

103

Revista Jurídica da
PRESIDÊNCIA

Brasília • Volume 14 • Número 103 • Jun./Set. 2012

Centro de Estudos Jurídicos da Presidência
Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil
Presidência da República

103

Revista Jurídica da
PRESIDÊNCIA

Brasília · Volume 14 · Número 103 · Jun./Set. 2012

Presidenta da República

Dilma Vana Rousseff

Ministra-Chefe da Casa Civil da Presidência da República

Gleisi Helena Hoffmann

Subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil e**Presidente do Centro de Estudos Jurídicos da Presidência**

Ivo da Motta Azevedo Corrêa

Coordenadoras do Centro de Estudos Jurídicos da Presidência

Mariana Barbosa Cirne

Paula Albuquerque Mello Leal

Revista Jurídica da Presidência / Presidência da República

Centro de Estudos Jurídicos da Presidência – Vol. 1, n. 1, maio de 1999.

Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, 1999-

Quadrimestral

Título anterior: Revista Jurídica Virtual

Mensal: 1999 a 2005; bimestral: 2005 a 2008.

ISSN (até fevereiro de 2011): 1808-2807

ISSN (a partir de março de 2011): 2236-3645

1. Direito. Brasil. Presidência da República, Centro de Estudos Jurídicos da Presidência.

CDD 341
CDU 342(81)

Centro de Estudos Jurídicos da Presidência

Praça dos Três Poderes, Palácio do Planalto

Anexo II superior - Sala 204 A

CEP 70.150-900 - Brasília/DF

Telefone: (61)3411-2047

E-mail: revista@presidencia.gov.br

<http://www.presidencia.gov.br/revistajuridica>

Revista Jurídica da Presidência

É uma publicação quadrimestral do Centro de Estudos Jurídicos da Presidência voltada à divulgação de artigos científicos inéditos, resultantes de pesquisas e estudos independentes sobre a atuação do Poder Público em todas as áreas do Direito, com o objetivo de fornecer subsídios para reflexões sobre a legislação nacional e as políticas públicas desenvolvidas na esfera federal.

Equipe Técnica

Coordenação de Editoração

Mariana Barbosa Cirne

Paula Albuquerque Mello Leal

Gestão de Artigos

Laís Maranhão Santos Mendonça

Mariana Barbosa Cirne

Paula Albuquerque Mello Leal

Projeto Gráfico e Capa

Bárbara Gomes de Lima Moreira

Diagramação

Bárbara Gomes de Lima Moreira

Vicente Gomes da Silva Neto

Revisão Geral

Felipe de Paula

Laís Maranhão Santos Mendonça

Luís Felipe Valerim Pinheiro

Mariana Barbosa Cirne

Miguel Ragone de Mattos

Paula Albuquerque Mello Leal

Appropriate articles are abstracted/indexed in:

BBD – Bibliografia Brasileira de Direito

LATINDEX – *Sistema Regional de Información*

en Linea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

ULRICH'S WEB – *Global Serials Directory*

Conselho Editorial

Claudia Lima Marques

Claudia Rosane Roesler

Fredie Souza Didier Junior

Gilmar Ferreira Mendes

João Maurício Leitão Adeodato

Joaquim Shiraishi Neto

José Claudio Monteiro de Brito Filho

Luis Roberto Barroso

Maira Rocha Machado

Misabel de Abreu Machado Derzi

Vera Karam de Chueiri

Fotografia da Capa

Painel do anexo do Palácio do Planalto

Fotógrafa

Bárbara Gomes de Lima Moreira

Revisão de Idiomas

Ana Gloria Santos Moreira de Souza

Bárbara Gomes de Lima Moreira

Daienne Amaral Machado

Daniel Mendonça Lage da Cruz

Dario Carnevalli Durigan

Felipe Taufik Daud

João Vitor Rodrigues Loureiro

Maria Laura Brandão Canineu

Nathalie Albieri Laureano

Rafael Ramalho Dubeux

Colaboradores da Edição 103

Pareceristas

- Adalberto Simão Filho** · Faculdades Metropolitanas Unidas
- Alexandre Garrido da Silva** · Universidade Federal de Uberlândia
- Ana Maria de Oliveira Nusdeo** · Universidade de São Paulo
- Antônio Carlos Mendes** · Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
- Argemiro Cardoso Moreira Martins** · Universidade de Brasília
- Augusto Jaeger Junior** · Universidade Federal do Rio Grande do Sul
- Aurora Tomazini de Carvalho** · Universidade Estadual de Londrina
- Belinda Pereira da Cunha** · Universidade Federal da Paraíba
- Brunello Souza Stancioli** · Universidade Federal de Minas Gerais
- Carla Bonomo** · Universidade Estadual de Londrina
- Carlos Frederico Marés de Souza Filho** · Pontifícia Universidade Católica do Paraná
- Daniela de Freitas Marques** · Universidade Federal de Minas Gerais
- Dinorá Adelaide Musetti Grotti** · Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
- Eduardo Ramalho Rabenhorst** · Universidade Federal da Paraíba
- Egon Bockmann Moreira** · Universidade Federal do Paraná
- Ela Wiecko Volkmer de Castilho** · Universidade de Brasília
- Eliane Cristina Pinto Moreira** · Universidade Federal do Pará
- Enoque Feitosa Sobreira Filho** · Universidade Federal da Paraíba
- Fernando Gonzaga Jayme** · Universidade Federal de Minas Gerais
- Fernando Kinoshita** · Universidade Federal de Santa Catarina
- Francisco Emilio Baleotti** · Universidade Estadual de Londrina
- Gabriela Maia Rebouças** · Universidade Tiradentes
- Gabriela Neves Delgado** · Universidade de Brasília
- Geraldo Miniuci Ferreira Júnior** · Universidade de São Paulo
- Giovane Henrique Bressan Schiavon** · Pontifícia Universidade Católica do Paraná
- Gisele Santos Fernandes Góes** · Universidade Federal do Pará
- Guilherme Assis de Almeida** · Universidade de São Paulo
- Helena Regina Lobo da Costa** · Fundação Getúlio Vargas de São Paulo
- Iara Menezes Lima** · Universidade Federal de Minas Gerais
- Jane Felipe Beltrão** · Universidade Federal do Pará
- Jean-Paul Cabral Veiga da Rocha** · Universidade de São Paulo

João Glicério de Oliveira · Universidade Federal da Bahia
Jorge David Barrientos-Parra · Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho
Jorge Luiz Souto Maior · Universidade de São Paulo
José Ernesto Pimentel Filho · Universidade Federal da Paraíba
José Heder Benatti · Universidade Federal do Pará
Katya Kozicki · Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Marcelo Andrade Cattoni Oliveira · Universidade Federal de Minas Gerais
Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos · Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Marcus Orione Gonçalves Correia · Universidade de São Paulo
Maria Luiza de Alencar Mayer Feitosa · Universidade Federal da Paraíba
Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas · Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho
Paulo César Corrêa Borges · Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho
Paulo Sérgio Weyl Albuquerque Costa · Universidade Federal do Pará
Rafael Mafei Rabelo Queiroz · Fundação Getúlio Vargas de São Paulo
Ricardo Maurício Freire Soares · Universidade Federal da Bahia
Roberto Baptista Dias da Silva · Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho · Universidade Federal da Bahia
Robson Antão de Medeiros · Universidade Federal da Paraíba
Rozane da Rosa Cachapuz · Universidade Estadual de Londrina
Tânia Lobo Muniz · Universidade Estadual de Londrina
Tarsis Barreto Oliveira · Universidade Federal de Tocantins
Teresa Ancona Lopez · Universidade de São Paulo
Umberto Celli Junior · Universidade de São Paulo
Vera Maria Jacob de Fradera · Universidade Federal do Paraná

Autora convidada

Maira Rocha Machado

BRASIL – São Paulo/SP

Pós-Doutora em Tradições Jurídicas e Racionalidade Penal pela Universidade de Ottawa.

Doutora em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

Professora Associada da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV/SP).

Autores

Adelmar de Miranda Tôres

BRASIL – Brasília/DF

Mestre em Economia do Setor Público pela Universidade de Brasília (UnB). Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental. Subchefe Adjunto da Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil da Presidência da República.

atorres1111@gmail.com

Ana Carolina Rodrigues

BRASIL – São Paulo/SP

Mestre em Direito e Desenvolvimento e Bacharel em Direito pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV/SP).

LL.M. no Instituto de Empresas de Madrid.

ana.rodrigues@gvmail.br

Andityas Soares de Moura Costa Matos

BRASIL – Belo Horizonte/MG

Doutor em Direito e Justiça pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Adjunto de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da UFMG. Membro do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Diretor da Revista Brasileira de Estudos Políticos.

andityas.matos@fead.br

Claudia Paiva Carvalho

BRASIL – Brasília/DF

Mestranda em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

claudiapaivac@gmail.com

Ivy de Assis Silva

BRASIL – Belém/PA

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Monitora Bilíngue da VI Conferência Internacional de Educação de Adultos (VI Confinteá). Voluntária na Defensoria Pública da União no Estado do Pará.

ivyescritora@hotmail.com

João Daniel Macedo Sá

BRASIL – Belém/PA

Doutorando e Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará (UFPA).

Professor da Faculdade Estácio do Pará (Estácio FAP). Advogado.

jdaniel_sa@yahoo.com

João Fiorillo de Souza

BRASIL – Maceió/AL

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Pós-Graduado em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Professor Assistente da Faculdade de Alagoas (FAL).

Defensor Público do Estado de Alagoas.

joaofiorillo@hotmail.com

Lucas Rodrigues Cunha

BRASIL – Belo Horizonte/MG

Mestrando em Ciência Política pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Graduado em Ciências Sociais (UFMG). Integrante do Centro de Estudos Legislativos (CEL-DCP/UFMG). Assistente de Pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA – DIEST).

lucascunha06@gmail.com

Luis Felipe Bicalho

BRASIL – Brasília/DF

Mestrando em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Bacharel em Direito (UniCEUB). Servidor Público do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT).

luisbicalhobsb@gmail.com

| | |
|------------------------|-----|
| Editorial _____ | 269 |
|------------------------|-----|

Artigos

| | | |
|---|---|-----|
| 1 | Sistema de justiça e corrupção no Brasil: um estudo do Caso TRT/SP Maira Rocha Machado _____ | 273 |
| 2 | Hans Kelsen e o conflito entre política e fé Andityas Soares de Moura Costa Matos _____ | 305 |
| 3 | Tramitação e emendamento das medidas provisórias: evolução institucional do Executivo e do Legislativo no Brasil Lucas Rodrigues Cunha _____ | 325 |
| 4 | Desafios democráticos para a constituição dirigente: entre vinculação e abertura constitucional Claudia Paiva Carvalho _____ | 357 |
| 5 | A possibilidade do cancelamento administrativo de registros de imóveis e o combate à grilagem João Daniel Macedo Sá _____ | 383 |
| 6 | A evolução do mercado de capitais brasileiro e o perfil do acionista minoritário no Brasil Ana Carolina Rodrigues _____ | 405 |
| 7 | A personalidade jurídica de direito internacional do sujeito: a realidade em face da fundamentação positivista Luis Felipe Bicalho _____ | 429 |

| | | |
|----|--|-----|
| 8 | A aplicação da lei penal em face de crimes cometidos por agentes diplomáticos Ivy de Assis Silva _____ | 453 |
| 9 | Revisitando a verdade no Processo Penal a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli João Fiorillo de Souza _____ | 477 |
| 10 | Independência do juiz e papel das políticas públicas na decisão judicial: o caso Eliza Samudio (2009) Adelmar de Miranda Tôres _____ | 495 |
| | Normas de submissão _____ | 523 |

Cara leitora, caro leitor,

A Revista Jurídica da Presidência (RJP) chega à sua edição de número 103 com muitos motivos para comemorar. O primeiro deles é a ampliação do seu número de assinantes. Hoje contamos com quase seis mil leitores que apreciam nossa publicação com o recebimento, por meio eletrônico, de uma nova edição a cada quatro meses. E esse número continua crescendo, já que recebemos diariamente novos pedidos de cadastro. Outro bom motivo para celebrar são as novas normas de submissão. No anseio de ampliar ainda mais a divulgação da RJP, e de constantemente melhorar o seu conteúdo, revisamos as nossas normas de submissão e as disponibilizamos em outros idiomas (francês, espanhol e inglês) para garantir uma publicidade internacional ainda maior do nosso periódico.

É também uma importante conquista, que não pode deixar de ser mencionada, a constante ampliação do seu corpo de colaboradores. Apesar de contarmos com um vasto e qualificado corpo de 163 professores revisores da RJP, esperamos expandir esse número. Nesse intuito, firmamos nos últimos meses mais dois termos de cooperação entre a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República e duas universidades de reconhecida excelência acadêmica, perfazendo um número total de 28 parcerias consolidadas com essas instituições. No intuito de garantir a constante renovação de nossos professores revisores, e manter o permanente contato com as universidades e com os centros universitários, garantimos a todas as instituições a possibilidade de indicar novos professores interessados em contribuir com a Revista Jurídica da Presidência. Essa medida não só fortalece os laços já firmados, ao contribuir para a avaliação imparcial cega dos artigos científicos (blind peer review), como também dá ensejo à constante renovação de nosso quadro de professores doutores que fazem a seleção do conteúdo de nossa revista.

Nesta edição, apresentamos o leitor com mais um artigo de um membro do nosso Conselho Editorial. A professora Maira Machado Rocha, da Fundação Getúlio Vargas (SP), no desenvolvimento do projeto de pesquisa “Transnational Anti-corruption Law in action: evidences from Brazil and Argentina”, analisa o caso brasileiro de desvio de recursos públicos na construção do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo. Em detalhada pesquisa documental (processos judiciais, decisões do TCU, documentos cartorários, deliberações da comissão parlamentar de inquérito), junta-

mente com matérias jornalísticas e a realização de entrevistas, a Conselheira da RJP empreende uma aprofundada análise do sistema brasileiro e internacional de justiça, sopesando a morosidade das decisões administrativas e judiciais (cíveis e criminais) e os procedimentos em desenvolvimento para reaver o dano causado ao erário.

Outro motivo de orgulho dessa edição é a sua interdisciplinariedade. Entre os trabalhos selecionados para este número, contamos com a contribuição de artigos não só da área do Direito, mas também de Relações Internacionais, das Ciências Políticas e da Economia, o que corrobora um importante diálogo entre as questões jurídicas e outras áreas do conhecimento. A RJP reafirma seu compromisso com a diversidade temática e com a diversidade regional, o que permanece como nossas características marcantes.

Andityas Soares de Moura Costa Matos nos apresenta um interessante artigo sobre a obra de Hans Kelsen, *Secular Religion*, lançada apenas em 2012, no intuito de desconstruir uma pretensa conversão do autor ao catolicismo, anunciada pelo Papa Bento XVI em um de seus discursos. Lucas Rodrigues Cunha nos explica sua pesquisa sobre as relações de força entre Legislativo e Executivo nas edições de medidas provisórias (MPs). Desmistificando um senso comum de que a atividade legislativa estaria apenas nas mãos do Presidente da República, o autor aborda as mudanças nas regulamentações (legais, regimentais e constitucionais) das MPs, as transformações estruturais no âmbito do Poder Executivo e a nova forma de participação dos congressistas no processo legislativo por meio dos projetos de lei de conversão das MPs. Não menos relevante é o artigo de Claudia Paiva Carvalho, ao falar sobre a constituição dirigente para discutir a importante dicotomia entre abertura e vinculação constitucional.

Representando o Estado do Pará, João Daniel Macedo Sá se vale da decisão do Conselho Nacional de Justiça para propor uma discussão sobre a possibilidade de cancelamento administrativo do registro de imóveis em decorrência da nulidade dos títulos que deram causa à abertura dos registros. Ivy de Assis Silva colabora com um artigo sobre a aplicação das leis penais aos agentes diplomáticos, levando em conta os princípios da territorialidade e da extraterritorialidade penal.

Luis Felipe Bicalho discute sobre o papel do indivíduo como pessoa jurídica de direito internacional, com especial destaque para a sua legitimidade no pleito de reparações às violações aos Direitos Humanos. Ana Carolina Rodrigues, por sua vez, traça um quadro histórico sobre o perfil dos investidores minoritários no Mercado de Ações brasileiro. Na área penal, João Fiorillo de Souza aborda a questão da verdade no Processo Penal, utilizando-se das lições sobre Garantismo de Luigi Ferrajoli.

Adelmar de Miranda Tôrres avalia o princípio da independência do juiz, empregando como pano de fundo a aplicação da Lei Maria da Penha no Caso Eliza Samudio. Conforme enfatizamos, os temas são plurais e oferecem relevantes reflexões sobre a legislação federal e as políticas públicas desenvolvidas na esfera federal, de acordo com a diretriz editorial da RJP.

Agradecemos imensamente aos autores e às autoras pelo resultado deste trabalho. Não menos gratos somos aos revisores e às revisoras que elegeram os artigos que compõem esta revista. Mais uma vez reiteramos que apenas com o trabalho coletivo, desenvolvido em conjunto com a Equipe da Revista Jurídica da Presidência, seria possível obter um resultado de que tanto nos orgulhamos. Por tudo isso, mais uma vez agradecemos, e desejamos a todas e todos uma ótima leitura.

Sistema de justiça e corrupção no Brasil: um estudo do caso TRT/SP¹

MAIRA ROCHA MACHADO

Pós-Doutora em Tradições Jurídicas e Racionalidade Penal pela Universidade de Ottawa. Professora Associada da Escola de Direito da FGV/SP.

SUMÁRIO: 1 *Introdução* • 2 *O início da história (1992-1998): mais uma fraude em licitação de obra pública* • 3 *Todas as armas (1999-2002): processos e recursos* • 4 *História sem fim* • 5 *Referências*.

RESUMO: O texto narra atuação do sistema de justiça brasileiro no Caso TRT/SP no período de 1992 a 2011. A narrativa inicia com o processo de licitação para a construção da nova sede do Tribunal e descreve a primeira fase da atuação do Tribunal de Contas da União (TCU) e do Ministério Público Federal (MPF). Em seguida, as atividades da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Judiciário marcaram o início de uma série de procedimentos civis, penais e administrativos, no Brasil e no exterior, relacionados aos fatos descritos na primeira parte da narrativa. Para concluir, apresentamos de maneira sistemática as múltiplas respostas do sistema de justiça brasileiro e do sistema transnacional (Suíça e Estados Unidos da América) e sintetizamos algumas das reformas, mudanças ou ajustes institucionais que ocorreram no país a partir do caso.

PALAVRAS-CHAVE: Estudo de caso • Corrupção • Improbidade administrativa • Sistema de justiça brasileiro e transnacional • Recuperação de ativos.

1 Este estudo de caso integra o projeto de pesquisa “*Transnational Anti-corruption Law in action: evidences from Brazil and Argentina*” desenvolvido por Kevin Davis (New York University), Guillermo Jorge (Universidad San Andres) e Maira Rocha Machado (Direito GV) e financiado pelo *International Development Research Center* (IDRC). No decorrer da pesquisa para elaboração da presente narrativa, contamos com a inestimável colaboração dos pesquisadores Ana Mara Machado, Yuri Luz e Luisa Ferreira, bem como dos estagiários Carolina Domingues, Rafael Tatemoto e Fernanda Geraldini. Um agradecimento especial a André Rodrigues Correa, Antenor Madruga, Ary Oswaldo Mattos Filho, Bruno Salama, Bruno Paschoal, Carlos Ayres, Flávia Puschel, Juliana Palma, Mario Schapiro, Matthew Taylor e Salem Nasser, pelas sugestões e os comentários críticos. Este estudo de caso, bem como os anexos de sistematização das informações coletadas, estarão disponíveis também em espanhol e inglês no acervo da Casoteca de Direito e Políticas Públicas da Direito GV (www.direitogv.fgv.br/casoteca) e do IDRC - *Digital Library* (www.idl-bnc.idrc.ca).

The justice system and the corruption in Brazil: a case study of the Labor Court of Appeals of São Paulo

CONTENTS: 1 Introduction • 2 The early history (1992-1998): one more fraud in public contract bidding • 3 All the weapons (1999-2002): processes and resources • 4 Endless history • 5 References.

ABSTRACT: The article reports on the role played by the Brazilian justice system in a corruption case related to the Labor Court of Appeals of São Paulo during the period of 1992 and 2011. The narrative begins with the public contract bidding for the construction of the new headquarters of the Court and describes the first steps taken by the federal Court of Auditors and the federal Public Prosecutor's Office. Then, the activities of the Parliamentary Commission of Inquiry of the Judiciary marked the beginning of a series of civil, criminal and administrative proceedings related to the facts described in the first part of the narrative, in Brazil and abroad. In conclusion, we present in a systematic manner the several responses of the Brazilian justice system and of the transnational system (Switzerland and USA) and summarize some of the reforms, institutional changes which were in place in the country after the case of corruption in the Labor Court of Appeals of São Paulo.

KEYWORDS: Case study • Corruption • Administrative misconduct • Brazilian and transnational justice system • Asset recovery.

Sistemas de justicia y corrupción en Brasil: estudio del caso Tribunal Regional del Trabajo de Sao Paulo

CONTENIDO: *1 Introducción · 2 El comienzo de la historia (1992-1998): más una fraude en licitación de obra pública · 3 Todas las armas (1999-2002): procesos y recursos · 4 Una historia sin fin · 5 Referencias.*

RESUMEN: Este artículo narra como el sistema de justicia brasileño actuó en el caso Tribunal Regional del Trabajo de Sao Paulo, entre 1992 y 2011. La narrativa empieza con el proceso de licitación para la construcción de la nueva sede del Tribunal y describe la primera fase de la actuación Tribunal de Cuentas de la Unión y del Ministerio Público de la Federación. En seguida, se presentan las actividades de la Comisión Parlamentar de Investigación creada para apurar denuncias contra el Poder Judicial, que señalaran el comienzo de una serie de procedimientos civiles, administrativos y penales, puestos en práctica en Brasil y en el extranjero. Para concluir, presentamos sistemáticamente las múltiples respuestas del sistema de justicia brasileño y del sistema transnacional (Suiza y EE.UU.) y sintetizamos algunas de las reformas, cambios o ajustes institucionales que tuvieron lugar a partir del caso analizado.

PALABRAS-CLAVE: Estudio de caso · Corrupción · Improbidad administrativa · Sistema de justicia brasileño y transnacional · Recuperación de activos.

1 Introdução

No início de 1992, Nicolau dos Santos Neto, à época Presidente do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo (TRT/SP), publicou um edital de concorrência pública para a construção da nova sede do Tribunal. Quase 20 anos depois, o sistema de justiça brasileiro ainda se movimenta para apurar responsabilidades e reparar o dano ao Erário, calculado em 160 milhões de reais. Em dezembro de 2011, quando concluímos esta narrativa, havia procedimentos relacionados ao caso tramitando em mais de uma dezena de órgãos do sistema de justiça no Brasil e na Suíça, que geraram mais de uma centena de recursos e milhares de páginas². Os principais envolvidos no caso recorrem de decisões penais condenatórias em liberdade, com exceção de Nicolau dos Santos Neto que aguarda em prisão domiciliar. As ações civis públicas que permitiram o bloqueio inicial das contas bancárias dos envolvidos foram sentenciadas em outubro de 2011, após mais de dez anos de tramitação, e aguardam em primeira instância o julgamento de embargos e a interposição de apelações. A construtora que ganhou a licitação teve a falência decretada - e os sócios dessa e de outras empresas envolvidas estão com os bens bloqueados desde o início da ação civil pública em 1998. Apenas dois procedimentos foram integralmente concluídos no período. O primeiro diz respeito à ação interposta pelo Estado brasileiro em Miami, reivindicando a propriedade de apartamento avaliado em um milhão de reais que teria sido comprado por Nicolau dos Santos Neto com dinheiro oriundo das obras do Tribunal. A ação foi julgada, o apartamento leiloado e o dinheiro depositado em conta do Tesouro Nacional em menos de um ano. O segundo procedimento refere-se ao processo disciplinar iniciado no Senado Federal contra Luiz Estevão, a partir dos fatos apurados na CPI do Judiciário, que culminou com a primeira cassação de um Senador da República. Luiz Estevão foi considerado inelegível por 10 anos

2 Considerando somente os processos judiciais mencionados no decorrer desta narrativa, em relação aos quais foi possível obter o número de volumes que compõem os respectivos autos, contabilizamos 226 volumes. Estimando uma média de 200 folhas em cada volume, alcançamos mais de 45 mil páginas.

e chegou a manifestar publicamente que voltaria a se candidatar (ISTO É, 2010). Todos os demais processos permanecem tramitando, como se verá a seguir³.

A narrativa do caso foi organizada em três partes. A primeira aborda os seis primeiros anos da história (1992-1998), período em que o Caso TRT/SP era apenas mais uma fraude à licitação em obras públicas. Descrevemos aqui o processo de licitação e o contrato firmado entre o TRT/SP e a construtora, bem como a primeira fase da atuação do Tribunal de Contas da União (TCU) e do Ministério Público Federal (MPF). Identificando a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Judiciário como um divisor de águas na tramitação do caso pelo sistema de justiça, a segunda parte descreve o arsenal de procedimentos civis, penais e administrativos, no Brasil e no exterior, que tiveram início a partir de 1999, relacionados aos fatos descritos na primeira parte da narrativa. Na terceira parte, enfim, apresentamos de maneira sistemática as múltiplas respostas do sistema de justiça brasileiro e do sistema transnacional (Suíça e Estados Unidos da América) e sintetizamos algumas das reformas, mudanças ou ajustes institucionais que ocorreram no país a partir do caso.

O material coletado no decorrer desta pesquisa menciona mais de quinze pessoas físicas e jurídicas: engenheiros responsáveis pela supervisão das obras, empreiteiros, a esposa de Nicolau dos Santos Neto, o juiz que assumiu a Presidência do TRT/SP quando Nicolau se aposentou, advogados, entre outros. Para os propósitos da análise dos pro-

3 Este estudo de caso baseia-se em entrevistas e documentos públicos. No decorrer desta narrativa são detalhadas as fontes documentais utilizadas, bem como onde foram localizadas, uma vez que nem todos os documentos estão disponíveis nos sites das respectivas instituições. As ações penais e as ações civis públicas correm em segredo de justiça, mas várias de suas peças integram os anexos aos recursos interpostos aos tribunais superiores que são digitalizados e disponibilizados na íntegra nos respectivos sites. No início de agosto de 2011, a equipe de pesquisadores protocolizou petição junto ao Superior Tribunal de Justiça para acessar os autos de uma das ações penais. O pedido foi deferido apenas nove meses depois, momento em que a coleta de dados e a produção desta narrativa já havia sido concluída. Tendo em vista o número de réus elencados nos processos de primeira instância, bem como a existência de outros casos semelhantes envolvendo alguns deles, limitamos nossa busca nos tribunais (TRFs, STJ e STF) aos recursos nos quais Nicolau dos Santos Neto figura como recorrente ou recorrido. Além dos documentos judiciais e administrativos, esta narrativa utiliza também o acervo documental de dois veículos de comunicação disponibilizados na íntegra na internet: o jornal Folha de São Paulo e a Revista Veja. Os acervos foram estudados de maneira sistemática e deles foram extraídas as informações quantitativas e qualitativas apresentadas no decorrer da narrativa. Quadros com a sistematização das informações coletadas nos tribunais e no Jornal Folha de São Paulo foram anexados à versão desta narrativa que integra o acervo da Casoteca mencionada na nota 1 acima. Por fim, em 2010 e 2011 foram realizadas 12 entrevistas em São Paulo, Brasília, Washington e Paris, além de uma série de conversas informais que, por diferentes razões, não puderam ser submetidas à formalização que esta técnica de coleta de dados exige. As entrevistas são anônimas e quando citadas no decorrer do texto indicarão somente a numeração atribuída a cada um dos entrevistados.

cedimentos relacionados à construção do prédio do TRT/SP, este estudo de caso define quatro protagonistas da história. O primeiro é o próprio Nicolau dos Santos Neto, juiz que presidiu o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo) até setembro de 1992, quando se afastou do cargo para assumir a “Presidência da Comissão de obras do TRT”⁴. Nicolau permaneceu nessa posição até julho de 1998, quando completou 70 anos e se aposentou. O segundo é Luiz Estevão de Oliveira Neto, empresário e ex-Senador da República, cassado em 1999 em virtude do envolvimento de uma de suas empresas, o “Grupo OK”, no caso. Os dois outros protagonistas, Fábio Monteiro de Barros Filho e José Eduardo Correa Teixeira Ferraz, são os sócios proprietários de várias empresas que participaram da licitação e da construção do prédio (“Ikal”, “Incal” e “Monteiro de Barros”).

2 O início da história (1992-1998): mais uma fraude em licitação de obra pública

O Caso TRT/SP teve início em um ano marcante na história do país. Em 1992, uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) culminou no *impeachment* do primeiro Presidente da República que o país elegia em três décadas. Várias outras CPIs se seguiram, culminando, às vezes, em cassações, afastamentos e renúncias⁵, e sempre com intensa cobertura da mídia. Em “O jornalismo dos anos 90”, Nassif (2003) descreve o período como “a era da denúncia”. É possível dizer que no início dos anos 90 era sobretudo a cobertura jornalística de fraudes e de esquemas envolvendo dinheiro público que alimentava os primeiros estudos buscando traçar um panorama da questão da corrupção no país. A partir de matérias publicadas em jornais de grande circulação, Nahat (1991, p. 19) conclui ser o setor de licitações em obras públicas o mais vulnerável à corrupção e à malversação de dinheiro público. Esta percepção foi confirmada 10 anos depois por Claudio Abramo (2002, p. 105). E é exatamente assim que se inicia nossa história, com um edital de licitação para construção do Tribunal Regional do Trabalho em São Paulo.

2.1 O edital de concorrência e o contrato

O processo licitatório realizado pelo TRT da 2ª Região, por intermédio do Edital de Concorrência nº 01/92, indicava como objeto “a aquisição de imóvel, adequado

4 Nicolau dos Santos Neto não era magistrado de carreira. Havia sido nomeado ao Ministério Público antes da exigência de concurso público para o ingresso na instituição. Após, assumiu a função de juiz no Tribunal Regional do Trabalho em decorrência das vagas reservadas aos advogados e membros do Ministério Público, na forma estabelecida na Constituição Federal (BRASIL, 1988).

5 Ver, entre outros, Pedone *et al*, 2002.

para instalação de no mínimo 79 Juntas de Conciliação e Julgamento da Cidade de São Paulo, permitindo a ampliação para instalação posterior de no mínimo mais 32 Juntas de Conciliação e Julgamento”. E previa quatro modalidades de propostas, referentes (i) a imóvel construído, pronto, novo ou usado; (ii) a imóvel em construção independentemente do estágio da obra; (iii) a terreno com projeto aprovado que deverá acompanhar projeto de adaptação que atenda às necessidades das Juntas e, enfim, (iv) a terreno com projeto elaborado especificamente para a instalação das Juntas de Conciliação e Julgamento (BRASIL, 1996, p. 3)⁶.

De acordo com a decisão do Tribunal de Contas da União (TCU) sobre a inspeção ordinária realizada neste processo licitatório, vinte e nove empresas retiraram o edital, mas apenas três formalizaram propostas (BRASIL, 1996, p. 9)⁷. Foram elas: “Empreendimentos Patrimoniais Santa Gisele Ltda.”, “Consórcio OK/Augusto Velloso” e a “Incal Indústria e Comércio de Alumínio Ltda.”. A primeira foi “desqualificada” e não chegou a participar efetivamente do processo licitatório⁸. Conforme a ficha cadastral da Junta Comercial do Estado de São Paulo - JUCESP, o “Consórcio OK/Augusto Velloso” foi constituído em 21 de fevereiro de 1992, tendo na situação de empresa líder o “Grupo OK Construções e Incorporações S.A.”, cujo representante, assinando pela empresa, é Luiz Estevão de Oliveira Neto⁹. Enfim, a terceira empresa, “Incal Indústria e Comércio de Alumínio Ltda.”, constituída em 1973, apresentou como sócios João Julio Cesar Valentini e Maria Paula de Freitas¹⁰.

Em 31 de março de 1992, foi publicado o resultado da licitação. A comissão licitante adjudicou a concorrência a uma quarta empresa, a “Incal Incorporações S.A”. Constituída em 21 de fevereiro de 1992, a empresa tinha como sócios, no momento

6 Termos do edital de licitação citado na decisão do TCU nº 231/1996. (BRASIL, p. 3).

7 De acordo com o parecer técnico citado na decisão do TCU nº 231/1996 (BRASIL, p. 9), a forma de definir o objeto da licitação poderia haver “dificultado a participação de interessados”.

