisme*: une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne. Paris: Éditions du Seuil, 1985.

DWORKIN, Ronald M. *Law's empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.

GRAY, John. *Post-liberalism*: studies in political thought. London: Routledge, 1996.

GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e desigualdade*: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*: Contributions to a Discourse Theory of Law and

Democracy. Cambridge, MA: MIT Press, 1996.

HERMITTE, Marie-Angèle. Le droit est un autre monde. *Enquête*, v. 7, p. 17-37, 1998.

JOHNSTONE, Ian. Security Council Deliberations: The Power of the Better Argument. *Eur J Int Law*, v. 14, n. 3, p. 437-480, 2003.

KUHN, Thomas. *The structure of scientific revolutions*. 3. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1996.

KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship*: A liberal theory of minority rights. Oxford: Oxford University Press, 1995.

LA BOÉTIE, Etienne. *Discurso da servidão voluntária*. São Paulo: Brasiliense, 1982.

MACINTYRE, Alasdair. *Whose justice? Which rationality?* Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press, 1988.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, liberdade, igualdade (os três caminhos)*. Campinas: Bookseller, 2002.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Ed. rev. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

_____. *Political liberalism*. Ed. expanded. New York: Columbia University Press, 2005.

RICHARDS, Audrey R. The concept of culture in Malinowski's work. In: FIRTH, R. (Org.). *Man and Culture*: An Evaluation of the Work of Bronislaw Malinowski. 2. ed. New York: Harper & Row, 1964.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discours sur l'origine et les fondements de l'inegalite parmi les hommes*. Chicoutimi: Universite du Quebec, 2002.

SAUSSURE, Ferdinand. *Cours de linguistique générale*: Édition critique préparée par Tullio de Mauro. 3. ed. Paris: Payot & Rivages, 1995.

SOARES DE SOUZA, Paulino José. Ensaio sobre o direito administrativo. In: CARVALHO, J. M. (Org.). *Visconde do Uruguai*. São Paulo: Editora 34, 2002. p. 65-504.

SOUZA, Larissa Maria Melo. *A fábrica de argumentos*: uma etnografia da construção da iniquidade nos casos da anistia pelo Supremo Tribunal Federal. 2012. 295 p. Dissertação (Mestrado em Direito) –

Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro Universitário de Brasília, UniCEUB, Brasília, 2012.

TAYLOR, Charles. The politics of recognition. In: GUTMANN, A. (Org.). *Multiculturalism*: Examining the Politics of Recognition. Princeton: Princeton University Press, 1994. p. 25-73.

TELES FILHO, Eliardo França. *Estado, sociedade e direito*: uma reflexão sobre a ideologia política em Oliveira Vianna. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2006.

WARAT, Luís Alberto. O sentido comum teórico dos juristas. In: FARIA, J. E. (Org.). *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: Ed. da UnB, 1988. p. 31-40.

WEBER, Max. *Economy and Society*: An Outline of Interpretive Sociology. Berkeley: University of California Press, 1978.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical investigations*: The German text, with a revised English translation. 3. ed. London: Basil Blackwell, 2001.

*Luiz Eduardo Abreu*

Professor do Departamento de Antropologia da Universidade de Brasília (UnB).

Doutor em Antropologia pela Universidade de Brasília (UnB).

Mestre em Antropologia Social pela Universidade de São Paulo (USP).

Foi professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e coordenou o Núcleo de Pesquisa e Monografia do Curso de Direito.

*luizabreu@unb.br*

V. 12 N. 2
MAI-AGO 2016

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 04.02.2015
Aprovado: 27.04.2016

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201617

# Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988

*CREATURE AND/OR CREATOR: THE BRAZILIAN SUPREME COURT'S TRANSFORMATIONS UNDER THE 1988 CONSTITUTION*

*Diego Werneck Arguelhes*[1] *e Leandro Molhano Ribeiro*[2]

**Resumo**

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal (STF) ocupa hoje posição central no processo político nacional. Suas decisões são a última palavra oficial sobre os temas a que se referem, concentrando poderes para resolver conflitos políticos e morais, para além das esferas majoritárias. Esse cenário, porém, é muito diferente dos anos 1990, quando o STF não ocupava posição tão destacada na política brasileira. Neste artigo, discutiremos essa configuração do poder e do papel do STF por meio de análises do tribunal *que a constituinte criou*, mas também do que os *ministros criaram* por meio de práticas institucionais e interpretações de seus próprios poderes. Exploraremos algumas consequências mais recentes da manifestação do próprio poder conferido ao STF nesse processo de reconfiguração institucional, delineando, de maneira preliminar, novas tendências na forma de atuação política do tribunal. Argumentamos, também, que, em vez de atuar *apenas* como ponto de veto a decisões majoritárias, como *câmara revisora* do que faz o Congresso, o tribunal já sinalizou disposição para receber (e aceitar) provocações para funcionar como uma espécie de *primeira* câmara legislativa.

**Palavras-chave**

Supremo Tribunal Federal; desenho institucional; processo decisório judicial; comportamento judicial.

***Abstract***

*The Brazilian Supreme Federal Court (STF) occupies a central role in the national political process. The court´s decisions have been the last official word on many key constitutional controversies, and it has increasingly asserted its own powers to solve political and moral conflicts, even against majoritarian decisions. This scenario, however, is very different from the 90s, when the court was much less relevant in national politics. In this paper, we engage with and try to map this process of institutional transformation by analyzing and contrasting the court that the constitution created in its original text, and the court that the Justices themselves have recreated, by means of institutional practices and constitutional interpretation of their own powers. We will explore some of the implications of the institutional transformations driven by the court itself, by identifying a set of new trends in the ways by which the court participates in the national political process. The paper concludes by arguing that, instead of acting just as a veto point to majoritarian decisions (that is, as a third legislative chamber), the court has been signaling its willingness to accept (and to rule on) cases in which it will be forced to act as a first legislative chamber.*

***Keywords***

*Supreme Federal Court; institutional design; judicial decision-making; judicial behavior.*

**1** Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas
Rio de Janeiro - RJ - Brasil

**2** Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas
Rio de Janeiro - RJ - Brasil

CC BY-NC

## 1 Um tribunal poderoso

Mais de duas décadas após a promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal é presença central no processo político nacional. Nos últimos anos, o tribunal decidiu diversas controvérsias políticas importantes. Para citar apenas três exemplos, de 2011 para cá, o STF reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, afastou a aplicação do Código Penal a casos de interrupção da gravidez de fetos com anencefalia e reconheceu a constitucionalidade de políticas de ação afirmativa por critérios raciais em vestibulares.[1] Embora longe de consensuais na sociedade brasileira, essas decisões judiciais permanecem até o momento como a última palavra oficial sobre os temas a que se referem.[2] Há quase uma década, o jurista Oscar Vilhena Vieira viu nesse estado de coisas um fenômeno – na época em seus estágios iniciais – que chamou de "Supremocracia": um cenário no qual o poder de resolver em conflitos políticos e morais sai das esferas majoritárias e passa a se concentrar nas mãos do Supremo (VIEIRA, 2008).

O diagnóstico da "Supremocracia", concorde-se ou não com ele, nada tem de trivial. A centralização crescente nas mãos da corte suprema ou tribunal constitucional está longe de ser o único cenário possível em termos das relações entre poderes, mesmo em um país no qual tribunais realizem controle de constitucionalidade. Nos primeiros anos após a promulgação da Constituição, aliás, falar em "Supremocracia" provavelmente teria gerado perplexidade. De um lado, cientistas políticos em larga medida se sentiam confiantes para explicar o sistema político do país praticamente sem qualquer referência à atuação desse ilustre desconhecido, o Supremo.[3] De outro lado, juristas que defendiam modelos mais agressivos de atuação judicial se viam frustrados pela reticência dos ministros em utilizar poderes que a Constituição tinha expressamente colocado à sua disposição (BARROSO, 2009; PIOVESAN, 2003). Ambos os grupos, juristas e cientistas sociais, provavelmente concordariam que o STF

• • •

1 ADPF 132 (decidida em 05.05.2011), ADPF 54 (decidida em 12.04.2012) e ADPF 186 (decidida em 26.04.2012), respectivamente.

2 Para uma problematização da tentativa de se atribuir a uma dada instituição a "última palavra", ver Mendes (2011).

3 De certa forma, até hoje o Judiciário ainda não foi incorporado por grande parte da literatura como ator relevante. Dos anos 1980 até hoje, a literatura predominante sobre o funcionamento do sistema político brasileiro ainda gira em torno do conceito de "presidencialismo de coalizão" e faz poucas referências ao papel do Judiciário, sobretudo do STF, como ator relevante nesses processos decisórios, ver Abranches (1988); Figueiredo e Limongi (2007). Para um balanço e discussão, ainda nos anos 1990, da atenção insuficiente dada pelos cientistas políticos às instituições judiciais e seu papel político no Brasil, ver Arantes (1997). As ciências sociais no Brasil começam a analisar o Poder Judiciário de forma mais sistemática a partir do trabalho de Vianna et al. (1999). A incorporação do Judiciário e especificamente do STF como ator relevante no processo político decisório pode ser encontrada nos trabalhos de Taylor (2007 e 2008).

não ocupava na época um lugar de destaque. O que pode explicar a transformação do papel do Supremo – da periferia para o centro do debate político nacional – nessas duas décadas? Na literatura produzida a partir dos anos 1990, encontramos as seguintes variáveis explicativas recorrentes:

: O redesenho do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade na Constituição de 1988, que ampliou tanto os poderes do STF como também os diferentes canais pelos quais esses poderes podem ser provocados pela sociedade (ARANTES, 1997; VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007; CARVALHO, 2010).

: A "constitucionalização abrangente", já que o texto constitucional, por ser simultaneamente amplo e detalhado, facilita que debates políticos ou morais sejam considerados judicializáveis (BARROSO, 2010).

: O comportamento estratégico de atores políticos que veem no poder dos tribunais uma oportunidade de reverter decisões majoritárias nas quais foram derrotados (TAYLOR, 2008).

: A canalização, das instituições políticas para os tribunais em geral, de expectativas sociais frustradas, em um cenário que o Legislativo e o Executivo são vistos como insuficientemente responsivos em relação às demandas dos cidadãos (BARROSO, 2010).

: Por fim, a crescente consolidação da democracia no país, na medida em que a mobilização da cidadania na busca por direitos amplifica todos os fatores acima (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007; BARROSO, 2010).

A ênfase dessas análises tem recaído, portanto, sobre variáveis que apontam para (i) o que o constituinte fez do STF (i.e., o texto constitucional que estrutura os poderes do tribunal); e (ii) e o que a demanda social e o comportamento dos atores políticos fizeram com o STF. Nesse cenário, vemos um tribunal em larga medida condicionado por circunstâncias completamente externas. Essa perspectiva traz consigo a tentação de considerar que o STF teria sido simplesmente *forçado* a ocupar um novo papel. Em entrevista recente, rebatendo críticas de que o STF teria se tornado mais "ativista" nos últimos anos, o Ministro Lewandowski sintetizou essa visão:

> Entendo que a corte ultimamente vem tendo um protagonismo maior com relação aos anseios da sociedade. Agora, mais e mais, ela vem exercendo o papel que foi reservado ao tribunal pela Constituição de 1988. É preciso destacar que, em paralelo ao crescimento do Judiciário, o Ministério Público (MP) também cresceu

> em importância. Hoje temos um MP ativo, que bate às portas do Supremo buscando respostas. Nós temos dado essas respostas. Além disso, vários novos instrumentos foram colocados à disposição dos jurisdicionados, como o Mandado de Injunção e o Habeas Data, além de inúmeros mecanismos de controle de constitucionalidade das leis. Tudo isso exige uma atitude mais proativa do Judiciário, que vem assumindo um lugar de muito maior relevo do que ocupava no passado. (PINHEIRO, 2010)

Em outras palavras: a mudança na presença política do STF – da marginalidade para a centralidade – poderia ser explicada pela combinação dos amplos poderes previstos na Constituição de 1988 com crescentes demandas sociais e institucionais para que o STF de fato use esses poderes. Contudo, desde a promulgação da Constituição, o próprio STF vem contribuindo decisivamente para remarcar as fronteiras de sua atuação junto aos outros poderes. O comportamento dos atores externos ao tribunal e os poderes que lhe foram conferidos pelo texto constitucional são fatores importantes, mas insuficientes para explicar o papel atual do STF na vida nacional. É preciso considerar o quanto interpretações constitucionais, expressas em votos de ministros do STF, foram decisivas para a expansão do poder do tribunal.[4]

Talvez o mais eloquente reconhecimento do poder que o STF exerce na definição do seu próprio papel venha do Ministro José Celso de Mello, quando observou que o tribunal é um *poder constituinte permanente*.[5] Isso equivale a dizer que o STF é copartícipe, junto do constituinte de 1988, da tarefa de definir as estruturas constitucionais básicas do país – incluindo, portanto, o próprio poder do tribunal. Se isso é verdade, então o STF também tem o poder de interpretar, em última instância, o alcance de suas próprias competências, dotando a si próprio de uma decisiva margem de manobra para influenciar as condições da sua participação na política. Escolhas interpretativas feitas pelos ministros, combinadas às outras variáveis já mencionadas acima, ajudam a configurar o papel do STF.

• • •

4 Sobre a distinção entre variáveis endógenas e exógenas ao comportamento dos ministros e sua relevância para compreender variações do poder exercido pelo STF na política nacional, ver Arguelhes (2014a).

5 Ministro Celso de Mello, nos autos do MS 20.603/DF. Trata-se de um ponto recorrente em vários acórdãos relatados pelo Ministro Celso de Mello. Ver, por exemplo, o HC 91.361, decidido em 23.09.2008 ("A interpretação judicial como instrumento de mutação informal da Constituição. [...]. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria CR, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea") e a ADI 3.345, decidida em 25.08.2005 ("No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que 'A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la'. [...]").

Se o Ministro Celso de Mello tem razão ao descrever o STF como um "poder constituinte permanente" – um ator que pode mudar as regras do jogo durante o próprio jogo –, então a descrição do Ministro Lewandowski parece incompleta. Se o STF tem mesmo esse tipo de poder sobre as regras que estruturam sua própria competência, então o tribunal é mais do que uma criatura do constituinte.

Neste artigo, discutiremos essa configuração do poder e do papel do STF por meio de análises do tribunal *que a constituinte criou* (seção 2), mas também do que *os ministros criaram* por meio de práticas institucionais e interpretações de seus próprios poderes (seção 3). Na quarta e última seção, exploraremos algumas consequências mais recentes da manifestação do próprio poder conferido ao STF nesse processo de reconfiguração institucional, delineando, de maneira preliminar, novas tendências na forma de atuação política do tribunal. Argumentamos que, em vez de atuar *apenas* como ponto de veto a decisões majoritárias, como *câmara revisora* do que faz o Congresso, o tribunal já sinalizou disposição para receber (e aceitar) provocações para funcionar como uma espécie de *primeira* câmara legislativa. As seções 2 e 3 se pautam pela literatura já existente sobre as transformações do STF de 1988 para cá. Na seção 4, porém, nosso objetivo primário é especulativo e consiste em levantar uma hipótese possivelmente útil para mapear os próximos passos do tribunal na política brasileira.

## 2 O Supremo que a Constituição criou

Em contraste com constituições anteriores, o STF não foi tocado na sua composição ou na sua estrutura básica – o número, a forma de indicação e as garantias dos ministros permaneceram os mesmos. Além disso, a Constituição aprovada em 1988 não transformou o STF em uma corte constitucional separada da estrutura do Judiciário, como seria característico do chamado "modelo europeu" de controle de constitucionalidade.[6] Propostas para limitar a jurisdição do tribunal ao controle abstrato de constitucionalidade ou de estabelecer mandatos fixos para os ministros foram consideradas pelos constituintes e, ao fim, rejeitadas. Em vez de transformações, ocorreram adições: acrescentou-se uma série de novos poderes e tarefas à estrutura já existente. Pode-se dizer que o STF foi *transformado por adição*, na medida em que o resultado desses acréscimos e expansões

• • •

6 Sobre a relação entre os modelos de controle de constitucionalidade típicos dos EUA e da Europa Ocidental do pós-guerra e a distinção entre Cortes Supremas e Tribunais Constitucionais, ver Comella (2004). Embora os constituintes tenham considerado diversas propostas de criação de um tribunal constitucional separado do STF, ou mesmo restringir a atuação do STF apenas ao controle de constitucionalidade, nenhuma ideia desse tipo vingou ao fim dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte. Cf. Arguelhes (2014b); Koerner & Freitas (2013).

de competências foi um tribunal de natureza marcadamente distinta de suas encarnações constitucionais anteriores.[7]

No texto constitucional, a expressão que sintetiza essa mudança qualitativa está no art. 102, que designa o STF como "guardião da Constituição". Os juristas – e sobretudo os ministros que integram o tribunal – normalmente utilizaram essa cláusula constitucional como síntese e justificação, ao mesmo tempo, da posição central que o tribunal deve ocupar: quando se trata de aplicar a Constituição, todos os caminhos levam ao STF, a quem caberia a última palavra. O STF seria o guardião da atuação dos outros poderes, o responsável por garantir que as outras instituições respeitarão a Constituição.[8] Mas são outros detalhes institucionais do texto de 1988, e não a cláusula geral da "guarda da Constituição", que de fato operaram uma transformação no poder do tribunal. Em termos comparativos, podemos dizer que o STF saiu da Constituinte como uma instituição bastante poderosa.[9] Em sua configuração institucional, esse poder pode ser desagregado em várias dimensões.[10] Três serão enfatizadas neste artigo:

(a) *Canais de acesso à jurisdição do tribunal*. O grau de abertura da pauta do tribunal a diferentes atores e questões condiciona o poder final da instituição na medida em que determina as oportunidades que o tribunal tem de se manifestar.

7 A única competência significativa que o tribunal perdeu em 1988 foi a de uniformizar a jurisprudência com relação à aplicação de leis federais. Embora a ideia tenha encontrado alguma resistência Ministros da época (ver, por exemplo, Corrêa, 1987), Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi criado para assumir essa tarefa.

8 Nas palavras do Ministro Moreira Alves, em uma decisão anterior à própria Constituição de 1988: "Na guarda da observância desta [Constituição], está [o Poder Judiciário] acima dos demais poderes, não havendo, pois, que falar-se, a esse respeito, em independência dos poderes. Não fora assim e não poderia ele exercer a função que a própria Constituição, para a preservação dela, lhe outorga" (MS 20.257, *RTJ* 99/1040). Na mesma linha de raciocínio, situando o STF em um patamar especial diante dos outros poderes tendo vista a função de "guarda da Constituição", ver o acórdão na já mencionada ADIn 3.345, de relatoria do Ministro Celso de Mello: "A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF – a quem se atribuiu a função eminente de 'guarda da Constituição' (CF, art. 102, *caput*) – assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental".

9 Utilizamos o termo aqui para nos referirmos à capacidade e aos recursos do tribunal para outros atores e instituições a adotar certos comportamentos, independentemente de essas capacidades e recursos serem ou não de fato utilizados.

10 Para enumerações semelhantes de aspectos do desenho institucional que aumentam ou diminuem o poder de um tribunal, cf. Ginsburg (2003); Ansolabehere (2008).

(b) *Escopo do controle de constitucionalidade*. Aqui, para além de mapear as condições nas quais temas e casos chegarão ao tribunal, importa saber o que o tribunal pode fazer diante desses temas e casos. Isso se expressa, por exemplo, em questões como os efeitos da decisão tomada, quais os parâmetros que determinam o que pode ser objeto de controle de constitucionalidade e que tipos de comportamentos o tribunal pode exigir dos outros poderes por meio de suas decisões.

(c) *Garantias do tribunal contra possíveis reações dos outros poderes*. Nesta dimensão, trata-se de saber quais os recursos que outras instituições políticas teriam para reformar (ou retaliar) decisões do STF com as quais discordem.

### 2.1 Canais de acesso

A Constituição de 1988 realizou uma ampliação, sem precedentes na história constitucional brasileira, dos *canais de acesso* pelos quais se provoca a atuação do STF. O poder judicial de declarar leis inconstitucionais já estava estabelecido na tradição brasileira ao final do século XIX, mas os constituintes ampliaram as formas institucionais pelas quais esse poder pode ser exercido (ARANTES, 1997 e 2007).[11] A Constituição permite ao STF se pronunciar sobre a constitucionalidade de qualquer ato normativo, seja em grau de recurso (controle concreto), seja por via principal (controle abstrato). Nesse ponto, a Constituição manteve e ampliou a combinação, existente no Brasil desde 1965, entre formas de controle de constitucionalidade típicas do sistema dos EUA, de um lado, e do sistema Europeu do pós-guerra, de outro. Em vez de escolha, em vez de especialização funcional, o constituinte manteve o modelo híbrido da tradição brasileira recente.[12]

• • •

11 Mas há muita variação institucional possível a partir do reconhecimento desse poder. A Suprema Corte dos EUA, por exemplo, só pode apreciar "casos ou controvérsias" – ou seja, não pode apreciar leis em tese, só pode se manifestar sobre um caso concreto em que a aplicação de uma lei alegada inconstitucional esteja em discussão. De outro lado, até uma reforma constitucional em 2008, o Conselho Constitucional Francês só poderia se manifestar sobre a constitucionalidade de uma lei em tese, nunca quanto à sua aplicação concreta; mais ainda, a jurisdição do Conselho só podia ser provocada dentro de um prazo fixo após a edição da lei. Mantendo mais uma vez constantes os outros elementos do desenho institucional e do contexto político, é possível afirmar que um tribunal que (i) pode se pronunciar apenas sobre certo tipo de leis (por exemplo, apenas leis infraconstitucionais, e não emendas constitucionais); ou (ii) que pode efetuar o controle de sua constitucionalidade apenas dentro de certo prazo; ou (iii) que tende a ser menos poderoso do que um tribunal que não opere dentro dessas restrições.

12 Em comparação com o repertório de formas de atuação existentes em outros desenhos institucionais ao redor do mundo, só faltaria ao STF a competência para realizar controle *preventivo* de constitucionalidade, isto é, de poder se pronunciar (e decidir) sobre a compatibilidade entre a Constituição e atos normativos ainda no processo de formação. Mas, como veremos adiante, o STF vem dando passos nessa direção, apesar de não haver tal previsão no texto constitucional.

O "hibridismo" do STF se expressa pela acumulação ou sobreposição de competências e finalidades variadas e originalmente ligadas a "modelos" diferentes de controle de constitucionalidade (ARANTES, 1997). De um lado, como típica "corte suprema", o tribunal é a última instância do Poder Judiciário nacional e realiza a função de uniformização da interpretação e aplicação da Constituição a casos concretos, garantindo que as partes em processos judiciais tenham uma resolução de seus conflitos de maneira adequada ao sistema de direitos e garantias previstos na Constituição. Nessa dimensão, a diferença entre o que o STF e o resto do Judiciário fazem é de grau: os ministros do STF realizam, em última instância, a mesma aplicação da Constituição a casos concretos que juízes ordinários fazem quando uma das partes alega violação da Constituição. De outro lado, como tribunal constitucional, o STF apresenta uma estrutura específica de controle de constitucionalidade, um conjunto de competências exclusivas – como a competência para receber e julgar Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) contra quaisquer atos normativos – que não encontra correspondência no resto do Judiciário. Nesse aspecto, o STF se aproxima de um desenho "concentrado" de controle de constitucionalidade, em que há uma diferença qualitativa muito clara, de especialização funcional, entre o tribunal constitucional e o resto do Judiciário (COMELLA, 2004; GARLICKI, 2007).[13] Assim, o Constituinte intensificou a dupla identidade do STF tanto como corte suprema, no ápice do Judiciário, quanto como tribunal constitucional, exercendo jurisdição constitucional especializada e extraordinária.

Esse desenho híbrido proporciona um grau extenso de abertura da jurisdição constitucional à sociedade. Os casos podem chegar tanto por via de ações diretas de inconstitucionalidade, que discutem leis em tese, quanto em recursos ou outras ações em que litígios concretos são levados ao STF e lhe permitem anunciar e afirmar suas interpretações da Constituição.[14] Em linhas gerais, essa estrutura já existia antes de 1988. Aqui, a principal novidade da Constituição foi expandir o rol de atores políticos e sociais legitimados para pedir ao tribunal que se pronuncie sobre a constitucionalidade de uma lei em tese – o controle abstrato (BARROSO, 2006, p. 140). O controle abstrato e por via direta já existia

13 Vale registrar que não se trata de dizer que em apenas um dos dois modelos combinados no STF existiria "verdadeiro" controle de constitucionalidade. Esse controle ocorre em ambos. A questão é saber de que forma e em que condições ele é exercido: se o STF é o passo final e decisivo de uma série de outros passos já dados, no âmbito do Judiciário, sobre uma mesma questão concreta de aplicação da Constituição, ou se o STF atua como uma instituição especializada, interpretando o texto constitucional sem mediação de um caso concreto, exercendo poderes que não são compartilhados com o resto do Judiciário.

14 Foi com base no reconhecimento das vantagens desses múltiplos canais, por exemplo, que alguns ministros do STF procuraram defender o tribunal, criticando propostas de reformas durante a transição (Corrêa, 1987).

desde 1965, por meio das "representações de inconstitucionalidade" – o antepassado direto das atuais ações diretas de inconstitucionalidade. Entretanto, como as representações só podiam ser propostas pelo Procurador-Geral da República, que era demissível pelo Presidente da República e tinha discricionariedade para decidir se e quando levar uma questão ao tribunal, o grau de judicialização era baixo (CARVALHO, 2010).

É por esse motivo que o art. 103 da Constituição de 1988 representa uma mudança revolucionária no papel do tribunal na vida nacional: ele abriu inúmeras portas de entrada para demandas sociais e de minorias políticas na antes restrita agenda do STF.[15] Como já observado, essa ampliação de canais de acesso ao controle abstrato foi sobreposta à manutenção, praticamente na íntegra, das já tradicionais competências recursais e, em grande parte, de competências originárias que não tinham necessariamente relação com controle de constitucionalidade. O resultado, na prática, é um tribunal com dezenas de portas de acesso diferentes que indivíduos ou instituições podem utilizar para levar uma determinada questão ao conhecimento dos ministros. O 1º relatório do projeto *Supremo em Números* identificou 52 espécies processuais distintas dentro do STF logo após 1988 (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011):

QUADRO 1 – **ESPÉCIES PROCESSUAIS NO STF**

| ID | CLASSE PROCESSUAL |
|---|---|
| 1 | AÇÃO CAUTELAR |
| 2 | AÇÃO CÍVEL ORDINÁRIA |
| 3 | AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE |

15 Segundo o art. 103 da Constituição: "Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional". Sobre a importância da expansão desse leque de legitimidades, ver Carvalho (2010); Vianna et al. (2007). Mesmo que tribunais como o STF ainda possam manter alguma margem de manobra para, dentro dos casos que recebem, priorizar uns em detrimento de outros, a definição dessa pauta só pode recair sobre o conjunto – já limitado por fatores alheios à vontade dos ministros – dos casos que de fato foram judicializados. Sobre a relação entre abertura a minorias políticas e o grau de judicialização da política, ver Stone (1992) e Stone Sweet (2000).

| | |
|---|---|
| **4** | AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE |
| **5** | AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO |
| **6** | AÇÃO ORDINÁRIA |
| **7** | AÇÃO ORDINÁRIA ESPECIAL |
| **8** | AÇÃO PENAL |
| **9** | AÇÃO RESCISÓRIA |
| **10** | AGRAVO DE INSTRUMENTO |
| **11** | APELAÇÃO CÍVEL |
| **12** | ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL |
| **13** | ARGUIÇÃO DE IMPEDIMENTO |
| **14** | ARGUIÇÃO DE RELEVÂNCIA |
| **15** | ARGUIÇÃO DE SUSPEIÇÃO |
| **16** | CARTA ROGATÓRIA |
| **17** | COMUNICAÇÃO |
| **18** | CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES |
| **19** | CONFLITO DE COMPETÊNCIA |
| **20** | CONFLITO DE JURISDIÇÃO |
| **21** | EXCEÇÃO DA VERDADE |
| **22** | EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA |
| **23** | EXCEÇÃO DE LITISPENDÊNCIA |
| **24** | EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO |
| **25** | EXTRADIÇÃO |
| **26** | HABEAS CORPUS |
| **27** | HABEAS DATA |
| **28** | INQUÉRITO |

| | |
|---|---|
| **29** | INTERVENÇÃO FEDERAL |
| **30** | MANDADO DE INJUNÇÃO |
| **31** | MANDADO DE SEGURANÇA |
| **32** | OPOSIÇÃO EM AÇÃO CIVIL ORDINÁRIA |
| **33** | PETIÇÃO |
| **34** | PETIÇÃO AVULSA |
| **35** | PRISÃO PREVENTIVA PARA EXTRADIÇÃO |
| **36** | PROCESSO ADMINISTRATIVO |
| **37** | PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE |
| **38** | QUEIXA-CRIME |
| **39** | RECLAMAÇÃO |
| **40** | RECURSO CRIME |
| **41** | RECURSO EXTRAORDINÁRIO |
| **42** | RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA |
| **43** | RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS |
| **44** | RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS DATA |
| **45** | RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE INJUNÇÃO |
| **46** | REPRESENTAÇÃO |
| **47** | REVISÃO CRIMINAL |
| **48** | SENTENÇA ESTRANGEIRA |
| **49** | SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA |
| **50** | SUSPENSÃO DE LIMINAR |
| **51** | SUSPENSÃO DE SEGURANÇA |
| **52** | SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA |

Fonte: Supremo Tribunal Federal.

Evidentemente, nem todas essas portas de acesso têm igual importância do ponto de vista do funcionamento da instituição ou de como ela exerce seu poder.[16] Em especial, embora os mecanismos de controle concentrado e abstrato (sobretudo as ações diretas de inconstitucionalidade) mereçam mais atenção na literatura, quantitativamente o STF se apresenta como um tribunal recursal – uma corte suprema no topo do Judiciário ordinário, e não um tribunal constitucional especializado.[17]

TABELA 1 – **CLASSES PROCESSUAIS NO STF, 1988-2016**

| CLASSE | NOME | TOTAL | % |
|---|---|---|---|
| AI | AGRAVO DE INSTRUMENTO | 731108 | 42,8 |
| RE | RECURSO EXTRAORDINÁRIO | 558228 | 32,7 |
| ARE | RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO | 252054 | 14,7 |
| HC | HABEAS CORPUS | 61093 | 3,6 |
| RCL | RECLAMAÇÃO | 22595 | 1,3 |
| MS | MANDADO DE SEGURANÇA | 10501 | 0,6 |
| ARV | ARGUIÇÃO DE RELEVÂNCIA | 8719 | 0,5 |
| CR | CARTA ROGATÓRIA | 6914 | 0,4 |
| MI | MANDADO DE INJUNÇÃO | 6404 | 0,4 |

16 Vale notar que nem todas essas espécies processuais permaneceram ativas no novo marco constitucional. A "arguição de relevância", por exemplo, não foi recepcionada pela nova Constituição. Entretanto, é possível encontrar "arguições de relevância" tramitando no STF nos anos 1990. Por desconhecimento ou estratégia deliberada, as partes podem insistir na tentativa de empregar certos instrumentos processuais mesmo após a sua extinção formal na legislação. Mesmo que essas tentativas sejam malsucedidas e o STF as rejeite no fim das contas, os respectivos processos já farão parte do acervo formal do tribunal. Nas últimas duas décadas, a tendência é que várias dessas antigas portas de acesso ao STF deixem de ser opções viáveis, na prática, para obter uma manifestação do tribunal. Nesse sentido, por exemplo, a partir do banco de dados do "Supremo em Números", identificamos que, de 2008 até 2013, 14 daquelas 52 espécies processuais estavam "inativas", isto é, não haviam sido acionadas por nenhuma parte.

17 As três primeiras linhas se referem a recursos – "agravo de instrumento", "recurso extraordinário" e "recurso extraordinário com agravo".

| | | | |
|---|---|---|---|
| PET | PETIÇÃO | 5325 | 0,3 |
| ADI | AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE | 5324 | 0,3 |

Fonte: Supremo em Números (http://www.fgv.br/supremoemnumeros).

Independentemente das suas consequências sobre a carga de trabalho, essa extrema abertura introduzida pela Constituição amplia o leque de oportunidades para que o tribunal possa exercer poder. A imagem prototípica dos tribunais inclui um elemento de *inércia:* ao contrário de outras instituições, um tribunal só pode atuar se e quando provocado (SHAPIRO, 1986). As oportunidades de manifestação são precisamente os casos e questões levados ao tribunal. Por isso, mantendo-se tudo o mais igual, espera-se que quanto maior for o leque de atores que podem provocar a jurisdição do tribunal, mais favoráveis serão as condições para que essa instituição exerça o poder de que dispõe. Simplificadamente, sem casos, isto é, sem oportunidades de decisão, mesmo o tribunal com as mais amplas competências terá um papel bastante restrito no processo político.[18]

### 2.2 Escopo do controle de constitucionalidade

A Constituição operou transformações e inovações no que diz respeito aos *parâmetros* do controle de constitucionalidade. Trata-se aqui de saber que critérios o STF deve usar para avaliar a compatibilidade entre atos normativos e a Constituição. Neste item, ressaltaremos que as mudanças nesses critérios que ampliaram o poder do STF estão ligadas, sobretudo, à (i) regulação detalhada de um amplo conjunto de temas na Constituição, combinada à (ii) inserção de diversos princípios gerais e cláusulas abrangentes em vários pontos do texto constitucional e (iii) à ampliação das modalidades de controle judicial de constitucionalidade de modo a alcançar também as *omissões* legislativas.

Quanto mais condutas são reguladas por esses critérios, mais poderoso se espera que o tribunal possa ser, pois mais questões morais ou políticas podem ser tratadas como *problemas jurídicos*, que admitem soluções técnicas passíveis de serem encontradas por um juiz a partir da intepretação das decisões judiciais e legislativas. É o que ocorre, por exemplo,

18 Sobre o tema, ver Ginsburg (2003, p. 36-37 e seguintes). Arranjos jurídicos diferentes sobre o acesso ao tribunal produzirão estratégias distintas de acionamento do controle de constitucionalidade por parte de atores políticos e sociais – e, consequentemente, a diferentes padrões de relação entre o tribunal e a política. Ver, nesse sentido, Ríos-Figueroa; Taylor (2006).

com as regras do texto constitucional sobre a aposentadoria e as garantias de servidores públicos. De fato, a criação de regras específicas que determinam, com alto grau de detalhamento, certos comportamentos esperados do poder público cria amplas possibilidades de judicialização e intervenção judicial em conflitos que, na sua ausência, poderiam apenas ser resolvidos por meio de negociações ou mobilizações fora do Judiciário.

Vale notar, porém, que, para além das regras específicas, os princípios gerais presentes no texto constitucional também podem promover condições favoráveis à judicialização de conflitos políticos e sociais. Nesse sentido, por exemplo, mesmo na ausência de qualquer referência direta no texto constitucional à fidelidade partidária como condição para a manutenção do mandato parlamentar, o STF entendeu que a mera referência constitucional ao "Estado democrático de direito" (art. 1º) lhe fornece diretrizes para considerar que tal fidelidade é diretamente exigida pelo texto constitucional.[19] Um indicador quantitativo desse mesmo fenômeno em outra área do direito pode ser encontrado no fato de que, segundo o 2º relatório do projeto *Supremo em Números*, em 2012, 14,8% dos processos em tramitação no Supremo Tribunal Federal foram classificados pela própria corte como tratando de "direito do consumidor" (FALCÃO et al., 2013). No entanto, no texto constitucional, as poucas referências diretas ao tema das relações de consumo ou têm a forma de princípios gerais (por exemplo, na referência à "defesa do consumidor" como um dos princípios da ordem econômica, no art. 170) ou expressamente determinam que legislação posterior (e não a própria Constituição) definirão os parâmetros adequados (por exemplo, o art. 5º, XXXII: "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor").[20] Ou seja, a mera presença de princípios gerais referentes a relações de consumo pode ser suficiente para levar ao STF um grande número de casos

• • •

19 Entre as condições necessárias para que isso ocorra está a receptividade do pensamento jurídico nacional a que juízes e advogados utilizem princípios constitucionais para resolver diretamente casos concretos, sem mediação de legislação infraconstitucional. Em uma comunidade profissional em que essa abertura ao trabalho direto com princípios constitucionais esteja ausente, um caso como o da fidelidade partidária provavelmente teria um desfecho distinto e mais simples: sem regras constitucionais que determinem a perda de mandato nessa hipótese, seria difícil sustentar que os parlamentares não poderiam, por força da Constituição, trocar de partido e manter seu mandato. Sobre as relações entre a teoria constitucional dominante e interpretação judicial, ver Leal (2010).

20 Outros exemplos de referências desse tipo: art. 24 da Constituição: "Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico". Art. 150, § 5º: "A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços". Ver também o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: "O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor".

sobre o tema, ainda que o texto constitucional tenha explicitamente delegado os detalhes deste tema para a legislação infraconstitucional.[21]

Para além desses parâmetros decisórios referentes a temas específicos, a Constituição ampliou de forma radical as *modalidades* de atuação do STF ao autorizar o tribunal a se pronunciar não apenas sobre *atos* normativos dos poderes eleitos, mas também sobre suas *omissões*. Por meio de instrumentos como o mandado de injunção (MI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a Constituição de 1988 cria um novo horizonte de judicialização ao permitir que sejam decididos pelos ministros conflitos sobre inações dos poderes públicos que sejam alegadamente inconstitucionais.[22] Em especial, para além de abrir novas oportunidades de que casos cheguem ao tribunal, o mandado de injunção institui uma nova modalidade de controle de constitucionalidade e faz a decisão judicial incidir sobre tipos de condutas antes fora do alcance dos ministros do STF. Como veremos na seção 3, porém, logo no início dos anos 1990, o tribunal adotou uma interpretação extremamente restritiva desse mecanismo. Na prática, até uma mudança de posição dos ministros no ano de 2007, os mandados de injunção representavam um poder praticamente abandonado pelos ministros do STF.

### 2.3 Garantias perante os outros poderes

Por fim, resta considerar as proteções que a Constituição cria para impedir ou dificultar retaliações, por parte dos outros poderes, contra o tribunal e suas decisões. Trata-se de um aspecto fundamental para a configuração do poder judicial em uma dada comunidade. Afinal, pouco adiantaria dispor de amplos poderes de controle de constitucionalidade e ampla abertura para demandas trazidas pela sociedade se, uma vez tomada a decisão, ela pudesse ser fácil e simplesmente revertida por outras instituições, como o Congresso. Embora essas garantias normalmente sejam resumidas na ideia de "independência judicial", o problema é que, mesmo se há independência *dos juízes* individualmente considerados, é possível haver relativa dependência *da instituição judicial* em geral (FEREJOHN; KRAMER, 2002).[23] Desta forma, é possível que os juízes individuais estejam protegidos

• • •

21 Esse fenômeno pode estar relacionado à difusão, no pensamento jurídico brasileiro, de teorias da interpretação constitucional e "constitucionalização" de diferentes áreas do direito, incluindo o direito privado. Leal (2010) levanta hipótese de que essas teorias podem aumentar o número de casos considerados "difíceis" nas instâncias inferiores – casos que terão mais chance de gerar decisões divergentes e, assim, merecer a atenção dos tribunais superiores.

22 Art. 5°, LXXI, e art. 103, § 2°, da Constituição Federal.

23 Na história constitucional dos EUA, por exemplo, é muito raro que haja procedimentos tomados contra juízes específicos da Suprema Corte ou do judiciário federal, mas há vários exemplos de leis que alteram a composição ou a jurisdição da Corte com o propósito de "domesticar" o seu comportamento futuro. Se

de demissões arbitrárias ou de reduções no seu salário, mas ainda assim seja relativamente fácil para os poderes eleitos (i) alterar a composição da corte de forma a indicar uma maioria de ministros alinhados com seus interesses de curto prazo; ou (ii) alterar a competência do tribunal de forma a impedir que, no futuro, conflitos semelhantes venham a ser decididos pela instituição, evitando decisões desfavoráveis; ou, ainda, (iii) retaliar por meio de uma emenda constitucional "superadora" da interpretação que o tribunal deu a um determinado dispositivo constitucional.[24]

Dentro dos parâmetros lançados acima, onde situar o STF que a Constituição desenhou? Mais uma vez, as evidências apontam para um tribunal poderoso no que se refere às proteções que possui contra retaliações por parte dos outros poderes. Isso porque, para além das garantias individuais de independência de cada ministro – irredutibilidade de subsídios, vitaliciedade, inamovibilidade –, a Constituição garante ao Judiciário autonomia financeira e orçamentária e detalha textualmente a composição, a forma de indicação dos seus membros e as competências do STF.[25] Isso já aumenta significativamente o custo de qualquer mudança relevante na estrutura da corte. A título de comparação, vale notar que a Constituição dos EUA não especifica as competências da Suprema Corte, nem o seu número de membros, deixando a porta aberta para legislação infraconstitucional que seja estrategicamente aprovada por maiorias políticas que desejem alinhar a posição da maioria do tribunal com seus interesses – ou que prefiram simplesmente remover certas questões delicadas da esfera de jurisdição do tribunal. No caso do Brasil, como todos esses temas estão detalhados no texto constitucional, somente por meio de emenda seria possível remover competências ou mexer na composição do tribunal de modo a garantir maiorias de ocasião. Ao menos quando se enfocam os canais formais, a retaliação contra decisões do STF, seus ministros e a própria instituição parece ter um custo alto.[26]

• • •

o recurso a esses mecanismos se tornou cada vez mais raro ao longo do século XX, isso se explica mais em termos de cálculos dos atores políticos relevantes do que em termos de proibições constitucionais (FEREJOHN; KRAMER, 2002).

24 Sobre emendas e outras medidas legislativas "superadoras" da interpretação judicial de leis ou da própria Constituição, bem como do seu impacto sobre o comportamento dos próprios juízes, ver Epstein; Knight; Martin (2001). Para um mapeamento das medidas de retaliação política a princípio disponíveis no arranjo brasileiro, ver Ribeiro; Arguelhes (2013).

25 Arts. 99 e 101 e seguintes da Constituição Federal.

26 Para uma discussão de como esse dado pode afetar o comportamento judicial dentro de um modelo estratégico, ver Ribeiro; Arguelhes (2013).

## 3 O Supremo recriado por seus ministros

Na seção anterior, vimos que a Constituição de 1988, apesar de manter intacta a estrutura básica do STF, tornou-o mais poderoso do que suas encarnações constitucionais anteriores. Nesta seção, discutiremos alguns exemplos de como a prática institucional e as interpretações dos próprios ministros do STF transformaram esse cenário básico delineado na seção anterior.[27]

### 3.1 Restrições

Um campo em que a interpretação constitucional feita pelos ministros se mostrou tão relevante quanto o desenho original adotado em 1988 diz respeito aos canais de acesso ao tribunal. Um claro exemplo pode ser encontrado no art. 103 da Constituição que, como vimos, foi o principal motor, no texto da Constituição, da abertura do STF à sociedade. Entretanto, o texto do art. 103 não é suficiente para definir, no direito constitucional brasileiro, quais atores e instituições podem ajuizar ações diretas de inconstitucionalidade e provocar o STF a exercer seu poder de controle abstrato de constitucionalidade. O tribunal pós-constituinte não tardou a adotar uma postura mais restritiva do que o desenho expresso no texto constitucional. Em uma série de decisões de 1989 ao início dos anos 1990, os ministros criaram uma distinção jurídica que não existia no art. 103 da Constituição: somente os legitimados "universais" poderiam propor ações diretas de inconstitucionalidade sobre qualquer tema, enquanto os legitimados "especiais" só poderiam iniciar esse procedimento de controle contra leis que envolvessem sua esfera de atuação. As "confederações sindicais" e "entidades de classe de âmbito nacional", por exemplo, previstas no inciso IX do art. 103 da Constituição, foram tratadas como legitimados "especiais".[28] Na prática, essa criação jurisprudencial limitou as possibilidades de participação, no fórum do controle de constitucionalidade, de organizações sociais que os constituintes haviam expressamente incluído no diálogo maior da jurisdição constitucional.[29]

• • •

27 Vale ressaltar que, nos anos que se seguiram à promulgação da Constituição, houve importantes mudanças legislativas formais nas competências do STF. Em 1993, por exemplo, a Emenda Constitucional n. 3, que tornou explícito o efeito vinculante das decisões do tribunal em sede controle abstrato de constitucionalidade. Vale ressaltar também as leis que regulam em detalhes o procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade e das arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) (Leis n. 9.868/99 e 9.882/99, respectivamente), além da Emenda Constitucional n. 45/2004 (a chamada "Reforma do Judiciário"). Para uma discussão do possível impacto desses novos poderes sobre o comportamento do tribunal, ver Desposato; Ingram; Lannes Jr. (2015).

28 Ver, por exemplo, o julgamento na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 138-8-RJ, julgada em 14.02.1990.

29 Nas palavras de Barroso (2006, p. 146-147), para o STF, "é preciso que haja uma relação lógica entre a questão versada na lei ou ato normativo a ser impugnado e os objetivos sociais da entidade requerente.

De modo geral, o STF pós-transição demonstrou uma antipatia pelas inovações constitucionais que lhe permitiriam controlar omissões legislativas, sobretudo o mandado de injunção.[30] No MI 107, decidido em 1989, uma maioria de ministros entendeu que, ainda que se constatasse uma omissão legislativa violadora da Constituição no julgamento de um mandado de injunção, a decisão não serviria para nada além de notificar oficialmente o órgão competente de sua omissão. Em seu voto vencedor, o Ministro Moreira Alves defendeu a tese de que qualquer outra interpretação deste instituto significaria conceder ao Supremo (i) poderes legislativos (caso se criasse a regra faltante, ainda que provisoriamente, até a manifestação do Congresso); ou (ii) o poder de sancionar o Congresso por não ter legislado. Nenhum desses dois tipos de poderes, segundo a perspectiva de Moreira Alves, poderia ser atribuído ao tribunal.

Essa posição vencedora não era a única tecnicamente possível à época. Como notou o Ministro Sepúlveda Pertence em seu voto, uma posição compatível com o texto constitucional permitiria ao STF que criasse uma regra provisória, aplicável somente à parte que alegou a omissão legislativa.[31] No fim das contas, porém, Pertence tolerou a posição restritiva, ainda que por outras razões: era muito cedo, em 1989, para se considerar que o Congresso se encontrava em "mora legislativa". O processo democrático exigiria do STF que esperasse mais antes de intervir. Ainda assim, a decisão da Corte significou, na prática, a morte provisória do mandado de injunção. Só quase duas décadas depois – em 2007, como veremos a seguir –, é que este cenário se alteraria por meio de uma mudança de interpretação do próprio STF.

### 3.2 Transformando restrições em expansões

Ao longo do tempo, o tribunal pode revisitar a jurisprudência restritiva adotada por uma composição de ministros anterior, substituindo restrição por expansão. O que foi limitado por interpretação pode – justamente por isso – ser reaberto também por interpretação. Esse processo é especialmente fácil em um sistema em que não há compromisso com a noção de *stare decisis* ou precedente horizontal, isto é, com a força vinculante dos precedentes, em

• • •

Vale dizer: a norma contestada deverá repercutir direta ou indiretamente sobre a atividade profissional ou econômica da classe envolvida, ainda que só parte dela seja atingida".

30 Para um diagnóstico da época em que essas decisões restritivas foram tomadas, ver Barroso (1993).

31 Segundo o Ministro Pertence: "A idéia é fértil, não há dúvida: acertada a existência de um direito constitucional dependente de regulamentação, o processo seria paralisado e ao Supremo Tribunal caberia apenas decidir aquela questão prejudicial definindo a norma, no caso concreto; norma, porém, que, para evitar a repetição e a contradição, se tornaria de eficácia *erga omnes* para a decisão, na justiça competente, de todos os casos similares" (Voto vencido na Questão de Ordem no MI 107-3/DF, p. julgado em 23.11.89 p. 70).

uma decisão de hoje, para os próprios tribunais que os criaram no passado.[32] Um exemplo desse fenômeno pode ser encontrado na recente guinada do STF com relação ao mandado de injunção. Vimos acima que, logo após a promulgação da Constituição, o STF entendeu que os mandados de injunção eram instrumentos de virtualmente nenhuma utilidade prática: só serviriam para comunicar à autoridade legisladora que a mesma deveria legislar para regulamentar certo artigo da Constituição. Em 2007, porém, o tribunal mudou de postura ao decidir uma série de mandados de injunção coletivos sobre direito de greve de servidores públicos – um direito já previsto no texto constitucional, mas que, nos termos da própria Constituição, deveria ser exercido nos termos de lei infraconstitucional.[33]

Um desses casos, aliás, o MI 670, ilustra bem a importância da passagem do tempo – com consequentes mudanças na composição do tribunal – para operar transformações de interpretações restritivas em expansivas. O MI 670 começou a ser julgado ainda em 2003. Na época, o Relator, Ministro Maurício Corrêa, observou que "não pode o Poder Judiciário, nos limites da especificidade do Mandado de Injunção, garantir ao impetrante o direito de greve", pois, se o fizesse, "substituir-se-ia ao legislador ordinário". Em um voto de apenas duas páginas, o Ministro Corrêa se limitou a declarar a omissão do Poder Legislativo, simplesmente reiterando a jurisprudência firmada no MI 107, quase 15 anos antes. Contudo, em razão de um longo pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes, o julgamento do MI 670 só veio a continuar anos depois. Já em 2007, uma composição quase inteiramente renovada do tribunal decide se afastar do antigo *leading case* e considerar que o STF deveria, ao decidir o mandado de injunção, indicar quais regras seriam provisoriamente aplicáveis à greve dos servidores públicos, até que o Congresso se manifestasse sobre o tema.

### 3.3 Expansões

Em vários momentos, o tribunal utiliza seu poder de interpretação constitucional também para ampliar competências previstas no texto constitucional – e até mesmo desenvolver

• • •

32 Sobre o conceito de *stare decisis*, ver Schauer (1987). No caso do Brasil, um fator adicional de liberdade para o tribunal em relação às suas decisões passadas é que parece não haver consenso, na prática da instituição, sobre o que conta como um precedente, como operacioná-lo e como ele deve ser aplicado. Para uma discussão desses problemas à luz de um caso concreto, cf. Leal (2015). Arguelhes e Ribeiro (2015) apontam ainda para a possibilidade individualização do repertório de jurisprudência do tribunal, com cada ministro formando a sua própria versão do que seriam os precedentes do tribunal e partir de decisões monocráticas.

33 Desde o MI 107, o tribunal já vinha sinalizado com algumas flexibilizações em sua rígida visão desse instrumento, mas sem de fato mudar de posição quanto à impossibilidade de o próprio STF criar as regras necessárias para sanar a omissão legislativa. Sobre o tema, ver Voronoff (2012).

para si, sem base textual clara, novos poderes.[34] Em uma mesma geração de ministros do STF, movimentos autorrestritivos em uma direção podem coexistir com expansões de poder em outros sentidos. Neste artigo, apresentaremos apenas um exemplo já consolidado de expansão de competências por interpretação: a possibilidade de controle prévio de constitucionalidade de propostas de emenda à Constituição, por parte do STF, por meio de mandados de segurança ajuizados por parlamentares.[35]

No MS 20.257, decidido em 1980, o voto vencedor do Ministro Moreira Alves apresentou uma tese ousada. O ministro reconhecia que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade não admite controle judicial *prévio*, isto é, o Judiciário não pode verificar, durante o processo legislativo, a compatibilidade entre um projeto de lei (ou de emenda constitucional) e cláusulas constitucionais. Só compete ao juiz *reprimir* violações à Constituição, por meio da anulação de leis *já promulgadas*. Contudo, tendo em vista que os dispositivos constitucionais também regulam o próprio processo legislativo, é preciso aplicar a Constituição às próprias deliberações do Congresso no que se refere às regras de processo legislativo. Mais ainda, os parlamentares têm um direito individual a só participar de procedimentos legislativos que respeitem as regras do jogo traçadas na Constituição.

Uma vez que se reconheça esse direito individual, os atos formais da Câmara ou do Senado que fazem tramitar projetos de lei ou emenda violadores dessas regras procedimentais podem ser judicialmente questionados *por cada parlamentar*. Por meio de mandado de segurança, o deputado ou senador pode exigir que o STF impeça a tramitação da proposta violadora da Constituição. Mais ainda, o voto do Ministro Moreira Alves no MS 20.257 admite expressamente que esse controle judicial prévio – essa intervenção no próprio processo deliberativo do Congresso – pode se estender às emendas constitucionais no caso de violação de "cláusulas pétreas", isto é, às partes da Constituição que não podem ser alteradas sequer por emenda constitucional. Isso porque, segundo o ministro, a Constituição formulava as "cláusulas pétreas" como regras procedimentais, ao prever que "não será objeto de deliberação proposta de emenda constitucional tendente a abolir a Federação ou a República".[36]

• • •

34 A ampliação de poderes do tribunal por meio de interpretação constitucional é um fenômeno familiar em diversos sistemas jurídicos. Entre os inúmeros exemplos, está o famoso caso *Marbury v. Madison,* decidido em 1803 nos EUA, no qual a Suprema Corte anuncia sua competência – não expressa no texto constitucional – de declarar a inconstitucionalidade de leis federais. Cf. Ginsburg (2003) e Stone Sweet (2007).

35 Ver Barroso (2006). Süssekind (2014) analisa em detalhes o processo de formação e manutenção, inclusive após a constituinte, dessa linha jurisprudencial. Para um ponto de vista de um de seus ministros sobre esses casos, ver Pertence (2007).

36 A Constituição de 1988 reproduziu a fórmula da Constituição de 1967 quanto às cláusulas pétreas (art. 60, § 4º: "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir [...]"), ampliando

Seguindo esse raciocínio na decisão, os ministros criaram um poderoso canal de atuação para o STF, pelo qual podem impedir a tramitação de PECs que contrariem as "cláusulas pétreas" da Constituição.[37] Essa construção jurisprudencial foi renovada pelo STF no início dos anos 1990 em diversos casos, ainda que, no sistema desenhado pela Constituição de 1988, não haja qualquer previsão de controle judicial *prévio* de constitucionalidade. Por exemplo, no MS 21.648, decidido em 05.05.1993, em que se discutia a constitucionalidade de uma proposta de emenda à Constituição, a reiteração jurisprudencial ficou clara. Houve amplo reconhecimento, pela maioria dos ministros, que mandados de segurança de parlamentares contra PECs violadoras da Constituição podem ser julgados no mérito pelo STF.[38]

Embora o STF apresente essa linha jurisprudencial como uma proteção aos parlamentares, ela na prática significa uma ampliação do poder do próprio STF. É preciso considerar que o tribunal concedeu a cada parlamentar, e não ao seu partido ou à presidência da Casa, um poder de veto sobre a produção legislativa do país *que a Constituição de 1988 só reconhece ao partido político ou à Presidência da Casa*, por meio de ações diretas de inconstitucionalidade. Ao fazê-lo, o tribunal expandiu significativamente tanto o acesso à sua jurisdição quanto às formas pelas quais pode exercer o controle sobre os atores políticos (com a inclusão do controle preventivo, e não apenas repressivo e posterior à promulgação do texto legal). Hoje, no Brasil, um parlamentar individual não pode propor ação direta de inconstitucionalidade, mas pode ajuizar um mandado de segurança para impedir a deliberação legislativa sobre uma proposta de emenda à Constituição que considere violadora de cláusulas pétreas. Para o STF, trata-se de um poder de controle e monitoramento

• • •

apenas *quais* elementos do texto constitucional são considerados cláusulas pétreas ("I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais").

37 No MS 20.257, o *resultado* em si da decisão foi irrelevante, pois os ministros consideraram que, naquele caso específico, a PEC questionada não violava cláusulas pétreas.

38 Ver, por exemplo, o voto do Ministro Relator Octavio Gallotti: "Tenho como extreme de dúvidas, conforme assentado nos precedentes que informam o parecer [do Procurador-Geral da República], tanto o cabimento do de segurança contra o processamento do projeto de lei ou proposta de emenda cujo objeto se pretenda ser vetado pela Constituição, como a legitimidade, para impetrá-lo, de qualquer participante do processo legislativo (Deputado ou Senador)". Ver também o voto do Ministro Carlos Velloso, que ressaltou "a decisão memorável" na qual o STF "admitiu o controle de constitucionalidade do processo de emenda constitucional por parte dos parlamentares [...] mediante o mandado de segurança". Ver, porém, o voto vencido do Ministro Paulo Brossard, observando que esta interpretação concederia poderes excessivos ao STF para atuar sobre a esfera congressual, prevendo que, "persistindo nesse plano inclinado, o Supremo Tribunal Federal terminaria por organizar a ordem do dia da Câmara ou do Senado".

do processo legislativo que surge da sua jurisprudência dos anos 1980 – e não de um arranjo deliberadamente criado pelo texto constitucional de 1967 ou de 1988.[39]

### 3.4 Flexibilidade decisória?

Para além dessas mudanças explícitas nas regras que estruturam sua competência, em muitos aspectos a prática institucional do tribunal parece ter se desenvolvido de crescente flexibilidade, por parte dos ministros, na configuração do seu poder e das oportunidades de exercê-lo. Dois exemplos podem ser encontrados nas formas pelas quais o tribunal (i) filtra quais casos serão efetivamente julgados por seus ministros, e quais serão simplesmente rejeitados em decisões monocráticas; e (ii) determina sua agenda o *timing* de suas decisões.[40] Embora ainda não haja estudos sistemáticos suficientes sobre esses dois pontos, alguns dados e análises já disponíveis são bastante sugestivos. Com relação ao primeiro ponto, em termos quantitativos, nas últimas duas décadas e meia, o STF tem sido basicamente um conjunto de ministros – ou, mais precisamente, de gabinetes de ministros – que resolvem casos sozinhos. Das mais de 1,3 milhão de decisões que o STF tomou de 1988 até 2011, menos de 0,6% foram tomadas pelos 11 ministros reunidos em Plenário. Se, no desenho original de 1988, o STF foi pensado como um órgão colegiado, ao menos em termos quantitativos o tribunal parece ter se transformado em algo distinto na prática (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2013; HARTMANN; FERREIRA, 2015).

Com relação ao segundo ponto, embora o prazo dos pedidos de vista esteja limitado pela obrigação de devolver o processo "na segunda sessão ordinária subsequente" (art. 134 do Regimento Interno do STF), o regimento parece não dar conta de como esse poder individual dos ministros funciona na prática. Segundo o 3º relatório do projeto *Supremo em Números*, de outubro de 1988 a dezembro de 2013, houve 2.987 pedidos de vista no STF, relativos a 2.226 processos[41] (FALCÃO; HARTMANN; CHAVES, 2014). De acordo com os autores do

• • •

39 Outro exemplo de transformação, por interpretação, contra o arranjo deliberado criado pelo constituinte pode ser encontrado na tentativa de alguns ministros do Supremo de afirmarem que toda e qualquer decisão do tribunal tem efeito vinculante, independentemente do tipo de processo em que foi tomada. Essa proposta, que em última instância não obteve maioria dentro do tribunal, foi originalmente lançada pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto na Reclamação 4.335. Para uma discussão dessa tese a partir de dados quantitativos sobre o funcionamento do controle concreto de constitucionalidade no Supremo, cf. Santos (2014).

40 Veríssimo (2008) fala em um possível "*writ of certiorari* à brasileira", fazendo uma analogia ao mecanismo pelo qual a Suprema Corte dos EUA discricionariamente escolhe ou rejeita casos. Embora ainda não haja trabalhos empíricos suficientes a respeito, já há indicadores de que, no que se refere à capacidade de escolher que casos julgar (e quando julgá-los), a distância entre o STF e a Suprema Corte dos EUA parece ser menor do que se pensava. Cf. Arguelhes; Hartmann (2014).

41 Levando-se em conta apenas os processos já tramitando no plenário ou nas turmas (isto é, processos

relatório, desse conjunto de pedidos, 124 ainda não tinham sido devolvidos até 31 de dezembro de 2013. Se considerarmos apenas os pedidos já devolvidos, a duração média das vistas foi de 349 dias, com cerca de 20% dos pedidos ficando dentro do prazo previsto no regimento. Dentre as vistas não devolvidas, apenas 5,3% ficaram dentro do prazo, e a duração média foi de 1.095 dias.

Além disso, tanto no grupo de casos devolvidos quanto no de não devolvidos, há inúmeros exemplos de processos que permaneceram "em vista" com ministros por milhares de dias. Em alguns casos, o pedido de vista de um mesmo(a) ministro(a) se prolongou por quase uma década. Mais uma vez, embora ainda haja um longo caminho a se percorrer na análise e intepretação desses dados, é impossível ignorar a discrepância entre a prática institucional e as previsões legais. Essa discrepância parece apontar para um tribunal que não está sujeito a constrangimentos institucionais externos à vontade dos seus próprios ministros na determinação do *timing* de suas decisões.[42] Para além das regras constitucionais que explicitamente estruturam seu poder, portanto, a prática decisória do tribunal é decisiva para compreender o grau de liberdade – e, consequentemente, de poder – de que os ministros do STF dispõem.

## 4 Novas transformações à vista: de ponto de veto a primeira câmara?

Na seção anterior, discutimos como o STF tem mais controle sobre sua agenda e seus poderes do que a leitura do texto constitucional de 1988 sugeriria à primeira vista. A grande maioria das interpretações que o tribunal faz de sua própria competência se integra ao direito constitucional brasileiro, não apenas porque, segundo o próprio STF, sua interpretação é a última palavra sobre o significado do texto constitucional,[43] mas também porque somente por meio de emendas constitucionais seria em tese possível aos outros poderes rejeitarem essas interpretações. Por meio de interpretação constitucional, portanto, o tribunal

• • •

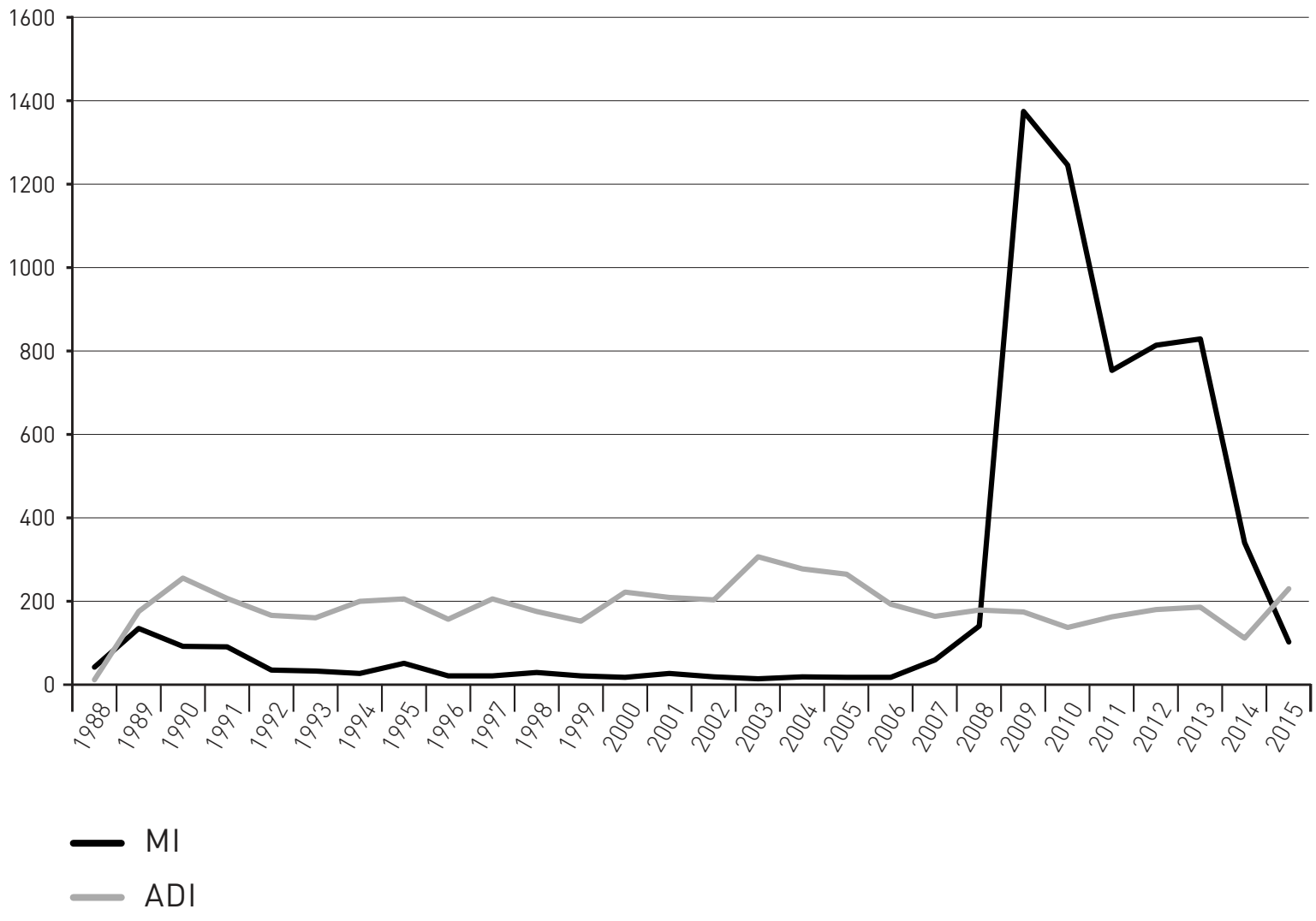
nos quais existiria a possibilidade de um pedido de vista ocorrer), isso significa que as vistas abrangem apenas 2,2% dos casos do tribunal. Trata-se, portanto, de prática bastante seletiva.