8 É tudo o que informa o relatório da CPI (BRASIL, 2000, p. 63). As decisões do TCU e do STF analisadas não discutem este aspecto do processo licitatório e, portanto, não trazem informações complementares sobre os motivos e as circunstâncias da desqualificação da “Empreendimentos Patrimoniais Santa Gisele”.

9 As informações contidas na “ficha cadastral completa” dizem respeito aos quadros da empresa, ao seu capital, a seu objeto social, bem como aos titulares, sócios ou diretores no momento de sua constituição. Pode incluir, também, extratos de arquivamentos posteriores, alterando as informações iniciais. Especificamente no caso do “Consórcio Grupo OK/Augusto Velloso”, não há informações adicionais registradas na ficha cadastral, conforme levantamento realizado em 23 de maio de 2011.

10 Dados da JUCESP, de 23 de maio de 2011.

da constituição, Fabio Monteiro de Barros Filho e João Julio Cesar Valentini. De acordo com a ficha cadastral arquivada na JUCESP, José Eduardo Correa Teixeira Ferraz foi eleito para o cargo de diretor, assinando pela empresa alguns meses após a sua constituição, em 25 de março de 1992¹¹. No relatório da CPI do Judiciário, a “Incal Incorporações S.A” foi descrita como resultado da associação do “Grupo Monteiro de Barros” com a “Incal Alumínios”¹².

É, então, com a “Incal Incorporações S.A” que o TRT/SP celebra “compromisso de compra e venda” com a finalidade de dar cumprimento ao objeto da concorrência nº 01/92 na modalidade “terreno com projeto”, na forma indicada no item iv, acima. Conforme Instrumento de Compra e Venda de Ações e Mandato, trazido pelo Ministério Público Federal em um dos processos criminais, em 21 de fevereiro de 1992, a “Monteiro de Barros Investimentos S/A” transfere 90% de suas cotas de participação da “Incal Incorporações” ao “Grupo OK Construções e incorporações S/A”, pertencente a Luiz Estevão de Oliveira Neto¹³. A primeira ordem bancária do TRT/SP em favor da “Incal Incorporações S.A” foi realizada em 13 de abril de 1992, com base no “instrumento particular de recibo de sinal e princípio de pagamento e garantia dos direitos e obrigações” assinado três dias antes. O registro da escritura de compra e venda só foi feito em 19 de agosto daquele ano. O contrato foi celebrado a preço fixo, a ser pago em uma entrada e sete parcelas semestrais. A última parcela estava prevista para 1996, quando a obra deveria ser entregue. Nos anos seguintes, três aditivos contratuais foram celebrados para, entre outras coisas, postergar a data da conclusão da obra.

Uma das ações civis públicas ajuizada pelo Ministério Público Federal menciona a celebração de três aditivos contratuais. Em 25 de setembro de 1996, foi celebrado o Segundo Termo Aditivo CC-01/92, através do qual o TRT/SP foi colocado em mora perante a empresa Incal, sob a alegação de atraso na liberação das verbas. O prazo de entrega da obra foi prorrogado para dezembro de 1997. Em seguida, em 19 de dezembro de 1997, foi celebrado o Terceiro Termo Aditivo CC-01/92, através do qual

11 Dados da JUCESP, de 23 de maio de 2011. O mesmo documento indica que o sócio João Julio Cesar Valentini retirou-se da empresa em 23 de março de 1998. A rubrica da ficha cadastral é “destituição/renúncia”.

12 Sobre o TRT da 2ª Região haver contratado uma empresa que não participou do processo licitatório, o relatório da CPI indica que “houve tentativa de explicação deste fato, pelo Sr. Fábio Monteiro de Barros Filho, em seu depoimento à CPI, quando disse que a associação do Grupo Monteiro de Barros com a Incal Alumínios para fundar a Incal Incorporações, responsável pelo empreendimento, já estava prevista desde antes do resultado da licitação” (BRASIL, 2000, p. 63).

13 Processo nº 2000.61.81.001198-1, aditamento à denúncia (p. 04) e sentença (p. 37-38).

o prazo para a entrega foi prorrogado para dezembro de 1998, sob os argumentos de atraso na liberação de recursos e da necessidade de adequação do projeto original. Por fim, em 15 e 17 de junho de 1998, Délvio Buffulin e a Incal celebraram duas escrituras de “retificação e ratificação”, lavradas perante o 14º Tabelionato de Notas de São Paulo, majorando o valor da contratação original em R\$ 36.931.901,10 (trinta e seis milhões, novecentos e trinta e um mil, novecentos e um reais e 10 centavos) sob o argumento de “desequilíbrio econômico-financeiro do contrato” e estabelecendo o prazo para a entrega do empreendimento para abril de 1999.

De acordo com o Relatório da CPI (BRASIL, 2000, p. 71), o engenheiro nomeado pelo TRT para acompanhar a obra e verificar a adequação do projeto ao cronograma de pagamentos, desembolso e execução emitiu pareceres indicando como adequado o desenvolvimento da obra. A quebra de sigilo bancário obtida pela CPI revelou que o engenheiro recebeu vários cheques do “Grupo Monteiro de Barros”, em 1993 e 1994, totalizando 42 mil dólares.

2.2 Identificação de irregularidades: a primeira fase da atuação do TCU

Pouco tempo depois da celebração do contrato, entre 26 de outubro e 13 de novembro de 1992, o Tribunal de Contas da União promoveu “inspeção ordinária setorial” no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. A inspeção foi constituída por servidores do próprio TCU, lotados na Inspeção Regional de Controle Externo de São Paulo - IRCE-SP (atual Secretaria de Controle Externo de São Paulo - SECEX-SP). No documento, a equipe listou 17 irregularidades no processo licitatório e no contrato celebrado entre o TRT/SP e a empresa Incal, apontando para cada uma delas a violação de um ou mais dispositivos do Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, que, à época, regulava as licitações no país (BRASIL). O relatório propõe, enfim, uma série de medidas saneadoras. Entre elas estão a “suspensão imediata de pagamento à Incal Incorporações S.A., empresa que não participou da Concorrência nº 01/92 e que, no entanto, foi contratada pelo órgão para a construção do Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo com a aquisição do terreno incluso”; a “anulação da concorrência nº 01/92 e da escritura de Compromisso de Venda e Compra”; e a “devolução ao Tesouro Nacional pelos responsáveis dos valores indevidamente pagos anteriormente à assinatura do contrato” (BRASIL, 1996).

O relatório da equipe de inspeção é analisado pelo plenário do TCU quase quatro anos depois, em maio de 1996. No decorrer deste período, vários pareceres técnicos e jurídicos foram incorporados ao processo, motivando novos pronunciamentos

tanto do Ministério Público, quanto dos analistas da equipe de inspeção. Além da defesa apresentada por seus advogados, a Incal juntou ao procedimento pareceres de quatro juristas reforçando a tese de que o objeto da concorrência foi uma simples “aquisição de imóvel” e que não havia irregularidade no procedimento licitatório. O Tribunal solicitou também pareceres técnicos da Caixa Econômica Federal e da Secretaria de Auditoria e Inspeções do TCU (Saudi), que além de reafirmarem as irregularidades identificadas pela equipe de inspeção, reconheceram no caso “indícios de superfaturamento das obras” (BRASIL, 1996, p. 7 e 20). Os Ministros, ao final, decidem, entre outras coisas, “aceitar, preliminarmente, os procedimentos adotados até a presente data, pelo TRT/SP, tendo em vista a fase conclusiva em que se encontram as obras do edifício sede das Juntas de Conciliação e Julgamento da cidade de São Paulo” e também:

[...] determinar ao Presidente do TRT-2ª Região a adoção de providências urgentes no sentido de transferir, imediatamente, as obras de construção do Fórum Trabalhista de São Paulo, incluindo o respectivo terreno, para o seu nome, bem como a efetivação de medidas com vistas ao prosseguimento da respectiva obra em obediência rigorosa às normas e preceitos contidos no atual Estatuto de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93). (BRASIL, 1996)

Pelo que foi possível apurar, não houve recurso contra esta decisão.

2.3 O Ministério Público entra em cena

Em face dessa decisão, os pagamentos do Tesouro Nacional à Incal continuaram até julho de 1998, quando o Ministério Público Federal obteve uma cautelar determinando que as parcelas remanescentes deveriam ser depositadas em juízo. Entre abril de 1992, quando o Tesouro realizou o primeiro pagamento, até aquele momento, a empresa Incal Incorporações recebeu 80 transferências bancárias que totalizaram R\$ 226 milhões de reais. Conforme o relatório preparado pelos técnicos do TCU, apenas R\$ 63 milhões haviam sido utilizados na construção do prédio (BRASIL, 2000)¹⁴. De acordo com este cálculo, R\$ 169 milhões de reais haviam sido desviados dos cofres públicos.

14 Relatório do acórdão nº 591/2000, referente a Tomada de Contas do TRT-2, pertinente ao exercício de 1995 (TC-700.115/1996).

A decisão impedindo que o Tesouro Nacional continuasse realizando pagamentos à Incal foi obtida nos autos Ação Cautelar Inominada¹⁵, ajuizada pelo Ministério Público Federal em julho de 1998 contra Nicolau dos Santos Neto, Luiz Estevão, Fábio de Barros, José Eduardo Ferraz e as respectivas empresas envolvidas na construção do prédio. A ação foi proposta com base nos elementos de prova colhidos no decorrer do Inquérito Civil Público (nº 07/97), iniciado em maio de 1997. O inquérito, por sua vez, tem origem em uma representação do Deputado Federal Giovanni Queiroz, à época membro da Comissão de Orçamento do Congresso Nacional¹⁶. A representação ao MPF externava preocupação com o estágio das obras e com a decisão do TCU, que aceitou as irregularidades (BRASIL, 2000, p. 73). Em 26 de agosto de 1998, o MPF ajuíza a Ação Civil Pública nº 98.0036590-7¹⁷. Em 01.06.99, o MPF instaurou novo inquérito civil público, que deu origem à Ação Civil Pública nº 2000.61.00.012554-5, contra “Grupo OK Construções e Incorporações”, “Grupo OK Empreendimentos Imobiliários Ltda.”, entre outros¹⁸.

Com o início das ações civis públicas, várias contas bancárias foram congeladas no Brasil. E assim permanecem desde então. Os processos ainda não foram sentenciados em primeira instância e dezenas de recursos foram interpostos no decorrer desses treze anos de tramitação. Nossas entrevistas sugerem não ser surpreendente que o Judiciário Federal leve tanto tempo para decidir ações civis públicas, especialmente quando envolvem improbidade administrativa.

Em 18 de fevereiro de 1998, o TCU recebe ofício da Procuradora-Chefe da Procuradoria da República no Estado de São Paulo, informando que:

[...] decorridos dois anos da Decisão nº 231/96 - Plenário, tendo sido ultrapassados os prazos contratuais avençados entre o TRT/SP e a empresa Incal

15 Ação Cautelar nº 93.0032242, 12ª Vara Federal Criminal de São Paulo.

16 Nota da Comissão Permanente do Senado Federal referente à 6ª Reunião Extraordinária de 10/08/2000 da Comissão CCJ - Subcomissão do Judiciário, p. 04.

17 Esta ação foi ajuizada em face de Nicolau dos Santos Neto, Luiz Estevão, Fábio de Barros, José Eduardo Ferraz, Delvio Buffulin, Antonio Carlos Gama, “Incal Incorporações S/A”, “Monteiro de Barros Investimentos S/A”, Fábio Monteiro de Barros Filho, José Eduardo Ferraz, “Construtora Ikal Ltda.”, “Incal Ind. e Com. de Alumínio Ltda.”. A ação foi distribuída para a 12ª Vara Federal Criminal de São Paulo em virtude da dependência à Ação Cautelar.

18 “Saenco Saneamento e Construções Ltda.”, “OK Oleos Vegetais Indústria e Comércio Ltda.”, “Ok Benfica Companhia Nacional De Pneus”, “Construtora e Incorporadora Moradia Ltda.” – “Cim, Itália Brasília Veículos Ltda.”, “Banco OK de Investimentos S/A”, “Agropecuária Santo Estevão S/A”, Luiz Estevão De Oliveira Neto, Cleucy Meireles De Oliveira, Jail Machado Silveira, e Lino Martins Pinto e Maria Nazareth Martins Pinto.

Incorporações S.A., vencedora da licitação, e já tendo sido pago pelo Tesouro Nacional praticamente o preço total do empreendimento [...], muito ainda falta para a entrega da obra, de relevantíssima importância para esta Capital.

Solicitou que fosse informada sobre as medidas a serem adotadas com vistas ao esclarecimento dos fatos e à apuração das responsabilidades, bem como aquelas porventura já existentes. O expediente foi autuado no TCU como um processo autônomo (TC-001.025/98-8).

3 Todas as armas (1999-2002): processos e recursos

Tramitavam as ações civis públicas sem qualquer repercussão na opinião pública, quando, em 25 de março de 1999, inicia-se uma Comissão Parlamentar de Inquérito no Senado Federal para apurar denúncias relacionadas à atuação do Poder Judiciário¹⁹. Em 20 de abril de 1999, a revista *Veja* publica a primeira matéria sobre o caso²⁰, à qual seguem várias matérias da Folha de São Paulo. A primeira delas, com chamada na capa, destaca a decretação da quebra de sigilo bancário de Nicolau dos Santos Neto. O principal informante nas matérias daquela semana foi o genro de Nicolau dos Santos Neto, Marco Aurélio Gil de Oliveira. Ele havia sido entrevistado pela *Veja* alguns dias após sua oitiva na CPI do Judiciário. De acordo com a história narrada pela *Veja*, no decorrer do divórcio entre Marco Aurélio e a filha de Nicolau, este não havia permitido que Marco Aurélio ficasse com a metade do valor da casa em que morava com a filha do Nicolau. Em função disso, Marco Aurélio ameaçou Nicolau a tornar pública a existência de contas bancárias no exterior, propriedades de luxo, jóias e carros que haviam sido compradas desde o início das obras do TRT/SP. Nicolau duvidou e a frase de Marco Aurélio citada pela *Veja* colocou a percepção de Nicolau sobre o possível desfecho das denúncias nos seguintes termos: “você pode me denunciar, mas nada vai acontecer comigo. Eu sou um juiz respeitado e tenho amigos poderosos” (VEJA, 1999, p. 45). Nicolau também foi entrevistado na ocasião e negou qualquer irregularidade na construção do prédio do TRT/SP. Em sua defesa, negou a propriedade de alguns dos bens (carros, casas e apartamentos) e indicou a herança de seu pai como a origem dos demais bens mencionados.

19 Para uma discussão sobre o papel das comissões parlamentares de inquérito em casos de corrupção, ver Power, Timothy and Taylor, Matthew, 2011, p. 18-19.

20 *Veja*, 20 de abril de 1999 (Edição n. 1595) e Folha de São Paulo, 21 de abril de 1999 (capa e A1, 10). Vale destacar que a Folha de São Paulo havia noticiado, em 12 de maio de 1998, a decretação de bloqueio de bens na ação civil pública.

Naquele momento, o Caso TRT/SP não ocupou mais de 2 páginas da Revista Veja. A edição de 28 de abril de 1999, que pela primeira vez noticiou o caso, tinha outro escândalo na capa – e uma matéria de mais de 8 páginas em seu interior – envolvendo um ex-presidente do Banco Central e contas correntes no exterior (VEJA, 1999)²¹.

A partir da conclusão dos trabalhos da CPI, como se verá no decorrer desta seção, várias instituições se movimentam para apurar responsabilidades, sancionar os envolvidos e promover a reparação dos danos. O Senado cassa o mandato de Luiz Estevão. O TCU modifica entendimento anterior e reconhece o desvio de verbas públicas. Inicia-se na Suíça a primeira investigação criminal sobre o caso e, aqui no Brasil, os envolvidos são denunciados e condenados criminalmente. É decretada a falência da construtora Ikal e várias outras empresas a ela relacionadas são adicionadas ao pólo passivo na ação de falência. Enfim, o Brasil obtém em Miami o primeiro, e até dezembro de 2011, único, repatriamento de valores relacionados ao caso.

3.1 O divisor de águas: A CPI do Judiciário no Senado Federal

Em oito meses de trabalho, a CPI do Judiciário colocou o Caso TRT/SP no centro das atenções da opinião pública. De acordo com o relatório final das atividades, a Comissão selecionou nove casos entre as mais de quatro mil denúncias recebidas pelo Senado Federal (BRASIL, 2000, p. 59 e 541). No mesmo documento, a Comissão agradeceu enfaticamente o apoio do Presidente do Senado, Antonio Carlos Magalhães – “que foi o grande iniciador desta CPI e colocou à disposição de nossas atividades toda a estrutura indispensável ao correto desempenho das tarefas [...]” (BRASIL, 2000, p. 619).

Entre os casos selecionados para apuração, o Caso TRT/SP foi descrito como “o mais gritante” (BRASIL, 2000, p. 61)²². O relatório final preparado pela Comissão, com 360 páginas, baseou-se na quebra de sigilo bancário das pessoas e das empresas envolvidas no caso, bem como na oitiva de quinze pessoas. A investigação realizada pela CPI nos documentos bancários da Incal identificou pagamentos regulares ao Grupo OK, de Luiz Estevão, por intermédio de transferências realizadas ao Grupo Monteiro de Barros (BRASIL, 2000, p. 114). Ademais, no decorrer de suas atividades,

21 “A radiografia do escândalo: Chico Lopes (ex-presidente do Banco Central) tem 1,6 milhões de dólares não declarados no exterior”. *Veja*, 28 de abril de 1999 (Edição n. 1595), capa.

22 Tendo em vista que outros casos analisados pela CPI do Judiciário referiam-se a Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs), todo o trabalho da CPI refere-se ao caso narrado neste texto como “TRT da 2ª Região” ou “TRT São Paulo”, diferenciando-o, portanto, dos casos referentes ao TRT da 1ª Região (Rio de Janeiro) e da 13ª Região (Paraíba) que também foram investigados pela CPI do Judiciário.

a CPI decretou a indisponibilidade dos bens de Nicolau dos Santos Neto. Nicolau impetrou mandado de segurança no Supremo Tribunal Federal pedindo a anulação do ato da CPI e alegando, entre outras coisas, *bis in idem* já que seus bens já estavam indisponíveis por decisão da 12ª Vara Cível Federal nos autos da ação civil pública. A liminar foi deferida e a segurança concedida. Na ocasião, o STF entendeu que a CPI tem poderes de investigação e não poderes de decretação de medidas assecuratórias patrimoniais (BRASIL, 1999).

Entre as diversas informações financeiras obtidas e produzidas pela CPI, duas delas resultaram em procedimentos de repatriamento de ativos. Na Suíça, duas contas bancárias receberam quinze transferências entre 10 de abril de 1992 e 28 de março de 1994²³, totalizando 6 milhões de dólares. A outra transação diz respeito à transferência de U\$ 720 mil de uma das contas na Suíça de Nicolau dos Santos Neto para a empresa Hillside Trading S.A, para a compra de um apartamento em Miami (BRASIL, 2000, p. 91). De acordo com o Relatório da CPI e as entrevistas, a quebra de sigilo bancário e outros documentos obtidos no decorrer das investigações indicavam o envio dos valores pagos pelo Tesouro Nacional para contas correntes em bancos sediados nas Ilhas Cayman, nas Bahamas e no Panamá (BRASIL, 2000, p. 97 e 79; entrevistas 2, 3 e 9). No entanto, como se verá a seguir, apenas as contas bloqueadas na Suíça e o apartamento adquirido em Miami foram objeto de procedimentos jurídicos específicos objetivando o repatriamento dos valores.

Ao final, o relatório apresenta 21 recomendações, entre as quais destacamos as seguintes: (i) “instituir o controle externo do Judiciário”; (ii) agilizar a aprovação do Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal, celebrado com os Estados Unidos da América, em outubro de 1997, e a Convenção sobre o Combate à Corrupção de funcionários públicos estrangeiros, concluída em Paris em dezembro de 1997”; (iii) “reexaminar os dispositivos constitucionais que tratam de cartas rogatórias [...] para permitir que acordos internacionais possibilitem mais ágil colaboração entre os países”; (iv) “recomendar à Comissão de Relações Exteriores do Senado o exame acerca dos acordos bilaterais e multilaterais de cooperação judiciária internacional já celebrados, para diligenciar o que for necessário para a sua efetiva implementação” (BRASIL, 2000, p. 615-616).

23 Informações constantes na decisão do Tribunal Federal Suíço que nega recurso de Nicolau dos Santos Neto contra decisão que manteve o confisco dos valores depositados nas duas contas correntes. Decisão disponível em: <<http://bstger.weblaw.ch>>. Acesso em: 07 de julho de 2011.

Algumas semanas após a aprovação do relatório referente ao Caso TRT/SP pela CPI, em 8 de dezembro de 1999, vários partidos apresentam ao Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal uma representação contra o Senador Luiz Estevão, em função dos episódios apurados pela Comissão Parlamentar de Inquérito do Judiciário. De acordo com a representação, as ilicitudes narradas pela CPI caracterizariam quebra do decoro parlamentar e seriam, portanto, passíveis de aplicação da pena de perda do mandato com inabilitação para o exercício de cargo ou função pública. A representação narra, entre vários outros fatos que:

[...] imediatamente após a revelação dos primeiros repasses de recursos oriundos da obra do TRT/SP para as empresas do Representado, este afirmou que tais repasses justificavam-se por se tratar da devolução de empréstimos feitos pelo Banco OK de Investimentos às empresas do Grupo MB. Todavia, com o decorrer das investigações - quando se descobriu que tais repasses ocorriam para outras empresas do Grupo OK e não para o banco, e que o total de repasses totalizava aproximadamente US\$ 46 milhões, enquanto que o total dos empréstimos representava apenas US\$ 2,7 milhões - o Senador Luiz Estevão teria abandonado essa tese que justificava os créditos que suas empresas recebiam das empresas do Grupo Monteiro de Barros.²⁴

Luiz Estevão apresenta defesa e nega as acusações. Mas, em 28 de junho de 2000, o Plenário do Senado aprova, por maioria, a cassação de Luiz Estevão, em sessão extraordinária²⁵.

A essa votação liga-se outro episódio relevante à compreensão da atuação do Senado Federal no Caso TRT/SP. Em fevereiro de 2001, a Revista *Isto É* publica matéria sobre possível violação do painel eletrônico do Senado na votação da cassação de Luiz Estevão. Criado para garantir o sigilo das votações, a violação do painel gera denúncia no Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado. A perícia comprova a violação e as apurações indicam que a lista com os votos da cassação de Luiz Estevão haviam sido solicitadas pelo próprio Presidente do Senado, Antonio Carlos Magalhães²⁶. Alguns dias após a abertura do processo de cassação, os senadores envolvidos, inclusive o Presidente da Casa, renunciam ao cargo (FOLHA DE SÃO PAULO, 2001)²⁷.

24 Parecer do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar relatado pelo Senador Jefferson Peres, p. 04.

25 Publicada no D.O.U. a Resolução nº 51/2000, de 29 de junho, decretando a perda do mandato de Luiz Estevão (BRASIL, 2000).

26 Parecer do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar relatado pelo Senador Roberto Saturnino, p. 02.

27 Seu mandato na 51ª legislatura (no qual foi cassado) sequer consta na sua página no site do Senado: <<http://www.senado.gov.br/senadores/senLegisAnt.asp?leg=a&tipo=3&nlegis=52&end=n&codparl=4>>.

3.2 Suíços iniciam a primeira investigação criminal e mantêm bloqueio há 12 anos

As matérias jornalísticas publicadas em abril de 1999 chamaram a atenção das autoridades suíças. O Procurador Geral de Genebra deu início a investigações preliminares por lavagem de dinheiro em face de Nicolau dos Santos Neto e, em 4 de maio de 1999, decretou a produção de documentos bancários e o bloqueio dos valores depositados em duas contas correntes²⁸ do Banco Santander, totalizando um pouco mais de U\$ 6 milhões e oitocentos mil (BRASIL, 2000, p. 96).

No início do ano 2000, a 1ª Vara da Justiça Federal de São Paulo envia uma carta rogatória a Genebra explicitando a investigação sobre corrupção e desvio de dinheiro público contra Nicolau dos Santos Neto e solicitando o sequestro e o repatriamento dos ativos bloqueados na Suíça. O juiz suíço concede o pedido, Nicolau recorre, e a *chambre d'accusation* mantém o bloqueio, mas indica ser necessária uma decisão definitiva e executória do judiciário brasileiro para que os ativos pudessem ser repatriados. Além disso, a *chambre d'accusation* chamou atenção para a existência de um procedimento nacional – o P/5132/99, supra citado – que também poderia ensejar o confisco dos ativos em território suíço²⁹. Nova tentativa de repatriamento desses valores é feita em 2004, desta vez diretamente pelos advogados contratados pela Advocacia Geral da União em Genebra para representar os interesses do Estado Brasileiro. Mais uma vez o juiz de instrução acolheu o pedido, Nicolau recorreu e a *chambre d'accusation* acatou o recurso. Dessa vez, a razão principal de anulação da decisão do juiz de instrução foi um erro processual no pedido brasileiro e, subsidiariamente, a ausência de uma decisão de confisco definitiva e executória do Judiciário brasileiro. Por fim, em 2007, Nicolau requisita ao juiz de instrução a revogação da decisão de bloqueio de suas contas. O juiz nega e Nicolau recorre ao Tribunal Penal Federal alegando transcurso de mais de 8 anos e a ausência de conexão entre as contas bancárias na Suíça e os fatos apurados no Brasil. O recurso é rejeitado em 27 de novembro de 2007 e o dinheiro permanece na Suíça³⁰.

3.3 A segunda fase da atuação do TCU

Em 05 de maio de 1999, é publicado o acórdão nº 45/99 (TC-001.025/98-8) acerca de auditoria realizada após recebimento de ofício da Procuradora-Chefe

28 Tribunal Penal Federal. RR nº 2007.131, p. 02. Decisão disponível em: <<http://bstger.weblaw.ch>>.

29 Tribunal Penal Federal. RR nº 2007.131, p. 02. Decisão disponível em: <<http://bstger.weblaw.ch>>.

30 Tribunal Penal Federal. RR nº 2007.131, p. 07. Decisão disponível em: <<http://bstger.weblaw.ch>>.

em fevereiro de 1998. Nesta ocasião, os Ministros decidem aplicar a Délvio Buffulin e Nicolau dos Santos Neto multa no valor de R\$ 17.560,20 (dezessete mil, quinhentos e sessenta reais e vinte centavos) e converter os autos em Tomada de Contas Especial para ordenar a citação solidária da empresa “Incal Incorporações S. A.”, de Délvio Buffulin, de Nicolau dos Santos Neto e de Antônio Carlos da Gama e Silva (engenheiro) para que apresentem alegações de defesa ou comprovem o recolhimento, aos cofres da União, da quantia de R\$ 57.374.209,84 (cinquenta e sete milhões, trezentos e setenta e quatro mil, duzentos e nove reais e oitenta e quatro centavos) aos cofres do Tesouro Nacional.

O acórdão menciona expressamente a investigação da CPI – “Tendo em vista a superveniência de fatos novos decorrentes da investigação da CPI do Judiciário, até então indisponíveis em função do sigilo fiscal e bancário, fatos esses que têm apontado para danos superiores aos apurados por esta Corte” (BRASIL, 1999) – e determina “a realização de nova inspeção junto ao TRT - 2ª Região, a fim de que seja apurado se efetivamente ocorreram danos decorrentes da construção do Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo” (BRASIL, 1999).

Em agosto do ano seguinte, o TCU decide citar solidariamente a empresa “Incal Incorporações S.A.”, do “Grupo OK Construções e Incorporações S.A.”, na pessoa de Luiz Estevão de Oliveira Neto, de Nicolau dos Santos Neto, de Délvio Buffulin e de Antônio Carlos Gama da Silva, pelo valor de R\$ 169.491.951,15, em relação à diferença entre as quantias pagas pelo TRT - 2ª Região à conta das obras de construção do Fórum Trabalhista de São Paulo (R\$ 231.953.176,75) e o valor efetivo do empreendimento nas condições em que se encontram (R\$ 62.461.225,60), todos em valores de abril de 1999, sendo que desse débito total a parcela de R\$ 13.207.054,28 é de responsabilidade solidária também do Sr. Gilberto Morand Paixão (engenheiro) (BRASIL, 2000).

Somente em 31 de janeiro de 2001, o Plenário do TCU decide:

[...] decretar, cautelarmente, pelo prazo de 01 (um) ano, a indisponibilidade de bens dos responsáveis, cuja citação foi determinada pela Decisão n.º 591/2000-Plenário, tantos quantos bastantes para garantir o ressarcimento do débito, Srs. Nicolau dos Santos Neto, Antônio Carlos da Gama e Silva, Délvio Buffulin, Gilberto Morand Paixão, Fábio Monteiro de Barros Filho, José Eduardo Corrêa Teixeira Ferraz e Luiz Estevão de Oliveira Neto, bem como da Incal Incorporações S/A e do Grupo OK Construções e Incorporações S/A. (BRASIL, 2001)³¹

31 Acórdão nº 26/2001, julgado em 31/01/01, no requerimento de indisponibilidade de bens formulado pelo Ministério Público nº 017.777/2000-0.

Por fim, em 11 de julho de 2001, em processo de tomada de contas especial, o TCU julga irregulares as contas de Délvio Buffulin e de Nicolau dos Santos Neto; da “Empresa Incal Incorporações S.A.”, em nome de seus representantes legais, Fábio Monteiro de Barros Filho e José Eduardo Corrêa Teixeira; do “Grupo OK Construções e Incorporações S.A.”, em nome de Luiz Estevão de Oliveira Neto e do Sr. Antônio Carlos da Gama e Silva, condenando-os solidariamente ao pagamento de R\$ 169.491.951,15 (cento e sessenta e nove milhões, quatrocentos e noventa e um mil, novecentos e cinquenta e um reais e quinze centavos). Decide também aplicar às empresas e pessoas, individualmente, multas de R\$ 10 milhões para a “Incal Incorporações”, o “Grupo OK” e Nicolau dos Santos Neto. A Délvio Buffulin e a Antonio Carlos Gama e Silva foram aplicadas multas individuais no valor de R\$ 1 milhão e R\$ 17.560,00 (dezesete mil quinhentos e sessenta reais), respectivamente (BRASIL, 2001)³².

Foram interpostos recursos de reconsideração por todos os condenados ao pagamento no acórdão nº 163/2001. A decisão foi mantida em 5 de dezembro de 2001, com exceção do recurso de Délvio Buffulin, ao qual foi dado parcial provimento para limitar o valor do débito solidário e reduzir a multa aplicada (BRASIL, 2001)³³. Em seguida, foram opostos sucessivos embargos de declaração contra a decisão que manteve a condenação e, em 8 de maio de 2002, ao julgar parte dos recursos, o plenário do TCU declarou que a “presente alegação não atende aos pressupostos de embargabilidade, revelando, ao contrário, o intento de postergar o trânsito em julgado” e determinou que “a reiteração, pelos recorrentes, de Embargos Declaratórios contra a presente deliberação não suspenderá a consumação do trânsito em julgado do Acórdão condenatório” (BRASIL, 2002)³⁴.

A Advocacia Geral da União promoveu ações autônomas de execução de título extrajudicial para cobrança dos valores impostos na condenação. Os processos movidos em face do “Grupo OK” (Ação de Execução nº 2002.34.00.016926-3, em trâmite perante a 19ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal) e de Nicolau dos Santos Neto (Ação de Execução nº 2003.61.00.011074-9, em trâmite perante a 12ª Vara Federal Cível de São Paulo) ainda estão em andamento. Não foi possível ter informações seguras

32 Acórdão nº 163/2001, julgado em 11/07/01, na Tomada de Contas Especial referente ao ano de 1995 (TC-001.025/98-8)

33 Acórdão nº 301/2001, julgado em 5/12/01, na Tomada de Contas Especial referente ao ano de 1995 (TC-001.025/98-8).

34 Acórdão nº 158/2002, julgado em 8/5/2005, na Tomada de Contas Especial referente ao ano de 1995 (TC-001.025/98-8)

sequer sobre a existência de outras ações de execução, já que as ações foram propostas individualmente e não há sistema de busca uniformizado das Justiças Federais.

3.4 No Brasil, condenações criminais aguardam trânsito em julgado

No início de 1999, o Ministério Público Federal dá início a um segundo conjunto de ações relacionadas ao Caso TRT/SP, especificamente na esfera penal. O primeiro inquérito criminal sobre o caso é autuado na Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça em maio³⁵. Em 16 de fevereiro de 2000, diante da revogação da Súmula nº 394 do STF³⁶, a Corte Especial do STJ, por unanimidade, declina a competência e determina a remessa desse inquérito à 1ª Vara Federal Criminal de São Paulo³⁷.