42 Para uma discussão das implicações desses dados sobre a visão oficial de como o STF funciona, além de testes empíricos adicionais, cf. Arguelhes; Hartmann (2014). Arguelhes e Ribeiro (2015) identificam um padrão substantivo em algumas dessas discrepâncias entre normas oficiais e práticas institucionais no Supremo, apontando para uma crescente individualização do poder dos ministros às expensas do poder dos colegiados (Plenário e Turmas) do tribunal. O impacto desses poderes individuais sobre o próprio resultado das decisões colegiadas merece ser analisado de maneira mais detida. Em seu estudo sobre ADIs, por exemplo, Oliveira (2012) observa que o voto do relator tende a prevalecer em cerca de 99% dos casos nas decisões do plenário.

43 Para exemplos de manifestações dos ministros do STF nesse sentido, ver as notas 5 e 8, *supra*.

pode ampliar ou restringir o escopo de sua própria jurisdição, bem como as vias para acessá-la, impedindo que certos casos potenciais sejam levados para o seu julgamento ou facilitando que certos temas ou questões entrem na sua pauta decisória.[44] No gráfico abaixo, podemos observar a possível influência, ao longo do tempo, das interpretações feitas pelo STF – tanto as restritivas quanto as expansivas – sobre as estruturas que definem o seu próprio poder e o acesso à sua jurisdição:

GRÁFICO 1 – **MANDADOS DE INJUNÇÃO (MIS) E AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADIS) NOVOS POR ANO, 1988-2015**




Fonte: Supremo em Números (http://www.fgv.br/supremoemnumeros).

44 Para discussão da jurisprudência restritiva do STF pós-constituinte quanto ao controle abstrato de constitucionalidade, ver Arguelhes (2014a).

Embora não se possa aqui fazer qualquer afirmação de causalidade, o Gráfico 1 nos permite ver os pontos em que o comportamento de atores externos, no que se refere à quantidade e aos tipos de demandas que levam ao STF, pode ter sido influenciado por mudanças das regras do jogo geradas por interpretações judiciais. Nos dois primeiros anos após a promulgação da Constituição, uma tendência de rápido crescimento nos mandados de injunção e nas ações diretas de inconstitucionalidade parece se encerrar no mesmo período em que o STF estava restringindo o acesso à ação direta de inconstitucionalidade (por meio da exigência de "pertinência temática") e praticamente inutilizando o mandado de injunção. Em sentido contrário, após a mudança de jurisprudência no caso da greve dos servidores públicos em 2007, há uma explosão de novos mandados de injunção chegando ao tribunal. Essa correlação pode indicar que a mudança de posição do STF sinalizou um "renascimento" desse instrumento aos olhos de potenciais litigantes.

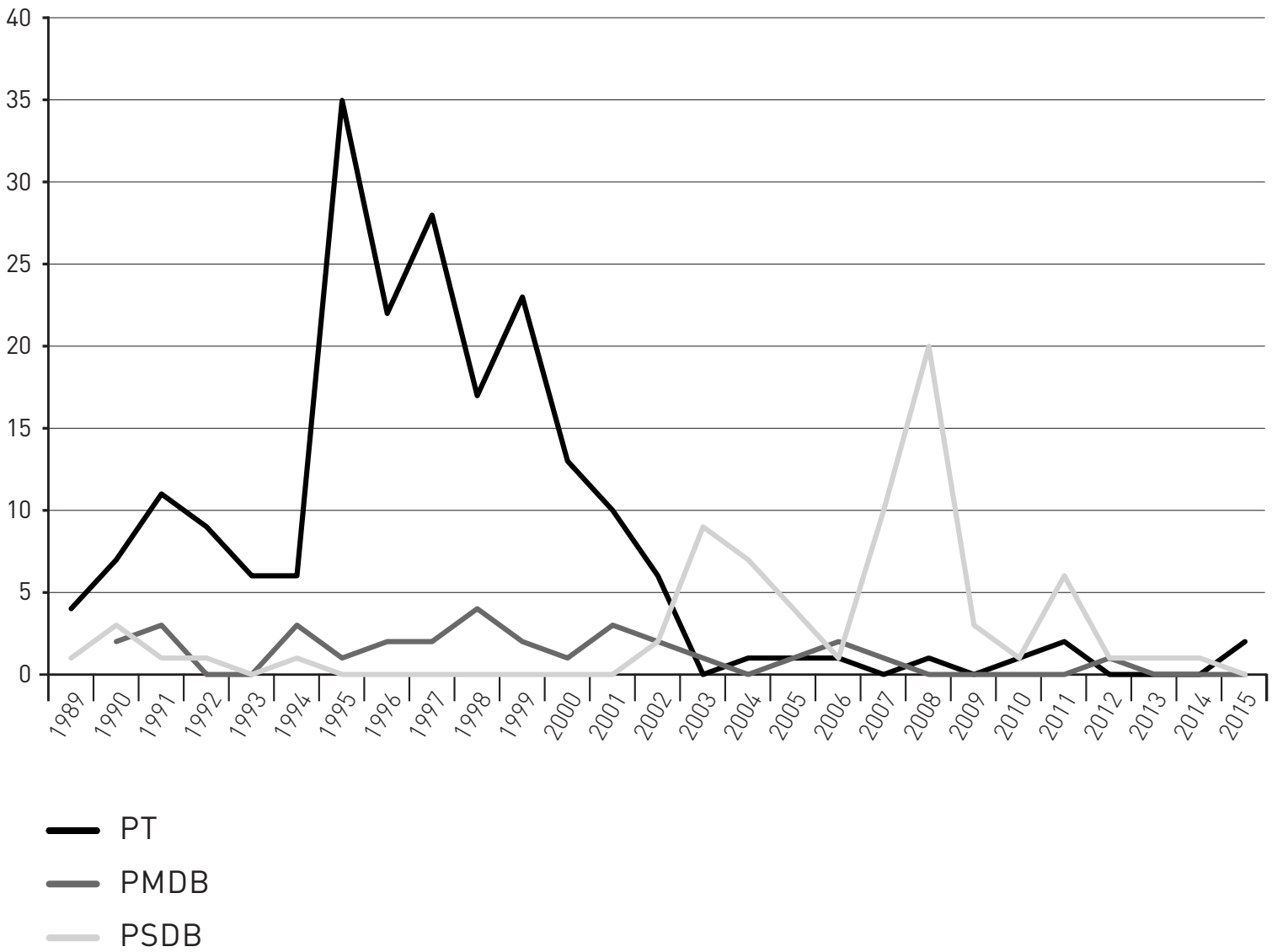
O que dizer das tendências com relação às ações diretas de inconstitucionalidade nos últimos anos? Elas têm sido utilizadas como indicador fundamental da participação do tribunal na vida política do país. Grande parte da literatura sobre a judicialização da política no Brasil observa no aumento de ações diretas de inconstitucionalidade a partir de 1988 um indicador da crescente participação do STF na política brasileira.[45] Embora o *mainstream* da literatura sobre processo decisório no Brasil não incorpore sistematicamente o Judiciário como ator relevante, uma vertente de pesquisa inaugurada por Taylor (2007) tem se preocupado em afirmar a importância do Poder Judiciário, e particularmente do STF, como um recurso a ser acionado por "vozes minoritárias" para contestar ou influenciar a produção de políticas públicas. Nesse caso, o STF pode ser usado como um ponto de veto no processo decisório ou como recurso protelatório em que os atores minoritários marcam suas posições.

Taylor argumenta ainda que o Judiciário pode atuar não apenas após a aprovação de uma política pelo Legislativo, por meio dos recursos de controle de constitucionalidade, como também antes, por meio de sinalizações em pronunciamentos públicos, reuniões formais com o Executivo ou Legislativo, ou ainda por meio do uso de liminares – tal como mostrado anteriormente. A observação dos recursos de partidos políticos no STF desde 1988 parece corroborar o uso estratégico da Corte como ponto de veto: o PT ingressa com mais ações no STF durante o governo PSDB e vice-versa – observa-se que o PMDB, partido que compôs

45 Vianna, Burgos e Salles (2007, p. 43 e 44) afirmam que não apenas "as Adins já fazem parte do cenário natural da moderna democracia brasileira", como acrescentam que "elas fazem com que o país, sob a forma como se apresenta hoje, não seja mais governável sem elas. Aqui, além de ser instrumento da defesa de minorias, sua origem constitucional clássica, a Adin também é recurso institucional estratégico de governo, instituindo, na prática, o Supremo Tribunal Federal como um conselho de Estado do tipo prevalecente em países de configuração unitária".

a coalizão em ambos os governos, não teve um comportamento estratégico no sentido indicado durante o período. Nesse sentido, a hipótese de Taylor uso do STF como arena de veto parece se sustentar.

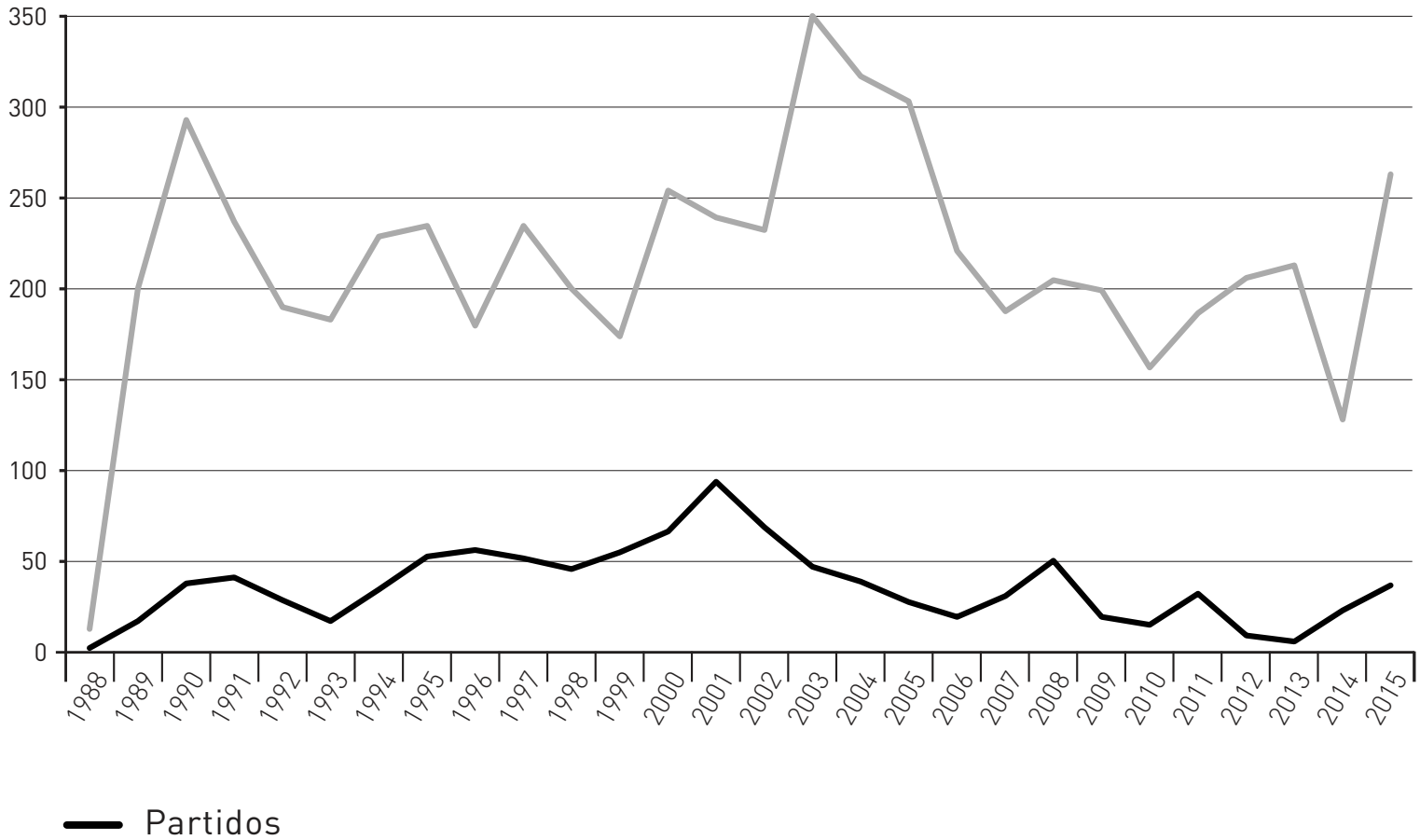
GRÁFICO 2 – **AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADIS) INICIADAS POR PT, PSDB E PMDB (1988-2015)**




Fonte: Supremo em Números (http://www.fgv.br/supremoemnumeros).

Ao mesmo tempo, porém, os dados revelam um fenômeno interessante. Como se observa com mais clareza no gráfico a seguir, as ações diretas de inconstitucionalidade propostas por partidos políticos têm apresentado uma pronunciada tendência de queda ao longo do tempo, desde o início da década passada – uma tendência que não é imediatamente observável, nos mesmos termos, com relação às ADIs em geral. Como explicar esse fenômeno a partir da literatura existente sobre as razões pelas quais atores políticos judicializam suas disputas?

GRÁFICO 3 – **AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADIS) DE PARTIDOS POLÍTICOS (1988-2015)**




Fonte: Supremo em Números (http://www.fgv.br/supremoemnumeros).

Ainda não há respostas conclusivas para essa pergunta. Mas, a partir dos dados acima e das discussões apresentadas nas sessões anteriores, levantamos uma hipótese: há uma crescente demanda social por atuação do STF como *primeira câmara legislativa*, e não como arena de veto ou ator com poder de veto. A análise de Taylor e a literatura sobre judicialização da política em diversos países se concentram na possibilidade de tribunais atuarem como uma espécie de "terceira câmara legislativa" no processo político decisório: eles participam nesse processo depois de algum passo inicial dado por uma maioria legislativa sob a forma de uma mudança (ou tentativa de mudança) na ordem jurídica.[46] Nesse cenário, ainda que se reconheça que a intervenção judicial altera o conteúdo das políticas públicas

46 Nas palavras de Stone (1992, p. 212), "Constitutional jurisprudence is nothing more or less than the lasting, written record of a third reading by a third institution required to give its assent on a bill before promulgation".

aprovadas pela maioria legislativa, a primeira instituição a se mover é necessariamente o Congresso ou o Executivo, alterando a legislação existente. O Supremo surge como um ator com poder de veto posterior.

Uma possível hipótese para explicar a queda no uso de ações diretas de inconstitucionalidade por partidos políticos, porém, é que outros mecanismos processuais que vêm sendo (re)descobertos pelo STF permitem que o tribunal intervenha em questões sobre as quais não houve qualquer alteração, pela maioria governante, do *status quo* legislativo. Aqui, o tribunal agiria como *primeira* instituição a se pronunciar sobre uma determinada questão, em um espaço decisório criado pelos poderes políticos. Essa nova forma de atuação pode permitir com que minorias políticas acessem a jurisdição do tribunal sem passar pela esfera majoritária – isto é, sem que suas agendas tenham necessariamente sido derrotadas em uma decisão política do Congresso. Nesse cenário, supondo que a atuação como "primeira câmara" seja percebida como possibilidade concreta para atores políticos e sociais ao redor do tribunal, certas demandas que antes eram judicializadas por partidos políticos minoritários por meio de ações diretas de inconstitucionalidade podem ter sido canalizadas para outros instrumentos, como o mandado de injunção e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). São instrumentos que, ao contrário das ações diretas de inconstitucionalidade, permitem que o tribunal se pronuncie sobre temas que, na prática, as legislaturas contemporâneas não chegaram a decidir expressamente.

Após a mudança jurisprudencial de 2007, como já observado, o número de mandados de injunção começa a crescer de forma muito acentuada. Esse pode ser um indicador da demanda por atuação legislativa direta do STF, em vez de atuação "repressiva" sobre legislação já criada pelo Congresso. Com efeito, em contraste tanto com o mandado de injunção, quanto com a ADPF, as ações diretas de inconstitucionalidade enfocam basicamente o direito legislado pós-1988. O mandado de injunção viabiliza uma decisão do STF, ainda que provisória, sobre temas que não foram objeto de decisão do Legislativo. A ADPF, por sua vez, permite que o STF se manifeste diretamente sobre um conjunto de objetos muito ampliado em relação à ação direta de inconstitucionalidade, incluindo legislação pré-constitucional, decisões judiciais e outros atos e omissões do poder público. O comportamento dessas demandas específicas – os mandados de injunção e as arguições de descumprimento de preceito fundamental – pode ajudar a testar a hipótese de que o tribunal tem sido receptivo a uma demanda crescente por atuação como *primeira câmara legislativa*. Essa hipótese não exclui outras explicações possíveis para a diminuição do número de ações diretas de inconstitucionalidade de partidos políticos ao longo dos anos, mas chama a atenção para novos papéis que o tribunal pode assumir e que ainda não foram objeto de estudo sistemático.

Nesse sentido, um indício de atuação do STF como primeira câmara pode ser encontrado na ADPF 132, decidida em 2011. Em decisão unânime, o tribunal considerou que a Constituição exige o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Nesse caso, a jurisdição do tribunal foi provocada não contra uma lei aprovada pelo Congresso

e que representaria um ataque a direitos de minorias. O que se pediu ao tribunal foi que considerasse inconstitucional o fato de que o Código Civil, em seu art. 1.723, prever apenas a união estável entre homens e mulheres. É possível descrever essa situação como uma "omissão", como fizeram alguns dos ministros.[47] Mas, se, no caso dos mandados de injunção, a "omissão" é algo determinado por parâmetros estritos do próprio texto constitucional – é preciso que o Congresso não tenha criado uma lei *expressamente exigida pela Constituição* –, no caso da ADPF 132 a "omissão" é definida de forma muito mais fluida e potencialmente problemática.

Não se trata de fato de ausência de lei, mas da *existência de uma lei inadequada*. Considerou-se "omissão" um cenário no qual os ministros acreditam que, com o passar do tempo e a transformação de valores e costumes na sociedade brasileira, a legislação que já existe não atende a exigências constitucionais. O STF formulou regras sobre um tema que, a juízo dos ministros, deveria ter provocado – mas não provocou – a formulação de novas normas jurídicas, incluindo talvez emendas à própria constituição. Em vez de arena de veto, os demandantes fizeram do STF uma arena legislativa primária: dada uma questão política nova, gerada pela mudança na sociedade, pede-se ao STF que formule o tratamento constitucional adequado.

Mais do que primeira câmara, porém, o STF talvez tenha sido a *única* câmara a formular regras sobre o tema. A leitura do acórdão sugere que não sobrou, para o Congresso Nacional, nenhum espaço relevante para legislar sobre o tema – por exemplo, criando regras diferentes para a adoção por casais entre pessoas do mesmo sexo e de sexos diferentes. Em trecho de seu voto que foi reproduzido na ementa do acórdão, o Ministro Relator Ayres Britto determinou que dava a referida intepretação ao 1.723 do CC:

> [...] para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como "entidade familiar", entendida esta como sinônimo perfeito de "família". Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADPF 132, p. 49 do acórdão).

É verdade que o próprio acórdão registra a divergência de pelo menos três ministros com relação à tese da impossibilidade de diferenciação legislativa entre uniões homossexuais e

47 Ver, por exemplo, o voto do Ministro Marco Aurélio na ADPF 132: "[E]is o cerne da questão em debate: saber se a convivência pública, duradoura e com o ânimo de formar família, por pessoas de sexo igual deve ser admitida como entidade familiar à luz da Lei Maior, considerada a omissão legislativa. [...] Seria possível incluir nesse regime uma situação que não foi originalmente prevista pelo legislador ao estabelecer a premissa para a consequência jurídica? Não haveria transbordamento dos limites da atividade jurisdicional? A resposta à última questão, adianto, é desenganadamente negativa".

uniões heterossexuais.[48] Mas parece plausível dizer que a posição majoritária no tribunal foi no sentido apontado pelo Ministro Carlos Ayres Britto. Se é assim, fica difícil ver qual o espaço afinal deixado ao Congresso na regulamentação do tema. Ao contrário do que ocorre nas regras que o tribunal criou nos mandados de injunção decididos em 2007, a regra de igualdade absoluta defendida por essa posição majoritária não permite ao Congresso legislar sobre mais nenhum aspecto da questão da união homoafetiva. No caso dos mandados de injunção, a legislação posterior pode afastar as regras provisórias que o STF formulou. Mas, segundo o próprio acórdão, isso não ocorre no caso da ADPF 132. A decisão do STF já respondeu de antemão todas as perguntas ao dizer que a Constituição *exige* que todas as regras de direito de família criadas para casais de sexos diferentes devem ser idênticas às regras aplicáveis a casais formados por pessoas do mesmo sexo. A princípio, portanto, por um movimento interpretativo feito pelo STF, o Congresso foi movido para fora do jogo.

Não se trata aqui de discutir o mérito da decisão da ADPF 132, que é um marco decisivo na proteção a direitos fundamentais no país. Mas é importante perceber que, (i) apesar de manifestações judiciais aparentemente em sentido contrário, ela não ocorre no contexto de uma "omissão" definida pela própria Constituição, como é o caso dos mandados de injunção – mas sim de *lei já existente que o STF considera inadequada em face da Constituição*; e (ii) as teses jurídicas formalizadas nos votos da maioria dos ministros sugerem que, ao enfrentar essa legislação inadequada, *o STF já desenhou, do início ao fim, qual deveria ser a legislação adequada*. Nesse cenário, e em combinação com os dados sobre queda de ações diretas de inconstitucionalidade e o próprio aumento dos mandados de injunção, a decisão da ADPF 132 parece indicar uma forma de atuação distinta na política brasileira: em vez de recorrerem ao STF, por meio de ações diretas de inconstitucionalidade, para invalidar uma decisão majoritária na qual foram derrotados, grupos políticos minoritários

48 Para um exemplo dessa divergência ao longo da decisão, ver o seguinte debate entre os Ministros Lewandowski e Ayres Britto: "MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – [...] [A]ssinalei no meu voto que nós estamos ocupando um espaço que é do Congresso Nacional. [O Ministro Gilmar Mendes] acentuou, com muita propriedade, que há uma espécie de inércia ou inapetência do Parlamento em regular essa matéria, por razões que não nos compete examinar. Então eu afirmei, assentei e conclui que a nossa colmatação desta lacuna é meramente provisória, porque, na verdade, quem tem o poder de legislar nesta matéria, originariamente, é o Congresso Nacional. MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) – Agora, não foi o meu voto. [...] MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) – Pelo meu voto e dos que me seguiram não há lacuna e, portanto, não há necessidade de colmatação. Nós demos um tipo de interpretação superadora da literalidade, apontando que a própria Constituição contém elementos interpretativos que habilitam esse julgamento do Supremo a concluir pela paridade de situações jurídicas, sem lacuna e, portanto, sem a necessidade de preenchimento ou colmatação" (trechos extraídos dos debates transcritos no acórdão da ADPF 132).

podem provocar o tribunal para atuar diretamente como *primeira câmara* e formular regras de acordo com suas preferências. Mais ainda, como vimos, dependendo de como o STF formula sua decisão, é possível que se trate, ao menos do ponto vista do tribunal, de uma atuação como *única câmara legislativa*. Nesse cenário, as ações diretas de inconstitucionalidade podem ter se tornado um instrumento menos interessante do que a ADPF dependendo dos objetivos que atores políticos têm no Brasil de hoje.[49]

Evidentemente, as considerações acima são apenas hipóteses. Apesar do seu caráter especulativo, porém, elas servem para enfatizar que o STF é, ao mesmo tempo, uma criatura dos constituintes e dos ministros que o integraram de 1988 para cá. Ao transformar sua jurisprudência sobre o mandado de injunção e ao utilizar arguições de descumprimento de preceito fundamental para criar parâmetros quase legislativos a partir de princípios constitucionais gerais, o STF acaba por modificar a estrutura que permite e incentiva certos atores a provocarem a jurisdição constitucional. O desenho institucional criado pelo texto constitucional de 1988 não determina o destino do tribunal – nem quando adicionamos as variáveis do comportamento dos atores políticos externos ao tribunal, que tem sido muito explorado na literatura. Quando muda a interpretação que o STF dá aos seus próprios poderes – às vezes em direções restritivas, mas, cada vez mais, em deliberada expansão –, pode mudar também o espaço que ocupa na política brasileira. Em muitos casos, ao atuar dentro do jogo, o tribunal acaba transformando o seu papel no jogo e, indiretamente, a própria natureza do jogo.

**NOTA DE AGRADECIMENTO**

*Os autores gostariam de agradecer a Vítor Peixoto por comentários a uma versão anterior deste trabalho, a dois pareceristas anônimos pelas críticas e sugestões, bem*

49 Vale notar que, em dezembro de 2015, em meio às discussões na Câmara dos Deputados sobre o processo de *impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff, o Supremo Tribunal Federal foi provocado pelo PC do B a fazer uma completa "filtragem" (i.e., análise de compatibilidade de seu conteúdo com a Constituição atual) da Lei de Crimes de Reponsabilidade (Lei n. 1.079/50). Pela jurisprudência do tribunal, essa lei não poderia formalmente ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, por ser pré-constitucional. Nos votos dos ministros e na petição inicial do partido, menciona-se diversas vezes a ideia de que o legislador deveria ter criado uma nova lei sobre a questão após o *impeachment* de Collor em 1992. Na ausência de manifestação legislativa, porém, caberia ao Supremo atualizar a lei de 1950 a partir da Constituição nova. Trata-se de mais um exemplo de medida que só poderia ser enfrentada em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e não de ação direta de inconstitucionalidade, nos termos propostos neste artigo.

*como a Evandro Süssekind pela colaboração na pesquisa e a Ivar Hartmann e a Pedro Delfino pela colaboração quanto aos dados da base do Projeto Supremo em Números da FGV Direito Rio.*

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados*, n. 31, 1988.

ANSOLABEHERE, Karina. Una reflexión en torno de la caracterización de las cortes constitucionales. *Iberoamericana*, v.8, n. 31, p. 167-172, 2008.

ARANTES, Rogério. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: IDESP/Editora Sumaré/FAPESP/Educ, 1997.

_____. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lúcia.; CINTRA, Antonio. O. (Org.). *Sistema político brasileiro*: uma introdução. 2. ed. São Paulo: Konrad Adenauer / Unesp, p. 81-115, 2007.

ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. Timing Control without Docket Control: How individual Justices shape the Brazilian Supreme Court's agenda. Trabalho apresentado no *Stanford International Junior Faculty Forum,* Stanford Law School, EUA, 10-11 de outubro de 2014.

_____; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: Mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 46, 2015.

_____. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *Universitas Jus* (UniCEUB Law Journal), v. 25, n. 2, 2014a.

_____. *Old Courts, New Beginnings: Judicial continuity and constitutional transformation in Argentina and Brazil*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Yale (EUA), 2014b.

BARROSO, Luís Roberto. Mandado de injunção: perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. *Revista de Direito Administrativo*, v. 191, 1993.

_____. O controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9 ed. São Paulo: Renovar, 2009.

_____. Judicialização da política, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 12, n. 96, p. 3-41, fev.-mai. 2010.

CARVALHO, Ernani. Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. *Sociologias*, v. 12, n. 23, p. 176-207, 2010.

COMELLA, Victor Ferreres. The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism. *Texas Law Review*, v. 82, 2004.

CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DESPOSATO, Scott; INGRAM, Matthew.; LANNES JR, Osmar. Power, Composition, and Decision Making: The Behavioral Consequences of Institutional Reform on Brazil's Supremo Tribunal Federal. *The Journal of Law, Economics and Organization*, v. 31, n. 3, 2015.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andrew. The Supreme Court as National Strategic Policymaker. *Emory Law Journal*, v. 50, 2001.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em Números*: O Múltiplo Supremo. FGV Direito Rio, 2011. Disponível em: < http://hdl.handle.net/10438/10312>. Acesso em: 1º mar 2014.

_____. O Supremo Tribunal Federal Processual. In: MARTINS, Ives Gandra S.; ROSSET, Patricia; AMARAL, Antonio Carlos R. (Orgs.). *Estudos*: Direito Público. Homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso. São Paulo: Lex Magister, p. 299-308, 2013.

FALCÃO, Joaquim et al. *II Relatório Supremo em Números*: O Supremo e a Federação entre 2010 e 2012. FGV Direito Rio, 2013. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/11544>. Acesso em: 1º mar. 2014.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES. Vitor P. *III Relatório Supremo em Números*: O Supremo e o Tempo. FGV Direito Rio, 2014. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/12055>. Acesso em: 14 jul. 2016.

FEREJOHN, John A.; KRAMER, Larry D. Independent judges, dependent judiciary: Institutionalizing judicial restraint. *New York University Law Review*, v. 77, 2002.

FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. Instituições Políticas e Governabilidade: Desempenho do Governo e Apoio Legislativo na Democracia Brasileira. In: MELO, C. R.; SÁEZ, M. A. (Eds.). *A democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2007.

GARLICKI, Lech. Constitutional courts versus supreme courts. *International Journal of Constitutional Law*, v. 5, n. 1, p.44-68, 2007.

GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies*: Constitutional Courts in Asian Cases. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

HARTMANN, Ivar A.; FERREIRA, Lívia. Ao relator, tudo: o impacto do aumento do poder do ministro relator no Supremo. *Opinão Jurídica*, v.13, n. 17, p.268-283, jan.-dez. 2015.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. *Lua Nova*, n. 88, p. 141-184, 2013.

LEAL, Fernando Ribeiro. Todos os casos jurídicos são difíceis? Sobre as relações entre efetividade, estabilidade e teorias da decisão constitucional. *Revista de Direito do Estado*, v. 16, 2010.

_____. Uma jurisprudência que serve para tudo. *JOTA*, 13 de maio de 2015. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/uma-jurisprudencia-que-serve-para-tudo>. Acesso em: 11 mai. 2016.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Supremo relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. *Revista Brasileira de Ciências Sociais,* v. 27, n. 80, outubro 2012.

PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. O controle de constitucionalidade das emendas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal: crônica de jurisprudência. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 1, n. 1, 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/31814>. Acesso em: 26 out. 2011.

PINHEIRO, Aline. Justiça precisa saber onde e como chegar. Entrevista com Ministro Ricardo Lewandowski, 7 de fevereiro de 2010, *Portal Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-fev-07/entrevista-ricardolewandowski-ministro-stf-tse>. Acesso em: 13 jan. 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Preferências, estratégias e motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso

brasileiro. *Direito e Práxis*, v. 4, n. 7, p. 85-121, 2013.

RÍOS-FIGUEROA, Julio; TAYLOR, Matthew M. Institutional determinants of the judicialization of policy in Brazil and Mexico. *Journal of Latin American Studies*, 38(4), p. 739-766, 2006.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. "Mutação à brasileira": uma análise empírica do artigo 52, X, da Constituição. *Revista Direito GV*, v. 10, n. 2, p.597-614, 2014.

SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, v. 39, 1987.

SHAPIRO, Matthew. Courts: a comparative and political analysis. Chicago: University of Chicago Press, 1986.

STONE, Alec. *The Birth of Judicial Politics in France*: The Constitutional Council in Comparative Perspective. New York: Oxford University Press, 1992.

STONE SWEET, Alec. *Governing with Judges*. Constitutional Politics in Europe. Oxford: Oxford University Press, 2000.

_____. The Juridical Coup D'État and the Problem of Authority. *German Law Journal*, v. 8, n. 10, p. 915-928, 2007.

SÜSSEKIND, Evandro Carvalho. *Constituição generosa ou vontade do tribunal?* Trazendo o constituinte para o debate sobre o controle de constitucionalidade preventivo. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2014.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. *Dados*, v. 50, n. 2, 2007.

_____. *Judging Policy*: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil. Stanford: Stanford University Press, 2008.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, Vinte anos depois: Suprema Corte e 'ativismo judicial à brasileira'. *Revista DIREITO GV*, v. 4, n. 2, p. 407-440, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. São Paulo: Revan, 1999.

_____.; BURGOS, M. B.; SALLES, P. M. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 441-464, 2008.

VORONOFF, Alice. Ativismo judicial e democracia: por uma teoria eclética do mandado de injunção. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 10, n. 37, 2012.

*Diego Werneck Arguelhes*

Doutor em Direito pela Universidade Yale (EUA).

Professor da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito Rio).

*dwarguelhes@gmail.com*

*Leandro Molhano Ribeiro*

Doutor em Ciência Política pelo IUPERJ/UCAM.

Professor da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito Rio).

*leandro.molhano@gmail.com*

V. 12 N. 2
MAI-AGO 2016

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 23.12.2015
Aprovado: 18.04.2016

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201618

# O efeito vinculante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: análise das reclamações constitucionais n. 11.000 a 13.000

*BINDING EFFECT IN BRAZILIAN SUPREME COURT'S JURISPRUDENCE: ANALYSIS OF CONSTITUTIONAL CLAIMS 11.000 TO 13.000*

*Antonio Moreira Maués*[1]

**Resumo**
Este artigo analisa como o Supremo Tribunal Federal (STF) aplica o efeito vinculante de suas decisões e súmulas, especialmente no que se refere à vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário a elas. A pesquisa se baseou em coleta de dados sobre as reclamações constitucionais n. 11.000 a 13.000, a partir da qual foram identificadas três matérias que levaram ao ajuizamento da maioria das reclamações, concernentes à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3.395, à Súmula Vinculante n. 10 e à Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 16. A análise da jurisprudência dessas reclamações demonstra que o STF admite que a vinculação dos juízes e tribunais às suas decisões e súmulas não os impede de fazer distinções e deixar de aplicar esses precedentes a determinados casos.

**Palavras-chave**
Supremo Tribunal Federal; efeito vinculante; reclamações constitucionais.

***Abstract***
*This article analyses how the Brazilian Supreme Court applies the binding effect of its rulings and* summula, *especially regarding its bindingness upon the other bodies of the judicial power. The research was based on the collection of data about the constitutional claims n. 11.000 to 13.000, from which we identified three most frequent subjects, related to the rulings on Direct Action of Unconstitutionality n. 3.395, Summula n. 10 and Declaratory Action of Constitutionality n. 16. The jurisprudential analysis of these claims shows that the Brazilian Supreme Court recognizes that the binding effect of its rulings upon judges and courts does not forbid them to make distinguishiments and to decide not to apply these precedents to specific cases.*

***Keywords***
*Brazilian Supreme Court; binding effect; constitutional claims.*

**1** Universidade Federal do Pará
Belém - PA - Brasil

CC BY-NC

## 1 Questões sobre o efeito vinculante

Em abril de 2013, ao concluir o julgamento da Reclamação (Rcl) n. 4.374, o Supremo Tribunal Federal (STF) redefiniu o efeito vinculante de suas decisões, admitindo que uma norma declarada constitucional fosse posteriormente declarada inconstitucional. No caso concreto, tratava-se do art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93 (Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS), cuja redação original assim dispunha: "Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo". Esse dispositivo vinha regulamentar o benefício mensal de um salário mínimo, previsto no art. 203, V, da Constituição da República (CR), destinado às pessoas com deficiência e idosos que comprovassem "não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei". Em agosto de 1998, ao julgar improcedente, por maioria, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.232, o STF havia afirmado que o requisito de renda familiar *per capita* estabelecido pela lei estava de acordo com a Constituição. Assim, o efeito vinculante dessa decisão impediria que o parâmetro legal fosse afastado, o que ratificava a necessidade de comprová-lo para a concessão do benefício assistencial.

No entanto, o Judiciário continuou reconhecendo o direito ao benefício mesmo em casos nos quais a renda familiar *per capita* era superior a ¼ de salário mínimo, considerando que essa comprovação de renda seria "dispensável quando a situação de hipossuficiência econômica é comprovada de outro modo" e que o limite legal "estabelece apenas um critério objetivo para julgamento, mas que não impede o deferimento do benefício quando demonstrada a situação de hipossuficiência".[1] A matéria chegou a ser objeto da Súmula 11 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, editada em abril de 2004, quase três anos após a publicação do acórdão do STF, nos seguintes termos: "A renda mensal, *per capita*, familiar, superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante". Posteriormente, em maio de 2006, essa súmula foi cancelada.

Tal situação levou a que várias reclamações fossem ajuizadas pelo Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) contra decisões de Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais. O histórico do julgamento dessas reclamações é lembrado pelo ministro Gilmar Mendes, relator da Rcl n. 4.374. Após um primeiro momento em que elas eram julgadas procedentes, os minis-

1 Os trechos citados constam no acórdão da Rcl n. 4.374 e reproduzem partes da decisão reclamada, oriunda da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Pernambuco. Vale observar que, no julgamento da ADI n. 1.232, o relator, min. Ilmar Galvão, defendeu o mesmo ponto de vista em seu voto vencido. Para o ministro, caso a hipótese prevista na lei fosse a única suscetível de caracterizar a situação de incapacidade econômica, isso "afastaria grande parte dos destinatários do benefício assistencial previsto na Constituição", devendo-se conferir ao dispositivo interpretação conforme à Constituição, "segundo a qual não limite ele os meios de prova da condição de miserabilidade da família do necessitado deficiente ou idoso".

tros do STF perceberam que estavam diante de um caso que merecia uma apreciação mais demorada. Exemplo disso é a própria Rcl n. 4.374, cujo pedido de liminar foi negado em fevereiro de 2007.

No decorrer desse tempo, além das formas que foram criadas na justiça federal para "contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes", foram editadas leis que estabeleceram critérios de renda mais favoráveis para a concessão de benefícios assistenciais: Lei n. 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas; Lei n. 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; Lei n. 10.689/03, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; Lei n. 10.836/04, que criou o Bolsa Família. Diante desse conjunto de elementos, o STF concluiu que houve um "processo de inconstitucionalização" da norma contida no art. 20, § 3º, da LOAS, decorrente de "*mudanças fáticas* (políticas, econômicas e sociais) e *jurídicas* (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro)". Ao fazê-lo, o STF também reconheceu que as reclamações constitucionais permitem a "reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas", uma vez que nelas se dá a "oportunidade para evolução interpretativa no controle de constitucionalidade".

A decisão paradigmática da Rcl n. 4.374 demonstra como o instituto do efeito vinculante, embora tenha sido introduzido em nosso ordenamento em 1993, ainda está sujeito a diferentes interpretações e mudanças em sua aplicação. Antes dessa decisão, a doutrina já havia reconhecido a possibilidade de que o efeito vinculante não impedisse o STF de modificar seu entendimento sobre a constitucionalidade de uma norma. Segundo Barroso (2009), o efeito vinculante deve ser diferenciado do instituto da coisa julgada, que possui eficácia contra todos nas decisões em ADI e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). No que se refere às declarações de inconstitucionalidade, a eficácia da coisa julgada impede que outra ação direta seja proposta para obter nova manifestação do Tribunal, enquanto o efeito vinculante impede que os juízes e tribunais desconsiderem que a lei objeto da decisão foi declarada inconstitucional pelo STF.

Porém, no que tange às declarações de constitucionalidade, Barroso afirma que "nada ocorre com a lei em si" (BARROSO, 2009, p. 199), ou seja, essa decisão não produz coisa julgada material, a fim de que o STF possa "reapreciar a constitucionalidade ou não de uma lei anteriormente considerada válida, à vista de novos argumentos, de novos fatos, de mudanças formais ou informais no sentido da Constituição ou de transformações na realidade que modifiquem o impacto ou a percepção da lei" (BARROSO, 2009, p. 199). Assim, o efeito vinculante das declarações de constitucionalidade subordina "todos os demais tribunais, mas não o próprio Supremo Tribunal Federal" que poderá rever essa declaração "se assim lhe aprouver", além de obrigar "à adoção da tese jurídica firmada pelo Tribunal Superior" (BARROSO, 2009, p. 204).

Para Marinoni, é possível rediscutir a declaração judicial de que a norma é constitucional, uma vez que a coisa julgada material "não constitui obstáculo à rediscussão da específica norma"

(MARINONI, 2010, p. 300), pois "reflete estado de fato e jurídico que existia em determinado instante", o qual, sendo modificado, "faz surgir outra causa de pedir" (MARINONI, 2010, p. 302). Porém, mesmo que a coisa julgada não seja obstáculo para declarar a inconstitucionalidade de norma antes declarada constitucional, o efeito vinculante das decisões do STF proíbe os demais órgãos judiciais de fazê-lo, pois não lhes cabe "dizer que uma nova circunstância é suficiente para fazer cessar a eficácia da coisa julgada *erga omnes* – derivada de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de constitucionalidade. Apenas o Supremo Tribunal Federal tem poder para revogar os seus próprios precedentes" (MARINONI, 2010, p. 312). Além disso, o efeito vinculante obriga os órgãos públicos a "respeitarem a *ratio decidendi* ou os motivos determinantes da decisão" (MARINONI, 2010, p. 317).

Mesmo sem abordar a problemática da coisa julgada, Mendes considera que a eficácia *erga omnes* é "um atributo das decisões de mérito" (MENDES, 2014, p. 408), tanto na declaração de inconstitucionalidade quanto na declaração de constitucionalidade, obstando que a questão seja submetida, uma vez mais, ao STF. No entanto, reconhece que o Supremo pode reapreciar a questão, no caso de declaração de constitucionalidade da norma, quando houver "significativa mudança das circunstâncias fáticas" ou "relevante alteração das concepções jurídicas dominantes" (MENDES, 2014, p. 413). Quanto ao efeito vinculante, ele abrange também os "fundamentos determinantes" da decisão, outorgando à decisão do STF "amplitude transcendente ao caso concreto. Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai" (MENDES, 2014, p. 486).

Podemos destacar dois pontos comuns nessas teorias. O primeiro deles diz respeito ao tratamento distinto conferido ao efeito vinculante das declarações de inconstitucionalidade e das declarações de constitucionalidade. Enquanto a declaração de inconstitucionalidade elimina o texto normativo do ordenamento jurídico, impedindo que ele seja aplicado, a declaração de constitucionalidade, ao manter o texto normativo, não impede que sua validade volte a ser discutida quando ele for aplicado a novos casos. A mesma situação pode ocorrer com a interpretação conforme a Constituição, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e as súmulas vinculantes. O segundo ponto se refere aos limites subjetivos do efeito vinculante, o qual se impõe aos demais órgãos do Poder Judiciário – além da Administração Pública –, mas não subordina de maneira estrita o próprio STF. Em outras palavras, as decisões do STF dotadas de efeito vinculante teriam uma eficácia vertical mais rígida do que sua eficácia horizontal.[2]

2 Um terceiro ponto comum entre esses autores localiza-se na adoção da tese do efeito vinculante dos motivos determinantes da decisão. Apesar de sua relevância, essa questão não será abordada neste trabalho, cabendo observar que o STF não conta com jurisprudência firmada sobre essa tese, tendo chegado a refutá-la expressamente em algumas decisões (MAGALHÃES, 2015).

Embora a Rcl n. 4.374 tenha confirmado a tese de que o efeito vinculante das declarações de constitucionalidade não proíbe que a norma seja submetida novamente ao escrutínio do STF, algumas questões importantes sobre o tema permanecem em aberto. O caso do benefício assistencial demonstra que o STF pode admitir que os juízes deixem de aplicar uma norma declarada constitucional, uma vez que confirma a validade dessa decisão ao julgar improcedentes as reclamações apresentadas contra ela. Diante desse quadro, é necessário investigar mais profundamente qual o grau de vinculação do Poder Judiciário às decisões do STF, ou seja, em que situações os órgãos judiciais podem afastar a lei sem desrespeitar o efeito vinculante.

Outra questão, relacionada à anterior, incide sobre os critérios que o STF pode utilizar para rever sua jurisprudência. A mera admissão de que uma norma declarada constitucional possa ser posteriormente declarada inconstitucional não oferece argumentos suficientes para justificar essa mudança, uma vez que é preciso concretizar o tipo de circunstância fática ou jurídica que a autoriza. Assim, outra investigação necessária diz respeito aos fundamentos que podem evitar que essa revisão da jurisprudência seja feita de modo discricionário.

Este trabalho não pretende responder às questões acima, mas contribuir com a agenda de pesquisa que a elas corresponde por meio da análise de um conjunto de reclamações constitucionais, visando ampliar o conhecimento sobre como o STF interpreta e aplica o efeito vinculante de suas decisões, especialmente no que se refere a sua eficácia vertical. Como demonstra o caso da Rcl n. 4.374, as reclamações constituem fonte privilegiada para o estudo do efeito vinculante, uma vez que, ao julgá-las, o STF deve confrontar sua jurisprudência com os casos aos quais ela está sendo aplicada, o que lhe confere a oportunidade de especificar o vínculo que suas decisões impõem ao restante do Judiciário. Assim, esse tipo de estudo fornece dados empíricos sobre a jurisprudência do STF que podem contribuir para uma interpretação mais adequada da prática do efeito vinculante em nosso ordenamento.

Para cumprir com esses objetivos, selecionamos o ano de 2011 como período de estudo das reclamações constitucionais. Escolhemos esse ano para que fosse possível obter um maior número de decisões transitadas em julgado sobre as reclamações analisadas, considerando que a pesquisa foi iniciada em 2014. Além disso, o ano de 2011 trouxe um incremento significativo no número de reclamações ajuizadas em relação ao ano anterior,[3] o que indicava a chegada de novos conjuntos de casos ao STF, favorecendo a ampliação de nosso campo de estudo.

A fim de facilitar a coleta de dados desse período, decidimos trabalhar com as reclamações de número 11.000 a 13.000, a primeira delas distribuída em 02/12/2010 e a última

3 Em 2010, foram distribuídas 1.259 reclamações; em 2011, esse número ascendeu a 1.801.

em 25/11/2011.[4] Todas essas reclamações foram pesquisadas na página do STF na internet, digitando sequencialmente sua numeração no item "Acompanhamento Processual" e tabulando as informações sobre o relator, o reclamante, o reclamado, a situação processual no momento da pesquisa e a causa de pedir de cada uma delas. A partir desse banco de dados, foi possível identificar e selecionar as decisões dotadas de efeito vinculante e as súmulas vinculantes que constituíram, no período objeto de estudo, o fundamento da maioria das reclamações. Feito esse trabalho, passamos a analisar comparativamente o conteúdo das decisões do STF nas reclamações selecionadas, a fim de observar de que maneira casos similares são julgados pelo Tribunal e obter um quadro representativo de sua jurisprudência no período.

Na seção seguinte, apresentamos os resultados da análise dos dados, buscando, na seção posterior, debater os limites do efeito vinculante.

## 2 Casos

A pesquisa na página do STF na internet revelou que há números de reclamações aos quais não corresponde nenhum processo,[5] além de reclamações que não foram processadas por ausência de petição inicial. Excluindo-se essas situações, o universo de nossa pesquisa alcançou o total de 1.751 reclamações.

Nesse universo, três conjuntos de casos respondem por mais da metade (51%) do total: são as reclamações ajuizadas com base na ADI n. 3.395 (228 casos), na Súmula Vinculante n. 10 (244 casos) e na ADC n. 16 (430 casos),[6] os quais serão analisados a seguir.

### 2.1 ADI n. 3.395

O primeiro conjunto de casos é bastante uniforme, sendo formado pelas reclamações ajuizadas com base na Medida Cautelar da ADI n. 3.395. Naquela decisão cautelar, tomada em abril de 2006, o STF produziu uma interpretação conforme à Constituição de seu próprio art. 114, I, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, determinando

4 Essa escolha nos permitiu reduzir o tempo da pesquisa, uma vez que a ordem de distribuição dos processos no STF não acompanha a ordem do ajuizamento das ações. Assim, uma reclamação distribuída em 2011 pode haver sido ajuizada em 2010, como ocorre, por exemplo, quando ela é remetida para a Presidência e posteriormente para o Relator.

5 Algumas vezes, há uma sequência de números na página do STF sem nenhum processo correspondente, como, por exemplo, do n. 12.143 ao n. 12.239.

6 Há um conjunto de 182 reclamações que foram ajuizadas com base tanto na Súmula Vinculante n. 10 quanto com base na ADC n. 16. Nesses casos, elas foram contabilizadas no âmbito da decisão da ADC n. 16, tendo em vista que ela constitui o tema principal dessas reclamações.

que esse dispositivo "não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-administrativa", excluindo, assim, da competência da Justiça do Trabalho a apreciação dessas causas.

Aplicando sua consolidada jurisprudência sobre a matéria, o STF julga procedentes a maioria dessas reclamações: 53%, ou 122 reclamações. À primeira vista, o número daquelas que não tiveram julgamento favorável poderia ser considerado relevante, contudo, esses casos não indicam qualquer mudança da parte do STF quanto ao conteúdo da decisão dotada de efeito vinculante, uma vez que, em geral, resultam de desistência do autor ou da reconsideração do juízo reclamado (43 casos),[7] além de casos em que a negativa de seguimento da reclamação decorre do trânsito em julgado da decisão reclamada ou da ausência de prova da relação estatutária ou administrativa entre o poder público e o reclamante trabalhista.

Em outros casos, o STF nega seguimento às reclamações por considerar que a ação que está sendo julgada na Justiça do Trabalho não trata do tipo de "relação jurídico-administrativa" que constitui a matéria da decisão da ADI n. 3.395. São reclamações que visam transferir para a justiça comum o julgamento de ações civis públicas que questionam a contratação de empresas, pelo poder público, para prestação de serviços de mão de obra terceirizada,[8] ou o julgamento de ações contra empresas públicas e sociedades de economia mista, cujo regime é de direito privado.[9]

Além disso, verificamos dois outros casos em que o STF admite que a justiça trabalhista é competente para julgar ações que envolvem servidores públicos:

a) servidores contratados sem concurso: trata-se de situação em que servidores admitidos pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) adquiriram estabilidade por força do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República (ADCT). Aplicando o precedente da ADI n. 1.150, segundo o qual "a transposição automática do regime celetista para o estatutário é inconstitucional quando diga respeito a trabalhadores admitidos sem prévia aprovação em concurso público", o STF entende que, nesses casos, não vigora a relação estatutária, reconhecendo, pois, a competência da Justiça do Trabalho para julgá-los (Rcl n. 11.017);[10]

• • •

7 Entre as 224 reclamações com base na ADI n. 3.395, destacam-se dois autores: o município de Estrela do Sul (MG), com 40 pedidos, e o município de São Gonçalo do Amarante (RN), com 50 pedidos, o que demonstra uma resistência localizada à decisão do STF, posteriormente vencida.

8 Por exemplo, Rcls n. 11.058, 11.330, 11.332, 11.336, 11.349, 11.370, 11.409, 11.454, 11.661, 11.688 e 12.875.

9 Por exemplo, Rcls n. 12.004, 11.315, 11.550, 12.598 e 12.856.

10 Cabe observar que essa decisão foi tomada em pedido de reconsideração de decisão monocrática que

b) cumprimento de normas de segurança no trabalho: em ação civil pública que requer o fornecimento de local adequado para repouso e alimentação a empregados de empresas terceirizadas que prestam serviços aos hospitais públicos estaduais, o STF entendeu que não haveria "causa" entre poder público e servidor, mas obrigação de fazer imposta diretamente ao ente público, no que diz respeito ao meio ambiente do trabalho (Rcl n. 12.642).

### 2.2 Súmula Vinculante n. 10

Editada em junho de 2008, a Súmula Vinculante n. 10 possui a seguinte redação: "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte".

Entre as 244 reclamações ajuizadas no período objeto de estudo, com base exclusivamente na Súmula Vinculante n. 10, 109 delas (44%) foram apresentadas pela Eletrobrás/Eletronorte.[11] Nessas reclamações, *nenhuma* delas julgada procedente, há uma repetição dos mesmos fatos: os pedidos buscam cassar decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que teria desrespeitado a Súmula Vinculante n. 10 em relação a dispositivos das leis n. 4.357/64 e n. 7.181/83 e do Decreto-Lei n. 1.512/76, todos versando sobre os critérios de correção monetária para a restituição de empréstimos compulsórios sobre o consumo de energia elétrica. Para o STF, o STJ teria apenas limitado a aplicação das normas legais a determinadas hipóteses, sem que isso representasse declaração de inconstitucionalidade, nem afastamento de sua aplicabilidade com base em fundamentos extraídos da Constituição. Além disso, essas reclamações representavam uma tentativa de levar o caso ao STF, uma vez que, em dezembro de 2010, o Tribunal havia rejeitado recurso extraordinário por ausência de repercussão geral da questão, entendendo que a matéria era restrita ao âmbito infraconstitucional. Sendo incabível, de acordo com o STF (Agravo de Instrumento n. 760.358), o ajuizamento de agravo de instrumento ou reclamação contra decisões que aplicam a sistemática da repercussão geral na origem, restou às autoras tentar, utilizando a Súmula Vinculante n. 10, ultrapassar a barreira imposta pela ausência de repercussão geral da matéria.

• • •

havia julgado procedente a reclamação, levando o relator, ministro Dias Toffoli, a modificar seu entendimento, com base no julgamento da Rcl n. 7.415. Contudo, no período objeto de estudo, identificamos três outros casos similares, apresentados pelo mesmo autor, o município de Tupã (SP), em que, monocraticamente, os ministros julgam procedentes as reclamações, sem que tenha sido interposto recurso (Rcls n. 11.413, 11.501 e 11.909).

11 Cabe observar que, no período, há outras 34 reclamações apresentadas por essas autoras, que tratam da mesma questão que será exposta. Nesses casos, contudo, o fundamento da reclamação não foi o descumprimento da Súmula Vinculante n. 10, mas o pedido para apreciar recurso extraordinário.

De maneira similar, o STF julga improcedentes várias outras reclamações por considerar que as decisões judiciais não afastaram a aplicação de dispositivo legal, mas sim o interpretaram de acordo com as circunstâncias do caso, não sendo admitido o uso da reclamação como meio para que o STF julgue se foi correta essa interpretação.[12]

Outros casos de reclamações às quais foi negado seguimento dizem respeito à aplicação, pelo STF, da norma do art. 481, § 1º, do Código de Processo Civil (CPC), acrescentado pela Lei n. 9.756/98, que torna desnecessária a decisão plenária quando houver precedente do plenário ou órgão especial do tribunal prolator da decisão ou do próprio STF sobre o tema. Por essa razão, várias reclamações foram julgadas extintas ou prejudicadas após o STF declarar a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei n. 11.343/06, que dispunha ser o crime de tráfico de drogas insuscetível de liberdade provisória.[13]

Também merecem destaque as reclamações em que o STF especifica seu entendimento sobre o que significa "afastar a incidência" de lei ou ato normativo do poder público. Assim, o Supremo entende que a reserva de plenário não é exigida quando se trata de direito anterior à Constituição (Rcl n. 12.329),[14] quando a decisão foi proferida em medida cautelar (Rcl n. 11.768 e Rcl n. 12.002), quando a decisão afasta lei municipal em favor de lei federal (Rcl n. 11.038) e quando a decisão afasta disposição regulamentar em favor de dispositivo legal (Rcl n. 11.442).

Para o STF, essas hipóteses são distintas daquelas em que o órgão fracionário deixa de aplicar a lei ao caso por entender que uma parte de seu comando não está de acordo com a Constituição, o que leva a que as reclamações sejam julgadas procedentes, como nos casos em que o Tribunal exige sentença condenatória transitada em julgado para aplicar a regressão do regime prisional pela prática de fato previsto como crime doloso, o que não está previsto no art. 52 da Lei de Execuções Penais (Rcls n. 11.006, 11.634, 12.898); ou quando entende que é necessária a representação da vítima em caso de crime de lesão corporal leve, contrariamente ao disposto no art. 41 da Lei n. 11.340/06 – Lei Maria da Penha (Rcls

12 Rcl n. 11.175 (diversos artigos do Código de Processo Civil – CPC); Rcl n. 11.237 e Rcl n. 12.799 (art. 7º da Lei n. 7.990/89 e art. 48 da Lei n. 9.478/97); Rcl n. 11.314 (diversos artigos do CPC); Rcl n. 11.519 (Lei Municipal n. 3.474/96); Rcl n. 11.672 (art. 38 da Lei n. 9.394/96); Rcl n. 11.755 (art. 544 do CPC); Rcl n. 11.776 (Lei Complementar n. 1.011/07 – Estado de São Paulo); Rcl n. 11.859 (diversos artigos do CPC); Rcl n. 11.929 (art. 481 do CPC); Rcl n. 12.268 (art. 476 do CPC); Rcl n. 12.367 (Lei n. 8.437/92); Rcl n. 12.510 (Lei n. 8.666/93); Rcl n. 12.525 (art. 535 do CPC); Rcl n. 12.884 (Lei Municipal n. 1.579/90); Rcl n. 12.960 (Lei Complementar n. 75/93).

13 Por exemplo, Rcls n. 11.007, 11.008 e 11.009.

14 Observe-se que o STF reconheceu a existência de repercussão geral nessa questão, que constitui o tema 441, ainda não julgado: "Exigência da regra constitucional da reserva de plenário para afastar a aplicação de norma anterior à Constituição Federal de 1988".

n. 11.219, 11.615, 11.774); ou ainda quando afasta a incidência do preceito sancionador do art. 180, § 1º, do Código Penal (Rcls n. 11.612, 11.614, 11.617).

### 2.3 ADC n. 16

Na análise das 430 reclamações com base na ADC n. 16, destaca-se que, embora a maioria delas tenha sido julgada procedente (229 – 53,3%), há um número significativo de reclamações que tiveram negado seu seguimento ou foram julgadas improcedentes (162 – 37,7%).

Nos termos da ementa do acórdão da ADC n. 16: "é constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º da Lei federal nº 8.666 [...]". A aparente simplicidade dessa declaração, contudo, não elimina as divergências que surgiram no decorrer do julgamento entre os membros do STF.

A ADC n. 16 foi ajuizada pelo governador do Distrito Federal, por considerar que o dispositivo legal não estaria sendo aplicado, em especial na Justiça do Trabalho, em razão do Enunciado n. 331, IV,[15] do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que conteria entendimento contrário ao da legislação, ao responsabilizar diretamente a Administração Pública por débitos trabalhistas quando contratante de qualquer serviço de terceiro especializado.

As divergências entre os membros do STF se manifestam logo em preliminar, tendo o relator, ministro Cezar Peluso, votado pelo não conhecimento da ação, por entender que o autor não havia indicado a controvérsia judicial que constitui condição da ADC, enquanto o ministro Marco Aurélio manifestou-se pelo conhecimento da ação, considerando que a súmula do TST já evidenciava a controvérsia existente na jurisdição trabalhista em torno da aplicação do art. 71, § 1º. Como se verá a seguir, essa divergência já expressava pontos de vista distintos sobre o mérito da questão, uma vez que o ministro Cezar Peluso aceita os argumentos do TST, segundo o qual a Súmula n. 331, IV, não se fundava em declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal, o qual deveria ser aplicado aos casos em que "o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades", mas não impediria que a Administração Pública tivesse sua reponsabilidade subsidiária reconhecida "ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa *in vigilando*". Já o ministro Marco Aurélio afirmava que a súmula do TST não era compatível com o art. 71, § 1º.

Tendo sido apresentado pedido de vistas pelo ministro Menezes Direito, posteriormente falecido, o julgamento foi retomado dois anos depois, com a apresentação do voto

15 "Súmula n. 331 do TST [...]
IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei n. 8.666, de 21.06.1993)".

da ministra Cármen Lúcia, que, conhecendo a ação, manifesta-se no mérito pela sua procedência, com o seguinte fundamento: "eventual descumprimento pela Administração Pública do seu dever legal de fiscalizar o adimplemento de obrigações trabalhistas por seu contratado, se for o caso, não impõe a automática responsabilidade subsidiária da entidade da Administração Pública por esse pagamento, pois não é capaz de gerar vínculo de natureza trabalhista entre a pessoa estatal e o empregado da empresa particular".

Na sequência do debate, o ministro Cezar Peluso admite declarar a constitucionalidade do dispositivo, mas com a ressalva de que a decisão do STF não impediria que a Justiça do Trabalho continuasse reconhecendo a responsabilidade da Administração "com base em outras normas, em outros princípios e à luz dos fatos de cada causa". Essa posição, embora admitisse que a "mera inadimplência" do prestador de serviço não seria suficiente para responsabilizar a Administração, não é a mesma de outros ministros que participam do debate, como o ministro Marco Aurélio, para quem: "o artigo 71 da Lei n. 8.666/93 é categórico no que afasta a responsabilidade do Poder Público quando tomada a mão de obra mediante empresa prestadora de serviço". Embora essas posições dos ministros sejam manifestadas nos debates orais e não em votos por escrito, é possível identificar que o ponto central da divergência reside na maneira como eles avaliam eventuais condutas omissivas da Administração. Assim, para o ministro Cezar Peluso, a responsabilidade pode decorrer da omissão "na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado", hipótese que, em seu caráter genérico, não é admitida pelos ministros Cármen Lúcia e Marco Aurélio, ou, para o ministro Gilmar Mendes, deveria constituir uma *culpa in vigilando* "patente, flagrante".

Mesmo sem o acordo dos ministros sobre essas questões, a ADC n. 16 foi julgada procedente apenas com o voto contrário do ministro Ayres Britto. Na redação da ementa do acórdão,[16] observa-se que o ministro Cezar Peluso fez constar sua posição, destacando que não poderia ser estabelecida a "transferência consequente e automática" à Administração dos encargos resultantes da execução de contratos, o que deixava em aberto a possibilidade de responsabilizar subsidiariamente a Administração com base em outras hipóteses.

Nas primeiras reclamações ajuizadas após a decisão da ADC n. 16, observa-se que os ministros julgam-nas procedentes de maneira uniforme, uma vez que as decisões reclamadas

16 "RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal n. 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal n. 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei n. 9.032, de 1995."

se fundamentavam na Súmula n. 331 ou mesmo declaravam inconstitucional o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93.[17]

Contudo, em maio de 2011, o TST editou nova redação da Súmula n. 331, cujos itens passaram a ter o seguinte conteúdo:

> IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.
>
> V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

É fácil constatar que essa nova redação da Súmula n. 331 representava, de parte do TST, uma tentativa de se ajustar à jurisprudência do STF sem eliminar a possibilidade de responsabilizar a Administração pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas pela empresa contratada. Para isso, o TST utiliza a posição manifestada pelo ministro Cezar Peluso no julgamento da ADC n. 16, reconhecendo que o "mero inadimplemento" das obrigações não é suficiente para essa responsabilização, sendo necessário provar a culpa da Administração, especialmente pelo descumprimento de seu dever de fiscalizar.

Assim, as decisões da justiça trabalhista sobre a matéria deixaram de afastar a aplicação do art. 71, § 1º, e passaram a responsabilizar a Administração com base em suas condutas, especialmente de caráter omissivo, de acordo com a nova redação da Súmula n. 331.

Essa mudança pode ser verificada nas próprias reclamações ajuizadas no STF e nos reflexos que produziram na sua jurisprudência. Assim, já em junho de 2011, o ministro Ayres Britto negava o pedido de liminar na Rcl n. 11.849, considerando que: "ao responsabilizar subsidiariamente a Administração Pública por obrigações trabalhistas devidas a empregado de empresa contratada, *mas assim proceder após detida análise do caso concreto*, o acórdão

17 Por exemplo: Rcl n. 11.163 (Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe*, 07/02/11), Rcl n. 11.220 (Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe*, 01/08/11), Rcl n. 11.285 (Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe*, 02/05/11), Rcl n. 11.312 (Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe*, 21/03/11), Rcl n. 11.333 (Rel. Min. Celso de Mello, *DJe*, 02/03/11), Rcl n. 11.468 (Rel. Min. Marco Aurélio, *DJe*, 20/10/11). É comum que essas reclamações também apresentem como fundamento o desrespeito à Súmula Vinculante n. 10 por parte dos Tribunais do Trabalho, uma vez que o afastamento do dispositivo legal não obedecia à cláusula da reserva de plenário.

reclamado parece não haver violado nem a Súmula Vinculante n. 10 deste Supremo Tribunal Federal nem o acórdão da ADC 16" (grifo nosso). De modo similar, o ministro Ricardo Lewandowski nega seguimento à Rcl n. 11.846 (*DJe*, 29/02/12) por verificar no caso que ficou "demonstrada a culpa do ente público".

Podemos também exemplificar essa mudança com um conjunto de reclamações ajuizadas pela Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba (Codevasf). As primeiras delas foram julgadas procedentes, com base na Súmula Vinculante n. 10 e na ADC n. 16 (Rcl n. 11.456, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe*, 03/08/11; Rcl n. 11.638, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe*, 02/05/11). Posteriormente, algumas dessas reclamações passaram a ter negado seu seguimento. Por exemplo, na Rcl n. 11.726 (Rel. Min. Luiz Fux, *DJe*, 04/12/12), em que a liminar havia sido deferida, a decisão final nega seguimento por reconhecer que "a decisão impugnada não destoa do entendimento do Supremo Tribunal Federal, na medida em que *coligiu elementos concretos para demonstrar a omissão culposa* da Administração Pública na fiscalização do contratado, devendo, por isso, figurar como responsável, subsidiariamente, pelos encargos trabalhistas" (grifo nosso).

Dessa forma, vários ministros do STF passam a considerar que a decisão reclamada não viola a autoridade da decisão da ADC n. 16 quando ela indica em seus fundamentos que houve culpa da Administração no caso concreto. Na adoção desse entendimento, os ministros também destacam que não é possível na reclamação reapreciar o "contexto fático probatório", o que contribui para que o STF reconheça como válidos os fundamentos adotados pelo juízo reclamado.

Exemplar dessa posição são as reclamações julgadas pelo ministro Celso de Mello, que apresentam sempre a mesma estrutura: após reafirmar a possibilidade de atribuição de responsabilidade subsidiária por comportamento culposo da Administração Pública, o ministro analisa o conteúdo do dever de fiscalização dos entes públicos, que abrange não apenas o controle prévio à contratação, mas também "o controle concomitante à execução contratual, viabilizador, dentre outras medidas, da vigilância efetiva e da adequada fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas em relação aos empregados vinculados ao contrato celebrado (Lei n. 8.666/93, art. 67)". Após referências doutrinárias e jurisprudenciais, o ministro utiliza o parecer da Procuradoria-Geral da República, onde se indica, de maneira sucinta, que a decisão reclamada "concluiu pela culpa *in vigilando* da Administração. [...] A instância ordinária adentrou o tema referente à culpa omissiva do agente, não cabendo, nesse momento, analisar-se o acerto ou desacerto do julgamento".[18]

Os últimos casos citados não significam, porém, que o STF tenha consolidado um entendimento uniforme sobre a matéria, como revela a análise de um conjunto de reclamações

18 Cf., por todos, Rcl n. 11.327 (*DJe*, 15/03/2013).

ajuizadas pela Universidade de São Paulo (USP), cujas decisões do STF são transcritas a seguir:

a) Rcl n. 11.860, ajuizada em 10/05/11 contra decisão da 71ª Vara do Trabalho de São Paulo (Rel. Min. Luiz Fux, *DJe*, 17/04/13): "é dever legal das entidades públicas contratantes fiscalizar o cumprimento, por parte das empresas contratadas, das obrigações trabalhistas referentes aos empregados vinculados ao contrato celebrado".[19]

b) Rcl n. 11.878, ajuizada em 13/06/11 contra decisão da 4ª Vara do Trabalho de São Paulo (Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe*, 28/08/13): "não se expõe a conduta culposa [...] imputável ao ente público, na condução do contrato, que teria contribuído para o resultado danoso ao empregado da empresa [...] a autoridade reclamada vale-se de argumentos com caráter de generalidade para persistir no entendimento anteriormente sedimentado na Justiça do Trabalho [...] Somente nos casos em que se lograr comprovar terem sido os atos administrativos praticados em desconformidade com a lei e aptos a interferir no dano apurado poderá o Poder Público ser responsabilizado [...]".

c) Rcl n. 12.417, ajuizada em 23/08/11 contra acórdão do TRT da 2ª Região (Rel. Min. Celso de Mello, *DJe*, 04/12/12): "o Tribunal Regional do Trabalho foi expresso ao afirmar que a empresa fornecedora de serviços era 'inidônea' e não foi fiscalizada adequadamente quanto ao 'cumprimento das obrigações trabalhistas', configurando-se a culpa 'in vigilando' da Administração".

d) Rcl n. 12.418, ajuizada em 23/08/11 contra acórdão do TRT da 2ª Região (Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe*, 01/02/12): "No caso dos autos, não se expõe a conduta culposa ('contrária aos padrões exigidos pelo Direito') imputável ao ente público, na condução do contrato, que teria contribuído para o resultado danoso ao empregado da empresa a que foi adjudicado o objeto da licitação, decorrendo a responsabilidade subsidiária do Estado, ora reclamante, como consequência automática do inadimplemento das obrigações pela empresa contratada".

e) Rcl n. 12.617, ajuizada em 20/09/11 contra acórdão do TRT da 2ª Região (Rel. Min. Marco Aurélio, *DJe*, 28/11/12): "Mostra-se descabida a pretensão de reconhecimento de obrigação subsidiária do Poder Público quando arregimenta mão de obra, mediante prestadores de serviço, em razão do inadimplemento da contratada".

• • •

19 Tanto essa reclamação quanto a seguinte têm na origem reclamação trabalhista ajuizada contra a mesma empresa (Corporação Gutty de Segurança Patrimonial e Vigilância Ltda.).

f) Rcl n. 12.618, ajuizada em 20/09/11 contra acórdão do TRT da 15ª Região (Rel. Min. Celso de Mello, *DJe*, 04/12/12): "Resta evidente que a recorrente dispôs de amplo arsenal contratual e documental para exercer satisfatoriamente a fiscalização da execução do contrato [...]. Dos autos não se extrai qualquer providência na execução da vigia do contrato, ou ainda que tenha ocorrido, não foi eficiente, posto que o cumprimento da norma coletiva para concessão de plano de saúde era de fácil fiscalização. [...] A instância ordinária adentrou no tema referente à culpa do fornecedor de serviço, não cabendo, neste momento, revolver as provas para analisar o acerto ou desacerto do julgamento de seu aspecto fático".

Das várias decisões analisadas, extrai-se o quadro de uma corte dividida, em que os ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Marco Aurélio julgam procedentes as reclamações, enquanto os ministros Celso de Mello, Luiz Fux, Teori Zavascki, Rosa Weber, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski julgam-nas improcedentes.[20]

Mesmo que façamos concessão à hipótese de que os casos acima contenham diferentes elementos fáticos ou que as decisões reclamadas contenham fundamentações muito diferentes – o que é difícil tendo em vista a proximidade temporal entre essas reclamações, sua autoria comum e que elas são ajuizadas contra decisões dos mesmos tribunais –, o que transparece são duas interpretações distintas da decisão do STF na ADC n. 16, no que se refere à importância da conduta omissiva da Administração diante de seu dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações do contratado. Essas interpretações condicionam a maneira pela qual os ministros valoram os elementos fáticos invocados nas decisões reclamadas e podem ser formuladas do seguinte modo:

a) a responsabilidade da Administração decorre de uma grave omissão em seu dever de fiscalizar;

b) a responsabilidade da Administração decorre de qualquer omissão em seu dever de fiscalizar.

• • •

20 Observa-se, contudo, que os ministros que tendem a negar seguimento às reclamações reconhecem que há situações em que não se pode admitir a condenação do ente público, seja porque "o TRT sequer afirmou que a reclamante incorrera em culpa *in vigilando* ou *in eligendo*" (Rcl n. 12.991, Min. Luiz Fux); "não há indicação de nenhuma conduta específica da Administração Pública que fundamente a responsabilidade subsidiária" (Rcl n. 12.661, Min. Teori Zavascki); "No caso dos autos o ato impugnado assentou a responsabilidade da parte reclamante exclusivamente no inadimplemento de sua contratada" (Rcl n. 12.708, Min. Roberto Barroso).

Cabe observar que essa divergência permanece no âmbito do STF, constituindo o tema 246 da repercussão geral: "Responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço".

## 3 Os limites do efeito vinculante

Os três conjuntos de casos que constituem a maioria das reclamações do ano de 2011 demonstram que há várias situações em que o STF julga improcedentes as reclamações, considerando que não houve desrespeito à sua decisão dotada de efeito vinculante ou à súmula vinculante. Uma parte significativa desses julgamentos é formada por casos em que o STF entende que sua jurisprudência foi corretamente interpretada pelo órgão reclamado ou que o autor buscou utilizar a reclamação como "sucedâneo recursal", levando ao STF questões que não podem ser apreciadas por essa via.

Em outros casos, porém, nota-se que o STF realiza algum tipo de ajuste em seu entendimento, reconhecendo como válida a interpretação da decisão ou da súmula feita pelo órgão judicial, mesmo quando ela se afasta de sua orientação. Isso ocorre, em especial, no âmbito da ADC n. 16, em que o STF admite hipóteses de responsabilização subsidiária da Administração, mas também se verifica no âmbito da ADI n. 3.395, em que pode haver casos de ações de servidores públicos julgadas na Justiça do Trabalho, assim como no âmbito da Súmula Vinculante n. 10, em que se reconhecem situações nas quais o Tribunal pode afastar a incidência de dispositivo legal ou ato normativo sem decisão plenária.

Como já observamos, há dificuldades para aplicação do efeito vinculante quando o texto normativo permanece no ordenamento jurídico, o que exigirá novas interpretações para que ele seja aplicado a novos casos. Seja quando o STF realiza interpretação conforme à Constituição (ADI n. 3.395), quando edita uma súmula vinculante (Súmula Vinculante n. 10) ou quando declara a constitucionalidade de uma lei (ADC n. 16), esse texto, ao ser aplicado, estará sujeito a novos contextos, nem sempre previstos no momento em que a decisão do STF é tomada e que podem fazer com que ela não seja aplicada a determinados casos.

A fim de compreender qual a concepção de efeito vinculante que se encontra representada nessas decisões, é preciso diferenciar as situações em que a reclamação é julgada improcedente porque o precedente não se aplica ao caso daquelas situações em que a improcedência decorre do afastamento do precedente. Na primeira hipótese, não podemos considerar que haja qualquer inobservância do efeito vinculante, uma vez que a não aplicação do precedente ao caso denota, simplesmente, que ele está regulado por outras normas; já na segunda hipótese, a não aplicação do precedente representa alguma forma de limitação do efeito vinculante, cujos fundamentos devem ser buscados.

Nas reclamações analisadas, nem sempre é fácil diferenciar essas situações. Summers e Eng (1997, p. 519 et seq) observam que o afastamento (*departure*) dos precedentes é mais difícil de ser identificado nos países de sistema romanista (*civil law*) do que nos países de

*common law*. Para identificar esse afastamento, é necessário primeiro definir que o precedente se aplica ao caso posterior, o que significa dizer que ambos tratam da mesma matéria. No âmbito do *common law*, essa similitude entre os casos é determinada pela presença de fatos relevantes comuns, cuja análise é feita de modo detalhado tantos pelos tribunais inferiores quanto pelos tribunais superiores. Assim, o afastamento do precedente pode ser prontamente identificado como uma decisão distinta acerca de um conjunto de fatos similares àqueles que constituíram a matéria do precedente.

Já no âmbito dos sistemas romanistas, as decisões dos tribunais superiores não apresentam de maneira detalhada a análise dos fatos, excetuando, em alguns países, a jurisprudência dos tribunais constitucionais. Na ausência desses elementos, a similitude entre os casos é determinada pela presença de uma questão de direito que lhes é comum e o afastamento do precedente significa que o tribunal toma uma decisão distinta sobre essa questão, cujo grau de abstração torna mais difícil definir se o precedente deve ou não ser aplicado ao caso.

Como se nota, o principal elemento usado pelos autores para fazer essa distinção reside no grau de análise dos fatos desenvolvido pelos tribunais. Assim, podemos afirmar que, quanto mais concreta for a formulação do precedente, isto é, quanto mais identificadas estiverem as situações às quais ele se aplica, mais fácil será definir os casos posteriores que devem ser regidos por ele.

Nos casos analisados, verificamos que há maior concretude nas decisões da ADI n. 3.395 e da ADC n. 16 do que na Súmula Vinculante n. 10, cujo conceito de "afastar a incidência" pode ser compreendido de maneiras muito diversas. Apesar disso, no julgamento das reclamações a análise das circunstâncias dos casos acaba se impondo aos ministros do STF, para que eles possam decidir que se trata da mesma "questão de direito" que foi resolvida no precedente ou se, ao contrário, há diferenças relevantes entre o caso objeto da decisão reclamada e o precedente, que justificam que ele não seja aplicado. Nos termos utilizados pelo STF, é preciso demonstrar a "identidade material" entre os casos para que o precedente se aplique. Essa análise vem a ser incentivada no próprio processo da reclamação, em que a autoridade, ou mesmo o interessado, apresentarão argumentos defendendo que não houve violação do efeito vinculante, tendo em vista as particularidades do caso.

Como é sabido, o uso dessa técnica das distinções (*distinguishing*) é uma forma frequente de afastamento dos precedentes na experiência do *common law*. De acordo com Bustamante (2012, p. 473), podemos identificar duas operações básicas no âmbito das distinções: a redução teleológica e o argumento *a contrario*. Na primeira operação, ocorre "a exclusão de determinado universo de casos antes compreendidos no âmbito de incidência da norma apresentada como paradigma"; na segunda, "a norma jurisprudencial permanece intacta, mas se conclui que suas consequências *não podem ser aplicadas* aos fatos que não estejam compreendidos em sua hipótese de incidência".

Enquanto a segunda operação revela-se mais difícil de ser separada da hipótese em que o precedente não se aplica porque não há similitude entre os casos, uma vez que, em

ambas as situações, a norma jurisprudencial "permanece intacta",[21] a redução teleológica revela-se útil para a análise da jurisprudência do STF. Nessa operação, ocorre uma diminuição do universo de situações compreendidas no precedente, "como uma forma de solucionar problemas de aplicação dessa norma aos casos particulares" (BUSTAMANTE, 2012, p. 474), o que se torna mais necessário quando sua aplicação "interferir excessivamente em princípios considerados especialmente importantes" (BUSTAMANTE, 2012, p. 478).

Assim, quando o STF define que servidores públicos contratados sem concurso terão seus casos julgados na Justiça do Trabalho, ou quando decide que não é necessária a reserva de plenário para afastar a incidência de direito anterior à Constituição, lei municipal e regulamento, o Supremo está reduzindo, respectivamente, o universo de situações compreendidas na ADI n. 3.395 e na Súmula Vinculante n. 10. Nesse aspecto, o caso mais significativo é o da ADC n. 16, uma vez que a análise de suas reclamações evidencia que parte dos ministros do STF realiza distinções baseadas na conduta omissiva da Administração para reconhecer sua responsabilidade, afastando a aplicação do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666.

## Conclusão

Embora as reclamações analisadas neste trabalho não abarquem vários outros casos levados ao STF, consideramos que elas aportam elementos para refletir sobre os limites subjetivos do efeito vinculante no ordenamento jurídico brasileiro. Essas reclamações demonstram que o STF admite que a vinculação dos juízes e tribunais às suas decisões e súmulas não os impede de fazer distinções e deixar de aplicar esses precedentes a determinados casos. Portanto, o efeito vinculante não significa que os demais órgãos judiciais estejam impedidos de reapreciar a constitucionalidade de uma norma no caso concreto e deixar de aplicá-la, mas sim que eles devem apresentar argumentos que justifiquem seu afastamento do precedente. Consequentemente, a diferença entre eficácia vertical e eficácia horizontal dos precedentes do STF deve ser matizada, uma vez que, embora os demais órgãos judiciais não possam revogar esses precedentes, eles não estão obrigados a aplicá-los a todos os casos potencialmente compreendidos por eles.

O ponto central da questão, portanto, parece se deslocar da ideia de que o efeito vinculante proíbe absolutamente que o Judiciário deixe de aplicar norma declarada constitucional pelo STF para o reconhecimento de que é possível fazê-lo, desde que haja bons argumentos que fundamentem o uso da distinção. Quais seriam esses argumentos? Nas reclamações objeto de estudo, observa-se que interpretações sistemáticas do ordenamento jurídico, com ênfase

21 O próprio autor reconhece que o uso do argumento *a contrario* tem "uma força de justificação relativamente frágil", uma vez que sua aplicação depende da existência de uma "regra geral que estabelece consequências opostas à da norma-paradigma" (BUSTAMANTE, 2012, p. 502).

nos princípios constitucionais, revelaram-se fundamentos válidos das distinções nos casos analisados. No âmbito da ADI n. 3.395, o STF utiliza sua própria jurisprudência sobre o art. 19 do ADCT, junto com o disposto no art. 37, II, da CR; no âmbito da Súmula Vinculante n. 10, observa-se que a tese da não recepção do direito anterior contrário à Constituição elimina a exigência da reserva de plenário, assim com o princípio constitucional da repartição de competências autoriza afastar a lei municipal em favor da lei federal e o princípio da legalidade fundamenta o afastamento de decreto em favor de lei; no âmbito da ADC n. 16, parte dos ministros do STF invoca os princípios da legalidade e da moralidade públicas (art. 37, *caput*, CR) como base das decisões que reconhecem a responsabilidade da Administração. Vale lembrar que o mesmo tipo de argumento aparece na Rcl n. 4.374, em que a interpretação do benefício assistencial como um direito fundamental reconhecido "a quem dela necessitar" contribui para limitar o parâmetro estabelecido pela lei.

Embora não possamos afirmar que o STF utiliza de maneira sistemática esses argumentos, os casos analisados demonstram que eles servem para fazer distinções no direito brasileiro, o que demanda novas pesquisas para avaliar sua relevância na limitação da eficácia vertical das decisões dotadas de efeito vinculante.

**NOTA DE AGRADECIMENTO**

*Agradeço a Rafael Cruz Bemerguy e Bruna Fonseca Uchoa, discentes do Curso de Direito da UFPA, pela inestimável colaboração na coleta dos dados que subsidiaram este artigo.*

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

MAGALHÃES, Breno Baía. A trajetória da transcendência dos motivos determinantes. O fim da história? *Revista de Informação Legislativa*, n. 205, p. 161-188, jan.-mar. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SUMMERS, Robert S.; ENG, Svein. Departures from precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). *Interpreting precedents*: a comparative study. Aldershot: Ashgate, 1997.

*Antonio Moreira Maués*

Professor associado da Universidade Federal do Pará (UFPA).
Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

*ammaues@uol.com.br*

V. 12 N. 2
MAI-AGO 2016

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 07.10.2014
Aprovado: 23.03.2016

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201619

# Reclamação ao STJ de decisões proferidas pelos Juizados Especiais Cíveis estaduais: *quis custodiet ipsos custodes?*

*COMPLAINTS TO THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE AGAINST DECISIONS IN SMALL CLAIM COURTS OF CIVIL PROCEDURE:* QUIS CUSTODIET IPSOS CUSTODES?

*Fernando Gonzaga Jayme*[1], *Guilherme Costa Leroy*[2] *e Thamiris D'Lazzari da Silveira*[3]

**Resumo**

Neste artigo analisa-se a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que atribuiu competência ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) para processar e julgar Reclamação em face de decisões proferidas pelos Juizados Especiais Cíveis estaduais. No acórdão, o STF decidiu que enquanto o legislador não criar as Turmas de Uniformização de Jurisprudência desses juizados, o STJ exercerá competência, em sede de reclamação, para controlar a identidade das decisões proferidas pelas turmas recursais dos Juizados Especiais Cíveis estaduais com a jurisprudência do Tribunal Superior. Duas hipóteses são trabalhadas visando à demonstração da inconstitucionalidade dessa Reclamação: a primeira levanta a possibilidade de o STF proferir decisões inconstitucionais; a outra é a inconstitucionalidade formal e material da Resolução STJ n. 12/2009, editada para disciplinar o procedimento da Reclamação no âmbito do STJ. Ambas levam à conclusão de que o STF desvirtuou o sistema dos juizados especiais cíveis.

**Palavras-chave**

Direito Constitucional; processo civil; Juizado Especial; ativismo judicial; Reclamação Constitucional.

***Abstract***

*This paper examines the decision of the Federal Supreme Court (STF) that attributed competence to the Superior Court of Justice (STJ) to adjudicate complaints against decisions made by Small Claim Courts of Civil Procedure. In its judgment, the Supreme Court decided that, while the legislator does not create the court to uniform Jurisprudence of these Courts, the Superior Court of Justice shall exercise jurisdiction over the complaints to control the identity of the decision rendered by the appellate divisions of the Small Claim Courts of Civil Procedure and the jurisprudence of Superior Court. Two hypotheses are handled aiming to demonstrate the unconstitutionality of this Complaint: the first raises the possibility of the Supreme Court render unconstitutional decisions; the other is the formal and material unconstitutionality of STJ Resolution No. 12/2009, issued to regulate the procedure of the Complaint within the STJ. Both lead to the conclusion that the Supreme Court misinterpreted the system of the Small Claim Courts of Civil Procedure.*

***Keywords***

*Constitucional Law; Civil Procedure; Small Claims Court; Constitutional Complaint; Supreme Court activism.*

**1** Universidade Federal de Minas Gerais
Belo Horizonte - MG - Brasil

**2** Universidade Federal de Minas Gerais
Belo Horizonte - MG - Brasil

**3** Universidade Federal de Minas Gerais
Belo Horizonte - MG - Brasil

CC BY-NC

## Introdução

Os Juizados Especiais são órgãos jurisdicionais competentes para o processamento de causas de menor complexidade, caracterizando sua atuação por meio de procedimento oral e sumaríssimo. O sistema dos Juizados Especiais foi gradativamente instituído com o propósito de efetivar o mandamento contido no art. 98 da Constituição da República. O escopo de sua criação, em conformidade com a norma constitucional, foi o de ampliar a garantia de efetiva proteção judicial, compreendendo o direito de acesso à justiça como meio de se obter, em tempo razoável e por meio de um procedimento simplificado, uma decisão jurisdicional eficaz para reparar lesões ou prevenir ameaças a direitos.

Os Juizados Especiais Cíveis, Federais e das Fazendas Públicas, municipal e estadual, instituídos, respectivamente, pelas leis n. 9.099/95, 10.259/2001 e 12.153/2009, integram um sistema, por se encontrarem unidos por princípios comuns, que lhes confere identidade e, ao individualizá-los, os distingue do sistema da justiça comum. Entretanto, verifica-se na prática judiciária uma crescente aproximação entre o sistema dos juizados e o da justiça comum mediante aumento do formalismo e da complexidade do procedimento, prejudicando, notadamente, a efetividade da tutela jurisdicional prestada pelos juizados especiais.

Neste trabalho, examina-se um caso de criação jurisprudencial de norma que se acredita não coadunar com os princípios norteadores dos Juizados Especiais. Trata-se do exame da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por ocasião do julgamento dos Embargos de Declaração (EDcl) no Recurso Extraordinário (RE) 571.572,[1] que atribuiu competência ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) para atuar como órgão de controle de legalidade das decisões proferidas por turmas recursais dos Juizados Especiais Cíveis estaduais. Frisa-se que o foco da análise não se estende ao Juizado Especial Federal nem ao Juizado Especial das Fazendas Públicas, municipal e estadual, ou seja, atém-se, exclusivamente, aos Juizados Especiais Cíveis estaduais.

O cerne da questão refere-se à análise da possibilidade de o STF proferir uma decisão inconstitucional ao atuar como legislador positivo e inovar o ordenamento jurídico. Isso aconteceu porque, até esse julgamento, o STJ não integrava o microssistema dos Juizados Especiais Cíveis estaduais. Todavia, conforme decidido pelo Supremo, o STJ tornou-se competente para processar e julgar Reclamação Constitucional com a finalidade de dirimir divergência entre decisão proferida por turma recursal estadual e a jurisprudência do STJ consolidada em súmula ou em julgamento de recurso repetitivo. Essa situação anômala perdurará, de acordo com o STF, até o dia em que o legislador ordinário criar as Turmas de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Cíveis estaduais.

Serão avaliados, também, os impactos que essa decisão do STF produz em relação ao

1 STF, RE 571.572 ED, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJe*, 26-11-2009.

aumento de processos no STJ, bem como ao tempo de duração das ações propostas perante os Juizados Especiais Cíveis.

Para atingir os propósitos almejados, o trabalho discorrerá inicialmente sobre o arcabouço normativo dos recursos nos Juizados Especiais Cíveis, justificando a razão pela qual ele difere do sistema recursal da justiça comum. Prosseguindo, será apresentada a natureza da Reclamação Constitucional, principalmente aquela direcionada ao STJ e a controvérsia relativa à admissibilidade em face de decisões emanadas dos Juizados Especiais estaduais. Em seguida, será analisada a decisão proferida pelo STF com o propósito de verificar a possibilidade de esta Corte, guardiã da Constituição, proferir vereditos incompatíveis com a própria Constituição da República, cujas decisões produzem efeitos concretos prospectivos que inovam a sistemática processual vigente.

Enfim, estabelecidos os fundamentos que darão sustentação à conclusão, pretende-se demonstrar a hipótese relativa à possibilidade de a decisão do STF nos EDcl no RE 571.572 ser inconstitucional, cujo efeito, por arrastamento, irradiou-se para o STJ, contaminando os princípios constitucionais norteadores dos Juizados Especiais Cíveis.

## 1 Breves considerações a respeito dos Juizados Especiais Cíveis

Os bons fluidos democráticos trazidos com a Constituição da República influenciaram positivamente o Poder Judiciário, pois, além de normativamente romper as barreiras de acessibilidade, atribuiu-lhe a responsabilidade de assegurar, concretizar e realizar o mais básico dos direitos humanos que é o acesso à justiça. O regime anterior, a despeito de ditatorial, foi coerente, uma vez que, ao lado das barreiras constitucionais de acesso à justiça, instituiu uma técnica processual que frustrava a concretização e realização dos direitos.

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (2003) discorre sobre as características predominantes no modelo de prestação jurisprudencial que foi adotado no regime antecedente à Constituição da República: individualista, tecnicista, elitista e conservador. Esclarece o autor que a prática de um contraditório meramente formal, sem qualquer compromisso com a igualdade substancial, edificado sobre um tecnicismo caracterizado pelo formalismo, em que as filigranas jurídicas sobrepujavam a realização do direito, aliado às barreiras econômicas, obstava o acesso à justiça, produzindo um sistema processual oneroso, "afastado da realidade das ruas, da sociedade, das transformações sociais, e assim utilizado com enfoque conceitual, técnico-científico, estagnado no tempo, longe da efetividade adequada" (CARNEIRO, 2003, p. 41-42).

Visando superar os entraves para se assegurar a qualquer sujeito direito de acesso ao Judiciário, a Constituição da República concebeu, no art. 98, I, um sistema de prestação jurisdicional diferenciado: o sistema dos Juizados Especiais. Esse sistema, caracterizado pela acessibilidade e simplicidade procedimental, provê justiça em tempo oportuno e com baixo custo. Com efeito, houve aumento considerável do número de demandas judiciais.

Aqueles indivíduos privados de cidadania plena – em razão de as portas do Judiciário estarem cerradas para eles – passaram a ter acesso à justiça por meio dos Juizados Especiais. Dessa forma, esses juizados tornaram-se o *locus* adequado para extravasar a litigiosidade contida, relacionada aos direitos de pouco valor econômico, bem como aqueles conflitos cotidianos, de baixa complexidade jurídica, mas de alta relevância social.

A importância de dar vazão a essa litigiosidade represada é promover uma maior estabilidade social (WATANABE, 1985), impedindo o agravamento dos conflitos existentes. Na justiça comum, a relação custo/benefício em alguns casos representa, indiscutivelmente, uma barreira ao acesso. O elevado custo do processo e a desproporcionalidade entre o valor econômico pretendido e o dispendido não compensava reivindicar esses direitos em juízo.

> Foi intuito do legislador, na linha de uma das ondas renovatórias do processo civil moderno, oferecer uma justiça bem mais informal pela simplicidade dos atos do novo processo, eminentemente participativa pela presença de conciliadores e diálogo com os litigantes, muito mais célere e, portanto, acessível a um número maior de cidadãos. (DINAMARCO, 2005, p. 769-770).

A promoção da igualdade social significa, também, assegurar acesso de todos os cidadãos à justiça, garantindo-se, assim, cidadania e efetiva justiça social (HERMANN, 2010, p. 37).

Dessa forma, a fim de conferir concretude à norma constitucional, instituiu-se, por meio da Lei n. 9.099/95, um órgão jurisdicional de procedimento descomplicado, pouco oneroso, que observa um tratamento adequado às demandas de baixa complexidade e reduzido conteúdo econômico. O desenvolvimento de métodos de conciliação, a oralidade e a garantia de prestação jurisdicional em tempo razoável, além de, em alguns casos, dispensar a obrigação de representação por advogado, são características peculiares aos Juizados Especiais.

Enfim, com a criação dos Juizados Especiais, completou-se no ordenamento jurídico a universalização da garantia de efetiva proteção judicial para todo e qualquer conflito de interesses.

## 2 A exclusão do STJ do sistema recursal dos Juizados Especiais Cíveis estaduais

No que diz respeito aos recursos, a Lei dos Juizados Especiais emancipou-se da disciplina do Código de Processo Civil, implantando um sistema recursal típico. Primeiramente, a Lei n. 9.099/95 consagrou a regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, sendo possível a discussão acerca de alguma questão incidental como preliminar do recurso a ser interposto em face da sentença (BONFIM, 2006, p. 63). Essa vedação, conforme decidido pelo STF, não afronta o princípio constitucional da ampla defesa, posto que, em razão da irrecorribilidade

das interlocutórias, as matérias decididas ao longo do procedimento não precluem, admitindo-se impugná-las no recurso interposto contra a sentença.[2]

O recurso previsto no art. 41 e seguintes da Lei n. 9.099/95 inaugura a fase onerosa do procedimento. Enquanto no primeiro grau de jurisdição, o serviço judiciário é gratuito, na fase recursal nos Juizados Especiais, além de se exigir o pagamento de preparo, há condenação em honorários sucumbenciais. Nessa fase recursal, também, encerra-se o *ius postulandi* da parte, sendo imprescindível a assistência técnica de advogado legalmente habilitado.

Admitem-se embargos de declaração no âmbito dos Juizados Especiais, pois, também nessa instância, há o dever de se prestar jurisdição de forma íntegra e inteligível. A Lei n. 9.099/95, além das situações previstas no Código de Processo Civil (CPC), contemplou outra hipótese de cabimento de embargos de declaração, a dúvida, absorvendo, portanto, todas as críticas direcionadas ao art. 535 do CPC, em sua redação original:

> A dúvida é um estado de espírito, que se traduz na hesitação entre afirmar e negar algo. Toda dúvida é, necessariamente, subjetiva. Não se concebe que exista dúvida num acórdão, nem em qualquer outra decisão judicial: se o órgão decidiu, neste ou naquele sentido, há de ter por força superadas as dúvidas que possivelmente se manifestaram no espírito do julgador, ou dos julgadores, ou de algum ou alguns deles; e ainda, a admitir-se que a incerteza não se haja dissipado de todo, esse fenômeno psicológico não tem qualquer relevância jurídica. (BARBOSA MOREIRA, 2008, p. 551).

As decisões das turmas recursais podem ser impugnadas por Recurso Extraordinário, nas hipóteses contempladas no art. 102, III, da Constituição da República.

No que diz respeito ao STJ, sua jurisdição está afastada por força da Constituição. Com efeito, é inacessível aos Juizados Especiais Cíveis estaduais. O art. 105, III, da Constituição da República dispõe que o Recurso Especial somente é cabível contra decisões proferidas por Tribunais. As turmas recursais, a despeito de serem órgãos recursais ordinários de última instância, não se qualificam como tribunais, e a jurisprudência, tanto no STF, quanto no STJ, firmou posicionamento uníssono reconhecendo o não cabimento de recurso especial contra decisões proferidas pelas turmas recursais dos juizados especiais.[3-4]

Dessa maneira, infere-se do texto constitucional que o STJ não detém jurisdição sobre

2 STF, RE 576847, Rel. Min. Eros Grau, *DJe*, 7-8-2009.

3 STF, RE 571.572-ED, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJe*, 27-11-2009.

4 STJ, "Súmula 203 - Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais".

os Juizados Especiais. A exclusão do STJ do sistema dos Juizados Especiais Cíveis pode ser explicada por vários motivos.

O ingresso no Juizado Especial Cível é opção do autor, considerando não ser absoluta sua competência. Dessa maneira, o autor, ao demandar no Juizado Especial, faz uma ponderação de valores. Ao escolher a jurisdição especial elege-se a simplicidade procedimental, a menor onerosidade e a celeridade como princípios mais vantajosos do que a segurança jurídica que a jurisdição ordinária poderia lhe proporcionar em razão de um procedimento mais complexo, com ampla recorribilidade e, consequentemente, com maior tempo de duração. Além disso, a Constituição da República, ao admitir que juízes leigos atuem nos Juizados Especiais, teleologicamente, os mantém mais próximos do senso comum de justiça do que da dogmática jurídica.

A presença de juízes leigos nos Juizados Especiais decorre do reconhecimento do pluralismo, pois, tratando-se de cidadãos culturalmente próximos das partes, estarão habilitados a julgar respeitando as tradições e os costumes locais, aproximando as partes da justiça. Fatos jurídicos controvertidos, ainda que assemelhados, mas acontecidos em regiões geográficas distintas nesta imensa extensão territorial que é o Brasil, com etnias, realidades históricas, culturais, políticas, econômicas, sociais e modo de vida substancialmente diferente, devem ser valorados de forma diversa.

Nos Juizados Especiais Cíveis, o dissídio jurisprudencial, considerando sua competência para apreciar apenas conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, de pequena monta e de baixa complexidade, não causará nenhum abalo ao Estado Democrático de Direito. Tolera-se que as decisões emanadas desses órgãos jurisdicionais não se enquadrem na uniformidade de interpretação da legislação infraconstitucional realizada pelo STJ. Com isso, nos Juizados Especiais Cíveis, admite-se prescindir da legalidade estrita para se prestigiar a equidade como técnica decisória mais próxima da justiça material.

Consequentemente, a exclusão do STJ do sistema dos Juizados Especiais Cíveis foi uma opção consciente do legislador, considerando que essa interpretação do texto constitucional se atém aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Tanto é verdade que a Constituição da República franqueou acesso ao STF, como instância extraordinária, cuja função é assegurar a efetividade das normas constitucionais. As decisões dos Juizados Especiais estão sujeitas, portanto, ao controle difuso de constitucionalidade exercido pelo STF, mas não ao de legalidade.

Assim, diante do que até aqui se expôs, o STF extrapolou sua função de guardião da Constituição com manifesto abuso de poder ao atuar como legislador positivo e inovar o ordenamento jurídico para contemplar a possibilidade de ajuizar-se Reclamação para o STJ, nos seguintes termos:

> Até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, o STF tem concluído pelo cabimento, em caráter excepcional, da reclamação insculpida no art. 105,

> I, 'f', da Carta Política, a fim de garantir a prevalência da interpretação da legislação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça.[5]

É evidente a antijuridicidade do ativismo judicial exercido pela Suprema Corte em contraposição frontal à atuação do legislador.

## 3 A Constituição e o STJ

O STJ é o órgão constitucionalmente investido da função de uniformizar a interpretação das leis federais. Da mesma forma que o STF é um Tribunal da União, sendo classificado como órgão de convergência e de superposição. De convergência porque é responsável pela última decisão nas causas da justiça comum e da justiça federal. De superposição, tendo em vista que sua decisão se sobrepõe às decisões proferidas pelos órgãos inferiores da justiça comum, estadual e federal.

Sua competência é fixada pelo art. 105 da Constituição da República, que lhe atribui competências originárias e recursais, ordinária ou especial. Em síntese:

> O STJ é a última instância da Justiça brasileira para as causas infraconstitucionais, não relacionadas diretamente à Constituição. Como órgão de convergência da Justiça comum, aprecia causas oriundas de todo o território nacional, em todas as vertentes jurisdicionais não-especializadas.[6]

Em relação aos tribunais constitucionais, decidiu o STF que as competências estão previstas na Constituição da República, expressa ou implicitamente.[7] Assim, se nem o legislador pode atribuir competências não previstas na Constituição às cortes constitucionais, muito menos podem decisões destes tribunais, ainda que advindas do Supremo. O STF "permanece, todavia, vinculado à Constituição, em particular à divisão constitucional das funções, e ele não deve imiscuir-se nas funções de outros órgãos" (HESSE, 1998, p. 423).

Com efeito, examinando o texto constitucional, constata-se que os Juizados Especiais Cíveis estão fora da jurisdição do STJ. Isso se explica pelo fato de que "o juizado é órgão de natureza *sui generis*, que integra um verdadeiro apêndice da jurisdição comum, não

5 STF, RE 584073 ED, Rel. Min. Rosa Weber, *DJe*, 9-10-2012.

6 Conheça o STJ. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=293>. Acesso em: 15 abr. 2014.

7 STF, ADI 2797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 19-12-2006.

compartilhando com ela suas características diferenciadas" (BONFIM, 2006, p. 74), exigindo tratamento processual próprio.

Os Juizados Especiais Cíveis julgam conflitos de interesses envolvendo questões patrimoniais disponíveis entre agentes capazes, sendo, portanto, reduzido o impacto social, econômico e jurídico das decisões proferidas no seu âmbito. A informalidade, celeridade e simplicidade do procedimento não justificam mobilizar o STJ, que já está assoberbado de processos, para que encerre eventuais divergências jurisprudenciais no âmbito das turmas recursais. A inserção do STJ no sistema dos Juizados Especiais Cíveis implicou uma ruptura com os princípios norteadores desses órgãos, ferindo de morte os objetivos que se pretendia alcançar. Mais além, o cabimento do recurso especial para o STJ previsto no art. 105, III, da Constituição da República, se limita a decisões proferidas por Tribunais e, por essa razão, decisões proferidas pelas turmas recursais formadas por juízes de primeiro grau não detêm o *status* de tribunal.

As normas instituidoras dos Juizados Especiais e do STJ são constitucionais e, portanto, de mesma hierarquia, exigindo-se uma interpretação sistemática que confira efetividade a ambas. Com efeito, é lícito concluir que os Juizados Especiais situarem-se fora do alcance da jurisdição do STJ foi uma opção racional do constituinte. Sobre o tema, é válido o entendimento do ministro Fontes de Alencar, numa das primeiras considerações tecidas sobre o tema, quando do julgamento do REsp n. 21.664/MS:[8]

> A Constituição, quando quis tratar de Tribunais, o fez com toda clareza falando nos Tribunais de Justiça dos Estados e, eventualmente, na existência de Tribunais de Justiça Militar nos Estados por isso é que o art. 105, inciso II, ao falar do recurso especial para esta Corte, cuidou dos Tribunais Federais Regionais e dos Tribunais dos Estados, do Tribunal de Justiça e, eventualmente, do Tribunal de Justiça Militar. Não podemos dilargar o que a constituição diz.
> A Constituição ao tratar da possibilidade da lei admitir recursos nas causas cíveis de menor complexidade, continua dizendo que aquela câmara recursal seria composta por juízes de Primeiro Grau. Isto a mim me basta para afastar a possibilidade de recurso especial do Juizado Especial para as causas cíveis de menor complexidade.

Essa posição encontra-se respaldada constitucionalmente e em perfeita sintonia com a principiologia dos Juizados Especiais. Em momento algum se pode perder de vista o fato de que esses órgãos destinam-se à resolução de conflitos individuais de menor complexidade, os quais dispensam a revisão de uma Corte Superior, até mesmo para garantir a celeridade, a simplicidade, a oralidade e demais princípios norteadores dos Juizados Especiais.

8 REsp n. 21.664/MS, Rel. Min. Athos Carneiro, *DJ* 15-12-1992.

O processamento de Recurso Especial interposto contra decisões de turmas recursais de Juizados Especiais desvirtuaria todos os atos processuais realizados perante a primeira instância e os Colégios Recursais. Admitida a participação do STJ nos processos dos Juizados Especiais estaduais, toda a vantagem do autor quando optou por esse procedimento será anulada, sem lhe estender os benefícios que a justiça ordinária pode lhe proporcionar. Mais uma vez, é esclarecedor o entendimento jurisprudencial, nas palavras do ministro Sálvio de Figueiredo, também por ocasião do julgamento do REsp n. 21.664/MS:

> O que me parece ainda mais relevante é que, acima de tudo o que está no plano do direito dogmático, a admissibilidade desse recurso especial feriria a própria teleologia do Juizado de Pequenas Causas, que hoje tem guarida na Constituição.
> Essa instituição notável – que, evidentemente, tem deficiências, por estar no seu nascedouro, que tem obtido os mais relevantes resultados nos planos nacional e internacional – tem por objetivo agilizar a prestação jurisdicional, a simplificação e a informalidade. Se trouxermos as causas decididas nesse Órgão, de tamanha informalidade, a este Tribunal Superior, estaremos, *data venia*, fazendo o oposto do desejado pelo legislador, ao admitir, e agora obrigatoriamente no texto constitucional, essa instituição.

Por derradeiro, noticie-se que o não cabimento de recurso especial das decisões proferidas pelos Juizados Especiais é matéria pacificada na jurisprudência, conforme a Súmula n. 203 do STJ e o Enunciado n. 63 do FONAJE.[9] Dessa maneira, tem-se que as decisões das turmas recursais desafiam, tão somente, embargos declaratórios e Recurso Extraordinário.

Esses são alguns motivos que permitem afirmar encontrarem-se os Juizados Especiais Cíveis absolutamente excluídos da jurisdição do STJ.

## 4 A reclamação para o STJ

Apesar de firmada posição no sentido da inadmissibilidade de Recurso Especial para o STJ, os litigantes não se deram por vencidos e, em razão do natural inconformismo que aflora diante de uma decisão desfavorável, passaram a utilizar sucedâneos recursais. Um dos sucedâneos recursais mais utilizados é a Reclamação, cuja finalidade é preservar a competência ou garantir a autoridade das decisões dos tribunais constitucionais (STF e STJ).

A natureza jurídica da Reclamação constitucional é polêmica, não havendo consenso a respeito. O ministro Celso de Mello catalogou uma série de posicionamentos teóricos a respeito

9 STJ, "Súmula 203 – Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais". FONAJE, Enunciado 63 – "Contra decisões das Turmas Recursais são cabíveis somente os embargos declaratórios e o Recurso Extraordinário".

desse instituto: ação, recurso ou sucedâneo recursal, remédio incomum, incidente processual, medida de Direito Processual Constitucional ou medida processual de caráter excepcional.[10]

A divergência acadêmica mantém-se na jurisprudência. No entendimento do STF, a reclamação não é recurso, nem ação, nem incidente processual; "situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV, da Constituição Federal".[11] Por sua vez, no entendimento do STJ, a reclamação é ação constitucional com eficácia *inter partes*.[12]

Essa polêmica é trazida tão somente a título ilustrativo, uma vez que o cerne da questão analisada refere-se ao fato de impugnarem-se decisões proferidas pelas turmas recursais dos Juizados Cíveis Estaduais por meio de Reclamação. O argumento de preservação da autoridade das decisões proferidas pelo STJ é insustentável, porquanto nenhuma decisão desse tribunal tem por destinatários os litigantes dos Juizados Especiais Cíveis. Essa é a razão pela qual se insiste na tese de que a Reclamação não se presta a esse desiderato, haja vista que, por força da Constituição da República, o STJ não tem jurisdição sobre os Juizados Especiais.

Dessa maneira, é descabida a Reclamação por ausência de objeto, haja vista inexistir autoridade das decisões ou integridade da competência do STJ a ser restaurada. Encontrando-se a turma recursal de Juizado Especial Cível fora do alcance da jurisdição do STJ não há como se afirmar afronta à sua competência ou desafio à autoridade de suas decisões. O STJ sumulou o entendimento de que a decisão de turmas recursais de Juizados Especiais estaduais não comporta Recurso Especial.[13] Reconheceu, também, a inadequação da Reclamação por inexistência de previsão normativa de controle das decisões das turmas recursais especiais pelo STJ. Com efeito, "os Juizados, no âmbito da sua competência, representem a palavra final sobre a interpretação de lei federal".[14]

Entretanto, pouco tempo depois do julgamento acima citado, o STJ tornou-se permeável à Reclamação, ainda que lhe tenha conferido caráter de exceção.[15] Essa decisão, ao reconhecer a Reclamação como excepcional, não trouxe nenhuma novidade hermenêutica. Sua própria natureza, bem como a enumeração das hipóteses constitucionais de seu cabimento, já confere à Reclamação caráter excepcional. Sua peculiaridade decorre do seu escopo: o de garantir a competência e autoridade das decisões da Corte Superior, preservando a integridade da hierarquia do sistema processual (GÓES, 2006, p. 505).

• • •

10 STF, Rcl 336/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 15-3-1991.

11 STF, ADI 2212/CE, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ*, 14-11-2003.

12 STJ, RCD nos EDcl na Rcl 13082, Min. Assusete Magalhães, *DJe*, 6-5-2014.

13 STJ, AgRg no RMS 12218, Min. Castro Filho, *DJ*, 11-11-2002.

14 STJ, AgRg na Rcl 2704/SP, Min. Teori Albino Zavascki, *DJe*, 31-3-2008.

15 STJ, Rcl 2547, Min. Eliana Calmon, *DJe*, 29-9-2008.

A Lei n. 9.099/95, deliberada e conscientemente, em sintonia com a Constituição da República, excluiu o STJ dos Juizados Especiais Cíveis. É a concretização do princípio da razoabilidade. As hipóteses de acesso ao STJ devem, necessariamente, estar previstas em norma constitucional. Inadmissível, portanto, atribuir-lhe novas competências que não se encontrem estipuladas na Constituição da República. "O Tribunal Constitucional não deve ser mais por suas valorações no lugar das valorações do legislador, tanto mais que a amplitude e indeterminação dos critérios de controle, muitas vezes, deixa espaço para valorações diferentes." (HESSE, 1998, p. 424).

A propósito, nas justiças especializadas, o ordenamento jurídico contempla a reclamação (GÓES, 2006, p. 513), por previsão legal expressa. Nos Juizados Especiais Federais, instituídos pela Lei n. 10.259/01, conforme o art. 14, §4º, admite-se o incidente de uniformização de jurisprudência como meio de acessar o STJ em caso de a Turma de Uniformização decidir em contrariedade à súmula ou à jurisprudência dominante da Corte. O mesmo ocorre em relação aos Juizados das Fazendas Públicas, estadual e municipal, instituídos pela Lei n. 12.153/09. O art. 19 de referida lei contempla a mesma situação dos Juizados Federais, possibilitando o acesso ao STJ, quando decisão da Turma de Uniformização contrariar súmula ou jurisprudência do STJ.

É preciso justificar o motivo do tratamento diferenciado dispensado pela lei aos Juizados Especiais Federais, aos das Fazendas Públicas, estadual e municipal, e aos Juizados Especiais Cíveis. É juridicamente razoável admitir que as leis estruturantes dos juizados tenham reconhecido peculiaridades em cada um deles, dispensando-lhes um tratamento normativo singular. Ressalvados os Juizados Especiais Cíveis, os demais juizados processam e julgam conflitos instaurados entre o cidadão e o Poder Público, atraindo, nessa hipótese, regras constitucionais que se impõem nas relações de Direito Público.

O art. 37 da Constituição vincula a administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios ao princípio da legalidade. O art. 5º, *caput*, assegura a igualdade de todos perante a lei, sem discriminação de qualquer natureza. Dessa maneira, os Juizados, Especial Federal e das Fazendas Públicas, estadual e municipal, não podem transigir com a legalidade, sob pena de incorrerem em grave violação do direito fundamental de ser tratado isonomicamente perante a lei.

Nos Juizados Especiais Cíveis, a seu turno, a situação é totalmente diversa. Os princípios norteadores do juizado (oralidade, simplicidade, economia processual, celeridade e informalidade) permitem o juízo de equidade, o que é recomendável, considerando a natureza dos conflitos de interesses ali solucionados e as grandes diversidades existentes no país. Assim, impossibilitar o acesso ao STJ, no caso dos Juizados Especiais Cíveis, tanto pela via recursal, quanto pela da reclamação, objetiva manter fidelidade aos princípios norteadores desses juizados.

Era esse o entendimento prevalecente na teoria e na jurisprudência. Todavia, com o advento do malsinado julgamento dos EDcl no RE 571.572 pelo STF, extinguiu-se o consenso.

## 5 A decisão nos EDcl no RE 571.572 pode ser inconstitucional?

O precedente que embasa o cabimento da reclamação para o STJ contra decisões dos Juizados Estaduais – EDcl no RE 571.572, relatados pela ministra Ellen Gracie – foi proferido em 26 de agosto de 2009, pelo Pleno do STF. Tratava-se de Recurso Extraordinário interposto por uma empresa de telefonia em face de decisão proferida pela Turma Recursal do Estado da Bahia, que teve a repercussão geral reconhecida. A decisão da Turma Recursal baiana dissentiu da jurisprudência do STJ sobre a matéria.

No julgamento dos EDcl no RE 571.572, o STF, mesmo inexistindo pedido a respeito, decidiu pelo cabimento de reclamação para o STJ de decisões proferidas pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis. O fundamento do voto vencedor, proferido pela ministra Ellen Gracie foi o da preservação da autoridade das decisões do STJ, na qualidade de órgão constitucionalmente investido da função de preservar a integridade das normas infraconstitucionais. Diante do silêncio da Lei n. 9.099/95, que não prevê instrumentos que permitam manter a integridade da jurisprudência do STJ, decidiu a maioria da Corte Constitucional o seguinte:

> Entretanto, não existe previsão legal de órgão uniformizador da interpretação da legislação federal para os juizados especiais estaduais, podendo, em tese, ocorrer a perpetuação de decisões divergentes da jurisprudência do STJ. [...].
> Todavia, enquanto não for criada a turma de uniformização para os juizados especiais estaduais, poderemos ter a manutenção de decisões divergentes a respeito da interpretação da legislação infraconstitucional federal. [...]
> Desse modo, até que seja criado o órgão que possa estender e fazer prevalecer a aplicação da jurisprudência do STJ, em razão de sua função constitucional, da segurança jurídica e da devida prestação jurisdicional, a lógica da organização do sistema judiciário nacional recomenda que se dê à reclamação prevista no art. 105, I, f, da CF amplitude suficiente à solução do impasse.

Interessante observar o paradoxo dessa decisão: ela ofende o princípio da reserva da lei, na medida em que inova o ordenamento jurídico mediante a criação de um instituto de natureza processual, a Reclamação para o STJ. Para garantir a legalidade, pratica-se uma inconstitucionalidade.

De acordo com a Constituição da República, a competência para legislar é privativa do Congresso Nacional. Vislumbra-se nesse acórdão, que atropelou o Poder Legislativo, uma fundamentação precária, o que lhe priva de legitimidade e obediência aos princípios democráticos. O acórdão, laconicamente fundamentado, implica usurpação de competência legislativa, rompendo com o princípio da separação de poderes. Dessa forma, não há dúvida alguma quanto à vulneração do art. 2º da Constituição da República. Nesse sentido, é pertinente a advertência de Helmut Simon (1996, p. 824):

> La decisión constitucional por una democracia con división de poderes veda una interpretación sin límites que, eludiendo la reforma constitucional, difumine las lindes entre interpretación y potestad normativa y haga sub-repticiamente soberano a quien únicamente es custodio de la Constitución.

O acórdão é *extra petita* porque a questão referente à Reclamação para o STJ não tinha sido ventilada no acórdão recorrido, nem constado de pedido do recorrente no Recurso Extraordinário. Dessa maneira, o STF carecia de competência para tratar da questão porque a jurisdição está vinculada ao princípio da demanda. Outra razão decorre da ausência do imprescindível prequestionamento. Ao desconsiderar esse fato, a Suprema Corte malferiu o art. 102, III, da Constituição, e indevidamente prestou jurisdição originária onde não lhe competia decidir, além de haver atuado de ofício em razão da ausência de pedido a respeito do que foi decidido.

Os limites da atuação da Suprema Corte estão postos na Constituição da República e, uma vez ultrapassados esses lindes, desborda-se para o arbítrio, deixando o Tribunal de ser legítimo intérprete da Constituição. A qualidade de guardião constitucional que o art. 102 reconhece ao STF não lhe atribuiu, de maneira alguma, a função de legislador positivo.

Além disso, a segurança jurídica propalada no voto condutor do acórdão dos EDcl no RE 571.572 encontra-se ameaçada pela infidelidade da Suprema Corte a seus precedentes. A respeito da reclamação instituída regimentalmente pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), o STF decidiu pela inconstitucionalidade formal e material do instituto, motivando o acórdão o princípio da separação de poderes e a competência privativa do legislador, nos seguintes termos:

> No tocante ao cabimento da reclamação no processo trabalhista, observem que, de há muito, o Supremo assentou a necessidade de esse instrumento estar previsto em lei no sentido formal e material, não cabendo criá-lo por meio de regimento interno. [...] Realmente, não se pode cogitar de disciplina em regimento interno, porquanto a reclamação ganha contornos de verdadeiro recurso, mostrando-se inserida, portanto, conforme ressaltado pelo Supremo, no direito constitucional de petição. Cumpre, no âmbito federal, ao Congresso Nacional dispor a respeito, ainda que o faça, ante a origem da regência do processo do trabalho, mediante lei ordinária. Relativamente ao Supremo e ao STJ, porque o campo de atuação dessas Cortes está delimitado na própria Carta Federal, a reclamação foi prevista, respectivamente, no art. 102, I, *l*, e no art. 105, I, *f*. Assim, surge merecedora da pecha de inconstitucional a norma do Regimento Interno do TST que dispõe sobre a reclamação. Não se encontrando esta versada na CLT, impossível instituí-la mediante deliberação do próprio Colegiado.[16]

16 STF, RE 405.031, voto do Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15-10-2008, Plenário, *DJe*, 17-4-2009.

Enfim, os precedentes do STF confirmam a inconstitucionalidade da decisão que criou a Reclamação para o STJ de decisões proferidas pelas turmas recursais dos Juizados Especiais Cíveis.

O STF, ao inobservar os limites que o *self-restraint* impõe à Corte, proferiu uma decisão atentatória ao regime democrático mediante a usurpação de competência privativa do legislador. Nesse sentido, é válida a advertência de Pier Paolo Portinaro (Apud ZAGREBELSKY; PORTINARO; LUTHER, 1996, p. 30):[17]

> A tendência de o poder jurisdicional assumir sub-repticiamente funções legislativas leva os intérpretes a alertarem a respeito de um constitucionalismo ético, patentemente antidemocrático. Para dizer em uma sentença: a excessiva confiança conferida ao guardião da constituição acabará por torná-la na constituição de quem deveria guardá-la.

A legitimidade que o STF tem para proferir a última palavra sobre interpretação constitucional não lhe confere poderes ilimitados. Assim, decisões da Corte que transbordam os limites estabelecidos pela Constituição são ilegítimas. A Constituição não pode estar à mercê do STF, conformando-se às suas decisões.[18] Na maioria das vezes, a Suprema Corte desconhece ser "impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas" (HÄBERLE, 1997, p. 14), isto é, grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública.

Uma vez extrapolado pelo STF o poder que a Constituição lhe conferiu, há a possibilidade de rescindir sua decisão com fundamento no art. 485, inc. V, do CPC. A rescindibilidade das decisões do STF evidencia a possibilidade de a Corte Suprema proferir acórdãos inconstitucionais.

## 6 A repercussão da decisão no EDcl no RE 571.572

A decisão do STF foi acolhida pelo STJ e nem se poderia esperar algo diverso, tendo em vista

17 "Tendenza di poteri giurisdizionali ad assumere surrettiziamente funzioni legislative, interpreti preoccupati mettono in guardia dal rischio di scivolamento in uma forma di costituzionalismo etico latentemente antidemocrático. Per dirla com uma formula: l'eccessivo credito tributato al custode dela costituzione finirebbe per portare ala costituzione dei custodi."

18 Situação assemelhada ocorreu em relação ao julgamento da ADPF 153, no qual o STF confirmou a validade da Lei de Anistia. Todavia, decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos que dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos, as disposições da Lei de Anistia brasileira, ao impedirem a investigação e sanção pelas graves violações de direitos humanos, carecem de efeitos jurídicos. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010).

que ao obedecê-la ampliaram-se os poderes do tribunal. Dessa forma, o STJ, considerando o que foi decidido pelo Pleno do Supremo Tribunal nos EDcl no RE 571.572, editou a Resolução n. 12 de 2009.

Ao disciplinar o cabimento da Reclamação estabeleceu que sua admissibilidade é "para dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal estadual e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, processados na forma do art. 543-C do Código de Processo Civil". A resolução estabelece que o acesso ao STJ, por meio da Reclamação, se dá quando a decisão reclamada violar súmula ou acórdão em Recurso Especial Repetitivo. Essa limitação foi estabelecida visando evitar a proliferação das reclamações oriundas dos Juizados Especiais.

Essa resolução, contudo, é formal e materialmente inconstitucional. A inconstitucionalidade formal decorre do fato de Regimento Interno não poder instituir a Reclamação, além de carecer, o STJ, de competência para legislar sobre processo, atribuição privativa do Congresso Nacional. Materialmente, a restrição das hipóteses de cabimento contraria o art. 105, III, 'f', da Constituição da República, que diz textualmente ser cabível reclamação para o STJ para preservar sua competência e garantir a autoridade de suas decisões. Sem ressalvas, portanto. E, nesse caso, a Constituição é autoaplicável porque o STJ, na qualidade de corte constitucional, tem sua competência definida diretamente pela norma constitucional. Foi o que decidiu o STF:

> No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação à dos Estados, detentores de toda a jurisdição residual.[19]

Não foi sem razão, portanto, que o ministro Marco Aurélio, em seu voto, manifestou estranhamento sobre o que estava sendo decidido nos EDcl no RE 571.572 ao pontuar que "o mais interessante é que não se chega ao Superior na via da recorribilidade e se chegará mediante um sucedâneo recursal, ou seja, a reclamação!".

Nesse passo, os Juizados Especiais em foco estariam fora do alcance da jurisdição do STJ, seja por não integrarem a justiça comum, já que possuem regramentos específicos de processamento de suas causas, seja porque as turmas recursais não podem ser qualificadas como tribunal. Assim, é incabível Recurso Especial contra decisões proferidas em última instância pelos Juizados Especiais Cíveis estaduais.

• • •

19 STF, ADI 2797. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, 19-12-2006.

Considerando que os limites de competência do STJ estão definidos na Constituição, é de manifesta inconstitucionalidade a inovação normativa advinda com a Resolução n. 12/2009, ampliando suas competências.

## 7 A incompetência do STF para legislar acerca de matéria processual

Noutro aspecto, é inconteste que somente através de legislação federal criam-se normas de direito processual, conforme art. 22, I, da Constituição de 1988.[20] Nesse sentido, a criação pelo STF de instrumento processual para acesso ao STJ evidentemente introduz no sistema processual brasileiro uma hipótese de sucedâneo recursal, até então inexistente. O Supremo ultrapassou sua função de guardião da Constituição e adentrou seara privativa do Poder Legislativo.

No mesmo diapasão está a Resolução n. 12 de 2009 do STJ, que prevê a hipótese de reclamação contra decisões das turmas recursais dos Juizados Especiais estaduais. Essa Resolução estabelece o cabimento, prazo e forma de processamento da reclamação constitucional.

Evidente, portanto, a inconstitucionalidade da Reclamação para o STJ em relação a decisões proferidas no âmbito dos Juizados Especiais estaduais, por ser esse Tribunal absolutamente incompetente para tal fim, além de não obedecer à forma prescrita na Carta Maior para criação de norma processual.

## 8 A inconstitucionalidade material da decisão dos EDcl no RE 571.572

Além dos vícios formais, expostos anteriormente, a decisão do STF encontra-se viciada em razão da matéria. A Reclamação dos Juizados Especiais estaduais para o STJ é totalmente descabida em virtude de várias incompatibilidades com a Constituição da República.

### 8.1 A incompatibilidade da Reclamação com o sistema dos Juizados Especiais

Reitera-se que os Juizados Especiais Cíveis tem por pilares os princípios da simplicidade, oralidade, informalidade, conciliação e celeridade. Destarte, para garantir um procedimento especial que realizasse esses princípios foram criados órgãos especiais, de primeira e segunda instância, além de regras processuais próprias para o processamento e julgamento das demandas de sua competência.

Demonstrou-se, de acordo com a Constituição da República, que os juizados especiais estaduais não estão submetidos à jurisdição do STJ. Permitir a interposição de Recurso Especial, de técnica processual requintada por ser um recurso de fundamentação vinculada, cujo

20 Reconhece-se a força normativa do RISTF, aprovado sob a égide da Constituição de 1969, que conferia competência normativa primária ao STF e que foi recepcionado pela Constituição de 1988.

procedimento se distancia dos princípios dos Juizados Especiais, desvirtuaria por completo todo o sistema.

Seria paradoxal a concepção de um procedimento que até o julgamento de segundo grau pelas turmas recursais é célere e simples, mas, ao final, desemboca em um dos recursos mais complexos do sistema processual brasileiro em razão dos seus rigorosos pressupostos constitucionais. Ao admitir-se acessibilidade ao STJ não se justificaria a opção pelo procedimento dos Juizados Especiais. Nessa hipótese, o princípio da segurança jurídica mitigado no sistema dos juizados, bem como a inexistência de uma cognição plena, verticalizada e exauriente, sem nenhuma compensação jurídica, esvaziaria os Juizados Especiais.

Evidencia-se, portanto, a razoabilidade da impossibilidade de interposição de Recurso Especial nos sistema dos Juizados Especiais Cíveis. Esse sistema deixaria de ser atrativo por se despir de qualquer vantagem a justificar a opção, carregando consigo grandes moléstias do processo contemporâneo, que são o formalismo e a morosidade.

A *ratio essendi* dos Juizados Especiais é exatamente a possibilidade de oferecer um procedimento descomplicado, célere e econômico a ponto de admitir o *ius postulandi* da parte no primeiro grau. Os juizados são uma instância de elevado nível democrático, na medida em que, ao privilegiarem a composição consensual e a oralidade, prestigiam a autonomia e a participação do cidadão.

Nada disso encontra correspondência com os procedimentos instaurados perante o STJ. Ademais, as causas propostas perante os Juizados Especiais Cíveis são de natureza estritamente privada. O interesse público que as reveste realiza-se mediante a resolução célere e eficaz dos litígios submetidos aos juizados.

Nesse aspecto, não há motivo para que esses conflitos sejam levados à revisão de um órgão superior para controle de legalidade das decisões.

### 8.2 A manutenção do veto presidencial

Analisando-se o processo legislativo que culminou na promulgação da Lei n. 9.099/95, constata-se, mais uma vez, que a inexistência de uma Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Cíveis estaduais foi uma opção do legislador. Não houve omissão. A manutenção do veto presidencial se deu pelo acolhimento de seus fundamentos, que é inexistência de interesse público a justificar a criação de turmas nacionais de uniformização.

Derrui-se, assim, o argumento principal utilizado pelo STF para atribuir competência ao STJ para apreciação de causas oriundas dos Juizados Especiais Cíveis estaduais. Como se vê, diferentemente do procedimento de Juizados Especiais Federais e da Fazenda Pública, que contam com Turmas Nacionais de Uniformização da Jurisprudência, a lacuna deixada pelo legislador na Lei n. 9.099/95 não é um vácuo normativo. Trata-se de um ato discricionário do Congresso, revestido de legitimidade democrática, que considerou inconveniente e inoportuna a criação de uma instância de uniformização nos Juizados Especiais Cíveis.

Observa-se no art. 47 do PL n. 1.480/89 (BRASIL, 1989), que culminou na Lei n. 9.099/95, que havia previsão de se criar, no âmbito dos tribunais estaduais, turmas de uniformização de jurisprudência. Ocorre que esse dispositivo foi vetado, sob o fundamento de incompatibilidade com o sistema dos Juizados Especiais, que deveriam permitir um acesso à prestação jurisdicional a seus usuários de forma célere. O veto foi mantido, concluindo-se que o legislador escolheu pela abreviação do procedimento para, com isso, evitar o desvirtuamento dos princípios norteadores dos Juizados Especiais Cíveis.[21]

A uniformização de entendimento entre as turmas recursais na mesma unidade federativa está contemplada no Provimento CNJ n. 7 (2010), que determina a instituição de Turmas de Uniformização estaduais, presidida por um desembargador. Inexiste, todavia, Turma Nacional de Uniformização, bem como meio de acesso ao STJ, pois tanto o legislador, quanto o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), não foram além da criação das turmas de uniformização estaduais.

A superveniência das leis que instituíram os Juizados Especiais Federais e os das Fazendas Públicas, estadual e municipal, não altera a situação dos Juizados Especiais Cíveis estaduais. Os fundamentos que motivaram a criação dos outros juizados são totalmente diversos das razões que levaram à criação do Juizado Especial Cível. A Lei n. 9.099/95 visou ampliar o acesso à justiça e, assim, contribuir para o fortalecimento da cidadania. Por sua vez, os Juizados Federais e das Fazendas Públicas visaram, precipuamente, à redução das taxas de congestionamento da justiça comum.

Incide, no caso, o § 2º do art. 2º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, que dispõe que "a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior". A posterioridade das leis n. 10.259 e 12.153, portanto, é indiferente ao sistema instituído pela Lei n. 9.099/95. A recíproca não é verdadeira; as duas leis posteriores à Lei n. 9.099/95 aplicam-na de forma subsidiária.

Frise-se, ainda, que os juizados estaduais não se confundem com os demais. Há grandes diferenças a distingui-los, a começar dos sujeitos envolvidos. Nos juizados especiais estaduais os litígios envolvem pessoas naturais ou de direito privado. Nos demais, necessariamente há a presença da fazenda pública estadual ou federal. Essa diferença subjetiva justifica o procedimento diferenciado estabelecido pelas leis que os regem.

Nesse passo, não tratando apenas do interesse particular de resolução de um conflito, como nos Juizados Cíveis Estaduais, nos Juizados das Fazendas Públicas envolvem-se interesses do

21 "O art. 47 do projeto de lei deve ser vetado, com fundamento no interesse público, porque a intenção que norteou a iniciativa parlamentar foi propiciar maior agilidade processual, o que não aconteceria com a sanção deste dispositivo, visto que ele ensejaria o aumento de recursos nos tribunais locais, em vez de sua diminuição. Daí, não mais haveria brevidade na conclusão das causas, contrariando todo o espírito que moveu a proposição e que traduz o anseio de toda a sociedade brasileira." (BRASIL, 1995).

Estado em conflito com os interesses do cidadão. Portanto, a necessidade de uniformização da jurisprudência e uma forma de acesso ao STJ são imprescindíveis visando à concretização do princípio da igualdade perante a lei. Por essas razões, não se justifica a imposição, pelo Judiciário, da instituição de algo expressamente rechaçado pelo Poder Legislativo.

## 8.3 Os efeitos da decisão do STF

O fato de a Reclamação ter sede constitucional não foi considerado na decisão do STF, pelo que franqueou amplo acesso ao STJ. A Corte Suprema não deveria desconhecer que atender aos parâmetros constitucionalmente estabelecidos é um requisito imprescindível para se acessar a corte superior.