Depois da instauração do Inquérito nº 258 no STJ, mas antes da remessa para a 1ª instância, é instaurado inquérito no STF para apurar os fatos relacionados à CPI, cujo investigado era Luiz Estevão de Oliveira Neto (STF, Inq. nº 1595). Mas, como em 28 de junho de 2000 Luiz Estevão teve seu mandato cassado pelo Senado Federal, foi determinada a remessa do Inquérito nº 1595 à Justiça Federal de 1º grau em São Paulo, pois o inquérito passou a alcançar “cidadão comum”³⁸. Assim, os autos também são encaminhados para a 1ª Vara da Justiça Federal em São Paulo.

No início de 2000, são oferecidas duas denúncias: a primeira dará origem ao processo principal, sobre corrupção e outros crimes³⁹. Em seguida, o MPF oferece denúncia contra Nicolau dos Santos Neto por lavagem de dinheiro⁴⁰.

Em razão da organização interna do MPF, a elaboração de uma denúncia para dar início à ação penal ficou a cargo de procuradores diferentes daqueles que haviam formulado a ação civil pública. As ações penais em que Nicolau dos Santos Neto figura como réu estão todas sob sigilo e, dessa forma, não é possível ter acesso sequer ao andamento do caso por intermédio do sistema informático da Justiça Federal. De todo modo, por intermédio da mídia e dos recursos apresentados nos

35 O inquérito foi autuado sob o nº 258, para investigar “crimes contra a Administração Pública” e Nicolau dos Santos Neto consta como único investigado (informação extraída do site do STJ).

36 Em agosto de 1999, o STF cancelou a Súmula nº 394, de abril de 1964, que estabelecia: “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função ainda que o inquérito ou ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício” (BRASIL, 1964).

37 O inquérito foi autuado sob o nº 2000.61.81.001198-1.

38 Decisão proferida pelo Min. Marco Aurélio, em 13 de julho de 2000.

39 Ação Penal nº 2000.61.81.001198-1.

40 Ação Penal nº 2000.61.81.001248-1.

tribunais superiores, é possível obter informações sobre as principais decisões e o estágio atual do processo.

No decorrer do ano 2000, a denúncia no processo principal, versando sobre corrupção entre vários outros crimes, foi aditada algumas vezes para acrescentar réus – Luiz Estevão não havia sido denunciado inicialmente – e modificar alguns termos da acusação. No decorrer daquele ano, Nicolau dos Santos Neto, Fábio e José Eduardo tiveram prisões preventivas decretadas, mas apenas Nicolau chegou a cumpri-la. O estudo sistemático de todas as notícias que mencionavam o nome de Nicolau dos Santos Neto no jornal Folha de São Paulo permite reconstituir alguns dos fatos envolvendo a prisão preventiva de Nicolau. O ano 2000 foi de longe o ano em que a cobertura do caso foi mais intensa: 274 matérias e 17 chamadas na capa da Folha de São Paulo. A decretação da prisão ocorreu em abril de 2000, Nicolau foi preso em dezembro e, somente no início de janeiro, apareceu ao público. Esse período em que Nicolau era visto como um “fugitivo da justiça” - do início de abril de 2000 até o final de janeiro de 2001 – responde por 55% de todas as matérias publicadas no decorrer de treze anos e 70% das chamadas em capa⁴¹.

As sentenças de primeira instância vieram em junho de 2002. Nicolau foi condenado a 8 anos de prisão pela prática de lavagem de dinheiro e de tráfico de influência, em concurso material⁴². Todos os demais foram absolvidos. Esta sentença foi proferida pelo Juiz Casem Mazlum, que alguns anos depois foi investigado na operação “Anaconda”, articulada pela polícia federal para apurar a venda de sentenças. Em face disso, Mazlum perdeu o cargo em dezembro de 2004, mas no decorrer da operação não foram identificados indícios de que a sentença proferida no Caso TRT/SP havia sido “vendida”⁴³.

41 É importante registrar que nesse período outros temas foram cobertos para além da decretação da preventiva de Nicolau. Em julho e agosto de 2000, meses com as maiores incidências de notícias relacionadas ao caso – 74 e 83 respectivamente - o grande tema explorado pela mídia era o possível envolvimento de Eduardo Jorge, ex-Secretário Geral da Presidência no decorrer do mandato de Fernando Henrique Cardoso.

42 Foi aplicada pena de 5 anos de reclusão pelo crime de lavagem de dinheiro na Ação Penal nº 2000.61.81.001248-1 e de 3 anos de reclusão pelo crime de tráfico de influência na Ação Penal nº 2000.61.81.001198-1. As sentenças foram proferidas no mesmo dia e o juiz determinou a soma das penas, em razão de concurso material.

43 O acórdão do Tribunal Regional Federal que julgou a apelação da condenação penal decidiu que “não há provas no sentido de que a sentença condenatória de primeiro grau prolatada nestes autos tenha sido dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz, pelo que não há que se falar em nulidade deste processo ou de impedimento do magistrado, sendo que eventual vício a atingir outro processo não tem o condão de se estender ao presente” (TRF 3ª Região, Apelação Criminal nº 200061810011981, p. 371-372).

As sentenças foram publicadas no dia 26 de junho de 2002, uma sexta-feira, no final da tarde. A Folha de São Paulo dá a notícia na segunda-feira: “Nicolau é condenado, Estevão é absolvido”. A notícia seguinte aparece quase 15 dias depois. Um de nossos entrevistados forneceu uma explicação para o silêncio da mídia: a sentença foi publicada na antevéspera da final da copa do mundo em que o Brasil levou o penta campeonato⁴⁴. De todo modo, o caso já não era mais notícia: 274 matérias publicadas em 2000, 103 em 2001 e somente 24 em 2002.

O Ministério Público recorreu das decisões e, em 2006, o Tribunal Regional Federal profere um acórdão no processo principal⁴⁵, condenando os quatro protagonistas a penas que variam entre 26 e 31 anos de prisão. A condenação impôs também penas de multa que variaram de R\$ 900 mil a R\$ 3 milhões. A pena de Nicolau dos Santos Neto no processo sobre lavagem de dinheiro foi aumentada para 14 anos de reclusão. Os réus apelaram para o Superior Tribunal de Justiça em 2007.

Apenas a Nicolau dos Santos Neto foi negado o direito de aguardar o trânsito em julgado da decisão em liberdade. Em virtude de questões de saúde, foi-lhe autorizada transferência para prisão domiciliar. Os demais protagonistas – Luiz Estevão, Fabio de Barros e José Eduardo Ferraz – aguardam decisões do STJ em liberdade. No decorrer do processo eles foram presos preventivamente por poucos dias apenas. Uma das explicações para essa diferença de tratamento entre os réus reside no fato de Nicolau ter sido o único a permanecer meses com a prisão decretada sem apresentar-se à justiça⁴⁶.

A cobertura midiática dessa segunda sentença foi ainda mais fraca que a da primeira, rendeu nada mais que duas das oito notícias publicadas no ano.

44 Entrevista 3 (31:00).

45 O acórdão é proferido na véspera da prescrição de alguns crimes imputados. A defesa de Nicolau dos Santos Neto alega que os crimes estariam prescritos na data do julgamento, já que o ano anterior era bissexto, mas a alegação é rejeitada pela turma julgadora (TRF 3ª Região, Apelação Criminal nº 200061810011981, p. 228).

46 De acordo com o Código de Processo Penal brasileiro, a prisão preventiva (antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória) só pode ser decretada “como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria” (BRASIL, 1940). A não apresentação à justiça é frequentemente utilizada pelo Judiciário para manter a decretação da prisão, sob o fundamento de que a medida é necessária para conveniência da instrução criminal (para que o acusado participe dos atos processuais) e posterior aplicação da lei penal.

3.5 *Constructive trust*: apartamento de Miami acionado e leilado em meses

No dia primeiro de setembro de 2000, advogados contratados pelo Estado brasileiro nos EUA apresentaram um pedido cautelar (*Motion for Temporary Injunction*) à 11ª *Judicial Circuit Court* de Miami. O objetivo do pedido era constituir um *constructive trust* e transferir a propriedade do luxuoso apartamento de Miami para o Estado brasileiro. O imóvel havia se tornado um ícone do Caso TRT/SP desde a matéria de Caco Barcelos para o programa de televisão *Fantástico*, que foi ao ar no início de agosto de 2000. Nesta mesma semana, o rosto de Nicolau ocupa a capa da Revista Veja com os dizeres “anatomia de um crime: os bastidores do mais escandaloso golpe já aplicado no Brasil”. A matéria de 10 páginas traz fotos do prédio bem como do interior do apartamento⁴⁷.

É também no mês de agosto de 2000 que o Ministério da Justiça cria uma “força-tarefa” para organizar os esforços de diferentes órgãos que estavam lidando com o caso. A contratação de um escritório de advocacia em Washington – que já havia representado os interesses brasileiros nos EUA na negociação da dívida externa junto ao FMI e no “Caso Georgina de Freitas” – surge nesse contexto. Naquele momento, o acordo bilateral de cooperação internacional negociado entre os dois países – assinado em outubro de 1997 – aguardava a aprovação do Congresso Nacional, o que ocorreu apenas em 18 de dezembro de 2000, aproximadamente um ano após as expressas recomendações da CPI para acelerar a tramitação. Nesse contexto, a ação movida pelo Estado Brasileiro pareceu aos advogados uma estratégia com maiores chances de sucesso que a tramitação de um pedido de cooperação internacional com base em reciprocidade.

O pedido à corte de Miami foi formulado em face de Nicolau dos Santos Neto e de duas pessoas jurídicas com sede na Flórida: a *Biarritz Properties Corporation* (de acordo com o mesmo documento, anteriormente conhecida como *Hillside Trading Limited*) e a *Stedman Properties Incorporation*. O *constructive trust* é um remédio jurídico bastante comum no direito americano que se destina a promover judicialmente a restituição de bens específicos aos legítimos proprietários. Trata-se, portanto, de um mecanismo flexível que permite ao judiciário transferir títulos de propriedade quando há comprovação de que a aquisição de um determinado bem gera enriquecimento ilícito para aquele que detém o título de propriedade⁴⁸.

47 Veja, 02 de agosto de 2000. Edição 1660. Tiragem desta edição: 1.257.444 de exemplares.

48 *American Law Institute. Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment* § 55 (T.D. No. 6, 2008). O documento ilustra a explanação sobre este instituto com inúmeros casos, alguns deles do início do século XX. O conceito, no entanto, origina-se no direito inglês e é muito mais antigo.

Nessa ação, o Estado brasileiro logrou demonstrar que o apartamento havia sido adquirido com recursos provenientes da conta de Nicolau na Suíça e que esta, por sua vez, havia recebido uma série de transferências, consecutivas aos pagamentos que o Tesouro fazia à “Incal”. No final de agosto de 2001, o juiz defere o pedido e constitui um *constructive trust* em nome do Estado brasileiro⁴⁹. O apartamento foi leiloado e, em novembro de 2002, U\$ 690,113.81 (seiscentos e noventa mil cento e treze dólares e oitenta e um centavos) foram depositados na conta do Tesouro Nacional.

3.6 “Ikal” entra em falência e “Grupo OK” tem a personalidade jurídica desconsiderada

Em dezembro de 2000, o juiz da 8ª Vara Cível decreta a falência da “Construtora Ikal” ao julgar procedente a ação interposta em fevereiro de 1999 pela empresa “Trox” do Brasil. De acordo com o pedido, a “Construtora Ikal” deixou de pagar duplicatas protestadas, no valor total de R\$ 69.778,16 (sessenta e nove mil, setecentos e setenta e oito reais e dezesseis centavos). Em janeiro de 2001, a “Construtora Ikal” pediu a suspensão da declaração de falência. Alegou, dentre outros argumentos, que possui valores correspondentes ao reclamado no pedido de falência, na conta poupança no Banco do Brasil (R\$ 202.216,51), mas que esses valores estão indisponíveis por ordem judicial da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo (autos da Ação Civil Pública). Por isso, pede para que seja enviado ofício à 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo para transferência do valor atualizado. O pedido é negado.

Em 06 de dezembro de 2001, Fabio Monteiro de Barros Filho, “sócio e diretor presidente da Construtora Ikal na época da falência e representante legal da Monteiro de Barros Investimentos S.A” presta declarações no processo de falência e alega que a falência da “Construtora Ikal” “foi motivada pela indisponibilidade de seus bens e bloqueio de contas bancárias decretados em ação movida pelo Ministério Público, em trâmite na 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo, envolvendo a construção do prédio do Tribunal Regional do Trabalho”⁵⁰.

Em junho de 2002, a síndica pede a extensão dos efeitos da falência para atingir a sócia majoritária “Monteiro de Barros Investimentos S.A.,” “Incal Incorporações S.A.,” “SLG S.A.,” “Monteiro de Barros Empreendimentos Imobiliários e Participações Ltda.,” “CMB do Brasil Ltda.” e “BFA Empreendimentos e Construções”. As empresas são incluídas no pólo passivo. Em outubro de 2002, o juiz determina a inclusão do

49 Detalhes da tramitação deste pedido e todas as principais peças estão disponíveis no site do *Circuit and County Courts*, Miami, no endereço: <<http://www2.miami-dadeclerk.com/civil/search.aspx>>.

50 Ação de Falência nº 583.00.1999.019813-0, p. 1472.

“Grupo OK Construções e Incorporações S.A.” no polo passivo da falência, diante da possibilidade de ter havido venda de ações, com alteração do quadro social da empresa INCAL Incorporações S.A., empresa coligada da falida.

Na última avaliação das empresas que estão no polo passivo da Ação de Falência, realizada em junho de 2004, a síndica constatou que o passivo total era de R\$1.773.724,27 (um milhão, setecentos e setenta e três mil, setecentos e vinte e quatro reais e vinte e sete centavos), mas que ainda havia inúmeras habilitações de crédito aguardando julgamento de Agravo para serem analisadas. Até aquele momento, haviam sido arrecadados: um veículo V/W Santana 2000; valores em contas correntes nos bancos BCN, Itaú, Banco do Brasil, Unibanco e Bradesco; e imóveis. Em julho de 2011, aguarda-se nova avaliação dos bens arrecadados por perito a ser indicado pela síndica.

Paralelamente, em novembro de 1998, a empresa “Grupo OK Construções e Incorporações Ltda.” propõe ação declaratória de anulação de títulos de créditos em face da “Betoncamp Serviços de Concretagem Ltda.” requerendo que as duplicatas protestadas em nome do “Grupo OK” (no valor total de R\$ 177.048,82) sejam anuladas⁵¹. Em junho de 1999, o processo é extinto sem julgamento de mérito por falta de interesse de agir do “Grupo OK”. Com a extinção do processo, inicia-se a fase de execução dos títulos judiciais. Em novembro de 2008, é determinado o bloqueio de R\$ 43.544,44 (quarenta e três mil quinhentos e quarenta e quatro reais e quarenta e quatro centavos) de todas as contas e aplicações financeiras em nome da empresa “Grupo OK Construções e Incorporações Ltda.”, pelo sistema BacenJud 2.0. Não foram encontrados valores nas contas correntes.

Em dezembro de 2008, a empresa “Concrepav S.A. Engenharia de Concreto” (que sucedeu a “Betoncamp Serviços de Concretagem Ltda.”), pede a desconsideração da personalidade jurídica do “Grupo OK”, para que os representantes legais sejam incluídos no polo passivo. De acordo com o pedido, a empresa não possui nenhum bem passível de ser penhorado para garantia da execução. As buscas realizadas junto ao Detran e aos estabelecimentos bancários também restaram infrutíferas. Segundo o pedido, tudo leva a pressupor que os sócios da executada, após realizarem vários negócios em nome da sociedade empresarial, buscaram se esconder atrás do véu da pessoa jurídica para fins fraudulentos. Em abril de 2009, é desconsiderada a personalidade jurídica do “Grupo OK” e enviada intimação para que os sócios paguem o débito devidamente atualizado no valor de R\$ 43.544,44 (quarenta e três mil

51 Ação nº 538.00.1998.033693-2, 11ª Vara Cível de São Paulo.

quinhentos e quarenta e quatro reais e quarenta e quatro centavos) no prazo de 15 dias, sob pena de penhora. Até dezembro de 2011, não há notícia de apresentação de impugnação ou do pagamento do débito.

3.7 Do “nada vai acontecer comigo” à marchinha de carnaval

Logo em 1999, a imprensa passou a utilizar as expressões “Lalau” e “Lau-lau” para fazer referência a Nicolau dos Santos Neto. Com a intensificação da cobertura, pela mídia impressa e televisiva, as expressões ganharam rapidamente a opinião pública, tendo sido inclusive mote de marchinha de carnaval de 2001⁵². A utilização dessas e de outras expressões pela mídia estão sendo discutidas no Judiciário em ações de indenização por danos morais e ações penais privadas versando sobre crime contra a honra. Apenas no Tribunal de Justiça de São Paulo foram encontrados 9 acórdãos. As ações de origem foram ajuizadas pelo próprio Nicolau dos Santos Neto, por pessoas próximas a ele ou familiares e também por pessoas que foram comparadas a Nicolau dos Santos Neto e se sentiram moralmente ofendidas⁵³.

As duas decisões referentes a ações ajuizadas por Nicolau dos Santos Neto mencionam comentários veiculados em redes de televisão considerados por ele ofensivos a sua honra⁵⁴. De acordo com os relatórios das decisões, em ambos os casos, Nicolau dos Santos Neto entendeu que os comentários teriam imputado-lhe crimes e incitado a população a chamá-lo de “Lalau” e “ladrão”. Ambas as ações foram julgadas improcedentes em 1º grau e as sentenças foram confirmadas pelas turmas julgadoras (em janeiro de 2009 e março de 2011, respectivamente), sob o fundamento de que Nicolau

52 “Lalau pegou meu dinheiro e levou/Depois voltou, mas a grana ficou/Eu esse ano vou ser rico por um dia/Vou pra BandaMole de Lalau na fantasia/Lalau pegou meu dinheiro e levou/Depois voltou, mas a grana ficou/Enquanto ele fugia/A nossa gente perguntava sem parar:/Lalau, Lalau, Lalau/Cadê Lalau?/Conta aqui na Federal/Onde pôs meu capital?/Me conta Nicolau/Lalau”. Marchinha da tradicional BandaMole de Guaratinguetá. Áudio disponível em: <http://www.jornalolince.com.br/galeria/musicos/banda_mole/body.php?id=8>. Acesso em: 14 de julho de 2011.

53 A pesquisa das ações de indenização por danos morais e ações penais privadas envolvendo Nicolau dos Santos Neto foi realizada no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (<http://www.tj.sp.gov.br/>), em 21 de junho de 2011. A primeira busca foi feita na ferramenta de pesquisa “consulta de processos de 2º grau”, por “nome da parte” (Nicolau dos Santos Neto). Mas, para não ocultar outras decisões que dizem respeito ao caso estudado, foi realizada busca na “consulta de jurisprudência”. As palavras-chave utilizadas foram “Nicolau dos Santos Neto” e “Lalau”.

54 TJSP, Apelação Cível nº 613.488-415-00; TJSP, Apelação Cível nº 9185690-42.2006.8.26.0000.

dos Santos Neto “sabidamente envolvido em escândalo financeiro, com sério dano ao Erário federal acabou por atrair para si um juízo de valor reprovável”⁵⁵.

Por fim, três acórdãos encontrados na pesquisa dizem respeito a pedidos de indenização por danos morais de pessoas que, ao serem chamadas de “Lalau” ou comparadas a Nicolau dos Santos Neto, sentiram-se ofendidas em sua honra. Em todos os casos, as ações foram julgadas procedentes em 1ª instância e essas decisões foram mantidas pelas Turmas Julgadoras, nos seguintes termos:

Nem se diga que não houve ofensa em virtude da absolvição do ex-prefeito Pitta e de Nicolau do Santos Neto. Ora, a referência a estas pessoas não foi feita em razão da certeza de que praticaram ilícitos, mas da repercussão na mídia das irregularidades imputadas a eles, razão pela qual tiveram conteúdo ofensivo.⁵⁶

3.8 Enfim, as sentenças nas ações de improbidade

Após mais de dez anos de tramitação, em 26 de outubro de 2011, são publicadas as sentenças⁵⁷ que julgaram ambas as ações civis públicas parcialmente procedentes⁵⁸ para condenar os réus por (i) danos materiais e morais causados à União Federal, “a serem arbitrados na liquidação da sentença”⁵⁹, (ii) multa civil, correspondente a três vezes o valor do acréscimo patrimonial, (iii) perda em favor da União dos bens e valores acrescidos ilicitamente; (iv) suspensão do direito de contratar

55 TJSP, Apelação Cível nº 613.488-415-00. No mesmo sentido, TJSP, Apelação Cível nº 9185690-42.2006.8.26.0000.

56 TJSP, Apelação Cível nº 236.105-4. E ainda: “[...] o fato de os dois co-réus serem membros do conselho fiscal não os autoriza a xingar em altos brados o apelado de ladrão, Lalau e pé na cova” (TJSP, Apelação Cível nº 431.883-4). No mesmo sentido: TJSP, Apelação Cível nº 296.931-4/9.

57 No Agravo de Instrumento nº 2000.03.00.033614, do TRF3, foi reconhecida conexão entre as ACPs nº 2000.61.00.012554-5 e nº 98.0036590-7, para fins de julgamento simultâneo.

58 Foram absolvidos os réus Jail Machado Silveira, sócio-gerente da “Construtora e Incorporadora CIM”, e Délvio Buffulin por ausência de provas. Com relação ao ex-presidente do TRT: “Constato na conduta do co-réu Délvio Buffulin a inexistência de qualquer indício de que tenha agido com culpa, muito menos com dolo. Ao contrário, o Superior Tribunal de Justiça ao examinar a conduta do co-réu afirma que restou devidamente comprovada além da ausência de dolo do Délvio, sua extrema cautela enquanto presidente do Tribunal Regional do Trabalho, quando procedeu ao devido encaminhamento do crédito orçamentário, visando restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato à Construtora Incal, além da absoluta inexistência de enriquecimento ilícito”. Sentença da ACP nº 98.0036590-7, DJ 26.10.11.

59 Sentença da ACP nº 2000.61.00.012554-5.

com o Poder Público e suspensão dos direitos políticos por dez anos. Além disso, foi ratificada a liminar para manter a indisponibilidade dos bens dos réus.

De acordo com a sentença da Ação Civil Pública nº 98.0036590-7, há prova de enriquecimento ilícito auferido pelos réus, em prejuízo ao Erário, tendo em vista que “indubitável, e reconhecido nos autos da decisão criminal”, os réus “mantiveram em erro a entidade pública, dando a aparência de realização de atos regulares no que concerne à contratação e realização da obra do Fórum Trabalhista, mas que escondiam, na verdade, a finalidade de obtenção de vantagens ilícitas”. Assim como nesse trecho, diversas condutas reconhecidas na decisão foram extraídas do processo criminal por corrupção⁶⁰.

Os valores do dano moral, material e da multa civil serão fixados em fase de liquidação de sentença.

4 História sem fim

Em 14 de julho de 2011, a Advocacia Geral da União divulga em seu site a decisão da Justiça Federal de Brasília (Ação de Execução nº 2002.34.00.016926-3) que ordena a transferência de quase 55 milhões de reais em créditos do “Grupo OK” para as contas do Tesouro Nacional. E comemora: “Este é o maior recolhimento para os cofres da União já registrado, referente à recuperação de verbas desviadas em caso de corrupção” (BRAGA, 2011). A nota informa também que o dinheiro “já havia sido bloqueado pela Justiça em razão de ações movidas pela AGU para que seja cumprida condenação imposta pelo Tribunal de Contas da União (TCU) ao Grupo OK no caso do TRT de São Paulo” (BRAGA, 2011). Luiz Estevão, em entrevista concedida ao jornal O Globo, faz pouco caso: “Não temos interesse de recorrer. É uma decisão até vantajosa para a gente. Ela evita um prejuízo. Mas em relação ao processo como um todo, estamos recorrendo do mérito e se a gente ganhar a União será obrigada a nos devolver [tudo] de novo” (O GLOBO, 2011). Esta decisão reúne-se, portanto, a várias outras mencionadas no decorrer desta narrativa que percorrerão um longo caminho até se tornarem definitivas.

Se a responsabilização dos envolvidos pode ser conquistada a cada nova decisão relacionada ao caso, a reparação dos danos depende da finalização dos procedimentos em curso e do trânsito em julgado. Nesse contexto, os quase U\$ 700.000,00 (setecentos mil dólares) que retornaram aos cofres públicos graças

60 Cf., por exemplo: “restou demonstrada nos autos da ação criminal a existência de uma complexa estrutura que se formou entre os co-réus para cumprir seus fins escusos e se valiam de cuidadoso esquema para conseguir seu desiderato”. Sentença da ACP nº 98.0036590-7, DJ de 26.10.11.

ao leilão do apartamento de Miami são particularmente significativos. Os esforços dos advogados suíços contratados pelo Brasil vão no mesmo sentido e colocam em evidência outras estratégias no campo da recuperação de ativos provenientes de corrupção para além da cooperação internacional em matéria penal. O novo desenho pode trazer vantagens em termos de celeridade e de diversidade de mecanismos jurídicos à disposição, mas traz também os altos custos dos honorários advocatícios⁶¹.

De todo modo, a atuação do sistema de justiça brasileiro em relação ao Caso TRT/SP não se limita às respostas concretas em termos de responsabilização e de reparação de danos que as diversas instituições envolvidas podem vir a alcançar. Ao contrário, o Caso TRT/SP vem sendo observado, por diferentes atores, como um marco na atuação do sistema de justiça em relação à corrupção política. Não há como estabelecer correlações entre as inúmeras transformações institucionais das duas últimas décadas e o caso estudado aqui. De certo modo, o sistema de justiça destinado a lidar com a corrupção política é *outro* depois da criação da Controladoria Geral da União, do Conselho Nacional de Justiça, do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional do Ministério da Justiça, e de divisões especializadas na Advocacia Geral da União e no Ministério Público Federal. Ainda assim, algumas alterações específicas foram observadas como implicações mais diretas do Caso TRT/SP no sistema de justiça.

Um primeiro exemplo é a aprovação do acordo de cooperação com os Estados Unidos da América que havia sido assinado em 1997 e tramitava no Congresso Nacional quando o caso repercutiu na mídia em 1999. Como vimos no decorrer desta narrativa, em 1999 a CPI indicou, entre suas recomendações, maior celeridade nessa tramitação e a aprovação final do texto ocorreu em dezembro do ano seguinte.

Outra alteração normativa e institucional que teve o Caso TRT/SP no pano de fundo dos debates diz respeito à mudança nas regras sobre o foro por prerrogativa de função. Como mencionado anteriormente, em agosto de 1999, o STF cancelou a Súmula nº 394 que estabelecia a competência especial mesmo após a cessação do exercício funcional. Buscando reverter o quadro, uma lei alterando o Código de Processo Penal restaura e amplia o foro privilegiado (Lei nº 10.628, de 24 de dezembro

61 Entrevistas indicam que o valor dos honorários advocatícios internacionais pagos pelo Brasil no decorrer do Caso TRT/SP equipara-se ao valor obtido com a venda do apartamento de Miami. Entrevista 2 (14:36) e Entrevista 1 (20:12).

de 2002, BRASIL) para os ex-ocupantes de cargos públicos. Contra ela, associações de magistrados e procuradores apresentam ao Supremo Tribunal Federal ações diretas de inconstitucionalidade, dias após a entrada em vigor da lei, em dezembro de 2002. Em setembro de 2005, o STF, por maioria, declara a inconstitucionalidade da lei. O cancelamento da súmula e a breve vigência da nova lei deram margem a uma série de questionamentos da competência dos juízes de primeira instância, tanto na esfera penal, quanto na ação civil pública de improbidade administrativa.

Ao lado destes temas, o Caso TRT/SP coloca aos juristas uma série de questões sobre o desenho do sistema de justiça brasileiro para lidar com casos similares. Entre as mais prementes, parece estar a multiplicação de procedimentos com objetivos concretos bastante semelhantes. Em um contexto de escassez de recursos, um desenho institucional que permita a atuação de tantos órgãos de maneira simultânea sobre um mesmo caso concreto precisa ser repensado. A fragmentação da atuação do Estado em várias frentes traz uma série de implicações à condução dos processos e tende a comprometer a articulação interinstitucional e até mesmo a qualidade das decisões proferidas pelo sistema de justiça.

5 Referências

ABRAMO, Claudio *et al.* Contratação de obras e serviços (licitações). In: SPECK, Bruno (Ed.). **Caminhos da Transparência**. Análise dos componentes de um sistema nacional de integridade. Campinas: Editora da Unicamp, 2002.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Rio de Janeiro, 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 18 de julho de 2011.

_____. Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. Brasília, de 1986. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm>. Acesso em: 18 de julho de 2011.

_____. Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002. Brasília, de 2002. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10628.htm Acesso em: 18 de julho de 2011.

_____. Resolução nº 51, de 2000. Senado Federal. Brasília, 29 de junho de 2000. **Diário Oficial da União**, nº 124-E, Seção 1, p. 2. Disponível em: < <http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=2&data=29/06/2000>>. Acesso em: 18 de julho de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.455/DF. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, 24 de novembro de 1999. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2823455%2ENUME%2E+OU+23455%2EACMS%2E%29&base=baseA cordaos>>. Acesso em: 18 de julho de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 394. Brasília, 08 de maio de 1964. **Diário de Justiça**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=394.NUME.NAO.S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 18 de julho de 2011.

_____. Tribunal de Contas da União. Processo nº 700.731/1992-0. Acórdão nº 231/1996. Relator: Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira. Brasília, 08 de mai. de 1996. Publicado em: 27 de maio de 1996. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=DECISAO-LEGADO-16558&txo=2b2532384e554d41434f5244414f2533413233312b4f522b4e554d52454c4143414f2533413233312532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341313939362b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334131393936253239&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight>>. Acesso em: 18 de julho de 2011.

_____. Tribunal de Contas da União. Processo nº 700.115/1996-0. Acórdão nº 591/2000. Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha. Brasília, 02 de agosto de 2000. Publicado em: 15 de agosto de 2000. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight;jsessionid=C43AB4ECF42236A4C8EB305A859E47A9?key=DECISAO-LEGADO-106156&texto=2b2532384e554d41434f5244414f2533413539312b4f522b4e554d52454c4143414f2533413539312532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323030302b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334132303030253239&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight>>. Acesso em: 18 de julho de 2011.

_____. Tribunal de Contas da União. Processo nº 017.777/2000-0. Acórdão nº 26/2001. Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha. Brasília, 31 de janeiro de 2001. Publicado em: 09 de fevereiro de 2001. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=DECISAO-LEGADO-102334&texto=2b2532384e554d41434f5244414f25334132362b4f522b4e554d52454c4143414f25334132362532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323030312b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334132303031253239&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=>>>. Acesso em: 18 de julho de 2011.

_____. Tribunal de Contas da União. Processo nº 001.025/1998-8. Acórdão nº 163/2001. Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha. Brasília, 11 de julho de 2001. Publicado em: 09 de agosto de 2001. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-99035&texto=2b2532384e554d41434f5244414f2533413136332b4f522b4e554d52454c4143414f2533413136332532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323030312b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334132303031253239&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=>>>. Acesso em: 18 de julho de 2011.

_____. Tribunal de Contas da União. Processo nº 001.025/1998-8. Acórdão nº 301/2001. Relator: Ministro Valmir Campelo. Brasília, 05 de dezembro de 2001. Publicado em: 23 de janeiro 2002. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-26539&texto=2b2532384e554d41434f5244414f2533413330312b4f522b4e554d52454c4143414f2533413330312532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323030312b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334132303031253239&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=>>>. Acesso em: 18 de julho de 2011.

_____. Tribunal de Contas da União. Processo nº 001.025/1998-8. Acórdão nº 158/2002. Relator: Ministro Valmir Campelo. Brasília, 08 de maio de 2002. Publicado em: 25 de maio de 2002. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-29908&texto=2b2532384e554d41434f5244414f2533413135382b4f522b4e554d52454c4143414f2533413135382532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323030322b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334132303032253239&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=>>>. Acesso em: 18 de julho de 2011.

FOLHA DE SÃO PAULO. Saiba o que levou ACM a renunciar ao seu mandato. 31 de maio de 2001. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u20590.shtml>>. Acesso em: 18 de julho de 2011.

ISTO É. Luiz Estevão volta ao jogo. 28 de maio de 2010. Disponível em: http://www.istoe.com.br/reportagens/76737_LUIZ+ESTEVAO+VOLTA+AO+JOGO. Acesso em: 18 de julho de 2011.

NAHAT, Ricardo. **Anatomia da Corrupção**. São Paulo: R. Nahat, 1991.

NASSIF, Luis. **O jornalismo dos anos 90**. São Paulo: Futura, 2003.