Pois bem, a Constituição não contempla a possibilidade de das turmas recursais cíveis se ascender ao STJ por uma simples razão: a reclamação objetiva manter a autoridade e competência do STJ. Entretanto, como os Juizados Especiais Cíveis não estão sob a jurisdição desse tribunal superior, as turmas recursais estão imunes à autoridade e competência do STJ.

Contudo, a decisão do STF propiciou vasta utilização desse sucedâneo recursal assoberbando ainda mais o STJ. Segundo relatório do CNJ, em 2013, a taxa de congestionamento do STJ foi de 51,5%, sendo a carga de processos por ministro de aproximadamente 20 mil/ano (CNJ, 2013). Tem-se notícia, ainda, de que:

> Em 2009, quando se atribuiu ao STJ a função de órgão unificador das decisões desses juizados, foram distribuídas 150 reclamações na Segunda Seção (que julga casos de direito privado). Até o último dia 6 de outubro de 2011, os ministros se depararam com o total de 2.300 reclamações, número que tende a crescer, segundo avaliação dos próprios magistrados. (BRASIL, 2011).

Percebe-se, enfim, que a "simples orientação do STF" produziu efeitos catastróficos, necessitando ser prontamente revista.

## Considerações finais

O sistema dos Juizados Especiais Cíveis estaduais restringe-se ao processamento e julgamento de ações individuais ajuizadas por pessoas capazes visando tutela jurídica de direito patrimonial disponível. O interesse público envolvido nesse modelo de justiça refere-se ao dever do Estado de universalizar o acesso à justiça e assegurar garantia de efetiva proteção judicial.

A realização dos propósitos desse sistema levou o constituinte e o legislador a excluírem os Juizados Especiais Cíveis da alçada do STJ. Contudo, a malsinada decisão do STF no EDcl no RE 571.572 possibilitou ao STJ editar a Resolução n. 12/2009, na qual se disciplinou a admissibilidade de Reclamação contra decisões de turmas recursais cíveis estaduais.

Confrontada a decisão do STF com a Constituição da República, constatou-se sua manifesta contrariedade ao texto constitucional, nos aspectos formal e material. A inconstitucionalidade formal decorre do fato de o STF não deter competência legiferante. A material advém do fato de que, por meio de uma distorção da compreensão do que seja ativismo judicial, materializada no referido acórdão, o STF criou, ao arrepio das normas constitucionais, a Reclamação para o STJ de decisões emanadas do sistema dos juizados especiais cíveis.

A questão enfrentada era a admissibilidade de o guardião da Constituição, o STF, proferir decisões incompatíveis com a norma suprema. Desenganadamente, a resposta é afirmativa porque o ordenamento jurídico contempla a possibilidade de rescisão das decisões inconstitucionais, por meio de ação rescisória fundada em violação literal de disposição do texto constitucional.

O julgamento dos EDcl no RE 571.572 feriu gravemente o escopo da Lei n. 9.099/95. Essa lei visa, por meio dos Juizados Especiais Cíveis, prestar tutela jurisdicional gratuita, célere, de procedimento simplificado, informal e oral, além de prestigiar a conciliação, e, assim, democratizar o acesso à justiça.

A repercussão da decisão do STF é a pior possível por contribuir para um maior assoberbamento do STJ com milhares de novas reclamações, até então inadmissíveis. Além disso, a possibilidade de se ascender ao STJ significa o desvirtuamento do sistema dos Juizados Especiais Cíveis, tornando-o uma opção menos vantajosa do que litigar na justiça comum.

Ficou demonstrado, ainda, que o acórdão do STF não possui fundamentos aptos a sustentá-lo, tendo em vista a circunstância de que os Juizados Especiais Cíveis estaduais são imunes à jurisdição do STJ. A Constituição é inconteste nesse sentido, pois os juizados não integram a justiça comum, tampouco as turmas recursais qualificam-se como tribunais.

Contrariamente aos Juizados Especiais Federais e aos das Fazendas Públicas, o legislador optou por não prever uma Turma de Uniformização da Jurisprudência dos juizados estaduais, tendo em vista obediência aos princípios informadores. Não se trata de omissão legislativa, mas de decisão consciente do legislador.

Por fim, o instrumento da reclamação ao STJ é cabível somente na preservação da autoridade e competência dessa Corte, não devendo ser utilizado como sucedâneo recursal, conforme sugeriu o STF. Em face da imunidade jurisdicional dos Juizados Especiais Cíveis estaduais em relação ao STJ, concluiu-se que a Reclamação contra decisões desses juizados não têm nenhuma razão de ser.

Enfim, a despeito de todas as questões de constitucionalidade arguidas, a decisão do STF permanece incólume há cinco anos, levando-nos a questionar *quis custodiet ipsos custodes*?

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. V.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Juizados especiais cíveis e criminais*: Leis n. 9.099 de 26-9-1995, e 10.259. de 12-7-2001. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Mensagem de veto n. 1.005, de 27 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9099-26-setembro-1995-348608-veto-21859-pl.html>. Acesso em: 4 mai. 2014.

_____. Projeto de Lei n. 1.480-A, de 1989. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=25233>. Acesso em: 20 fev. 2014.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Excesso de reclamações ameaça conquistas da Justiça especial estadual. Portal do STJ, 1º nov. 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103824>. Acesso em: 21 fev. 2014.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça*: juizados especiais cíveis e ação civil pública. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Relatório justiça em números 2013*. Disponível em: <http://www. cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2014.

_____. Provimento de n. 7, de 7 de maio de 2010. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_corregedoria/provimentos/provimento_07.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Case of Gomes Lund et al. ("Guerrilha do Araguaia") v. Brazil. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Julgamento em 24-11-2010. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GÓES, Gisele dos Santos Fernandes. Reclamação constitucional. in: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. Salvador: JusPodium, 2006.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: SAFE, 1997.

HERMANN, Ricardo Torres. *O tratamento das demandas de massa nos juizados especiais cíveis*. Porto Alegre, 2010. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/colecao_administracao_judiciaria/doc/CAJ10.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2016.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: SAFE, 1998.

PORTINARO, Pier Paolo. *Il grande legislatores e il custode dela costituzione*. Apud: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg. *Il futuro dela costituzione*. Turim: Einaudi, 1996. p. 5-35.

SIMON, Helmut. *La Jurisdicción Constitucional*. In: BENDA et al. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: IVAP/Marcial Pons, 1996.

WATANABE, Kazuo. *Juizados especiais de pequenas causas*: Lei 7.244 de 7 de novembro de 1984. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

*Fernando Gonzaga Jayme*

Doutor e mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

Especialista em Relações Internacionais pela PUC-MINAS.

Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Goiás.

Professor Associado e Diretor da Faculdade de Direito da UFMG.

Membro do Conselho Estadual de Defesa dos Direitos Humanos.

Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

Conselheiro Seccional da OAB/MG.

Advogado.

*fernando-jayme@ufmg.br*

*Guilherme Costa Leroy*

Mestrando pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), na área de estudo de Acesso à Justiça e Solução de Conflitos, sob orientação do prof. dr. Fernando Gonzaga Jayme.

Advogado.

*gcleroy@gmail.com*

*Thamiris D'lazzari da Silveira*

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

Advogada.

*tamih_tamih@hotmail.com*

V. 12 N. 2
MAI-AGO 2016

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 06.02.2014
Aprovado: 18.04.2016

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201620

# Assédio sexual no trabalho e discriminação de gênero: duas faces da mesma moeda?

*SEXUAL HARASSMENT AND GENDER DISCRIMINATION: TWO SIDES OF THE SAME COIN?*

*Flávio da Costa Higa*[1]

**Resumo**

O artigo tem por objeto de investigação a igualdade de gênero nas relações de trabalho. A partir da contextualização histórica da divisão sexista de atribuições sociais, busca demonstrar as dificuldades de inserção da mulher no mercado de trabalho, diante das estruturas patriarcais de poder. Pretende, com isso, avaliar, de forma mais específica, a relação existente entre assédio sexual e discriminação de gênero, fazendo aproximações críticas entre os dois fenômenos, mediante análise de textos legais e de decisões judiciais pertinentes ao tema. Tem como argumento central a validade teórica da premissa de o assédio sexual ser encarado como possível manifestação discriminatória – notadamente quando implique reprodução de estereótipos e normas de gênero –, porém sem excluir a possibilidade de ser tratado como violação da dignidade da pessoa humana e do direito ao meio ambiente de trabalho saudável e equilibrado. Propõe, finalmente, uma abordagem global como meio mais eficaz de enfrentamento da questão.

**Palavras-chave**

Assédio sexual; gênero; mulher; discriminação; trabalho.

***Abstract***

*The purpose of the article is to investigate gender equality in labor relations. From the historical context of the sexist division of social attributes, it seeks to show the difficulties of inserting women into the labor market considering the patriarchal power structure. Thereby the article tries, on a more specific basis, to assess the relationship between sexual harassment and gender discrimination, with a critical comparison of the two phenomena, by analyzing pertinent legal texts and court decisions. The central argument is the theoretical validity of the premise that sexual harassment is regarded as a possible expression of discrimination – especially when it implies the reproduction of gender stereotypes and norms – but without excluding the possibility of treating it as a violation of human dignity and the right to enjoy a healthy and balanced working environment. Finally, it proposes a global approach as a more effective mean of dealing with the issue.*

***Keywords***

*Sexual harassment; gender; woman; discrimination; labor.*

**1** Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região
Coxim - MS - Brasil

CC BY-NC

> Na boca do homem o epíteto "fêmea" soa como um insulto; no entanto, ele não se envergonha de sua animalidade, sente-se, ao contrário, orgulhoso se dele dizem: "É um macho!" O termo "fêmea" é pejorativo, não porque enraíze a mulher na natureza, mas porque a confina no seu sexo. (BEAUVOIR, 1970, p. 25)

## Introdução

A expressão "igualdade de gênero" ostenta uma aparente contradição ontológica, porquanto a ciência encarregou-se de demonstrar que os seres humanos – independentemente do sexo – são diferentes entre si, o que os torna, em certa medida, únicos. Essa peculiaridade faz da "virtude soberana" da igualdade um conceito bastante volátil e controverso, que não possibilita às pessoas que o exaltam ou depreciam saberem exatamente o que estão enaltecendo ou censurando (DWORKIN, 2000, p. 2). A prometida comunhão axiológica em torno da promoção de uma sociedade livre, justa e solidária – Constituição Federal, art. 3º, I (BRASIL, 1988) – é ilusão que não transcende os limites da superficialidade, pois, a partir do instante em que são debatidos instrumentos específicos de concretização do preceito constitucional, proliferam as divergências.

Historicamente, o sexo teve grande relevância no papel conferido aos atores sociais, de modo que o acidente do cromossomo X ou Y era capaz de selar a sorte e o destino laboral de uma pessoa por toda a sua existência. Sob o signo da diferença de gênero que deveras pode justificar – em alguns casos – o tratamento distinto como forma de corrigir discrepâncias a fim de fomentar a isonomia, promoveram-se as mais absurdas distorções para que fosse reservado ao homem o espaço público de provedor da subsistência material da família, ao passo que a mulher ficasse encarcerada no recinto privado dos afazeres domésticos e de procriação (WALLERSTEIN, 2001, p. 22-23). Em outras palavras, "a divisão sexual do trabalho estrutura as relações de gênero na sociedade e estabelece uma divisão naturalizada das *áreas reprodutivas* atribuídas *às mulheres* e das *áreas produtivas* atribuídas *aos homens*" (THOME, 2012, p. 119-120).

Esse discurso possui lastros jurídicos, filosóficos e religiosos bastante remotos e arraigados em quase todas as culturas, que são, em larga medida, responsáveis pela reprodução atávica de grande parte dos modelos atuais de relações de poder. O Código de Manu[1] punha as mulheres sob o jugo dos homens durante toda a vida, declarava-as inclinadas a desgraçar

1 Constam da nota introdutória ao diploma hindu as seguintes informações: "Manu, progênie de Brahma, pode ser considerado como o mais antigo legislador do mundo; a data de promulgação de seu Código não é certa, alguns estudiosos calculam que seja aproximadamente entre os anos 1300 e 800 a.C. Lembramos que o Código de Hamurabi, mais antigo que o Código de Manu em pelo menos 1500 anos, não se trata de um verdadeiro código no sentido técnico da palavra, mas de uma coletânea de normas que abrange vários assuntos e preceitos" (CÓDIGO..., 2002, p. 41).

suas famílias, designava-as aos ofícios do lar e à purificação do corpo e afirmava que sua felicidade suprema e respeito só eram alcançados mediante o casamento com a intenção de ter filhos.[2] Aristóteles, por sua vez, apesar de defender a alternância de poder, a liberdade e a igualdade entre os homens – numa acepção que excluía os predestinados à escravidão –, foi categórico ao ressalvar que "quanto ao sexo, a diferença é indelével: qualquer que seja a idade da mulher, o homem deve conservar sua superioridade" (ARISTÓTELES, 2006, p. 33). Já a Bíblia responsabilizou diretamente a mulher pelo pecado original, mas estabeleceu sanções muito distintas em função das respectivas atribuições: a ela, a multiplicação das dores do parto e o domínio pelo homem, cujo flagelo foi o de abandonar o modo de vida puramente extrativista e dedicar-se ao trabalho árduo para a subsistência.[3]

O direito do trabalho sofreu influxos dessa concepção patriarcal de divisão das tarefas, trazendo vestígios significativos de discriminação. Basta ver que a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao julgar o caso *Bradwell v. The State* – 83 U.S. 130 (EUA, 1872), afirmou a constitucionalidade de uma lei do estado de Illinois que vedada às mulheres o exercício da advocacia. Reproduzindo a pregação bíblica, decidiu-se que o dispositivo se conformava à Lei do Criador, segundo a qual o homem deveria ser o protetor da mulher, cuja timidez e delicadeza incompatibilizavam-na para o exercício de determinadas profissões e lhe atribuíam por missão suprema o cumprimento dos nobres e benignos ofícios de esposa e de mãe.[4] Já às portas da década de 1950, a mesma Corte ratificaria – em *Goesaert v. Cleary*, 335 U.S. 464 (EUA, 1948) – a constitucionalidade de uma lei do estado de Michigan que proibia as mulheres

• • •

2 Nesse sentido, os arts. 420, 422, 428 e 443, *verbis*: "Art. 420. Uma mulher está sob a guarda de seu pai, durante a infância, sob a guarda de seu marido durante a juventude, sob a guarda de seus filhos em sua velhice; ela não deve jamais se conduzir à sua vontade. [...] Art. 422. Deve-se sobretudo cuidar e garantir as mulheres das más inclinações, mesmo as mais fracas; se as mulheres não fossem vigiadas, elas fariam a desgraça de suas famílias. [...] Art. 428. Que o marido designe para função à sua mulher a receita das rendas e a despesa, a purificação dos objetos e do corpo, o cumprimento de seu dever, a preparação do alimento e a conservação dos utensílios do lar. [...] Art. 443. As mulheres que se unem a seus esposos no desejo de ter filho que são perfeitamente felizes, dignas de respeito e que fazem a honra de suas casas, são verdadeiramente as Deusas da fortuna; não há diferença" (CÓDIGO..., 2002, p. 89-91).

3 Em Gênesis 3,16-20, lê-se: "16. À mulher, ele declarou: 'Multiplicarei grandemente o seu sofrimento na gravidez; com sofrimento você dará à luz filhos. Seu desejo será para o seu marido, e ele a dominará'. 17. E ao homem declarou: 'Visto que você deu ouvidos à sua mulher e comeu do fruto da árvore da qual ordenei a você que não comesse, maldita é a terra por sua causa; com sofrimento você se alimentará dela todos os dias da sua vida. 18. Ela lhe dará espinhos e ervas daninhas, e você terá que alimentar-se das plantas do campo. 19. Com o suor do seu rosto você comerá o seu pão, até que volte à terra, visto que dela foi tirado; porque você é pó, e ao pó voltará'" (BÍBLIA, 2000).

4 A decisão – lavrada pelo *Justice* Miller – foi tomada por 8 votos a 1, tendo sido consignado que a harmonia e a identidade da família repugnavam a ideia de a mulher adotar uma carreira distinta e independente do marido. Como num sermão eclesiático, ele declarou: "The civil law, as well as nature herself, has always

de trabalharem em bares. Sob a ferrenha ideologia de controle absoluto sobre a conduta feminina preconizada pelo Código de Manu, manteve-se a lei ao argumento de que as vastas transformações na posição social da mulher não obstavam a demarcação – pelo Estado – de uma fronteira clara entre os sexos no que dizia respeito ao comércio de bebidas alcoólicas.[5]

Mas não foi apenas no plano internacional que o machismo deixou cicatrizes nas relações de trabalho. Para perplexidade da doutrina brasileira (MALLET, 2013, p. 37), esteve em vigor até 1989[6] o art. 446 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), cujo parágrafo único outorgava ao marido a prerrogativa de pleitear judicialmente a rescisão do contrato de trabalho quando a sua continuação fosse "suscetível de acarretar ameaça aos vínculos da família ou perigo manifesto às condições peculiares da mulher"[7] (BRASIL, 1943), ou seja, prejudicasse os afazeres domésticos. Seguindo a filosofia aristotélica de supremacia eterna do macho sobre a fêmea, o dispositivo reforçava o papel da mulher de cuidar da família e o do homem – naturalmente sobranceiro – de zelar para que a mulher assim o fizesse.

## 1 A "INTRUSÃO" DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO E AS ESTRUTURAS PATRIARCAIS DE PODER

A ruptura paradigmática do monopólio masculino da vida em sociedade constituiu uma espécie de rebeldia inconveniente a deturpar os antigos alicerces de segmentação das atribuições, os quais encarceravam a mulher no "segmento privado", expressão que guarda evidente sinonímia à *privação* de todas as relações sociopolíticas (GUERRA, 2011, p. 73). Não

• • •

recognized a wide difference in the respective spheres and destinies of man and woman. Man is, or should be, woman's protector and defender. The natural and proper timidity and delicacy which belongs to the female sex evidently unfits it for many of the occupations of civil life. [...] The harmony, not to say identity, of interest and views which belong, or should belong, to the family institution is repugnant to the idea of a woman adopting a distinct and independent career from that of her husband. [...] The paramount destiny and mission of woman are to fulfill the noble and benign offices of wife and mother. This is the law of the Creator".

5 Confira-se, a propósito, que não obstante os cerca de três milênios que separam o diploma hindu e a decisão estadunidense, a lógica de dominação é praticamente idêntica, como demonstra o art. 430, *verbis*: "Art. 430. Beber licores inebriantes, frequentar má companhia, separar-se de seu esposo, correr de um lado e de outro, entregar-se ao sono em horas indevidas e ficar em casa de outra, são seis ações desonrosas para mulheres casadas" (CÓDIGO..., 2002, p. 90).

6 O dispositivo em questão foi revogado pela Lei n. 7.855/89 (BRASIL, 1989).

7 O artigo em questão possuía o seguinte teor: "Art. 446. Parágrafo único. Ao marido ou pai é facultado pleitear a rescisão do contrato de trabalho, quando a sua continuação for suscetível de acarretar ameaça aos vínculos da família, perigo manifesto às condições peculiares da mulher ou prejuízo de ordem física ou moral para o menor".

foi por acaso que Olympe de Gouges (1793), depois de propor a Declaração Universal dos Direitos da Mulher e da Cidadã[8] – em resposta ao documento autointitulado universal e contraditoriamente dirigido apenas aos homens em sentido estrito –, foi cruelmente assassinada na guilhotina (BEAUVOIR, 1970, p. 142).

Portanto, numa história que continua a ser escrita, a subversão política decorrente da ocupação do espaço produtivo pelas mulheres ainda é paulatina e impregnada de ranços que a vinculam ao cuidado com a prole e à execução dos afazeres domésticos, seja de forma gratuita, seja mediante contraprestação (MELO, 1998). Essa hipótese pode ser testada atualmente sob três frentes: i) quem exerce o trabalho doméstico remunerado; ii) quem exerce o trabalho doméstico não remunerado; e iii) quem é incumbido pelo Estado de criar os filhos.

No que concerne à primeira delas, convém lembrar que a colocação feminina no mercado não eliminou miraculosamente os penosos trabalhos domésticos, tampouco contou com a generosa colaboração masculina para dividir sua execução. Numa moldura bem menos quimérica, sucedeu a criação de uma nova categoria de trabalhadores – os domésticos –, desprezados socialmente e precarizados legalmente, que permitiu às mulheres com maior renda pessoal ou familiar transferir os deveres de casa para outras mais pobres, na chamada polarização do trabalho feminino (HIRATA; KERGOAT, 2008, p. 263-278). Para um grande contingente operário feminino, operou-se a mera transmutação do perfil de criadas para o de trabalhadoras,[9] com dados de meados da década de 1990 a revelar um percentual de 93,16% de mulheres exercendo o trabalho doméstico remunerado.[10]

A delegação das atribuições caseiras para mulheres menos favorecidas equacionou apenas uma parcela dos problemas das mais privilegiadas, pois, apesar de até 2013, inacreditavelmente, não haver limitação à jornada das trabalhadoras e trabalhadores domésticos,[11] era impossível constrangê-los à realização de todas as tarefas, o que deixava resquícios de serviços caseiros a serem feitos pelo casal. Nesse contexto, mesmo quando ambos exercem atividades econômicas,

8 No documento, Olympe de Gouges reivindicava direitos simétricos aos dos homens e a abolição de privilégios masculinos.

9 Numa abordagem que também contempla a questão racial, Melo diz que "no Brasil as negras passaram diretamente da senzala para o trabalho doméstico" (MELO, 1998, p. 8).

10 Os dados da participação segundo o sexo no serviço doméstico remunerado foram obtidos da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), realizada pelo IBGE, em 1995. As estatísticas só não são ainda mais acachapantes pelo fato de a função de Atendente/Jardineiro/Motorista ser preponderantemente ocupada por homens (79,08%). Todavia, algumas funções, como as de Lavadeira/Passadeira, quase não possuem homens (0,76%), a ponto de a gramática brasileira não conter denominações masculinas para tais ocupações (GUERRA, 2011, p. 73).

11 O que só passou a ocorrer no Brasil, ao menos no plano formal, com a promulgação da Emenda Constitucional n. 72, de 2 de abril de 2013 (BRASIL, 2013a).

a divisão do remanescente doméstico nas próprias residências não é equânime, haja vista o fato de as mulheres trabalharem mais que o dobro em relação aos homens[12] e em atividades menos nobres, mantendo, ainda assim, o *status quo* de "donas de casa" (MADALOZZO; MARTINS; SHIRATORI, 2010).

O último e quiçá mais polêmico aspecto a retratar o protagonismo masculino nas atividades resplandecentes do cenário mercantil em contraste à opacidade feminina no palco familiar (TEIXEIRA, 2010, p. 258) diz respeito à tutela conferida à maternidade. Malgrado o texto constitucional de 1988 seja expresso ao assegurar a igualdade entre os sexos (CF, art. 5º, I), garante às mulheres 120 dias de licença-maternidade (CF, art. 7º, XVIII) e aos homens apenas 5 de licença-paternidade (CF, art. 7º, XIX, c/c art. 10, § 1º, ADCT), deixando patente que o cuidado operacional com os filhos é uma atribuição feminina por "excelência". Tal circunstância opera impiedosamente em desfavor da mulher, ainda que o empregador seja neutro quanto ao sexo dos seus empregados, porquanto falta a ela uma qualificação relevante ao exercício da função, qual seja, a liberdade no que tange à incumbência de zelar pelos descendentes (KYMLICKA, 2006, p. 308-309).

A afirmação pode parecer ingênua e facilmente sobrepujável diante da objeção de que a licença-maternidade tem por escopo a recuperação física da mulher com os trabalhos envolvidos na reprodução (como, *e.g.*, gravidez, parto e amamentação), que o homem deveras não tem. Todavia, o argumento revela apenas uma fração da realidade, já que o período também objetiva o reforço dos vínculos com o recém-nascido e a adaptação à nova realidade familiar. Ademais, ele se mostrava falacioso quando o legislador concedia apenas à *empregada* adotante – que, por óbvio, não possui labor reprodutivo – a mesma licença dada à mãe biológica e, além disso, reservava-lhe um período de afastamento – ainda que inferior – mesmo nas adoções de crianças com até 8 anos de idade.[13]

Aludido dispositivo permite concluir que o objeto da proteção normativa não é apenas a gestante sob o aspecto biológico, mas a instituição familiar como um todo.[14] Conquanto

• • •

12 Segundo dados de 2012 (IBGE, 2013, p. 165), enquanto os homens consomem cerca de 10,0 horas semanais nos afazeres domésticos, as mulheres gastam 20,8 horas semanais nas mesmas tarefas.

13 Dispunha o art. 392-A da CLT (BRASIL, 1943): "Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392, observado o disposto no seu § 5º. § 1º No caso de adoção ou guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, o período de licença será de 120 (cento e vinte) dias. § 2º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 1 (um) ano até 4 (quatro) anos de idade, o período de licença será de 60 (sessenta) dias. § 3º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos de idade, o período de licença será de 30 (trinta) dias. § 4º A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã".

14 De acordo com Silva (2009): "O primeiro aspecto é identificar qual é o objeto de proteção da norma, pois

fosse válida a intenção, tinha como subproduto uma miríade de fontes discriminatórias pelo legislador: i) contra as mulheres, porquanto reiterava, a não mais poder, que só elas devem se afastar do trabalho para tomar conta dos filhos; ii) contra as estruturas familiares monoparentais masculinas – *rectius*, homens solteiros –, já que a teleologia normativa de suporte ao liame familiar lhes era solenemente desprezada; e iii) contra os homens homossexuais vinculados por união homoafetiva, pelo mesmo motivo indicado no item ii.

Uma parcela dessa anomalia foi corrigida em 2013 – ao menos em relação aos itens ii e iii –, com a extensão do direito ao *empregado* que adotar ou obtiver guarda judicial para tal fim.[15] Manteve-se, contudo, o ultrapassado arquétipo de que, nos casais heterossexuais, salvo em caso de morte, literalmente,[16] só a mulher alija-se do trabalho para atender a prole, ao contrário do que ocorre nos países nórdicos, em geral (FARIA, 2002, p. 179), e mais especificamente na Suécia (1995), onde o Parental Leave Act permite um sistema bastante flexível de compartilhamento da licença entre os pais.

## 2 Abordagem de gênero do assédio sexual no trabalho: vícios e virtudes

O sucinto escorço da justaposição das mulheres no mercado de trabalho demonstra que elas não foram e talvez ainda não sejam totalmente bem-vindas no ambiente laboral, pois a independência econômica alcançada pelo exercício de atividade produtiva desmonta o estado de sujeição aos homens e faz com que elas invadam um setor outrora exclusivo e compitam por posições de maior destaque. A assimilação dessa premissa sociológica faz com que se aquilate a possibilidade da configuração de ambientes de trabalho hostis, ofensivos e vexatórios, nos quais a ojeriza à companhia feminina é externada por diferentes manifestações que desdenham os propalados ideais de igualdade.

Ante tal quadro, o assédio sexual também pode ser epistemologicamente compreendido como forma de discriminação sexual, conforme expressamente reconhecido pela Diretiva

• • •

se o almejado é proteger a mulher-gestante, apenas do ponto de vista biológico, limita-se o escopo da norma à necessidade de proteção física e assim não haveria sentido conceder tal licença àquele que adota, uma vez que, neste caso, não há que se falar da necessidade desse tipo de proteção. Ocorre que o disciplinamento dado ao tema deixa claro que o objeto de proteção é a maternidade e esse fato redunda em uma série de consequências, como a necessidade de concessão de licença também aos pais, licença-paternidade, e o surgimento da licença-maternidade adotante, por exemplo".

15 A retificação ocorreu com o advento da Lei n. 12.873, de 24 de outubro de 2013, que acresceu o art. 392-C à CLT, com a seguinte redação: "Art. 392-C. Aplica-se, no que couber, o disposto no art. 392-A e 392-B ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção" (BRASIL, 2013b).

16 E não retoricamente, pois o art. 392-B da CLT, também acrescido pela Lei n. 12.873, de 24 de outubro de 2013, garante ao cônjuge ou companheiro supérstite o gozo do período restante de licença em caso de falecimento da mãe (BRASIL, 2013b).

2002/73/CE do Parlamento Europeu (BÉLGICA, 2002).[17] No âmbito latino-americano, a Costa Rica chegou à mesma conclusão, baseada nos princípios constitucionais de respeito pela liberdade e pela vida humana, do direito ao trabalho e de igualdade, bem como em documentos internacionais de combate à discriminação,[18] com destaque para a Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher.

As asserções ora formuladas instigam refutações diante do seu caráter supostamente sectário, haja vista os homens também serem vítimas potenciais do assédio sexual (FELKER, 2010, p. 271-273), bem como o assédio não ser necessariamente dirigido às mulheres como gênero, e sim individualizado naquelas que, em tese, despertam maior atração sexual no ofensor. Em que pese as objeções não terem o condão de retirar integralmente a validade das conclusões apresentadas, merecem ser ponderadas a fim de que se possa aferir as condições para que elas se revelem corretas.

Em primeiro lugar, é de clamorosa obviedade que tanto homens quanto mulheres podem ser vítimas de assédio sexual, como deixava explícito o Decreto Real belga (BÉLGICA, 2002).[19] Porém, se a hierarquia funcional possui alguma relevância na ocorrência do fenômeno, os relatos do Observatório Social, com base em pesquisa do Instituto Ethos/Ibope (SOUZA DIAS; CASARA; WERLE, 2004, p. 7), demonstram que: no Brasil, de cada 10 cargos executivos existentes nas grandes empresas, apenas 1 é ocupado por mulheres; no nível de gerência, 2 cargos são das mulheres e 8 dos homens; nas chefias, as mulheres são 3 e os homens, 7; as mulheres também estão em menor número no chão das fábricas e nos cargos funcionais e administrativos: 3,5 contra 6,5.[20] Essa conjuntura de estratificação vertical dos empregos, aliada à

• • •

17 Que assim preconiza em seu art. 3º, *verbis*: "3. Le harcèlement et le harcèlement sexuel au sens de la présente directive sont considérés comme une discrimination fondée sur le sexe et sont dès lors interdits".

18 É o que se extrai do art. 1º da Lei n. 7.476/95: "Artículo 1º. Principios regentes. Esta ley se basa en los principios constitucionales del respeto por la libertad y la vida humana, el derecho al trabajo y el principio de igualdad ante la ley, los cuales obligan al Estado a condenar la discriminación por razón del sexo y a establecer políticas para eliminar la discriminación contra la mujer, según la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer" (COSTA RICA, 1995).

19 O referido dispositivo legal, em seu art. 32-3, conceituava assédio sexual no trabalho como "toute forme de comportement verbal, non-verbal ou corporel de nature sexuelle, dont celui qui s'en rend coupable, sait ou devrait savoir, qu'il affecte la dignité *de femmes et d'hommes* sur les lieux de travail" (grifo nosso). O decreto foi revogado em 2007. Apesar de as demais legislações não terem o capricho de arrolar o sexo das possíveis vítimas, elas utilizam termos neutros como "pessoas" ou substantivos masculinos como "empregados ou trabalhadores", que, a toda evidência, podem ser utilizados para ambos os sexos.

20 A consolidação das informações tem por base uma pesquisa de 2003. Na pesquisa de 2010 (PUCCI, 2010, p. 7), apesar de não haver uma síntese tão didática e esclarecedora, os números absolutos comprovam que as coisas pouco mudaram.

segregação horizontal (DRAPEAU, 1991, p. 22-23) – designação de atribuições de acordo com o sexo, relegando mulheres às funções em que se confundem tarefas profissionais com favores pessoais[21] –, fornecem o comburente e o combustível para a combustão de assédio que tem nas mulheres o grande público-alvo, superando os homens tanto em frequência quanto em gravidade (BELMONTE, 2013, p. 193). Não é por outra razão que os números (KAY; WEST, 2002, p. 765) denunciam o seguinte no que tange à incidência em relação ao gênero: a) homens assediando mulheres – 90%; b) homens assediando homens – 9%; c) mulheres assediando homens – 1%.

Perante uma realidade tão avassaladora e inexpugnável, não há como tergiversar sobre o envolvimento da questão de gênero em diversas conjecturas de assédio sexual e tampouco quanto às mulheres serem as vítimas preferenciais. Outrossim, conforme mencionado alhures, o fato de apenas algumas delas serem assediadas não desnatura implacavelmente a intelecção acerca do preconceito sexual. A Suprema Corte do Canadá abordou com propriedade a questão no caso *Jensy v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252, ao afirmar que a discriminação normalmente é composta de vários ingredientes que afetam de maneira distinta os membros de determinado grupo.[22] Para a Corte, a questão fulcral residia no fato de o ofensor ser um empregado homem heterossexual e, portanto, somente as mulheres estarem sujeitas a esse tipo de comportamento agressivo.

Da mesma forma, a discriminação entre pessoas do mesmo sexo não afasta a hipótese de discriminação de gênero. Apesar de parecer contraintuitivo numa primeira impressão, nada sustenta a ilação de que o homem não discrimina os seus próprios pares, como teve a sagacidade de observar a Suprema Corte dos Estados Unidos em *Oncale v. Sundowner Offshore Services,* 523 U.S. 75.[23] A despeito de ser reconhecidamente minoritária, a ocorrência de assédio

• • •

21 Tais como arrumadeiras, camareiras, enfermeiras, massoterapeutas, secretárias, recepcionistas etc.

22 Entre outras coisas, esclareceu-se que a eventual exigência de que a discriminação fosse perpetrada de modo absolutamente idêntico entre todas as empregadas esvaziaria por completo a proteção legislativa contra o assédio sexual: "Sexual harassment is a form of sex discrimination. [...] The fact that only some, and not all, female employees at the restaurant were subject to sexual harassment is not a valid reason to conclude that sexual harassment could not amount to discrimination on the basis of sex. Sex discrimination does not exist only where gender is the sole ingredient in the discriminatory action and where, therefore, all members of the affected gender are mistreated identically. [...] *If a finding of discrimination required that every individual in the affected group be treated identically, legislative protection against discrimination would be of little or no value*. [...] The crucial fact in this case is that it was only female employees who ran the risk of sexual harassment. Indeed, only a woman could be subject to sexual harassment by a heterosexual male, such as the offending employee" (grifo nosso).

23 O precedente foi muito importante pelo fato de a Suprema Corte escoimar categoricamente quaisquer dúvidas quanto à possibilidade de discriminação praticada por pessoas do mesmo sexo: "Title VII's prohibition of discrimination 'because of...sex' protects men as well as women, [...], and in the related context

sexual entre pessoas do mesmo sexo existe, principalmente de homens contra outros homens pertencentes a determinados círculos, quais sejam os jovens, homossexuais, membros de minorias étnicas ou que trabalham em ocupações tidas como femininas (TOMEI; VEGA-RUIZ, 2007, p. 161).

Conquanto seja perspicaz o raciocínio da Suprema Corte norte-americana, ele denuncia a vulnerabilidade do argumento diante de assediantes bissexuais, razão pela qual a percepção mais arguta seria a de que existe discriminação desde que o ato seja praticado como instrumento de reafirmação de normas e estereótipos de gênero. A partir desse arquétipo, o assédio sexual teria preocupações atinentes à sexualidade e também à igualdade, em vez de ser apenas "algo que os homens fazem com as mulheres" (FRANKE, 2004, p. 179). Em síntese, embora as proteções desse jaez tenham como destinatário principal as mulheres, devem ser lidas de forma a tutelar todas as formas de discriminação contra os homens, conforme estabelece o Sex Discrimination Act da Inglaterra (1975).[24]

Há outros pontos críticos em se levar ao paroxismo a ideia de que assédio sexual configura forçosamente preconceito de gênero. Se todas as formas de manifestação sexual forem avaliadas com suspeição, um dos possíveis efeitos colaterais é a criação de uma espécie de pânico nas relações interpessoais com o sexo oposto, aumentando a "segregação sexual" e tornando mais difícil às mulheres a conquista da igualdade no local de trabalho (CLARKE, 2007, p. 87). Para que se tenha uma noção da dimensão dessa "generofobia", estudiosos indicam a existência de uma "barreira de vidro" que ameaça relações amistosas e saudáveis entre os sexos, com 75% dos homens norte-americanos tendo declarado em uma pesquisa que se preocupam com assédio sexual sempre que interagem com mulheres no local de trabalho (ELSESSER; ANNE, 2006, p. 1090). Paradoxalmente, o alegado temor de acusações de assédio sexual – ainda que inverídico – poderia se transformar em utensílio de isolamento das mulheres sob um pretexto jurídico (QUINN, 2000, p. 1176), ou seja, operar-se-ia a metamorfose do assédio sexual em assédio moral, só que justificada pelo ordenamento.

Além disso, uma postura excessivamente zelosa dos empregadores a fim de coibir o assédio sexual pode implicar a violação de outros direitos fundamentais, tais como a liberdade de expressão (BROWNE, 1991, p. 481) e a intimidade, com empregadores proibindo relações

• • •

of racial discrimination in the workplace we have rejected any conclusive presumption that an employer will not discriminate against members of his own race [...]. If our precedents leave any doubt on the question, we hold today that nothing in Title VII necessarily bars a claim of discrimination 'because of . . . sex' merely because the plaintiff and the defendant (or the person charged with acting on behalf of the defendant) are of the same sex".

24 Que assim preconiza: "2. Sex Discrimination Against Men 2(1) Section 1, and the provisions of Parts II and III relating to sex discrimination against women, are to be read as applying equally to the treatment of men, and for that purpose shall have effect with such modifications as are requisite".

íntimas entre seus empregados[25] ou obrigando-os a declará-las (SCHULTZ, 1998). Outrossim, há quem diga que o banimento de condutas sexuais no trabalho encaixa-se como uma luva no projeto "neotaylorista" de aumentar a eficiência nos processos produtivos pela exclusão de comportamentos irracionais e emocionais, e a adaptação à lógica capitalista seria a explicação para os empregadores norte-americanos terem incorporado tão prontamente tais políticas (CLARKE, 2007, p. 88).

## 3 A construção conceitual diante da amplitude do fenômeno

Não é possível esboçar a definição de um instituto jurídico sem absorver todas as suas nuanças dimensionais, na medida em que a deficiência nessa captação deturpa a relação de simetria perfeita que deve existir entre continente e conteúdo. Nesse sentido, a legislação brasileira sobre assédio sexual foi das mais infelizes, desde a escolha topológica até sua limitada concepção. Circunscrito ao Código Penal, o dispositivo segue a lógica obtusa de hipertrofiar desnecessária e inconvenientemente[26] o estatuto criminal com mais um delito de pequeno potencial ofensivo, solucionado – na melhor das hipóteses – com penas alternativas que só aumentam a sensação de impunidade do agressor em face de um "tipo penal morto" (MUÇOUÇAH, 2013, p. 713-714).

Se a opção de criminalizar o comportamento foi ruim, o delineamento dos seus contornos foi desastroso. Ao definir assédio sexual como o ato de "constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de

• • •

25 Algumas empresas norte-americanas com filiais brasileiras estabeleciam tais espécies de vedação nos contratos de trabalho, as quais foram veementemente fustigadas pela jurisprudência brasileira, como demonstram os seguintes trechos desta ementa: "[...] A prática discriminatória costumeira, observada no procedimento adotado por várias empresas que, com base em normas de seu regulamento interno, dispensam empregados que namoram ou se casam, ou vedam a admissão de parentes de empregados, é atentatória ao princípio da igualdade de todos perante a lei, que encontra amparo em vários dispositivos do texto constitucional de 1988, erigido sobre o princípio da dignidade humana, fortemente enunciado nos diplomas que compõem o tecido do sistema de produção internacional dos direitos humanos. O art. 5º assegura a igualdade de todos perante a lei, e o inciso XLI veda qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, dentre eles a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, ficando o infrator sujeito ao pagamento da indenização pelo dano moral ou material decorrente de sua violação, nos termos do inciso X do mesmo artigo [...]" (RIO DE JANEIRO, 2004).

26 A catalogação criminal seria *desnecessária* por haver outras prescrições suficientes ao enquadramento do ofensor, tais como o constrangimento ilegal e a ameaça (MARZAGÃO JÚNIOR, 2006, p. 79-80), e *inconveniente* por afrontar o princípio da intervenção penal mínima ou da *ultima ratio,* segundo o qual a criminalização de determinada conduta só se legitima quando for o único meio de tutelar eficazmente determinado bem jurídico (BITENCOURT, 1996, p. 82).

superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função" – CP, art. 216-A (BRASIL, 1940), o legislador assumiu uma perspectiva duplamente reducionista: além de vislumbrá-lo apenas sob a ótica da obtenção de favores sexuais, confinou o tipo à hierarquia inerente às relações de trabalho *lato sensu*, algo sintomático de legislações arcaicas de parte da América do Sul, como, *v.g.*, Argentina e Paraguai.[27]

No ambiente de trabalho, comportamentos sexuais indesejados não ocorrem somente entre os chefes e seus chefiados – manifestam-se de forma vertical (ascendente ou descendente) e horizontal (GOLDSTEIN, 2009, p. 120-121) –, tanto assim que, na França (1992)[28] e na Espanha[29] (1995), essa circunstância constitui apenas uma das causas de aumento de pena.

Todavia, a falha mais gritante do Código Penal brasileiro foi defini-lo exclusivamente em função do suposto desejo de o ofensor obter uma recompensa sexual. A satisfação da lascívia mediante extorsão não é o único escopo das investidas sexuais, talvez nem sequer o principal (JAKUTIS, 2006, p. 176). Muitas vezes a intenção do agressor é puramente discriminatória, constitui violência de gênero no sentido de subjugar a mulher, externando a misoginia – ou a misantropia – a partir da criação de um ambiente inóspito no qual o recado que se pretende transmitir, ainda que inconscientemente, é o de que ela deveria permanecer na esfera privada de seu domicílio. Não por outra razão, entende a doutrina que "o assédio sexual não é mais do que uma evolução do assédio moral. Nos dois casos, trata-se de humilhar o outro e considerá-lo um objeto à disposição" (HIRIGOYEN, 2012, p. 100). Em sentido diametralmente oposto ao da discriminação de gênero, o diploma tupiniquim compreendeu o assédio sexual como singela manifestação isolada de indivíduos incontinentes que procuram tirar vantagens luxuriosas de seu alto cargo.

• • •

27 Ainda assim, a legislação brasileira parece ser a pior de todas, uma vez que a Argentina se limita a incluir o malfadado conceito como espécie do gênero coação e, ainda assim, restrito aos servidores da administração pública federal (ARGENTINA, 1993). Por outro lado, embora o Código paraguaio seja similar ao brasileiro no tocante ao conceito (art. 133), possui um sistema de composição mediante pagamento de uma soma à vítima para o reequilíbrio da paz social, tendo como parâmetro a situação econômica do devedor e sem excluir a demanda por perdas e danos (art. 59), ou seja, com características semelhantes aos *punitive damages* dos sistemas anglo-saxônicos (PARAGUAI, 1997). O Código do Trabalho do Chile constitui a honrosa exceção continental (CHILE, 2002).

28 O Código Penal francês aumenta a pena de 2 para 3 anos e a multa de 30.000 para 45.000 euros: "Article 222-33. [...] Ces peines sont portées à trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende lorsque les faits sont commis: 1° Par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions; [...]".

29 Assim prescreve o diploma espanhol: "Artículo 184. 2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses".

Um exemplo bastante ilustrativo que escancara os dois equívocos do legislador nacional é o caso *Jenson v. Eveleth Taconite Company*, 97-1147, decidido pela Justiça Federal norte-americana, que o descreveu como uma longa, torturante e desafortunada história. Na metade da década de 1970, Louis Jenson começou a trabalhar nas jazidas de ferro da empresa e – junto com outras mulheres – a enfrentar um ambiente inóspito que incluía comentários genéricos e individuais por parte de seus colegas no sentido de que ela não pertencia às minas, estava roubando o emprego dos homens[30] e deveria permanecer em casa. Ademais, os homens colocaram material pornográfico nos veículos, elevadores, vestiários e armários femininos, refeitórios etc. Não bastasse o abuso verbal e visual, elas também foram fisicamente molestadas com toques, beijos, apalpadas e beliscões indesejados, além de casos mais graves como a tentativa de fazer sexo oral nas mulheres enquanto elas dormiam. Após uma reclamação de Jenson ao Departamento de Direitos Humanos de Minnesota, ela teve os pneus de seu carro furados. Diante das constantes pressões dos companheiros de trabalho sob a indiferença do empregador, ela se demitiu no início de 1992, tendo sido diagnosticada, logo em seguida, com estresse pós-traumático e depressão reativa.

Em 1988, entretanto, ela ajuizara uma ação que foi certificada, no ano de 1991, como uma *class action* (ação coletiva). A batalha judicial também foi longa e recheada de percalços. Na primeira parte do julgamento (1992), decidiu-se que a empresa falhou ao não tomar providências contra a discriminação. Na fase de quantificação dos danos (1995), o perito entregou um relatório no qual revelou detalhes íntimos da vida das empregadas e afirmou que elas sofriam de "transtorno de personalidade histriônica",[31] arbitrando uma média de US$ 10.000,00 a cada uma. O julgamento foi revertido pela Corte de Apelações do Oitavo Circuito no final de 1997,[32] com a designação de novo júri para mensurar a indenização. Ao

• • •

30 Segundo Hirigoyen (2012, p. 99), "Na Itália, na Espanha e na América Latina, muitos homens consideram que cada mulher que trabalha é culpada por um desempregado entre os homens".

31 Um parecer especialmente cruel para as pretensões das autoras, haja vista os critérios diagnósticos da patologia descritos no sítio eletrônico PsiqWeb: "Um padrão invasivo de excessiva emocionalidade e busca de atenção, que começa no início da idade adulta e está presente em uma variedade de contextos, como indicado por cinco (ou mais) dos seguintes critérios: (1) sente desconforto em situações nas quais não é o centro das atenções; (2) *a interação com os outros frequentemente se caracteriza por um comportamento inadequado, sexualmente provocante ou sedutor*; (3) exibe mudança rápida e superficialidade na expressão das emoções; (4) *usa consistentemente a aparência física para chamar a atenção sobre si próprio*; (5) *tem um estilo de discurso excessivamente impressionista e carente de detalhes*; (6) *exibe autodramatização, teatralidade e expressão emocional exagerada*; (7) é sugestionável, ou seja, é facilmente influenciado pelos outros ou pelas circunstâncias; (8) *considera os relacionamentos mais íntimos do que realmente são*" (PSIQWEB, 2014, grifo nosso).

32 Ao fustigar as conclusões do laudo pericial, a Corte entendeu que o perito havia deixado de sopesar as provas produzidas pelas autoras baseado unicamente em suas próprias noções preconcebidas acerca da

final de 1998, pouco antes do início do julgamento, quinze mulheres fizeram acordo com o empregador pelo valor global de US$ 3.500.000,00.

O precedente ganhou notoriedade pelo fato de ter sido a primeira *class action* por assédio sexual nos Estados Unidos, a ponto de se eternizar nas telas de Hollywood com o filme *Terra fria*.[33] Mas a relevância acadêmica deveu-se ao fato de a Corte ter reconhecido o assédio sexual como uma manifestação discriminatória sob a vertente da criação de uma atmosfera de intimidação, bem como por ter acolhido a possibilidade da prática pelos colegas de trabalho sem ascensão hierárquica, duas singularidades completamente desprezadas pelo Código Penal brasileiro.

Quanto ao primeiro aspecto, a definição do Código do Trabalho de Portugal (2009) demonstra que o legislador lusitano explorou, com muito mais ênfase, essa hipótese.[34] De modo similar, a Itália (2005) considerou sexualmente discriminatórias as condutas indesejadas de cunho sexual que tenham por objetivo ou efeito a violação da dignidade de uma trabalhadora ou de um trabalhador ou criem um clima intimidatório, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo.[35] Existe, é claro, o assédio sexual denominado "*quid pro quo*" – "isto por aquilo" (BARROS, 1998, p. 1468) –, em que o ofensor utiliza o poder hierárquico a fim de humilhar a vítima com atos que dão a entender que sua liberdade sexual é moeda de troca, e a ascensão profissional ou a própria permanência no emprego só são obtidos mediante concessões dessa

prova psiquiátrica: "The record strongly suggests the Special Master foreclosed consideration of the evidence based on his own preconceived notions relating to psychiatric proof".

33 O título original é *North Country*, uma película norte-americana de 2005 dirigida por Niki Caro, que conta o drama de Louis Jenson – interpretada por Charlize Teron – e sua batalha judicial contra a Jenson Eveleth Company.

34 Considerada uma das legislações mais modernas do mundo em termos trabalhistas, o Código do Trabalho português trata do assédio *lato sensu* em um único artigo, distinguindo o assédio sexual unicamente em face do caráter sexual da conduta: "Artigo 29º Assédio. 1 — Entende-se por assédio o comportamento indesejado, nomeadamente o baseado em factor de discriminação, praticado aquando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objectivo ou o efeito de perturbar ou constranger a pessoa, afectar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador. 2 — Constitui assédio sexual o comportamento indesejado de carácter sexual, sob forma verbal, não verbal ou física, com o objectivo ou o efeito referido no número anterior".

35 Essa determinação foi trazida ao ordenamento jurídico pelo Decreto Legislativo 145/2005 – promulgado sob declarada influência da Diretiva Europeia 2002/73/CE –, com a seguinte redação: "2-ter. Sono, altresì, considerate come discriminazioni le molestie sessuali, ovvero quei comportamenti indesiderati a connotazione sessuale, espressi in forma fisica, verbale o non verbale, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo".

natureza. O Código Federal dos Estados Unidos (2009) dimensiona as duas acepções do assédio, considerando-as expressões da violência de gênero, espécies de discriminação por causa do sexo,[36] tanto assim que os mesmos princípios envolvidos são válidos para questões referentes à cor, à raça, à religião ou à nacionalidade. A Suprema Corte estadunidense reconheceu ambas em *Meritor Savings Bank v.Vinson* - 477 U.S. 57.[37] As diferenças entre elas estão didaticamente explicitadas no Código do Trabalho francês, segundo o qual tanto propostas e comportamentos reiterados de conotação sexual que atentem contra a dignidade do trabalhador, em razão de sua conotação degradante ou humilhante, ou criem uma situação intimidatória, hostil ou ofensiva (1º), quanto as formas de pressão grave, ainda que não repetitivas, com o objetivo real ou aparente de obter um favor de natureza sexual em proveito do autor ou de terceiros (2º) constituem assédio sexual (FRANÇA, 2008).

Os textos europeus apontam uma discreta – porém significativa – diferença em relação à abordagem norte-americana, qual seja, a de não vincular o assédio sexual infalivelmente à discriminação, abrindo um horizonte pelo princípio da dignidade humana, como, aliás, já assinalava a Diretiva Europeia 2002/73/CE (BÉLGICA, 2002).[38] Tal forma de enfrentamento possui claras vantagens pelo fato de prescindir da prova de um tratamento diferenciado entre os sexos, da conexão com gênero ou com eventuais motivos discriminatórios, focando suas atenções na natureza e nos efeitos da conduta (CLARKE, 2007, p. 102). A desvantagem reside no perigo de o conceito de dignidade ser tão amplo a ponto de se tornar virtualmente destituído

• • •

36 Os itens 1 e 2 descrevem o chamado "assédio sexual por chantagem" ou "*quid pro quo*" e o item 3, o "assédio sexual por intimidação" ou "ambiente hostil": "§ 1604.11 Sexual harassment (a) Harassment on the basis of sex is a violation of section 703 of title VII. Unwelcome sexual advances, requests for sexual favors, and other verbal or physical conduct of a sexual nature constitute sexual harassment when (1) submission to such conduct is made either explicitly or implicitly a term or condition of an individual's employment, (2) submission to or rejection of such conduct by an individual is used as the basis for employment decisions affecting such individual, or (3) such conduct has the purpose or effect of unreasonably interfering with an individual's work performance or creating an intimidating, hostile, or offensive working environment".

37 O caso é intrigante e complexo por diversos aspectos, notadamente pelo fato de a vítima ter cedido às propostas sexuais diante do medo de perder o emprego, mantendo relações sexuais com o ofensor por cerca de quarenta a cinquenta vezes ao longo de alguns anos. Além disso, restou incontroverso que toda a progressão em sua carreira fora baseada unicamente no critério de mérito, bem como que os ataques cessaram após a vítima ter se engajado em um namoro firme.

38 Não obstante tal documento considere o assédio sexual como discriminação baseada em sexo (vide nota 17), conceitua-o também como o comportamento que tenha por objetivo ou por efeito afrontar a dignidade da pessoa: "'harcèlement sexuel': la situation dans laquelle un comportement non désiré à connotation sexuelle, s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement, survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et, en particulier, de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant".

de significado[39] ou tão abrangente que provoque ridículo (CLARKE, 2007, p. 97). Isso porque não há uma única prerrogativa baseada na "indignidade da pessoa humana", de modo que sua invocação universal é, em certa medida, inútil, porque grande parte das colisões se reduz, em última análise, a um conflito entre dignidades opostas (SCHREIBER, 2007, p. 171). Assim, a dignidade deixa de ser um "princípio-guia" das decisões para ser apenas uma forma de racionalização a justificar quaisquer resultados almejados, ou seja, transforma-se numa espécie de "Emplasto Brás Cubas"[40] das ciências jurídicas, tudo o mais sendo supérfluo diante da panaceia que é afirmar a primazia de uma dignidade sobre as demais.

Quanto ao reconhecimento do assédio sexual horizontal, sua importância está umbilicalmente vinculada à responsabilização do empregador em face dos atos ilícitos praticados por seus empregados,[41] haja vista o direito de todos eles a um ambiente livre de assédio sexual, como determina, *e.g.*, o art. 247.2 do Código do Trabalho canadense (CANADÁ, 1985).[42] Tal prerrogativa decorre de uma percepção ainda mais abrangente, qual seja, a de que os seres humanos ocupam o centro das preocupações relacionadas ao desenvolvimento sustentável, tendo direito a uma vida saudável, produtiva e harmônica com a natureza. De viés antropocêntrico, esse postulado – erigido à condição de princípio na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente (ONU, 1992) – agrega o imperativo categórico segundo o qual todo indivíduo é um fim em si mesmo, e não um meio para consecução das finalidades alheias, sujeito e não objeto de direito (KANT, 2007, p. 69). Noutro vértice, não olvida que a saúde é a maior riqueza da humanidade, especialmente a dos trabalhadores, já que os demais valores materiais e espirituais são criados por eles através do seu trabalho (ROSHCHIN, 1974, p. 249).

Tais aforismos justificam a preocupação do constituinte brasileiro em garantir a todas as gerações – presentes e futuras – um meio ambiente sadio e equilibrado e, especialmente,

• • •

39 A biografia do *Justice* Brennan (STERN; WERMIEL, 2010, p. 419) informa que a Warren Court invocou a dignidade da pessoa humana em assuntos envolvendo pelo menos sete Emendas Constitucionais, mas raramente forneceu algum parâmetro alusivo ao significado da expressão.

40 A metáfora está relacionada ao consagrado romance *Memórias póstumas de Brás Cubas*, de Machado de Assis, que conta a história de Brás Cubas, um "defunto-autor" que faz sua autobiografia. O "Emplasto Brás Cubas" era uma espécie de remédio que curaria todas as doenças da humanidade e daria ao personagem fama e fortuna. A ironia é que ele contrai pneumonia ao tomar chuva e falece quando a mirabolante panaceia ainda era apenas um projeto, impedindo-o de alcançar o panteão da glória. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bn000167.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2014.

41 Em *Jenson v. Eveleth Taconite Company* (EUA, 1997), o fundamento legal para a condenação punitiva do empregador foi a Seção 549.20 do Minnesota Statutes, que estabelece as hipóteses em que o empregador pode ser responsabilizado (MINNESOTA, 2013).

42 O Estatuto Laboral canadense assim disciplina: "247.2. Every employee is entitled to employment free of sexual harassment".

a inclusão do meio ambiente de trabalho no conceito de meio ambiente geral – CF, arts. 225, *caput* c/c 200, VIII (BRASIL, 1988). Trata-se de uma espécie de "direito intergeracional" ao desenvolvimento sustentável,[43] do qual se deflui o dever de o empregador zelar por um ambiente de trabalho salubre inclusive do ponto de vista mental,[44] sob pena de indenizar todos os danos causados.[45] Um local de relações interpessoais contaminadas produz uma legião de incapazes acometidos de doenças profissionais, que aumenta vertiginosamente os custos da Previdência Social, numa geração de externalidade[46] que não pode ser aceita como custo social legitimado no discurso desenvolvimentista. Por isso, o assédio sexual também deve ser encarado como um problema de saúde laboral (CRUZ PÉREZ, 2007) e sua prevenção intimamente ligada ao conceito de meio ambiente do trabalho saudável (LIMA, 2011, p. 172), que atenue ao máximo os "riscos psicossociais" (ANTONMATTEI et al, 2010, p. 16-17).

Tendo em vista que o assédio sexual afeta o bem-estar psicofísico e a serenidade dos trabalhadores, a Corte de Cassação italiana decidiu que ele comporta uma obrigação de tutela por parte do empregador.[47] Numa perspectiva mais ampla, isso implica o ônus de tomar medidas para prevenir o assédio sexual não apenas dos colegas de trabalho, mas também de terceiros como clientes, consumidores e outros contatos comerciais, nos termos do Employment

43 O Código Ambiental italiano esclarece que é preciso satisfazer as necessidades das gerações atuais sem comprometer a qualidade de vida e as possibilidades das gerações futuras: "Art. 3-quater. (1) Principio dello sviluppo sostenibile. Ogni attivita' umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualita' della vita e le possibilita' delle generazioni future" (ITÁLIA, 2006).

44 No meio acadêmico, esse dever foi consolidado no Enunciado n. 39 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho (BRASIL, 2007).

45 Não obstante a desnecessidade da existência de danos psicológicos à vítima para a configuração do assédio sexual – conforme unanimemente decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em *Harris v. Forklift Systems, Inc.* - 510 U.S. 17 (EUA, 1993) –, a reparação deve abranger os danos biológicos, morais e existenciais (ITÁLIA, 2010).

46 A externalidade é conceituada como o ato de alguém que afeta o bem-estar de outrem (SHAVELL, 2004, p. 77).

47 Aludida obrigação consta do art. 2.087 do Código Civil italiano e serviu para justificar, no caso, a dispensa por justa causa de um empregado que cometera assédio, sem embargo da ausência de previsão específica no código disciplinar: "Le molestie sessuali sul luogo di lavoro, incidendo sulla salute e la serenità (anche professionale) del lavoratore, comportano l'obbligo di tutela a carico del datore di lavoro ai sensi dell'art. 2087 c.c..; deve ritenirse pertanto legitimo il licenziamento irrogato a dipendente que che abbia molestato sessualmente una colega sul luogo di lavoro, a nulla rilevando la mancata previsione della suddeta ipotesi nel codice disciplinaire [...]" (ITÁLIA, 1942).

Equality Act 1998 irlandês (IRLANDA, 2012). Hipoteticamente, caso o empregador determine às empregadas que trabalhem em trajes excessivamente curtos ou decotados e disso resultem cortejos indesejados de terceiros, será responsabilizado pelo assédio sexual, exceto se as vestimentas sumárias forem imprescindíveis ao exercício da função.[48] *Mutatis mutandis*, foi o que ocorreu na ocasião da fatídica campanha publicitária de uma grande loja de departamentos cujo bordão era "Quer pagar quanto?" e um dos slogans dizia "Olhou, levou!". As vendedoras tinham que usar broches que continham esses dizeres ambíguos, o que as tornava mais suscetíveis aos gracejos e galanteios abjetos de cunho sexual por parte dos fregueses, levando a jurisprudência a reconhecer a violação de seu patrimônio imaterial.[49]

## 4 Requisitos à configuração do assédio sexual

Não obstante seja louvável a promulgação de uma legislação específica e detalhada acerca do assédio sexual no trabalho, sua ausência não compele os juízes trabalhistas a adotarem a visão acanhada do art. 216-A do Código Penal no afã de prestar a tutela civil e trabalhista (PAMPLONA FILHO, 2001, p. 53), tampouco serve de escusa à letargia jurisdicional. Além de o ordenamento pátrio possuir diversas ferramentas capazes de equacionar as demandas de forma satisfatória, o art. 8º da CLT possibilita a adoção do direito comparado para preencher eventuais lacunas, e o direito estrangeiro é pródigo em leis, precedentes judiciais, convenções e tratados internacionais sobre o tema. Prova disso advém do paradigmático acórdão do Tribunal Superior do Trabalho (TST), de 17 de dezembro de 2013, no qual a Corte brasileira não apenas reconheceu o assédio sexual por intimidação, como também firmou o nexo causal entre a doença adquirida pelo trabalhador e o meio ambiente laboral, caracterizando-a, assim, como acidente do trabalho (BRASIL, 2013c).[50]

• • •

48 Como, *v.g.*, no caso de modelos que fazem campanhas publicitárias de peças íntimas. Por conta dessas peculiaridades, é pertinente a determinação do U.S. Code no sentido de avaliar o assédio como um todo, diante do conjunto de circunstâncias e no contexto em que ocorreu: "§ 1604.11 – Sexual harassment. (b) In determining whether alleged conduct constitutes sexual harassment, the Commission will look at the record as a whole and at the totality of the circumstances, such as the nature of the sexual advances and the context in which the alleged incidents occurred" (EUA, 2009).

49 Confira-se, a propósito, o seguinte acórdão carioca que abordou o tema: "INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – CASA BAHIA USO DE BROCHE – A obrigatoriedade do uso de broches com dizeres que dão margens a comentários desrespeitosos por parte de clientes e terceiros configura violação do patrimônio imaterial do empregado" (RIO DE JANEIRO, 2011).

50 No caso, o preposto da empresa fazia constantes provocações insinuando a homossexualidade do trabalhador. Em razão disso, ele passou a ter, entre outros sintomas, fortes quadros álgicos, insônia, tremores, tiques nervosos e dificuldades na fala, sendo diagnosticado como portador de Transtorno Obsessivo

Da mesma forma, a Índia (1997) forneceu um bom exemplo de pró-atividade ao julgar o caso *Vishaka v. State of Rajasthan*, mesmo porque o país possui um arcabouço legislativo mais propício a esse tipo de postura – ao menos no topo da pirâmide do Poder Judiciário –, haja vista a atribuição conferida à Suprema Corte de assegurar o cumprimento de direitos fundamentais pela expedição de instruções e diretivas com efeito vinculante sobre as demais cortes jurisdicionais.[51] O caso indiano tratava-se de uma *class action* movida por ONGs e ativistas de movimentos sociais com o objetivo de implementar o direito fundamental à igualdade de gênero, tendo como causa próxima o estupro coletivo de uma assistente social pelo fato de ela ter barrado o casamento de uma criança. O crime sexual em si foi objeto de uma ação apartada, restringindo a agenda da Suprema Corte à edificação de mecanismos contra o assédio sexual em razão da ausência de provisões legislativas. Entre tantas questões abordadas, destacam-se o reconhecimento das obrigações do empregador de prevenir e coibir o assédio, a dupla abrangência de sua definição e o regramento das ações disciplinares.[52]

A missão de preencher o hiato legislativo quanto aos requisitos à configuração do assédio sexual torna-se mais factível depois de esquadrinhadas suas diretrizes conceituais. Desse modo, a incorporação dos dois sentidos do fenômeno – por chantagem e por intimidação – favorece a conclusão acerca da necessidade ou não de reiteração do comportamento do ofensor, embora não seja capaz de solucionar definitivamente a controvérsia.

Observe-se que o Código Penal francês distingue a necessidade ou não do requisito da continuidade de acordo com a espécie de assédio (FRANÇA, 1992). Conforme esse código, se a conduta for caracterizada por atos que violem a dignidade da pessoa em consequência de seu caráter humilhante, degradante ou da criação de um ambiente hostil, ofensivo ou

• • •

Compulsivo (TOC). Apesar de não ser uma patologia tipicamente ocupacional, a Corte entendeu que fora adquirida em função de ambiente de trabalho inadequado e hostil. Nesse ponto, assim ficou ementado o voto: "Sendo incontroverso nos autos que a psicopatologia (Transtorno Obsessivo-Compulsivo) do reclamante foi adquirida em função da atividade exercida em ambiente de trabalho inadequado e hostil, assim configurado pela prática de assédios moral e sexual por um dos prepostos da reclamada (subgerente), certo fica que a doença resulta das condições especiais do ambiente em que o trabalho é executado, equiparando-se, nos termos do artigo 20, § 2°, da Lei n. 8.213/91, a acidente do trabalho".

51 Além, é claro, das clássicas ações constitucionais. Esse poder consta da combinação dos arts. 32 e 141 da Constituição do país, cujo teor é o seguinte: "32. Remedies for enforcement of rights conferred by this Part. (1) *The right to move the Supreme Court by appropriate proceedings for the enforcement of the rights conferred by this Part is guaranteed*. (2) *The Supreme Court shall have power to issue directions or orders or writs*, including writs in the nature of habeas corpus, mandamus, prohibition, quo warranto and certiorari, whichever may be appropriate, *for the enforcement of any of the rights conferred by this Part*" (ÍNDIA, 1949, grifo nosso).