O GLOBO. Justiça Federal determina que Grupo OK devolva R\$ 55 milhões ao Tesouro Nacional. Disponível em: <<http://moglibo.globo.com/integra.asp?txtUrl=/pais/mat/2011/07/14/justica-federal-determina-que-grupo-ok-do-ex-senador-luiz-estevao-devolva-55-milhoes-ao-tesouro-nacional-924910873.asp>>. Acesso em: 26 de julho de 2011.

PEDONE, Luis *et al.* O Controle pelo legislativo. In: SPECK, Bruno (Ed.). **Caminhos da Transparência**. Análise dos componentes de um sistema nacional de integridade. Campinas: Editora da Unicamp, 2002.

PORTAL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. AGU obtém decisão que ordena transferência de R\$ 55 milhões em créditos do Grupo OK para o Tesouro Nacional. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplatelmagemTexto.aspx?idConteudo=163200&id_site=3>. Acesso em: 14 de julho de 2011.

POWER, Timothy; TAYLOR, Matthew. Accountability institutions and political corruption in Brazil. In: **Corruption and democracy in Brazil**. The struggle for accountability. Indiana: University of Notre Dame, 2011.

Hans Kelsen e o conflito entre política e fé¹

ANDITYAS SOARES DE MOURA COSTA MATOS

Doutor em Direito e Justiça (UFMG).

Professor Adjunto de Filosofia do Direito (UFMG).

Artigo recebido em 06/03/2012 e aprovado em 11/09/2012.

SUMÁRIO: 1 Introdução • 2 Religião e modernidade • 3 As religiões seculares • 4 Kelsen, Schmitt e Voegelin • 5 Kelsen, Nietzsche e Heidegger • 6 Conclusão • 7 Referências.

RESUMO: Este artigo apresenta uma leitura crítica da nova obra de Hans Kelsen, *Secular Religion*, finalizada em 1964, mas lançada somente em 2012. O texto se inicia com uma reflexão acerca da atualidade do problema relativo às ligações entre ciência, política e religião na Modernidade, examina as principais teses de *Secular Religion*, apontando seus pontos fortes e fracos, e conclui com um balanço geral da posição de Kelsen sobre a nascente “teologia política”. Em síntese, Kelsen pretende demonstrar o caráter falacioso e conservador da postura assumida por vários intelectuais – Voegelin, Löwith, Toynbee, Gilson, Schmitt, Heidegger, etc – que veem elementos religiosos nas estruturas fundamentais da Modernidade, quais sejam: a filosofia, a ciência e a política. Segundo Kelsen, tal identificação é não apenas falsa, mas também perigosa, dado que qualificar o projeto laico e democrático da Modernidade como uma espécie de religião herética pode levar à teologização do pensamento característica de sistemas políticos totalitários.

PALAVRAS-CHAVE: Filosofia do Direito • Ciência e religião • Teologia política • Estado de exceção • Modernidade.

1 Este trabalho integra as investigações do Projeto de Pesquisa por mim coordenado e intitulado: “O estado de exceção no Brasil contemporâneo: para uma leitura crítica do argumento de emergência no cenário político-jurídico nacional”. Tal projeto contou com auxílio financeiro da Pró-Reitoria de Pesquisa da Universidade Federal de Minas Gerais por meio de seu Edital nº 02/2011, destinado aos Doutores recém-contratados da UFMG, razão pela qual agradecemos o apoio recebido.

Hans Kelsen and the conflict between politics and faith

CONTENTS: 1 Introduction • 2 Religion and modernity • 3 The secular religions • 4 Kelsen, Schmitt and Voegelin • 5 Kelsen, Nietzsche and Heidegger • 6 Conclusion • 7 References.

ABSTRACT: This study presents a critical review on Hans Kelsen's new work, "Secular Religion", finished in 1964, but published only in 2012. The treatise starts with a reflection on the currency of the problem related to the bonds between Science, Politics and Religion in the Modernity, and examines the main theses contained in *Secular Religion*, by pointing out its strong and weak points, and concludes with a general account on Kelsen's point of view concerning the nascent "political theology". In short, Kelsen intends to demonstrate the conservative and deceptive outlines of the attitude held by many intellectuals – Voegelin, Löwith, Toynbee, Gilson, Schmitt, Heidegger etc. – who see religious elements in the fundamental structures of the Modernity, such as Philosophy, Science and Politics. According to Kelsen, such identification is not only false but also dangerous, given the fact that the characterization of the laic and democratic project of the Modernity as some kind of religion can lead to the theologization of the thought, which is typical of totalitarian political systems.

KEYWORDS: Philosophy of Law • Science and religion • Political theology • State of exception • Modernity.

Hans Kelsen et le conflit entre la politique et la foi

SOMMAIRE: 1 Introduction • 2 Religion et modernité • 3 Les religions séculières • 4 Kelsen, Schmitt et Voegelin • 5 Kelsen, Nietzsche et Heidegger • 6 Conclusion • 7 Références.

RÉSUMÉ: Cet article présente une lecture critique de la nouvelle oeuvre de Hans Kelsen, *Secular Religion*, terminée en 1964, mais publiée seulement en 2012. Le texte commence-t-il par une réflexion à propos de l'actualité du problème des liaisons entre science, politique et religion dans la Modernité, examine les thèses principales de *Secular Religion* – en soulignant ses points forts et faibles – et termine avec un bilan général de la position de Kelsen sur la “théologie politique” naissante. En synthèse, Kelsen a l'intention de démontrer le caractère fallacieux et conservateur de la posture adoptée par plusieurs intellectuels – Voegelin, Löwith, Toynbee, Gilson, Schmitt, Heidegger etc –, que comprend des éléments religieux dans les structures fondamentales de la Modernité, à savoir: la philosophie, la science et la politique. Selon Kelsen, cette posture n'est pas seulement fautive, mais est aussi dangereuse, étant donné que qualifier le projet laïque et démocratique de la Modernité comme une sorte de religion hérétique peut engendrer la théologisation de la pensée, caractéristique des systèmes politiques totalitaires.

MOTS-CLÉS: Philosophie du Droit • Science et religion • Théologie politique • État d'exception • Modernité.

1 Introdução

Em seu recente discurso no Parlamento Federal Alemão ocorrido em 22 de setembro de 2011, o Papa Bento XVI elogiou o pensamento jurídico-religioso de matriz cristã, em especial a doutrina do direito natural, sustentando que a ciência contemporânea lhe deve ser submissa, posição medieval que, como sabemos, o Vaticano nunca abandonou. Para o Papa, a filosofia não passa e jamais passará de *ancilla theologiae*. Após discorrer sobre vários autores e movimentos filosóficos, Bento XVI citou o exemplo de Hans Kelsen, o mais novo convertido à fé católica, segundo a exegese papal. De acordo com o Pontífice, Kelsen teria, no final de sua vida, se arrependido de suas inúmeras heresias positivistas e aceitado a verdade total e única do Cristianismo, abandonando a distinção entre ser (*Sein*) e dever-ser (*Sollen*), com o que teria reconhecido a imanência dos valores na realidade natural e social. Essa mentira foi vigorosamente aplaudida pelo Parlamento, orgulhoso, talvez, de ver Kelsen – um teórico muito caro aos alemães – ser citado pelo Papa e, ainda mais importante, ser “reinterpretado” pelo teólogo Ratzinger ao mesmo tempo em que era absolvido pelo Bispo de Roma. Todavia, como parece óbvio a quem quer que conheça a obra de Kelsen, a leitura papal que lhe foi dedicada é errônea. Vejamos o principal trecho do discurso de Bento XVI:

Let us come back to the fundamental concepts of nature and reason, from which we set out. The great proponent of legal positivism, Kelsen, at the age of 84 – in 1965 – abandoned the dualism of “is” and “ought”. (I find it comforting that rational thought is evidently still possible at the age of 84!) Previously he had said that norms can only come from the will. Nature therefore could only contain norms, he adds, if a will had put them there. But this, he says, would presuppose a Creator God, whose will had entered into nature. “Any attempt to discuss the truth of this belief is utterly futile”, he observed. (W. Waldstein, *Ins Herz geschrieben. Das Naturrecht als Fundament einer menschlichen Gesellschaft*, Augsburg, 2010, p. 19) Is it really? – I find myself asking. Is it really pointless to wonder whether the objective reason that manifests itself in nature does not presuppose a creative reason, a *Creator Spiritus*. At this point Europe’s cultural heritage ought to come to our assistance. The conviction that there is a Creator God is what gave rise to the idea of human rights, the idea of the equality of all people before the law, the recognition of the inviolability of human dignity in every single

person and the awareness of people's responsibility for their actions.
(POPE BENEDICTUS XVI, 2011)²

São claras as distorções contidas nesse argumento. Antes de mais, notemos que a conclusão de Ratzinger se baseia em uma citação indireta e não na leitura da obra de Kelsen. Para criticar – e falsear – a teoria do mais importante jurista do século XX, que durante toda sua vida se ergueu contra os absolutos, o Papa sequer se deu ao trabalho de ler seus textos originais, tendo se limitado a lançar mão de uma citação de citação, como fazem os estudantes dos primeiros períodos do curso de Direito, o que por si só nos parece inadmissível para um intelectual com a suposta estatura de Ratzinger. Contudo, o mais importante é que em nenhum momento o Papa comprova sua tese de que Kelsen teria abandonado a diferenciação entre ser e dever-ser. Ele afirma que, segundo Kelsen, as normas só podem derivar da vontade humana; entendê-las enquanto produtos da natureza exigiria a pressuposição de um Deus criador. Ora, tal afirmação não significa que Kelsen tenha adotado uma doutrina unificada do ser e do dever-ser. Significa apenas que Kelsen entende que os autores jusnaturalistas que a utilizam devem, se querem ser consequentes com suas teorias, admitir a existência de uma entidade transcendente, algo que ele, Hans Kelsen, nunca fez. Basta que leiamos sua última obra sobre o tema, a *Allgemeine Theorie der Normen*, para percebermos que Kelsen mantém e aprofunda a distinção entre ser e dever-ser, reafirmando os pressupostos relativistas e céticos que orientaram toda sua carreira acadêmica (KELSEN, 1979). O Papa não compreendeu o pensamento de Kelsen.

2 “Voltemos aos conceitos fundamentais de natureza e razão, donde partíramos. O grande teórico do positivismo jurídico, Kelsen, em 1965 – com a idade de 84 anos (consola-me o facto de ver que, aos 84 anos, ainda se é capaz de pensar algo de razoável) –, abandonou o dualismo entre ser e dever ser. Antes, ele tinha dito que as normas só podem derivar da vontade. Consequentemente – acrescenta ele – a natureza só poderia conter em si mesma normas, se uma vontade tivesse colocado nela estas normas. Mas isto – diz ele – pressuporia um Deus criador, cuja vontade se inseriu na natureza. “Discutir sobre a verdade desta fé é absolutamente vão” – observa ele a tal propósito (citado segundo W. Waldstein, *Ins Herz geschrieben. Das Naturrecht als Fundament einer menschlichen Gesellschaft*, Augsburg, 2010, p. 19). Mas sê-lo-á verdadeiramente? – apetece-me perguntar. É verdadeiramente desprovido de sentido refletir se a razão objetiva que se manifesta na natureza não pressuponha uma Razão criadora, um *Creator Spiritus*? Aqui deveria vir em nossa ajuda o património cultural da Europa. Foi na base da convicção sobre a existência de um Deus criador que se desenvolveram a ideia dos direitos humanos, a ideia da igualdade de todos os homens perante a lei, o património da inviolabilidade da dignidade humana em cada pessoa e a consciência da responsabilidade dos homens pelo seu agir” (tradução livre).

2 Religião e modernidade

O discurso de Bento XVI é sintomático, pois representa à perfeição uma tendência que se alastra no pensamento ocidental contemporâneo e que consiste na renovada tentativa da religião de se apossar dos territórios livres da filosofia, da ciência e da política modernas. Há várias correntes intelectuais que proclamam um retorno ao sagrado, bem como a necessidade de se limitar os avanços científicos em nome de moralidades absolutas e dogmáticas que não se abrem ao diálogo público.

No Brasil e na América Latina em geral, pode-se citar como exemplo o crescente e intolerante poder político fundado não em ideais sociais, mas em mitologias religiosas. Há partidos políticos brasileiros cuja base eleitoral se funda nas grandes massas que enchem as igrejas neopentecostais e que, ignorando a laicidade declarada pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL), organizam enormes passeatas e movimentos que exigem a criminalização total do aborto, o repúdio ao homossexualismo, a necessidade do ensino religioso nas escolas públicas e a submissão de qualquer decisão política à autoridade religiosa. O *slogan* de tais movimentos é “Bíblia sim, Constituição não” e sua ação política pretende ser tão legítima como qualquer outra no aberto Estado Democrático de Direito, que, em tese, deve aceitar as mais diversas orientações em seu seio. Contudo, tais movimentos dogmáticos perdem sua legitimidade na medida em que se negam a discutir seus pressupostos e os fundamentam em visões absolutas, transcendentais e imunes à crítica. Com isso, o novo poder político-religioso nega uma das regras fundamentais da democracia, que consiste em ver os oponentes como iguais e discutir suas ideias sem desqualificá-las. Tal exigência democrática gera um paradoxo para a mentalidade religiosa, que não pode aceitar qualquer outro argumento a não ser, obviamente, o revelado e o consagrado. Toda ciência e toda filosofia lhe são não apenas indiferentes, mas mesmo perigosas, eis que não se fundam na verdade religiosa.

Essa *reductio* do pensamento livre à religião é uma das características de nossos dias, nos quais o fundamentalismo renasce em práticas sociais aparentemente laicas do Ocidente, conformando o que Gilles Kepel (1991) chamou de “revanche de Deus”, tendência que se mostra de modo evidente na virulenta crítica dedicada à secularização da política efetivada por teóricos como Karl Löwith. Conforme nota Richard Potz, vivemos uma “virada religiosa” que parece assombrosa apenas para aqueles que viam a secularização ocidental como uma aquisição evolutiva imodificável (POTZ; SCHINKELE, 2006). Uma vez mais as relações entre política, ciência e religião voltam a ser discutidas, estando na agenda do dia a polêmica

acerca da possibilidade do desenvolvimento sócio-político *com* ou *sem* religião. Aliás, é curioso notar que enquanto o Ocidente – em especial a América Latina e os Estados- Unidos – parece retroceder e se voltar lentamente para uma tentativa de fundar o consenso coletivo na religião, superando assim a fratura própria da Modernidade mediante a (re)criação de uma única meta-narrativa social conservadora, o Oriente Médio, há muito marcado pelo fundamentalismo islâmico, começa neste início de século o difícil caminho rumo à laicização, o que passa pelo necessário confronto com a ordem política autoritária e retrógrada constituída sob o manto do acriticismo e da submissão garantidas por vivências religiosas socialmente desmobilizadoras.

Os movimentos populares ocorridos no Egito e em vários outros Estados de cultura muçulmana designam não apenas uma revolta contra o sistema político despótico mantido nesses territórios com a conivência do Ocidente, mas indicam, sobretudo, uma espécie de renascimento filosófico, dado que nenhum desses movimentos se fundou de modo majoritário em argumentos religiosos corânicos. O que os jovens revolucionários do Egito buscam é algo que o Ocidente conquistou após as lutas políticas que se iniciaram no final da Idade Média e se concluíram com a derrocada do absolutismo político: uma Constituição democrática, a efetiva separação de poderes e a garantia de Direitos Fundamentais, em especial a liberdade de pensamento e de expressão. Nesse sentido, as revoluções democráticas do mundo árabe se inspiram em valores ocidentais que hoje são criticados entre nós. Enquanto a difícil crítica da razão árabe propugnada por Mohammad Al-Jabri (2009) se inicia com um apelo que poderíamos chamar de iluminista, o Ocidente parece se esquecer de seu passado de lutas contra o absolutismo político-religioso e tenta refundar sua unidade valorativa perdida em vivências catártico-religiosas irracionais e conservadoras.

Em uma época na qual a filosofia, a ciência e a política modernas já não são mais capazes de inspirar o Ocidente, tendo o irracionalismo levado ao fracasso todas as tentativas de busca de valores universais, não há dúvida de que o Papa escolheu bem o alvo de suas mentiras. Mais importante do que vencer o relativismo e a ciência, é demonstrar, em um renovado auto-de-fé, que mesmo que seus fundamentos sejam aceitos, estão, ainda assim, intrinsecamente errados. Trata-se de um procedimento típico de estruturas totalitárias, comum tanto à Igreja quanto ao antigo stalinismo soviético, instituições que levam seus adversários a confessar publicamente seus erros em processos de auto-humilhação socialmente muito rentáveis.

3 As religiões seculares

Assim, mostra-se mais atual e urgente do que nunca a leitura da nova obra de Hans Kelsen recentemente lançada pela Springer: *Secular Religion: a Polemic Against the Misinterpretation of Modern Social Philosophy, Science and Politics as "New Religions"*. Nesse texto, Kelsen critica e desmonta os argumentos de diversos autores que pretendem reinterpretar as principais teorias filosóficas e científicas modernas como “novas religiões”. *Secular Religion* foi escrito em inglês por Kelsen durante cerca de dez anos, tendo sido entregue à imprensa em 1964. Contudo, devido a vários problemas, a obra não foi publicada naquela época, tendo se mantido inédita até hoje, quando foi editada graças aos esforços do Instituto Hans Kelsen de Viena, detentor dos direitos autorais de Kelsen e que, nessa qualidade, já publicou importantes obras póstumas do jurista, tais como a já citada *Allgemeine Theorie der Normen* (KELSEN, 1979) e *Die Illusion der Gerechtigkeit* (KELSEN, 1985), extensa monografia na qual Kelsen rastreia as origens do totalitarismo no pensamento platônico.

O novo estudo de Kelsen vem se somar às 17.000 páginas de escritos que ele nos legou, tendo suas raízes imediatas na polêmica mantida com seu ex-aluno, Eric Voegelin, que propõe uma “nova” ciência da política com bases platônicas e cristãs na obra *The New Science of Politics: an Introduction* (VOEGELIN, 1952). Kelsen (2004) inclusive dedicou uma longa resenha crítica ao livro de Voegelin, publicada apenas em 2004. Todavia, o escopo de *Secular Religion* transcende em muito a discussão com Voegelin, que é retomada e aprofundada.

Para Voegelin e vários outros teóricos, a ideia de comunidade política é impossível sem uma ideia transcendente de ordem. Dessa forma, ciência e política só seriam corretamente compreendidas com bases teológicas, razão pela qual as grandes teorias sociais da Modernidade são, todas elas, “religiões seculares”, ou seja, posturas que mascaram suas fontes religiosas com elementos pseudocientíficos. Segundo Kelsen, o termo “religião secular” é totalmente paradoxal, dado que os vocábulos que o integram são contrários lógicos. Com efeito, algo secular não pode ser ao mesmo tempo religioso, assim como algo redondo não pode ser também quadrado. A expressão foi cunhada por Raymond Aron (1990, p. 237) no ensaio *L'Avenir des Religions Séculières*, nos seguintes termos: “I propose to call ‘secular religions’ the doctrines that take in the minds of our contemporaries the place of vanished faith and transfer the salvation of mankind to this world in the form of a social order to be

established in a remote future”³. Voegelin prefere chamar essas doutrinas “religioso-seculares” de gnósticas, dado que seriam falsas religiões, quer dizer, heresias advindas do gnosticismo que é preciso desnudar e eliminar para que a verdadeira religião, o cristianismo de molde platônico, retome seu papel “natural” de condução social do Ocidente. Kelsen (2012, p. 266) nota que a “ciência” proposta por Voegelin nada tem de nova, correspondendo antes a uma antiquíssima ideologia. Ademais, trata-se não de uma ciência *da* política, mas sim de uma “ciência política”, ou seja, um elogio das preferências políticas do próprio Voegelin.

O *Leviatã* de Hobbes, a filosofia do Iluminismo, o empirismo de Hume, o método transcendental de Kant, a teoria revolucionária de Saint-Simon, o positivismo de Comte, o materialismo dialético de Marx e o anticristianismo de Nietzsche são vistos, das mais variadas, criativas e delirantes maneiras, como religiões seculares ou gnósticas. Apenas para exemplificar, alguns teóricos próximos a Voegelin acreditam seriamente que os filósofos iluministas e Comte se ocuparam com a reconstrução da cidade de Deus de Santo Agostinho, que a Enciclopédia Francesa é uma espécie de Corão, que Lessing aguarda ansiosamente pelo apocalipse cristão, que a ideia de revelação está implícita no ceticismo empirista de Hume e que Proudhon, um dos ateus mais radicais de que se tem notícia, é, na verdade, uma “alma religiosa” e um “teólogo do progresso” (KELSEN, 2012, p. 139).

Segundo Kelsen (2012, p. 29), o objetivo confessado ou não desses ataques ao pensamento filosófico-científico é bastante claro: “The answer is to be found in works of theologians who welcome this reinterpretation of modern philosophy and science; who want us to go back to religion, to let theology again rule over science”⁴. Logo, Kelsen (2012, p. 53-54) acrescenta com ironia, deixando claros os termos da batalha que, em nome do pensar livre, uma vez mais ele travará contra o absoluto:

It is a retrogressive movement, of which Voegelin's book and the entire literature to which it belongs bear witness. It tends to make the spirit of the Middle Ages carry over into modern times. 'Go back to God!', these writers call to modern science. But God seems to be more progressive than they are. For when there was darkness upon the face of the deep, he said: Let

3 “Proponho chamar de ‘religiões seculares’ as doutrinas que tomaram o lugar da fé desaparecida nas mentes de nossos contemporâneos, transferindo a salvação da humanidade para este mundo sob a forma de uma ordem social a ser estabelecida em um futuro remoto” (tradução livre).

4 “A resposta pode ser encontrada nas obras de teólogos que acolhem essa reinterpretação da filosofia moderna e da ciência; que querem que voltemos à religião para permitir que a teologia novamente governe a ciência” (tradução livre).

there be light! Whereas they want darkness to prevail again. This attempt must not go unchallenged.⁵

Kelsen estrutura sua defesa da filosofia, da ciência e da política laicas ao longo de quatorze capítulos nos quais discute com numerosos teólogos, filósofos e cientistas, todos eles célebres e respeitados em suas respectivas áreas, tais como Fritz Gerlich, Ernst Cassirer, Carl L. Becker, Charles Frankel, Karl Löwith, Antonin-Gilbert Sertillanges, Henry de Lubac, Reinhold Niebuhr, Rudolf Bultmann, Arnold J. Toynbee, Karl Jaspers, Etienne Gilson, Raymond Aron, Martin Buber, J. L. Talmon, Jules Monnerot, Crane Brinton, Eugen Rosenstock-Huessey, Alois Dempf, Hans Jonas, Jakob Taubes, Erwin Reisner, Martin Heidegger e, é claro, Erich Voegelin. Segundo esses autores, vivemos sob o jugo de religiões seculares que devem ser desmascaradas e, de acordo com muitos deles, substituídas pela verdadeira religião cristã. Para Voegelin, é necessário que o princípio transcendente da ordem se aproprie da Modernidade, eis que a filosofia, a ciência e a política só são inteiramente compreendidas quando sustentadas por bases teológicas. Kelsen julga tal associação extremamente perigosa, dado que pode levar ao totalitarismo. De fato, se vistos por esse prisma, tanto o stalinismo quanto o nazismo podem ser entendidos como quase-religiões capazes de oferecer novas “ontologias da ordem” tendentes a substituir o Estado de Direito e a democracia, conforme nota Richard Potz no prefácio de *Secular Religion* (KELSEN, 2012, p. VII-X).

À semelhança de Michel Onfray (2006), Kelsen (2012, p. 230) vê na história da filosofia um antagonismo fundamental e radical que opõe os pensadores realistas e os idealistas. Por isso, a associação entre religião e Modernidade é não só perigosa, mas também epistemologicamente falsa, eis que o pensamento moderno só pôde nascer mediante sua emancipação do campo do sagrado. Kelsen lança mão do velho princípio da pureza, característico de sua *Teoria Pura do Direito* (KELSEN, 1960), para atacar a “teologia político-científica” de Voegelin. Assim como é necessário separar Direito e Justiça para uma cognição realista da experiência jurídica, é preciso separar o pensamento moderno de suas pretensas raízes religiosas. Nas palavras de Kelsen (2012, p. 271):

5 “Trata-se de um movimento regressivo, do qual o livro de Voegelin e toda a literatura à qual ele pertence é testemunha. Tal movimento tende a transportar o espírito da Idade Média para os tempos modernos. ‘Volte para Deus!’, dizem esses autores à ciência moderna. Mas Deus parece ser mais progressista do que eles. Quando as trevas cobriam a face do abismo, ele disse: ‘Faça-se a luz!’ Por outro lado, eles querem que as trevas prevaleçam novamente. Tal tentativa não permanecerá sem desafio” (tradução livre).

Science can only describe and explain; it cannot justify reality. It has the immanent tendency to be independent of politics and, as a rational and objective cognition of reality, cannot presuppose in the description and explanation of its object the existence of a transcendent authority beyond any possible human experience.⁶

Contra os que julgam exageradas suas reservas, entendendo que o assunto tratado em *Secular Religion* seria de pouca ou nenhuma importância, Kelsen aduz que a sacralização de doutrinas políticas e científicas vem se tornando algo usual, com o que o Ocidente gradualmente perde sua autonomia diante do absoluto, regredindo a uma era em que o poder não era racionalmente pensado e controlado.

Após a introdução em que apresenta seus adversários e suas principais posições teóricas (KELSEN, 2012, p. 3-15), Kelsen discute o problema da busca de paralelismos entre a religião de um lado e, do outro, a filosofia, a ciência e a política, revelando os dois principais riscos existentes em tal operação: 1) a tendência a superestimar similaridades e a subestimar – ou até mesmo ignorar – diferenças; 2) a inclinação a ver identidade onde há apenas aparências analógicas devidas ao uso de termos amplos e equívocos – tais como “revolução”, “liberdade” e “progresso” – na seara religiosa e naquela característica da filosofia, da ciência e da política modernas. Para exemplificar, tanto o marxismo quanto o positivismo sociológico comteano são vistos como filosofias da história cristãs porque se fundariam na ideia de evolução linear, perspectiva que, segundo Voegelin e outros autores, é nitidamente cristã por se opor ao tempo circular dos gregos, no qual inexistente a noção de progresso. Por meio de análises cuidadosas, Kelsen demonstra que teses como essa se fundam em paralelismos superficiais e muitas vezes exclusivamente verbais. De fato, o conceito de “progresso” próprio do pensamento cristão, de matriz espiritual e escatológica, é bem diferente da concepção inegavelmente ateia e materialista que caracteriza as teorias de Marx e de Comte.

A obsessiva busca de paralelismos entre a religião e teorias científicas racionalistas e laicas como as de Marx e de Comte caracteriza a mentalidade cristã totalitária, incapaz de conceber um mundo criado por um Deus todo-poderoso no qual o ateísmo realmente exista. Para o cristão, o ateísmo é apenas uma crença inconsciente em Deus; todas as ideias humanas, mesmo as mais claramente antir-

6 “A ciência pode apenas descrever e explicar, nunca justificar a realidade. Ela tem a tendência imanente de ser independente da política e, como cognição racional e objetiva da realidade, não pode pressupor na descrição e na explicação de seu objeto a existência de uma autoridade transcendente para além de toda experiência humana possível” (tradução livre).

religiosas, são, na verdade e magicamente, produtos da vontade de Deus (KELSEN, 2012, p. 194). Se radicalmente compreendida, a tese das religiões seculares acaba por afirmar que todas as ideias filosóficas, científicas e políticas são, no fundo, teológicas. Mas uma hipótese capaz de provar tudo acaba, no fim, nada provando. Ademais, a leitura teológica do mundo parte de um dado incomprovável, qual seja, a existência de um ser criador que transcende a experiência humana. Segundo Kelsen, a crença em deuses é o elemento característico de todas as religiões, o que decididamente as separa da filosofia, da ciência e da política modernas. Alguns autores poderiam objetar e sustentar que do mesmo modo que a existência de Deus não pode ser provada, também sua inexistência é imune ao método científico. A esses Kelsen diria que a ciência não busca comprovar nada, mas tão-somente descrever a realidade objetivamente dada. No atual estágio de cognição da espécie humana, “Deus” não é mais do que um monossílabo de grande sucesso, tal como o define o escritor argentino Adolfo Bioy Casares.

4 Kelsen, Schmitt e Voegelin

Schmitt é um dos primeiros autores a sofrer a crítica de Kelsen em *Secular Religion*. Sua famosíssima tese, com a qual abre a *Politische Theologie*, é que todos os principais conceitos da teoria política moderna são conceitos teológicos secularizados (SCHMITT, 1922, p. 37). A fortuna de tal intuição de Schmitt já é proverbial, tendo inspirado obras influentes como a de Giorgio Agamben (2011), que atualmente pretende superar Schmitt ao propor em seu novo livro o que ele chama de “teologia econômica”, ideia segundo a qual a vivência social do mundo ocidental deve-se à teoria da administração – e não à teologia propriamente dita – desenvolvida pelos teólogos cristãos medievais. Pois bem, para Kelsen a tese original de Schmitt é inaceitável, dado que ele não comprova, conforme prometera, que os principais conceitos políticos modernos derivam da teologia. Na verdade, Schmitt se limita a descrever nesses moldes apenas a soberania. Ademais, seu conceito de soberano como aquele que decide sobre o estado de exceção (SCHMITT, 1922, p. 9) parece ser completamente inútil, eis que, ao contrário de Schmitt, Kelsen não admite que a exceção possa comprovar algo, papel que sempre cabe à regra. Kelsen (2012, p. 18) afirma que há Constituições que não prevêm o estado de exceção. Caso a teoria de Schmitt fosse aplicável, seria necessário concluir que os Estados organizados por tais Constituições não são soberanos, o que é absurdo.

Kelsen (2012, p. 19) afirma que o método comparativo do qual Schmitt e outros teóricos abusam acaba se deteriorando e se transformando em mero verbalismo vazio.

Kelsen (2012, p. 17) admite que a busca por paralelismos em problemas característicos de diferentes campos do conhecimento é algo legítimo e de indubitável valor científico. Ele próprio confessa que utilizou tal procedimento em alguns textos dos anos 20 nos quais discutiu a similaridade existente entre os conceitos centrais da teoria do Estado e os da teologia cristã, demonstrando o caráter eminentemente conservador e ideológico do pensamento político-jurídico tradicional. Kelsen cita seu trabalho de 1922, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (KELSEN, 1922), ao qual podemos agregar seu importante artigo *Gott und Staat* (KELSEN, 1922-1923, p. 281-284), o qual apresenta inúmeras coincidências em relação à tese da teologia política de Schmitt. Criticada em 1964, tal postura metodológica certamente parecia mais aceitável para o jovem Kelsen em 1922, quando o comparativismo entre religião, filosofia, ciência e política não tinha ainda se degenerado e assumido a forma polêmica que o velho Kelsen se sentiu obrigado a denunciar e a combater. Talvez fazendo uma tardia *mea culpa*, Kelsen aduz que a aproximação entre política e religião em seus escritos dos anos 20 se deu apenas para criticar, a partir de um ponto de vista epistemológico, o tradicional dualismo que opõe Direito e Estado, posição novamente assumida em suas obras maduras, conforme se vê na *General Theory of Law and State* (KELSEN, 1945).

De qualquer forma, a mudança de atitude de Kelsen em relação à tese da teologia política não configura uma desonestidade intelectual. Ao contrário de politólogos como Schmitt e Voegelin, ele efetivamente jamais pretendeu *fundar* uma teologia política, fazendo com que estruturas político-científicas dependam da aceitação de verdades transcendentais. Aliás, é típica da maneira de pensar de Kelsen uma extrema cautela no que diz respeito à busca de vínculos necessários entre ideias pertencentes a campos diversos do saber. Lembremo-nos de sua célebre teoria relativa à vinculação entre absolutismo político e absolutismo filosófico de um lado e, de outro, entre relativismo político e relativismo filosófico (KELSEN, 1913, p. 1-26; KELSEN, 1933). De acordo com Kelsen, há uma *tendência* empiricamente verificável – e não um vínculo necessário – que leva autores que acreditam em valores absolutos – *v.g.*, Platão, Tomás de Aquino e Hegel – a justificar práticas políticas autoritárias. Por outro lado, pensadores que concebem valores relativos, tais como os sofistas e Kant, normalmente se inclinam para a defesa de regimes democráticos. Kelsen (2012, p. 257-270) retoma essa aproximação no capítulo final de

Secular Religion para demonstrar que o efetivo objetivo de teóricos como Voegelin não é apenas um retorno à teologia, mas principalmente à teocracia:

If there is any relation at all between the religion of men and their political attitude, it can be seen in the fact that men, who believe in a God who rules the world without its consent, as an absolute autocrat, are more inclined to accept as well an autocratic government by other men than atheists or religiously indifferent people. There can be little doubt that in modern times democratism goes hand in hand with emancipation from religion. (KELSEN, 2012, p. 268-269)⁷

Depois de apontar os perigos inerentes ao método comparativo que unifica Modernidade e Cristianismo, Kelsen analisa a doutrina do progresso e suas supostas relações com a escatologia cristã, bem como as teologias da história de Joaquim de Flora e de Santo Agostinho que, segundo Voegelin, teriam inspirado as previsões pseudocientíficas do positivismo de Comte e do comunismo de Marx. Há ainda um capítulo dedicado à discussão do gnosticismo, heresia cristã que, de acordo com Kelsen, Voegelin não compreendeu muito bem, eis que ela jamais poderia dar origem a qualquer movimento coletivo. Com efeito, o gnosticismo é abertamente antissocial e individualista, representando uma ala radicalíssima do cristianismo que aposta tudo na absoluta transcendência de Deus, o qual não se manifestaria neste mundo material criado por um demiurgo inferior e maligno (JONAS, 1963).

Após esses passos iniciais, Kelsen passa a apresentar e a rebater os argumentos que tendem a ver certas doutrinas científicas modernas como religiões seculares. É interessantíssimo observar o rigor de Kelsen, que defende teorias contra as quais lutou cientificamente durante toda sua vida – tal como o marxismo – e que agora se veem ameaçadas pela argumentação falseadora de Voegelin e de outros teóricos. A defesa que Kelsen (2012, p. 163-197) faz da doutrina econômica de Marx é tão rigorosa e consistente que, segundo alguns, teria sido uma das principais razões que impediram a publicação de *Secular Religion* em 1964 nos Estados Unidos da América, eis que poderia levantar dúvidas sobre as posições políticas do judeu emigrado Kelsen, o que certamente não era aconselhável no auge da guerra fria e no contexto da paranoia gerada pelo macarthismo. Também se revelam extremamente

7 “Se há qualquer relação entre a religião de um homem e sua atitude política, ela pode ser vista no fato de que os homens que acreditam em um Deus que governa o mundo sem seu consentimento, como um autocrata absoluto, são mais inclinados para aceitar um governo humano autocrático do que ateus ou pessoas religiosamente indiferentes. Não há dúvida de que nos tempos modernos a democracia anda de mãos dadas com a emancipação da religião” (tradução livre).

importantes os dois capítulos que Kelsen (2012, p. 199-249) dedica a Nietzsche, filósofo que até então não havia sido por ele analisado em sua longa obra e que em *Secular Religion* é visto como autor de “esplêndidos” textos.

5 Kelsen, Nietzsche e Heidegger

Uma surpresa adicional é a análise de Kelsen (2012, p. 225-249) da leitura metafísica que Heidegger faz da obra de Nietzsche, com o que testemunhamos pela primeira vez um tenso debate entre ambos os autores, tão distantes em tudo e tão igualmente indispensáveis para a contemporaneidade. Segundo Kelsen, com sua doutrina do velamento e do desvelamento, Heidegger é capaz de provar qualquer tese, eis que todas as objeções e absurdos que sustentar – tal como a ideia de que Nietzsche é um metafísico – podem ser classificados como elementos de um saber original que o próprio pensador analisado desconhece. Kelsen aduz que o pensamento de Heidegger é expresso em uma linguagem hermética, difícil até mesmo para leitores alemães, de modo que, para além de sua habitual dificuldade, muitas vezes ela nada tem a comunicar. Ademais, Heidegger amplia conceitos de maneira muito perigosa, conferindo a termos tradicionais como “metafísica” sentidos que apenas ele próprio compreende.

É verdade que Kelsen não participa da visão de mundo heideggeriana, razão pela qual algumas de suas críticas acabam sendo inócuas, dado que partem de pré-compreensões próprias do positivismo jurídico, corrente que Heidegger não hesitaria em classificar como mera técnica, ou seja, um saber científico que não está à altura da filosofia, cujo único problema é a questão do Ser (*Sein*) e do Sendo (*Seiend*). Contudo, não podemos deixar de reconhecer que boa parte do pensar heideggeriano não passa de jogos de palavras, peculiaridade que não escapa a Kelsen (2012, p. 232), que o acusa de ser um pensador tautológico ocupado com trivialidades. Assim, quando Heidegger afirma que “as a mere reaction it [Nietzsche’s philosophy], as all ‘anti-’, necessarily is imprisoned in the essence of that against which is directed” (*apud* KELSEN, 2012, p. 234)⁸, Kelsen (2012, p. 235) objeta que “what Heidegger says about the transcendental and its relation to empirical reality is not Nietzsche’s, it is

8 “como uma mera reação, ela [a filosofia de Nietzsche], bem como todos os ‘anti-’, necessariamente está aprisionada na essência daquilo contra o qual é direcionada” (tradução livre).

Heidegger's philosophy, that is exactly that type of metaphysical speculation which Nietzsche stigmatizes as nonsense"⁹.

Embora dura, a crítica de Kelsen dedicada à "leitura" heideggeriana de Nietzsche é bastante atual. Em um tempo como o nosso, quando vicejam a anarquia metodológica e a impostura intelectual, é sempre salutar ver um autor clássico nos indicar que há limites para a hermenêutica, não sendo o renome ou a obscuridade com que se expressa um pensador garantias suficientes para *crermos* em suas palavras. A ciência não parte e nem pretende chegar a *crenças*, limitando-se apenas aos dados postos na realidade objetiva. E no que diz respeito a Nietzsche, tais dados são suas próprias obras, nas quais ele afirma, entre outras ideias polêmicas:

God is a too palpably clumsy solution of things; a solution which shows a lack of delicacy towards us thinkers – at bottom He is really no more than a coarse and rude *prohibition* of us: "you shall not think!" (NIETZSCHE, 1911, p. 2); Do not let anyone suggest Plato to me. [...] the Platonic dialogue – this revoltingly self-complacent and childish kind of dialectics – to exercise any charm over you, you must never have read any good French authors – Fontenelle for instance. Plato is boring. In reality, my distrust of Plato is fundamental. I find him so very much astray from all the deepest instincts of the Hellenes, so steeped in moral prejudices, so pre-existently Christian – the concept of 'good' is already the highest value with him – that rather than use any other expression I would prefer to designate the whole phenomenon Plato with the hard word "superior swindle" or, if you would like it better, "idealism" (NIETZSCHE, 1915, p. 113); Nobody should believe that Plato, if he lived in our time and had Platonic views, would be a philosopher; he would be a religious madman (NIETZSCHE, 1956, p. 225); Everything absolute belongs to pathology (NIETZSCHE, 1911, p. 98).¹⁰

9 "O que Heidegger diz sobre o transcendental e sua relação com a realidade empírica não retrata a visão de Nietzsche, mas sim a filosofia de Heidegger, que é exatamente aquele tipo de especulação metafísica que Nietzsche estigmatiza como *nonsense*" (tradução livre).

10 "Deus é uma solução perceptivelmente desajeitada das coisas; uma solução que revela certa falta de delicadeza em relação a nós, pensadores – no fundo, Ele realmente não é mais do que uma rude e grosseira proibição dirigida a nós: você não deve pensar!; Que ninguém sugira Platão para mim. [...] Para que o diálogo platônico – essa revoltante espécie de dialética autocomplacente e infantil – exerça qualquer encanto sobre ti, é preciso que nunca tenhas lido qualquer bom autor francês – Fontenelle, por exemplo. Platão é entediante. Na verdade, minha desconfiança em relação a Platão é fundamental. Julgo-o tão desviado dos mais profundos instintos dos helenos, tão impregnado de preconceitos morais, tão pré-existentemente cristão – o conceito de "bom" já é, para ele, o valor mais elevado – que, ao invés de usar qualquer outra expressão, eu preferiria, para designar todo o fenômeno Platão, utilizar a dura palavra "fraude superior" ou, se preferires, "idealismo"; Ninguém deveria acreditar que, se Platão vivesse no nosso tempo e tivesse pontos de vista platônicos, seria um filósofo: ele seria um louco religioso; Tudo que é absoluto pertence à patologia" (tradução livre).

Ora, classificar o pensador que escreveu tais linhas como um cristão metafísico de matriz platônica, ainda que não-assumido, é não só um erro grosseiro, uma mistificação gigantesca, mas até mesmo um desrespeito à difícil trajetória intelectual de Nietzsche, a qual o levou a assumir todos os riscos e a pagar todos os preços.

6 Conclusão

A base comum de todas as “releituras” criticadas por Kelsen se funda no argumento segundo o qual a crença na razão é, afinal de contas, apenas mais uma crença, motivo pelo qual não é mais ou menos válida que a crença na Trindade, em Alá ou na doutrina da reencarnação. É óbvio que tal argumento envolve uma grave falácia, dado que o racionalismo do qual se originou a ciência moderna não é uma finalidade. Ao contrário das verdades religiosas, o racionalismo é um *meio*, ou seja, um *método*, e por isso não tem qualquer sentido absoluto, pressupondo antes o relativismo, a testagem, a mutabilidade e a falsificabilidade de suas conclusões, para usarmos um termo feliz cunhado por Karl Popper.

Quando se trata de fazer filosofia, ciência e política em sentido próprio, não há qualquer *credo quia incredibile* semelhante ao que orienta as práticas teológicas e religiosas, dado que a razão humana não é um ente, uma coisa ou um ser, mas sim um conjunto heterogêneo de processos comprovadamente limitados. Desvestida de mitologias, a razão se revela enquanto meio provisório, frágil e sujeito a periódicas calibragens cuja única finalidade é resolver problemas humanos concretos. A razão em si mesma não pode ser uma crença, mas apenas o nome mais ou menos simples e consensual que damos a uma série de operações mentais e experimentais características do animal humano. Portanto, a *crença na razão* é uma ideologia nitidamente contraditória, dado que crer pressupõe, em certa altura, a suspensão da crítica. Todavia, quando se suspende a crítica, ainda que por um breve momento, já não se está mais no terreno da razão, mas sim no mundo inexplicável da fé.

Secular Religion é, assim como outras obras de Kelsen, uma rigorosa defesa da ciência moderna, do relativismo e da democracia. Ao final da obra, o que sobretudo nos impressiona é o vigor de Kelsen. Já ancião, chegando aos oitenta anos, ele foi capaz de realizar extensas e difíceis pesquisas bibliográficas para defender, uma vez mais, seus pontos de vista libertários e antidogmáticos. Tem razão o Papa Bento XVI, que antes de mentir sobre a suposta mudança de posição de Kelsen, elogiou-o por ser capaz de ter “pensamentos razoáveis” em sua velhice. Entretanto, o pensar do velho Kelsen se orientou não para uma suposta conversão

católica, como quer o Papa, mas para a defesa de autores que, muito diferentes entre si e até mesmo hostis em relação a várias teses kelsenianas, auxiliaram o Ocidente a se libertar dos fantasmas do fanatismo e da teocracia. É realmente uma triste ironia histórica o fato de o próprio Kelsen sofrer hoje nas mãos do Papa o mesmo tipo de falaciosa “reinterpretação” religiosa da qual ele tentou livrar Comte, Marx, Nietzsche e muitos outros. Na falta de defensores de Kelsen diante da autoridade religiosa – que posa de filósofo do direito para melhor denegrir-lhe a memória e a obra –, deixemos que ele próprio responda ao Papa. A Bento XVI, segundo o qual Kelsen teria afirmado em seus últimos anos que o valor é imanente à realidade graças à vontade de Deus, poderia ser dirigida a seguinte passagem de *Secular Religion*:

The view that value is immanent in reality and that consequently human reason can infer from that which is that which ought to be, is in rationalistic thinking certainly not a derivation of theological speculation. It is rather the result of overestimating the faculties of human reason, a tendency which originates not in a dependency on, but in the antagonism to, theology and metaphysics (KELSEN, 2012, p. 43).¹¹

11 “A visão de que o valor é imanente à realidade e que, conseqüentemente, a razão humana pode inferir do que é o que deve ser, certamente não é, no pensamento racionalista, uma derivação de especulações teológicas. Ao contrário, trata-se do resultado da sobrevalorização das faculdades da razão humana, tendência que não se origina da dependência, mas do antagonismo diante da teologia e da metafísica” (tradução livre).

7 Referências

AGAMBEN, Giorgio. **The kingdom and the glory**: for a theological genealogy of economy and government (Homo sacer, II, 2). Trad. Lorenzo Chiesa and Matteo Mandarini. Stanford: Stanford University, 2011.

AL-JABRI, Mohammad Abed. **Democracy, human rights and law in islamic thought**: comtemporary arab scholarship in the social sciences. London: I. B. Tauris/Centre for Arab Unity Studies, 2009.

ARON, Raymond. **Chroniques de guerre**: la France libre (1940-1945). Paris: Gallimard, 1990.

JONAS, Hans. **The gnostic religion**: the message of the alien god & the beginnings of christianity. Boston: Beacon, 1963.

KELSEN, Hans. **A new science of politics**. Frankfurt/Lancaster: Ontos, 2004.

_____. **Allgemeine Theorie der Normen**. Wien: Manz, 1979.

_____. **Der soziologische und der juristische Staatsbegriff**. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1922.

_____. **Die Illusion der Gerechtigkeit**. Wien: Manz, 1985.

_____. **General theory of law and state**. Trad. Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University, 1945.

_____. Gott und Staat. In: **Logos**, v. XI, n. 3, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1922-1923, p. 261-284.

_____. Politische Weltanschauung und Erziehung. In: **Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung**, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur, 1913, p. 1-26.

_____. **Reine Rechtslehre**. 2. ed. Wien: Franz Deutike, 1960.

_____. **Secular religion**: a polemic against the misinterpretation of modern social philosophy, science and politics as “new religions”. Wien/New York: Springer, 2012.

_____. **Staatsform und Weltanschauung**. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1933.

KEPEL, Gilles. **La revanche de dieu**: chrétiens, juifs et musulmans à la reconquête du monde. Paris: Seuil, 1991.

KLECATSKY, Hans; MARCIC, René; SCHAMBECK, Herbert. **Die Wiener Rechtstheoretische Schule**. V. 2. Wien: Verlag Österreich, 2010.

NIETZSCHE, Friedrich. Beyond good and evil. Trad. Helen Zimmern. In: **Complete works**, v. 12. London/Edinburgh: T. N. Foulis, 1911.

_____. Die Unschuld des Werdens. In: **Der Nachlass**. Ed. A. Baeumler. Stuttgart: Kröner, 1956.

_____. Ecce homo. Trad. Anthony M. Ludovici. In: **Complete works**, v. 17. London/Edinburgh: T. N. Foulis, 1911.

_____. The twilight of the idols. Trad. Anthony M. Ludovici. In: **Complete works**, v. 16. London/Edinburgh: T. N. Foulis, 1915.

ONFRAY, Michel. **Contre-histoire de la philosophie**: les sagesses antiques. Paris: Grasset, 2006.

POPE BENEDICTUS XVI. **The listening heart**: reflections on the foundations of law. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2011/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20110922_reichstag-berlin_en.html>. Acesso em: 25 de maio de 2012.

POTZ, Richard; SCHINKELE, Brigitte. **Religionsrecht**. Wien: Universitätsverlag, 2006.

SCHMITT, Carl. **Politische Theologie**: Vier Kapitel Zur Lehre von der Souveränität. München/Leipzig: Duncker & Humblot, 1922.

VOEGELIN, Erich. **The new science of politics**: an introduction. Chicago: Chicago University, 1952.

Tramitação e emendamento das medidas provisórias: evolução institucional do Executivo e do Legislativo no Brasil

LUCAS RODRIGUES CUNHA

Mestrando em Ciência Política (UFMG). Assistente de Pesquisa (IPEA – DIEST).

Artigo recebido em 26/10/2011 e aprovado em 03/09/2012.

SUMÁRIO: 1 Introdução • 2 O Poder Executivo no Brasil após 1988 • 3 Debate constituinte sobre as MPs • 4 Conclusão • 5 Referências.

RESUMO: O artigo trata da evolução institucional dos Poderes Executivo e Legislativo no Brasil referente às medidas provisórias. Esse processo será revisto na perspectiva da regulamentação do poder do Presidente editar medidas provisórias, retomando o debate da Constituição de 1988 e as mudanças posteriores. A Constituição de 1988 delegou ao Presidente um conjunto de prerrogativas que garantissem a eficiência do processo decisório no novo regime democrático e o poder de editar medidas provisórias se constitui como o principal. Questionamentos quanto ao uso de medidas provisórias pelo Presidente se referiam, principalmente, à sua frequência, à matéria e à reedição. Entre as tentativas de reforma do rito das medidas provisórias destaca-se a Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001 como mais exitosa, mas trouxe também consequências não previstas. A proposição de emendas na arena congressional às medidas provisórias através dos Projetos de Lei de Conversão será tratada na perspectiva do monitoramento do Congresso em relação ao poder de legislar delegado ao Executivo.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal • Congresso • Executivo • Medidas provisórias.

Constitutional course and amendment of provisional measures: Executive and Legislative institutional development

CONTENTS: *1 Introduction · 2 The Executive branch in Brazil after 1988 · 3 Constituent debate on Provisional Measures · 4 Conclusion · 5 References.*

ABSTRACT: The article deals with the institutional development of the Executive and Legislative branches in Brazil relating to provisional measures. This process will be revised in view of the regulatory power of the President, resuming the debate of the 1988 Constitution and subsequent changes. The 1988 Constitution has delegated to the President a set of prerogatives that guarantees the efficiency of decision making in the new democratic regime and the power to issue provisional measures constitutes his most powerful instrument. Questions regarding the use of provisional measures by the President have mainly referred to their frequency, content and re-edition. Among the attempts to reform the rite of Provisional measures there is the Constitutional Amendment No 32/2001, from september 11th, 2001. as a successful example. Nevertheless it also brought unintended consequences. Amendment propositions to provisional measures formulated in the congressional arena through law conversion projects will be treated from the perspective of Congressional control over the legislative prerogative empowered by the Constitution to the Executive branch.

KEYWORDS: Brazilian Federal Constitution · Congress · Executive · Provisional measures.

Elaboración y modificación de las medidas provisórias: la evolución institucional de los poderes Ejecutivo y Legislativo en Brasil

CONTENIDO: *1 Introducción • 2 El Poder Ejecutivo en Brasil después del año 1988 • 3 El debate constituyente sobre los decretos presidenciales • 4 Conclusión • 5 Referencias.*

RESUMEN: El artículo trata de la evolución institucional de los poderes Ejecutivo y Legislativo en Brasil, acerca de las medidas provisórias. Este proceso será analizado bajo la perspectiva de la regulación del poder del Presidente de editar medidas provisórias, revisitando el debate puesto por la Constitución de 1988 y los cambios en este documento. La Constitución Brasileña de 1988 ha delegado al Presidente un conjunto de derechos que garantizan la eficacia de la toma de decisiones en el nuevo régimen democrático. Entre ellos, el principal es la facultad de dictar medidas provisórias. El uso de las medidas provisórias por el Presidente fue cuestionado, sobre todo por su frecuencia, los temas de que trataban y la reedición excesiva. Entre los intentos por cambiar el proceso de tramitación de los decretos, la Emenda Constitucional nº 32, de 11 de septiembre de 2001, fue exitosa. Sin embargo trajo consecuencias no deseadas. La proposición de modificaciones por el Poder Legislativo a las medidas provisórias mediante su conversión de en projetos de leis de conversão serán tratados bajo la perspectiva del monitoreo del Congreso de la competencia delegada al Ejecutivo para legislar.

PALABRAS CLAVE: Constitución • Congreso • Poder Ejecutivo • Medidas provisórias.

1 Introdução

Este artigo trata da evolução institucional dos Poderes Executivo e Legislativo no Brasil no que se refere ao poder de editar medidas provisórias (MPs). A questão parte da problemática de como as instituições políticas se moldam aos problemas oriundos da rotina do jogo político. As MPs se constituem como o principal recurso legislativo disponível no arsenal de poderes presidenciais para a implementação da agenda política do Governo, sem que isso signifique uma situação em que o Presidente governe unilateralmente ou atropelando o Congresso. O artigo trata da regulamentação do poder do Presidente editar MPs, retomando o debate da Constituição de 1988 e as mudanças posteriores, lançando foco sobre as dinâmicas institucionais que viabilizaram a interferência dos congressistas na agenda política nacional. Para discutir isso, no entanto, é necessário, antes, compreendermos as consequências inesperadas quanto ao uso das MPs e as não previstas nas reformas da sua tramitação na nova arquitetura institucional do país.

Dessa forma, o artigo se refere ao processo político de definição dos parâmetros do poder do Presidente editar MPs e dos congressistas interferirem nelas. O artigo discute também como esse importante recurso disponível ao Presidente afeta a relação do Executivo com o Legislativo no Brasil. Os parâmetros referentes às MPs variaram no período posterior ao marco constitucional, a depender dos diferentes contextos do jogo político entre os poderes. Nesse sentido, este artigo adota uma perspectiva de análise do processo de evolução institucional das regras das MPs, tanto no Executivo quanto no Legislativo.

Este artigo está dividido em três partes. Após esta introdução, será discutido o papel do Executivo após a Constituição, com destaque para a organização da Presidência da República e a evolução institucional da Casa Civil no processo legislativo. A segunda parte do artigo será sobre os aspectos jurídicos que regem a delegação de poderes do Legislativo ao Executivo por MPs no Brasil. Será retomado o debate constituinte que levou à manutenção dos poderes de decreto do Presidente e a novidades da Constituição. Nessa parte também serão tratados os efeitos não calculados pela Constituição que trouxeram problemas relativos à hiper-reedição de MPs e culminaram na reforma do rito das MPs com a Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001 (BRASIL). Será ressaltado que essa emenda constitucional não foi a primeira tentativa de reformar o sistema, nem tampouco solucionou os problemas envolvidos nessa delegação de poderes ao Executivo. A EC nº 32/2001

permitiu também que emendas se tornassem instrumentos efetivos de interferência dos congressistas nas medidas provisórias. Por fim, seguem as conclusões do artigo.

2 O Poder Executivo no Brasil após 1988

Nesta seção será feita uma discussão sobre o desenvolvimento institucional do Executivo no Brasil. As escolhas presidenciais afetam o desenho institucional do Executivo, dada a autonomia presidencial para modificar suas estruturas, que, por sua vez, têm como efeito um processo de centralização da execução de algumas políticas públicas e a promoção de alterações no desenho institucional da Presidência da República no Brasil.

O processo de concentração de funções legislativas no Executivo, no Brasil, não ocorreu em detrimento do Legislativo; pelo contrário, esse também se sofisticou e complexificou suas estruturas técnicas no que se refere a funções legislativas¹. A balança pendeu para o Executivo, que é responsável por mais de 75% das leis aprovadas no país (PEREIRA; POWER; RENNÓ, 2007). Essa concentração de recursos técnico-jurídicos deve ser interpretada como produto de um processo amplo de centralização das funções legislativas do Estado no interior do Poder Executivo. Tal centralização, no entanto, não ocorreu em detrimento do Legislativo, que, por sua vez, passou também por um processo de fortalecimento institucional.

O papel do Executivo na elaboração da legislação e na coordenação política do governo será tema da próxima parte. A modernização institucional à qual a Presidência da República foi submetida é produto dos incentivos gerados na montagem e na manutenção da coalizão governativa, ou seja, a mudança institucional da Presidência guarda relação com os incentivos gerados pelo sistema presidencialista multipartidário.

2.1 A organização da Presidência da República

Os modelos de análise do desenvolvimento institucional da Presidência da República sugerem que sua estrutura institucional está tanto relacionada com o Sistema de Governo (Presidencialismo ou Parlamentarismo), quanto com as escolhas

1 A Constituição de 1988 (BRASIL) devolveu ao Congresso uma série de prerrogativas retiradas no período do Regime Militar, principalmente no que se refere à capacidade de o Legislativo fiscalizar o Executivo e à retomada do funcionamento do sistema de comissões no Congresso. Outro exemplo da complexificação das estruturas técnicas do Congresso pode ser observado pelo investimento na Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, instituições que prestam assessoria técnica especializada e isenta aos congressistas e às comissões das casas.

políticas do presidente, que, por sua vez, moldam a organização do Governo como um todo (MOE; CALDWELL, 1994). Isso quer dizer que as mudanças institucionais promovidas nas burocracias e na gestão das políticas públicas para atender às expectativas de Governo tendem a ser incorporadas na estrutura institucional do Poder Executivo ao longo do tempo.

O Executivo, nesse sentido, é a instituição central na promoção de políticas públicas no país, no que se refere ao seu protagonismo no processo legislativo, o qual, por sua vez, permite a ele alterar estruturas organizacionais das burocracias ligadas às ações governamentais. De acordo com Inácio (2006), a autonomia das escolhas presidenciais quanto à formação de governos de coalizão é ampliada pelos poderes atribuídos à Presidência no Brasil, sendo o tipo de coalizão formada no Congresso uma variável chave na compreensão das mudanças na estrutura do Executivo. Em outras palavras, isso quer dizer que os incentivos gerados pelo sistema político têm efeitos sobre a forma como o Presidente imprime sua marca no funcionamento das instituições do Executivo.

O processo de modernização institucional do Executivo permitiu que houvesse uma maior centralização da coordenação política do Governo nas burocracias ligadas ao Presidente da República (INÁCIO, 2006), que, por sua vez, passa a ter vantagens informacionais na promoção de políticas públicas no interior da Presidência da República ao invés de deixá-las no comando dos ministérios que entram na partilha de poder com os partidos da coalizão governativa.

Esses movimentos de reorganização são afetados pelas necessidades de o Governo montar e coordenar as coalizões. Esses movimentos são aspectos fundamentais do sistema político brasileiro, pois, dada a necessidade de divisão dos postos ministeriais entre os partidos para obtenção de apoio congressional, o Presidente utiliza os poderes que possui para modificar as estruturas do Executivo, eventualmente trazendo para o interior da Presidência da República a execução de algumas políticas públicas. Esses poderes de alterar as estruturas burocráticas do Governo permitem que ele tenha o controle efetivo sobre determinadas ações governamentais. Tais movimentos podem ser utilizados estrategicamente pelo Presidente, delegando determinadas atribuições para novas estruturas burocráticas ligadas a ele diretamente, inclusive de modo a compensar eventuais perdas de agenciamento na delegação de poder aos partidos ocupantes dos ministérios.

Ainda quanto ao processo de modernização institucional do Executivo, a tendência do Presidente de modificar as estruturas burocráticas para viabilizar a gover-

nança das políticas públicas tende a ser incremental, com alterações que ocorrem de forma cumulativa e que expressam os objetivos e as plataformas de governo das coalizões que vencem eleições (RENNÓ, 2011, p. 32). Em resumo, o Presidente tem incentivos, por causa da autonomia que possui e pela própria lógica do presidencialismo de coalizão, para imprimir a sua marca nas instituições que organizam o Poder Executivo. Ainda de acordo com Rennó (2011, p. 17), “um fator importante a se levar em conta quando da avaliação da evolução da estrutura organizacional da Presidência da República são as características da coalizão que apóia o Presidente no Congresso”.

A Presidência no Brasil necessitou se reestruturar para viabilizar a efetividade dos poderes de agenda inscritos na Constituição. Um traço comum na trajetória dos Presidentes, após o período de 1988, é a reorganização da estrutura de poder no início do mandato e em momentos de recomposição das coalizões legislativas (INÁCIO, 2006; RENNO, 2011).

Como consequência do quadro de delegação de poderes ao Executivo criado após 1988, a Presidência da República necessitou fazer um investimento em recursos técnicos, informacionais e organizacionais que viabilizassem uma alta demanda de elaboração e de revisão da legislação produzida. Esse investimento se deu de forma concentrada na Presidência. Tal concentração trouxe vantagens significativas ao Executivo em termos de expertise legislativa, inclusive na sua capacidade legística². Exemplos disso podem ser dados pelo processo de complexificação da própria Presidência da República.

A Presidência da República é composta³ por oito secretarias e sete órgãos de assessoramento, além da Casa Civil, do Gabinete de Segurança Institucional, do Gabinete Pessoal e da Controladoria Geral da União. Nessa estrutura, merece destaque, quanto à elaboração e à redação das normas e dos atos assinados pelo Presidente, as subchefias da Casa Civil, mais especificamente a Subchefia para Assuntos Jurídicos. Essa é a Subchefia responsável pela elaboração do texto final dos atos assinados pelo Presidente. Entre tais atos, as MPs se constituem como um recurso presidencial de grande importância e que, obviamente, demanda esforços especiais por parte dessas burocracias.

2 A legística é, de acordo com Almeida (2009), a área do conhecimento que se preocupa com a qualidade dos atos normativos, no sentido da clareza, precisão e concisão tendo efeitos diretos sobre a harmonização e com o ordenamento vigente, o equilíbrio entre custos e benefícios, a aplicabilidade e a efetividade das normas.

3 De acordo com o artigo 1º da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003 (BRASIL).

Essa evolução não ocorreu do dia para a noite, nem tampouco é resultado direto das prerrogativas de poder dadas ao Presidente pelo texto constitucional. Há uma evolução na estrutura de governança do Executivo através da Presidência e de suas estruturas burocráticas. As estruturas da Presidência foram moldadas de modo a contribuir com a coordenação política do Governo.

A organização do Executivo é sempre um resultado típico de cada contexto institucional em que se desenvolve. A concepção da Presidência da República enquanto um ator político individual, como é concebido por vezes em análises da relação Executivo- Legislativo, na dicotomia Executivo (ator individual) - Legislativo (ator coletivo), acaba por desconsiderar algumas dimensões analíticas relevantes. Tomá-lo como um ator coletivo sofisticada a análise sobre as decisões legislativas tomadas no âmbito do Executivo. Nos estudos sobre o desenvolvimento institucional da Presidência, diferenciam-se dois tipos: a presidência administrativa e a presidência institucional (RUDALEVIGE, 2009). O primeiro tipo é identificado com o controle burocrático e com a interação entre burocratas, já o segundo tipo é identificado com a politização da Presidência da República e mais focado na estrutura presidencial.

Para se compreender a organização da Presidência no Brasil, mais que identificá-la com algum desses tipos, faz-se necessária a consideração dos aspectos relevantes de seu desenvolvimento institucional que interferem na sua capacidade de produção de legislação. Os amplos poderes de agenda delegados ao Presidente conformam um desenvolvimento institucional mais centralizado ao seu redor, de forma que as estruturas de governança e os processos no interior da Presidência são modelados com grande flexibilidade. Essa estrutura de governança permitiu o desenvolvimento da Presidência em um nível de complexidade bastante elevado que, conforme se observa no quadro acima, passou a centralizar tanto estruturas burocráticas referidas à coordenação política do Governo, como é o caso da Casa Civil, da Secretaria Geral e da Secretaria de Relações Institucionais, além dos Órgãos de Assessoramento Imediato, quanto as estruturas responsáveis pela execução de políticas públicas. Essas características do Presidencialismo brasileiro reforçam os incentivos para a organização de um sistema burocrático robustecido no Executivo, sendo isso consequência da delegação de poderes pelo Congresso. Cabe ressaltar, no entanto, que tal robustecimento da Presidência não ocorreu de modo imediato à promulgação da Constituição, sendo a centralização e a flexibilidade institucionais da Presidência compreensíveis enquanto um processo incremental de desenvolvimento institucional. Esse processo é mais uma evidência de que a dinâmica institu-

cional do Presidencialismo brasileiro tem efeitos sobre a estrutura das instituições políticas no país, em particular na Presidência.

2.2 A evolução institucional da Casa Civil da Presidência e o processo legislativo

A Casa Civil é uma estrutura ligada à Presidência que foi adquirindo, gradativamente, centralidade na coordenação política do Governo ao longo do período democrático posterior à Constituição de 1988. A redação e a revisão de todas as leis assinadas pelo Presidente demandam, necessariamente, a análise por parte das estruturas técnicas especializadas ligadas à Presidência. No que se refere à redação dos atos presidenciais, a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil é a estrutura responsável pela normalização da legislação advinda da Presidência. Essa Subchefia é ocupada por funcionários públicos com alto conhecimento jurídico e atua de modo mais ou menos interdependente com a Secretaria de Relações Institucionais, essa responsável pela negociação, articulação e barganha política com o Congresso.

As designações para os cargos técnicos na Presidência não são feitas por via de concurso público, ou seja, os critérios não estão regulamentados previamente, fato que contribui para esse desenvolvimento institucional. Essa é mais uma característica do sistema político brasileiro que reforça o processo de politização das burocracias ligadas ao processo legislativo no âmbito nacional.