52 Vale ressaltar, entretanto, que, desde 23 de abril de 2013, a Índia possui legislação federal específica concernente ao assédio sexual, denominada Sexual Harassment of Women at Workplace (Prevention, Prohibition and Redressal) Act (ÍNDIA, 2013).

intimidatório, a continuidade é necessária. Por outro lado, se o comportamento constituir pressão grave com o objetivo real ou aparente de obter favores sexuais, um ato pode bastar para configurá-lo.[53] Em sentido oposto, o Código Penal espanhol, ao criminalizar o assédio sexual – ali definido como a solicitação de préstimos sexuais no âmbito laboral que provoque na vítima uma situação objetivamente grave e humilhante, ou seja, numa concepção mais próxima do assédio por chantagem – exige que a prática seja "continuada ou habitual"[54] (ESPANHA, 1995).

É manifesto o equívoco do diploma espanhol, haja vista uma única investida do ofensor contra a vítima ser potencialmente apta à caracterização do assédio, a depender da gravidade do ato reprochado (NASCIMENTO, 2015, p. 80). Foi exatamente isso que decidiu o Employment Appeal Tribunal no caso *Bracebridge Engineering Ltd v. Darby*. O precedente inglês teve como pano de fundo o infausto episódio envolvendo a Sra. Darby, empregada da Bracebridge que terminava seu expediente às 4h30min. No dia 25 de novembro de 1987, quando o relógio avançava pouco além das 4h15min, ela deixou seu posto de trabalho para tirar as luvas, lavar as mãos e aprontar-se para ir embora. No caminho, foi interceptada pelos Srs. Smith e Daly – encarregados de zelar pelo cumprimento da jornada –, que lhe disseram que ela não podia ir à cantina. Quando ela negou que iria até lá, eles a agarraram pelas pernas e braços e a levaram ao escritório do Sr. Daly. Ela pôde ficar em pé antes que eles adentrassem a sala. Naquele momento, o Sr. Daly apagou as luzes e colocou as pernas dela ao redor de seu corpo. Em seguida, ela se desvencilhou da posição e tentou ficar em pé, mas o Sr. Daly a ameaçou com uma advertência por tentar sair mais cedo do serviço. Ela negou a acusação, ao que foi apalpada em suas partes íntimas e recebeu um comentário grotesco. Após, ela conseguiu abrir a porta e saiu correndo. No dia seguinte, prestou queixa à Sra. Reynolds, que, após uma breve investigação, decidiu que nada havia a ser feito diante da negativa dos agressores. Então, a Sra. Darby ficou insatisfeita com o desfecho do caso e decidiu que aquilo lhe dava o direito de se demitir e receber a indenização como se fosse dispensada ("*constructive*

53 Em franca harmonia com as prescrições do Código do Trabalho, rege o estatuto criminal francês que: "Article 222-33. I - Le harcèlement sexuel est le fait d'imposer à une personne, *de façon répétée*, des propos ou comportements à connotation sexuelle qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante. II. - Est assimilé au harcèlement sexuel le fait, *même non répété*, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers" (grifo nosso).

54 A redação original assim descreve o tipo: "Del acoso sexual. Artículo 184.1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, *continuada o habitual*, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses" (grifo nosso).

*dismissal*"[55]). Ao apreciar a questão, o Tribunal entendeu que um único ato de assédio sexual seria capaz de constituir dano ("*detriment*") à luz do Sex Discrimination Act. Superando as barreiras filológicas, a Corte sustentou que, não obstante o dicionário definir o assédio como uma "conduta contínua", um incidente singular, desde que suficientemente grave, bastaria para configurar um ato discriminatório contra a mulher.[56]

Outra questão relevante diz respeito à desnecessidade de dolo do empregador para configurar o assédio sexual no trabalho, porquanto a prática pode ser indiferente ou até mesmo contrária aos anseios empresariais, mas não retira a sua responsabilidade caso aquiesça ou deixe de tomar as providências cabíveis para evitar a degradação das condições de trabalho.[57] A exigência de tal requisito para o assédio em sentido lato, além de representar uma interpolação completamente descabida nos documentos legislativos mais modernos, pode implicar a negação do direito por via oblíqua, em face da extrema dificuldade de se demonstrar a intenção (dolo direto) do agente. Boa parte das normas mencionadas (*e.g.*, Estados Unidos, Portugal, França etc.) é clara ao definir assédio como a conduta que tenha um "objetivo ou efeito" prejudicial, afastando a necessidade da produção de "prova diabólica", que, em última análise, serve de escudo impessoal e descomprometido para recusar o cumprimento das promessas legislativas de tutela contra o ilícito. Até porque, se determinado ambiente de

55 Sem um paralelo exato no direito do trabalho brasileiro, a figura mais assemelhada à "*constructive dismissal*" ou "*constructive discharge*" é a "rescisão indireta", prevista no art. 483 da CLT (BRASIL, 1943). De acordo com a definição do *The Law Dictionary*, trata-se da situação em que o empregador torna o ambiente de trabalho tão insalubre que o empregado se demite, mantendo o direito à indenização como se tivesse sido dispensado: "What is CONSTRUCTIVE DISMISSAL? A situation where an employer makes working so miserable the employee must quit. The employee keeps their compensation as if they were fired. AKA constructive discharge. Refer to unfair dismissal".

56 No acórdão, decidiu-se que: "[...] a single act of sexual harassment was a 'detriment' to the complainant within the meaning of s.6(2)(b), not with standing the dictionary definition of 'harassment' as a continuing course of conduct. A single incident of sexual harassment, provided it is sufficiently serious, clearly falls within the proper intention and meaning of the statute as it is an act of discrimination against a woman because she is a woman".

57 Às vezes, nem mesmo a prova da tomada de precauções é suficiente para eliminar a responsabilidade. Na Inglaterra (2006), em *Majrowski v. Guy's and St Thomas' NHS Trust* [2006] UKHL 34, a Câmara dos Lordes entendeu que a responsabilidade do comitente ("*vicarious liability*") pelo assédio sexual é objetiva ("*strict liability*"). Já a Câmara Social da Corte de Cassação francesa entendeu que o empregador possui uma "obrigação de segurança de resultado" em matéria de saúde dos empregados e viola essa obrigação quando os empregados são vítimas de violência física ou psicológica no local de trabalho, ainda que tenha tomado medidas a fim de cessar tais condutas: "L'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, manque à cette obligation lorsqu'un salarié est vicitme sur le lieu de travail de violences physiques ou morales, exercées par l'un ou l'autre de ses salariés, quand bien même il aurait pris des mesures en vue de faire cesser ces agissements" (FRANÇA, 2010).

trabalho afronta a dignidade da pessoa humana, promove a discriminação de gênero ou o preconceito baseado no sexo, o elemento volitivo do causador do dano não tem nenhuma relevância no direito à reparação, conforme explicitado no Employment Equality Act 1998 (IRLANDA, 2012).[58]

Finalmente, um aspecto alarmante que aparece na doutrina brasileira diz respeito à aferição da "culpa concorrente" da vítima, fundada no fato de ela se vestir de forma provocativa, aceitar determinadas intimidades em público ou diante de sua "vida pregressa".[59] A linha de raciocínio é equivocada, na medida em que não é a indumentária ou o comportamento da vítima que motiva o agressor, pois, mesmo quando as mulheres percebem as agressões e mudam suas atitudes, os ataques não cessam (MENA, 2004), até porque eles respondem muito menos às necessidades sexuais do ofensor do que ao exercício de dominação cultural. Ademais, as vítimas incluem crianças, anciãs, religiosas e mulheres que não atendem aos padrões de beleza socialmente estabelecidos, o que torna a alegação falaz (CRUZ PÉREZ, 2007, p. 104, n. 8). Por outro lado, é moralmente castrador afirmar a possibilidade de culpa da vítima em razão das suas roupas, pois isso significa tolher a liberdade de ela se vestir como melhor lhe aprouver, devendo exibir trajes e aparência física menos atrativos, sob pena de ser culpada por não ter passado incólume aos olhos do agressor. Não bastasse tudo isso, o enigmático conceito de "vida pregressa" a ser supostamente cotejado é um vezo que, no mínimo, torna a vítima refém de seu passado, como se ela pudesse ser escravizada pelo assédio em função de uma conduta pretérita que o julgador – baluarte da moralidade – considera reprovável. Tal circunstância simplesmente não deve ser levada em conta, como determina a legislação da Nova Zelândia (1993),[60] tida pela doutrina como uma das mais completas sobre a matéria (PAMPLONA FILHO, 2001, p. 86). Em suma, a alegação flerta com a mais preconceituosa "vitimologia", segundo a qual a pessoa é assediada porque "provoca" ou "deseja". Isso inibe as denúncias e a prevenção ao assédio, pois, não reconhecida como vítima, ela sofre dupla violência ao ser res-

58 O documento irlandês assim salienta: "The intention of the perpetrator of the sexual harassment or harassment is irrelevant. The fact that the perpetrator has no intention of sexually harassing or harassing the employee is no defence. The effect of the behaviour on the employee is what is relevant".

59 Para Pamplona Filho (2001, p. 50), "[...] se a vítima tem o hábito de se vestir de forma provocadora ou se pactua livremente com certas intimidades em público, não há como deixar de reconhecer que, de certa forma, está assumindo o risco de receber propostas de natureza sexual. [...] o comportamento da alegada vítima, bem como sua 'vida pregressa', deve ser levado em consideração na hora de avaliar se um ato pode O item 62 do Human Rights Act n. 82 (1993) preleciona que: "62. Sexual harassment. (4) Where a person complains of sexual harassment, no account shall be taken of any evidence of the person's sexual experience or reputation".

60 O item 62 do Human Rights Act n. 82 (1993) preleciona que: "62. Sexual harassment. (4) Where a person complains of sexual harassment, no account shall be taken of any evidence of the person's sexual experience or reputation".

ponsabilizada pelo comportamento do agressor (DAVID, 2003-2004). Portanto, por mais "provocantes" que sejam os trajes, "atraente" a vítima e "extrovertido" o seu comportamento, uma vez rechaçada a conduta e nela persistindo o agente, caracteriza-se o assédio sexual (LEIRIA, 2012, p. 63).

## Conclusão

A busca pela genuína igualdade de gênero na relação capital e trabalho passa pelo reconhecimento de que a inserção da mulher no mercado perturbou as relações de poder entre os sexos, na medida em que implicou a transgressão de paradigmas culturais que outorgavam somente ao homem o mister de participar das relações sociopolíticas. Como não é natural ao ser humano ceder qualquer parcela de sua soberania de modo afável, a repulsa à companhia feminina no ambiente de trabalho também se manifesta por meio de condutas ilícitas pautadas pela conotação sexual, no afã de criar uma atmosfera de hostilidade e intimidação. Nesse contexto, o assédio sexual surge, em diversas oportunidades, como expressão da violência de gênero, estratagema ardilosamente empregado para que as mulheres capitulem diante dos instrumentos de força.

A investigação do fenômeno revela um extenso rol de sutilezas e contingências a demonstrar que a abordagem de gênero possui um leque de predicados que não permitem ignorá-la – como inadvertidamente fez o Código Penal brasileiro –, ao mesmo tempo que está permeada de riscos e vulnerabilidades que tampouco recomendam sua adoção exclusiva. Dessa forma, propõe-se comedimento e preocupações holísticas para equilibrar-se na linha tênue a divisar proteção e discriminação, a fim de distinguir situações em que o preconceito baseado no sexo realmente está em jogo. Sob tal prisma, a correlação mais adequada entre assédio sexual e discriminação é feita quando o ato é cometido como forma de repetição de estereótipos e normas de gênero, o que pode ocorrer tanto na modalidade "por chantagem" quanto na "por intimidação". Nas demais situações, a violação à liberdade sexual, à dignidade da pessoa humana e ao direito ao meio ambiente saudável e equilibrado são construtos teóricos eficientes e não eliminatórios entre si que também oferecem um conjunto de apetrechos bastante adequados ao equacionamento das questões jurídicas eventualmente postas à tutela jurisdicional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTONMATTEI, Paul-Henri et al. *Les risques psychosociaux*: identifier, prévenir, traiter. Paris: Lamy, 2010.

ARISTÓTELES. *A Política*. 3. ed. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. O assédio sexual no Direito do Trabalho Comparado. *Revista LTr*, v. 62, n. 11, p. 1464-1476, nov. 1998.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*: 1. fatos e mitos. 4. ed. Tradução Sérgio Milliet. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

BELMONTE, Alexandre Agra. *A tutela das liberdades nas relações de trabalho*: limites e reparação das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador. São Paulo: LTr, 2013.

BÍBLIA. Gênesis. *Bíblia Sagrada*: nova versão internacional. Tradução Sociedade Bíblica Internacional. São Paulo: Vida, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Princípios fundamentais do Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 15, p. 81-88, jul. 1996.

BROWNE, Kinglsey R. Title VII as Censorship: Hostile-Environment Harassment and the First Amendment. *Ohio State Law Journal*, v. 52, 1991.

CLARKE, Linda. Sexual Harassment Law in the United States, the United Kingdom and the European Union: Discriminatory Wrongs and Dignitary Harms. *Common Law World Review*, v. 36, n. 2, p. 79-105, jun. 2007.

CÓDIGO de Hamurabi; Código de Manu, excertos (livros oitavo e nono): Lei das XII Tábuas. 2. ed. Supervisão editorial Jair Lot Vieira. Bauru: Edipro, 2002.

CRUZ PÉREZ, María del Pilar. Hostigamiento sexual, un problema de salud laboral e inequidad de género. *Revista GénEros*, Universidad de Colima, México, año 13, n. 36, feb. 2007.

DAVID, Natacha. Sexual harassment: prevention versus power relations. *Violence at work*, International Labour Organization (ILO), Labour Education 2003/2004, n. 133. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_dialogue/@actrav/documents/publication/wcms_111456.pdf>. Acesso em: 8 maio 2016.

DRAPEAU, Maurice. *Le Harcèlement Sexuel au Travail*. Québec: Les Éditions Yvon Blais, 1991.

DWORKIN, Ronald. *Soverein virtue*: the theory and practice of equality. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

ELSESSER, Kim; ANNE, Letitia. The glass partition: obstacles to cross-sex friendships at work. *Human Relations*, v. 59, p. 1077-1100, Aug. 2006.

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. Entre marido e mulher, o Estado mete a colher: reconfigurando a divisão do trabalho doméstico na Suécia. *RBCS*, v. 17, n. 48, p. 173-231, fev. 2002.

FELKER, Reginald Delmar Hintz. *O dano moral, o assédio moral e o assédio sexual nas relações de trabalho*: doutrina, jurisprudência e legislação. 3. ed. rev. São Paulo: Ltr, 2010.

FRANKE, Katherine M. What's Wrong with Sexual Harassment. In: MACKINNON, Catharine A.; SIEGEL, Reva B. (Eds.). *Directions in sexual harassment law*. New Haven: Yale University Press, 2004.

GOLDSTEIN, Eduardo. *La discriminatión racial por origen nacional y etnia en las relaciones laborales*. Montevideo: Fundación Cultura Universitaria, 2009.

GOUGES, Olympe de. Déclaration des Droits de la Femme et de la Citoyenne. Paris, 1793. Disponível em: <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/femmes/olympe-de-gouges_declaration-des-droits-de-la-femme.asp>. Acesso em: 13 jan. 2014.

GUERRA, Raquel Diniz. *Mulher e discriminação*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Divisão sexual do trabalho profissional e doméstico: Brasil, França, Japão. In: COSTA, Albertina de Oliveira; SORJ, Bila; BRUSCINI, Cristina; HIRATA, Helena (Orgs.). *Mercado de trabalho e gênero*: comparações internacionais. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho*: redefinindo o assédio moral. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Síntese de indicadores sociais*: uma análise das condições de vida da população brasileira: 2013. Rio de Janeiro: IBGE, 2013.

JAKUTIS, Paulo. *Manual de estudo da discriminação no trabalho*: estudos sobre discriminação, assédio sexual, assédio moral e ações afirmativas, por meio de comparações entre o Direito do Brasil e dos Estados Unidos. São Paulo: LTr, 2006.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KAY, Herma Hill; WEST, Martha S. *Sex-based Discrimination*: text, case and materials. Saint Paul: West Group, 2002.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*: uma introdução. Tradução Luís Carlos Borges e Marilene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEIRIA, Maria de Lourdes. *Assédio sexual laboral, agente causador de doenças do trabalho*: reflexos na saúde do trabalhador. São Paulo: LTr, 2012.

LIMA, Firmino Alves. Assédio sexual e o meio ambiente do trabalho. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região – AMATRA XV*, Campinas, n. 4, p. 154-172, 2011.

MADALOZZO, Regina; MARTINS, Sergio Ricardo; SHIRATORI, Ludmila. Participação no mercado de trabalho e no trabalho doméstico: homens e mulheres têm condições iguais? *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 18, n. 2, mai-ago. 2010. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-026X2010000200015>. Acesso em: 14 jan. 2014.

MALLET, Estêvão. Igualdade e discriminação em Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2013.

MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte Idalino. *Assédio sexual e seu tratamento no direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MELO, Hildete Pereira. O serviço doméstico remunerado no Brasil: de criadas a trabalhadoras. In: *Diagnóstico do Setor Serviços no Brasil*, Rio de Janeiro: Dipes/Ipea, 1998.

MENA, Carolina Gomez. OMS: sufre acoso sexual 25% de la población femenina mundial. *La Jornada*, 12 abr. 2004. Disponível em: <http://www.jornada.unam.mx/2004/04/12/035n1soc.php?printver=1&fly=1>. Acesso em: 17 jan. 2014.

MUÇOUÇAH, Renato de Almeida Oliveira. Assédio sexual e a ainda insuficiente discussão acerca das tutelas penal e trabalhista na proteção dos direitos fundamentais da pessoa do trabalhador. *Revista LTr*, v. 77, n. 6, p. 712-721, jun. 2013.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Assédio moral e dano moral no trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O assédio sexual na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2001.

PSIQWEB. Critérios Diagnósticos para F60.4 – 301.50 Transtorno da Personalidade Histriônica. Disponível em: <http://www.psiqweb.med.br/>. Acesso em: 18 jan. 2014.

PUCCI, Claudio. *Perfil social, racial e de gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas*: pesquisa 2010. São Paulo: Ethos, 2010.

QUINN, Beth A. The Paradox of Complaining: Law, Humor, and Harassment in the Everyday Work World. *Law & Social Inquiry*, v. 25, p. 1151-1181, Oct. 2000.

ROSHCHIN, A. V. Protection of the Working Environment. *International Labour Review*, v. 110, p. 235-249, 1974.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007.

SCHULTZ, Vicki. Reconceptualizing Sexual Harassment. *Yale Law Journal*, v. 107, n. 6, p. 1683-1805, 1998.

SHAVELL, Steven. *Foundation of Economic Analisys of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

SILVA, Itatiara Meurilly Santos. Princípio da igualdade e o trabalho da mulher. *Âmbito Jurídico*, n. 68, set. 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=673%201>. Acesso em: 10 jan. 2014.

SOUZA DIAS, Eleonora de Paula; CASARA, Marques; WERLE, Sandra. Condenada por ser mulher. *Observatório Social em Revista*, ano 2, n. 5, mar. 2004.

STERN, Seth; WERMIEL, Stephen. *Justice Brennan*: Liberal Champion. New York: Hougnton Mifflin Harcourt, 2010.

TEIXEIRA, Daniel Viana. Desigualdade de gênero: sobre garantias e responsabilidades sociais de homens e mulheres. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, p. 253-274, jan.-jun. 2010.

THE LAW DICTIONARY. Featuring Black's Law Dictionary Free Online Legal Dictionary. 2. ed. Disponível em: <http://thelawdictionary.org/constructive-dismissal>. Acesso em: 6 jan. 2014.

THOME, Candy Florencio. *O princípio da igualdade de gênero e a participação das mulheres nas organizações sindicais de trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2012.

TOMEI, Manuela; VEGA-RUIZ, María Luz. La discriminación de la mujer en el lugar de trabajo: nuevas tendencias en materia de discriminación por motivos basados en la maternidad y el acoso sexual. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, n. 4, p. 149-174, enero-jun. 2007.

WALLERSTEIN, Immanuel. *Capitalismo histórico e civilização capitalista*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001.

## Legislação e jurisprudência

ARGENTINA. Decreto Nacional n. 2.385/93. Acoso Sexual en la Administración Pública Nacional, de 18 de noviembre de 1993. Disponível em: <http://www.cnm.gov.ar/LegNacional/DECRETO_ 2385.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2014.

BÉLGICA. Arrêté royal relatif à la prévention de la charge psychosociale occasionnée par le travail dont la violence, le harcèlement moral ou sexuel au travail. 17 mai. 2007. Disponível em: <http://www.emploi.belgique.be/defaultTab.aspx?id=564>. Acesso em: 9 jan. 2014.

_____. Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002. Journal officiel n. L 269 du 5/10/2002, p. 0015-0020. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/ legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32002L0073>. Acesso em: 9 jan. 2014.

_____. Loi relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail. (L. 11-06-2002). Disponível em: <http://www.gallilex.cfwb.be/document/pdf/27466_000.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2014.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 9 mai. 2016.

_____. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto-lei n. 5452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 9 mai. 2016.

_____. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 9 mai. 2016.

_____. *Constituição (1988)*. Emenda Constitucional n. 72, de 2 de abril de 2013a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc72.htm>. Acesso em: 9 mai. 2016.

BRASIL. Lei n. 12.873, de 24 de outubro de 2013b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm>. Acesso em: 9 mai. 2016.

_____. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 9 mai. 2016.

_____. Lei n. 7.855, de 24 de outubro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7855.htm>. Acesso em: 9 mai. 2016.

_____. Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM>. Acesso em: 9 mai. 2016.

_____.Tribunal Superior do Trabalho. *Enunciados Aprovados.* 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, Brasília, 23 nov. 2007. Disponível em: <http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/ novidades/1jornadadedireiro.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2014.

_____.Tribunal Superior do Trabalho. 1ª Turma. *RR – 13490-70.2007.5.14.0002*. Relator: José Maria Quadros de Alencar. Julgado em 17 de dezembro de 2013c.

CANADÁ. Code canadien du travail (L.R.C. (1985), ch. L-2). Disponível em: <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/l-2/index.html?pedisable=true>. Acesso em: 16 jan. 2014.

_____. Supreme Court of Canada. Janzen v. Platy Enterprises Ltd., [1989] 1 S.C.R. 1252. Disponível em: <https://archive.org/stream/boi116/boi116_djvu.txt>. Acesso em: 8 jan. 2014.

CHILE. Código del Trabajo, de 31 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/articles-95516_recurso_1.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2014.

COSTA RICA. Ley n. 7476, de 3 de febrero de 1995, contra el hostigamiento sexual en el empleo y la docencia. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/40119/64952/S95CRI01.htm>. Acesso em: 6 jan. 2014.

ESPANHA. Codigo Penal de España (1995). Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Code of Federal Regulations. Title 29. Labor. Part 1604. Guidelines on Discrimination Because of Sex. Disponível em: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CFR-2009-title29-vol4/pdf/CFR-2009-title29-vol4-sec1604-11.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. *Bradwell v. The State*, 83 U.S. 130 (1872). Julgado em 15 de abril de 1873. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/83/130/ case.html>. Acesso em: 11 jan. 2014.

_____. Supreme Court of the United States. *Goesaert v. Cleary,* 335 U.S. 464 (1948). Julgado em 20 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/335/464/case.html>. Acesso em: 11 jan. 2014.

_____. Supreme Court of the United States. *Harris v. Forklift Systems, Inc.* - 510 U.S. 17 (1993). Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases /federal/us/510/17/case.html>. Acesso em: 8 jan. 2014.

_____. Supreme Court of the United States. *Meritor Savings Bank v. Vinson* - 477 U.S. 57 (1986). Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/ federal/us/477/57/case.html>. Acesso em: 15 jan. 2014.

_____. Supreme Court of the United States. *Oncale v. Sundowner Offshore Services*, 523 U.S. 75 (1998). Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/523/75/case.html>. Acesso em: 15 jan. 2014.

_____. United States Court of Appeals, Eighth Circuit. *Jenson v. Eveleth Taconite Company*. 97-1147. December 05, 1997. Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-8th-circuit/1136685. html>. Acesso em: 10 jan. 2014.

FRANÇA. Code du Travail. Loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acesso em: 15 jan. 2014.

_____. Code penal. Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992. Disponível em : <www.legifrance.gouv.fr>. Acesso em: 15 jan. 2014.

_____. Cour de cassation. Chambre sociale. Audience publique du mercredi 3 février 2010. N° de pourvoi: 08-40144. Disponível em: <www.legifrance.gouv.fr>. Acesso em: 27 jan. 2014.

INDIA. Sexual Harassment of Women at Workplace (Prevention, Prohibition and Redressal) Act, 2013. Disponível em: <http://indiacode.nic.in/acts-in-pdf/142013.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2014.

_____. Supreme Court of India. Vishaka and others v. State of Rajasthan and others. (AIR 1997 SC 3011). Disponível em: <http://www.iiap.res.in/ files/VisakaVsRajasthan_1997.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2014.

INDIA. The Constitution of India, de 1949. Disponível em: <http://lawmin.nic.in/ olwing/coi/coi-english/Const.Pock%202Pg.Rom8Fsss(6).pdf>. Acesso em: 8 jan. 2014.

INGLATERRA. Employment Appeal Tribunal. Bracebridge Engineering Ltd v. Darby [1990] IRLR 3 EAT. Disponível em: <http://people.exeter.ac.uk/rburnley/empdis/1990IRLR3.html>. Acesso em: 6 jan. 2014.

_____. House of Lords. Majrowski (Respondent) v. Guy's and St Thomas' NHS Trust (Appellants) [2006] UKHL 34. Julgado em 12 de julho de 2006. Disponível em: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060712/majro.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2014.

_____. Sex Discrimination Act, 1975. Equal Opportunities Comission, 24 june 2004. Disponível em: <http://www.wcwonline.org/pdf/lawcompilation/England-sex%20discrimination.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2014.

IRLANDA. Employment Equality Act 1998 (Code of Practice) (Harassment) Order 2012. Disponível em: <http://www.irishstatutebook.ie/pdf/2012/en.si.2012.0208.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2014.

ITÁLIA. Corte Suprema di Cassazione. Cass., sez. lav., 18 aprile 2000 n. 5049. Disponível em: <http://www.cortedicassazione.it >. Acesso em: 14 jan. 2014.

_____. Corte Suprema di Cassazione. Cass., sez. lav., 19 maggio 2010 n. 12318. Disponível em: <http://digilander.libero.it/dirittodellavoro>. Acesso em: 10 jan. 2014.

_____. Codice civile (Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262). Disponível em: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=34794>. Acesso em: 18 jan. 2014.

_____. Codice Dell'Ambiente (Testo coordinato del Decreto legislativo n. 152 del 3 aprile 2006). Disponível em: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=33891>. Acesso em: 17 jan. 2014.

_____. Decreto Legislativo 30 maggio 2005, n. 145. Disponível em: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/05145dl.htm>. Acesso em: 27 jan. 2014.

MINNESOTA. 2013 Minnesota Statutes. 549.20. Punitive Damages. Disponível em: <https://www.revisor.leg.state.mn.us/statutes/?id=549.20>. Acesso em: 18 jan. 2014.

NOVA ZELÂNDIA. Human Rights Act n. 82 (1993). Disponível em: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1993/0082/latest/versions.aspx>. Acesso em: 10 jan. 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Belém, 1994. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>. Acesso em: 16 jan. 2014.

PARAGUAI. Código Penal de la República del Paraguay. Ley nº. 1.160/97. Disponível em: <http://www.mre.gov.py/v1/Adjuntos/Privacidad/Ley1160.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2014.

PORTUGAL. Código do Trabalho (2009). Disponível em: <dre.pt/pdf1s/2009/02/03000/0092601029.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2014.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. 7ª Turma. RO 03325-2002-244-01-00-0. Relator: Evandro Pereira Valadão Lopes. *Diário da Justiça do Rio de Janeiro*, 30 ago. 2004.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. 6ª Turma. RO 0142600-21.2008.5.01.0322. Julgado em 5 de outubro de 2011. Relator: Marcelo Antero de Carvalho.

SUÉCIA. Parental Leave Act (1995:584). Issued 24 May 1995. Disponível em: <http://www.government.se/content/1/c6/10/49/85/f16b785a.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2014.

*Flávio da Costa Higa*

Pós-Doutorando em Ciências Jurídico-Empresariais pela Universidade de Lisboa.

Doutor e Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (USP).

Professor da Escola da Magistratura Trabalhista do Mato Grosso do Sul (Ematra-MS).

Juiz do Trabalho em Coxim (MS).

*fhiga@trt24.jus.br*

V. 12 N. 2
MAI-AGO 2016

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 12.03.2015
Aprovado: 28.04.2016

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201621

# Imunidades jurisdicionais do Estado perante a Corte Internacional de Justiça: uma análise a partir do caso Alemanha vs. Itália

*JURISDICTIONAL IMMUNITIES OF THE STATE BEFORE THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE: AN ANALYSIS OF THE GERMANY VS. ITALY CASE*

*Paula Wojcikiewicz Almeida*[1]

**Resumo**

Este artigo busca analisar criticamente o caso das *imunidades jurisdicionais do Estado* perante a Corte Internacional de Justiça, avaliando os principais argumentos tendentes a considerar o caráter não absoluto da imunidade estatal quando estão em jogo sérias violações dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário que possuem o *status* de normas de *jus cogens*. Sustenta-se a necessidade de uma leitura progressista da prática estatal em matéria de imunidades estatais, considerando a evolução atual do Direito Internacional e a erosão progressiva da imunidade que caminha *pari passu* com a limitação da soberania estatal e a emergência do indivíduo enquanto sujeito de Direito Internacional.

**Palavras-chave**

Imunidade estatal; imunidade de jurisdição; imunidade de execução; *jus cogens*; Corte Internacional de Justiça.

***Abstract***

*This article aims to critically analyze the case of the* jurisdictional immunities *of the state brought before the International Court of Justice focusing on the arguments that consider the non-absolute character of state immunity when facing serious violations of human rights and international humanitarian law that have attained the status of* jus cogens *norms. It argues the need for a progressive reading of state practice on state immunity, considering the current evolution of international law and the progressive erosion of immunity that goes hand in hand with the limitation of state sovereignty and the emergence of the individual as a subject of International Law.*

***Keywords***

*State immunity; jurisdictional immunity; immunity from execution; jus cogens; International Court of Justice.*

**1** Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas
Rio de Janeiro - RJ - Brasil

CC BY-NC

## Introdução

O caso *Alemanha vs. Itália* perante a Corte Internacional de Justiça (CIJ) origina-se de fato ocorrido durante a Segunda Guerra Mundial, no qual forças alemãs ocuparam grande parte do território italiano, tendo cometido sérias violações do Direito Internacional Humanitário (TOMUSCHAT, 2011, p. 1107). Dentre tais violações, figuram os massacres de civis e a deportação de civis e militares para a realização de trabalhos forçados na Alemanha e em seus territórios sob ocupação.

Mesmo após a conclusão de tratados entre a Alemanha e a Itália, bem como a adoção de leis alemãs que buscaram outorgar compensação às vítimas nacional-socialistas perseguidas pelo regime nazista, os tribunais alemães continuavam denegando requerimentos de compensação ajuizados por cidadãos italianos sob o pretexto de que estes seriam prisioneiros de guerra e, portanto, estariam enquadrados em categoria que não permitiria qualquer indenização.

Tendo em vista tal contexto, Luigi Ferrini, um nacional italiano que foi preso em agosto de 1944 e deportado para a Alemanha, onde ficou detido e foi forçado a trabalhar na indústria de munições até o final da guerra, processou a Alemanha no território italiano, especificamente no Tribunal de Arezzo. O caso *Ferrini* representa a primeira vez em que os tribunais italianos abordaram a relação entre a imunidade de um Estado estrangeiro e as normas relativas aos direitos fundamentais (DE SENA; DE VITTOR, 2005, p. 90). Após ter julgado pela inadmissibilidade do caso em função da imunidade de jurisdição alemã, a demanda de Ferrini alcançou a jurisdição suprema italiana, a Corte di Cassazione. Em julgamento de 11 de março de 2004, tal Corte reconheceu a jurisdição dos tribunais italianos com relação às demandas de indenização ajuizadas contra a Alemanha por Ferrini sob o seguinte fundamento: a imunidade estatal não se aplica caso estejam em jogo atos que constituem um crime internacional.[1] De fato, dentre os atos perpetrados pelas forças armadas alemãs e outros órgãos do Reich, figuram os massacres cometidos contra a população civil e a deportação de civis ou prisioneiros de guerra para a Alemanha com a finalidade de exercer trabalho forçado na indústria de armamentos. O mesmo fundamento foi utilizado pela Corte de Florença em seu julgamento de fevereiro de 2011, a qual determinou que a Alemanha deveria indenizar Ferrini, pois as regras relativas à imunidade de jurisdição não seriam absolutas e não poderiam ser invocadas por um Estado em caso de atos que constituem crimes perante o Direito Internacional.

O caso *Ferrini* permitiu que uma série de demandas de indenização fosse ajuizada na Itália por indivíduos em situações similares ou não, abrindo as portas para condenações da Alemanha por violações cometidas durante a guerra contra cidadãos italianos e gregos. O envolvimento grego justifica-se em razão do massacre cometido pelas forças alemãs na cidade grega de Distomo. As vítimas do massacre pleitearam compensação contra a Alemanha perante os

1 *Ferrini vs. República Federal da Alemanha*, decisão n. 5.044/2004 (*Rivista di diritto internazionale*, v. 87, 2004, p. 539; *International Law Reports* (ILR), v. 128, p. 658).

tribunais gregos e, posteriormente, à Corte Europeia de Direitos Humanos[2] e aos tribunais alemães.[3] Como tais tentativas restaram infrutíferas, os requerentes gregos buscaram executar os julgamentos dos tribunais gregos, que reconheciam seus direitos, perante os tribunais italianos.

Buscando assegurar sua imunidade de jurisdição e evitar a execução das referidas sentenças condenatórias, a Alemanha provocou a CIJ, em 23 de dezembro de 2008, sob o argumento de que a Itália não teria respeitado sua imunidade conferida pelo Direito Internacional por ter julgado pela admissibilidade das demandas civis perante seus tribunais que buscavam reparação pelos danos causados por violações do Direito Internacional Humanitário cometidas pelo Reich alemão durante a Segunda Guerra Mundial, bem como por ter tomado medidas constritivas relacionadas aos bens de propriedade alemã situados no território italiano. A Alemanha afirmava igualmente que sua imunidade teria sido desrespeitada pela Itália ao permitir a execução de decisões de Cortes civis gregas em situações similares.

Após ter autorizado a intervenção da Grécia na qualidade de Estado não parte e ter reconhecido sua competência com base na cláusula compromissória invocada pela Alemanha, a Corte decidiu, por maioria, que a Itália violou a imunidade alemã nos termos do Direito Internacional ao permitir o ajuizamento de ações perante seus tribunais, ao adotar medidas constritivas com relação aos bens de propriedade da Alemanha e ao executar decisões dos tribunais gregos na Itália com base nos mesmos argumentos. Por meio de tal posicionamento, que causou desapontamento em boa parte da doutrina (BORNKAMM, 2012, p. 773-782; WATT, 2012, p. 539-552; TRAPP; MILLS, 2002, p. 153-168; DE SENA; DE VITTOR, 2005, p. 89-112; CONFORTI, 2012, p. 135-142; PAVONI, 2012, p. 143-159; ESPÓSITO, 2012, p. 161-174), a Corte evitou enfrentar frontalmente o espinhoso conflito que envolvia a imunidade estatal e a violação de normas de *jus cogens*, rejeitando a ideia de uma exceção emergente à imunidade estatal. Contrariamente, optou por uma postura conservadora e formalista, sem levar em consideração as consequências de sua decisão no que tange ao interesse dos indivíduos prejudicados e, sobretudo, ignorando a erosão progressiva da imunidade que caminha *pari passu* com a limitação da soberania estatal e a emergência do indivíduo enquanto sujeito de Direito Internacional (BORNKAMM, 2012, p. 778).

Tendo em vista o posicionamento adotado pela Corte, este artigo busca analisar criticamente os principais argumentos tendentes a considerar a existência de um conflito entre a imunidade estatal e as normas de *jus cogens*, argumentando que a distinção entre normas de procedimento e substância afigura-se artificial e formalista (1), bem como o caráter não

2 Corte Europeia de Direitos Humanos, acórdão de 12 de dezembro de 2002, *Kalogeropoulou e outros vs. Grécia e Alemanha*, Petição n. 59.021/00.

3 *Cidadãos gregos vs. República Federal da Alemanha*, caso n. III ZR 245/98.

absoluto da imunidade estatal quando estão em jogo sérias violações dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário que possuem o *status* de normas de *jus cogens* (2).

## 1 A EXISTÊNCIA DE UM CONFLITO ENTRE A IMUNIDADE ESTATAL E AS NORMAS DE *JUS COGENS*

A CIJ rejeitou a demanda italiana e grega e afirmou que a imunidade estatal não poderia ser invocada em casos que envolviam a violação de uma norma imperativa do Direito Internacional ou *jus cogens*. Ambos os Estados consideravam que uma norma imperativa automaticamente afastaria qualquer norma de direito costumeiro hierarquicamente inferior que pudesse prejudicar sua aplicação (art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969). Haveria conflito entre as normas de *jus cogens*, consubstanciadas nas sérias violações do Direito Internacional Humanitário, e a norma costumeira que conferiria imunidade à Alemanha. Entretanto, na opinião da Corte, tal conflito não existe (§ 93), pois as regras acerca da imunidade estatal são de caráter procedimental, relacionando-se ao exercício da jurisdição, enquanto as normas de Direito Internacional Humanitário violadas (proibição de assassinato, deportação e trabalho escravo), que possuem um *status* de *jus cogens*, são de caráter substantivo. Para sustentar tal argumento, a Corte recorreu ao caso *Atividades armadas*[4] e ao caso *Mandado de prisão,*[5] nos quais considerou que o caráter de *jus cogens* presente nas violações de Direito Internacional relatadas não possui o condão de conceder jurisdição à Corte ou de afastar a imunidade da qual beneficia um Ministro de Relações Exteriores em função do direito costumeiro internacional (§ 95). Foram citados ainda precedentes de Cortes nacionais e da Corte Europeia de Direitos Humanos, como os casos *Al-Adsani vs. Reino Unido* e *Kalogeropoulou e outros vs. Grécia e Alemanha* (§ 96 e 90).[6]

Diversas razões levam a crer que o posicionamento adotado pela Corte não corresponde ao Direito Internacional contemporâneo. A artificialidade da distinção entre normas de procedimento e substância (1.1) esbarra na própria efetividade da proibição imperativa estabelecida pela norma de *jus cogens* (1.2), que no caso concreto significaria garantir impunidade ao Estado violador. Além disso, é frágil a pretensão de afastar o acesso à justiça em prol da imunidade

4 Corte Internacional de Justiça, *Atividades armadas no território do Congo (2002)* (República Democrática do Congo *vs.* Rwanda), competência da Corte e admissibilidade do pedido, acórdão de 3 de fevereiro de 2006, §§ 64 e 125.

5 Corte Internacional de Justiça, *Mandado de prisão de 11 de abril de 2000* (República Democrática do Congo *vs.* Bélgica), acórdão de 14 de fevereiro de 2002, §§ 58 e 78.

6 Corte Europeia de Direitos Humanos, acórdão de 21 de novembro de 2001, *Al-Adsani vs. Reino-Unido*, Petição n. 35.763/97; Corte Europeia de Direitos Humanos, acórdão de 12 de dezembro de 2002, *Kalogeropoulou e outros vs. Grécia e Alemanha*, Petição n. 59.021/00.

estatal quando ambas as normas teriam natureza procedimental, sem haver qualquer análise no que tange à proporcionalidade e aos interesses protegidos no caso concreto (1.3).

### 1.1 A artificialidade da distinção entre normas de procedimento e substância

Ao julgar o caso *Alemanha vs. Itália*, o voto da maioria impôs uma barreira procedimental para a efetiva proteção dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário (ORAKHELASHVILI, 2006, p. 340-341). Não se trata da primeira vez em que a CIJ estabeleceu uma distinção entre direito substantivo e procedimental. Com efeito, no caso *Mandado de prisão*, a Corte afirmou que a imunidade jurisdicional possui natureza procedimental e que a responsabilidade criminal tem caráter substantivo.[7] Ora, não houve no *cas d'espèce* qualquer análise crítica acerca da distinção entre normas procedimentais e substantivas, tampouco foram estabelecidos critérios para tal distinção. O *raisonnement* da Corte foi criticado por grande parte da doutrina, tendo a decisão sido considerada excessivamente formalista e conservadora, destacada da realidade atual e incapaz de conduzir a resultados satisfatórios que levem em consideração os direitos dos indivíduos (TALMON, 2012, p. 984; TRAPP; MILLS, 2002, p. 153-168; BORNKAMM, 2012, p. 773-782; WATT, 2012, p. 539-552; DE SENA; DE VITTOR, 2005, p. 89-112; CONFORTI, 2012, p. 135-142; ESPÓSITO, 2012, p. 161-174; MCGREGOR, 2006, p. 437-445; PAVONI, 2012, p. 143-159). Tal postura parece encontrar fundamento no próprio papel assumido pela Corte, qual seja, como um árbitro neutro de controvérsias exclusivamente interestatais, destacado de valores humanistas que permeiam a ordem internacional. Trata-se evidentemente de uma visão restritiva de sua missão de forma a evitar qualquer interpretação do Direito Internacional que possa colocar em questão sua legitimidade.

Discute-se na doutrina acerca da existência de uma distinção, em Direito Internacional, entre normas que regulam procedimento e aquelas que regulam a substância, sobretudo no que tange aos conflitos entre imunidade estatal e violações graves dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário: alguns autores sustentam a necessidade de tal distinção no âmbito do Direito Internacional, de modo a justificar o reconhecimento da imunidade estatal e o consequente afastamento das normas imperativas violadas (TALMON, 2012, p. 979-1002), enquanto outros que afirmam a inexistência de categorização radical, pois não se trata de separar elementos físicos como óleo e água (ESPÓSITO, 2012, p. 170). Os riscos frequentemente apontados pela escola realista ou ortodoxa do Direito Internacional apontam para a possibilidade de uma deterioração das relações bilaterais entre o Estado territorial e o Estado responsável pela violação e, ainda, para o risco de incontáveis litígios que

7 Corte Internacional de Justiça, *Mandado de prisão de 11 de abril de 2000* (República Democrática do Congo *vs.* Bélgica), acórdão de 14 de fevereiro de 2002, § 60.

aflorariam perante os tribunais nacionais caso demandas de indivíduos buscando reparação em função de violações de normas imperativas cometidas por outros Estados fossem admitidas no Estado territorial (ORAKHELASHVILI, 2007, p. 956). Entretanto, tais riscos – políticos – são meramente hipotéticos, desprovidos de qualquer valor científico, e não possuem o condão de influenciar o debate em torno da hierarquia normativa (ORAKHELASHVILI, 2007, p. 957).

### 1.2 A garantia da efetividade das normas de *jus cogens* violadas

A concessão de imunidade ao Estado que cometeu sérias violações dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário acabaria por prejudicar a efetividade da norma de *jus cogens*, esvaziando seu conteúdo. Há que se considerar a consistência de todo o sistema normativo, evitando incongruências normativas (BIANCHI, 2005, p. 247). Não há como negar que existem obrigações procedimentais derivadas do caráter peremptório das normas de *jus cogens* (BARTSCH; ELBERLING, 2003, p. 485-488; ESPÓSITO, 2012, p. 172-173). Essa dimensão procedimental encontra fundamento nas obrigações *erga omnes* de proteção extraídas da norma de *jus cogens* em questão, como a própria Corte já admitiu nos casos *Barcelona Traction Light and Power Company Limited* (Bélgica *vs.* Espanha) e *Timor oriental* (Portugal *vs.* Austrália).[8] Assim, toda norma de *jus cogens* impõe obrigações *erga omnes* e vice-versa (CASSESE, 2010, p. 417). No caso concreto, as obrigações *erga omnes* de proteção, que devem ser asseguradas horizontal e verticalmente, consistem na impossibilidade de invocar a imunidade estatal em caso de violações de normas imperativas pelo Estado e, em última instância, na necessidade de prover reparações para as vítimas (TRAPP; MILLS, 2002, p. 161; BARTSCH; ELBERLING, 2003, p. 487).

Ora, não haveria qualquer sentido em reconhecer o *status* imperativo de uma norma perante o Direito Internacional sem prover qualquer garantia para sua efetividade, prejudicando os direitos dos indivíduos de obter reparação pelos prejuízos que lhe foram causados em virtude destas. Nesse sentido, o art. 41 do projeto de artigos sobre responsabilidade do Estado por um ato ilícito internacional, adotado pela Comissão de Direito Internacional, que trata das consequências de sérias violações decorrentes de normas imperativas, estabelece que os Estados não devem reconhecer a licitude de uma situação criada em virtude da violação de uma norma imperativa ou fornecer ajuda ou assistência de forma a manter tal situação. A obrigação de não reconhecimento remete ao princípio geral de que direitos não

8 *Vide* Corte Internacional de Justiça, *Barcelona Traction Light and Power Company Limited* (Bélgica *vs.* Espanha), acórdão de 5 de fevereiro de 1970, § 34; *Timor oriental* (Portugal *vs.* Austrália), acórdão de 30 de junho de 1995, §§ 28-29. Segundo o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (Câmara de Primeira Instância, sentença de 10 de dezembro de 1998, *Promotor vs. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, § 151), as obrigações *erga omnes* são obrigações oponíveis a toda comunidade internacional.

podem derivar de um ato ilícito (*ex injuria jus non oritur*).[9] Sua *ratio* é de evitar que as referidas violações se tornem um *fait accompli* e sejam cristalizadas no tempo.[10] Segundo a Comissão de Direito Internacional, a obrigação de não reconhecimento reflete uma prática bem estabelecida e incorporada no Direito Internacional costumeiro.[11] Entende-se que tal obrigação refere-se ao não reconhecimento formal de situações decorrentes de graves violações, bem como a obrigação de não adotar atos que incorreriam no referido reconhecimento (DAWIDOWICZ, 2010, p. 684). Historicamente, a obrigação de não reconhecimento tem sido relacionada à aquisição territorial forçada, como testemunham os pareceres consultivos da *Namíbia*[12] e do *Muro na Palestina*. Posteriormente, a partir dos anos 1960, passou a cobrir proibições de *apartheid*, discriminação racial, princípios básicos de Direito Internacional Humanitário e a denegação do direito à autodeterminação.

O fato de a prática internacional ainda não abarcar explicitamente a relação entre a obrigação de não reconhecimento e outras normas peremptórias não contribui para afastar sua aplicabilidade ao caso concreto. É evidente que a obrigação de não reconhecimento não seria respeitada ao atribuir-se imunidade a um Estado em caso de violação de normas de *jus cogens* (ORAKHELASHVILI, 2007, p. 964). Seria evidentemente contraditório reconhecer uma violação grave dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário e, paralelamente, conferir imunidade ao perpetrador de tais violações, recusando qualquer alternativa de reivindicação do direito das vítimas. Isso porque o objetivo da norma *jus cogens*, no caso concreto, é de evitar impunidade. Assim, tendo em vista as consequências jurídicas que decorrem da violação de uma norma de *jus cogens* à luz da responsabilidade estatal, não restam dúvidas acerca do não cabimento da imunidade estatal (BIANCHI, 2005, p. 247). Como bem coloca Espósito: "é inegável que não permitir que as normas produzam seus máximos efeitos e permitir que violações sigam sem punição é contrário à própria natureza das normas peremptórias" (ESPÓSITO, 2012, p. 172, tradução livre).

• • •

9 Nesse sentido, *vide* Corte Permanente de Justiça Internacional, Usina de Chorzów, acórdão de 26 de julho de 1927 (jurisdição), série A – n. 9, p. 4, 31; Corte Internacional de Justiça, Consequências jurídicas para os Estados da presença contínua da África do Sul na Namíbia (Sudoeste Africano) não obstante a resolução 276 (1970) do Conselho de Segurança, parecer consultivo de 21 de junho de 1971, §§ 46-47.

10 Corte Internacional de Justiça, Consequências jurídicas da construção de um muro no território palestino ocupado, parecer consultivo de 9 de julho de 2004, § 121.

11 *Vide* comentário ao *draft* do art. 53, § 2, ILC Yearbook 1996, v. II (2), 58, 114.

12 Corte Internacional de Justiça, Consequências jurídicas para os Estados da presença contínua da África do Sul na Namíbia (Sudoeste Africano) não obstante a Resolução n. 276 (1970) do Conselho de Segurança, parecer consultivo de 21 de junho de 1971, § 53, p. 16; Corte Internacional de Justiça, Consequências jurídicas da construção de um muro no território palestino ocupado, parecer consultivo de 9 de julho de 2004, p. 136.

O julgamento do caso *Promotor vs. Furundzija* perante o Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia, de 10 de dezembro de 1998 (n. IT-95-17/1-T), corrobora o presente argumento. A *Trial Chamber* considerou que os efeitos da proibição da tortura, enquanto norma imperativa, repercutiam tanto na esfera interestatal quanto na esfera individual. No âmbito interestatal, busca-se deslegitimar qualquer medida legislativa, administrativa ou ato judicial capaz de autorizar o cometimento do crime. Com efeito, segundo o tribunal, seria absurdo considerar, por um lado, que em virtude do caráter cogente da proibição contra a tortura, tratados ou regras costumeiras contrários seriam nulos *ab initio* (art. 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969) e, por outro lado, permitir que um Estado tomasse medidas nacionais que autorizassem ou tolerassem atos consubstanciados em tortura ou absolvesse seus perpetradores por meio de uma lei de anistia.[13] Tal lógica é perfeitamente transponível ao caso concreto, no qual um Estado assume internacionalmente a obrigação de não cometer sérias violações dos Direitos Humanos e do Direito Internacional humanitário, seja por meio de tratados ou costume internacional ou, ainda, em virtude de regras imperativas do Direito Internacional. Seria igualmente absurdo admitir, a partir de tal conduta, que o Estado em causa adotasse comportamento contraditório escondendo-se por detrás do manto da imunidade para descumprir as obrigações que lhe incumbissem em virtude do Direito Internacional.

Se, teoricamente, imunidade não significa impunidade, verifica-se que, na prática, as duas noções se encontram intrinsecamente interligadas. Assim, com a concessão de imunidade, exclui-se invariavelmente qualquer análise no que tange ao mérito da questão e, em última análise, corrobora-se a ideia de impunidade das violações de normas imperativas do Direito Internacional.[14] Como bem colocado pelo juiz Van Den Wyngaert, em sua opinião dissidente no caso *Arrest Warrant*, na prática a imunidade leva à impunidade *de facto* (§ 34). Como a própria Corte pareceu reconhecer no caso concreto, os indivíduos deportados e que executaram trabalhos forçados na Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial, cuja demanda forma o substrato do presente caso, não terão outra alternativa para reivindicar seus direitos (§ 99). A Corte apenas expressou surpresa e pesar ao constatar que a Alemanha negou compensação às vítimas do caso concreto por não considerá-las qualificadas para tanto nos termos da legislação alemã (§ 99). Haveria, neste caso, violação do art. 41 do Projeto de responsabilidade de Estados, pois as demandas das vítimas no presente caso seriam uma medida de *last resort* e, caso negadas, significaria negar o próprio direito à compensação

• • •

13 Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, Câmara de Primeira Instância, sentença de 10 de dezembro de 1998, *Promotor vs. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, § 155.

14 Corte Internacional de Justiça, *Mandado de prisão de 11 de abril de 2000* (República Democrática do Congo *vs.* Bélgica), acórdão de 14 de fevereiro de 2002, § 60.

em virtude da violação de uma norma imperativa, ou seja, desconsiderar os efeitos de uma norma de *jus cogens* (TRAPP; MILLS, 2002, p. 162). Nesse sentido, decidiram os tribunais grego e italiano.[15]

Nessa linha de raciocínio, as normas nacionais que outorgariam imunidade ao Estado violador não teriam qualquer reconhecimento jurídico.[16] Isso porque a primazia das normas de *jus cogens* com relação à imunidade estatal conduziria ao reconhecimento de que esta última seria nula e não produziria efeitos jurídicos contraditórios com o conteúdo da norma peremptória violada (§ 1). De acordo com os seis juízes em seus votos dissidentes no caso *Al-Adsani* perante a Corte Europeia de Direitos Humanos: um Estado não pode invocar unilateralmente sua imunidade com o objetivo de furtar-se à responsabilização perante jurisdições estrangeiras em virtude do cometimento de atos que constituem violações de normas imperativas de Direito Internacional (§§ 1-3). As normas de *jus cogens* também produzem consequências procedimentais e não podem ter sua efetividade esvaziada. Caso existisse distinção entre procedimento e substância, a consequência é que nenhum direito fundamental jamais seria oponível a um Estado estrangeiro por um particular perante o tribunal local por crimes militares, atos de barbárie ou qualquer outro abuso oficial, pois o *status* de *jus cogens* não seria suficiente para flexibilizar a imunidade soberana. Conclui-se, portanto, que forma e substância são inseparáveis, contrariamente ao que se extrai da decisão da Corte no caso presente.

### 1.3 A prevalência do acesso à justiça com relação à imunidade estatal

Mesmo que a Corte considerasse que a imunidade estatal enquanto norma de procedimento prejudicaria o exame do mérito da questão, qual seja a violação grave dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário, tal argumento não impediria a superveniência de um conflito entre a imunidade estatal e o acesso à justiça dos demandantes. O direito de acesso à justiça deve ser entendido *lato sensu*: é o direito para que a justiça seja feita (CANÇADO TRINDADE, 2008, p. 81). Trata-se de um verdadeiro "direito ao direito", ou seja, a uma ordem jurídica – tanto no nível nacional ou internacional – que salvaguarde efetivamente os direitos fundamentais da pessoa humana, já que os indivíduos são os últimos beneficiários dos direitos a serem preservados (CANÇADO TRINDADE, 2008, p. 117). Progressivamente, há o reconhecimento do direito de acesso à justiça enquanto norma de

• • •

15 *Prefecture of Voitia vs. República Federal da Alemanha*, Corte de Primeira Instância de Livadia, Caso n. 137/1997, julgamento de 30 de outubro de 1997. *Vide* caso n. 137/1997, *Massacre de Distomo*, Multi-member Court of Livadia, 30 de outubro de 1997, 50 Revue Hellenique de droit international (1997) 599.

16 Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, Câmara de Primeira Instância, sentença de 10 de dezembro de 1998, *Promotor vs. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, § 155.

*jus cogens*, trazendo consigo o direito à reparação de vítimas de sérias violações dos Direitos Humanos.[17] Se a reparação individual constituía uma exceção no passado, a Comissão de Direitos Humanos da ONU atualmente tem trabalhado no assunto, tendo o documento intitulado Princípios Básicos sobre o Direito ao Remédio e Reparação sido adotado pela Assembleia Geral.[18]

Como destacado pela Corte Constitucional eslovena em 8 de março de 2001[19] e pelo Supremo Tribunal polonês em 29 de outubro de 2010,[20] cujas decisões foram citadas no acórdão da CIJ (§ 74), a imunidade alemã em função dos crimes internacionais somente poderia ser concedida caso houvesse um remédio alternativo às vítimas de tais violações, ou, nas palavras do tribunal polonês, a imunidade estatal não poderia constituir obstáculo intransponível para o exercício do acesso à justiça das vítimas para proteger seus direitos de forma efetiva (CONFORTI, 2012, p. 139). O Tribunal polonês citou os casos *Waite e Kennedy vs. Alemanha* e *Beer e Regan vs. Alemanha* da Corte Europeia de Direitos Humanos, para demonstrar a necessidade de se estabelecer um equilíbrio entre a imunidade e o acesso à justiça.[21] Como destaca o juiz Yusuf, tal balança deve levar em consideração as funções e os objetivos intrínsecos da imunidade, por um lado, e a proteção e realização dos princípios fundamentais de Direitos Humanos e de Direito Humanitário, por outro (§ 29). Deveria ter havido uma análise de proporcionalidade e legitimidade do objetivo de conceder imunidade em casos que envolvem violações graves nos quais não há possibilidade de compensação para as vítimas (§ 30). Assim, no caso de um conflito entre a imunidade e o acesso à justiça decorrente de violações de normas de *jus cogens*, não restam dúvidas de que a balança penderia para a efetiva realização dos Direitos Humanos e do Direito Humanitário (CONFORTI, 2012, p. 136). Isso porque haveria neste caso um embate entre duas normas de natureza procedimental, tendo o acesso à justiça caráter de norma de *jus cogens*.[22] O acesso à justiça

• • •

17 A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu que o direito de acesso à justiça penetrou no domínio do *jus cogens* (casos *Goiburu et alii vs. Paraguai* de 22.09.2006 e *La Cantuta vs. Peru* de 29.11.2006). *Vide* opinião dissidente do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, §§ 205-217.

18 GA Res. n. 60/147, UN Doc A/Res/60/147 (Dec. 16, 2005).

19 Caso n. Up-13/99, julgamento de 8 de março de 2001.

20 *Natoniewski vs. República Federal da Alemanha*, julgamento de 29 de outubro de 2010, Polish Yearbook of International Law, v. XXX, 2010, p. 299.

21 Corte Europeia de Direitos Humanos, acórdão de 18 de fevereiro de 1999, *Waite et Kennedy vs. Alemanha*, Petição n. 26083/94, § 68; e Corte Europeia de Direitos Humanos, acórdão de 18 de fevereiro de 1999, *Beer et Regan vs. Alemanha*, Petição n. 28.934/95, § 58.

22 Corte Interamericana de Direitos Humanos, casos *Goiburu et alii vs. Paraguai* de 22.09.2006 e *La Cantuta vs. Peru* de 29.11.2006).

seria, portanto, hierarquicamente superior às regras costumeiras acerca da imunidade jurisdicional, não havendo qualquer justificativa para conferir prevalência à imunidade estatal. Assim sendo, mesmo levados às últimas consequências, os argumentos contidos na decisão da maioria no *cas d'espèce* assentam sobre bases frágeis e não trazem qualquer estabilidade ao sistema, contrariamente à intenção da Corte de firmar-se como um árbitro neutro da realidade estatal.

## 2 A relativização da imunidade estatal em caso de violações graves de Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário

Mesmo que se considerasse a existência de um conflito entre a imunidade estatal e as normas de *jus cogens*, a própria evolução da noção de imunidade em casos como o presente conduz a afirmar que a decisão da Corte não se coaduna com o Direito Internacional contemporâneo. Com efeito, é imperioso ressaltar a necessidade de relativização da imunidade estatal em situações que envolvem violações graves de Direitos Humanos e de Direito Humanitário, contrariamente à decisão da maioria. A relativização da imunidade alemã conduziria à admissibilidade das demandas das vítimas buscando compensação perante os tribunais italianos.

Entretanto, a Corte considerou que não há, atualmente, costume internacional que permita antecipar uma evolução na prática estatal no que tange à imunidade, mesmo em caso de violações graves dos Direitos Humanos e do direito dos conflitos armados internacionais (§ 91). Para atingir tal conclusão, e tendo em vista que as regras sobre imunidade estatal decorrem de direito costumeiro, a CIJ avaliou a existência de uma prática bem estabelecida e de uma *opinio juris*, elementos constitutivos do costume internacional.[23] Entretanto, a análise empreendida falha ao desconsiderar a evolução do Direito Internacional em matéria de imunidade (2.1), bem como a inadequação da distinção entre atos de império e de gestão para efeitos de atribuição da imunidade (2.2). Encastelada em sua lógica jurídica, a Corte desconsidera o reconhecimento de uma nova exceção à imunidade estatal em virtude da violação de normas de *jus cogens* (2.3).

### 2.1 O Direito Internacional não é estático:

A IMUNIDADE COMO CONCEITO RELATIVO E EVOLUTIVO

A formação, o desenvolvimento, a interpretação e a aplicação do Direito Internacional não podem ser dissociados da dimensão intertemporal. Isso porque, como bem frisa o juiz Cançado

23 Corte Internacional de Justiça, *Plataforma continental do Mar do Norte* (República Federal da Alemanha *vs.* Dinamarca; República Federal da Alemanha *vs.* Países Baixos), acórdão de 20 de fevereiro de 1969, § 77; Corte Internacional de Justiça, *Plataforma Continental* (Líbia Árabe Jamahiriya *vs.* Malta), acórdão de 21 de março de 1984, § 27.

Trindade em sua opinião dissidente no presente caso, não existem regras imutáveis de Direito Internacional.[24] A necessidade de avaliar uma situação tendo em vista o direito prevalente à época foi igualmente reconhecida pelo Instituto de Direito Internacional.[25] O direito e o tempo são, portanto, interdependentes, devendo a efetividade das normas de Direito Internacional ser avaliada conjuntamente com as transformações sociais. Como a própria Corte já reconheceu no caso *Ilha de Palmas* de 1928, a existência de um direito deve ser avaliada em função de sua evolução.[26] Posteriormente, em seu parecer consultivo sobre a *Namíbia* de 1971, a Corte considerou que a interpretação de um instrumento internacional deve levar em conta as transformações temporais e a evolução do sistema jurídico.[27]

A dimensão intertemporal também perpassa a imunidade estatal. A própria evolução de uma abordagem absoluta a uma visão restrita é testemunha da passagem do tempo e das necessidades da sociedade contemporânea. De fato, originalmente, o termo "imunidade" surgiu no final do século XIII, aplicando-se às pessoas da nobreza ou do clero ou proprietários ou estabelecimentos eclesiásticos pelo rei e, posteriormente, pela lei (KESSEDJIAN, 2012, p. 5). O objetivo era impedir a interferência de um Estado nas atividades de outro Estado e de seus representantes, através de seus tribunais, tendo em vista a soberania dos Estados (*par in parem non habet imperium*). A ideia primordial assentava na cortesia, na dignidade e nas boas relações entre os Estados (LAUTERPACHT, 1951, p. 221 e 230; CASSESE, 2005, p. 99-100).[28] A imunidade emerge, portanto, da soberania do Estado do foro e não constitui um direito atribuído ao Estado estrangeiro. É o Estado territorial que pode renunciar, expressa ou implicitamente, ao exercício de sua jurisdição, sendo que qualquer afirmação em sentido contrário implicaria uma interferência ilegítima na soberania desse Estado. Trata-se, portanto, de uma exceção à jurisdição que um Estado normalmente exerceria em seu território.

Não é um conceito estático, mas ajustável à evolução da sociedade contemporânea, cuja proporcionalidade deverá ser sempre avaliada tendo em vista o interesse protegido pela

• • •

24 Opinião dissidente do juiz A. A. Cançado Trindade, Corte Internacional de Justiça, *Imunidades jurisdicionais do Estado* (Alemanha *vs.* Itália; intervenção da Grécia), acórdão de 3 de fevereiro de 2012, § 14.

25 *Vide* Annuaire de l'Institut de Droit International, 1973 e 1975, citados pelo juiz A. A. Cançado Trindade em sua opinião dissidente, Corte Internacional de Justiça, *Imunidades jurisdicionais do Estado* (Alemanha *vs.* Itália; intervenção da Grécia), acórdão de 3 de fevereiro de 2012, § 12, p. 5.

26 Corte Permanente de Arbitragem, caso *Ilha de Palmas* (Países Baixos *vs.* Estados Unidos), 04.04.1928, p. 14.

27 Corte Internacional de Justiça, Consequências jurídicas para os Estados da presença contínua da África do Sul na Namíbia (Sudoeste Africano) não obstante a Resolução n. 276 (1970) do Conselho de Segurança, parecer consultivo de 21 de junho de 1971, § 53.

28 Corte Europeia de Direitos Humanos, acórdão de 21 de novembro de 2001, *Fogarty vs. Reino-Unido*, Petição n. 37.112/97, § 34.

norma afetada pela imunidade e os interesses do Estado ao qual a imunidade seria reconhecida (KESSEDJIAN, 2012, p. 6). Tanto é assim que a regra atualmente consiste na relativização da referida imunidade como um reflexo da evolução das atividades tradicionalmente atribuídas aos Estados a partir do final do século XIX. A prática estatal, sobretudo das Cortes italianas e belgas, cunhou a distinção entre atos de império (*acta jure imperii*) e atos de gestão (*acta jure gestionis* ou *jure privatorum*), atribuindo imunidade apenas aos primeiros.[29] Apesar de criticada em função de sua imprecisão (CASSESE, 2005, p. 101), tal tendência adquiriu importância crescente após a Primeira Guerra Mundial com o aumento da participação dos Estados em transações comerciais ou privadas. O objetivo à época não era coibir crimes internacionais, mas sim evitar a incidência da imunidade caso o Estado agisse enquanto ente privado. Nessa linha, convenções e projetos internacionais concretizaram a noção de imunidade relativa.[30]

Posteriormente, no início dos anos 1980, notou-se uma reversão da intervenção estatal na economia, havendo a privatização de diversas atividades anteriormente consideradas como tipicamente estatais (KESSEDJIAN, 2012, p. 6). Esse processo causou influência direta nas imunidades estatais, havendo um movimento contrário àquele identificado a partir da atuação do Estado no comércio privado. Isso demonstra que a distinção entre atos de império e gestão está sujeita a uma interpretação continuamente mutável que varia de acordo com o momento e reflete as novas prioridades da sociedade. Tendo em vista tal realidade, questionou-se se as entidades privadas, que realizam atividades tipicamente estatais, poderiam beneficiar das imunidades reconhecidas aos Estados caso estes exercessem tais funções (KESSEDJIAN, 2012, p. 6). Ademais, o desenvolvimento da arbitragem internacional nas relações que envolvem os Estados na qualidade de comerciantes contribuiu para a erosão da imunidade de jurisdição (WATT, 2004, p. 265).