Esse processo de modernização do Executivo, através do fortalecimento das estruturas da Presidência da República, especificamente da Casa Civil, tem relação direta com a necessidade de relacionamento com o Congresso. A criação da Secretaria de Relações Institucionais, ligada à Casa Civil da Presidência, é produto desse processo. Essa secretaria é responsável pela coordenação política do Governo, pelo relacionamento com o Congresso, pela interlocução com Estados e Municípios e pela coordenação e secretariado do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social⁴.

No período posterior à promulgação da Constituição de 1988 houve uma gradual concentração de poderes na Casa Civil, principalmente, no que se refere à coordenação política do Governo. Nesse processo de evolução institucional, a Presidência da República merece destaque, principalmente, pela sua importância como instituição política nacional, bem como pelo seu indiscutível impacto na promoção de políticas públicas. Conforme ressalta Rennó (2011), o controle de cargos na burocracia, as prerrogativas legislativas e a grande capacidade de influência alocativa

4 As atribuições da Secretaria de Relações Institucionais constam na Lei nº 11.204, de 5 de dezembro de 2005 (BRASIL). Sua estrutura foi alterada pelo Decreto nº 6.207, de 18 de dezembro de 2007 (BRASIL).

do orçamento tornam o Poder Executivo, em especial a Presidência, instituições com poderes fenomenais nos sistemas políticos da América Latina.

No caso brasileiro, na evolução institucional da Presidência da República destaca-se o Gabinete Civil como estrutura de assessoramento direto ao Executivo mantido inclusive no período da ditadura militar de 1964-1985. O Gabinete Civil foi extinto durante o Governo Collor, que nomeou para a Secretaria-Geral da Presidência Marcos Antônio de Salvo Coimbra. Somente no Governo Itamar Franco a Casa Civil passou a existir, substituindo definitivamente o Gabinete Civil. A centralidade política adquirida pela Casa Civil fez com que turbulências nas relações entre Executivo e Legislativo fossem traduzidas em crises endógenas, dada a sua importância na coordenação da relação com o Congresso.

O processo de concentração de atribuições políticas na Casa Civil tem impacto direto no processo legislativo, principalmente na tramitação das MPs e na aprovação dos projetos de lei de conversão (PLVs), como será discutido adiante. A estrutura da Presidência da República passou por um processo de modernização, no período após 1988, que não ocorreu de modo automático, pois, no período da promulgação da Constituição, a estrutura institucional da Presidência não estava adaptada às novas prerrogativas constitucionais. O fortalecimento da Presidência é produto de decisões presidenciais que se acumulam na estrutura institucional a cada Governo.

Mesmo antes da promulgação da Constituição, a estrutura da Presidência foi modificada de modo a se compatibilizar com o Governo eleito indiretamente. Em 1986, no Governo Sarney, o Decreto nº 92.614, de 2 de maio (BRASIL), instituiu o Regimento dos Gabinetes da Presidência, ainda no marco constitucional do Regime Militar. Esse Decreto tinha como objetivo, basicamente, a separação de atribuições do Gabinete Militar daquelas do Gabinete Civil, sendo a Presidência constituída, essencialmente, pelo Gabinete Civil. As estruturas que constituem o Gabinete Civil, de acordo com esse Decreto, instituíam o Gabinete Pessoal do Presidente, a Diretoria Administrativa, a Secretaria de Controle Interno e uma Secretaria Especial de Ação Comunitária. Dentro do Gabinete Civil, já estavam prescritas algumas das estruturas internas (subchefias) que viriam a constituir futuramente a Casa Civil. As subchefias que constituíam o Gabinete Civil em 1986, são a Subchefia para Acompanhamento da Ação Governamental; a Subchefia para Relações Intergovernamentais; a Subchefia para Assuntos Institucionais; a Subchefia para Assuntos Parlamentares; a Subchefia para Assuntos Jurídicos; a Subchefia para Assuntos de Comunicação Social, além da Secretaria de Imprensa e Divulgação (SID).

A importância da Casa Civil da Presidência da República para o processo legislativo se deve ao controle jurídico exercido por essa instituição na elaboração da legislação oriunda do Executivo. Toda legislação assinada pelo Presidente, mesmo que oriunda dos ministérios, é analisada, revisada e avaliada pela Casa Civil. Esse fato, *per se*, torna essa instituição central no processo legislativo no interior do Executivo.

A evolução institucional da Casa Civil da Presidência pode ser acompanhada pelos decretos que modificaram, ao longo dos mandatos presidenciais, sua estrutura institucional⁵. O que é relevante nesse processo é que as estruturas institucionais da Casa Civil da Presidência são modeladas de acordo com escolhas políticas presidenciais. Tais escolhas, que guardam relação com o tipo de apoio do Presidente no Congresso e com as diretrizes políticas de cada Governo eleito, não são derivações automáticas das regras constitucionais devido à autonomia presidencial para modificar as burocracias no sistema político brasileiro. Tais modificações institucionais atenderam, basicamente, às demandas de governança do Presidente, sendo vinculadas diretamente à dinâmica de delegação de poderes legislativos ao Presidente por MPs, conforme será tratado no próximo item.

2.3 Aspectos jurídicos da delegação do Legislativo ao Executivo por medidas provisórias

O debate constituinte que levou à inserção das MPs na Constituição de 1988 será revisitado neste item. A regulamentação dos poderes de decreto do Presidente é um tema ainda controverso no debate sobre sistema político no Brasil. As causas dessa controvérsia se referem aos limites dos poderes presidenciais de edição de MPs, principalmente quanto aos dispositivos que regulamentam a tramitação de MPs e seus efeitos na arena do Legislativo e do Executivo.

As mudanças nas normas referentes ao poder de edição de medidas provisórias pelo Presidente ocorreram em situações de sua utilização de modo disfuncional para a delegação de poderes do Legislativo para o Executivo. Tais situações se referiram principalmente ao número excessivo de MPs editadas, às matérias editadas alheias ao escopo de assuntos passíveis de serem legislados por via de MPs e à

5 Os decretos que modificaram a estrutura regimental e institucional da Casa Civil da Presidência são: 95.575, de 23 de dezembro de 1987 (BRASIL), 99.185, de 15 de março de 1990 (BRASIL), 99.411, de 25 de julho de 1990 (BRASIL), 820, de 13 de maio de 1993 (BRASIL), 4.535, de 20 de dezembro de 2002 (BRASIL), 4.607, de 26 de fevereiro de 2003 (BRASIL) e 5.135, de 7 de julho de 2004 (BRASIL).

reedição indiscriminada. Todas essas situações culminaram na EC nº 32/2001 que regulamentou a edição de MPs, mas que, de fato, não foi uma solução definitiva.

Os efeitos dessa reforma na tramitação das MPs alteraram os parâmetros da delegação legislativa ao Executivo, mas a reforma em si não conseguiu solucionar o problema de modo definitivo, persistindo uma situação em que nem os congressistas estão satisfeitos, nem tampouco o Presidente tem o controle sobre os resultados de suas iniciativas por MPs.

Esse item irá retomar as interpretações sobre os efeitos da EC nº 32/2001, que proibiu a reedição de MPs, regulamentou os temas sobre os quais o Executivo pode editar MPs e centralizou o formato jurídico das emendas às MPs em projetos de lei de conversão.

Tentativas de alteração no regime de tramitação das MPs não se limitam à mudança constitucional através da EC nº 32/2001. As tentativas de mudança na tramitação de MPs podem ser observadas desde o período imediatamente posterior à promulgação da Constituição. Já em 1989, o Congresso promulgou a Resolução nº 1 (BRASIL), que tentou regulamentar a tramitação de MPs através de uma Reforma no Regimento Comum do Congresso. Essa resolução previa, basicamente, a instituição de uma Comissão Mista que apreciasse a admissibilidade da MP através de uma sessão conjunta do Congresso. O projeto desta resolução previa a proibição da reedição das MPs, mas os congressistas decidiram suprimir esse artigo na versão final do documento (CAVALCANTI, 2008).

O questionamento sobre a reedição de MPs surgiu ainda em fevereiro de 1989, quando o Presidente Sarney reeditou a MP nº 29, de 15 de janeiro de 1989 (BRASIL), relativa à organização da Presidência da República. O Senador Nelson Carneiro nomeou uma comissão mista para elaborar um parecer sobre a constitucionalidade da reedição de uma MP. O então Deputado Nelson Jobim elaborou um parecer no qual opinou sobre a constitucionalidade da reedição de uma MP que tivesse perdido eficácia. Esses foram levados ao Supremo Tribunal Federal, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº-293-7/DF (BRASIL), em 1990, quando a MP nº 190, de 31 de maio de 1990 (BRASIL) foi reeditada com redação idêntica à da MP nº 185, de 04 de maio de 1990 (BRASIL). O Ministro Celso de Mello proferiu parecer favorável à reedição de MP que não tenha sido convertida em lei no prazo de 30 dias e que não fora expressamente rejeitada pelo Legislativo (CAVALCANTI, 2008).

Em 1995, o Senador Espiridião Amim e outros apresentaram a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 1, de 1995 (BRASIL), que era mais uma tentativa de alteração do regime de tramitação das MPs. E mesmo após a aprovação da

EC nº 32/2001, que terá seus efeitos discutidos adiante, houve tentativas de modificação na tramitação de MPs através da PEC nº 72, de 2005 (BRASIL), que requeria que a admissibilidade das MPs fosse discutida na Comissão de Constituição e Justiça, e outra PEC, a nº 11, de 2011 (BRASIL), de origem no Senado Federal. Esta PEC, já aprovada em segundo turno pelo Senado Federal, estabelece novos prazos para a apreciação das MPs. Na prática, seu objetivo é tentar corrigir a desvantagem que o Senado passou a ter na apreciação de MPs, pois após a EC nº 32 de 2001 o tempo levado pela apreciação na Câmara acabava por reduzir muito o tempo para que o Senado possa apreciá-las, colocando esta casa em desvantagem em relação à Câmara dos Deputados. A proposta de alterar os tempos de apreciação das MPs serviria para melhorar a qualidade da delegação de poder que o Congresso fez ao Executivo. Para se compreender as origens desse sistema de delegação, será discutido adiante o debate constituinte sobre as MPs.

3 Debate constituinte sobre as MPs

A eleição da Assembleia Nacional Constituinte despertou um amplo debate institucional no Brasil, polarizando inclusive uma discussão sobre a adoção do Parlamentarismo ou a manutenção do Presidencialismo no país. Havia, no entanto, um consenso de que o sucesso do Governo dependia da sua capacidade de dar respostas aos problemas enfrentados pelo país, frente às demandas de uma sociedade moderna e complexa, sendo que isso dependia de um processo decisório ágil e eficiente (LIMONGI, 2008, p. 25).

O ponto principal do debate constituinte sobre a delegação de poderes legislativos ao Presidente se pautava no interesse em encontrar um sucedâneo para o decreto-lei que mantivesse a prerrogativa do Executivo sem permitir seu uso abusivo (LIMONGI, 1999). Ainda segundo Limongi, o pressuposto utilizado pelos constituintes estava baseado na ideia de que Executivos em sociedades modernas precisam e são dotados de instrumentos desse tipo (FIGUEIREDO; LIMONGI, 1999). Como se sabe, o resultado desse processo, no texto constitucional aprovado, acarretou um sistema cujo Presidente da República tem amplos poderes legislativos, o que não estava claro no momento da promulgação da Constituição.

O artigo 62, que trata do poder de editar MPs na Constituição de 1988, estabelece que “em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso” (BRASIL, 1988). Nesse artigo constitucional, no entanto, não foram regulamentados

os parâmetros para a relevância e a urgência que justificassem a edição da MP. Essa omissão no texto constitucional foi objeto de controvérsias e de questionamentos futuros, dado o difícil controle objetivo do que seria relevante e urgente, seja pelo Legislativo, seja pelo Poder Judiciário. De acordo com a interpretação do Supremo Tribunal Federal, citada por Pessanha (2003, p.174) “os pressupostos de urgência e relevância escapam ao controle do Judiciário”. Nesse sentido, o processo constituinte deixou em aberto a questão da regulamentação do que seria cabível de legislar por MP. Outro ponto omissis na Constituição se referia à possibilidade de reedição das MPs, situação a qual o texto da Constituição não fazia qualquer restrição, mas que, no entanto, foi utilizada desde o início da nova ordem constitucional.

A Constituição, portanto, trouxe duas importantes novidades ao substituir o decreto-lei pela MP. A primeira refere-se à inversão do decurso de prazo e a segunda é referente à possibilidade de os congressistas apresentarem emendas às MPs. O texto constitucional aprovado instituiu essas novidades resguardando o Congresso de eventuais situações de usurpação de poder pelo Executivo, dado que todas as MPs precisam ser apreciadas pelo Congresso, além da possibilidade da apresentação de emendas às MPs pelos congressistas através dos projetos de lei de conversão. Apesar de não ter havido questionamentos sobre a necessidade de um instrumento desse tipo no debate constitucional, o uso recorrente e variado de MPs pelo Executivo despertou um debate a respeito dos limites das MPs.

As críticas às MPs viriam *a posteriori*, dos próprios congressistas, de setores da Ciência Política e da imprensa. A MP foi o substituto direto na ordem constitucional do decreto-lei, instituído no Regime Militar. O decreto-lei foi o dispositivo criado após a revogação dos Atos Institucionais nº 2 e nº 4, que permitiam ao Presidente emitir Decretos-Leis sem anuência do Legislativo. A Carta de 1967 constitucionalizou o decreto-lei, dando poder ao Presidente para editá-los em casos de urgência ou de interesse público relevante, cabendo ao Congresso aprová-lo ou rejeitá-lo no prazo de 60 dias, sem possibilidade de emenda.

Caso o Congresso não deliberasse no decurso de prazo, o decreto-lei seria aprovado. Com a instauração do Ato Institucional nº 5 (AI-5), em 1968, o modelo de decreto independente de deliberação legislativa voltou a vigorar (PESSANHA, 2002, p. 169). A crítica que recaía sobre as MPs na constituinte se pautava no argumento de que seriam como o “entulho autoritário” do período democrático (LIMONGI, 1999). Cabe destacar que no artigo 62 há uma reprodução, quase literal, da Constituição Italiana. O artigo 77 da Constituição Italiana de 1948 prevê a possibilidade de o

Executivo editar decretos com força de lei também em casos de relevância e de urgência, mediante autorização da *Camera dei Deputati*.

A primeira novidade em relação ao poder de editar decretos no Brasil se refere à chamada inversão do decurso de prazo. A inserção desse mecanismo foi a maneira encontrada na Constituição de fazer com que as MPs fossem submetidas à chancela do Congresso. Vencido o decurso do prazo, uma MP não apreciada pelo Congresso perderia a validade, inversamente, como se viu, ao que acontecia com o decreto-lei da Carta de 1967. A inversão do decurso de prazo, na prática, tornou a MP um instrumento perfeitamente compatível com a ordem democrática.

A segunda novidade da Constituição, quanto ao poder do Presidente editar MPs, inseriu a possibilidade de os congressistas apresentarem emendas ao texto da MP editada, através dos projetos de lei de conversão. Essa possibilidade representou um ganho expressivo de poder para o Legislativo na delegação ao Executivo. Ou seja, a Constituição de 1988 tentou antecipar possíveis situações de usurpação e de ações unilaterais permitindo o emendamento nas MPs. Essa novidade foi, certamente, a mais contundente da Constituição de 1988. Essa possibilidade foi uma forma encontrada para evitar situações do tipo “pegar ou largar” pelo Congresso, caracterizando-se como um avanço significativo na possibilidade de monitoramento do Executivo por parte do Legislativo. Conforme destaca Pessanha (2003, p. 174), a tramitação da medida permite algo que não ficou claro no texto constitucional, referente à interferência do Congresso em seu conteúdo, mas com a possibilidade de veto na sanção presidencial, essa possibilidade pode ser considerada como uma vitória do Legislativo.

O que se depreende do debate constitucional que culminou na versão final da Constituição de 1988 sobre a edição de MPs? O Executivo foi munido de amplos poderes que lhe garantiu o controle da agenda legislativa no Congresso (FIGUEIREDO; LIMONGI, 1999; AMORIM NETO; TAFNER, 2003) e lhe permitiu ser o principal ator legislativo no período. As críticas às MPs surgiram *a posteriori*, conforme o contexto político em que o Executivo as utilizou. No Governo Collor, a crítica principal à edição de MPs estava relacionada à falta de disposição do Governo em negociar com o Congresso, fato esse relacionado ao tipo de estratégia do Executivo no período. O quadro institucional legado pela Constituição de 1988, de acordo com Limongi (2008), não alterou as instituições fundamentais que caracterizam o sistema político brasileiro desde 1934. O Presidencialismo e a representação proporcional foram mantidos, mas isso não quis dizer que tudo permaneceu inalterado. O Presidencialismo de 1988 é radicalmente distinto daquele da Constituição de 1946, sendo o reforço dos poderes

presidenciais algo patente na nova Constituição. Ainda para Limongi (2008), o Executivo controla a agenda legislativa, de modo que aquilo que muda no país ocorre por iniciativa do Executivo. O Presidente raramente é derrotado em plenário, sendo de 85% a disciplina média da coalizão governista no período.

O texto constitucional aprovado, ainda que tenha tentado evitar situações de usurpação ou de ação unilateral por parte do Executivo, ao introduzir a inversão do decurso de prazo e a possibilidade de alterações a MPs no Congresso, acabou por omitir na regulamentação das MPs uma definição de relevante e de urgente. Essa omissão possibilitou que o Executivo se utilizasse do recurso das MPs tanto para alterações na ordem legal relativas a assuntos extraordinários, que demandam ações rápidas e eficientes por parte do Executivo, quanto para assuntos do dia-a-dia do Governo e da administração do Estado, sem qualquer justificativa que amparasse a necessidade de relevância e de urgência prevista no texto constitucional.

O resultado do sistema político forjado a partir da Constituição de 1988 é certamente um Presidencialismo com forte influência do Executivo. Cabe ressaltar, no entanto, conforme destacado por Figueiredo e Limongi (2009) que a distribuição do poder de agenda no Brasil não caracteriza um padrão conflitivo entre os poderes. Isso quer dizer que não existem agendas políticas incompatíveis entre os poderes. O que existe, na prática, é uma agenda do Governo. Os autores destacam ainda a existência de um equívoco na tese de que o conflito entre os poderes se baseia em um Legislativo desejoso de ampliar gastos de forma irresponsável e em um Executivo preocupado com o controle de despesas para impor disciplina fiscal. O conflito ocorre no interior da coalizão governista, que busca recursos adicionais para expandir suas políticas, sendo que isso não implicaria identidade de interesses, nem tampouco ausência de conflitos, significando que a atuação é baseada em um princípio de coordenação (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2009, p. 84).

O que os autores destacam é, portanto, que o sistema Presidencialista no Brasil funciona com um princípio de fusão de poderes, no qual o Executivo e o Legislativo, ainda que inseridos em um contexto de incentivos institucionais distintos, compartilham objetivos comuns. O poder de agenda da maioria que apoia o Presidente não diverge da agenda política nacional. A fonte de conflito é, portanto, a alocação dessas prioridades no interior da coalizão governista. Esse aspecto do sistema político nacional, destacado por Figueiredo e Limongi (2009), é fundamental para a análise aqui proposta, pois, diante de uma agenda comum entre os Poderes Executivo e Legislativo, as eventuais disputas irão recair sobre a alocação de prioridades que se

seguem da legislação aprovada, sendo as emendas às MPs, ou seja, os PLVS propostos pelos congressistas, exemplos dessa possibilidade.

3.1 Hiper-reedição de MPs

A questão das reedições não era prevista no texto constitucional, ou seja, não era nem permitida, nem proibida. A reedição foi interpretada como constitucional logo após a Constituição ter sido promulgada, mas se caracterizou como um dos efeitos indesejáveis das MPs na delegação do Congresso ao Executivo pelo volume de reedições. A reedição era, dessa forma, bastante favorável ao Executivo que acabava por reeditá-las várias vezes, eventualmente com redação modificada. Essa possibilidade abria um amplo espaço para o Executivo legislar sem a anuência congressual.

Quanto à relação do Presidente com o Congresso, a reedição se mostrava um instrumento bastante confortável. De acordo com Figueiredo e Limongi (2003), eram duas as vantagens das reedições: 1- permitia a acomodação de interesses da coalizão, através de pequenas modificações ao texto da MP original e 2- conferia alguma invisibilidade ao processo, dado que não era necessário votar. Desse modo, o custo para a aprovação da agenda do Governo era mais baixo, pois além da ampla autonomia do Executivo na iniciativa da legislação, as eventuais acomodações de interesses dos congressistas poderiam ser realizadas sem que houvesse desgastes ou perdas políticas. Nesse sentido, a edição e a reedição permitiam que o Executivo desse uma cobertura política para a base governista.

Há também interpretações que destacam eventuais vantagens do Congresso na reedição de MPs. De acordo com Amorim Neto e Tafner (2003), a reedição de MPs interessava ao Congresso, pois atendia a uma escolha racional da maioria parlamentar, sendo um modo eficaz de obter informações sobre os seus efeitos.

Amorim Neto e Tafner (2003) vislumbram no argumento desenvolvido um processo adaptativo das MPs aos interesses dos congressistas na reedição, no mecanismo que denominam de “alarmes de incêndio”. Esse mecanismo seria acionado em situações em que a base governista demonstra sua insatisfação ao Executivo, que reagiria ao Congresso reeditando a MP com alterações. Os autores também destacam que as MPs que não tratavam de assuntos relevantes para o Congresso desafogavam a sua pauta na medida em que não necessitavam de apreciação. Cabe observar que, mais adiante no artigo, os autores fazem uma ressalva, pois caso o Executivo não tenha se coordenado com a maioria parlamentar por um acordo de coalizão, o uso das MPs pode abrir caminho para a oposição, gerando conflitos entre os poderes.

Outra interpretação que destaca eventuais vantagens da reedição para o Congresso é dada por Pereira, Rennó e Power (2007). Esses autores destacam que o horizonte indefinido de reedições fazia com que o Congresso não apreciasse as MPs, aumentando o poder de barganha dos congressistas com o Executivo. A possibilidade de alteração de pontos controversos das MPs na reedição seria, nesse sentido, fruto de um processo de acomodação de interesses dos congressistas à agenda política nacional feita através de MPs.

Analisando essas interpretações à luz do processo de emendamento das MPs, que interessa para análise deste trabalho, depreende-se que a possibilidade de reedição com alterações é bastante vantajosa para o próprio Executivo, pois é ele que consegue acomodar eventuais efeitos não calculados na edição inicial, ou ainda, avançar na abrangência legislativa da MP. Os ganhos políticos dos congressistas são mais evidentes com as modificações feitas no texto original das MPs durante a sua tramitação pelo Congresso, por isso a relevância de se analisar os projetos de lei de conversão.

O número de reedições cresceu de modo expressivo no Governo Collor em 1990, na escalada do conflito entre Executivo e Legislativo que marcou o período. No entanto, esse número cai drasticamente em 1991 e 1992, quando há uma mudança na postura do Executivo. O Governo Collor não tinha maioria no Congresso e dependia de negociações com o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), partido que pode ser caracterizado como pivotal no Congresso no período⁶.

Esse fato é uma evidência, em si, de que o Congresso não é passivo em relação ao Presidente e que tampouco as MPs podem ser utilizadas de modo imperial. De acordo com os dados de Inácio (2009), em 1990, o Governo Collor editou 75 MPs e reeditou 68, totalizando 143 MPs, já em 1991, foram 11 (nove editadas e duas reedições) e em 1992, foram seis (quatro editadas e duas reedições) evidenciando uma mudança no padrão de relacionamento do Governo com o Congresso.

O problema da hiper-reedição desenfreada data do período após 1993, contemplando os Governos Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso, nos quais a manutenção da estabilidade econômica advinda do Plano Real foi o foco central das MPs reeditadas. Durante o governo Fernando Henrique Cardoso, as reedições de

6 As razões para caracterização do PMDB como partido pivotal no Congresso se justificam por duas razões. Primeiro porque em 1990 o partido tinha a maior bancada da Câmara dos Deputados (108 cadeiras ou 21,5% do total de 503 cadeiras, detinha também 25% do total de cadeiras no Senado), e segundo porque ocupava a posição de centro no espectro ideológico, o que o tornava central para qualquer negociação com o Congresso.

MPs foram utilizadas recorrentemente. Entre as temáticas sobre as quais versam as MPs editadas pelo Executivo, a maior parte delas se refere aos assuntos da agenda econômica do Estado, principalmente relativos aos planos de estabilização econômica (FIGUEIREDO; LIMONGI, 1999; AMORIM NETO; SANTOS, 2002). Algumas MPs editadas escaparam de modo evidente do sentido original que a Constituição lhes atribuiu⁷. A maior parte das MPs editadas, desde então, foi aprovada pelo Congresso, conforme se observa na tabela 1.

Tabela 1
Situação das MPs editadas no Brasil 1988 - 2010

| SITUAÇÃO FINAL | MPS EDITADAS | PORCENTAGEM |
|----------------|--------------|-------------|
| Convertidas | 876 | 81,34% |
| Em tramitação | 67 | 6,22% |
| Sem eficácia | 42 | 3,90% |
| Revogadas | 39 | 3,62% |
| Rejeitadas | 49 | 4,55% |
| Prejudicadas | 4 | 0,37% |
| TOTAL | 1077 | 100% |

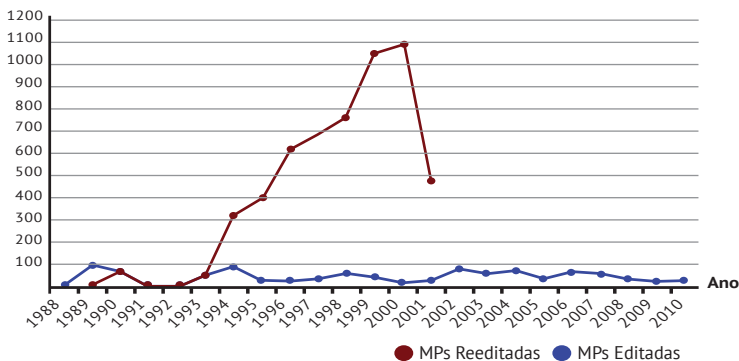
Fonte: Elaboração nossa, com base nos dados disponíveis da Presidência da República.

Ainda para Figueiredo e Limongi (1999), a transformação de MP em PLVs pode ser utilizada como indicativo da participação do Congresso no processo de decisão sobre MPs, já que o PLV corresponde a um projeto alternativo.

A rotina da relação entre Executivo e Legislativo no Brasil terminou por minimizar, ou mesmo anular, a efetividade das alterações nas MPs pelo Congresso, dado que nem todas as MPs eram apreciadas pelo Congresso no prazo regimental. O Executivo passou a reeditar as MPs, algumas inclusive com alterações, para que continuassem tendo efeito jurídico. Esse uso indiscriminado do recurso da reedição dava ao Executivo uma grande autonomia frente ao Congresso. Algumas MPs jamais foram apreciadas pelo Legislativo sendo reeditadas inúmeras vezes. A proibição da reedição ocorreu somente após a EC nº 32/2001, que alterou o artigo 62, regulamentando a edição de MPs sobre algumas temáticas, e proibindo a prática da reedição de uma mesma MP. O gráfico abaixo mostra o quantitativo de MPs editadas e reeditadas por ano.

7 Pode ser citado como exemplo a MP que incluiu o Marechal Deodoro da Fonseca no livro dos Heróis Nacionais. A MP nº 105, de 13 de novembro de 1989 (BRASIL), foi editada por José Sarney por ocasião do centenário da Proclamação da República.

Gráfico 1
MPs editadas e reeditadas por ano



Fonte: Elaboração nossa, baseado nos dados disponíveis em: www.presidencia.gov.br/legislacao.

O que chama mais atenção no gráfico é o salto exponencial de reedições a partir de 1993. Os anos de 1994 e 2001 coincidem com o período do final do Governo Itamar Franco e com os Governos Fernando Henrique Cardoso. A estabilidade econômica a partir de 1993, com o Plano Real, foi instituída também por MP e mantida basicamente através da reedição. Cabe destacar também que os pacotes de estabilização econômica foram implementados por MPs, e aprovados pelos congressistas. Um exemplo paradigmático disso ocorreu ainda no Governo Collor de Melo. Figueiredo e Limongi (2005) interpretam esse contexto de edição de MPs no Governo Collor como uma estratégia adotada por um Presidente com um partido de pequena representação no Congresso, como uma arma disponível a Presidentes minoritários para impor sua vontade ao Congresso. Nesse sentido, as dificuldades encontradas no Congresso pelo Governo Collor evidenciam que o Presidente não pode governar de modo unilateral.

Dessa forma, o significado das reedições de MPs não pode ser atribuído a uma ação unilateral de Governos minoritários para com o Congresso, como se caracterizou o período Collor. O Governo de Itamar Franco e os dois Governos de Fernando Henrique Cardoso utilizaram de modo indiscriminado a reedição de MPs, mesmo dispondo de coalizões majoritárias. O problema específico do Governo Collor residia na indisposição do Presidente em negociar com o Congresso, sendo esse o mais turbulento nas relações Executivo e Legislativo no período democrático recente. Seja como for, o problema da reedição indiscriminada de MPs foi solucionado com a EC nº 32/2001. A mudança trouxe ganhos no monitoramento da delegação legislativa ao Executivo, mas também outras consequências não calculadas no jogo entre Executivo e Legislativo.

3.2 Efeitos da EC nº 32, de 2001, e mudança institucional

A discussão sobre os efeitos políticos advindos da EC nº 32/2001 remete a um processo de mudança institucional. Nesse caso, a mudança institucional teve como objetivo principal a diminuição das perdas de agenciamento do Congresso na delegação legislativa ao Executivo. Mas será que essa mudança conseguiu atingir seus objetivos? A efetividade da EC é objeto de controvérsia teórica entre interpretações da Ciência Política, nos pontos que serão retomados adiante.

A EC nº 32/2001 estabeleceu limites materiais para MPs, proibiu a reedição e alterou os prazos para apreciação de MPs pelo Congresso. A EC nº 32/2001 estabeleceu também que o Congresso deve tomar uma posição quanto à MP antes de acabar o prazo de vigência. Caso o Congresso não vote uma MP dentro de 45 dias, ela vai para o topo da agenda legislativa, e quaisquer outras matérias e deliberações ficam sobrestadas. Essas mudanças previstas na EC nº 32/2001 visavam solucionar o problema da reedição indefinida de MPs e o uso de MPs pelo Executivo para tratar de assuntos políticos que fugiam à circunscrição constitucional de legislação por MPs. A EC nº 32/2001 estabeleceu também que a apreciação de MPs se inicia na Câmara dos Deputados e limitou a reedição a somente uma vez no limite de 60 dias, caso a MP não seja apreciada. Esse prazo é prorrogável por mais 60 dias. Como tentativa de regulamentar a EC nº 32/2001, que reformou o regime de tramitação de MPs, o Congresso estabeleceu a Resolução nº 1, de 2002 (BRASIL).

Essa resolução alterou o Regimento Comum do Congresso e é uma consequência direta da EC nº 32/2001. Essa resolução dispõe sobre a apreciação de MPs pelo Congresso e substitui a Resolução nº 1/1989 (BRASIL). Essa resolução estabelece a criação de uma Comissão Mista de Senadores e Deputados para emitir parecer sobre a admissibilidade das MPs editadas. Além disso, a Resolução nº 1, de 2001 (BRASIL), estabeleceu em seu artigo 4º o prazo de seis dias, a partir da publicação da MP, para a apresentação de emendas, que deverão ser protocolizadas na Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal, vedando também a possibilidade de emendas a matérias estranhas à MP. A avaliação que se pode fazer dessa Resolução é a de que não conseguiu atingir os objetivos pretendidos.

A Resolução foi ineficaz no cumprimento da regra que estabelecia limites para admitir uma MP anteriormente à sua apreciação em plenário. A Comissão Mista não tem sido convocada e o parecer sobre a admissibilidade de uma MP é proferido em plenário pelo relator designado da MP. Os critérios para a escolha do relator da MP são informais, e não seguem a regra estabelecida pela Resolução. Apesar de a

Resolução regulamentar também o emendamento de MPs, mesmo antes já havia a possibilidade de apresentação de emendas. O efeito prático, após a EC nº 32/2001 foi a necessidade de apreciação de todas as MPs, por causa da proibição da reedição. Antes dela, porém, a alteração de MPs era muito mais freqüente por parte do próprio Executivo, pois não havia restrições para reeditá-las, inclusive com alterações.

A EC nº 32/2001 gerou também efeitos inesperados no jogo de poder entre Executivo e Legislativo. Entre esses efeitos não calculados da EC, destacam-se o aumento do número de conversões de MPs em PLVs, o constante trancamento da pauta do Congresso e a mudança na estratégia das oposições.