Tanto no âmbito público quanto privado, as imunidades estatais tornaram-se cada vez mais flexíveis, ajustando-se à evolução de uma sociedade internacional na qual há maior preocupação com a proteção dos direitos individuais em detrimento do Estado, seja em função do envolvimento do indivíduo em transações comerciais com o Estado, seja na qualidade de vítima de delitos cometidos pelo referido Estado. Em 1951, já afirmava Lauterpacht que havia uma tendência crescente desde o final da Primeira Guerra Mundial de se afastar a imunidade jurisdicional de Estados estrangeiros (LAUTERPACHT, 1951, p. 220). Isso porque tal

29 *Vide* jurisprudência belga: *Rau,Vanden Abel vs. Duruty*, 1879, § 175; e *Chemin de fer Liégeois-Luxembourg vs. Etat néerlandais*, 1903, §§ 301-303; e jurisprudência italiana: *Typaldos vs. Manicomio di Aversa*, 1886, §§ 1492-1493; e *Bey di Tunisi rappresentato da Guttieres vs. Elmilik*, 1886, §§ 1544-1545.

30 *Vide*, por exemplo, a Convenção Europeia sobre a Imunidade Estatal de 1972 e o Projeto de Convenção interamericana sobre as Imunidades jurisdicionais dos Estados de 1983.

doutrina teria se tornado obsoleta e potencial geradora de injustiça no que tange aos direitos individuais. Trata-se de um valor relativo e evolutivo, cuja importância deve ser ponderada em função de valores concorrentes e de suas respectivas consequências concretas. O Direito Penal Internacional é testemunha de tal evolução, que é marcada pelo exercício da jurisdição extraterritorial do Estado no caso de graves crimes internacionais (competência universal) e pela erosão da imunidade dos representantes estatais quando do cometimento de crimes internacionais de forma a combater a impunidade e assegurar uma maior *accountability*. A *raison d'État* cede lugar ao interesse da humanidade de garantir que perpetradores de graves crimes internacionais não permaneçam impunes, moldando assim continuamente a prática da imunidade estatal.

Consequentemente, a imunidade, enquanto exceção no Direito Internacional costumeiro, não pode ter o mesmo tratamento conferido no passado e afigura-se totalmente inadequada à realidade atual. A Corte Internacional de Justiça, no presente caso, desconsiderou tais desenvolvimentos e não foi capaz de fornecer nenhum sinal em direção ao desenvolvimento progressivo do Direito Internacional.

### 2.2 A inadequação da distinção entre atos de império e de gestão

Como já apontado, a divisão entre atos de império e gestão foi contingente da necessidade de atuação do Estado enquanto ente privado. Entretanto, tal distinção nunca foi apropriada para dar conta do problema das imunidades (LAUTERPACHT, 1951, p. 224, 226-227 e 272). Isso porque é difícil definir se os atos realizados pelo Estado estrangeiro incluem-se na esfera pública ou privada para efeitos de concessão ou denegação de imunidade. Atualmente, dois critérios são frequentemente utilizados para avaliar se uma conduta constitui *jure imperii*: a natureza do ato em questão e a função que o ato pretende atingir (CASSESE, 2005, p. 101).

Segundo M. Weiss, antigo juiz da Corte Permanente de Justiça Internacional em seu curso ministrado na Academia de Direito Internacional da Haia, o critério da natureza do ato seria o mais adequado, pois seria possível avaliar se uma determinada conduta seria tipicamente estatal ou se poderia ser realizada nas mesmas condições por um indivíduo (WEISS, 1923, p. 521-552). Entretanto, tal distinção, como demonstrado acima, não mais se coaduna com a evolução das funções atualmente atribuídas aos Estados. No caso presente, ocorreram massacres de civis e deportação de civis e militares para a realização de trabalhos forçados na Alemanha e em seus territórios sob ocupação. Como visto anteriormente, tais atos constituem violações graves do Direito Internacional Humanitário, repercutindo em crime internacional. Tanto a natureza do ato – crimes internacionais – quanto a função ou o objetivo que se pretende atingir não configuram critérios adequados para a qualificação de um ato como sendo tipicamente estatal e, portanto, passível de imunidade. Em algumas situações, os critérios referentes à natureza e função do ato podem levar a resultados divergentes e podem ter tratamento diverso conforme o tribunal provocado (CASSESE,

2005, p. 101; LAUTERPACHT, 1951, p. 222-223). A prática estatal por meio de diversas decisões judiciais corrobora o argumento.[31]

A inadequação dos referidos critérios leva a questionar se atrocidades militares, cometidas segundo uma política de Estado, entrariam na categoria de atos de império, ou seja, se seriam enquadradas em funções tipicamente estatais. Seriam atos de soberania pelos quais o Estado perpetrador não deve responder perante os tribunais civis de seus pares? Evidentemente, não se pode incluir nos atos de império violações de normas imperativas, mesmo quando cometidas por um Estado. Isso porque o cometimento de crimes internacionais não é função tipicamente estatal, ou seja, não é função naturalmente exercida por um Estado ou que apenas um Estado poderia exercer. Crimes internacionais não são atos de gestão, tampouco atos de império. Trata-se de um ato contrário ao Direito Internacional, o que, por si só, afastaria qualquer alegação de imunidade, como parece constituir tendência na doutrina (TRAPP; MILLS, 2002, p. 153-168).

Segundo o juiz dissidente Cançado Trindade, "um crime é um crime, independentemente de quem o cometeu" (§ 53). No caso concreto, fala-se em *delicta imperii*, ou seja, um crime internacional cometido em violação de uma norma imperativa, contra o qual não seria possível invocar imunidade. É evidente, portanto, que a distinção entre atos *jure imperii* e *jure gestionis* afigura-se patentemente inadequada à evolução do Direito Internacional e, sobretudo, ao caso presente.

### 2.3 A emergência de nova exceção à imunidade estatal em virtude da violação de normas de *jus cogens*

Se a possibilidade de relativização da imunidade estatal em virtude da violação de normas de *jus cogens* ainda não foi reconhecida por meio do direito positivo internacional, leia-se, pela Convenção Europeia sobre Imunidade Estatal de 1972 adotada no âmbito do Conselho da Europa (Convenção da Basileia) e pela Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e dos seus Bens de 2005, tal fato não impede o reconhecimento de que o Direito Internacional tem evoluído progressivamente na matéria.

A Comissão de Direito Internacional, encarregada de preparar a futura convenção no âmbito da ONU, teve seus trabalhos iniciados em 1979 e concluídos em 1991, data na qual

• • •

31 *Vide*, por exemplo, o julgamento da Corte Suprema de Israel no caso *Eichmann*; Suprema Corte, 29 de maio de 1962, 36 *International Law Reports*, p. 312; discursos de Lords Hutton e Phillips of Worth Matravers in R. v. Bartle and the Conzmissioner of Police for the Metropolis und Otlzers, ex parte Pinochet ("Pinochet III"); e discursos de Lords Steyn and Nicholls of Birkenhead in Pinochet In: julgamento da Corte de Apelação de Amsterdã no caso *Bouterse* (Gerechtshof Amsterdam, 20 de novembro de 2000, § 4.2, citados na opinião separada dos juízes Higgins, Kooijmans e Buergenthal, Corte Internacional de Justiça, *Mandado de prisão de 11 de abril de 2000* (República Democrática do Congo *vs.* Bélgica), acórdão de 14 de fevereiro de 2002, p. 3, § 85.

foi adotado um projeto de artigos sobre as imunidades jurisdicionais dos Estados e dos seus bens. O projeto somente se transformou em convenção cerca de 13 anos depois. Entretanto, a referida Convenção ainda não se encontra em vigor por não ter alcançado as 30 ratificações exigidas pelo art. 30. O texto final, eminentemente conservador, não prevê qualquer disposição restringindo a imunidade estatal em caso de violações de normas de *jus cogens*. Apesar disso, os membros do grupo de trabalho da Comissão de Direito Internacional não deixaram de sublinhar os desenvolvimentos recentes da prática estatal e da legislação em matéria de imunidade em casos que envolvem violações de normas de *jus cogens*. No relatório, foram citadas demandas que pretendiam afastar a imunidade em virtude de graves violações dos Direitos Humanos, sobretudo em situações que envolvem a proibição da tortura. A Comissão reconheceu que alguns tribunais demonstraram simpatia por esse argumento, sendo que na maior parte dos casos a imunidade estatal ainda prevalecia. Cita a emenda ao *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA) e o caso *Pinochet* como testemunhas da flexibilização da imunidade estatal. Conclui que os desenvolvimentos relativos à contraposição entre imunidade e normas de *jus cogens*, apesar de não estarem incluídos no projeto de artigos da convenção, constituem "desenvolvimentos recentes relativos à imunidade que não devem ser ignorados".[32]

Com efeito, diversos julgamentos nos EUA envolveram questões de terrorismo e Direitos Humanos, nos quais foi aplicada a exceção à imunidade estatal prevista no *FSIA*.[33] Com efeito, o *FSIA* foi emendado para incluir uma nova exceção à imunidade estatal em caso ataques terroristas. Tal exceção está prevista na seção 221 do *Anti Terrorism and Effective Death Penalty Act* de 1996, que determina que a imunidade não será concedida em casos nos quais há demanda de reparação de danos contra um Estado estrangeiro por danos pessoais ou morte causada por atos de tortura, assassinato extrajudicial, sabotagem de aeronaves, tomada de reféns. A *terrorism exception* prevista no *FSIA* autoriza que vítimas norte-americanas possam processar Estados estrangeiros, bem como seus agentes, designados pelos EUA como promotores de terrorismo em função de injúria pessoal ou morte causada ou apoiada pelos referidos Estados. Em virtude da dificuldade enfrentada pelas vítimas com base no *FSIA* para fazer valer seus direitos contra Estados estrangeiros, uma nova lei foi aprovada em 2008 (*National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2008 – NDAA*) estabelecendo em nível federal o direito de acionar Estados considerados promotores de terrorismo e autorizando o arbitramento de danos punitivos.[34]

• • •

32 Relatório da Comissão de Direito Internacional (1999), A/54/10, Anexo (relatório do grupo de trabalho sobre imunidades jurisdicionais de Estados e de sua propriedade), Comissão de Direito Internacional, 1999, v. II (2), p. 172, § 13.

33 Foreign Sovereign Immunities Act, section 1605 (a)(7).

34 A seção 1083 do NDAA substituiu a seção 1605 (a)(7) com uma nova exceção terrorista, tendo sido codificada como 1605A.

A flexibilização da imunidade estatal foi aplicada em diversas situações, notadamente o recente caso *Samantar vs.Yousuf*, relativo aos atos de tortura praticados na Somália, analisado e julgado em sede de recurso pela Corte Suprema dos EUA em junho de 2010, no qual esta considerou que o *FSIA* não se aplicaria a uma eventual imunidade de oficiais estrangeiros.[35] A decisão reforça a tendência de se afastar a imunidade estatal em caso de violações de normas peremptórias do Direito Internacional, tendo sido corroborada por diversos *amicus curiae* submetidos à Corte Suprema (KNUCHEL, 2011, p. 149).

A evolução da prática norte-americana tendente a desconsiderar a imunidade estatal foi amplamente debatida pela doutrina (KNUCHEL, 2011, p. 149-183; BELSKY; MERYA; ROHT-ARRIAZA, 1989, p. 365-415; JOHNSON, 1995, p. 259-291). Argumenta-se que a violação de normas de *jus cogens* constituiria uma renúncia implícita – *implied waiver* – à imunidade nos termos do *FSIA* (JOHNSON, 1995, p. 259 e s.). Porém muitos dos desenvolvimentos da jurisprudência norte-americana no que tange à imunidade estatal foram desconsiderados pela CIJ no caso *Alemanha vs. Itália*, enquanto outros foram avaliados seletivamente e de forma contestável. De acordo com Riccardo Pavoni, a escolha dos casos citados na decisão da Corte demonstra uma postura conservadora e instrumental que teve como objetivo conferir sustentação a um posicionamento anterior que já havia sido deliberadamente tomado pela maioria dos juízes (PAVONI, 2012, p. 143-159). Segundo o mesmo autor, a decisão da CIJ no caso presente não reflete o Direito Internacional contemporâneo em matéria de imunidade estatal no caso de violações graves de Direitos Humanos (PAVONI, 2012, p. 144).

A tendência da limitação da imunidade estatal destacada por Lauterpacht no início da década de 1950 e apontada pela Comissão de Direito Internacional em 1999 segue seu curso em outros países. Nessa linha, é possível citar o caso *Ferrini* perante a Corte de Cassação italiana de 2004, relatado na introdução deste artigo que deu origem à demanda perante a CIJ (BIANCHI, 2005, p. 242-248; DE SENA; DE VITTOR, 2005, p. 89-112),[36] bem como o caso *Milde vs. Civitella*, envolvendo o massacre na cidade italiana de Civitella também julgado pela referida Corte de Cassação em 2008 e 2009. Como apontado pelo juiz Cançado Trindade em sua opinião dissidente, o *key-point* da decisão da Corte de Cassação italiana consistiu na denegação da imunidade estatal quando da ocorrência de uma política criminal perseguida pelo Estado conducente à perpetração de crimes contra a humanidade (§ 191).

A jurisprudência grega no caso do extermínio nazista de cerca de 218 pessoas no vilarejo grego de Distomo seguiu na mesma linha até o advento da decisão no caso *Margellos*. A demanda civil de parentes das vítimas contra a Alemanha foi levada à Corte de Primeira Instância

35 Corte suprema dos EUA, 1º de junho de 2010, *Samantar vs.Yousuf*, 660 US_2010.

36 *Ferrini vs. República Federal da Alemanha*, decisão n. 5.044/2004.

de Livadia em 1995, que determinou a responsabilidade da Alemanha e concedeu indenização de 30 milhões às vítimas do massacre de Distomo. Tanto a Corte distrital, em 2007, quanto a Corte de Cassação grega, no caso *Areios Pagos* julgado em 2000, consideraram que a Alemanha não poderia se utilizar da imunidade de jurisdição, já que tal imunidade não é absoluta mesmo no que tange aos atos realizados *jure imperii*. A Corte de Cassação considerou que há renúncia tácita à imunidade estatal sempre que os atos em questão constituírem violações de normas de *jus cogens*. Assim, a decisão da Corte de Primeira Instância concedendo indenização tornou-se definitiva. Em função do descumprimento de tal decisão pela Alemanha, os demandantes buscaram executá-la por meio do bloqueio de propriedades alemãs na Grécia. Para tanto, seria necessário obter o consentimento do Ministro da Justiça nos termos do art. 923 do Código de Processo Civil grego, o que não foi concedido no presente caso. Por esse motivo, os demandantes provocaram a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) com base no art. 6 (1) da Convenção Europeia de Direitos Humanos, tendo a Corte declarado o pedido inadmissível.[37] Paralelamente, um caso similar estava sendo julgado nas Cortes gregas. Trata-se do caso *Margellos e outros*, perante a Corte Suprema Especial grega, por meio do qual a referida Corte, por maioria de seis votos contra cinco, decidiu que, à luz do Direito Internacional costumeiro, um Estado estrangeiro possui imunidade soberana em caso de danos causados no Estado territorial independentemente do fato de tal conduta ter violado normas de *jus cogens* ou das forças amadas estarem participando no conflito armado. Contrariamente, cinco juízes afirmaram em suas opiniões dissidentes que a proibição de crimes de guerra possuía o *status* de norma peremptória do Direito Internacional. Consequentemente, o julgamento do caso *Margellos* em 2002 conduziu à cassação da decisão da Corte de Primeira Instância de Livadia que havia concedido indenização para os demandantes.

Recentemente, em 2011, a Corte de Cassação francesa reconheceu que a violação de uma norma de *jus cogens* "pode constituir uma restrição legítima à imunidade de jurisdição".[38] Trata-se de um verdadeiro *revirement* jurisprudencial, pois em casos anteriores a mesma Corte havia recusado qualquer pronunciamento quanto à possibilidade de pagamento de salários para indivíduos que exerceram trabalhos forçados na Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial.[39] A partir de tal entendimento, é possível que a Corte analise ações civis por violações de normas de *jus cogens*, afastando a imunidade como prerrogativa de soberania do Estado (KESSEDJIAN, 2012, p. 27). A referida decisão da Corte de Cassação francesa, bem como

37 Corte Europeia de Direitos Humanos, acórdão de 12 de dezembro de 2002, *Kalogeropoulou e outros vs. Grécia e Alemanha*, Petição n. 59.021/00.

38 Civ. 1ª, 9 de março de 2011, n. 09-14.743.

39 Civ. 1ª, 16 de dezembro de 2003, n. 01-45.961 e 3 de janeiro de 2006, n. 04-47.504.

a decisão da Corte Superior do Quebec, foram citadas pela Itália no curso do processo de forma a reforçar a restrição progressiva da imunidade em caso de atos *jure imperii*.[40]

Diversos casos foram julgados perante a CEDH acerca da relação entre a imunidade estatal e as normas de *jus cogens*, como os casos *Al-Adsani vs. Reino Unido,*[41] *McElhinney vs. Irlanda*[42] e *Kalogeropoulou e outros vs. Grécia e Alemanha*.[43] No caso *Al-Adsani*, amplamente debatido pela doutrina, a Corte considerou que nenhum dos acordos internacionais que trata da proibição da tortura enquanto norma imperativa no Direito Internacional se referem a um procedimento civil ou à imunidade estatal. Ora, tais acordos foram adotados anteriormente à evolução da imunidade estatal com vistas à aceitação da tese restrita, bem como anteriormente ao desenvolvimento de ações civis por violação dos Direitos Humanos. A decisão foi adotada por uma pequena maioria (nove votos contra oito), tendo a opinião dissidente dos juízes Rozakis e Caflisch sido acompanhada por outros quatro juízes. A opinião dissidente frisou que um Estado não pode esconder-se por detrás das regras sobre a imunidade estatal para evitar as consequências de suas ações e, sobretudo, para evitar ações civis por reparação de danos decorrentes de atos de tortura perante uma jurisdição estrangeira (§ 3). A própria Corte, na decisão da maioria, reconhece o caráter transitório das regras costumeiras acerca da imunidade estatal e a possibilidade de sua limitação, deixando as portas abertas para um futuro desenvolvimento da matéria na linha das opiniões dissidentes.

O caso *McElhinney vs. Irlanda* segue uma via similar, tendo a CEDH reconhecido, em seu julgamento de 21.11.2001, que, apesar de haver uma tendência no Direito Internacional e comparado em direção à limitação da imunidade estatal por danos causados por uma ação ou omissão cometida no território do Estado do foro, tal prática estatal não seria universal. Os juízes dissidentes Rozakis e Loucaides frisaram que a Corte não levou em consideração os desenvolvimentos do Direito Internacional, tendo restringido de forma desproporcional o direito de acesso aos tribunais. De fato, há uma tendência nos tempos modernos de que a doutrina da imunidade estatal está sujeita a um número crescente de exceções, tendo sua aplicabilidade reduzida em vista da proteção dos Direitos Humanos (§ 4). Como destacado pelo juiz Loucaides, na sociedade democrática atual, a imunidade absoluta parece ser uma "doutrina anacrônica incompatível com as demandas da justiça e da regra de direito" (§ 3).

• • •

40 Corte Suprema de Quebec, decisão de 25 de janeiro de 2011, *Kazemi (Estado de) e Hashemi vs. Irã, Ayatollah Ali Khamenei e outros*, 2011, QCCS 196.

41 Corte Europeia de Direitos Humanos, acórdão de 21 de novembro de 2001, *Al-Adsani vs. Reino-Unido*, Petição n. 35.763/97.

42 Corte Europeia de Direitos Humanos, acórdão de 21 de novembro de 2001, *McElhinney vs. Irlanda*, Petição n. 31.253/96.

43 Corte Europeia de Direitos Humanos, acórdão de 12 de dezembro de 2002, *Kalogeropoulou e outros vs. Grécia e Alemanha*, Petição n. 59.021/00.

Outros juízes dissidentes também sublinharam a tendência no sentido da restrição da imunidade estatal, sobretudo no início do século XX, com o advento das atividades comerciais estatais (§ 1).

Na mesma linha, no caso *Kalogeropoulou e outros vs. Grécia e Alemanha*, a CEDH reconheceu que o direito de acesso à justiça poderia estar sujeito a limitações, desde que tais limitações não prejudiquem a própria essência desse direito, devendo perseguir um objetivo legítimo e proporcional.[44] Se, para a Corte, não haveria aceitação da tese de que os Estados não possuem imunidade com relação a demandas civis por danos perante um tribunal de outro Estado por crimes contra a humanidade, tal constatação não impediria um desenvolvimento futuro do direito costumeiro internacional. A própria Corte reconhece a evolução em curso no Direito Internacional, tendo as opiniões dissidentes dos casos acima relatados apontado para uma solução mais progressista capaz de levar em conta a proteção dos Direitos Humanos. Com efeito, há uma tensão permanente ou *prevailing tension* na jurisprudência da CEDH, como bem colocado pelo juiz Cançado Trindade em seu voto dissidente (§§ 130 e s.). Verifica-se, portanto, que a eventual consagração de imunidade estatal não reflete visão pacífica, longe disso. O que tem sido observado, seja pela CEDH, seja pelas opiniões dissidentes de seus juízes, é que a imunidade estatal está em pleno processo de evolução. E essa evolução caminha *pari passu* com o reconhecimento dos direitos dos indivíduos na esfera internacional, o que conduz à progressiva erosão da soberania estatal.

Por todo o exposto, a análise feita pela CIJ para verificar se há costume internacional tendente a relativizar a imunidade estatal nos casos de sérias violações de Direitos Humanos e Direito Humanitário afigura-se altamente criticável. De fato, a prática estatal tem dado indícios acerca da emergência de uma nova exceção à imunidade estatal consistente na violação de normas imperativas, o que deveria ter sido considerado na decisão da maioria.

## Conclusão

A partir da análise do caso *Alemanha vs. Itália*, considera-se que a decisão da maioria dos juízes da CIJ não corresponde aos desenvolvimentos do Direito Internacional contemporâneo. Isso porque, no *cas d'espèce*, há evidente conflito entre a imunidade estatal e a violação grave do Direito Internacional Humanitário, que adquiriu *status* de norma de *jus cogens*. O argumento da CIJ baseado na distinção formal entre normas de procedimento – imunidade estatal – e substância – *jus cogens* – demonstrou ser puramente artificial e esbarra na necessidade de assegurar efetividade às normas de *jus cogens* violadas. Não houve qualquer análise

44 Corte Europeia de Direitos Humanos, acórdão de 12 de dezembro de 2002, *Kalogeropoulou e outros vs. Grécia e Alemanha*, Petição n. 59.021/00.

com relação aos critérios para embasar tal distinção, mas apenas uma intenção da Corte de manter-se como um árbitro neutro das controvérsias interestatais, destacada de valores humanistas que poderiam colocar em questão sua legitimidade. A postura formalista da Corte afastou as obrigações *erga omnes* decorrentes da norma de *jus cogens* violada e ignorou o direito à reparação das vítimas, contrariando indiretamente sua jurisprudência nos casos *Barcelona Traction* e *Timor Oriental*. Nos termos do Projeto de artigos sobre responsabilidade de Estados, seria evidentemente contrário ao Direito Internacional reconhecer a licitude de uma situação criada em virtude de violação de uma norma imperativa ou fornecer ajuda ou assistência de forma a manter tal situação. No caso concreto, a concessão de imunidade à Alemanha constitui violação da obrigação de não reconhecimento prevista no art. 41 do referido projeto.

Também questionável é o argumento de que a imunidade, sendo uma norma de procedimento, deveria prevalecer com relação ao acesso à justiça, igualmente dotado de caráter procedimental. Ora, a imunidade não poderia constituir obstáculo intransponível para o acesso à justiça das vítimas de violações graves de Direito Internacional Humanitário, sobretudo em casos de inexistência de qualquer remédio alternativo. Ademais, tendo o acesso à justiça ingressado no domínio do *jus cogens*, conforme reconhecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, um eventual conflito entre a imunidade estatal e violações graves do Direito Internacional Humanitário conduziria à prevalência da norma de maior hierarquia, consubstanciada na proibição de *jus cogens* em detrimento da norma costumeira. A imunidade estatal cederia, portanto, em prol do reconhecimento dos direitos individuais, conforme tendência no Direito Internacional contemporâneo.

Mesmo que assim não se considerasse, a própria evolução da norma costumeira não conduziria ao resultado prescrito pela Corte. Em outras palavras, mesmo havendo embate entre normas de procedimento e substância, a suposta norma procedimental – imunidade estatal – não possui mais o mesmo tratamento conferido no passado. O Direito Internacional não é estático, mas deve levar em consideração as transformações temporais e a evolução do sistema jurídico. A tese da imunidade absoluta cedeu lugar à imunidade restrita em função de desenvolvimentos jurisprudenciais adaptados a um contexto específico. A jurisprudência cunhou a distinção entre *jure imperii* e *jure gestionis*, que refletia as prioridades da sociedade tendo em vista a atuação do Estado enquanto ente privado. Atualmente, com o reconhecimento e a evolução dos Direitos Humanos, do Direito Internacional Humanitário e do Direito Penal Internacional, o conceito de imunidade passa por uma reavaliação, já que tem se tornado um potencial gerador de injustiças. A distinção entre atos de império e de gestão tornou-se obsoleta, pois não abarca situações nas quais Estados violam normas imperativas do Direito Internacional. Graves crimes internacionais não podem ser considerados funções tipicamente estatais para integrar a categoria de atos de império. Como bem coloca o juiz Cançado Trindade em sua opinião dissidente no presente caso, estaríamos diante de *delicta imperii*.

Com efeito, a imunidade soberana, um conceito desenhado por advogados no século XIX, tem sido empregada por Estados como uma técnica para negar cumprimento de suas obrigações em virtude do Direito Internacional. Ora, Estados não podem se esconder por detrás do manto da imunidade para furtar-se ao cumprimento de normas imperativas do Direito Internacional, no caso concreto, violações graves do Direito Humanitário. A *raison d'état* perde espaço para o interesse da humanidade de garantir que não haja impunidade no caso de crimes internacionais. Não há como negar que a concessão de imunidade gera impunidade, mesmo que indiretamente. A própria Corte pareceu reconhecer no caso *Alemanha vs. Itália* que as vítimas dificilmente teriam condições de obter seus direitos reconhecidos perante tribunais nacionais. O que se verifica atualmente consiste, sobretudo, na erosão progressiva da soberania estatal em prol dos direitos individuais. Mesmo que a imunidade seja fundada na soberania estatal e não na ideia de cortesia e dignidade das nações, como argumentam alguns autores, a própria ideia de soberania não mais é absoluta, como testemunha a noção de responsabilidade de proteger, fruto de uma interpretação teleológica da Carta da ONU. Soberania implica responsabilidade de proteger a população e não abarca o cometimento de crimes internacionais contra a mesma população que deveria ser protegida pelo Estado territorial.

Os desenvolvimentos recentes do Direito Internacional remetem ao reconhecimento de uma nova exceção à imunidade estatal, consistente na violação de normas de *jus cogens*. A prática de diversos tribunais começa a dar indícios de um *revirement* jurisprudencial ao afastar a imunidade em situações que envolvem violações graves de Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário. No âmbito regional, apesar de a CEDH ainda se resguardar no assunto, algumas decisões têm sido obtidas com uma pequena maioria, tendo os juízes dissidentes frisado a necessidade de limitação da restrição da imunidade estatal em prol de normas imperativas. Essa tensão permanente indica que a imunidade estatal está em pleno processo de evolução, o que não foi levado em consideração pela Corte em sua decisão no caso ora debatido. Atuando de forma conservadora, a Corte optou por salvaguardar a estabilidade do sistema internacional, mas assumiu um custo extremamente alto para manter sua posição. Deixou de avaliar ponderadamente valores concorrentes, ignorando as consequências de sua decisão para a proteção das vítimas de sérias violações de Direitos Humanos e Direito Humanitário que adquiriram o *status* de *jus cogens*. Apenas expressou surpresa e pesar, perdendo a oportunidade de promover uma interpretação progressista do Direito Internacional, adaptada à realidade atual. De forma não surpreendente, o caso *Alemanha vs. Itália* insere a CIJ na contramão da evolução do Direito Internacional.

**NOTA DE AGRADECIMENTO**

*Agradeço imensamente ao juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, da Corte Internacional de Justiça, por ter-me motivado a aprofundar minhas pesquisas nesse tema tão relevante para o Direito Internacional. O presente artigo foi elaborado no âmbito do* Cours de perfectionnement pour praticiens en droit international public et privé *da Academia de Direito Internacional da Haia, de 13 a 19 de janeiro de 2013, referente às Imunidades no Direito Internacional.*

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARTSCH, Kerstin; ELBERLING, Björn Jus Cogens vs. State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in the Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany Decision. *German Law Journal*, v. 4, n. 5, 2003, p. 477-491.

BELSKY, Adam C.; MERVA, Mark; ROHT-ARRIAZA, Naomi Implied Waiver under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law. *California Law Review*, v. 77, n. 2, 1989, p. 365-415.

BIANCHI, Andrea. Ferrini v. Federal Republic of Germany. *The American Journal of International Law*, v. 99, n. 1, jan. 2005, p. 242-248.

BORNKAMM, Christoph. State Immunity against Claims Arising from War Crimes: The Judgement of the International Court of Justice in Jurisdictional Immunities of the State. *German Law Journal*, v. 13, n. 6, 2012, p. 773-782.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A. *Evolution du droit international au droit des gens - l'accès des individus à la justice internationale, le regard d'un juge*. Paris: Pedone, 2008.

_____. Jus cogens: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law. O.E.A., Comité jurídico interamericano, XXXV Curso de Derecho Internacional (2008). Departamento de Derecho Internacional, Secretaría de Asuntos Jurídicos, Washington D.C., 2009, p. 3-29.

CASSESE, Antonio. *International Law.* 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.

_____. The character of the violated obligation. In: CRAWFORD, J.; PELLET A.; OLLESON S. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

CONFORTI, Benedetto. The Judgment of the International Court of Justice on the Immunity of Foreign States: a missed opportunity. *The Italian Yearbook of International Law*, v. XXI (2011), 2012, p. 135-142.

DAWIDOWICZ, Martin. The obligation of non-recognition of an unlawful situation. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 677-686.

DE SENA, Pasquale; DE VITTOR Francesca. State Immunity and Human Rights: the Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case. *The European Journal of International Law*, v. 16, n. 1, 2005, p. 89-112.

ESPÓSITO, Carlos. Jus Cogens and Jurisdictional Immunities of States at the International Court of Justice: 'a conflict does exist'. *The Italian Yearbook of International Law*, v. XXI (2011), 2012, p. 161-174.

JOHNSON, Thora. A. A Violation of Jus Cogens Norms as an Implicit Waiver of Immunity Under the Federal Sovereign Immunities Act. *Maryland Journal of International Law*, v. 19, n. 2, 1995, p. 259-291.

KESSEDJIAN, Catherine. Immunités. *Répertoire Dalloz de droit international*, 2012.

KNUCHEL, Sevrine. State Immunity and the Promise of Jus Cogens. *Northwestern Journal of International Human Rights*, v. 9, n. 2, 2011, p. 149-183.

LAUTERPACHT, Hersch. The problem of jurisdictional immunities of foreign States. *British Yearbook of International Law*, n. 28, 1951, p. 220-272.

MCGREGOR, Lorna. State Immunity and Jus Cogens. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 55, n. 2, abril 2006, p. 437-445.

ORAKHELASHVILI, Alexander. State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got it Wrong. *European Journal of International Law*, v. 18, n. 5, 2007, p. 955-970.

_____. *Peremptory Norms in International Law.* Oxford: Oxford University Press, 2006.

PAVONI, Ricardo. An American Anomaly? On the ICJ's Selective Reading of United States Practice in Jurisdictional Immunities of the State. The Italian Yearbook of International Law, v. XXI (2011), 2012, p. 143-159.

TALMON, Stefan. Jus Cogens after Germany v. Italy: Substantive and Procedural Rules Distinguished. *Leiden Journal of International Law*, 2012, n. 25, p. 979-1002.

TOMUSCHAT, Christian. The International Law of State Immunity and its Development by National Institutions. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2011, v. 44, p. 1105-1140.

TRAPP, Kimberley Natasha; MILLS Alex. Smooth Runs the Water where the Brook is Deep: The Obscured Complexities of Germany v. Italy. *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 1, 2002, p. 153-168.

WATT, Horatia Muir. Les droits fondamentaux devant les juges nationaux à l'épreuve des immunités juridictionnelles : à propos de l'arrêt de la Cour internationale de justice, Immunités Juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant), du 3 février 2012. *Revue critique de droit international privé*, v. 101, n. 3, 2012, p. 539-552.

_____. Une perspective 'internationaliste-privatiste'. In: VERHOEVEN, J. (dir.). *Le droit international des immunités*: contestation ou consolidation?. Paris/Bruxelles, 2004, p. 265-274.

WEISS, A. Compétence ou incompétence des tribunaux à l'égard des Etats étrangers. *R.C.A.D.I.,* v. 1, 1923, p. 521-552.

*Paula Wojcikiewicz Almeida*

Professora de Direito Internacional da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito Rio) e pesquisadora do Centro de Justiça e Sociedade da FGV Direito Rio. Professora titular da Cátedra Jean Monnet, financiada pela Comissão Europeia na FGV Direito Rio. Pesquisadora associada do Institut de Recherche en droit international et européen de la Sorbonne (IREDIES). Pesquisadora do Centro de Estudos e de Pesquisas em Direito e Relações Internacionais da Academia de Direito Internacional de Haia (2010). Pesquisadora visitante bolsista de pós-doutorado no Max Planck Institut for Comparative Public Law and International Law (2014).

Doutora em Direito Internacional e Europeu pela Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne (summa cum laude). Mestre em Direito Público Internacional e Europeu pela Université de Paris XI.

*paula.almeida@fgv.br*

V. 12 N. 2
MAI-AGO 2016

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 10.03.2015
Aprovado: 04.04.2016

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201622

# Combate às transferências bancárias ilegítimas pela Internet no direito português: entre as experiências domésticas e políticas globais concertadas

*COMBATING ILLEGITIMATE BANK TRANSFERS THROUGH THE INTERNET IN PORTUGUESE LAW: BETWEEN DOMESTIC EXPERIENCES AND CONCERTED GLOBAL POLICIES*

*Pedro Miguel Alves Ribeiro Correia*[1]
*e Inês Oliveira Andrade de Jesus*[2]

**Resumo**
O estudo que conduziu a este artigo atenta na forma como a lei e o direito português proporcionam mecanismos que permitem levar a cabo políticas de combate às transferências bancárias ilegítimas com recurso à Internet. A abordagem metodológica consistiu não apenas numa análise rigorosa do enquadramento jurídico da questão mas também numa análise estatística de dados correspondentes aos crimes de burla informática e nas comunicações registados pelas autoridades policiais. É apresentada argumentação a favor de que as transferências bancárias ilegítimas com recurso à Internet devam ser consideradas fraudes ao invés de burlas, e são apresentados dados que corroboram a ideia de que, nos próximos cinco a dez anos, este problema se tornará muitíssimo relevante para o sistema judiciário e para a sociedade como um todo. Finalmente, e como parte do esforço em prol de uma política internacional concertada, sugere-se que estudos futuros alarguem a investigação da temática apresentada a outras regiões geográficas, de que é exemplo a América do Sul e, em particular, a países com grande proximidade a Portugal, como é o caso do Brasil.

**Palavras-chave**
Burla informática; transferências bancárias ilegítimas; política de combate; Internet; direito português.

***Abstract***
*The study that led to this article verified how Portuguese law provides mechanisms that allow combat policies on illegitimate bank transfers using the Internet. The methodological approach consisted not only on a rigorous analysis of the legal framework of the issue but also on a statistical analysis of data corresponding to computer and communications fraud crimes registered by the police authorities. It is defended that illegitimate bank transfers through the Internet should be considered a fraud instead of a swindle, as well as presented data supporting the idea that, in the next five to ten years, this problem will become extremely important for the judiciary and for society as a whole. Finally, and as part of the effort for a concerted international policy, it is suggested that future studies extend the research themes here presented to other geographical regions, of which South America is an example and, in particular, to countries with close proximity to Portugal, as is the case of Brazil.*

***Keywords***
*Computer fraud; illegitimate bank transfers; combat policy; Internet; Portuguese law.*

**1** Universidade de Lisboa
Lisboa - Portugal

**2** Universidade de Lisboa
Lisboa - Portugal

BY-NC

## Introdução

Não obstante os benefícios proporcionados diariamente aos indivíduos das sociedades ocidentalizadas, a sociedade de informação levanta desafios e temores relevantes à segurança e privacidade dos indivíduos (a este respeito ver, por exemplo, Correia e Jesus, 2013; 2014). Na verdade, uma das desvantagens que esta nova sociedade de informação acarreta é, precisamente, a vulnerabilidade dos sistemas e das redes informáticas que a suportam.

Um dos exemplos, particularmente dramático, dessa vulnerabilidade materializa-se nas transferências bancárias pela Internet à revelia dos titulares das contas.

O acesso às contas bancárias através da Internet é um serviço que os bancos passaram a prestar há relativamente pouco tempo (*on line banking*) (FILIPKOWSKI, 2008). Convém clarificar que o termo *e-banking* designa os "bancos virtuais", ou seja, os "bancos que apenas existem na Internet e que não têm balcões em local algum", e que é a expressão *home banking* que concretiza o "acesso por via informática a contas e movimentos em bancos tradicionais" (VERDELHO, 2003, p. 350).

Para Maria Raquel Guimarães, o *home banking* ou banco ao domicílio "veio revolucionar a conceção clássica do modo de funcionamento das instituições bancárias, permitindo aos seus clientes realizar as operações tradicionalmente levadas a cabo nos balcões das suas sucursais nos seus próprios domicílios ou escritórios, com a consequente descentralização dos serviços prestados" (GUIMARÃES, 1999, p. 41-42). Esta autora afirma ainda que

> em todos os sistemas de *home banking* o utilizador tem a possibilidade de realizar operações bancárias em tempo real, na medida em que tem acesso direto ao computador do seu banco, que imediatamente debita ou credita a conta do seu cliente, consoante o sentido das ordens emitidas por este [...] a segurança destes serviços é normalmente garantida através da existência de várias combinações numéricas do conhecimento exclusivo do utilizador, que funcionam como códigos secretos de acesso ao sistema, e que terão que ser marcados no teclado do equipamento utilizado para comunicar com a instituição bancária respetiva [...] no entanto, estes dispositivos de segurança revelam-se por vezes insuficientes, principalmente quando é utilizada uma rede de telecomunicações, na medida em que não é impossível a um terceiro intercetar uma comunicação deste tipo e decifrar os códigos marcados, para posteriormente aceder ao sistema. (GUIMARÃES, 1999, p. 43-44).

Por seu turno, para Rita Coelho Santos, "o '*home banking*' consiste no serviço à distância, prestado por instituições bancárias, que permite aos clientes efetuar, eletronicamente, transferências patrimoniais (entre contas bancárias), a partir de sua casa, mediante o estabelecimento de uma ligação telefônica, via *modem*, entre o seu computador pessoal e o terminal da respetiva entidade financeira" (SANTOS, 2005, p. 195-196). No seguimento, a autora conclui que estes serviços, "a que se acede através de um código de acesso secreto", podem "conduzir a situações

de verdadeira delapidação patrimonial": "são cada vez mais numerosos os casos de 'pirataria informática', caracterizada pelo acesso, mediante apropriação ilegítima da '*password*' alheia, a uma conta bancária de terceiro, a partir da qual se operam transferências eletrónicas de fundos" (SANTOS, 2005, p. 195-196).

Por norma, os burlões informáticos enviam *e-mails* em nome do banco a solicitar dados bancários (*phishing*), nomeadamente, o código de acesso à conta bancária pela Internet, e efetuam, depois disso, transferências monetárias sem a autorização dos titulares das contas. No entanto, em alguns casos, os piratas conseguem mesmo entrar diretamente no acesso à conta pela Internet (*hacking*) (WODA, 2006). Note-se que, nestes casos, as transferências são operadas pelos sistemas bancários legais, havendo, porém, sistemas paralelos e ilegais, como o Hawala (WODA, 2006).

A Internet, oferecendo, designadamente, o anonimato, a celeridade das transações e a possibilidade de atividades transfronteiriças (FILIPKOWSKI, 2008), é o palco ideal para comportamentos ilícitos. As transferências bancárias pela Internet tornaram-se o mecanismo preferido dos agentes criminosos, uma vez que, a par das referidas vantagens, aliam a dificuldade de controlo ao grande número de operações diárias, assim como a falta de uniformidade dos regimes legais à facilidade de blindagem dos dados e à capacidade de obscurecer o usufruto das quantias transferidas (HUGHES, 1992).

Importa, pois, atentar na forma como a lei e o direito proporcionam mecanismos que permitem levar a cabo políticas de combate a estas ilicitudes. Este artigo fez incidir o seu foco no caso de estudo português.

## 1 Materiais e métodos

A forma como, neste artigo, o tema das transferências bancárias ilegítimas pela Internet foi tratado seguiu duas abordagens metodológicas distintas.

A primeira dessas abordagens consistiu numa análise rigorosa do enquadramento jurídico desta questão à luz do direito português: um caso de estudo. Neste caso de estudo, é dado particular relevo à discussão se este tipo de atividade ilícita deve ser classificada como burla, como é atualmente o caso.

Esta metodologia foi complementada por uma segunda, que se materializou uma análise estatística (descritiva, mas também projetiva) de dados associados aos crimes registados pelas autoridades policiais (Polícia Judiciária, Polícia de Segurança Pública, Guarda Nacional Republicana, Autoridade de Segurança Alimentar e Econômica, Polícia Marítima, Polícia Judiciária Militar, Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, e Autoridade Tributária e Aduaneira), em Portugal, com particular destaque para os processos correspondentes ao crime de burla informática e nas comunicações. Foram analisados dados estatísticos referentes a este tipo de crimes entre os anos de 1998 a 2015, inclusive.

Os dados que serviram de base à análise estatística apresentada neste trabalho (bem como

muitíssimos outros dados sobre o sistema judiciário português) foram recolhidos, tratados e disponibilizados a título gratuito pela Direção-Geral da Política de Justiça, do Ministério da Justiça de Portugal, e podem ser encontrados em: www.siej.dgpj.mj.pt.

## 2 Resultados

### 2.1 Enquadramento jurídico português: aspetos gerais

No direito português (PORTUGAL, 2015), estas transferências bancárias não consubstanciam crimes de furto (artigo 203º do Código Penal), abuso de confiança (artigo 205º do Código Penal) ou roubo (artigo 210º do Código Penal). Na verdade, as quantias monetárias transferidas não encaixam no conceito de coisa móvel, não se preenchendo, por isso, os tipos patrimoniais clássicos referidos.

O furto, o abuso de confiança e o roubo exigem, com efeito, a subtração ou a apropriação de uma coisa móvel. Ora, a moeda escritural, objeto da transferência bancária, não é uma coisa que pode, por natureza, ser subtraída ou apropriada. Trata-se de uma forma de moeda impalpável, intocável e intangível, concretizada em dados informáticos com valor econômico. Na verdade, "o patrimônio já não se esgota no domínio das coisas corpóreas ou materializáveis, fungíveis ou não": "a *res* volatizou-se" (SANTOS, 2005, p. 21-22).

Note-se que as transferências bancárias ilegítimas pela Internet também não preenchem o tipo legal de burla, segundo o qual (artigo 217º, n. 1, do Código Penal) "quem, com intenção de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo, por meio de erro ou engano sobre factos que astuciosamente provocou, determinar outrem à prática de atos que lhe causem, ou causem a outra pessoa, prejuízo patrimonial é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa" (PORTUGAL, 2015).

Atentando nos casos em que os burlões enviam um *e-mail* a pedir os dados bancários do titular da conta e, depois de saberem o código de acesso à conta bancária através da Internet, transferem uma quantia monetária sem a sua autorização, verifica-se que o elemento típico consistente na prática, pelo burlado, de atos causadores de prejuízo patrimonial não está preenchido. Na verdade, o *e-mail* enviado sob a capa do banco pode ser considerado como um facto provocado astuciosamente. Além disso, o titular da conta é efetivamente induzido em erro por esse *e-mail*. No entanto, não é a cedência do código de acesso pelo titular, mas antes a transferência pelo burlão que provoca o prejuízo patrimonial. Logo, o crime de burla não se mostra completo. Pode ainda afirmar-se que os computadores não são suscetíveis de erro ou engano, uma vez que essa é uma característica especificamente humana.

O crime de burla surgiu para penalizar as formas de captação do alheio através de meios ardilosos. Em face da utilização dos computadores e da Internet, o legislador sentiu necessidade de introduzir um novo tipo de crime: o crime de burla informática (artigo 221º, n. 1, do Código Penal). Não é difícil, portanto, entender o acesso ilegítimo a contas bancárias

através da Internet e as transferências de dinheiro realizadas por esse meio à revelia dos titulares das contas como preenchendo o referido crime (PORTUGAL, 2015).

### 2.2 Enquadramento jurídico português: aspetos históricos

O problema da delinquência informática foi abordado, pela primeira vez, no Projeto da Comissão de Revisão do Código Penal, em 1990. A ata n. 39 da Comissão de Revisão relata o debate sobre o tema (PORTUGAL, 1993).

Figueiredo Dias, que iniciou a discussão com "a questão fundamental (e prévia) sobre a qual a Comissão teria que tomar posição" – a criação ou não, no Código Penal, de tipos de crimes informáticos, defendeu, primeiramente, "que a criminalidade informática deveria ser objeto de uma lei especial, não devendo ser prevista pelo Código qualquer nova incriminação neste domínio" (PORTUGAL, 1993, p. 453). José Manuel Meirim, portador da posição do Procurador-Geral da República, Manso Preto e Costa Andrade pronunciaram-se no mesmo sentido, entendendo que os crimes informáticos deveriam constar de legislação extravagante. Lopes Rocha e Ferreira Ramos, seguindo o mesmo entendimento, destacaram o facto de esta matéria integrar o direito penal econômico, pelo que não deveria ser incluída no Código Penal, mas consagrada em lei especial. Sousa e Brito, por seu turno, entendeu que existia "um tipo suficientemente esclarecido para merecer a inclusão no Código – a burla informática" (PORTUGAL, 1993, p. 453). No seguimento deste entendimento, sublinhou-se que "na atual Reforma foi aceite como política orientadora a não necessidade extrema de inserir no Código toda a incriminação de mancha de não punibilidade existente", adotando-se "a via da convivência do Código Penal com legislação penal avulsa", e apelou-se a "um debate alargado, inclusive na sede própria, Assembleia da República", uma vez que as instâncias políticas devem estar cientes da "necessidade de intervenção legislativa neste domínio" (PORTUGAL, 1993, p. 453-454). Após esta primeira discussão, Figueiredo Dias concluiu que o Código Penal não deveria conter "articulados esgotantes sobre a criminalidade informática", que "esta decisão deve ser comunicada às instâncias políticas dado haver toda a vantagem (e mesmo urgência) em que se preparem as medidas legislativas necessárias" e que "houve uma sugestão para integrar a burla informática nos crimes patrimoniais" (PORTUGAL, 1993, p. 454).

Na segunda fase do debate, o mesmo Figueiredo Dias "manifestou que não se oporia à consagração da burla informática" e lançou a discussão sobre a "questão da receção" deste tipo de crime (PORTUGAL, 1993, p. 455). Sousa e Brito, que propôs a inclusão da burla informática no Código Penal, "observou que ao recolher este tipo não o faz no quadro da criminalidade informática, mas sim como uma espécie de burla, para a qual não existe incriminação ao contrário do que já ocorre quer na Alemanha quer na Áustria" (PORTUGAL, 1993, p. 455).

A comissão acabou por consagrar este tipo de crime no Código Penal.

### 2.3 Crime de burla informática: um problema de enquadramento jurídico?

A Lei n. 109/91, de 17 de agosto, Lei da Criminalidade Informática, aprovada em 1991,

acolheu os principais ilícitos informáticos, mas deixou de fora o crime de burla informática (PORTUGAL, 1991). Este crime só viria a ser previsto em 1995 no Código Penal (PORTUGAL, 1995). Em 2009, a grande reforma legislativa que culminou com a aprovação da Lei n. 109/2009, de 15 de setembro, Lei do Cibercrime (PORTUGAL, 2009), não contemplou este tipo de crime, que continua no Código Penal, com a mesma previsão típica.

Na verdade, o artigo 2º, alínea 1, da Lei n. 35/94, de 15 de setembro, que autorizava o governo a rever o Código Penal, estabelecia o objetivo de "introduzir novos tipos de crime, face à revelação de novos bens jurídicos ou de novas modalidades de agressão ou de perigo ou à necessidade de respeitar compromissos internacionais assumidos ou em vias de o serem, como [...] a burla informática" (PORTUGAL, 1994). Ora, este tipo de ilícito foi efetivamente introduzido pela reforma de 1995, levada a efeito pelo Decreto-Lei n. 48/95, de 15 de março. Este diploma legal apresentou "um conjunto significativo, se bem que limitado, de propostas de neocriminalização", como a burla informática, e destacou a opção de "deixar fora do Código Penal a punição de muitas condutas cuja dignidade penal é hoje já pacífica e consensual, mas que razões de técnica legislativa aconselham que constituam objeto de legislação extravagante" (PORTUGAL, 1995), como é o caso da criminalidade informática. Com a reforma de 1998, levada a cabo pela Lei n. 65/98, de 2 de setembro, o artigo 221º, que tinha como epígrafe burla informática e previa no n. 1 este tipo de ilícito, foi epigrafado de burla informática e nas comunicações, sendo adicionado um n. 2 para consagrar este último tipo de burla (PORTUGAL, 1998).

A Lei da Criminalidade Informática, que viria a ser aprovada em 1991, não acolheu o crime de burla informática, um tipo indiscutivelmente informático (PORTUGAL, 1991). Este tipo só seria consagrado no Código Penal, em 1995, apesar do preâmbulo do diploma da reforma se inclinar para a inclusão fora do mesmo (PORTUGAL, 1995). Esta inserção tem gerado uma grande discussão na doutrina, havendo opiniões contra e a favor. Contudo, parecem avolumar-se os argumentos que indiciam que a inserção da burla informática no Código Penal foi um erro do legislador, mantido até aos dias de hoje.

Durante aproximadamente quatro anos, não existiu qualquer norma incriminadora para as manipulações informáticas com repercussões patrimoniais. Além disso, de 1995 em diante, a burla informática, ao ser inserida no Código Penal, não ficou sujeita ao regime geral de responsabilidade das pessoas coletivas e equiparadas. Isto implicou, pelo artigo 11º do Código Penal então em vigor (PORTUGAL, 1995), a exclusão dessa responsabilidade. Apesar de o artigo 11º do Código Penal ter sido alterado pela Lei n. 59/2007, de 4 de setembro (PORTUGAL, 2007), anulando as críticas relativamente ao diferente regime de responsabilidade dos crimes informáticos, realce-se que este regime permaneceu inalterado durante doze anos. Até 2007, a responsabilidade das pessoas coletivas e equiparadas estava excluída, pelo que havia uma grande falha na punibilidade da burla informática e uma incongruência e desadequação das leis penais. Podemos até afirmar que a inserção "desatenta" da burla informática no Código Penal provocou "cisões arbitrárias" no ordenamento penal português (MENDES, 2003, p. 396).

Já em 1990, a Comissão de Revisão do Código Penal apontava para a criação de uma lei especial para os crimes informáticos (PORTUGAL, 1993). No entanto, foi defendido que a chamada burla informática deveria ser inserida no Código Penal, uma vez que era uma "espécie de burla", mas esta exceção carece de fundamento, pois, como se irá demonstrar de seguida, a burla informática não deve ser considerada como uma subespécie desse crime basilar.

### 2.4 Crime de burla informática: enquadramento alternativo

É importante notar que a burla informática, para além de ser um crime informático, é um crime pertencente ao direito penal econômico, pelo que faria todo o sentido a sua consagração num diploma avulso e com um regime de responsabilidade penal dos entes coletivos. Na verdade, é compreensível a posição de Lopes Rocha quando defende que

> a burla informática, como os restantes crimes informáticos, é frequentemente obra de agentes que pertencem à categoria criminológica do *col blanc* ou do *white-collar*, cujos comportamentos não raro se desenvolvem no interior das sociedades e empresas, enquanto seus órgãos ou representantes, atuando em nome delas e no interesse coletivo. (ROCHA, 1993, p. 70).

Por outro lado, tal como foi referido, a razão apontada para a inserção da burla informática no Código Penal prende-se com o facto de esta ser uma "espécie de burla". No entanto, a burla informática não é uma verdadeira burla, uma vez que não segue o *iter criminis* da burla clássica nem adota os seus elementos essenciais. Isto porque a burla informática não contempla a astúcia, o erro ou engano e a prática de atos pelo burlado, exigidos na burla tradicional. A ideia de que a burla informática não constitui uma verdadeira burla é reforçada pelo teor dos trabalhos preparatórios da reforma de 1995 do Código Penal (PORTUGAL, 1995), e o próprio desenho legal da burla informática evidencia que não se está perante uma verdadeira burla. Apesar do *nomen iuris*, da inserção sistemática, do bem jurídico protegido e da moldura penal apontarem para a qualificação da burla informática como uma "espécie de burla", reitera-se que não se trata de uma burla em sentido próprio e técnico. O mesmo é dizer que o crime de burla informática traz muitas especificidades que o descaracterizam totalmente como uma espécie de burla, não devendo ser assim qualificado.

Este entendimento é defensável, não obstante o bem jurídico protegido ser, primacialmente, o patrimônio. Este, apesar de ser o bem jurídico protegido em primeira linha, não é o único a ser tutelado: a burla informática também protege o regular funcionamento dos sistemas e das redes informáticas.

A própria denominação do ilícito não é a mais correta. Deveria ter-se acolhido a designação: fraude informática. Esta mesma designação foi reiterada na Convenção sobre Cibercrime, recentemente ratificada por Portugal e que dá corpo à nova Lei do Cibercrime (PORTUGAL,

2009). Não só a designação de fraude informática seria mais sensata, como este tipo de crime estaria melhor enquadrado nesta recente lei.

### 2.5 Crime de burla informática: detalhes e especificidades

A burla informática é um novo tipo de crime que, por isso mesmo, não se coaduna com a designação de "espécie de burla". Entre a burla e a burla informática não poderá haver nenhuma relação de especialidade, uma vez que a burla informática não acolhe os elementos típicos essenciais da burla tradicional. Com efeito, nas relações de especialidade, o tipo especial espelha o tipo fundamental, contendo um elemento adicional que o especializa. Ora, na burla informática, o que temos são elementos totalmente inovadores.

Seja como for, a burla informática adota o nome de burla e está no Código Penal no título respeitante aos crimes contra o patrimônio. Entrando na caracterização propriamente dita do crime de burla informática plasmado no artigo 221º, n. 1, do Código Penal (PORTUGAL, 2015), e começando pelo bem jurídico protegido, saliente-se que a generalidade da doutrina portuguesa defende que o bem jurídico protegido é o patrimônio. O crime de burla informática, previsto nesse mesmo artigo do Código Penal, está inserido no Título II da Parte Especial, que acolhe os crimes contra o patrimônio, e dentro deste Título, no Capítulo III, que reúne os crimes contra o patrimônio em geral. Daí deriva a tendência para considerar o patrimônio globalmente considerado como o bem jurídico protegido. Quanto à noção de patrimônio entenda-se, para efeitos desta discussão, o "conceito jurídico-penal": "[...] conjunto de todas as 'situações' e 'posições' com valor econômico, detidas por uma pessoa e protegidas pela ordem jurídica ou, pelo menos, cujo exercício não é desaprovado por essa mesma ordem jurídica", e "[...] merecedoras de tutela à luz da particular teleologia do direito criminal" (COSTA, 1999, p. 279-282).

Porém, este tipo de crime também visa tutelar um interesse coletivo. O crime de burla informática protege não só o patrimônio, mas também o regular funcionamento dos sistemas e das redes informáticas. Este entendimento também tem sido defendido por alguma jurisprudência (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 30-3-2000, processo 00P3101, Rel. Leal Henriques; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 14-7-2004, processo 04P3287, Rel. Santos Carvalho; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 6-10-2005, processo 05P2253, Rel. Simas Santos; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 3-5-2007, processo 10042/06-5, Rel. Ana Sebastião). Efetivamente, "existem normas relativamente às quais, não obstante a sua localização sistemática, se reconhece protegerem bens jurídicos diversos daqueles que identificam a sua concreta integração no Código Penal" (SANTOS, 2005, p. 217). Além disso, "poderá um só tipo legal proteger 'especialmente', mais do que um bem jurídico" (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 6-10-2005, processo 05P2253, Rel. Simas Santos, p. 10). Logo, não é de estranhar que as novas tecnologias também sejam tuteladas pelo preceito em análise.

Na verdade, as transferências bancárias ilegítimas pela Internet visam dados informáticos com valor patrimonial, designadamente, as novas formas de moeda escritural e eletrônica. Os

dados informatizados com valor econômico são, assim, o novo bem jurídico e o novo objeto do crime, imaterial e de tipo informático.

A norma do artigo 221º, n. 1, do Código Penal (PORTUGAL, 2015), prevê um crime comum, pelo que "pode ser cometido por qualquer pessoa, não obstante a sua prática encontrar-se socialmente referenciada a indivíduos com particulares conhecimentos técnicos" (SANTOS, 2005, p. 239). Carlos Gameiro, entendendo que a figura dos "piratas informáticos" traz associada alguma experiência e investimento na área tecnológica, defende que "agressores com conhecimentos técnicos limitados" também podem "efetivar ataques cada vez mais bem-sucedidos", pois "estão disponibilizadas muitas ferramentas com fácil consulta e execução" (GAMEIRO, 2007, p. 130). Também Jaime Fernandes afirma que "podem ser suficientes conhecimentos rudimentares de informática"; para além disso,

> se é certo serem a maioria dos sujeitos ativos destes crimes oriundos ou relacionados com o próprio ambiente em que a fraude decorre [...], não é menos verdade que a utilização da informática, com a suscetibilidade que proporciona de manipulação de dados à distância, pode fazer surgir situações criminais em que o agente seja absolutamente estranho ao mesmo. (FERNANDES, 1990, p. 49).

Afigura-se como razoável a posição de que os burlões informáticos possuem, na sua maioria, conhecimentos técnicos aprofundados, não só para praticarem o ilícito, mas também para limparem o rasto do mesmo. Na realidade, o processo das fraudes é camuflado e os criminosos dificilmente são identificados. Não obstante, o desenho legal do ilícito permite o seu cometimento por qualquer pessoa, pelo que o crime em análise é, indiscutivelmente, um crime comum.

Nos termos do artigo 13º e do artigo 221º do Código Penal (PORTUGAL, 2015), a burla informática é um crime doloso, não admitindo punição a título de negligência. Além disso, é um crime intencional, que exige a verificação de uma intenção específica de enriquecimento ilegítimo. Isso mesmo está bem explanado num aresto do Tribunal da Relação de Lisboa (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 24-1-2007, processo 5990/2006-3, Rel. Pedro Mourão). Quanto ao enriquecimento, este "pode traduzir-se num aumento patrimonial, na diminuição de débitos ou na poupança de despesas" (SANTOS, 2005, p. 266). Joana Rita Ferreira acrescenta que o enriquecimento ilegítimo corresponde "objetiva ou subjetivamente a qualquer direito" (FERREIRA, 2001, p. 53). Saliente-se, não obstante, que a norma incriminadora prescreve a intenção de enriquecimento ilegítimo, mas não exige a verificação de um efetivo enriquecimento para a consumação do crime, pelo que este se considera perpetrado no momento em que ocorre o prejuízo patrimonial. A burla informática é, por isso, um crime de resultado parcial ou cortado. Este é também o entendimento da jurisprudência portuguesa (Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, 15-5-2002, processo 1318/02, Rel. Barreto do Carmo; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 20-9-2006,

processo 06P1942, Rel. Henriques Gaspar; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 24-1-2007, processo 5990/2006-3, Rel. Pedro Mourão; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 5-11-2008, processo 08P2817, Rel. Henriques Gaspar).

Na realidade, a burla informática é um crime de dano, que pressupõe a efetiva lesão do patrimônio, e um crime material ou de resultado, que exige a verificação de um prejuízo patrimonial. Este entendimento tem sido frequentemente expresso, em Portugal, na jurisprudência (Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, 15-5-2002, processo 1318/02, Rel. Barreto do Carmo; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 24-1-2007, processo 5990/2006-3, Rel. Pedro Mourão; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 5-11-2008, processo 08P2817, Rel. Henriques Gaspar).

Por conseguinte, as vítimas deste crime são as pessoas que suportam tal prejuízo, podendo coincidir ou não com a entidade titular do sistema informático. Há um atentado direto ao patrimônio: o agente utiliza o material informático para executar o crime, sem a mediação de outra pessoa em estado de erro ou engano. Isso mesmo está explicado num aresto do Tribunal da Relação de Coimbra (Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, 15-5-2002, processo 1318/02, Rel. Barreto do Carmo). Assim, na burla informática, não há qualquer artifício fraudulento, uma vez que o crime é perpetrado por intermediação de um sistema informático que, como é óbvio, não se consegue enganar. Só os seres humanos são suscetíveis de engano, pelo que não é coerente atribuir essa suscetibilidade a uma máquina.

Saliente-se, adicionalmente, que o crime em análise é de execução vinculada. Na verdade, a norma incriminadora procede a uma enumeração dos modos de cometimento do ilícito. No entanto, a cláusula geral inserta no final dá aos modos previstos um carácter meramente exemplificativo. Logo, o meio informático é vinculado, mas o modo de comissão fica na discricionariedade do agente. Isso mesmo está plasmado em vários arestos (Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, 15-5-2002, processo 1318/02, Rel. Barreto do Carmo; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 16-3-2004, processo 9743/2003-5, Rel. Pulido Garcia; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 12-7-2006, processo 06P2032, Rel. Santos Cabral; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 20-9-2006, processo 06P1942, Rel. Henriques Gaspar; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 5-12-2007, processo 07P3864, Rel. Santos Monteiro; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 5-11-2008, processo 08P2817, Rel. Henriques Gaspar).

Por outro lado, a corrente doutrinal segundo a qual a interferência no resultado de tratamento de dados é a consequência necessária dos modos de execução do crime descritos na norma, e não uma das formas de comissão do crime afigura-se como sustentável. Na realidade, a estruturação incorreta de programa informático, a utilização incorreta ou incompleta de dados, a utilização de dados sem autorização e a intervenção por qualquer outro modo não autorizada no processamento são as formas de cometimento do crime que levam à interferência no resultado de tratamento de dados. Esta interferência não é um modo de perpetrar o ilícito, a par com as outras formas, mas o corolário dessas formas. Este entendimento parece ser

adotado pelo Supremo Tribunal de Justiça quando afirma que "a perspetiva geral de enquadramento do tipo remete, especificamente, para a interferência e a intromissão ilegítimas, abusivas ou intencionalmente incorretas em dados e/ou programas informáticos" (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20-9-2006, processo 06P1942, Rel. Henriques Gaspar, p. 9; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 5-11-2008, processo 08P2817, Rel. Henriques Gaspar, p. 10).

A primeira modalidade é a estruturação incorreta de programa informático. Esta manipulação do programa informático

> [...] consiste na modificação da totalidade ou de parte das operações lógicas que o integram, por forma a que as novas instruções não coincidam com as inicialmente concebidas pelo seu titular ou determinem resultados não previstos, objetivamente contrários aos fins do respetivo programa [...] pode concretizar-se na sua total ou parcial reestruturação, no aditamento, alteração ou supressão de fases do programa, na introdução de novas instruções (por forma a evitar o exame do sistema de segurança ou a permitir a realização de determinadas operações, contrárias aos comandos do programa original), na alteração das condições de validade do controlo ou na alteração do '*running time*' do programa [...] (SANTOS, 2005, p. 244-245).

Esta autora sublinha que "a referência expressa à 'estruturação incorreta de programa', a par do 'uso de dados incorretos ou incompletos', apenas cumpre uma função de aclaração do texto da norma, pois os programas traduzem-se, igualmente, em um conjunto de dados" (SANTOS, 2005, p. 246).

A segunda modalidade típica de cometimento do crime de burla informática é a utilização incorreta ou incompleta de dados: "[...] pode consistir no aditamento, na alteração ou na supressão de dados, bem como na introdução de dados que deveriam ser submetidos ao tratamento informático ou, não obstante a sua introdução, não são sujeitos à necessária laboração". Os dados incorretos são definidos como "[...] aqueles que não se encontram conformes à verdade, isto é, dados que não traduzem, ou traduzem erroneamente, a realidade dos factos a que respeitam" e os dados incompletos como "[...] aqueles que, não obstante encerrarem um conjunto verdadeiro, não permitem reconhecer, de modo suficiente, a realidade [...] que representam, porquanto não a refletem inteiramente" (SANTOS, 2005, p. 246-247). A autora alerta ainda que "os dados que constituem o objeto da ação do agente podem encontrar-se armazenados no interior do sistema informático ou em memória externa, funcionalmente ligada a determinado sistema informático" (SANTOS, 2005, p. 247-248).