De acordo com os dados de Figueiredo (2007)⁸, o número de PLVs apresentados às MPs aumenta significativamente após a EC nº 32/2001. As alterações em si não indicam, para a autora, um papel mais ativo da oposição, podendo ser decorrentes de demandas da própria base de apoio do Executivo. A apresentação de um PLV torna público o processo de mudança da MP, diferentemente da situação anterior, na qual o Executivo tinha poder de reeditar uma mesma MPs com alteração.

Essa é a mudança mais relevante, no que se refere ao processo de interferência por PLVs do Congresso nas MPs, após a EC nº 32, de 2001. A EC nº 32/2001 teve como efeito também a redução na ambiguidade constitucional com a especificação de áreas nas quais o Executivo não poderia editar medidas provisórias – Direitos Políticos, Direito Eleitoral, Direito Penal, diretrizes orçamentárias, detenção ou sequestro de bens como ocorreu no Governo Collor.

Essa mudança procedimental acarretou modificação na barganha política entre o Presidente e o Congresso. O Executivo necessita negociar, a qualquer custo, a aprovação de MPs com o prazo vencido, o que é uma desvantagem em relação à situação anterior. Os congressistas, por sua vez, se vêem constantemente engarrafados com a pauta trancada para a apreciação de MPs.

No que se refere às análises sobre os efeitos da EC nº 32/2001, é possível agrupar as interpretações em dois campos distintos. Uma primeira interpretação, proposta por Pereira, Power e Rennó (2007) destaca que o poder de agenda presidencial foi magnificado após a EC nº 32, de 2001 e não atingiu os efeitos pretendidos na sua

8 De acordo com os dados, a proporção de MPs alteradas no Congresso (PLVs) era de 40,4% nos Governos Sarney, Collor e Itamar e 21,7% nos Governos Cardoso I e II até a EC nº 32, de 2001. No período posterior à emenda, que contempla o final do governo Cardoso II, a média de conversões é de 34,3% e no governo Lula I, de 61,9%. O argumento da autora é basicamente que a coalizão partidária do governo Lula, por ser mais heterogênea ideologicamente, gerou maior instabilidade da coalizão partidária que o sustentou no Congresso.

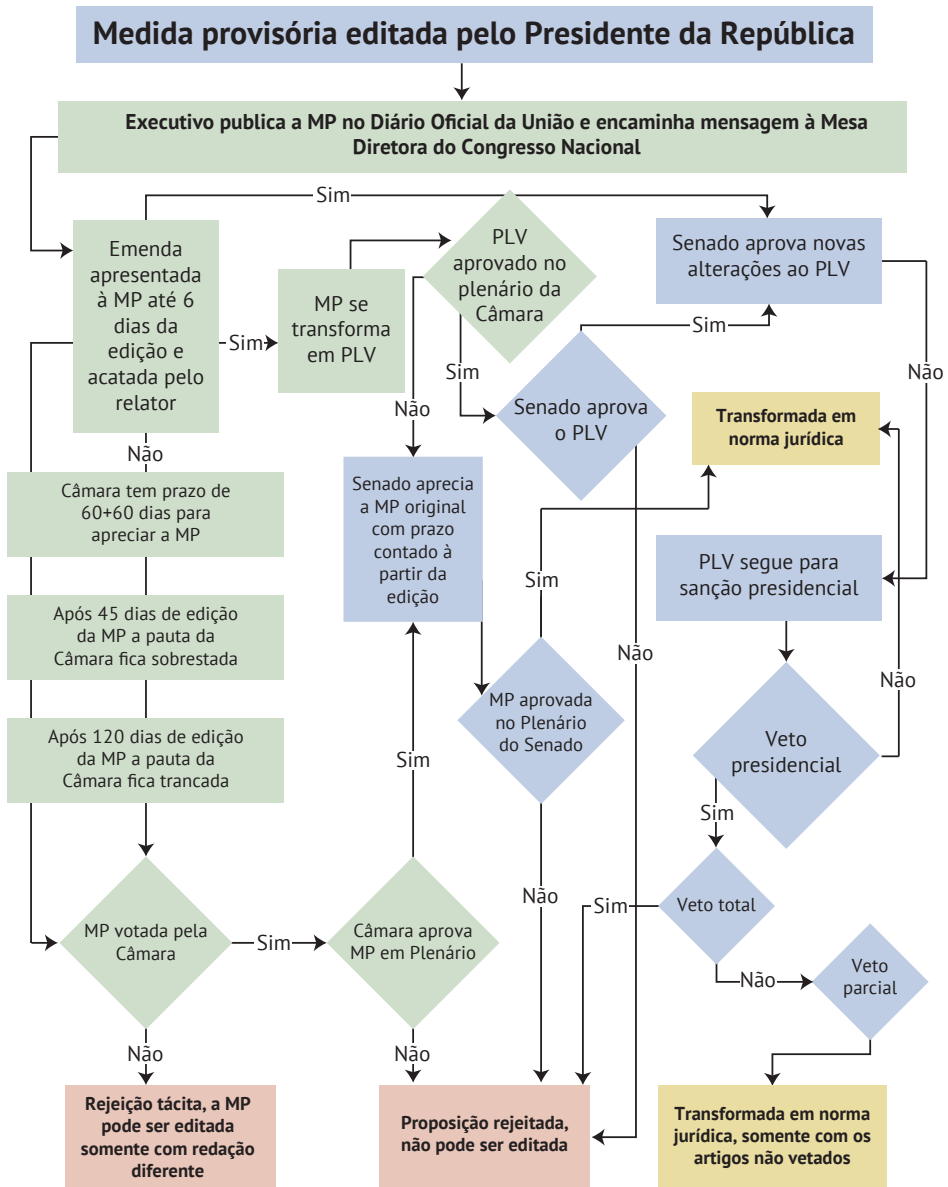
formulação. Os autores destacam ainda que depois da EC teria havido um aumento na quota de iniciativas presidenciais apresentadas via MP de 24 pontos percentuais, ou seja, o apetite presidencial para baixar mais MPs aumentou, ainda que o número de MPs editadas não tenha variado tanto.

A interpretação de Pereira, Rennó e Power (2007) destaca que a EC nº 32/2011, enquanto pretendia reduzir o uso de MPs, de fato aumentou ainda mais os poderes de agenda do Executivo, sendo a principal razão disso o trancamento da pauta. Nesse sentido a emenda teria falhado em seus objetivos de diminuir o volume de MPs editadas pelo Presidente. Esse é o argumento de que destacam os autores, para tanto utilizam como indicador do aumento dos poderes do executivo um aumento na razão de dependência de MPs no total de medidas oriundas do Executivo. Em outras palavras, o que os autores argumentam é que aumentou a proporção de medidas provisórias em relação ao total de legislação originada no Executivo e que esse seria também um efeito da EC nº 32/2001.

Uma segunda interpretação destaca que a EC nº 32/2001 tornou mais complexa a barganha do Executivo com os congressistas quanto às MPs. O ponto relevante é destacado por Inácio (2009), a autora destaca que a mudança introduzida pela EC nº 32, de 2001, tornou mais amplo o espaço para atuação das oposições. De modo que, ainda de acordo com a autora, isso teve um efeito direto sobre as condições de coordenação da coalizão no congresso. (INÁCIO, 2009). Essa ampliação do espaço de atuação ocorreu, basicamente, através do uso estratégico da obstrução parlamentar pelas oposições na Câmara dos Deputados.

O constante trancamento da pauta para apreciação de MPs, dessa forma, altera o contexto decisório, uma vez que limita a margem de manobra das lideranças e, por conseguinte, transborda o efeito do trancamento sobre o custo de apreciação da MP, interferindo em toda a agenda legislativa (INÁCIO, 2009). Esse efeito, ainda para a autora, afeta diretamente os custos da decisão legislativa. Nesse sentido, há uma ampliação do espaço para a atuação das oposições, através do uso estratégico da obstrução parlamentar, o que aumenta o número de rodadas de negociação voltadas para a liberação da pauta, demandando mais barganhas sequenciais que, por sua vez, contribuem para interferência das oposições. O gráfico abaixo resume o processo de tramitação de MPs e as possibilidades de aprovação depois de transformados em PLV.

Gráfico 2
Fluxograma de tramitação de medidas provisórias após a EC nº 32/2001



Fonte: Elaboração nossa, com base nos dados da Constituição Federal e da Resolução nº 1, de 2002, do Congresso Nacional.

Ainda de acordo a interpretação de Inácio (2009), essa mudança no rito das MPs alterou o processo decisório e, portanto, modificou as condições da delegação legislativa do Legislativo ao Executivo (INÁCIO, 2009). Nessa interpretação, essa mudança na tramitação das MPs acabou por modificar o contexto decisório e provocando efeitos não triviais para a coordenação da coalizão governista na arena legislativa. O número de medidas modificadas pelos legisladores durante a tramitação na Câmara dos Deputados aumenta, significativamente, no período posterior à EC nº 32, de 2001 (FIGUEIREDO, 2008, *apud* INÁCIO, 2009). Esse indicador parece sinalizar para movimentos de acomodação de interesses dos legisladores a partir dos recursos e dos procedimentos regimentais disponíveis.

Nesse sentido, o Congresso não perde autonomia frente ao Executivo após a mudança da regra. No entanto, o impacto será diferenciado, a depender da casa. Entre os efeitos da EC nº 32/2001, destaca-se a prevalência da Câmara dos Deputados na apreciação das MPs, ou seja, essa casa passa a deter condições mais favoráveis para a apreciação das MPs e proposição de PLVs, justamente por ser a casa iniciadora do rito de tramitação. Essa mudança fez com que o Senado tenha poucos dias para apreciar as MPs que tramitam, tornando assimétrica a distribuição de prerrogativas entre as casas legislativas quanto à apreciação de MPs. Esse efeito não calculado da EC nº 32/2001 alimentou uma nova proposta para alteração na tramitação de MPs, a PEC nº 11, de 2011, que já foi aprovada no Senado.

Após a EC nº 32, de 2001, a intervenção do Congresso nas MPs através dos PLVs, tornou-se um ponto central para a compreensão dos mecanismos de monitoramento da cadeia de delegação legislativa entre Legislativo e Executivo. Isso se deve, basicamente, à proibição da reedição, que retirou a possibilidade de reedição de MPs com alteração pelo Executivo. Como consequência dessa proibição, o número de PLVs apresentados após 2001 aumentou significativamente e se tornou o mecanismo principal de interferência dos congressistas nas MPs editadas pelo Presidente.

A EC nº 32/2001 possibilitou que a rejeição tácita fosse apropriada estrategicamente, pelas oposições. Os efeitos da EC nº 32, de 2001, são ainda passíveis de controvérsia, sendo que mesmo depois dessa importante mudança, não se observa uma situação de equilíbrio no jogo entre os atores envolvidos. Desse fenômeno desprende-se que a mudança institucional ocorre quando os atores políticos envolvidos num determinado contexto institucional vislumbram ganhos com as alterações no *modus operandi* das decisões. Essa mudança institucional na tramitação de MPs, após a promulgação da Constituição, converge com a ideia de que as instituições políticas

são endógenas, ou seja, há possibilidade de os atores envolvidos num determinado contexto decisório alterarem os arranjos formais sobre os quais estão conformados.

A partir da abordagem das teorias da escolha racional, as mudanças institucionais podem ser compreendidas, para Rothstein (1998), por três motivos: 1 - acidentalmente ou previsivelmente: a interação de diferentes instituições pode resultar em novos tipos de instituições totalmente previsíveis; 2 - mudança evolucionária: somente instituições que processam melhor certos estágios de desenvolvimento social sobrevivem, embora operando algum tipo de mecanismo de seleção; 3 - mudança institucional desenhada por agentes estratégicos. O terceiro motivo é mais adequado para se interpretar a mudança institucional advinda com a EC nº 32, de 2001, não significando que não existam efeitos indesejáveis dessa mudança.

O que se pode concluir sobre os efeitos da EC nº 32, de 2001? É notório que a mudança institucional tornou a pauta do Congresso constantemente sobrestada, como resultado do rito de tramitação das MPs, mas o efeito mais importante se refere ao constrangimento da folgada delegação da maioria que o Executivo contava no Congresso, principalmente, no período referente aos Governos Fernando Henrique Cardoso (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2003). Já de acordo com Inácio (2009), a EC nº 32, de 2001, ampliou o espaço de atuação das oposições, com efeito direto sobre as condições de coordenação da coalizão nessa arena (INÁCIO, 2009, p. 364). Ou seja, os argumentos referentes a essa segunda interpretação da EC nº 32/2001 corroboram uma situação de maiores possibilidades de monitoramento do poder de legislar delegado ao Executivo por parte do Congresso.

4 Conclusão

O artigo discutiu a evolução institucional do sistema político brasileiro quanto à questão das medidas provisórias. A evolução institucional que possibilitou ao Poder Executivo o exercício efetivo de tais poderes, não ocorreu de maneira automática, necessitando de um processo de fortalecimento institucional, principalmente nas estruturas ligadas à Presidência da República. Essas estruturas, além de incorporarem a execução de algumas políticas públicas, passaram por um grande investimento em recursos técnicos e humanos que viabilizaram que o Executivo se tornasse um ator central no processo legislativo e tivesse estrutura para coordenar as ações políticas do Governo.

As MPs tiveram como referência constitucional o modelo adotado na Itália, do qual o artigo nº 62 da Constituição brasileira é uma reprodução quase com as mes-

mas palavras. Os problemas identificados no uso das MPs pelo Presidente foram: a hiper-reedição de MPs e o seu uso para assuntos que escapam à atribuição constitucional. Tais problemas levaram à edição da EC nº 32, de 2001, que proibiu a reedição e limitou alguns assuntos cuja legislação não poderia ser feita por MP. Essa EC, no entanto, gerou efeitos não calculados na tramitação das MPs e, por conseguinte, nas estratégias de relacionamento entre o Legislativo e o Executivo. Entre esses efeitos não calculados, destaca-se o trancamento da pauta legislativa para a apreciação de MPs e um incentivo maior para que os congressistas apresentassem emendas às MPs, através dos PLVs.

Quanto às interpretações dos efeitos da EC nº 32/2001, é possível dividi-las em dois grupos. Uma primeira interpretação concebe que a EC fracassou na tentativa de coibir o uso de MPs. Uma interpretação distinta concebe a mudança institucional como um elemento que limitou a delegação de poder ao Executivo, e permitiu um maior espaço para a atuação das oposições. O Congresso tentou regulamentar a tramitação de MPs através da Resolução nº 1, de 2002, ao estabelecer uma comissão Mista de Senadores e Deputados para apreciação da admissibilidade das MPs.

A EC nº 32, de 2001, pode ser compreendida enquanto uma mudança institucional desenhada por atores estratégicos. Ou seja, não é uma mudança acidental os atores que forjaram essa alteração do rito das MPs tinha objetivos claros. Alguns efeitos no entanto não foram contabilizados, por exemplo os constantes trancamentos de pauta do Congresso para apreciação de medidas provisórias. Desse modo, as mudanças geradas na tramitação de medidas provisórias evidenciam algum grau de amadurecimento institucional do sistema político brasileiro. Esse amadurecimento, porém não está completo, pois ainda não se verifica uma situação de equilíbrio⁹ do jogo político entre Executivo e Legislativo. Um exemplo de que a situação ainda não está em equilíbrio é evidenciada pela própria tentativa de alteração no regime de tramitação de MPs proposta pela PEC nº 11/11, em tramitação no Congresso, que tenta corrigir a desvantagem do escasso tempo do Senado na apreciação de MPs. A proibição da reedição de MPs da EC nº 32, de 2001, tornou, portanto, os projetos de lei de conversão instrumentos de grande importância para alteração dos resultados políticos da legislação iniciada no Executivo por MP.

9 O equilíbrio a que se faz referência aqui é do tipo de Nash no qual os atores não têm incentivos para abandonar o conjunto de regras aos quais estão submetidos.

5 Referências

ALMEIDA, Marta Tavares de. A Contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções métodos e técnicas. In: **Legística: qualidade da lei e Desenvolvimento**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009. Disponível em: <http://consulta.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/obras_referencia/arquivos/pdfs/legistica/ficha_tecnica.pdf>. Acesso em: 05 de setembro de 2011.

AMORIM NETO, Octávio. **Presidencialismo e Governabilidade nas Américas**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

_____.; TAFNER, Paulo. Governos de Coalizão e Mecanismos de Alarme de Incêndio no Controle Legislativo das MPs. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 45, n. 1, 2002, p. 5-38.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 de julho de 2011.

_____. Decreto nº 6.207, de 8 de dezembro de 2007. Brasília, 2007. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6207.htm>. Acesso em: 19 de setembro de 2011.

_____. Decreto nº 5.135, de 7 de julho de 2004. Brasília, 2004. **Diário Oficial da União**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5135.htm>. Acesso em: 19 de setembro de 2011.

_____. Decreto nº 4.607, de 26 de fevereiro de 2003. Brasília, 2003. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4607.htm>. Acesso em: 19 de setembro de 2011.

_____. Decreto nº 4.535, de 20 de dezembro de 2002. Brasília, 2002. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4535.htm>. Acesso em: 19 de setembro de 2011.

_____. Decreto nº 820, de 13 de maio de 1993. Brasília, 1993. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0820.htm>. Acesso em: 19 de setembro de 2011.

_____. Decreto nº 99.411, de 25 de julho de 1990. Brasília, 1990. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1990/decreto-99411-25-julho-1990-342587-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 19 de setembro de 2011.

_____. Decreto nº 99.185, de 15 de março de 1990. Brasília, 1990. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99185.htm>. Acesso em: 19 de setembro de 2011.

_____. Decreto nº 95.575, de 23 de dezembro de 1987. Brasília, 1987. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-95575-23-dezembro-1987-445862-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 19 de setembro de 2011.

_____. Decreto nº 92.614, de 2 de maio de 1986. Brasília, 1986. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-92614-2-maio-1986-442650-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 19 de setembro de 2011.

_____. Lei nº 11.204, de 05 de dezembro de 2005. Brasília, 2005. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11204.htm>. Acesso em: 19 de setembro de 2011.

_____. Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003. Brasília, 2003. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.683.htm>. Acesso em: 19 de setembro de 2011.

_____. Medida Provisória nº 29, de 15 de janeiro de 1989. Brasília, 1989. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/medpro/1989/medidaprovisoria-32-15-janeiro-1989-370474-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 14 de setembro de 2011.

_____. Medida Provisória nº 105, de 13 de novembro de 1989. Brasília, 1989. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/medpro/1989/medidaprovisoria-105-13-novembro-1989-370706-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 19 de setembro de 2011.

_____. Medida Provisória nº 190, de 31 de maio de 1990. Brasília, 1990. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/medpro/1990/medidaprovisoria-190-31-maio-1990-371085-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 19 de setembro de 2011.

_____. Presidência da República. Medidas Provisórias editadas desde 1988. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/medidas-provisorias#content>>. Acesso em: 20 de julho de 2011.

_____. Proposta de Emenda à Constituição nº 11/2011, versão final. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=87732&tp=1>>. Acesso em: 14 de setembro de 2011.

_____. Resolução nº 1, de 08 de maio de 2002. Brasília, 2002. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/rescon/2002/resolucao-1-8-maio-2002-497942-normaatualizada-pl.pdf>>. Acesso em: 19 de setembro de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 293-7/600. Brasília, 6 de junho de 1990. **Diário de Justiça**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346295>>. Acesso em: 19 de setembro de 2011.

CAVALCANTI, Marcelle Rodrigues Campelo. **MPs e sua tramitação por uma única comissão mista permanente**: uma análise crítica, 2008. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bd-camara/4183/medidas_provisorias_cavalcanti.pdf?sequence=1>. Acesso em: 04 de setembro de 2011.

FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora da FGV/FAPESP, 1999.

FIGUEIREDO, Argelina. Instabilidade Política no primeiro governo Lula: conflito partidário, ideologia e instituições. In: LIMA, Maria Regina Soares de (Org.). **Desempenho de Governos Progressistas no Cone Sul**. Rio de Janeiro: Edições IUPERJ, 2008, p. 47-65.

FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. Poder de Agenda e Políticas Substantivas. In: INÁCIO, Magna; RENNÓ, Lúcio (Orgs.). **Legislativo Brasileiro em Perspectiva Comparada**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

INÁCIO, Magna. Mudança procedimental, oposições e obstrução na Câmara dos Deputados. In: INÁCIO, Magna; RENNÓ, Lúcio (Orgs.). **Legislativo brasileiro em perspectiva comparada**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p. 353-379.

INÁCIO, Magna. **Presidencialismo de coalizão e sucesso presidencial no Brasil**. Belo Horizonte, tese de doutorado, Sociologia e Política, UFMG, 2006.

LIMONGI, Fernando. **Formas de Governo, Leis Partidárias e Processo Decisório**. BIB. São Paulo, n. 55, 1º semestre, 2003, p. 7-40.

LIMONGI, Fernando. Presidencialismo e Governo de Coalizão. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). **Reforma Política no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006, p. 237-257.

LIMONGI, Fernando. O Poder Executivo na Constituição de 1988. In: OLIVEN, Ruben George; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo Marçal. (Orgs.). **A Constituição de 1988 na vida brasileira**. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores, ANPOCS, 2008.

MOE, Terry M.; CALDWELL, Michael. The institutional foundations of democratic government a comparison of presidential and parliamentary systems. **Journal of Institutional and Theoretical Economics**. Tübingen, v. 150, 1994, p. 171-195.

NICOLAU, Gustavo Rene. **Medidas Provisórias**: O Executivo que legisla: evolução histórica do constitucionalismo brasileiro. São Paulo: Ed. Atlas, 2009.

PESSANHA, Charles. O Poder Executivo e o Processo Legislativo nas Constituições Brasileiras. Teoria e Prática. In: VIANA, Luiz Werneck. (Org.). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG. Rio de Janeiro: IUPERJ/ FAPERJ, 2002.

PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy; RENNÓ, Lúcio. Presidentes, poderes de agenda e as conseqüências imprevistas da Reforma das MPs. In: NICOLAU, Jairo; POWER, T. (Orgs.). **Instituições representativas no Brasil: balanço e reforma**. Belo Horizonte: IUPERJ. Ed. UFMG, 2007, p. 75-96.

POWER, Timothy. The Pen Is Mightier than the Congress: Presidential Decree Power in Brazil. In: CAREY, John M.; SHUGART, Matthew Soberg. (Org.). **Executive Decree Authority**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

RENNÓ, L. R. **A Estrutura Organizacional da Presidência da República no Brasil: 1990-2010**. In: V Congresso Latino Americano de Ciência Política, 2010, Buenos Aires, 2011.

ROTHSTEIN, Bo. Political Institutions: An Overview. In: GOODIN, R.; KLIKNGELMANN, H. D. (Eds.). **A New Handbook of Political Science**. New York: Oxford University Press, 1996.

RUDALEVIGE, Andrew. The Administrative Presidency and Bureaucratic Control: Implementing a Research Agenda. **Presidential Studies Quarterly**, 39, n. 1 (March) 10, Center for the Study of the Presidency, 2009.

SANTOS, Luiz Claudio Alves dos. **Medidas Provisórias: Constituição Federal e Resolução 1 de 2002 do Congresso Nacional**. Brasília: Editora Vestcon, 2008.

_____; NETTO, Miguel Gerônimo da Nóbrega; CARNEIRO, André Corrêa de Sá. **Curso de Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Brasília: Vestcon, 2006.

Desafios democráticos para a constituição dirigente: entre vinculação e abertura constitucional¹

CLAUDIA PAIVA CARVALHO

Mestranda em Direito, Estado e Constituição (UnB).

Bacharel em Direito (UFMG).

Artigo recebido em 31/08/2011 e aprovado em 07/05/2012.

SUMÁRIO: 1 Introdução • 2 A teoria da constituição dirigente • 3 Abertura constitucional e princípio democrático • 4 Conclusão • 5 Referências.

RESUMO: A constituição dirigente se caracteriza como uma constituição invasiva que define políticas públicas e estabelece um programa constitucional composto por princípios, tarefas e fins que devem orientar a atuação do Estado e da sociedade. No entanto, em razão de seu caráter programático, a constituição dirigente é criticada por ameaçar a democracia ao retirar a tomada de decisões do âmbito da soberania popular e cristalizar as opções políticas das futuras gerações. Subjacentes a esse embate entre dirigismo constitucional e democracia, estão concepções diversas de constituição que, de um lado, legitimam-se por seu conteúdo normativo pautado em parâmetros materiais de justiça e de equidade e, de outro, legitimam-se por seu procedimento democrático de criação. O presente trabalho propõe que a constituição dirigente e a democracia não devem ser tratados como opostos, mas complementares, desde que a constituição esteja inserida em sua temporalidade e se conserve aberta à atualização de suas normas, e a democracia respeite as exigências constitucionais mínimas e as diretrizes fixadas no momento constituinte, diferenciado como o mais elevado exercício da soberania popular.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição dirigente • Democracia • Vinculação e abertura constitucional.

1 O presente trabalho é fruto de pesquisa realizada durante o oitavo período da graduação, no ano de 2009, sob orientação do Professor Doutor Rodolfo Viana Pereira.

Democratic challenges to the directive constitution: between constitutional binding and constitutional openness

CONTENTS: *1 Introduction* • *2 The theory of directive constitution* • *3 Constitutional openness and democratic principle* • *4 Conclusion* • *5 References*.

ABSTRACT: The directive constitution is characterized as an invasive constitution which defines public policies and establishes a constitutional program composed by principles, tasks and purposes that should guide the State and society's acting. Nevertheless, because of its programmatic character, the directive constitution is criticized for jeopardizing democracy by taking the decision-making out of the realm of popular sovereignty and crystallizing the political options for the future generations. Within this dispute between constitutional direction and democracy lie different conceptions of constitution which, on onehand, are legitimated by their normative content based on material parameters of fairness and equity and, on the other hand, are legitimated by their democratic procedure of creation. The present paper posits that the directive constitution and democracy should not be treated as opposites, but as complementary, so long as the constitution is inserted on its temporality and keeps open to the actualization of its norms; and so long as democracy respects the minimum constitutional requirements and the directives settled on the constituent moment, distinguished as the highest exercise of popular sovereignty.

KEYWORDS: Directive constitution • Democracy • Constitutional binding and openness.

Desafíos democráticos para la constitución dirigente: entre vinculación y abertura constitucional

CONTENIDO: 1 Introducción · 2 La teoría de la constitución dirigente · 3 Abertura constitucional y principio democrático · 4 Conclusión · 5 Referencias.

RESUMEN: La constitución dirigente se caracteriza como una constitución invasiva que define políticas públicas y establece un programa constitucional compuesto por principios, tareas y fines que deben orientar la actuación del Estado y de la sociedad. Sin embargo, debido a su carácter programático, la constitución dirigente es criticada por amenazar la democracia, una vez que retira la toma de decisiones del ámbito de la soberanía popular y cristaliza las opciones políticas de las futuras generaciones. Subyacen a ese embate entre dirigismo constitucional y democracia las concepciones diversas de constitución que, por un lado, se legitiman por su contenido normativo pautado en parámetros materiales de justicia y equidad y, por otro, se legitiman por su procedimiento democrático de creación. El presente trabajo propone que la constitución dirigente y la democracia no deben ser entendidas como opuestas, sino como complementares, desde que la constitución esté inserida en su temporalidad y se conserve abierta a la actualización de sus normas y la democracia respete las exigencias constitucionales y las directrices fijadas en el momento constituyente, diferenciado como el más sublime ejercicio de la soberanía popular.

PALABRAS CLAVE: Constitución dirigente · Democracia · Vinculación y abertura constitucional.

1 Introdução

As chamadas constituições dirigentes² surgiram num contexto histórico, político e social peculiar. Após a passagem por períodos autoritários, países como Portugal, Espanha e Brasil vivenciaram, nas décadas de 1970 e 1980, um “movimento de retorno ao direito” (CITTADINO, 2000, p. 7-8) voltado a restaurar a legitimidade da ordem jurídica, fortemente comprometida pelas incursões autoritárias. Tendo bases democráticas assoladas pelos regimes militares e a população marcada pelo desrespeito sistemático aos Direitos Fundamentais, tais países padeciam de um divórcio entre sociedade, Estado e direito.

A sociedade precisava reforçar sua participação nos processos políticos decisórios e buscar novas vias de interlocução na esfera pública, não restritas à mera representatividade; o Estado havia de reorganizar seu aparato, rever a burocracia de governos tecnocráticos e dosar o nível de intervenção nos campos social e econômico; e o Direito necessitava revitalizar sua força e legitimidade democrática, e ultrapassar os entraves do formalismo excessivo e do autoritarismo instrumental.

O dirigismo constitucional é concebido, portanto, com o escopo de reavivar a intenção atuante do Direito Constitucional e estabelecer nos textos constitucionais o fim precípua de se alcançar a justiça social. No Brasil, os objetivos assinalados na Constituição de 1988, como o de construir uma “sociedade democrática e igualitária”, retratam essa atribuição ao Direito de um papel transformador da sociedade e da vida política.

Diante dos desafios da transição política, a elaboração de novas constituições representou o compromisso firmado pelo Estado e pela sociedade com uma ordem mais justa, preocupada em expurgar os resquícios do autoritarismo e em consolidar Estados democráticos de direito. Tendo em vista que a (re)construção de um regime democrático e plural e de uma ordem jurídica e social justa é um *processo* aberto para o futuro, é compreensível que os diplomas constitucionais tenham assumido um papel dirigente para orientar essa caminhada.

Negando um efeito puramente simbólico, em que o texto constitucional cria ilusões e utopias que visam alimentar a confiança do povo na legitimidade de seus governantes, e os dispositivos constitucionais são utilizados apenas de forma retórica visando à preservação do *status quo*, mas servindo de obstáculo a mudanças efetivas

2 A expressão “constituição dirigente” foi primeiro utilizada por Peter Lerche, em referência às diretrizes constitucionais que configuram imposições permanentes para o legislador (“núcleo dirigente”). Já o conceito de Canotilho é mais amplo, aludindo à constituição como um todo. Vide CANOTILHO, 2001, p. XII-XIII.

(NEVES, 2007, p. 93), as constituições dirigentes definiram-se e definem-se como um projeto. Projeto de um Estado, de uma sociedade e de uma ordem jurídica afinados com os objetivos de aprofundar a democracia e de promover a justiça social. Assim, a constituição dirigente consagra um modelo de desenvolvimento e serve de instrumento à concretização desse paradigma.

Mas para se incumbir do desenho e da estrutura desse projeto, a constituição assumiu uma feição nitidamente invasiva, trazendo, para o seu bojo, matérias atinentes aos diversos ramos do Direito, às políticas públicas e ao planejamento estatal. Trata-se do fenômeno de constitucionalização do direito, descrito por Paolo Comanducci como

um proceso al término del cual el derecho es 'impregnado', 'saturado' o 'embebido' por la Constitución: un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos. (COMANDUCCI, 2002, p. 95)³

Nesse aspecto, discute-se até que ponto a “intrusão” constitucional é benéfica ao fixar a marcha do desenvolvimento e quando se torna prejudicial ao limitar as escolhas políticas tomadas no jogo democrático. Em outras palavras, coloca-se em questão a medida desejável da vinculação prévia feita pelo diploma constitucional em contraposição à necessidade de abertura e de elasticidade das normas constitucionais para adaptarem-se às mudanças de conjuntura e de demandas.

Nesse horizonte de sentido, é que se descortinam as indagações do presente trabalho. Pretende-se aqui analisar a tensão entre constitucionalismo e democracia sob a ótica do constitucionalismo dirigente, enfocando, principalmente, a oposição entre a pretensão constitucional de conformar a realidade de forma totalizante e o princípio democrático subjacente ao processo de formação da opinião e de tomada das decisões políticas.

Num primeiro momento, é importante examinar os traços marcantes da teoria da constituição dirigente, no que toca à concepção de legitimidade e de efetividade que adota. Nesse ponto, a dinâmica entre as normas constitucionais programáticas e a liberdade de conformação do legislador se afigura particularmente relevante à compreensão da possibilidade de harmonia entre o texto constitucional dirigente e a prática democrática, o que seria dificultado quando a constituição apresenta excessos programáticos.

3 Em português: “um processo ao término do qual o direito é ‘impregnado’, ‘saturado’ ou ‘embebido’ pela Constituição: um direito constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição invasiva, que condiciona a legislação, a jurisprudência, a doutrina e os comportamentos dos atores políticos” (tradução nossa).

Posteriormente, volta-se a investigação para as categorias de historicidade e de abertura constitucional, as quais trazem balizamentos ao caráter dirigente em prol de um modelo de desenvolvimento que, em parte, se realiza a partir de um plano pré-definido e, em parte, se abre à confrontação política. Busca-se, com isso, consagrar a relação entre democracia e constitucionalismo não em sentido antagônico, mas como uma co-implicação lógica, em que a constituição fornece uma base de estabilidade ao regime democrático, e a democracia propicia a atualização e a dinamização da ordem constitucional.