O terceiro modo de execução previsto no artigo 221º, n. 1, do Código Penal (PORTUGAL, 2015) é a utilização de dados sem autorização. Esta "consiste no uso de dados cujo acesso se encontra vedado a terceiros ou em violação dos limites dos poderes de utilização

conferidos, verificando-se um aproveitamento da disponibilidade daqueles para executar operações não permitidas" (SANTOS, 2005, p. 253). Note-se que

> a utilização não autorizada de dados verifica-se nos casos de uso ilegítimo, por terceiro, de "caixas-automáticas", do sistema de "*telebanking*" ou "*home banking*" ou dos designados "*POSs*", através dos quais, mediante a utilização do código de acesso pessoal alheio, se efetua indevidamente um pagamento ou realiza uma transferência monetária, ultrapassando o crédito do titular do cartão, ou o saldo disponível da respetiva conta bancária, consoante as circunstâncias concretas do caso (SANTOS, 2005, p. 256).

A quarta e última modalidade típica de cometimento do crime de burla informática é a intervenção por qualquer outro modo não autorizada no processamento de dados. Rita Coelho Santos volta a frisar que "o legislador" quis "evitar lacunas de punibilidade", introduzindo, por isso, esta "cláusula de segurança" que é "[...] uma fórmula suficientemente ampla, com significado residual, aí se incluindo outras formas de manipulação informática não subsumíveis às previsões alternativas anteriores, ou cuja subsunção resultaria duvidosa, face aos princípios da tipicidade e da segurança jurídica" (SANTOS, 2005, p. 258-259). Algumas condutas que podem ser incluídas nesta cláusula aberta abrangem: "a interferência no processo mecânico do sistema informático (manipulação de consola)" ou "do *hardware*"; "a conduta do agente que aciona uma 'caixa-automática' através de um programa de computador ilegalmente obtido para esse efeito"; "as interferências não autorizadas no sistema informático [...] operadas diretamente ou através de um sistema telemático"; "as interferências no sistema informático que não correspondem à intromissão direta nos dados (expressamente contemplada pela fórmula legal), mas que neles se repercutem, em termos de alterar o resultado que se observaria se não ocorresse a referida manipulação"; "as interferências em sistema telemático que permitam aceder a um determinado sistema informático de tratamento e/ou armazenamento de dados ou que permitam intervir diretamente sobre os dados ('em trânsito'), destinados a integrar determinado sistema informático" (SANTOS, 2005, p. 259-260). Esta autora também chama a atenção para o facto de a Internet poder consistir um meio através do qual é possível interferir, de modo não autorizado, no processamento de dados.

Frise-se que existe uma relação de causa-efeito ou de causalidade: a manipulação informática tem que ser a causa adequada da interferência no resultado de tratamento de dados e esta interferência tem que ser a causa do prejuízo patrimonial. A lei, no desenho típico do crime, prescreve que o agente interfira no resultado de tratamento de dados. Ora, essa interferência só poderá ocorrer na fase de entrada dos dados. As manipulações que ocorram na fase de saída não constituem burlas informáticas, mas sim burlas clássicas.

Quanto à questão da admissibilidade da burla informática por omissão, é meritório o entendimento de que este ilícito pode ser cometido por omissão, desde que sobre o agente

recaia um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar o resultado, nos termos do artigo 10º, n. 2, do Código Penal (PORTUGAL, 2015).

Caso seja possível provar a intenção específica de enriquecimento ilegítimo, o efetivo prejuízo patrimonial e a interferência no resultado de tratamento de dados através de uma das modalidades típicas, o agente pode ser punido, alternativamente, com uma pena de prisão até três anos ou com uma multa. No entanto, como defendido anteriormente, esta norma incriminadora, além de proteger o patrimônio, tutela, de forma colateral, o bom funcionamento dos sistemas e das redes informáticas. Por este motivo, considera-se válido o entendimento que a moldura penal deveria ser alargada.

A burla informática prevista no n. 1 do artigo 221º (PORTUGAL, 2015) é um crime semipúblico. Por conseguinte, o início do procedimento criminal depende da apresentação de queixa do ofendido ou de outra pessoa a quem a lei confira esse direito, nos termos dos artigos 113º a 116º do Código Penal (PORTUGAL, 2015) e do artigo 49º do Código de Processo Penal (PORTUGAL, 2014). Note-se ainda que o n. 3 do artigo 221º (PORTUGAL, 2015) consagra a punibilidade da burla informática na forma tentada e que a norma do n. 5 do artigo 221º (PORTUGAL, 2015) prevê a burla informática qualificada. Uma burla informática qualificada é um crime público, ou seja, o procedimento criminal não está condicionado, na sua tramitação, em momento algum, por atos de outros sujeitos processuais. Assim, o Ministério Público pode promover o processo penal ao abrigo do artigo 48º do Código de Processo Penal. Este entendimento já foi defendido pelo Supremo Tribunal de Justiça (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 24-9-1998, processo 98P556, Rel. Sá Nogueira).

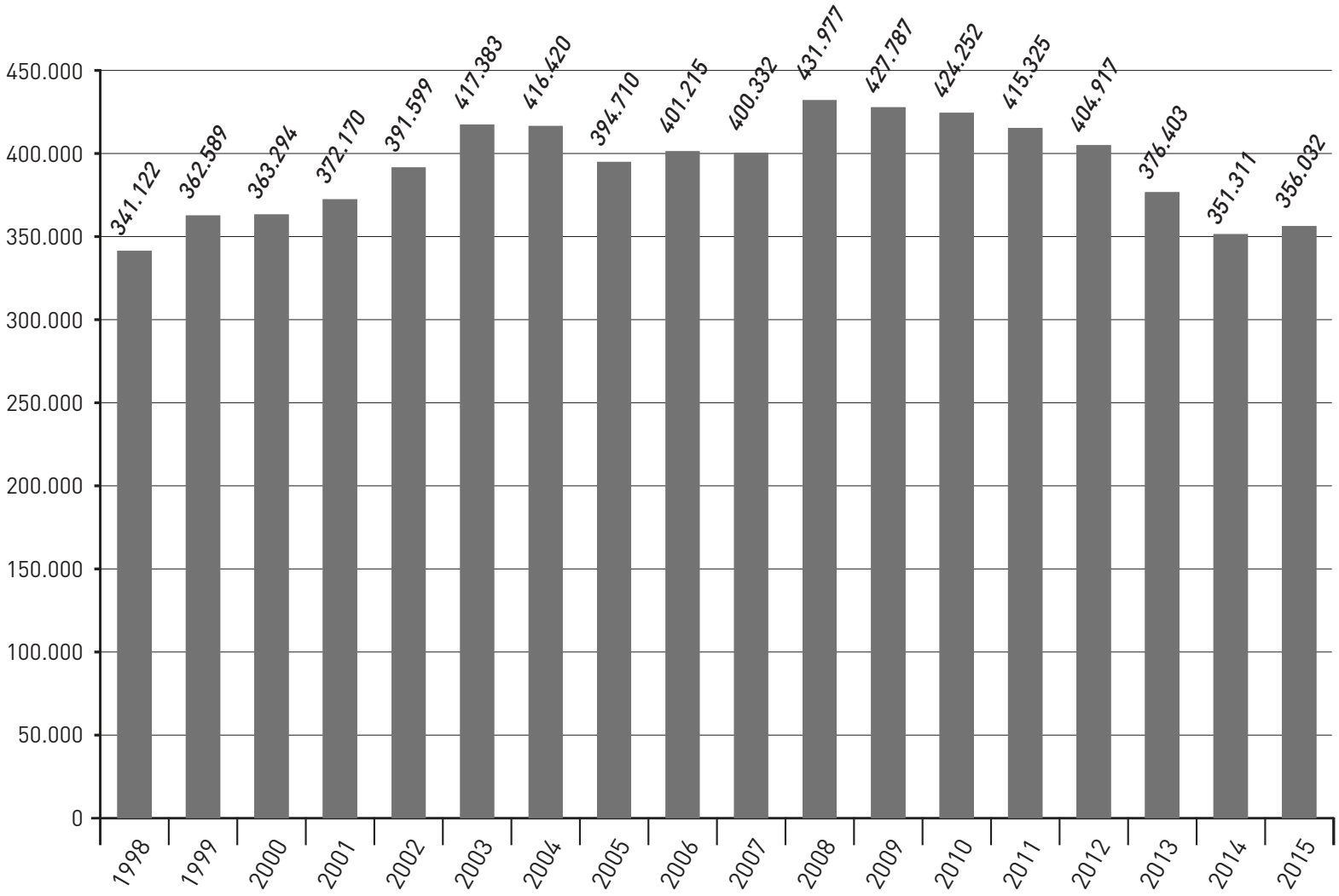
Esta análise dos detalhes e especificidades do preceito em análise termina com a constatação de que o seu último número determina a aplicação do regime plasmado no artigo 206º (PORTUGAL, 2015). Ora, de acordo com este preceito, nos casos de restituição ou reparação, o tribunal pode decretar a extinção da responsabilidade criminal ou a atenuação especial da pena.

### 2.6 Crime de burla informática: potencial bomba relógio com relevo social

A importância e o relevo social de um adequado enquadramento jurídico das transferências bancárias ilegítimas pela Internet tornam-se particularmente notórios quando se observa a evolução dos crimes de burla informática e nas comunicações ao longo dos últimos anos e o potencial impacto que o crescimento deste fenômeno pode acarretar para o funcionamento do sistema judiciário como um todo.

A Figura 1 apresenta a evolução do número de crimes registados pelas autoridades policiais, em Portugal, entre os anos de 1998 e 2015.

FIGURA 1 – **Número de crimes registados pelas autoridades policiais, em Portugal, 1998 a 2015**

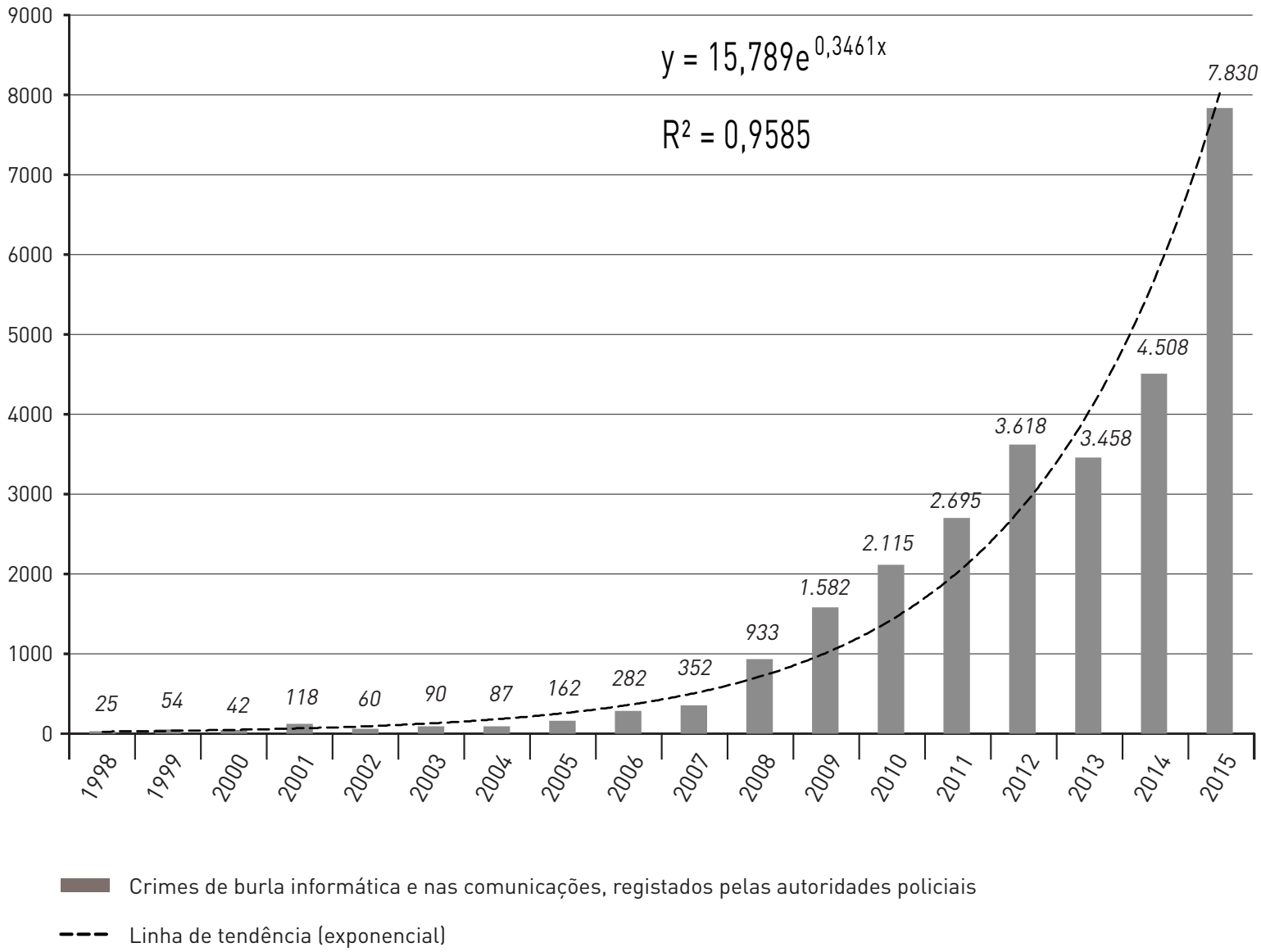



Fonte: elaboração própria com base em dados da Direção-Geral da Política de Justiça, Ministério da Justiça de Portugal.

É possível observar uma tendência para a estabilidade dos valores em que, apesar das flutuações periódicas, se registou um aumento muito moderado de cerca de 4,4% entre os valores correspondentes ao ano de 1998 e os valores correspondentes ao ano de 2015. De facto, face ao máximo registado em 2008, o número de crimes registados, em 2015, diminuiu cerca de 17,6%. Esta diminuição dos crimes registados é uma boa aproximação para o fenômeno de fundo, em curso na sociedade portuguesa ao longo dos últimos 10 anos, e que consiste numa redução gradual mas persistente da criminalidade em geral.

Porém, a realidade associada aos crimes de burla informática e nas comunicações, registados pelas autoridades policiais, no mesmo período, conta uma história bem diferente (Figura 2).

FIGURA 2 – **Número de crimes de burla informática e nas comunicações registados pelas autoridades policiais, em Portugal, 1998 a 2015**



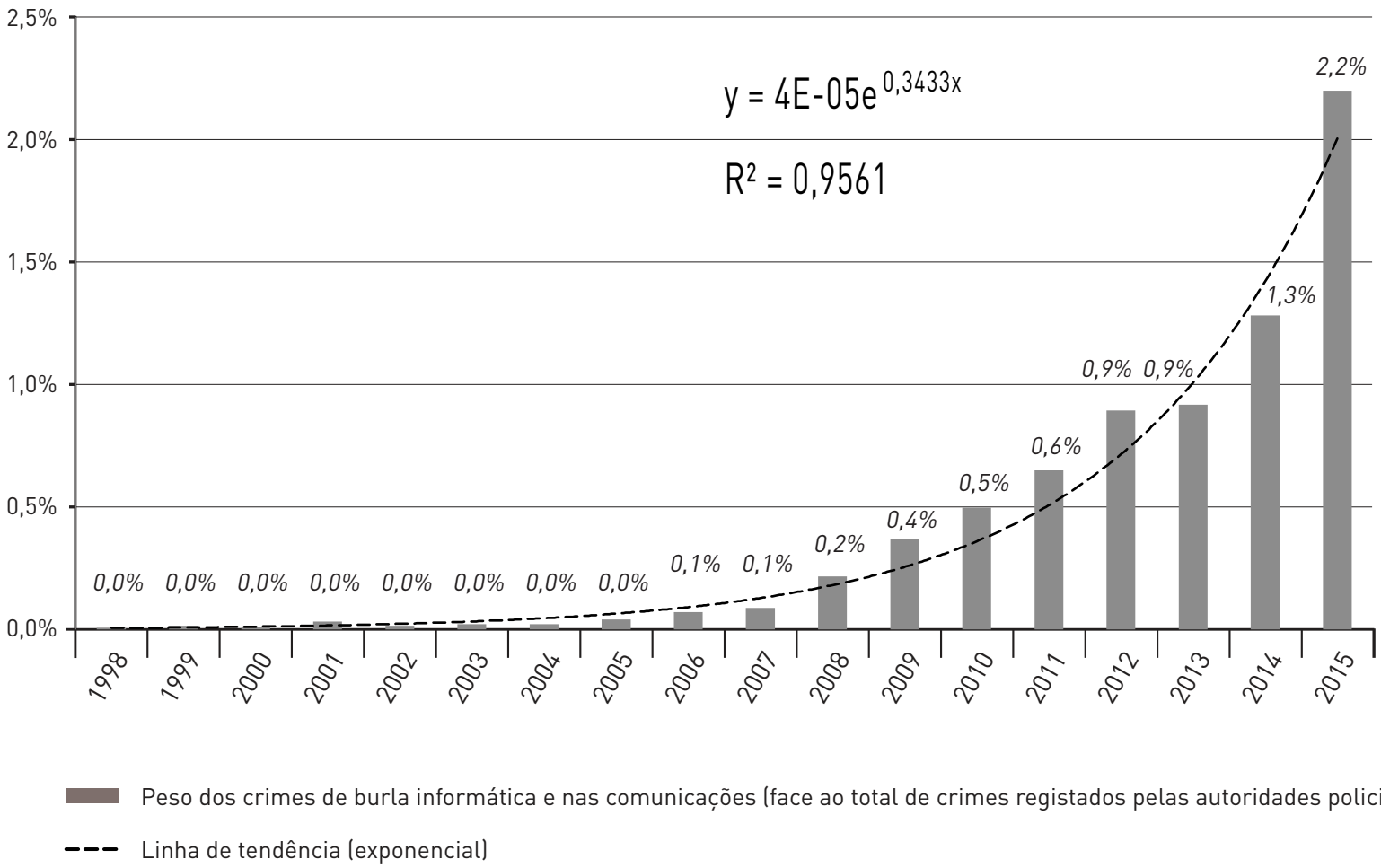

Fonte: elaboração própria com base em dados da Direção-Geral da Política de Justiça, Ministério da Justiça de Portugal.

Apesar de o volume de crimes ser ainda relativamente reduzido, é possível verificar um crescimento muitíssimo intenso deste tipo de crimes ao longo dos últimos anos. O número de crimes de burla informática e nas comunicações registados pelas autoridades policiais, em 2015, foi 312 vezes superior ao valor registado em 1998 (um aumento de 31220%). Este valor ilustra, de forma categórica, o motivo pelo qual o fenômeno é bem aproximado por uma linha de tendência exponencial (algo que é deixado bem claro por um coeficiente de determinação ($R^2$) de 0,9585) associada a um aumento que ronda os 40% ao ano.

A convergência dos fenômenos ilustrados nos gráficos 1 e 2: tendência continuada para o decréscimo da criminalidade geral e tendência para o crescimento explosivo do crime de burla

informática e nas comunicações (respetivamente), redundam num efeito também exponencial de crescimento do peso deste tipo particular de processos (Figura 3).

FIGURA 3 – **PESO DOS CRIMES DE BURLA INFORMÁTICA E NAS COMUNICAÇÕES REGISTADOS PELAS AUTORIDADES POLICIAIS, EM PORTUGAL, 1998 A 2015**




Fonte: elaboração própria com base em dados da Direção-Geral da Política de Justiça, Ministério da Justiça de Portugal.

Este aumento de peso pode facilmente ser entendido como um aumento da relevância social das questões associadas à burla informática e nas comunicações, como é o caso das transferências bancárias ilícitas pela Internet. De um valor infinitesimal e perfeitamente negligenciável, em 1998, passou-se a um valor mensurável de 2,2% em 2015. Apesar de, em termos absolutos, o aumento ser nominalmente reduzido (aumento de 2,2 pontos percentuais), em termos relativos trata-se de um aumento que ronda os 30008,4%. Este valor pode ser entendido como uma medida do ganho de importância que o problema assumiu na sociedade portuguesa contemporânea.

## Discussão e conclusões

Nas transferências bancárias pela Internet à revelia dos titulares das contas, o agente, com a intenção de obter uma vantagem patrimonial ilegítima, prejudicando o titular da conta, interfere no resultado de tratamento de dados através da utilização de dados bancários sem autorização, pelo que se preenche o crime de burla informática.

A doutrina portuguesa pouco tem abordado estas novas formas de defraudar o patrimônio alheio. Para a jurisprudência, este tipo de crime não é totalmente desconhecido. Na realidade, o Tribunal da Relação de Coimbra já foi chamado a pronunciar-se sobre a legalidade do levantamento do sigilo bancário no caso de transferências bancárias ilegítimas pela Internet (Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, 2-6-2009, processo 325/08.7JALRA-A.C1, Rel. Fernando Ventura). O tribunal, numa perspetiva de ponderação dos interesses conflituantes, decidiu que o banco terá que revelar a identificação dos titulares da conta e os movimentos ulteriores à transferência. Na página três desse mesmo aresto, o Tribunal da Relação de Coimbra defende que o crime de burla informática atinge "a sua consumação com o crédito na conta beneficiária da transferência".

No ordenamento jurídico-penal português, a burla informática é um crime econômico que usa as novas tecnologias de informação e comunicação. É um crime econômico, porque encaixa no perfil da criminalidade económica. E é um crime informático, na exata medida em que usa a informática no cometimento do facto ilícito.

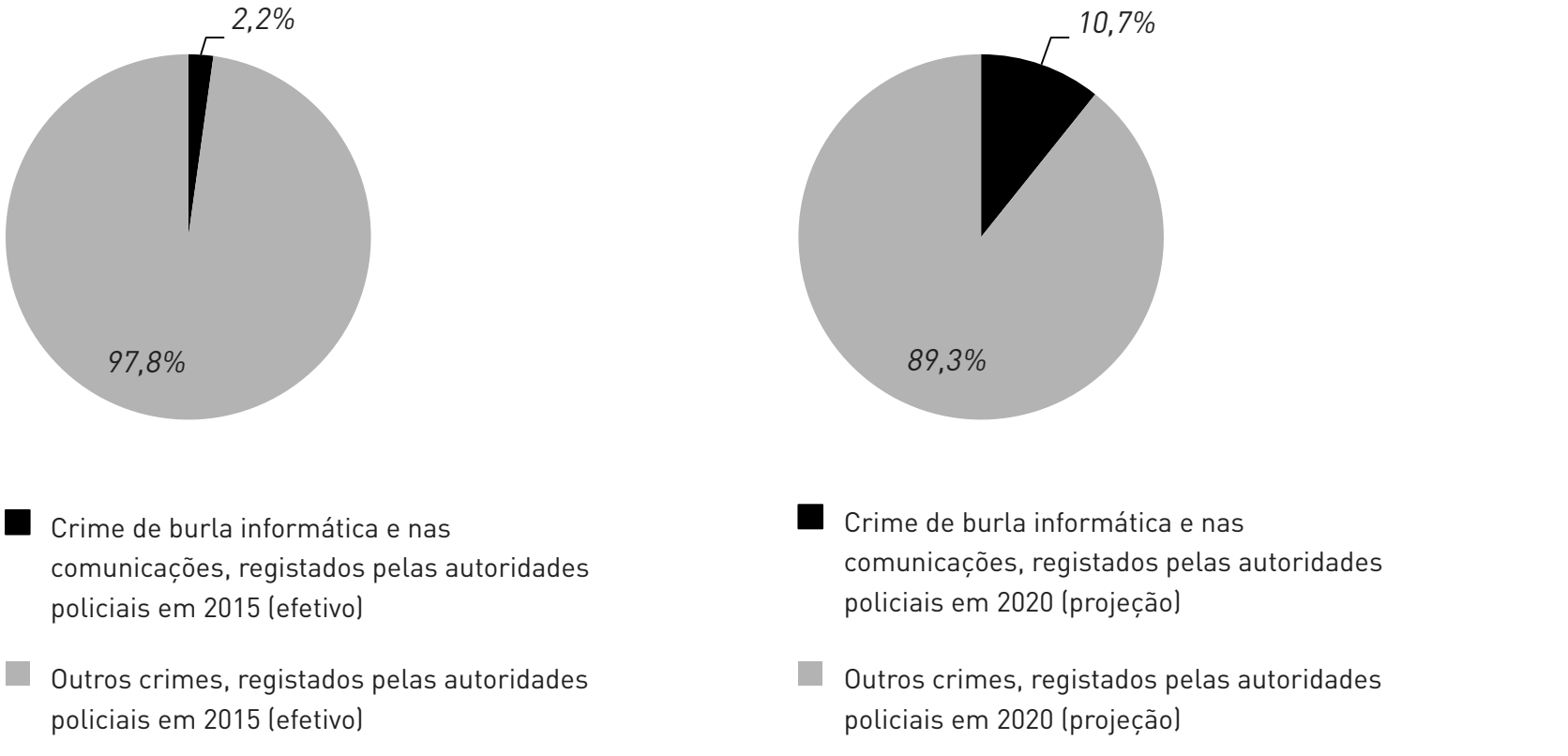
É defensável que este crime deveria ter sido incluído na Lei da Criminalidade Informática, em 1991 (PORTUGAL, 1991), e que deveria estar, atualmente, na Lei do Cibercrime (PORTUGAL, 2009). Também é sustentável que este mesmo crime deveria ser identificado com a figura da fraude, ao invés de ser denominado de burla, uma vez que não acolhe os elementos deste tipo clássico, não constituindo uma burla em sentido próprio.

Não obstante, em Portugal, a burla informática foi inserida no Código Penal (PORTUGAL, 2015) como uma "espécie de burla". É este o quadro legal em vigor, tendo sido o objeto do estudo apresentado neste artigo. É possível interpretar a previsão legal constante do n. 1 do artigo 221º do Código Penal, respeitante à burla informática e nas comunicações (PORTUGAL, 2015), como protetora do patrimônio, mas também do regular funcionamento dos sistemas e das redes informáticas. É de sublinhar que o patrimônio, que é o bem jurídico e o objeto do crime, é incorpóreo e intangível, uma vez que se concretiza em dados informatizados com valor econômico. De acordo com a norma incriminadora, a burla informática é um crime comum, doloso e intencional. Além disso, é um crime de dano, material ou de resultado parcial ou cortado, e de execução vinculada. Mais ainda, há uma relação de causalidade entre a manipulação informática e a interferência no resultado de tratamento de dados e entre esta interferência e o prejuízo patrimonial: a consumação dá-se com o crédito na conta beneficiária da transferência.

Conclui-se, pois, que não há erro ou engano nem qualquer artifício fraudulento que levem a atos causadores de prejuízo por parte da vítima e que possam levar a considerar que esta foi burlada.

Ao problema do enquadramento jurídico adequado, acresce a questão do peso crescente deste tipo de atividades ilegais. Usando a tendência identificada na evolução do peso relativo dos crimes de burla informática e nas comunicações no total de crimes registados pelas autoridades policiais (Figura 3), e assumindo um cenário conservador (isto é, um cenário em que, ao contrário do que se verificou entre 2008 e 2015, o número total de crimes registados, se mantém constante em vez de decrescer), é possível efetuar uma projeção do peso que este tipo de crimes representará num futuro não muito distante. A análise da Figura 4 permite verificar que em apenas 5 anos (isto é, tão cedo quanto 2020), o peso deste tipo de crimes superará já os 10% (estimando-se um aumento entre 2015 e 2020 de cerca de 8,5 pontos percentuais).

FIGURA 4 – **Peso do crime de burla informática e nas comunicações no total de crimes crimes registados pelas autoridades policiais, 2015 (valor efetivo) e 2020 (valor projetado)**




Fonte: elaboração própria.

O forte crescimento estimado para o peso deste tipo de crimes peca, provavelmente, por defeito. Isto porque, não só se tem verificado na sociedade portuguesa uma tendência para o decréscimo dos demais tipos de crime, tal como referido anteriormente, como acima de tudo, a hegemonia crescente da sociedade de informação e dos sistemas e das redes informáticas que lhes estão associadas, e das quais a sociedade está cada vez mais dependente para sobreviver,

traz implícito um crescimento deste tipo de fenômenos ilícitos a uma escala que atualmente não é possível conceber e que escapa a qualquer projeção, por mais cuidado que nesta se incuta. Seja como for, a tendência para que este tipo de crime adquira um peso cada vez mais dominante parece incontornável: um sinal dos tempos.

Por tudo isto, e para terminar, cabe uma última nota a sublinhar que este tipo de ilícito é de difícil deteção e prova, pelo que o novo regime processual e de cooperação internacional introduzido pela Lei do Cibercrime (PORTUGAL, 2009) assume uma importância determinante na política de combate às transferências bancárias ilegítimas pela Internet. A política de combate às transferências bancárias ilegítimas tem, necessariamente, de passar a ser um esforço internacional, que ditará, cada vez mais, a troca de informações (HUGHES, 1992), mormente entre as autoridades policiais e judiciárias dos vários países. O tempo confirmá-lo-á.

Como parte desse esforço e dessa política internacional concertada, sugere-se que estudos futuros alarguem a investigação da temática apresentada neste artigo (quer da vertente jurídica, quer da vertente estatística) a outras regiões geográficas, de que é exemplo a América do Sul e, em particular, a países que partilham laços de proximidade com Portugal bastante acentuados, como é o caso do Brasil.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CORREIA, Pedro M. A. R.; JESUS, Inês O. A. O lugar do conceito de privacidade numa sociedade cada vez mais orwelliana. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 43, p. 135-161, 2013. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/43artigo6.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2015.

_____. A proteção de dados pessoais no espaço de liberdade, de segurança e de justiça da União Europeia. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 8, n. 2, p. 18-30, 2014. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//rbsp_ed15final-baixa_18.09_.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2015.

COSTA, A. M. A. Capítulo III – Dos Crimes Contra o Patrimônio em Geral. In: DIAS, Jorge de F. (Dir.). *AAVV – Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, n. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

FERNANDES, Jaime N. da S. O crime informático. *Revista de Investigação Criminal*, n. 33, p. 41-56, 1990.

FERREIRA, J. R. *Perspetiva genérica sobre a criminalidade informática no Direito português*. 2001. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2001.

FILIPKOWSKI, Wojciech. Cyber laundering: an analysis of typology and techniques. *International Journal of Criminal Justice Sciences*, v. 3, n. 1, p. 15-27, 2008.

GAMEIRO, C. O risco da informação em ambiente eletrónico. In: *AAVV – Estudos de Direito e Segurança*. Coimbra: Almedina, 2007.

GUIMARÃES, Maria Raquel. *As transferências eletrónicas de fundos e os cartões de débito*: alguns problemas jurídicos relacionados com as operações de levantamento de numerário e de pagamento por meios eletrónicos. Coimbra: Almedina, 1999.

HUGHES, Sarah Jane. Policing money laundering through funds transfers: A critique of regulation under the bank secrecy act. *Indiana Law Journal*, v. 67, n. 2, p. 283-330, 1992.

WODA, Krzysztof. Money Laundering Techniques with Electronic Payment Systems. *Information & Security – An International Journal*, v. 18, p. 27-47, 2006.

MENDES, Paulo de S. A responsabilidade de pessoas coletivas no âmbito da criminalidade informática em Portugal. In: *Separata de Direito da Sociedade de Informação*, n. 4. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PORTUGAL. Lei n. 109/91, de 17 de agosto, que aprova a Lei da Criminalidade Informática. *Diário da República*, I Série-A, n. 188, p. 4202-4205, de 17 de agosto de 1991.

_____. Comissão de Revisão do Código Penal Código Penal / Atas e projeto da Comissão de Revisão. Lisboa: Rei dos Livros, 1993.

_____. Lei n. 35/94, de 15 de setembro, que autoriza o Governo a rever o Código Penal. *Diário da República*, I Série-A, n. 214, p. 5510-5552, de 15 de setembro de 1994.

_____. Decreto-Lei n. 48/95, de 15 de março, que aprova o Código Penal. *Diário da República*, I Série-A, n. 63, p. 1350-1416, de 15 de março de 1995.

_____. Lei n. 65/98, de 2 de setembro, que altera o Código Penal. *Diário da República*, I Série-A, n. 202, p. 4572-4578, de 2 de setembro de 1998.

_____. Lei n. 59/2007, de 4 de setembro, que aprova a vigésima terceira alteração ao Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n. 400/82, de 23 de setembro. *Diário da República*, 1ª série, n. 170, p. 6181-6258, de 4 de setembro de 2007.

_____. Lei n. 109/2009, de 15 de setembro, que aprova a Lei do Cibercrime, transpondo para a

ordem jurídica interna a Decisão Quadro n. 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de fevereiro, relativa a ataques contra sistemas de informação, e adapta o direito interno à Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa. *Diário da República*, 1ª série, n. 119, p. 6319-6325, de 15 de setembro de 2009.

_____. Lei Orgânica n. 2/2014, de 6 de agosto, que aprova o Regime do Segredo de Estado, procede à vigésima primeira alteração ao Código de Processo Penal e à trigésima primeira alteração ao Código Penal e revoga a Lei n. 6/94, de 7 de abril. *Diário da República*, 1ª série, n. 150, p. 4074-4078, de 6 de agosto de 2014.

_____. Lei Orgânica n. 1/2015, de 8 de janeiro, que aprova a primeira alteração ao Regime do Segredo de Estado, aprovado pela Lei Orgânica n. 2/2014, de 6 de agosto, e trigésima quinta alteração ao Código Penal. *Diário da República*, 1ª série, n. 5, p. 206-209, de 8 de janeiro de 2015.

ROCHA, M. A. L. A Lei da Criminalidade Informática (Lei n. 109/91 de 17 de agosto) – Génese e Técnica Legislativa. *Legislação, Cadernos de Ciência de Legislação, Informática Jurídica e Direito da Informática*, n. 8, Lisboa, Instituto Nacional da Administração, 1993.

SANTOS, Rita C. *O tratamento jurídico-penal da transferência de fundos monetários através da manipulação ilícita dos sistemas informáticos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

VERDELHO, Pedro. Cibercrime. In: *AAVV – Direito da Sociedade de Informação*, n. 4. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

## Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 5-11-2008, processo 08P2817, Rel. Henriques Gaspar.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 5-12-2007, processo 07P3864, Rel. Santos Monteiro.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 6-10-2005, processo 05P2253, Rel. Simas Santos.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 12-7-2006, processo 06P2032, Rel. Santos Cabral.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 14-7-2004, processo 04P3287, Rel. Santos Carvalho.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 20-9-2006, processo 06P1942, Rel. Henriques Gaspar.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 24-9-1998, processo 98P556, Rel. Sá Nogueira.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 30-3-2000, processo 00P3101, Rel. Leal Henriques.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, 2-6-2009, processo 325/08.7JALRA-A.C1, Rel. Fernando Ventura.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, 15-5-2002, processo 1318/02, Rel. Barreto do Carmo.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 3-5-2007, processo 10042/06-5, Rel. Ana Sebastião.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 16-3-2004, processo 9743/2003-5, Rel. Pulido Garcia.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 24-1-2007, processo 5990/2006-3, Rel. Pedro Mourão.

*Pedro Miguel Alves Ribeiro Correia*

Doutorado em Ciências Sociais na Especialidade de Administração Pública pela Universidade Técnica de Lisboa (UTL). Licenciado em Estatística e Gestão de Informação pela Universidade Nova de Lisboa (NOVA). Professor do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas (ISCSP) da Universidade de Lisboa (ULisboa). Coordenador do Observatório Nacional de Administração Pública (ONAP). 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.

*pcorreia@iscsp.ulisboa.pt*

*Inês Oliveira Andrade de Jesus*

Doutoranda em Administração Pública na Universidade de Lisboa (ULisboa). Mestre em Direito pela Universidade Nova de Lisboa (NOVA). Licenciada em Direito pela Universidade Nova de Lisboa (NOVA). Consultora da Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ) do Ministério da Justiça de Portugal.

*ines.o.jesus@dgpj.mj.pt*

V. 12 N. 2
MAI-AGO 2016

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recibido: 07.10.2014
Aprobado: 23.03.2016

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201623

# Límites jurídicos al establecimiento de tributos ambientales en el ordenamiento español, desde la perspectiva del derecho nacional y europeo

*LEGAL LIMITS WITHIN THE ESTABLISHMENT OF ENVIRONMENTAL TAXES IN THE SPANISH LAW FROM A PERSPECTIVE OF NATIONAL AND EUROPEAN LAWS*

*Anayibe Ome Barahona*[1]

**Resumo**

En este artículo se analizan los límites jurídicos que encuentran las Comunidades Autónomas a la hora de establecer tributos ambientales propios, en ejercicio de su autonomía financiera. Estos límites son, de una parte, aquellos contenidos en el Derecho nacional, que comprende las prohibiciones que se desprenden del Texto Constitucional y las negativas que imparte la legislación interna reguladora de la financiación de la Hacienda autonómica; y, de otra, los límites que imparte el Derecho comunitario, que está compuesto por el Derecho originario, recogido en los Tratados de la Unión Europea, y por el Derecho derivado, que corresponde a las disposiciones normativas comunitarias expedidas en figura de Directivas y las que comunica la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**Palavras-chave**

Límites jurídicos; tributos ambientales; Comunidades Autónomas; Derecho nacional; Derecho comunitario.

***Abstract***

*This article discusses the legal limits that the Autonomous Communities faces when establishing their own environmental taxes, in exercise of their financial autonomy. These limits are, firstly, those contained in national law, which includes the prohibitions drawn from the Constitution, and the restrictions given by the internal regulatory legislation of the Tax Office financing. Secondly, the limits from the Community Law, which is composed by both the original Law, gathered in the Agreements of the European Union, and the Derivatives Law, which corresponds to the normative community provisions issued in policies that foster the jurisprudential doctrine of the Court of Justice of the European Union.*

***Keywords***

*Juridical limits; Environmental taxes; Autonomous Communities; National Law; Community Law.*

**1** Universidad de la Amazonia
Florencia - Caquetá - Colombia

CC BY-NC

## Introducción

Se dice que el tributo ecológico actúa en "doble vertiente": alienta aquellas conductas afectas al medio ambiente, que contribuyen a paliar la contaminación producida por actividades que, en últimas, constituyen su hecho imponible; y, desde una perspectiva extrafiscal, modifica comportamientos productivos nocivos al entorno natural. Con la primera vertiente se establecen desgravaciones y bajos tipos impositivos; mientras que, con la segunda, lo más usual es que haya introducción de tipos impositivos altos, toda vez que se persigue alterar los precios relativos pagados por productores y consumidores, en busca de internalizar los costes ambientales.

Las Comunidades Autónomas, en ejercicio de su poder de autonomía financiera, reconocido a la luz de los Arts. 137, 156, 157 y 158 de la Constitución española, y en materialización del mandato constitucional que les impone, de un lado, defender y gestionar la restauración del medio ambiente, y velar por la utilización racional de los recursos naturales, de otro, establecen tributos ambientales bajo una u otra de las modalidades descritas. Sin embargo, y pese al aval constitucional que observamos, las Comunidades Autónomas encuentran límites jurídicos para el establecimiento de tributos ambientales. Por esta razón, en este artículo analizamos las principales limitaciones en la materia, que se desprenden del Derecho nacional, esto es, del Texto Constitucional y de la legislación que regula la financiación de la Hacienda autonómica. Y las que derivan del Derecho comunitario, reunido en dos corrientes: los Tratados de la hoy Unión Europea y el Derecho derivado; este último, constituido por las disposiciones normativas, en figura de Directivas, cuyo propósito es vincular a los Estados miembros en la consecución de objetivos y resultados concretos en un plazo determinado.

El Texto Constitucional es señalado de obstaculizar el desarrollo de la tributación ambiental, por cuanto dicta la prohibición de fijar medidas que directa o indirectamente impidan la libertad de circulación, el establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español. A esta limitación se suma el tenor de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA, en lo que prosigue) que les prohíbe a las Comunidades Autónomas establecer tributos propios sobre hechos imponibles gravados por el Estado (Art. 6.2), es decir, excluye de la competencia tributaria autonómica todo hecho imponible sobre el que ya se haya configurado un impuesto estatal.

En lo que respecta a los límites que se desprenden del Derecho originario, está la prohibición expresa de los Tratados de la Unión de establecer derechos de aduana y medidas de efecto equivalente, así como tributos internos discriminatorios y restricciones cuantitativas al tráfico intracomunitario; de igual manera encontramos la supresión que exige la Cláusula Stand–still, de toda discriminación que un transportista llegase a aplicar por razones del país de origen o del destino de los productos transportados. A su vez, hallamos la prohibición de conceder ayudas de Estado en beneficio de determinadas empresas o producciones, que falseen o amenacen falsear el mercado interior, por cuanto afecta el intercambio comercial entre Estados miembros.

El Derecho derivado también está tildado de establecer límites normativos a la fijación de tributos ambientales. En esta línea se encuadra la Directiva 92/81/CEE, que admite gravar tan solo los hidrocarburos utilizados como carburante o como combustible para calefacción, así como los hidrocarburos empleados como carburante en la navegación de recreo privada.

Seguidamente, está la Directiva 2008/118/CE, que, con la condición expresa de que los gravámenes indirectos que lleguen a imponer los Estados miembros a los productos sujetos a impuestos especiales deben tener fines específicos para no contravenir el Derecho comunitario, manifiesta aires limitadores de la tributación ambiental. En la misma condición se ubica la Directiva 2004/35/CE, pues permite que los operadores no sufraguen los costes de las medidas reparadoras que se desprendan de los daños de emisiones o actos explícitamente autorizados.

Le prosigue, en la misma medida, la Directiva 1999/62/CE, cuyo impedimento se detecta en el consentimiento a los Estados miembros de sostener exenciones o alguna clase de reducción en los tipos impositivos, referentes a impuestos sobre vehículos, cuando operen razones de índole político o imperen circunstancias de carácter socioeconómico. Por último, la Directiva 2001/80/CE, que, con el hecho de no sujetar a varias instalaciones y dispositivos emisores de contaminación, se sitúa en una norma comunitaria limitante, también, del normal establecimiento de tributos ambientales. Lo anterior constituye, entonces, los distintos frentes que abordaremos en nuestra investigación.

## 1 Límites procedentes del derecho nacional

### 1.1 Prohibiciones derivadas de la Constitución

La autonomía exige potestad tributaria al igual que poder legislativo en la creación de tributos *ex novo*, elemento indispensable para las Comunidades Autónomas (CC.AA., en lo sucesivo) materializar sus diversas manifestaciones en relación con el ámbito financiero, de gestión y presupuestario; por lo que la potestad tributaria ha servido a los órganos autonómicos como medio de obtención de recursos financieros suficientes para el desarrollo de una verdadera autonomía política, objetivo ulterior del Art. 137 de la Constitución Española (CE, en adelante). Autonomía que, como expresión de la exigencia de tributos propios, constituye una libertad en términos relativos; de ahí que la CE haya surtido al poder autonómico de una serie de límites materiales a los que ha de amoldarse su marco legislativo estatal y el resto de la normativa jurídica que lo regula.

Entre los límites introducidos al ejercicio de competencias normativas de los Entes autónomos, sobresale lo preceptuado por el Art. 139 CE, que, siguiendo los principios comunitarios, categóricamente prohíbe la adopción "de medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español".

El legislador, constituyente con el modelo autonómico que implementó, consiguió la estructuración de unas Comunidades fundamentadas en los principios de independencia, coordinación y competencia; tres criterios aparentemente dispares, pero vitales, pues en su conjunto impiden la ocurrencia de una subordinación o jerarquización entre autonomías, que las habilitaría a implementar medidas obstructoras de la libertad de circulación y establecimiento de personas y de trabajadores por todo el territorio nacional; interfiriendo, también, en la libre circulación de bienes, de mercancías, de servicios y, por supuesto, de capitales; lo que conduciría al franqueamiento de la unidad de la Nación española o a la consolidación de un federalismo de CC.AA., que de paso sería infracción a las normas comunitarias, una cuestión que el constituyente trató de evitar a toda costa con la institución de los Arts. 139.2, 157.2 y 145.1 CE.

El citado Art. 157.2 CE, con la restricción al ejercicio de las competencias normativas de las CC.AA., introduce los principios de territorialidad y neutralidad, dos postulados, desde entonces, inmersos en la proclamada autonomía política, y ampliamente examinados por la doctrina hacendista y tributaria tras el veto constitucional de toda medida de alcance tributario que suponga barreras a la libre circulación descrita. El principio de territorialidad, en sentido estricto, es el que prohíbe adoptar medidas tributarias sobre bienes *in situ* en territorio de otra Comunidad, cuyo papel último es concretar el ámbito de aplicación de las normas autonómicas, dicho en otros términos, es el delimitador de la extensión de las leyes tributarias (BAYONA DE PEROGORDO; SOLER ROCH, 1991, p. 115). El principio de neutralidad, por su parte, evita que se creen barreras aduaneras que supongan un obstáculo a la libre circulación de mercancías o de servicios.

En lo concerniente a los tributos propios como cedidos, la limitante que contempla el Art. 157.2 se ha detectado que cobra más sentido en los impuestos de naturaleza real, ya que en estos impuestos la relación de los bienes – que grava – es más estrecha con el ente autonómico. En cambio, en los impuestos de naturaleza personal, y aunque de forma indirecta, es factible la ocurrencia de una trasgresión del principio, toda vez que aquí el individuo es quien cuenta (PEÑA AMORÓS, 2005, p. 193).

La Constitución demanda que los gravámenes que establezca una u otra Comunidad no afecten la libre elección de residencia de las personas o la ubicación de las empresas y capitales; no obstante, "no toda incidencia sobre la circulación de personas y bienes es necesariamente un obstáculo, lo será sin duda cuando intencionalmente persiga la finalidad de obstaculizar la circulación (...), [así como en aquellos supuestos en los que] las consecuencias objetivas de las medidas adoptadas impliquen el surgimiento de obstáculos que no guardan relación con el fin constitucionalmente lícito que aquellas persiguen".[1]

1 Sentencia del Tribunal Constitucional (STC, en adelante), No. 37/1981, Fundamento Jurídico (F.J., en lo que sigue) número 2.

La no obstaculización a la que nos referimos se ha encargado de garantizarla la LOFCA en su Art. 9. c), a "fin último (...) [de] prote[ger] el mercado interior, lo que en materia tributaria impide en particular establecer medidas que fragmenten dicho mercado estableciendo diferencias entre residentes y no residentes en una Comunidad Autónoma sin que ello encuentre una justificación adecuada".[2] Por eso mismo, los tributos propios que establezcan las CC.AA., la norma dicta que no podrán afectar de manera efectiva, entre otras, la fijación de residencia de las personas.

No cabe duda de que la fiscalidad, en cualquiera de sus modalidades, pueda llegar a obstaculizar las libertades fundamentales reconocidas por la Unión Europea; sin embargo, a este respecto el Tribunal Constitucional (TC, en lo sucesivo) declaró que no restringe el derecho a la libre elección de residencia el hecho que una determinada zona del territorio nacional exija mayores obligaciones o cargas que otras, aun cuando los residentes no consideren legalmente exigible una obligación que, por razón de su residencia, se les imponga;[3] como bien podría suceder con los tributos ambientales que gravan las emisiones contaminantes, implantados por varios gobiernos regionales de España, cuya aplicación es bien particular de una región a otra, puesto que no existe uniformidad en los tributos que establecen las CC.AA.

En esta misma doctrina, el Supremo intérprete de la Constitución no descarta que los diferentes "derechos, obligaciones y cargas" —legítimos en el ejercicio de la autonomía— influyan a la hora de elegir libre y voluntariamente el lugar de residencia, pues es normal que dichos supuestos sean "diferentes en cada caso, en virtud de circunstancias objetivas y de acuerdo con lo dispuesto en el ordenamiento"; dejando claro que la autonomía y libertad de residencia son dos principios que no deben verse contradictorios o que colisionan entre sí, la "atribución de mayores beneficios o de una situación de hecho más ventajosa" a ciertas Comunidades que a otras no da pie para afirmar que el primero de los principios limite o restrinja al otro.

La prohibición taxativa del Art. 157.2 CE, referente a la adopción de medidas tributarias sobre bienes situados en territorios que no corresponden a la Comunidad Autónoma que las establece, bien podrían tildarse de propiciar el cambio de residencia de las personas o la ubicación de las empresas y capitales, en el evento que una Comunidad fije, por ejemplo, nuevos tributos, pues los ciudadanos de esta quedarían con cargas fiscales adicionales, mientras que los de otras permanecerían sin ellas; dadas las circunstancias, sería normal la reacción del contribuyente de querer obviar el sometimiento a dichos gravámenes o buscar una tributación inferior, trasladando su residencia fiscal a otra Comunidad o fuera de España.

2 STC 210/2012, de 14 de noviembre, F.J.9.

3 STC 8/1986, de 21 de enero, F.J.3.

Si opta por un país diferente al español, la Ley 35/2003, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF, en lo sucesivo), coarta esta posibilidad, al establecer límites a estos supuestos mediante la presunción que el contribuyente tiene su residencia habitual en territorio español cuando resida habitualmente en España el cónyuge no separado legalmente y los hijos menores de edad que dependan de aquel (Art. 9. b)). A la luz de la ley, esta presunción se extingue una vez el contribuyente decida agrupar a su núcleo familiar en territorio extranjero u opte radicarse en un país diferente a España al separarse legalmente de su pareja.

Ante situaciones como la planteada, la doctrina jurídica considera que la Ley podría incorporar una presunción donde el contribuyente se vea sometido a probar que los motivos que lo indujeron a cambiar de residencia no fueron de índole fiscal sino de otro tipo, como, por ejemplo, obedeciendo a un traslado laboral o por una situación familiar (PEÑA AMORÓS, 2009, p. 151).

Respecto a la limitante constitucional objeto de análisis, el TC[4] afirmó que el Art. 157.2 CE prohíbe fijar medidas tributarias sobre bienes situados fuera del territorio de la Comunidad Autónoma que decida crearlas; excepto en materia de IRPF, donde a las personas con domicilio fiscal en su territorio les queda gravada la renta, incluso la proveniente de bienes situados fuera de él.

Esta limitación territorial, en el sentido de la eficacia de las normas y de los actos, ha advertido el TC,[5] no constituye un impedimento para los órganos autonómicos, a los que, en uso de sus competencias, les asiste el derecho de adoptar decisiones que pueden ocasionar efectos de hecho en otros lugares del territorio nacional. Con ello, tampoco se está privando a las CC.AA. de toda capacidad de actuación cuando sus actos pudieran originar consecuencias que traspasasen sus límites territoriales, ha dicho el órgano jurisdiccional español. Parafraseando al Tribunal, esta sería una forma de garantizar la unidad política, jurídica, económica y social de España, difícil de mantener con una división política en compartimientos estancos.

### 1.2 Límites que comunica la LOFCA para el establecimiento de impuestos propios

La LOFCA, como principal norma integrante del bloque de constitucionalidad, divulga una serie de límites que se extienden a los tributos propios en materia de medio ambiente; un conjunto de prohibiciones inicialmente recogidas en la Constitución. Su Art. 9, por ejemplo, parece desarrollar el Art. 157.2 CE, pues en la regulación del ejercicio competencial de las CC.AA. incopora dos tipos de limitaciones al poder financiero autonómico: el principio de territorialidad (Art. 9 a) y b)) y el principio de no interferencia económica (Art.9 c)),

4 STC 150/1990, de 4 de octubre, F.J.5.

5 STC 37/1981, F.J.1.

las mismas que impone la Constitución en el citado artículo, y que perfectamente conectan con las exigencias recogidas en el Art. 6: principio de sujeción a la Constitución y las leyes (Art. 6.1) y en el principio de separación (Art. 6.2 y 3).

Con los anteriores, la LOFCA no admite que las CC.AA. se excedan en la adopción de medidas tributarias, una expresión sobre la cual la doctrina jurídica asegura que ostenta un contenido más amplio que apenas el establecimiento de impuestos propios (GARCÍA NOVOA, 2007, p. 58). Es decir, cobija otras medidas que, pese a tildadas de tributarias, no forman parte de las categorías que integran el instituto jurídico del tributo, como el caso de los cánones por vertidos de agua residual, que, al gravar una materia nociva para el medio natural y contribuir a la reducción de la contaminación, se clasifican dentro del concepto de tributo ambiental (ORTIZ CALLE, 2004, p. 69).

La gran parcela de hechos imponibles que la legislación estatal agrupa reduce la posibilidad de fijar nuevos tributos autonómicos; dificultad que, añadida a los límites de talante constitucional más los que impone el conjunto de normas para el control previo de constitucionalidad, complica el hallazgo de hechos imponibles diferentes a aquellos a los que deben sujetarse las CC.AA. a la hora de ejercer su autonomía financiera y su paquete competencial. El profesor García Novoa (2007, p. 54) asegura que este flujo de "limitaciones a la elección de materias y hechos imponibles que se deriva de los Art. 6.2 y .3 de la LOFCA, no determina la creación de un 'sistema autonómico' de tributos, sino de una serie inconexa de figuras de la más variada procedencia", de ahí que los "impuestos propios de las CC.AA., (...) no integran en sentido propio, un sistema tributario".

Con la última modificación que sufrió la LOFCA, sobre la materia imponible que la legislación de Régimen Local reserve a las Corporaciones Locales (CC.LL., en adelante), las CC.AA. pueden diseñar hechos imponibles en cuanto les sean posibles, indistintamente de que resulten coincidentes entre Comunidades. El "bloque de constitucionalidad" no prohíbe, mucho menos exige, uniformidad en los tributos propios que puedan establecer las CC.AA. Lo importante es que respeten los hechos imponibles gravados por los tributos locales y de orden estatal.

Dentro de las competencias autonómicas que la LOFCA contempla, observamos la posibilidad de establecer y modificar sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales (Art. 17.b); así como "el ejercicio de las competencias normativas establecidas por la Ley reguladora de la cesión de tributos" (Art. 17. c). La primera de ellas no equivale a una competencia normativa, ya que la legislación reguladora del establecimiento de tributos propios emana del parlamento autonómico; de ahí que las CC.AA. gocen de competencias gestoras y de recaudación respecto a sus tributos propios. Sería contradictorio, en consecuencia, hablar de concesión de competencias normativas cuando la titularidad en esta materia la tienen por derecho los órganos autonómicos.

En relación con la segunda competencia, como se refiere a tributos nacidos bajo imperio de la legislación estatal, cuyo rendimiento se ha cedido a las CC.AA., opera, desde

luego, una atribución de competencias normativas, por cuanto la titularidad de estas siempre va a corresponder al Estado. Aunque la Hacienda autonómica asuma el ejercicio de determinadas competencias sobre los tributos cedidos, la competencia normativa siempre va ser de titularidad del Estado; de ahí que específicamente con esta competencia se produzca "una disociación entre la titularidad de la competencia y el ejercicio de la misma" (PEÑA AMORÓS, 2005, p. 103); pero siempre propendiendo a que no se pierda el carácter de cedido, según lo señalado en el Art. 157.1 a) CE.

En materia de competencias normativas, la LOFCA también contempla límites al ejercicio de las mismas; destacamos la prohibición impartida a las CC.AA. de adoptar medidas que "discriminen por razón del lugar de ubicación de los bienes, de procedencia de las rentas, de realización del gasto, de la prestación de los servicios o de celebración de los negocios, actos o hechos" (Art. 19. Dos). Límites que se aplican a la tributación extrafiscal, puesto que son preceptos jurídicos que derivan de los principios de territorialidad y de libre circulación de personas, mercancías y servicios.

La doctrina se ha esforzado en entender qué pretende el legislador estatal con el veto de toda medida que llegase a entorpecer los hechos inmediatamente descritos; se ha cuestionado si acaso busca que el legislador autonómico trate las diferentes situaciones con un toque de igualdad, rechazando cualquier disparidad o heterogeneidad respecto a la carga tributaria; de todos modos, y aunque no cabe duda que el precepto guarda cierto grado de restricción, la literatura tributaria coincide en afirmar que lo mejor es no tomarlo literalmente, porque se llegaría a la conclusión que la ley estatal exige uniformidad entre las distintas CC.AA., privando a estas de sus competencias normativas (PEÑA AMORÓS, 2005, p. 197),[6] cuando no es así.

Como las CC.AA. gozan de amplias competencias gestoras y de recaudación en la creación de nuevos tributos, la LOFCA les concede plenas atribuciones para la aplicación y establecimiento del régimen sancionatorio de sus tributos propios (Art. 19.1). Competencias que resultan restringidas por el Art. 9 de la misma Ley, que —como lo indicamos al inicio de este epígrafe— consagra la limitante manifiesta en el principio de territorialidad[7] y el

6 Las CCAA cuentan con la gran ventaja que el "sistema constitucional de distribución de competencias interno impide al gobierno central privar a una Comunidad Autónoma de las que son suyas" (PIÑA GARRIDO, 2011, p. 168). Este último autor nos recuerda que el Estado puede dar aplicabilidad al Art. 150.3 CE, que lo autoriza "dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a las competencias de estas, cuando así lo exija el interés general…".

7 Esto es, "a) No podrán sujetarse elementos patrimoniales situados, rendimientos originados, ni gastos realizados fuera del territorio de la respectiva Comunidad Autónoma. b) No podrán gravarse, como tales, negocios, actos o hechos celebrados o realizados fuera del territorio de la Comunidad impositora,

principio de no interferencia económica;[8] principios que las CC.AA. deben respetar a la hora de crear impuestos propios. De todos modos, el Art. 6.2 de la LOFCA traza la limitante de mayor calado que pudiera esperarse. Este artículo, con la exclusión de la competencia tributaria autonómica de todo hecho imponible sobre el que el legislador ordinario haya configurado un impuesto estatal, estampa el rigor de la potestad originaria del Estado.

El precepto de la LOFCA es bastante claro, los tributos propios de las CC.AA. no podrán recaer sobre hechos imponibles gravados por el Estado.[9] Ante esta imposibilidad, PIÑA GARRIDO (2011, p. 170) ha revisado si es factible que las CC.AA. graven supuestos de hechos, aunque sujetos, que estén exentos; al creer que los hechos imponibles exentos no están gravados, en consecuencia, no formarían parte del hecho imponible de un tributo estatal.

En ocasión a lo antedicho, Checa González (2003, p. 27), uno de los investigadores asiduos en temas fiscales, examinó qué incluyen los hechos imponibles gravados y qué los que están sujetos; hallando que los primeros integran los "hechos imponibles [que] están plenamente sometidos a gravamen, sin ningún tipo de exención, como aquellos otros en los que aquellos están sujetos, pero exentos"; y los segundos (hechos imponibles sujetos) hacen referencia "a la concurrencia de la totalidad de los elementos descritos en un determinado hecho imponible"; y aunque determinó que gravar y sujetar no son expresiones íntegramente equivalentes,[10]

ni la transmisión o ejercicio de bienes; derechos y obligaciones que no hayan nacido ni hubieran de cumplirse en dicho territorio o cuyo adquirente no resida en el mismo". La doctrina resalta el respeto que puede suponer, al principio en alusión, el establecimiento de medidas que evitasen la doble imposición entre Comunidades (PENA AMORÓS, 2009).

8 Respecto a que "No podrán suponer obstáculo para la libre circulación de personas, mercancías y servicios o capitales, ni afectar de manera efectiva a la fijación de residencia de las personas o a la ubicación de empresas y capitales dentro del territorio español, de acuerdo con lo establecido en el art. 2º.1.a, ni comportar cargas trasladables a otras Comunidades".

9 Una apreciación para nada generalizada. La profesora Hermosín Álvarez (2012) comparte la opinión con otros autores, al afirmar que el límite fijado por la LOFCA (Art. 6.2) solo saldrá infringido en el evento que ocurra una efectiva doble imposición, y argumenta que, para que ello se dé, un "mismo supuesto de hecho tendría que ser gravado por dos impuestos con similar hecho imponible, entendiendo por 'gravados' supuestos o realidades sujetas y no exentas que soportan una efectiva carga tributaria". En su sentir, el precepto no segrega mayor impedimento en lo referente al avance de la tributación autonómica, por cuanto, con la reforma que sufrió la LOFCA, el "instituto del hecho imponible, se amplía notablemente el ámbito de actuación de las CC.AA. en materia de tributos propios, ya que será muy difícil lograr una identidad entre dos hechos imponibles diferentes".

10 Sobre estas dos expresiones el TC ha precisado: 'sujetar' "se refiere a la concurrencia de la totalidad de los elementos descritos en un determinado hecho imponible", mientras que 'gravar' "alud[e] a la conjunción de esos mismos elementos en cuanto de ella se derive la existencia de una efectiva carga tributaria; en otras palabras, lo gravado sería aquello que soporta efectivamente una presión fiscal por aplicación de la correspondiente normativa tributaria". STC 49/1995, de 16 de febrero, F.J. 3.

corroboró que tienen mucho en común, pues para gravar una materia se requiere de los mismos elementos que personifican el hecho imponible declarado sujeto a gravamen, ya que gravar es un término destinado a la conjunción de aquellos elementos predeterminantes de la existencia de una efectiva carga tributaria; concluyendo, en consecuencia, que jurídicamente no era posible gravar supuestos de hechos estando sujetos y declarados exentos.[11]

Luego de lo examinado, el citado autor asevera que la posibilidad de que las CC.AA. graven supuestos de hechos aunque sujetos, que estén exentos de un gravamen estatal, queda descartado; toda vez que —afirma— "la definición de hecho imponible se completa con la exención establecida", pues pone de relieve que las normas determinantes de las exenciones son las mismas normas definidoras del hecho imponible del tributo, de cuyo conjunto se sustrae la noción de presupuesto de hecho del tributo. Es decir: las exenciones tributarias no pueden estar determinadas por una norma reglamentaria, la sujeción a la reserva de Ley debe ser en obediencia a la ley originaria del tributo que se trate.[12]

La exención tributaria, además de ser un concepto amplio, Fernández Brenes (2004, p. 6) lo considera negativo, por cuanto abarca otros de su misma línea, como la no sujeción, la no incidencia, la inmunidad y las exclusiones tributarias, figuras integradas a los sistemas fiscales con el fin de alentar situaciones preexistentes como las buenas prácticas hacia el medio ambiente.

El profesor Checa González (2003, p. 26), continuando con el discernimiento del concepto de exención, asegura que si se sujetara a tributación autonómica un supuesto estatal declarado como exento de la deuda tributaria, se estaría vulnerando la competencia exclusiva del Estado en materia de coordinación de la Hacienda general (Art. 149.1.14 CE), por lo que la declaratoria de renta exenta es un claro ejercicio de la competencia que pesa sobre el Estado.

Ya decíamos que el Art. 6.2 de la LOFCA, al prohibir que los tributos que establezcan las CC.AA. recaigan sobre hechos imponibles gravados por el Estado, constituye la mayor limitante a la potestad tributaria autonómica; sin embargo, el TC hace un llamado para que no se le dé una connotación negativa al precepto legislativo. En su doctrina jurisprudencial[13] ha indicado que el Art. 6.2 de la LOFCA "no tiene por objeto impedir a las Comunidades

• • •

11 Una cuestión sobre la que López Espadafor (1998), había precisado con mucha antelación, aduciendo que "el término 'gravados' del artículo 6.2 de la LOFCA está haciendo referencia a hechos sujetos a impuestos estatales, aunque exentos, en estos".

12 En términos de Checa González (2003), la normativa que contempla la exención "no es más que una norma de codefinición del hecho imponible, una norma que contribuye en la misma medida que la definición del hecho gravado a la delimitación del ámbito de gravamen del tributo no sustrayendo supuestos fácticos a la definición genérica del hecho imponible, sino delimitándolo, configurándolo de otra forma".

13 STC 289/2000, de 30 de noviembre, F.J.4.

Autónomas que establezcan tributos propios sobre objetos materiales o fuentes impositivas ya gravadas por el Estado", su postura la sustenta en que lo que el Art. 6.2 estrictamente busca es evitar la ocurrencia de duplicidad de hechos imponibles,[14] o lo que es lo mismo, que se produzcan dobles imposiciones no coordinadas; una manera pragmática de garantizar que el poder tributario sea ejercido por los distintos niveles territoriales y que sea compatible con la existencia de un sistema tributario justo en los términos que proclama el Art. 31.1. CE.[15]

Al analizar el conjunto de limitantes competenciales que introduce la LOFCA, encontramos que los tributos cedidos —que conforman la denominada capacidad tributaria de las CC.AA. — llevan la delantera en prohibiciones. Así, y temiendo que se desate una "bolsa de fraude" (PEÑA AMORÓS, 2009, p. 157),[16] el precepto legislativo exige que las CC.AA. regulen una presión fiscal efectiva,[17] mas no una presión fiscal normativa.

Comprendemos la preocupación desatada, pues se trata de tributos cuyo rendimiento se cede en parte o totalmente a las CC.AA. Rendimiento expresado en el importe de la recaudación líquida derivada de las deudas tributarias que corresponden a los distintos hechos imponibles cedidos, o al importe de la recaudación líquida efectivamente ingresada derivada de la parte de la deuda tributaria cedida (Art. 26.1, Ley 22/2009); motivo que llevó a la LOFCA (Art. 19. Dos) a exigir el sostenimiento de una presión fiscal efectiva solo respecto al ejercicio de sus competencias normativas y no sobre las competencias tributarias autonómicas.

## 2 Límites del derecho comunitario

El Derecho comunitario es garantía de la observancia misional de la hoy Unión Europea. Y el respeto a las libertades comunitarias del Título III del Tratado es uno de los mayores motivos de preocupación del Tribunal de Luxemburgo, pues de ello depende el desarrollo armonioso,

• • •

14 Las SSTC 37/1987, F.J 14; y 186/1993, F.J 4 c), en términos similares.

15 STC 210/2012, de 14 de noviembre, F.J. 4.

16 Para la autora, el hecho de que el legislador aluda la regulación de una presión fiscal efectiva, y no recalque sobre una presión fiscal normativa equivalente entre todas las Comunidades, inyecta una gran dosis de inseguridad. De todas formas, entiende que el legislador procedió así, considerando que "no se soporta la misma presión fiscal efectiva en aquellas Comunidades cuyos cuerpos de inspección sean más meticulosos en el momento de gestionar un impuesto, que en aquellas otras en las que dichos procesos se llevan a efecto de una forma más liviana".

17 Referente a esta limitante, Peña Amorós (2009) se ha cuestionado sobre "qué es lo que el legislador pretendía con la fijación de este límite, por qué, de un lado, intenta lograr que las Comunidades Autónomas gocen de una mayor autonomía en el momento de configurar su sistema, y de otro las limita a que guarden una cierta uniformidad entre todas".

equilibrado y sostenible de las actividades económicas de la eurozona. Por eso, cualquier medida contraria a las libertades básicas de la Unión será vista incompatible con el Tratado y el Derecho derivado; más aún cuando el propio Tratado (Art. 90, antiguo Art. 95) dicta la prohibición de "gravar directa o indirectamente los productos de los demás Estados miembros con tributos internos, cualquiera que sea su naturaleza, superiores a los que graven directa o indirectamente los productos nacionales similares"; interdicción que personifica los llamados tributos internos discriminatorios; por lo que la carga fiscal de los Miembros deberá estar fundamentada en los principios de no discriminación tributaria y de igualdad de tratamiento (BORRERO MORO, 2001, p. 23).

La anterior disposición del Tratado se extiende a todas las medidas fiscales, incluyendo aquellas donde tiene cabida la tributación ambiental. No obstante, en términos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea[18] (TJUE, en lo sucesivo), se trata de un precepto que no inhibe a los Estados Miembros (EE.MM., en lo que sigue) a establecer un sistema diferenciado de tributación para algunos productos, cada Estado queda en libertad para hacerlo como lo estime más apropiado, incluso, en sentido similar del Art. 90 del Tratado.

El TJUE precisa que esa facultad sólo puede ejercerse "en función de criterios objetivos"[19] y propendiendo a la compatibilidad con el Derecho de la Unión, que, en dicción de la jurisprudencia, solo se encuentra: i) persiguiendo objetivos de política económica; ii) siguiendo las prescripciones del Tratado y del Derecho derivado; iii) evitando discriminar directa o indirectamente los productos importados de los demás Estados miembros; y iv) obviando servir de protección de las producciones nacionales competidoras. Sobre este desarrollo jurisprudencial, la doctrina (GIRÓN LARRUCEA, 2002, p. 381) advierte que la libertad impositiva permitida a los EE.MM. no da lugar a considerar la derogatoria del principio fundamental de no discriminación en materia fiscal que recoge el Art. 90 Tratado de la Unión Europea (TUE, en lo sucesivo).

Las anteriores premisas no son pautas para entender las normas comunitarias sinónimo de afectación de los principios constitucionales de los EE.MM. (GARCÍA NOVOA, 2007, p. 59), incluyendo los relativos a la autonomía financiera del caso español; más bien avalan el establecimiento de tributos propios ambientales sin que ello plantee necesidad de armonizarlos (BORRERO MORO, 2001, p. 28); a no ser que correspondan a impuestos indirectos

18 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE, en lo que prosigue), de 2 de abril de 1998, *Outokumpu* (As. C-213/96, Rec., p. I-776), apart. 30. Es de aclarar que en este trabajo llamaremos —en todas las sentencias— Tribunal de Justicia de la Unión Europea, toda vez que, ya no se habla de Comunidad Europea, por tanto ya no se usa la abrevia TJCE.

19 La jurisprudencia considera como tales la naturaleza de las materias primas utilizadas en la etapa de fabricación o los tipos de procedimientos de producción aplicados.

que requieran de una imprescindible armonización para garantizar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior (Art. 93 TUE).

Los estrictos objetivos de política comunitaria le han dado severidad al Derecho europeo, pero la normativa europea no está indulta de alguna trasgresión. En la eventualidad que llegase a padecer un incumplimiento o infracción, el Estado es el responsable ante las autoridades internacionales, por tanto, le corresponderá acatar la imposición de sanciones que considere la Comisión o el Tribunal de Luxemburgo, independientemente de que las CC.AA. sean las infractoras y soporten las consecuencias económicas de la amonestación (PIÑA GARRIDO, 2011, p. 167 y 168).

El Derecho nacional no está exento de colisionar con el Derecho europeo. Las medidas de protección ambiental internas, en algunos supuestos, entran en contravía con las libertades básicas comunitarias; si fuese el caso, habría que resolverse con la instrumentación de bienes jurídicos que el mismo Tratado consagra. El Tratado no deja a la deriva situaciones particulares como esta, sino que proporciona medidas de arbitramento en caso de litigios; es así como, en circunstancias concretas, puede darse aplicabilidad al Art. 6 TUE, que recoge el denominado principio de horizontalidad de las políticas medioambientales (ORTIZ CALLE, 2004, p. 66); muy oportuno, porque imparte la obligación de integrar las exigencias de protección ambiental a la ejecución de políticas y acciones de la Comunidad contempladas en el Art. 3 TUE, con el objeto particular de fomentar el desarrollo sostenible.

En paralelo encontramos los Arts. 93 y 94 TUE, que facultan al Consejo a adoptar Directivas armonizadoras de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de orden nacional, que incidan en o se solapen con los criterios del mercado común. Potestad vista más como una competencia para moderar el ejercicio del poder tributario de los Estados miembros, pues no parece una facultad de aproximar las legislaciones que se interponen directamente al funcionamiento del mercado intercomunitario.

De acuerdo a lo expuesto, y para un mejor discernimiento de los límites del Derecho comunitario, hemos dividido nuestro estudio en límites originarios y derivados.

### 2.1 Límites que se desprenden del derecho originario

Los EE.MM. cuentan con amplias posibilidades de integrar medidas fiscales a sus políticas ambientales. Así, el Art. 95 del Tratado, por un lado, contempla que las disposiciones nacionales antecesoras a normas de armonización adoptadas por el Consejo o por la Comisión son justificables de mantener, por razones de preservación del medio ambiente. Y, por otro, estipula que, luego de la proclamación de normas armonizadoras, en cuanto un Estado miembro estime imperioso el establecimiento de disposiciones basadas en novedades científicas, tendientes a la protección del entorno natural, no serán impugnadas; pues en ambas situaciones tendrán la connotación de normas que superan los niveles de protección.

Aun con las posibilidades señaladas, los EE.MM., a la hora de establecer cualquier tipo de medida fiscal, se ven enfrentados a una serie de prohibiciones derivadas del Derecho

comunitario, instituidas en aras de blindar los principios que tienen por objetivo el establecimiento y funcionamiento del mercado interior, susceptibles de sufrir trasgresión con las medidas de fuente nacional, incluyendo las de carácter fiscal.

Todo tipo de restricciones normativas comunitarias se extienden a las figuras extrafiscales, creadas en función de una mayor protección del medio ambiente, como lo faculta el Art. 176 del Tratado, en cuyo precepto encuadra su sustento; y para que resulten compatibles con el Derecho de la Comunidad deberán acoplarse a las acciones comunitarias de política ambiental y a las libertades básicas consagradas en el Tratado.

Aunque en el seno de la Comunidad la tendencia ha sido la predominación de los intereses económicos, ello no significa que ante la imposición de medidas fiscales de carácter ambiental aquellas deban prevalecer siempre; a los tiempos de hoy, la política económica del bloque se sitúa en igualdad con los objetivos —de conservación, protección y mejora de la calidad de los recursos naturales— que se persiguen con la política ambiental. Por consiguiente, "sólo una figura tributaria que sirviera realmente a la protección del medio ambiente podría justificar restricciones de las libertades básicas del Tratado, como la libre circulación de mercancías entre los EE.MM" (ORTIZ CALLE, 2004, p. 69). Sin embargo, el mismo autor reconoce que de momento no existe jurisprudencia que lo habilite.

El profesor Chico de la Cámara (2004, p. 32 y 33) se muestra escéptico respecto a la prevalencia de la fiscalidad ambiental frente a las restricciones que pueda ocasionarle al mercado comunitario. Máxime cuando, pone de relieve, que su desarrollo ha estado entorpecido por limitantes del Derecho originario, cuya formulación se sustenta en el respeto a la política del mercado común. Cita, como principales medidas obstaculizadoras reflejadas en el Tratado, los "derechos de aduana y exacciones de efecto equivalente;[20] prohibiciones de tributos internos discriminatorios; restricciones cuantitativas al tráfico intracomunitario; la cláusula Stand–still en la política del transporte; así como la prohibición de ayudas de Estado".

Ante tanta restricción sobrevenida, el precitado autor afirma que, con relación a cualquier medida de los EE.MM. aplicada en beneficio del medio ambiente, de llegar a colisionar con las libertades comunitarias, no cabe duda de que prevalecerán las disposiciones entorpecidas en lugar de aquellas. Lo ha discernido de los fallos jurisprudenciales, –pues asegura que estos han dejado al descubierto la preferencia de las libertades cosagradas por el Tratado y de otros preceptos defensores del normal funcionamiento del mercado interior, en caso de resultar afectados por la normativa nacional.

Siguiendo la postura del mencionado autor, revisaremos los preceptos del Tratado que la contiene, a fin de determinar las razones que lo llevaron a subrayar las anteriores como principales prohibiciones Comunitarias en materia de fiscalidad ambiental.

• • •

20 Un estudio concienzudo sobre estas medidas puede verse en la publicación de Martos García (2012).

### 2.1.1 Derechos de aduana y medidas de efecto equivalente

Cobran protagonismo los derechos de aduana y las medidas de efecto equivalente suscritas por el TUE (Art. 3.1.a) y Arts. 23 y 24, respectivamente), en proclama a las restricciones a la entrada y salida de mercancías en territorio de los EE.MM., que resulten aparejadas a las figuras jurídicas nacionales con esas características. Son prohibidas en procura de evitar obstáculos a los intercambios internacionales, que les restan capacidad competitiva a las empresas que operan en territorio de la Unión.

Se aprecia que, con las medidas de efecto equivalente, los autores del Tratado pretendieron cerrar toda posibilidad a los EE.MM. de implementar derechos de aduana u otras medidas fiscales aparentes para evadir los objetivos trazados por el Tratado. Buscando que las prohibiciones impuestas no resulten soslayadas por las prácticas aduaneras o fiscales, el Tratado no escatima esfuerzos en dar rigidez a tales disposiciones, a fin de prevenir desaciertos en su puesta en práctica.[21]

Las dos prohibiciones contempladas en este apéndice, a través de abundante jurisprudencia, las ha esclarecido el Tribunal de Justicia. En relación con las medidas de efecto equivalente, el Alto Órgano comunitario inicialmente definió esta figura como un "derecho unilateralmente impuesto", que la legislación doméstica había optado por establecer con la finalidad específica de gravar productos que ingresasen a su territorio de otro país miembro, en el momento de la importación o posterior a ella, excluyendo la producción nacional similar; incidiendo, así, en la libre circulación de bienes por la alteración del precio que se presenta, semejante al efecto del derecho de aduana.[22]

Definición aquella que, quizás, se quedó corta o no fue lo suficientemente clara. Lo aseguramos porque el Tribunal, siete años después, reformuló tal definición y dejó como exacción de efecto equivalente "toda carga pecuniaria, por mínima que sea, impuesta unilateralmente, cualesquiera que sean su denominación y su técnica, que grave las mercancías por el hecho de atravesar la frontera",[23] sin que sea un derecho de aduana propiamente dicho. Aun cuando el TJUE haya agregado en la misma jurisprudencia que: i) el Estado que la establece no la perciba en beneficio propio, ii) la medida no ejerza ningún efecto discriminatorio o protector, y iii) el producto gravado no ejercite competencia alguna sobre la producción nacional. Disposición esta que complementa lo dictado por la jurisprudencia de antaño, que inicialmente se detuvo a conceptuar las medidas de efecto equivalente.

• • •

21 STJUE, de 1 julio de 1969, *Sociaal Fonds Diamantarbeiders* (As. C -2/69 y 3/69, Rec., p. 321), apart. 8.

22 STJUE de 14 de diciembre de 1962, *Comisión/Gran Ducado de Luxemburgo y Reino unido* (As. C-2/62 y 3/62, p. 284).

23 STJUE, de 1 de julio de 1969, *Sociaal Fonds Diamantarbeiders (A*s. C- 2/69 y 3/69, Rec. p. 322), apart. 18.

Con lo anterior se vislumbra que los juristas no corrieron riesgos al permitir el establecimiento de medidas que, en un principio, no provocasen discriminación; pero, quizás, en un futuro sí, surtiendo para entonces un efecto proteccionista real. Precisamente por ello, el Tribunal entra a prohibir aquellas medidas que, bajo el ropaje de otras denominaciones o establecidas mediante procedimientos distintos, conduzcan a los mismos resultados discriminatorios o protectores que los derechos de aduana.[24]

Es notoria la aprensión del Derecho comunitario con relación a las libertades comunitarias; pese a su vulnerabilidad, el Tribunal[25] entiende que los Arts. 95 y siguientes del Tratado no amplían el concepto de exacciones de efecto equivalente a los impuestos cuando, al momento de su exigibilidad, no existan productos nacionales comparables con los de procedencia de otro país miembro; por lo que no habría lugar a beneficios para el competidor ni perjuicios para el importador. Es decir, estos preceptos no atienden la discriminación potencial, siendo que una discriminación potencial tiende a hacerse real "cuando las circunstancias del mercado cambiasen y surgiesen productos nacionales (o no nacionales) que entrasen en competencia con aquellos que soportan la exacción" (MARTOS GARCÍA, 2012, p. 60).

En las circunstancias expuestas, ningún Estado miembro puede valerse de tributos ambientales con efectos equivalentes a derechos de aduanas (gravámenes de paso por frontera) para conservar su medio ambiente de productos intracomunitarios con incidencia negativa sobre el entorno natural, so pena de incurrir en sanciones comunitarias.

### 2.1.2 Prohibiciones a tributos internos discriminatorios

A las dos figuras antes expuestas se suman los tributos internos discriminatorios, así denominados por gravar los productos importados con tributos superiores a los que gravan los productos nacionales. También los describe la jurisprudencia del Tribunal[26] como exacciones de efecto equivalente, en la medida en que la ventaja proporcionada a los productos nacionales gravados compense íntegramente o en parte la carga que aquellos soportan, anulando, por tanto, la misma.

• • •

24 STJUE de 14 de diciembre de 1962, *Comisión/Gran Ducado de Luxemburgo y Reino unido* (As. C-2/62 y 3/62, p. 283)

25 STJUE, de 1 julio de 1969, *Sociaal Fonds Diamantarbeiders (*As. C -2/69 y 3/69, Rec., p. 323), apart. 20. Corren la misma suerte los impuestos que gravan del mismo modo los productos nacionales similares o comparables, y en ausencia de productos nacionales comparables, la doctrina del Tribunal extiende la medida a aquellas figuras que se incluyan dentro del ámbito de la tributación general interna o estén destinadas a compensar las contribuciones interiores dentro de los límites establecidos por el Tratado.

26 STJUE de 17 de setiembre de 1997, *Fricarnes* (As. C-28/96, Rec., p. I-4953), apart. 33, 1). b).

Como estas figuras se caracterizan por la protección que revisten a la producción nacional, la prerrogativa que resulta de ellas se muestra en equilibro con la carga fiscal que soportan los bienes nacionales, cuestión que pone en desventaja los productos importados.

Antes de tildar un tributo interno de discriminatorio, resulta importante su revisión en cuanto a los elementos estructurales que lo integran, esto es, el hecho imponible, la base gravable y que esté fundamentado en criterios de gravamen objetivos. Aunque los requisitos planteados se muestren acordes con las condiciones para no declararlo discriminatorio, habría que evaluar los incentivos fiscales que incorpora el tributo, pues es posible que las exenciones, reducciones, bonificaciones, deducciones o devoluciones anulen la cuota tributaria final de la producción nacional, gravando de manera exclusiva los productos de paso por la frontera (MARTOS GARCÍA, 2012, p. 60).

Las medidas de efecto equivalente a los derechos de aduana y las exacciones de efecto equivalente son supuestos diferentes en marco del Derecho comunitario. Las primeras abarcan todo un elenco de manifestaciones de la actividad misional del Estado, mientras que las segundas son cargas pecuniarias (STOFFEL VALLOTTON, 1987, p. 73). Como observamos, las exacciones son más delimitadas y específicas, y representan sustantivamente a las figuras fiscales, equiparables al mismo tiempo, con los tributos internos discriminatorios, estos últimos declarados por el Tribunal[27] complementarios a las disposiciones de derechos de aduana y a las mismas exacciones de efecto equivalente.

El Tribunal, al calificar las dos figuras aludidas de complementarias a los tributos internos discriminatorios, consta la diferencia de los tres conceptos; y en un Estado miembro, de detectarse la existencia de un instrumento fiscal contrario al Tratado, será una exacción de efecto equivalente o un tributo interno discriminatorio, "pero no por ambos motivos al mismo tiempo" (GONZÁLEZ GONZÁLEZ, 1999, p. 153), precisamente porque difiere el uno del otro, como hemos apuntado. No obstante, ambas situaciones ocasionan discriminación por cuestión de la procedencia de los bienes, una prohibición recogida en el Art. 12 del Tratado constitutivo de la Comunidad, que reza sobre el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad.

Las dos figuras jurídicas enunciadas son distintas en su esencia, de todos modos la jurisprudencia del Órgano judicial comunitario advierte que el hecho de que un Estado miembro no produzca los mismos bienes objeto de importación no lo faculta a imponer derechos a la importación. Y aunque son prohibiciones de paso por la frontera, incurrirán en la misma prohibición en el evento que discriminen productos de otra región del territorio nacional.

27 STJUE de 8 de noviembre de 2007, *Stadtgemeinde Frohnleiten, Gemeindebetriebe Frohnleiten GmbH & Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft* (As. C-221/06, Rec., p. I-9677), apart. 30.

Ahora bien, ¿por qué las prohibiciones de tributos internos discriminatorios repercuten en la tributación ambiental? Como se sabe, los tributos ambientales gravan bienes y productos nocivos ambientalmente hablando, bajo el mecanismo de aplicación de mayores tipos impositivos, preferiblemente. Gravar con más intensidad los productos no amigables con el entorno natural (gravámenes diferenciados[28]) constituye una práctica normal cuando se busca modificar la conducta del agente económico contaminante,[29] cada vez que las pautas de consumo se alteren positivamente, esto es, marchen en dirección al entorno natural. Al tiempo que resultan incidentes en la adopción de tecnologías afectas al medio por parte de productores y fabricantes.

No lograr lo apuntado resta efectividad a la tributación ambiental, porque se perdería su fin orientador u ordenador. La normativa comunitaria es rigurosa respecto al cumplimiento de las condiciones mínimas de fabricación de todo tipo de productos. Aun así, un Estado miembro puede considerar de riesgo ecológico determinado producto introducido por otro Estado de la Unión. De justificarse una restricción a la importación, exportación o tránsito por razones de protección del medio ambiente, las disposiciones nacionales no serán motivo de objeción, establece el TUE (Art. 95.4) a manera de excepción.

### 2.1.3 Restricciones cuantitativas al tráfico intracomunitario

Antes del Tratado de Roma, en la frontera intracomunitaria, mediante normalizaciones que significaban barreras físicas y técnicas, se limitaba la cantidad o el valor de los productos a importar o, en algunos casos, a exportar. Estas restricciones, cuando recaen sobre las importaciones, producen distorsión en el mecanismo de mercado, pues les impiden a los agentes económicos llevar a cabo los planes de consumo inicialmente trazados.

La consecución de un verdadero mercado único condujo a eliminar todas las medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas al tráfico intracomunitario, prohibición ahora consagrada en los Arts. 28 y 29 del TUE. Disposiciones calificadas por el TJUE de

• • •

28 Borrero Moro (2001) explica que, las "diferenciaciones en las cargas fiscales que inciden sobre las actividades económicas, las materias primas o el consumo que se produce en cada uno de los Estados miembros (...) pueden llegar a afetar el principio de libre circulación de bienes, provocar distorsiones de la competencias, vulnerar la prohibición de tributos internos discriminatorios o la prohibición de otorgar ayudas de Estado. De ahí, la preocupación por armonizar en determinados casos su establecimiento". Diferenciaciones que pueden darse en el tipo de gravamen, en una distinta base imponible o una gestión diferente del tributo.

29 Piña Garrido (2011) no comparte que la regulación que se da, por ejemplo, con los tributos propios discrimine a los ciudadanos comunitarios, puesto que ello llevaría a "suponer la creación de obstáculos al mercado interior europeo, limitando así el ejercicio de las libertades de establecimiento, residencia o circulación de bienes, servicios, capitales y personas". El autor opina que "la protección del medio ambiente debe situarse en pie de igualdad con el libre intercambio y la libre competencia entre los Estados".

carácter transitorio[30], pues las restricciones al mercado interior, de momento, como lo exponen Calderón Carrero *et al* (2009, p. 671), no resultan problemáticas para el Derecho comunitario, porque fueron abolidas por los EE.MM., algunas, incluso, señala el autor, antes de la entrada en vigor del Tratado de la Comunidad Europea; esto nos explica la ausencia de una prohibición tajante: "quedan" en la disposición Comunitaria, y que más bien se tenga un término vaticinador —"quedarán"—, por si uno de los Estados llegase a adoptar medidas obstaculizadoras del tráfico intracomunitario.

En el evento de que los EE.MM., con la expedición de su normativa comercial, obstaculicen, directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario, el TJCE indicó que constituirán medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas.[31]

### 2.1.4 La cláusula Stand–still

La política común de transporte, al tener por objetivo propender a la unión de fronteras entre EE.MM., de forma que la libre circulación de personas y bienes sea una realidad, también está protegida; su blindaje lo proporciona la cláusula Stand–still. Esta cláusula, a la que se refiere el profesor Chico de la Cámara (2004, p. 32 y 33), tiene asiento en el Art. 75 del TUE, que obliga a suprimir las discriminaciones que un transportista llegase a aplicar, de modo diferente, a las mismas mercancías y a las mismas relaciones de tráfico, de precios y condiciones de transporte por razones del país de origen o del destino de los productos transportados.

Esta cláusula, una medida de carácter general, aplicable a las disposiciones sectoriales, cuyo contenido del Derecho anglosajón se transcribió al Derecho interno, implica, entonces, un compromiso de no imponerle medidas restrictivas al comercio pasada una determinada fecha, congelándose de este modo los compromisos mínimos suscritos; punto en donde se refleja el componente temporal que distingue a este tipo de cláusula (MORENO GARCÍA--CANO & PLAZA TEJERA, 2009, p. 105).

La cláusula Stand–still también está presente en la prohibición de nuevas medidas restrictivas impuestas por los EE.MM. que, en protección de sus monopolios de mercancías, —bien en el proceso de fabricación, bien en el de producción o distribución al por menor— obstaculicen las condiciones de abastecimiento y de mercado, o que limiten el alcance de los artículos promulgadores de la prohibición de los derechos de aduanas y de las restricciones cuantitativas entre Estados (MIRANDA PÉREZ, 2003, p. 244).

### 2.1.5 Ayudas de Estado

Por último, y para ir concluyendo con este epígrafe, haremos una breve revisión a la prohibición

30 STJCE, de 19 de diciembre de 1968, Asunto 13/68, Rec. 1968, Salgoil, p. 253.

31 STJCE, de 11 de julio de 1978, Asunto 8/74, Rec. 1974, Dassonville, p. 387.

de otorgar ayudas de Estado; una figura que pertenece al paquete de medidas que describe el Derecho europeo (Art. 107, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE, en adelante) como limitantes de la política de mercado común.

Es oportuno precisar que una ayuda estatal —independientemente de la medida empleada—, en sí misma no constituye una medida prohibida; para que se clasifique dentro de las medidas prohibitivas, es fundamental que sea otorgada en favorecimiento de determinadas empresas o producciones (Art. 87 TUE), y que, además, la dádiva falsee o amenace con falsear la competencia para que sea considerada incompatible con el mercado interior, por cuanto afecta el intercambio comercial entre EE.MM.

Hemos dicho que una ayuda estatal no se clasifica necesariamente como medida prohibida, al tiempo que no toda asistencia de un Estado se ajusta a una ayuda estatal;[32] para que eso concurra se requiere la convergencia de: i) una ventaja económica o financiera; ii) selectividad entre determinadas empresas o producciones; iii) la imputación de una medida al Estado o que se incurra en transferencia de fondos estatales; y, por último, iv) un falseamiento de la competencia, o que se tienda a ello y que esto afecte los intercambios comerciales.[33]

Advertido lo anterior, el TJ ha precisado que toda medida destinada a eximir, parcial o totalmente, las cargas económicas resultantes de la aplicación normal del régimen o el sistema general a las empresas de un sector determinado es constitutiva de ayuda estatal y no requiere justificación en la naturaleza del sistema general que lo contemple.[34] También recordó "que la prohibición de principio de las ayudas de Estado no es absoluta ni incondicional";[35] y no puede serlo cuando el mismo Tratado (Art. 92.1) autoriza a la Comisión a apreciar la compatibilidad o incompatibilidad con el mercado común de las ayudas de Estado.

La Comunicación (98/C 384/03) expresa que la naturaleza o economía del sistema fiscal es un criterio que justifica una ayuda de Estado de carácter selectivo. Es por ello que el Tratado declara como compatibles con el mercado común aquellas ayudas de carácter social

• • •

32 En los mismos términos se expresó el TJUE, al señalar que "no significa que todas las ventajas otorgadas por un Estado constituyan ayudas"; sin embargo, afirma el Alto Tribunal que una ayuda será "tanto si se financia con fondos estatales como si no"; independientemente que "sea trate de "ayudas otorgadas por los Estados" o concedidas "mediante fondos estatales", distinción que, como explica el máximo Órgano, tiene por "único objeto (...) incluir en dicho concepto las ventajas concedidas directamente por el Estado, así como las otorgadas por medio de organismos públicos o privados, designados o instituidos por el Estado". STJCE de 13 de marzo de 2001, PreussenElektra AG (C-379/98, Rec., p. I-2181), apartado 58.

33 Cuatro elementos que la profesora Moreno González (2011) sintetiza para que una ayuda se clasifique como estatal.

34 STJUE, de 2 de julio de 1974, Italia/Comisión (Asunto 173/73, Rec. p. 333), apart. 333.

35 STJUE, de 8 de noviembre de 2001, Adria-Wien P. GmbH y Wietersdorfer & P. Z. GmbH contra F. für Kärnten (C-143/99, Rec. p. I-8393), apartado 30.

y las destinadas a atender las consecuencias de los desastres causados por la madre naturaleza, así como las derivadas de acontecimientos que ocurran excepcionalmente. No obstante, también expresó que algunas ayudas de carácter económico "podrán" ser, también, compatibles con el mercado común; refiriéndose a las designadas a atender el desarrollo de regiones en condiciones precarias; las destinadas a la realización de proyectos importantes de interés común europeo; las que facilitan el desarrollo de ciertas regiones o actividades económicas; y las que se dediquen a promover la cultura y la conservación del patrimonio.

Al contrario de lo que se pensaba, cualquier Estado miembro es libre de dictar una medida de esta categoría, entre otras razones, porque contribuye a dar coherencia al régimen tributario y, por qué no, a promover un crecimiento económico sostenible.

De acuerdo con lo expuesto, la Comunicación de la Comisión (98/C 384/03), expresa que la capacidad de los EE.MM. de escoger la política económica que juzguen más apropiada, o la facultad para repartir como lo estimen oportuno, la carga fiscal impuesta sobre los diferentes factores de producción no se ve limitada por las condiciones a cumplir para que una medida no constituya ayuda de Estado prohibida; pues esclarece que "el carácter diferencial de determinadas medidas no implica necesariamente que sean ayudas estatales. Tal es el caso de medidas cuya racionalidad económica las hace necesarias o funcionales con respecto a la eficacia del sistema fiscal". Eso explica —observamos de la Comunicación— que "la Comisión examina la compatibilidad de las ayudas no en función de su forma, sino de sus efectos".

Al respecto, encontramos oportunas las palabras de la profesora Uriol Egido (2004, p. 4), que, apoyada en la doctrina del TJUE,[36] exclama su desacuerdo en que una medida se juzgue como ayuda de Estado observando únicamente los efectos que surte sobre la competencia. Según su apreciación, "una medida tributaria que sea exigencia de un principio material de justicia (...) no tiene por qué considerarse selectiva y, por tanto, incompatible con el mercado común"; toda vez que, si una ayuda de Estado goza de un alcance general[37]

• • •

36 STJCE de 29 de abril de 2004, *Países Bajos/Comisión* (As. C-159/01).

37 La Comunicación de la Comisión (98/C 384/03), relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas, señala como medidas no constituyentes de ayudas de estatales las siguientes, siempre que se apliquen de la misma manera a todas las empresas y a todas las producciones:
"- Las medidas de pura técnica fiscal (fijación de los tipos impositivos, de las normas de depreciación y amortización y de las normas en materia de aplazamiento de pérdidas; disposiciones destinadas a evitar la doble imposición o la evasión fiscal legal),
- Las medidas destinadas a lograr un objetivo de política económica general mediante la reducción de la carga fiscal vinculada a determinados costes de producción (por ejemplo, investigación y del desarrollo, medio ambiente, formación y empleo)".

y no de un carácter selectivo, se encuadra como compatible con el mercado común. La autora se refiere a los principios de justicia material, ya que son los encargados de garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales y de permitir que el Derecho transcurra en armonía y de acuerdo con la justicia que imparte la Carta Magna (DE PERALTA Y CARRASCO: 2003, p. 446).

En principio, la distinción selectiva, producto de la diferencia de trato, marca la pauta para declarar una ayuda carente de justificación. Llama la atención que no sean precisamente los efectos que produce sobre la competencia. Con ello corren riesgo los incentivos fiscales, de por sí selectivos, en la medida que el administrado tributario siga las pautas para obtener el beneficio que la ley fiscal le plantea. Centrada en lo anterior, Uriol Egido (2004, p. 4), estima que, de declararse un incentivo fiscal de selectivo, este "entraría automáticamente (…) al campo de aplicación (…) [del Art. 87.1 TUE] y se podría llegar a una situación en la que se privase al legislador de la potestad de establecer este tipo de normas".

Ante las estipulaciones referidas, ¿qué significa una ayuda de Estado en términos del TFUE? El TJUE ha concluido que "el concepto de ayuda es más general que el de subvención, ya que comprende no sólo las prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza (…) [,] tienen efectos idénticos",[38] y "reúne[n] el requisito de especificidad".[39]

El TJUE —a lo largo de su desarrollo jurisprudencial— deja entrever que la ayuda de Estado no es un concepto cegado, sino que se extiende a todo beneficio que aliviane las cargas de una empresa[40] o de un grupo de ellas, otorgándoles una ventaja competitiva en el mercado. No podrían quedar de lado las exenciones fiscales o cualquier otra figura tributaria empleada en la aminoración de los gastos empresariales,[41] donde una empresa, de no contar

38 STJCE de 15 de marzo de 1994, *Banco Exterior de España* (C-387/92, *Rec.*, p. I-902), apartado 13.

39 STJCE de 1 de diciembre 1998, *Ecotrade* (As. C-200/97, *Rec.*, p. I-7926), apartado 40.

40 La Comunicación (98/C 384/03), especifica que la ventaja a la que se hace alusión "puede obtenerse al reducir la carga fiscal de la empresa de diferentes maneras y, en particular, mediante:
-La reducción de la base imponible (deducción excepcional, amortización extraordinaria o acelerada, inscripción de reservas en el balance, etc.),
-La reducción total o parcial de la cuantía del impuesto (exención, crédito fiscal, etc.),
-El aplazamiento, la anulación o incluso el reescalonamiento excepcional de la deuda fiscal".

41 Para una reflexión más amplia, ver a Urrea Corres (2007). Esta autora discierne varios preceptos jurisprudenciales del TJCE y concluye que, dentro del concepto de ayuda estatal, está inmersa toda figura que "provoque un *beneficio" y* que aminore los gastos de una empresa. Entre los que no escapan las exenciones tributarias, subrayadas por el TJCE como medidas que, aunque no implican transferencia de fondos

con esos beneficios, estaría en igualdad de condiciones con aquellas que, de momento, no los tienen reconocidos.

Entonces, ¿qué relación tienen las ayudas de Estado con el establecimiento de tributos ambientales? Apuntamos con anterioridad que, para mayor efectividad de la tributación ambiental, la doctrina especializada en el ramo recomienda configurar beneficios tributarios en forma de incentivos,[42] a efectos de animar a los sujetos pasivos a realizar inversiones en tecnologías limpias o alternativas.

Ante la circunstancia puntualizada, y tras el hecho de orientar las decisiones de empresarios y consumidores (características de ordenación) contrarias a la protección del medio ambiente; de actuar en función de comportamientos económicos favorables al contribuyente, financiando la renovación de instalaciones que apuntan a la mejora del medio natural, mediante la concesión de exenciones,[43] no cabe duda de que la figura tributaria ambiental plantea serios problemas frente a las exigencias del Derecho comunitario, porque se encuadra como un conjunto de medidas entorpecedoras del normal funcionamiento del mercado común;[44] de ahí que recíprocamente tildemos el Derecho originario de contemplar límites que frenan su desarrollo.

• • •

estatales, colocan a las empresas beneficiadas en una situación financiera más favorable que el resto de los contribuyentes; por esa razón, afirma el Alto Órgano Comunitario, constituye una ayuda de Estado en los términos del Tratado. STJCE de 15 de marzo de 1994, *Banco Exterior de España* (C-387/92, *Rec.*, p. I-908), apartado 14.

42 La exención es el incentivo recomendado. Se ha encontrado que esta figura tributaria logra paliar los efectos negativos de los tributos ambientales, sobre todo en circunstancias relacionadas con la pérdida de competencia de las industrias nacionales. Borrero Moro (2001), Cristóbal, *Límites del Derecho,* cit. (n. 26) p. 25 n. 193. Las exenciones tributarias clasifican como incentivos a la inversión, bajo la figura de beneficios fiscales incorporados en tributos ordinarios, y como ayudas de funcionamiento cuando corresponden a beneficios fiscales erigidos en tributos ambientales; es la categorización que aporta el profesor Chico de la Cámara (2004).

43 En ese orden de ideas, las exenciones ambientales están en principio prohibidas por la disposición del Art. 87.1 TCE. Respecto a las exenciones ambientales aplicadas a productos, BORRERO MORO (2001) opina lo contrario, considera que si éstas se extienden a productos procedentes de otros Estados Miembros no encuadran como prohibidas en términos del Art. 87.1 TCE, lo importante – afirma – es que no se produzca diferenciación entre productos nacionales e importados, pues de ese modo no habría afectación de los intercambios comerciales.

44 Algo inconcebible. Es momento de que las libertades básicas del Tratado y la política de medio ambiente no rueden por separado, es hora de que impere la compatibilidad entre ellas. Ortiz Calle (2004) razonablemente opina que "si el medio ambiente es un principio general inspirador de cualquier acción comunitaria, la mera afectación de alguna de las libertades básicas del Tratado por un tributo ecológico no (…) [justifica] expulsar del ordenamiento jurídico a una medida estatal de naturaleza tributaria que aspira a alcanzar un nivel de protección más elevado que lo exigible por las normas del Derecho Comunitario; porque, en definitiva, la protección del medio ambiente no se encuentra en inferior jerarquía".

2.1.5.1 *El concepto de ayuda de Estado en función de los efectos que produce*

Ya hemos tenido ocasión de caracterizar las ayudas de Estado. Ahora nos detendremos a examinarlas en función de los efectos que producen.

Las ayudas de Estado, en principio, son incompatibles con el mercado común (Art. 87.1 TUE); pero, como excepción a toda regla general, el apartado 2 del Art. 87 TUE define algunas medidas siempre compatibles; mientras que el Art. 87.3 TUE lista las ayudas que la Comisión puede determinar compatibles con el mercado. No obstante, existen otras medidas que, por circunstancias excepcionales, el Consejo puede declarar compatibles (ORTEGA GUÍO, 2012, p. 3 y 5). Entendemos que de ello se desprende el criterio jurisprudencial respecto al apartado 1 del Art. 87 TUE, donde se precisa que esta disposición "no establece una distinción según las causas o los objetivos de las intervenciones estatales, sino que las define en función de sus efectos",[45] siendo lo mismo, en función de las consecuencias finales que produzca; dando a entender dicho pronunciamiento que si la medida empleada, sea cual sea, provoca una afectación del mercado interior, de entrada se configura como prohibida.

Admitidas estas premisas, el Órgano jurisprudencial de la UE, en aras de no obstaculizar el desarrollo de la política económica de los EE.MM., ha dictaminado que no constituyen medidas de ayuda:[46]

– Una tarifa preferencial, cuya implementación esté justificada en motivos de tipo económico.

– Las prácticas que respondan a fines políticos, justificadas, objetivamente, en razones comerciales.

2.1.5.2 *La comisión y su rol en la evaluación de las ayudas de Estado*

Ya decíamos que las ayudas de Estado no están de entrada prohibidas, deben reunir los requisitos que describe el Derecho originario para no quedar desaprobadas por la Comisión. Como lo transmite la Comunicación (98/C 384/03), el principio de incompatibilidad con el mercado de la Unión y las excepciones que presenta el Derecho originario se aplican a las ayudas bajo cualquier forma y, en particular, a las medidas fiscales; correspondiéndole a la Comisión examinar permanentemente los regímenes de ayuda existentes entre los EE.MM., a fin de recomendar las más apropiadas, que den vía al desarrollo progresivo del mercado

45 SSTJUE, 26 de septiembre de 1996, *República francesa contra comisión* (As.C-241/94, Rec., p. I- 4575), apart. 20 y de 2 de julio de 1974, *Gobierno de la República Italiana/ Comisión* (As.173/73, Rec., p. 332), apart. 27.

46 STJUE, 29 de febrero de 1996, *Reino de Bélgica/ Comisión* (As. C-56/93, Rec., p. I-790), apart. 79.

interior (Art. 88.1 TUE). Esta facultad, aunque necesaria, seguramente no es más importante que la competencia de apreciar una ayuda para admitirla como excepción a la prohibición general del apartado 1 del Art. 87 TUE, por eso su responsabilidad está orientada a aclarar y reforzar la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales con carácter fiscal.

La facultad de apreciación en que se circunscribe la Comisión está fundamentada en el Art. 87.3 TUE, que busca desarrollar el objetivo general del Art. 87 TUE, citado por la doctrina jurisprudencial y al que le atañe como propósito fundamental "evitar que los intercambios entre Estados miembros resulten afectados por las ventajas otorgadas por las autoridades públicas que, bajo cualquier forma, falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones";[47] es decir, a la Comisión le compete la tarea de reducir el falseamiento de la competencia en el mercado único. Una función que la Comisión no ejerce a cabalidad, pues su poder de autorización se percibe entorpecido con la exención previa de determinadas categorías de ayuda, como un régimen previamente aprobado por el Derecho europeo: un Estado, para ratificar una ayuda *uti singuli*, no requiere notificarla ante la Comisión para obtener su autorización (PÉREZ RIVARÉS, 2011, p. 2).

Una función nada fácil de desempeñar; el mismo TJ aduce que el proceso "plantea problemas que implican la consideración y apreciación de hechos y circunstancias económicas complejas y que pueden variar rápidamente".[48] Entre esas consideraciones y apreciaciones se apuntan los principios constitucionales rectores de cada sistema impositivo, de observación y respeto por parte de la Comisión a la hora de dictaminar la incompatibilidad de una ayuda. Así, una ayuda puede ser compatible con el mercado común al derivar de los principios fundadores o directivos de los sistemas tributarios nacionales, por el hecho de descansar en ellos o en la naturaleza o economía del sistema fiscal (URIOL EGIDO, 2004, p. 4).

Tan pronto como la Comisión oficialice la incompatibilidad de una ayuda con el mercado único, el Estado emitente deberá suprimirla o modificarla de manera perentoria; sin perjuicio de acudir al Tribunal de Justicia si el Estado de que se trate no actúa con la diligencia que el caso amerita.[49] A no ser que correspondan a diferencias objetivamente justificadas, pues, en dicha situación, el Art. 95 TUE no obliga a los EE.MM. a suprimirlas.[50]

El Art. 5 del Tratado estipula que la Comunidad actuará dentro de los límites de sus competencias atribuidas y solo intervendrá en aquellas que no sean de su ámbito, en la medida

• • •

47 STJUE, de 2 de julio de 1974, *Gobierno de la República Italiana/ Comisión* (As.173/73, Rec., p. 332), apart. 26.

48 STJUE, de 14 de febrero de 1990, *República Francesa/Comisión* (As. C-301/87, Rec., p. I-355), apart. 15.

49 STJUE, de 2 de julio de 1974, *Gobierno de la República Italiana/Comisión* (As.173/73, Rec., p. 330), apart. 16.

50 STJUE, de 2 de abril de 1998, *Outokumpu* (As. C-213/96, Rec., p. I-779), apart. 40.

en que los EE.MM. no logren alcanzar las acciones pretendidas de manera eficiente; esto nos da argumentos para afirmar que la función de apreciación de la Comisión no es cuestión caprichosa. La desarrolla en cumplimiento de las directrices comunitarias y en ningún momento ejerce el papel de ente supervisor de las intervenciones estatales, extralimitándose en funciones, puesto que la misma normativa de la Comunidad lo evita.

El hecho que no haya intervención marcada por parte de la Comunidad en materia de ayudas agrada a la doctrina especializada en el ramo (ORTIZ CALLE, 2004, p. 67), pues ve una oportunidad a alcanzar por parte de los EE.UU., incluso una oportunidad de superar los estándares medioambientales exigidos por el Derecho de la Unión, con sus propios mecanismos y medios legales; además, contribuye al cumplimiento misional de la Comunidad, que es promover un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente, como lo precisó el TJ.[51] Así, la exigencia de protección del componente medioambiental, uno de los objetivos comunitarios pretendidos que recoge el Art. 174 del Tratado, se cree, en consecuencia, que contribuya a la declaratoria de compatibilidad de algunas ayudas de Estado con el mercado común (CHICO DE LA CÁMARA, 2004, p. 40).

El rol de la Comisión en el campo de las ayudas ha sido clave. La falta de precisión sobre las limitaciones que imponen las disposiciones comunitarias fuente, mediante unos instrumentos atípicos, denominados comunicaciones, presenta sistemáticamente y a la manera de su entender, precisiones en la aplicación de las ayudas a efectos de ofrecerles, a los EE.MM. y demás interesados, una idea clara y coherente de lo que se exige (PÉREZ RIVARÉS, 2011, p. 3 y 4).

### 2.2 Límites emanados del Derecho derivado

No es desconocido que la gama de normas que componen el Derecho derivado en muchas ocasiones son óbice en el intento de establecer tributos ambientales, como lo veremos en los apartados siguientes.

#### 2.2.1 Directiva 92/81/CEE

*a) Exención de hidrocarburos en el impuesto especial armonizado*

Una de las primeras cuestiones entorpecedoras de la tributación ambiental se refiere a la exención sobre la utilización de hidrocarburos en el impuesto especial armonizado que la Directiva 92/81/CEE autoriza, es decir, con el hecho de solamente admitir que se graven los hidrocarburos utilizados como carburante o combustible para calefacción y los hidrocarburos empleados como carburante en la navegación de recreo privada (art. 8.1 a) y b), respectivamente),

51 STJUE, de 2 de abril de 1998, *Outokumpu* (As. C-213/96, Rec., p. I-1810), apart. 32.

que deja como exentos los que no se empleen en esos menesteres; a pesar que la Directiva 2008/118/CEE del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa al régimen general de los impuestos especiales, y que derogó la Directiva 92/12/CE, les permite a los EE.MM. gravar los productos energéticos —entre los que cuentan los hidrocarburos— con nuevos impuestos indirectos de finalidad específica, a condición de que tales impuestos no sean contrarios a las normas impositivas que rigen los impuestos especiales o el Impuesto sobre el Valor Añadido - IVA (Art. 1.2).

La restricción respecto a los impuestos ecológicos se hace notoria con la dificultad de conseguir una relación disoluble entre las emisiones generadas y el consumo del producto exento, pues, por mucho que se intente gravar solamente las emisiones, la utilización del producto sale gravado en igual proporción, debido a la relación inherente entre las emisiones objeto de mitigación y el consumo de carburantes, donde lo primero no puede suceder sin lo segundo.

*b) Exención a proyectos piloto de desarrollo tecnológico que estén relacionados con combustibles procedentes de recursos renovables*

Otra restricción que procede también de la Directiva 92/81/CEE y que entorpece el desarrollo de la fiscalidad ambiental está dada en la no autorización a los EE.MM. de aplicar exenciones de los impuestos especiales a todos los proyectos piloto dirigidos a impulsar y desarrollar productos menos contaminantes, pues la prerrogativa se extiende solamente a un tipo de proyectos: aquellos que tengan por objeto el desarrollo tecnológico de productos relacionados con los combustibles obtenidos a partir de recursos renovables (Art. 8.2 d)). Se considera un impedimento al establecimiento de tributos ecológicos porque con ello se estaría coartando la función orientadora de estos gravámenes, al no ser posible la aplicación de la exención de los tipos impositivos de impuestos especiales ambientales a otros proyectos piloto no enmarcados dentro del desarrollo tecnológico de productos combustibles extraídos de recursos renovables; esto es, la Directiva cohíbe que la exención se aplique como medida incentivadora, evitando así que redunde en la reducción de las emisiones de gases contaminantes.

### 2.2.2 Directiva 2008/118/CEE: exigencia al cumplimiento de fines específicos en los tributos indirectos

La Directiva 2008/118/CEE también ha mostrado aires limitadores de la tributación extrafiscal con propósitos ambientales. La condición expresa de que los gravámenes indirectos que los EE.MM. puedan imponer a los productos sujetos a impuestos especiales tengan fines específicos se vuelve un poco compleja a la hora de establecer tributos medioambientales, toda vez que desautoriza sufragar los gastos generales medioambientes o de sanidad con el producto obtenido del impuesto indirecto, por cuanto la finalidad específica del gravamen es entendida, desde del seno del Tribunal de Luxemburgo, como la financiación directa de los costes ambientales que se generan tras el consumo del producto gravado.

### 2.2.3 Directiva 2004/35/CE: exención de los costes producto de medidas reparadoras

La Directiva 2004/35/CE tampoco se queda atrás. En ella se detectan ciertos roces con la figura tributaria ambiental. El hecho de que la normativa comunitaria admita a los EE.MM. que los llamados operadores, es decir, "cualquier persona física o jurídica, privada o pública que desempeñe o controle una actividad profesional o (...) que ostente, por delegación, un poder económico determinante sobre el funcionamiento técnico de esa actividad", no sufraguen los costes de las medidas reparadoras que se desprendan de daños producto de emisiones o actos explícitamente autorizados, atenta contra el principio contaminador-pagador que fundamenta la tributación ecológica, por cuanto este busca que todo propiciador de costes ambientales los asuma, indistintamente de que las emisiones estén respaldadas por una autorización o no, ya que su formulación no se sustenta en un nivel mínimo o máximo de contaminación.

La declaratoria de exoneración que beneficia a los operadores por no incurrir en culpa o negligencia en las emisiones contaminantes, y que la Directiva en cuestión permite conceder, constituye un óbice para la instauración de tributos ambientales, pues estos inducen a incorporar los costes de la contaminación en el precio de los productos o en alguna de sus etapas de fabricación.

### 2.2.4 Directiva 1999/62/CE: prevalencia de las políticas de carácter económico y social respecto a criterios de conservación medioambiental

El análisis emprendido sobre las directrices que componen el Derecho derivado, y que tropiezan con los tributos llamados de ordenación, incumbe, en esta ocasión, a la Directiva 1999/62/CE, de 17 de junio de 1999, relativa a la aplicación de gravámenes a los vehículos pesados de transporte de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras; la colisión a la que nos referimos se detecta patentemente en la prevalencia de las políticas de carácter económico y social respecto a criterios de conservación medioambiental, cuando la presente Directiva autoriza a un Estado miembro a sostener exenciones o reducciones referente a impuestos sobre vehículos, por razones de política específica o en caso de imperar circunstancias de índole socioeconómica o motivos estrictamente vinculados con la infraestructura (vial) del Estado del que se trate.

Entendemos que las razones de política específica a las que hace alusión la Directiva 1999/62/CE, tienen relación con el componente medioambiental, ya que considera pertinente que los EE.MM., en lugar de aplicar todo un sistema de tasas por utilización de infraestructuras, den aplicabilidad a una tasa que, aunque relacionada con la infraestructura definida en su red de autopistas, plantea la importancia de que esté acoplada a las condiciones concretas de determinadas rutas alpinas.

Así las cosas, las medidas fiscales de carácter medioambiental continúan situándose en plano secundario en un sector tildado como uno de los más perjudiciales con el entorno natural y, sobre todo, con el medio atmosférico.

### 2.2.5 Directiva 2001/80/CE: la no sujeción tributaria para ciertas instalaciones de combustión

En otro campo, la Directiva 2001/80/CE, de 23 de octubre de 2001, que limita las emisiones a la atmósfera de determinados contaminantes procedentes de grandes instalaciones de combustión, no sujeta a sus disposiciones a varias instalaciones, pese a la obligación que imparte a los EE.MM. de adecuar programas tendentes a reducir progresivamente las emisiones anuales que procedan de instalaciones existentes en su respectivo territorio.

Entre las instalaciones que deja fuera de su ámbito de aplicación figuran aquellas cuya potencia térmica nominal es inferior a 50 MW, indistintamente de que utilicen combustible en estado sólido, líquido o gaseoso. El Art. 2.7 también menciona las instalaciones accionadas por motor diésel, de gasolina o de gas; las instalaciones que empleen hornos de recalentamiento u hornos para tratamiento térmico o bien dispositivos técnicos destinados a depurar los gases residuales por combustión o reactores empleados en la industria química.

Como las grandes instalaciones de combustión se distinguen por contribuir con el agudizamiento de las emisiones de dióxido de azufre y de óxidos de nitrógeno al sistema atmosférico de la Comunidad; entrado el 1 de enero de 2016, la Directiva en cuestión, ordena a los titulares de una instalación existente cumplir con los valores límite de emisiones y figurar en el plan nacional de reducción de emisiones. De todas formas, esta Directiva deja entrever que el proceso de producción de energía es más contaminante, pues sujeta a sus disposiciones a todas las instalaciones de combustión destinadas a la producción de energía, con excepción de las instalaciones que, de manera directa, usen productos combustibles en los procedimientos de fabricación.

La Directiva en alusión, entonces, admite la emisión a la atmósfera de cierta cantidad de sustancias contenidas en los gases residuales de instalaciones, durante un determinado período. En función de limitar o reducir al máximo la emisión a la atmósfera de estas sustancias contaminantes, convendría gravarlas con un tributo ambiental, instrumento que, a esos efectos, incluso procede en productos como el diésel, la gasolina y el gas; sin embargo, sería desconocer lo dictado por la Directiva 2001/80/CE, que está de parte de la contaminación permisible. Las instalaciones (infraestructuras) bajo ninguna circunstancia pueden gravarse con tributos ambientales, ya que son objeto de gravamen por otros impuestos directos y reales.

## Conclusiones

Es bien conocido que las CC.AA. han desarrollado en buena parte la tributación ambiental en España. El poder de autonomía financiera del que gozan ha marcado la pauta para ello, más que su obligación constitucional de cuidar y restaurar el medio ambiente, y de su deber, también constitucional, de velar para que los ciudadanos hagan uso adecuado y racional de los recursos naturales; sin embargo, no se trata de una potestad tributaria absoluta, ni desde la

perspectiva constitucional y legislativa, ni desde el ámbito del Derecho originario, la fijación de sus propios tributos, en este caso ambientales, ha estado condicionada y, al mismo tiempo, limitada, por varios preceptos jurídicos.

Iniciando por el Derecho nacional, el Art. 157.2 CE no les permite a las CC.AA. "adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio o que supongan obstáculo para la libre circulación de mercancías o servicios", mandato que les es más fácil de cumplir en cuestión de los impuestos de naturaleza real, por tratarse de bienes inmuebles *in situ*, que a nivel de impuestos de naturaleza personal, ya que estos los soporta directamente el contribuyente, susceptible de constante cambio de domicilio. Aunque, en materia de impuestos ambientales, no es pertinente hablar de impuestos reales o personales, sino de imposición directa o indirecta, según sea el método de cálculo de la base imponible, siempre que recaigan sobre el transporte, el consumo y vertido de agua, las emisiones de gases, los residuos, la energía no renovable y productos no afectos con el entorno natural.

El precepto constitucional en alusión se circunscribe a dos criterios: territorialidad y no interferencia económica. En materia de tributación ambiental, este último resulta limitante en su desarrollo, ya que la figura fiscal ecológica puede tildarse de obstaculizadora del derecho a la libre circulación de mercancías o de servicios, cuando somete a gravamen el consumo de determinados bienes de producción o el consumo de productos acabados, potencialmente contaminantes.

A la anterior limitante constitucional se suma la dictada por la LOFCA, que imprime prohibición expresa a las CC.AA. de establecer impuestos que recaigan sobre hechos imponibles gravados por el Estado (Art. 6.2) y sobre hechos imponibles gravados por los tributos locales (Art. 6.3); lo que ha dado en llamarse principio de separación. Preceptos que no ostentan finalidad diferente a la de frenar el exceso de poder tributario del legislador autonómico, que se vería reflejado en la duplicidad de hechos imponibles, entorpeciendo de ese modo la justicia tributaria que pregona el Texto Constitucional.

Así las cosas, el legislador autonómico, para establecer sus propios tributos, puede disponer de los objetos materiales o fuentes impositivas (materias imponibles) que considere conveniente gravar; no obstante, muchas de ellas ya soportan hechos imponibles de corte estatal; además, al igual que el legislador estatal, deben acatar las diferentes exigencias y condicionamientos que depara el Derecho nacional y Comunitario; por eso, la posibilidad de creación *ex novo* de tributos extrafiscales con fines ambientales, por parte de las CC.AA., es bastante reducida.

A fin de modular la conducta de productores y consumidodres, la tributación ambiental opta por gravar productos contaminates con tipos impositivos altos. Así, en el evento que un Estado miembro introduzca productos como los señalados, a otro Estado integrante de la Unión, tildado por aquel de contaminantes del medio ambiente, bien puede entrar a gravarlos con tipos impositivos gravosos, siempre que los productos no sean similares a los

nacionales; de lo contrario, caería en la prohibición del Derecho comunitario de gravar productos de los demás EE.MM. con tributos internos, superiores a los que graven directa o indirectamente los productos nacionales similares, porque se constituiría en un tributo interno discriminatorio. En ese sentido, ningún Estado miembro puede valerse de los tributos ambientales para obstaculizar las libertades comunitarias.

La tributación ambiental constituye uno de los instrumentos económicos más eficaces en la tarea de proteger el medio ambiente, sin embargo, no debe ser vista como única medida de salvaguarda ecológica. Lo ideal es que se conjugue con otros instrumentos existentes en marco de la política pública ambienal.

En caso de detectarse conductas benéficas, ambientalmente hablando, entre los agentes económicos, es recomendable introducir, o, en su defecto, fortalecer los incentivos tributarios en rigor, que normalmente se configuran en exenciones, deducciones y bonificaciones; previa verificación de que no correspondan a ayudas de Estado prohibidas, es decir, que no constituyan medidas en favorecimiento de determinadas empresas o producciones o que falseen la competencia o amenacen hacerlo, afectando así el intercambio comercial de la Unión.

La serie de prohbiciones que presenta el Derecho comunitario ha sido en obediencia a la protección del intercambio comercial entre EE.MM., que, en el funcionamiento del mercado común, ha constituido la prioridad de la Comunidad; si bien que, en la actualidad, esto ha evolucionado, los objetivos de la política ambiental son también de suma transcendencia, y desde hace unos lustros se desarrollan en armonía con los propósitos de la política económica del Bloque.

**NOTA**

*Este artículo es producto de una investigación en curso: "Fiscalidad ambiental: implicación sobre los tributos tradicionales y su transcendencia en las políticas económicas de Colombia", desarrollada en marco de mi tesis doctoral.*

## REFERENCIAS

BAYONA DE PEROGORDO, Juan José; SOLER ROCH, María Teresa. *Compendio de Derecho Financiero.* Alicante: Compás, 1991.

BORRERO MORO, Cristóbal. Límites del Derecho comunitario a los tributos ambientales. *Revista Noticias de la Unión Europea*, No. 193, 2001.

CALDERÓN CARRERO, José Manuel *et al. Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*. Valencia: CISS, 2009.

CHECA GONZÁLEZ, Clemente. Límite derivado del Art. 6.2 de la LOFCA para establecimiento de impuestos propios por parte de las Comunidades Autónomas. *Nueva Fiscalidad* No. 3, 2003.

CHICO DE LA CÁMARA, Pablo. Límites a la fiscalidad ambiental a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista Noticias de la Unión Europea,* No. 237, 2004.

DE PERALTAY CARRASCO, Manuel. Una propuesta para unificar la aplicación de la "justicia material" del sistema arbitral de consumo en el marco de la U.E. *Anuario de la Facultad de Derecho*, No. 21, 2003.

FERNÁNDEZ BRENES, Silvia. Las exoneraciones y desgravaciones tributarias a la luz de los principios constitucionales. Fo*ro constitucional iberoamericano*, No. 8, 2004.

GARCÍA NOVOA, César. Reflexiones sobre los impuestos propios de carácter medioambiental en el ámbito de la tributación autonómica. *Revista Noticias de la Unión Europea*, No. 274, 2007.

GIRÓN LARRUCEA, José Antonio. *La Unión Europea, la Comunidad Europea y el Derecho comunitario*. Secretariado de Publicaciones, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2002.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Ana Isabel. Las exacciones de efecto equivalente a los derechos de aduana. In: La Constitución Española en el ordenamiento constitucional europeo (III), XVIII *Jornadas de Estudio, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones*, Madrid, 1999.

HERMOSÍN ÁLVAREZ, M. Los impuestos ambientales autonómicos: límites derivados del artículo 6 de la LOFCA. *Noticias de la Unión Europea*, No. 327, 2012.

LÓPEZ ESPADAFOR, Carlos María. Algunas consideraciones sobre recargos y tributos propios en la financiación autonómica. *Palau* 14, *Revista Valenciana de Hacienda Pública*, No. 33 1998.

MARTOS GARCÍA, Juan Jesús. Las exacciones de efecto equivalente a los derechos de aduana en la Unión Europea. Análisis jurisprudencial. *Revista Crónica Tributaria*, No. 144, 2012.

MIRANDA PÉREZ, Armando. *El principio de no discriminación fiscal en la jurisprudencia del tribunal de justicia de las Comunidades Europeas*. Tesis Doctoral, Madrid: Universidad Complutense, 2003.

MORENO GARCÍA-CANO, Luis Óscar; PLAZA TEJEIRA, José Alberto. El futuro de los acuerdos comerciales de servicios. *Revista Tribuna de Economía*, ICE 851, noviembre-diciembre 2009.

MORENO GONZÁLEZ, Saturnina. La prohibición general de ayudas de Estado y el poder tributario de las Comunidades Autónomas de régimen común: ¿es aplicable la jurisprudencia de Azores?. *Impuestos*: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia, No. 14, 2011, Año 27.

ORTEGA GUÍO, Ana. La problemática de las ayudas de Estado en la fiscalidad: revisión de algunas decisiones de la Comisión Europea contra España. *Cuadernos de Formación*, IEF, No. 11, 2012, 15.

ORTIZ CALLE, Enrique. Límites y posibilidades de una imposición sobre los hidrocarburos orientada a la protección del medio ambiente. *Noticias de la Unión Europea*, No. 234, 2004.

PEÑA AMORÓS, María del Mar de la. *Las competencias normativas de las Comunidades Autónomas en los tributos cedidos*. Murcia: Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2005.

_____. Los límites generales al ejercicio de competencias normativas por parte de las Comunidades Autónomas sobre los tributos cedidos *Crónica Tributaria* 132, 2009.

PÉREZ RIVARÉS, Juan Antonio. Los efectos jurídicos de las directrices de la Comisión europea en materia de ayudas de estado. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No. 21, 2011.

PIÑA GARRIDO, Lilo. El nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas: Autonomía, espacios fiscales propios y competencias normativas (II). *Crónica Tributaria*, No. 139, 2011.

URREA CORREA, Mariola. Ayudas de estado y capacidad fiscal de los entes subestatales: la doctrina del caso azores y su aplicación a las haciendas forales vascas (comentario a la sentencia del TJCE de 6 de septiembre de 2006. *República de Portugal/comisión, As. C-88/03)*, *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, No. 14, 2007.

URIOL EGIDO, Carmen. STJCE.29.4.2004, As. C-159/01: Ayudas de Estado – Exenciones parciales del impuesto sobe los minerales – Principios nacionales de justicia tributaria – Motivación. Instituto de Estudios Fiscales-IEF, 2004.

STOFFEL VALLOTTON, Nicole. La delimitación de la noción de exacciones de efecto equivalente a los derechos de aduana en el Tratado CEE. *Revista de Instituciones Europeas*, No. 1, 1987, p. 73.

## Normativa e instrumentos jurídicos españoles y europeos

Constitución de España

Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas

Ley 35/2003, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

Ley 22/2009, de 18 de diciembre, reguladora del "sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía (...)"

Tratado de la Unión Europea

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

Directiva 92/81/CEE

Directiva 2008/118/CE

Directiva 2004/35/CE

Directiva 1999/62/CE

Directiva 2001/80/CE

## Jurisprudencia

STJUE, 26 de septiembre de 1996, *República francesa contra comisión* (As.C-241/94, Rec., p. I- 4575), apart. 20

STJUE, 2 de julio de 1974, *Gobierno de la República Italiana/ Comisión* (As.173/73, Rec., p. 332), apart. 27.

STJUE, 29 de febrero de 1996, *Reino de Bélgica/ Comisión* (As. C-56/93, Rec., p. I-790), apart. 79.

STJUE, de 2 de julio de 1974, *Gobierno de la República Italiana/ Comisión* (As.173/73, Rec., p. 332), apart. 26.

STJUE, de 14 de febrero de 1990, *República Francesa/Comisión* (As. C-301/87, Rec., p. I-355), apart. 15.

STJUE, de 2 de julio de 1974, *Gobierno de la República Italiana/Comisión* (As.173/73, Rec., p. 330), apart. 16.

STJUE, de 2 de abril de 1998, *Outokumpu* (As. C-213/96, Rec., p. I-779), apart. 40.

STJUE, de 2 de abril de 1998, *Outokumpu* (As. C-213/96, Rec., p. I-1810), apart. 32.

STJCE de 15 de marzo de 1994, *Banco Exterior de España* (C-387/92, *Rec.*, p. I-902), apartado 13.

STJCE de 1 de diciembre 1998, *Ecotrade* (As. C-200/97, *Rec.*, p. I-7926), apartado 40.

STJUE, de 2 de julio de 1974, Italia/Comisión (Asunto 173/73, Rec. p. 333), apart. 333.

STJUE, de 8 de noviembre de 2001, Adria-Wien P. GmbH y Wietersdorfer & P. Z. GmbH contra F. für Kärnten (C-143/99, Rec. p. I-8393), apartado 30.

STJCE de 29 de abril de 2004, *Países Bajos/Comisión* (As. C-159/01).

STJCE de 13 de marzo de 2001, PreussenElektra AG (C-379/98, Rec., p. I-2181), apartado 58.

STJCE, de 19 de diciembre de 1968, Asunto 13/68, Rec. 1968, Salgoil, p. 253.

STJCE, de 11 de julio de 1978, Asunto 8/74, Rec. 1974, Dassonville, p. 387.

STJUE de 17 de setiembre de 1997, *Fricarnes* (As. C-28/96, Rec., p. I-4953), apart. 33, 1). b).

STJUE de 8 de noviembre de 2007, *Stadtgemeinde Frohnleiten, Gemeindebetriebe Frohnleiten GmbH & Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt undWasserwirtschaft* (As. C-221/06, Rec., p. I-9677), apart. 30.

STJUE, de 1 julio de 1969, *Sociaal Fonds Diamantarbeiders (*As. C -2/69 y 3/69, Rec., p. 323), aparts. 8, 18, 20.

STJUE de 14 de diciembre de 1962, *Comisión/Gran Ducado de Luxemburgo y Reino unido* (As. C-2/62 y 3/62, p. 283-284).

STJUE, 2 de abril de 1998, *Outokumpu* (As. C-213/96, Rec., p. I-776), apart. 30.

STC 289/2000, de 30 de noviembre, F.J.4.

STC 37/1987, F.J 14

STC 186/1993, F.J 4 c).

STC 210/2012, de 14 de noviembre, F.J. 4.

STC 210/2012, de 14 de noviembre, F.J.9.

STC 8/1986, de 21 de enero, F.J.3.

STC 150/1990, de 4 de octubre, F.J.5.

STC 37/1981, F.J.1.

*Anayibe Ome Barahona*

Doctoranda del Programa en Derecho Tributario Europeo, Universidad de Castilla–La Mancha, Toledo, España. Especialista en Gerencia Tributaria y Contadora Pública de la Universidad de la Amazonia, Florencia-Caquetá, Colombia. Profesora hora cátedra de la Especialización en Gerencia Tributaria y del Programa de Contaduría Pública, investigadora en el área de tributaria de la Facultad de Ciencias Contables, Económicas y Administrativas de la Universidad de la Amazonia, Florencia-Caquetá, Colombia.

*a.ome@udla.edu.co*

**V. 12 N. 2**
MAI-AGO 2016

ISSN 2317-6172

FGV DIREITO SP

# 24

ISSN 2317-6172
9 772317 617004