2 A teoria da constituição dirigente

A teoria da constituição dirigente ganhou seus contornos e linhas mestras com a obra de José Joaquim Gomes Canotilho intitulada “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas”, de 1982. Já no início do trabalho, Canotilho adverte que o tema da constituição dirigente insere-se em uma problemática ampla, que abarca desde a conciliabilidade entre a “lógica da constituição” e a “lógica da democracia”, passando pela análise da densidade e da abertura das normas constitucionais, até a própria compreensão da constituição em si mesma (CANOTILHO, 2001, p. 11).

Canotilho assenta, desde logo, a ideia de que toda constituição visa (explícita ou implicitamente) conformar globalmente o político, seja num sentido conservativo, evolutivo ou revolucionário, isto é, independentemente de o momento constituinte encontrar-se impregnado com forte caráter ideológico, por exemplo, a partir da constitucionalização de fins e de tarefas do Estado, ou de consagrar a simples auto-regulação do *status quo*.

Na perspectiva dirigente, a constituição não se reduz a uma norma limitadora nem a um momento de decisão; ao contrário, o texto constitucional volta-se para a ordenação do processo político e para a conformação da realidade social. Ultrapassa o modelo de simples organização do Estado por meio da imposição de limites e da racionalização do poder, preocupado com processos e aparatos organizatórios, para constituir-se como ordem material fundamental que define o próprio conteúdo a ser alcançado pelos agentes estatais e pela sociedade (CANOTILHO, 2001, p. 151; SOUZA NETO, 2003, p. 18).

Ao pretender conformar materialmente o processo político e social, a constituição dirigente torna-se alvo de críticas que a reputam carente de racionalidade, sob o argumento de que a função política inerente à determinação de “fins do Estado”

só poderia conter-se fora da constituição ou, no máximo, ater-se a legitimar o existente (CANOTILHO, 2001, p. 43), como se direito e política fossem campos apartados e incomunicáveis.

Afastando-se dessa crença, a teoria dirigente reconhece tanto uma dimensão jurídica como uma política do texto constitucional, essa última incumbida de direcionar os rumos social e político-administrativo do Estado. Subjacentes à normatização constitucional, encontram-se propósitos de igualdade material e de justiça, o que justificaria, segundo o próprio Canotilho, a associação da constituição dirigente ao arquétipo da Grande Mãe, protetora dos carentes e dos subdesenvolvidos, em oposição ao do Grande Pai, propulsor de independência, de autonomia e de auto-responsabilidade, o qual se identificaria com a lógica formal das constituições liberais burguesas do século XIX (CANOTILHO, 2001, p. 39).

Assim, “a Constituição não é só garantia do existente, mas também um programa para o futuro” (BERCOVICI, 2003, p. 118). Apresenta-se, portanto, “como projeto vinculativo dirigido ao futuro de uma evolução comum” (CANOTILHO, 2001, p. 137). É constituição do Estado e da sociedade, “ligada à defesa da mudança da realidade pelo direito” (BERCOVICI, 2003, p. 118). Não se trata, todavia, de mudanças imediatas, mas sim graduais e prospectivamente orientadas, envolvendo a realização de reformas que conformam progressivamente a sociedade.

A existência desse programa constitucional, contendo princípios materiais, fins e tarefas, conduz à discussão acerca da legitimidade da constituição dirigente, em oposição a um conceito transcendente-metafísico, positivista-formal e procedimental.

2.1 O problema da legitimação-legitimidade

O significado da legitimidade do direito apresenta flutuações ao longo do tempo, confundindo-se, por vezes, com a juridicidade do texto, seu caráter vinculante, ou com a própria efetividade. Sobre a trajetória do conceito de legitimidade, aduz Niklas Luhmann (1980, p. 29):

Primeiro foi equiparado à posse do poder efetivo, depois foi usado de novo para dominar a problemática dum princípio de legalidade puramente positivo. Formulado com este fim, e abstraindo das tentativas para a restauração do direito natural, o conceito foi impelido para a realidade pura. Hoje ele significa a convicção, realmente divulgada, da legitimidade do direito, da obrigatoriedade de determinadas normas ou decisões, ou do valor dos princípios que as justificam.

Com base nesse último significado, a ideia de legitimidade diz respeito ao reconhecimento, pelos membros de uma comunidade, da força obrigatória das normas jurídicas e, em última análise, da validade da ordem jurídica como um todo. Assim, a legitimidade requer uma justificação do caráter vinculante das normas, que não ocorre de fora para dentro, isto é, não decorre da natureza coercitiva do direito, mas, antes, de dentro para fora, ou seja, do sentimento das pessoas de que a ordem jurídica é válida e legítima.

Esse sentimento pode estar ligado à qualidade ética ou moral do conteúdo normativo que congregue a ideia de justiça ou vinculado à existência de arranjos procedimentais inclusivos e habilitadores do discurso, os quais inspirem uma aceitabilidade racional das normas em razão de seu modo de produção democrático, ou ainda ao recurso a categorias metafísicas e transcendentais que se propõem a justificar a necessidade e o valor das normas.

Uma vez que serve à justificação do poder, a legitimação terá amparo, afirma Eros Roberto Grau, no *discurso da ordem* e no *imaginário social* (COUTINHO, 2005). O primeiro consiste no lugar próprio da razão, mas que se ocupa tanto do Direito como da moral, da filosofia política e da religião. Já o imaginário social se refere às vontades, desejos e emoções do povo. Daí decorrem as diferentes formas de legitimidade do Direito conforme o constitucionalismo liberal ou social e a partir de uma concepção formal ou material da constituição.

No primeiro caso, a legitimidade – em termos positivistas – resumia-se à legalidade da norma, garantida por meio da obediência de um procedimento formal de produção normativa previsto em normas de escalão superior. Rejeita-se que as escolhas fundamentais de um povo se apoiem num critério transcendental ou ontológico de legitimidade, como defendido pela doutrina jusnaturalista, ou num processo arbitrário de decisão (PINTO, 1994, p. 13). Daí a relevância atribuída ao *modus faciendi* legal, bastante a tornar válida e, conseqüentemente, legítima a norma jurídica.

A evolução do constitucionalismo no sentido de incorporar ao texto maior um amplo catálogo de Direitos Fundamentais e fomentar uma reaproximação entre Direito e moral trouxe um estado de incerteza e de nebulosidade quanto ao critério definidor da legitimidade da ordem jurídica. Em face do *desencantamento* das visões de mundo, se, por um lado, torna-se impossível recorrer a uma justificação metafísica das normas jurídicas, por outro, tampouco é cabível confundir-se a legitimidade com a positividade do Direito.

Diante desse impasse, desenvolveram-se dois conceitos de legitimidade: um substancial e um procedimental. Quando substancial, a legitimidade depende do

conteúdo material da norma e de seu respeito aos ditames de justiça. Já na perspectiva procedimental, “é do próprio procedimento democrático, e não de princípios materiais existentes *a priori*, que decorre a força capaz de legitimar, nas democracias modernas, o direito” (GALUPPO, 2002, p. 152). A constituição dirigente adere ao conceito substancial de legitimidade, desvinculando-se tanto de uma concepção formal-positivista como de uma definição puramente procedimental-democrática.

O problema da legitimação-legitimidade não consiste, para Canotilho (2001, p. 15), “só num debate filosófico-jurídico sobre a fundamentação última das normas, mas também na justificação da existência de um ‘poder’ ou ‘domínio’ sobre os homens e aceitação desse domínio por parte destes”. Partindo desse pressuposto, o núcleo da ideia de constituição dirigente reside, segundo Bercovici (2003, p. 117), na “proposta de legitimação material da Constituição pelos fins e tarefas previstos no texto constitucional”. Em outras palavras:

O dirigismo constitucional dá ensejo, portanto, à elaboração de um conceito material de legitimidade: em seu cerne encontra-se a idéia de que as constituições devem conter não só normas que determinam limites (constituição garantia) e processos (constituição como processo ou instrumento de governo) para a atividade política, mas também, além dessas, normas definidoras do conteúdo a ser realizado pelo legislador. (SOUZA NETO, 2003, p. 12)

A legitimidade material apresenta como traço marcante a preocupação com o conteúdo das normas e com o enquadramento delas nos pressupostos materiais de justiça. Ou seja, os comandos e os mandamentos normativos devem encontrar ressonância em parâmetros de justiça e de equidade de modo que, ao se questionar se o conteúdo prescrito na norma é válido, leve-se em conta que “a legitimidade das decisões estatais” se afigura “materialmente vinculada aos padrões igualitários da ‘democracia social’” (SOUZA NETO, 2003, p. 12).

A legitimidade substancial é própria do modelo de uma “constituição pré-ordenante impositiva” (PEREIRA, 2008, p. 83), cujas determinações impõem uma vinculação material prévia ao exercício democrático de formação da opinião e de tomada de decisões e ao processo de confrontação política e de conformação social. Essa vinculação prévia é possível a partir da existência, na constituição, de “um núcleo ético-moral bem definido acerca dos valores fundamentais da sociedade e dos objetivos prioritários do Estado” (PEREIRA, 2008, p. 83).

Sob a ótica dirigente, a legitimidade procedimental não absorve a material, uma vez que a garantia de um processo justo não traz em si uma “justiça intrínseca”,

devendo se combinar a parâmetros materiais que lhe dêem fundamento. A simples institucionalização de procedimentos democráticos de produção normativa e de tomada de decisões políticas, desvinculados de quaisquer finalidades ou princípios, abriria espaço ao “perigo da sua instrumentalização a favor de qualquer conteúdo” (CANOTILHO, 2001, p. 89). Afirma Canotilho (2001, p. 149):

[...] a constituição perderia sua legitimidade se importantes domínios sociais e económicos continuassem “esquecidos” ou fossem deixados conscientemente abertos à “evolução” da política e dos tempos. O Estado de Direito Democrático, materialmente “cunhado”, voltaria a ser “casca vazia” de conteúdos alternantes e arbitrários da “política”.

Por tudo isso é que a constituição dirigente “preocupa-se com a ‘justeza’ das decisões, com a ‘identidade material’ de uma ordem política, com a legitimidade normativo-substancial do sistema político” (CANOTILHO, 2001, p. 108).

Essa legitimidade normativo-material se choca, entretanto, com a necessidade de o Direito submeter-se a um constante processo de legitimação, renovada pelo apoio popular (CANOTILHO, 2001, p. 27). A determinação prévia, pelo texto constitucional, dos fins, das tarefas e dos princípios materiais norteadores da atuação estatal impediria que a ordem jurídica retirasse sua legitimidade continuamente do exercício da soberania popular.

Como resposta a tal censura, Canotilho aduz que a liberdade de decisão política não seria incompatível com a previsão de linhas materiais de direção pelo texto constitucional; pelo contrário, a liberdade de conformação política, conquanto seja assegurada, não pode se desatrelar do conteúdo normativo-constitucional. A justa medida entre o formalismo e o excesso programático estaria presente na imposição de premissas materiais à atuação política, sem regredir a um sistema fechado (CANOTILHO, 2001, p. 148).

Nesses termos, a constituição dirigente adota um modelo de desenvolvimento para o Estado e a sociedade, alicerçado no plano constitucional e numa legitimidade material e democraticamente estabelecida. Resta saber como se dará a execução desse plano.

2.2 O problema da concretização constitucional

A compreensão do que é efetivar ou concretizar uma constituição não se reduz à figura de um controle negativo ou à simples imposição de limites à atuação política, mas abrange o ideal de conformação positiva da realidade pelo texto constitucional. Esse ideal é de suma importância no âmbito da constituição dirigente, já que,

“cumprida toda uma trajetória de avanços sociais, das Constituições já não se reclama direitos, mas garantias” (BONAVIDES, 2008, p. 382).

Sob o paradigma do Estado do bem-estar social, em que se impôs uma atuação estatal mais intrusiva nos campos econômico e social, nota-se, de um lado, que a regulação do mercado tornou-se necessária à garantia de estabilidade e ao desenvolvimento da economia frente às tendências autodestrutivas da dinâmica do capitalismo; por outro, a regulação social respondeu aos problemas crônicos e emergenciais que afligiam a sociedade, visando garantir, pela via da atuação estatal, condições de vida digna para todos.

Nesse contexto, não se tendo recorrido às vias revolucionárias para transformar as estruturas política e sócio-econômica existentes, as esperanças e as expectativas de mudança foram depositadas, em grande medida, no plano constitucional, por exemplo, por meio da consagração de novas categorias de direitos sociais e econômicos. Dito isso, pergunta-se:

Permitem [...] de um ponto de vista jurídico-constitucional, as constituições do Estado Social de Direito a transformação da ordem econômica e social no sentido da realização da ideia da igualdade material, ou, doutra forma dito, possibilitam as normas constitucionais a transformação em sentido socialista da realidade sócio-política sem ruptura constitucional? (PINTO, 1994, p. 164)

Não é possível responder essa indagação sem ter em conta questões relativas aos limites e às possibilidades do texto constitucional quanto a vincular a atuação dos órgãos públicos e da sociedade. Contrastam-se, em dois extremos, a pretensão de auto-suficiência normativa da constituição e a sua incapacidade de, por si só, promover transformações estruturais.

A utilização dos textos constitucionais para promover mudanças nas estruturas vigentes, veiculando discursos muitas vezes revolucionários e emancipatórios, esteve presente de forma clara nas conjunturas portuguesa (1976) e espanhola (1978) e, mais tarde, ainda que com menor intensidade, também no Brasil, com a Constituição de 1988.

No entanto, para se “possibilitar uma conformação compatível com a natureza da direção política e uma adaptação concreta do programa constitucional” (CANOTILHO, 2001, p. 193), é imprescindível a abertura dos preceitos constitucionais, em detrimento de uma normatização rígida e estática, incapaz de captar uma realidade flutuante e em constante mutação.

Por isso é que as normas constitucionais possuem uma dose de indeterminabilidade manifestada de duas formas: horizontal ou vertical. A abertura horizontal,

por um lado, justifica a opção por uma ordem constitucional conscientemente incompleta, dada a impossibilidade de um sistema dirigido para o futuro pretender-se exaustivo e fechado. À sua vez, a abertura vertical faz com que a incompletude da regulação constitucional dependa de uma mediação concretizadora no nível infraconstitucional, distribuindo tarefas entre os legisladores constitucional e ordinário (CANOTILHO, 2001, p. 194).

Nesse campo intermediário entre a vinculação constitucional e a abertura, situam-se as ditas normas constitucionais programáticas, definidas por José Afonso da Silva (1998, p. 138) como:

[...] normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.

O grande debate que surgiu em torno da incorporação dessas normas nos textos constitucionais diz respeito à sua eficácia jurídica e aplicabilidade direta. Por muito tempo, alegou-se que as normas programáticas não seriam passíveis de realização imediata devido ao fato de abrigarem direitos a prestações, cuja efetivação dependeria da atuação dos órgãos legiferantes ou da Administração. Considerando que esses direitos a prestações obrigariam a uma determinada política ativa ou a um dever positivo do Estado de ordem objetiva, negava-se-lhes o caráter de direito público subjetivo, passível de coerção judicial (CANOTILHO, 2001, p. 366-367).

Destaca-se, no Brasil, a teoria de José Afonso da Silva (1998) sobre a aplicabilidade das normas constitucionais que as divide em três categorias: normas de eficácia plena, contida ou limitada. As primeiras seriam imediatamente aplicáveis e insuscetíveis de restrições, impondo-se em todo seu conteúdo e vigor. As normas de eficácia contida seriam aplicáveis de plano, mas poderiam ser restringidas ou limitadas por ulterior regulamentação. Já as normas de eficácia limitada dependeriam de regulamentação infraconstitucional para serem aplicadas e produzirem efeitos.

Ao condicionar a aplicação das normas programáticas à concretização legislativa, não foram raras as pretensões de lhes recusar força normativa e vinculante, sujeitando-as ao risco de virarem cláusulas vazias à mercê da vontade política, das prioridades e dos recursos financeiros do Estado. Até hoje, ressoa na doutrina e na jurisprudência a chamada “reserva do possível”, que faz a realização de Direitos Fundamentais sociais depender da disponibilidade de meios econômicos e financeiros e da previsão

orçamentária para a implementação das políticas públicas, relegando tais direitos – em última análise – à condição de promessas constitucionais inconsequentes.

Esse quadro dá ensejo às críticas deflagradas pelas teses de “ingovernabilidade”, do “excesso de carga” e da “constituição não cumprida”, que acusam a incorporação das normas programáticas de prejudicar a normatividade dos textos constitucionais.

O próprio Canotilho (2001, p. 392) atesta que “o reconhecimento destas prestações implica uma tendência para ‘expectativas escaldantes’ e reivindicações progressivas, inevitavelmente conducentes à ‘sobrecarga do governo’ e à ‘ingovernabilidade’”. Também Paulo Bonavides critica o exagero das normas programáticas e a dificuldade de sua concretização, conducentes, em última análise, a uma crise de inconstitucionalidade. Em suas palavras:

Poder-se-ia chegar, assim, à inconstitucionalidade toda vez que no ordenamento formalmente constitucional [...] se perde por inteiro o senso de proporção entre os fins programáticos, cujo exagero faz a sua concretização extremamente penosa, se não impossível, e os elementos de eficácia e juridicidade das regras constitucionais propriamente ditas. O desequilíbrio então promovido determina a inexequibilidade da Constituição. (BONAVIDES, 2008, p. 389)

Esse desequilíbrio se mostra mais forte quando as constituições trazem narrativas emancipatórias e pretensões revolucionárias. Tais fórmulas não se confundem, todavia, com a força dirigente da constituição, a qual não autoriza que suas determinações sejam tomadas como “enunciações diretivas formuladas em termos genéricos e abstratos” a fim de “comodamente se atribui[r] a escusa evasiva da programaticidade como expediente fácil para justificar o descumprimento da vontade constitucional” (BONAVIDES, 2008, p. 245).

Ainda que dotadas de forte carga ideológica, não podem as normas programáticas ser consideradas meros programas, diretrizes ou declarações “juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade” (CANOTILHO, 2001, p. 299). Pelo contrário, elas vinculam teleologicamente os órgãos de direção política, têm sentido prospectivo e força obrigatória.

Sendo assim, independentemente da atuação dos poderes públicos responsáveis, os direitos sociais, econômicos e culturais integram o patrimônio jurídico do cidadão enquanto direitos públicos subjetivos (CANOTILHO, 2001, p. 367). Tais direitos são originários porquanto retirados diretamente da constituição e detêm força imediatamente vinculante, podendo inclusive ser invocados contra omissões inconstitucionais do legislador.

Embora reconhecidas como vinculantes e obrigatórias, as normas programáticas não seriam, na visão de Canotilho, imediatamente aplicáveis, pois dependem da concretização legislativa para produzir efeitos positivos. Os conteúdos das normas programáticas “não constituem direito ‘*self executing*’ necessitando da ‘*interpositio*’ do legislador (ou de outros órgãos) no sentido da sua transformação em direito actual” (CANOTILHO, 2001, p. 298).

Com isso, “o caráter programático suscita problemas específicos que põem em jogo a força normativa da Constituição, pois implica que se confie a concretização a instâncias políticas” (BERCOVICI, 1999, p. 39). Ou seja, a concretização constitucional tem como traço decisivo a *vontade de constituição* dos órgãos e dos agentes encarregados de implementar o programa constitucional (CANOTILHO, 2001, p. 153).

Mas essa *vontade de constituição* não é inteiramente livre, muito menos arbitrária. Contrariamente a uma concepção de onipotência do legislador e de liberdade nos fins de índole positivista, a vinculação jurídico-material dos órgãos legiferantes determina que não exista liberdade do legislador fora da constituição, muito menos contrária a ela, sob pena de admitir-se que “a constituição não se situa sobre o legislador, mas à sua disposição” (CANOTILHO, 2001, p. 63).

Em verdade, a liberdade de conformação do legislador visa, ao mesmo tempo, atualizar e concretizar os fins constitucionais. Não há espaço para discricionariedades legislativas *contra* as disposições constitucionais, uma vez que “o problema da vinculação do legislador não é um problema de autovinculação, mas de heterovinculação; a legislação não conforma a constituição, é conformada por ela” (CANOTILHO, 2001, p. 63).

A tensão entre vinculação e liberdade de conformação do legislador relaciona-se à evolução da teoria dos Direitos Fundamentais, em que “de direitos fundamentais apenas no âmbito da lei, transitou-se para a ideia de lei apenas no âmbito dos direitos fundamentais” (CANOTILHO, 2001, p. 363). Destarte, os Direitos Fundamentais não só são indisponíveis ao legislador, como podem ser contra ele invocados por violações comissivas ou omissivas que tenha perpetrado.

Ou seja, a mediação legislativa não se afigura como um mero querer ou poder dos órgãos legiferantes, mas antes constitui um dever jurídico (CANOTILHO, 2001, p. 298). Isso não exclui, todavia, uma certa “margem de manobra” conscientemente cedida ao legislador por meio de um texto normativo simultaneamente aberto e denso, que não pretende engessar o Direito Constitucional, mas confere-lhe um caráter dinâmico que permite a adequação do texto à situação histórica concreta em que se aplica.

Em que pese os problemas na concretização dos direitos prestacionais, Canotilho defende que a liberdade de conformação do legislador submeta-se a uma “compressão democrática”, evitando que:

(1) a pretexto de não haver “meios jurídicos”, os direitos fundamentais se tornem “fórmulas vazias”, em virtude de o legislador “não ter vontade” ou “ser incapaz” de “atualizar” os direitos económicos, sociais e culturais, constitucionalmente garantidos; (2) o “conhecimento jurídico” e as “valorações políticas” dos recursos necessários à “efectivação dos direitos fundamentais” não resvale para o “arbitrio” e completa desconformidade com os “princípios de realização” constantes de normas constitucionais. (CANOTILHO, 2001, p. 377-378)

Dessa forma, a atividade legislativa condiciona-se formal e materialmente à realização do projeto constitucional, e a margem de liberdade do legislador não autoriza o descumprimento das normas constitucionais. Para Canotilho, “o ‘privilegio concretizante’ do legislador tem que ser acompanhado por uma intensidade vinculativo-constitucional adequada à força dirigente dos direitos fundamentais” (CANOTILHO, 2001, p. 378).

Por fim, uma contribuição relevante no marco da metódica constitucional para o processo de concretização das normas constitucionais é oferecida pela teoria estruturante de Friedrich Müller (2000). Colocando a interpretação como parte do processo de concretização, o autor enfatiza o caráter dinâmico do Direito e sua necessária interação com a realidade social. A norma, para Müller, integra-se tanto dos componentes linguísticos – programa da norma – como dos dados da realidade – âmbito da norma. A metódica proposta requer que o teor literal da norma seja tomado como ponto de partida, ao qual se agregarão tanto elementos da realidade, como teóricos, dogmáticos, de técnicas de solução e de política; todos atuando de forma vinculada, complementar e estrutural (MÜLLER, 2000, p. 56). O processo estruturante concebido por Müller implica, assim, que a normatividade só seja alcançada na análise de cada caso (MÜLLER, 2000, p. 61). Percebe-se que as reflexões do constitucionalista alemão incorporam subsídios importantes ao enfrentamento do problema da concretização constitucional, esteja ela no âmbito dos Tribunais, da Administração ou do Legislativo, lançando luzes ao desafio de “rever ou romper” com a constituição dirigente.

3 Abertura constitucional e o princípio democrático

São dirigidas críticas à constituição dirigente por adotar uma estrutura fechada em prejuízo da atualização de suas normas e por prever uma vinculação material prévia dos órgãos políticos em detrimento do jogo democrático ou da soberania popular. Argumenta-se que um sistema jurídico hermético não subsiste ante a velocidade das mudanças sofridas pelas sociedades atuais marcadas pela *aceleração do tempo*, decaindo em sua capacidade de regular condutas e de estabilizar expectativas, comprometendo sua própria legitimidade.

A abertura das normas constitucionais serviria para compatibilizar a estabilidade e a vocação de permanência do Direito com sua temporalidade, pois os espaços abertos são preenchidos pelo processo político-democrático. São essas categorias de historicidade e de abertura que passam a ser analisadas a seguir.

3.1 Historicidade e constituição viva

O caráter histórico ou temporal de uma constituição reflete-se primordialmente em dois momentos: na sua criação e na aplicação. No primeiro, nota-se que os preceitos adotados na constituição de cada Estado espelham sua história, as necessidades internas e as opções políticas. O momento histórico influirá, dessarte, na forma de Estado e de Governo adotada, na distribuição de competências, no *modus* de organização jurídico-política, no rol de Direitos Fundamentais, na inclusão de fins e de tarefas do Estado.

No segundo momento – de aplicação – a historicidade do texto constitucional impacta a sua própria efetividade. Fixada a constante e imanente tensão dialética entre fato e norma, não se pode dissociar a aplicação das normas constitucionais do contexto em que se inserem (HESSE, 1991, p. 10). Do contrário, a constituição perderia condição de servir de parametricidade em relação à realidade que pretende regular. Em outras palavras, uma constituição que não se vincule a uma situação histórica concreta esvazia-se em sua função estruturante e arrefece sua pretensão de enquadramento jurídico do espaço político.

Dentro dessa caracterização histórica, Jorge Miranda afirma que “a *Constituição em sentido material* concretiza-se em tantas *Constituições materiais* quanto os regimes vigentes no mesmo país ao longo dos tempos ou em diversos países ao mesmo tempo” (MIRANDA, 1996, p. 11). Daí se infere que tanto o conteúdo como a forma da

constituição, bem como a consciência que dela se fixe, hão de ser apreendidos historicamente, encontrando ressonância no sentimento social (BARROSO, 1996, p. 223).

Nesse sentido, a ideia de uma “constituição viva” indica a capacidade de abertura e de adaptação frente às transformações sociais, permitindo uma interação com a soberania popular. A expressão *living constitution*, cunhada por Howard Lee McBain (1948), surgiu como crítica a um método até então arraigado na cultura jurídica norte-americana denominado “originalismo”, que prevê a interpretação da constituição conforme a intenção original dos legisladores constituintes. Segundo Gisele Cittadino (2000, p. 192), para os “originalistas”, a hermenêutica constitucional deve ser compatível com a intenção original dos autores da constituição, e cada norma é vista como um “momento canônico de criação”. Em contraposição, a constituição viva propõe um processo interpretativo evolutivo e dinâmico das normas constitucionais, acompanhando o andar da sociedade e de suas estruturas política e sócio-econômica.

A utilização de termos amplos e imprecisos no texto constitucional teria por escopo permitir essa acomodação da norma às mudanças fáticas, de modo que a constituição possa ser atualizada sem depender da alteração do texto em si. Intenta-se, com isso, conciliar a pretensão de estabilidade e de permanência da constituição com a sua atualização e a sua adaptação frente à evolução histórica e às alterações político-sociais.

A noção de constituição viva pressupõe, portanto, a abertura constitucional que garante o princípio democrático e impede o engessamento do Direito. Tal abertura se refere não só à estrutura e ao conteúdo da norma constitucional, mas também à interpretação da constituição que, não restrita à atividade dos órgãos oficiais, abre-se para o círculo amplo de intérpretes que compreende os próprios cidadãos.

Esse entendimento é encampado por Peter Häberle (1997, p. 23), enfatizando que a interpretação constitucional não é “um evento exclusivamente estatal, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático”. Ao contrário, afirma o jus-filósofo que “a esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política” (HÄBERLE, 1997, p. 14). No Brasil, Paulo Bonavides (1993, p. 277) corrobora que “o espaço de permissão posto pelas leis não se traça sem a presença e a colaboração dos destinatários da norma, a saber, os governados”.

A constituição aberta possibilita não só uma atualização permanente de suas normas por meio da interpretação, mas também a democratização desse processo de atribuição de sentido aos preceitos constitucionais, em virtude do (potencial) envolvimento de todos os interessados. Dessa forma, sintetiza o autor Menelick de Carvalho Netto (2001, p. 20):

Os princípios estruturantes do constitucionalismo [...] é que podem garantir a exigência de que a Constituição se apresente como algo que pertença intersubjetivamente a todos os cidadãos, pois base dessa comunidade de homens livres e iguais que vivem sob a égide das leis que fizeram para autoregerem-se em sua vida em comum. Algo que não é possível de ser assenhorado, privatizado, por nenhum dos órgãos estatais, sob pena de se esvaír, de se esvaziar, de não ser nada a não ser a face mais visível da própria descrença nas instituições, da anomia.

3.2 Abertura e democracia em face do dirigismo constitucional

A constituição é concebida por Peter Häberle (1997) – em sua posição originária⁴ – como um processo público essencialmente aberto que admite a influência recíproca entre norma e realidade. Em sua “posicionalidade temporal”, o texto constitucional seria fragmentado, incompleto e carente de interpretação, tarefa a ser realizada pela *comunidade aberta de intérpretes*. A abertura supõe uma incompletude material intencional obtida por meio da estrutura ampla das normas constitucionais (e.g. cláusulas gerais e princípios) ou mesmo pela ausência de normatização constitucional em aspectos tais em que se prioriza a confrontação política e o processo democrático de tomada de decisão.

Nessa comunidade aberta de intérpretes, a constituição não se resume a um ato pontual voluntarístico do poder constituinte, até porque a pluralidade de interesses no seio de uma sociedade não se compadece com o recurso a uma vontade uniforme e homogênea expressa por um macro-sujeito (CANOTILHO, 2001, p. 90-93). O pluralismo, enquanto ponto de referência de uma constituição democrática, legitima um processo constituinte exercido de forma continuada e aberta às vozes dos múltiplos atores políticos e sociais.

À sua vez, o exercício democrático não se limita à escolha dos representantes do povo nem tem como *locus* exclusivo a esfera estatal, mas “se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana” (HÄBERLE, 1997, p. 36). Democracia e cidadania recebem novos contornos:

Se a democracia foi sintetizada anteriormente como a possibilidade de se enunciar direitos, numa perspectiva garantidora da constante atualização dos direitos humanos, a *cidadania*, agora na visão Arendtiana, deve ser

4 Como se verá adiante, Häberle reviu seu pressuposto procedimentalista no final da década de 90 com a publicação do livro *Teoria da Constituição como Ciência Cultural*.

celebrada, na perspectiva democrática, como o *direito a ter direitos*, máxima alcançada após detida preocupação com a questão dos apátridas, mas que acabou contribuindo para uma revisão político-jurídico-filosófica dos direitos humanos, bem como para o rompimento com a noção estrita de cidadania. (MOREIRA, 2008, p. 14)

Destacam-se, aqui, as propostas de democracia deliberativa que privilegiam a dimensão participativa e discursiva dos processos políticos decisórios. O espaço público é reabilitado em sua feição instituinte e criadora, e nele desenvolvem-se novas formas de participação na vida política, não restritas aos canais oficiais ou institucionalizados.

Mas essa democracia não pode conviver com uma cristalização das opções políticas efetuada pelo texto constitucional, refratária ao aparecimento de novas alternativas para o enfrentamento dos problemas e das demandas da sociedade (CONTINHO, 2005, p. 20). Contra isso, há que se fortalecer “uma autêntica democracia de escolhas de como queremos ser governados e não apenas de escolha de quem queremos que nos governe” (MOREIRA NETO, 1997, p. 195). No mesmo sentido:

O que realmente é problemático [...] é a pretensão de se projetar constitucionalmente um futuro determinado a partir de uma doutrina e torná-lo inalterável, excluindo-se, com isso, a possibilidade das outras doutrinas igualmente razoáveis serem realizados, não só no presente, mas também no futuro, os seus projetos mais fundamentais. (SOUZA NETO, 2003, p. 34)

A autovinculação prévia realizada pela constituição tornar-se-ia injustificável a partir do momento em que a imposição de decisões materiais às gerações futuras esbarrasse ou acabasse por usurpar seus Direitos Fundamentais à autolegislação e ao autogoverno (GALUPPO, 2002, p. 150), impossibilitando a autodeterminação política.

Para concluir este tópico, é importante estabelecer um diálogo entre as ideias defendidas por Gomes Canotilho e por Peter Häberle relativas ao papel da constituição e do jogo político-democrático, atentando em especial para os novos direcionamentos tomados pelos autores.

Inicialmente, Canotilho considerava que a concepção original de Häberle da constituição como processo público padecia de um *déficit* normativo ao privilegiar a direção fático-política pelo princípio democrático em detrimento da legitimidade material. Nesse ponto, ressaltava o risco de uma processualização unilateral recair num positivismo sociológico, uma vez que a historicidade, a abertura e o pluralismo da constituição enfatizariam o aspecto processual do texto à custa de sua substancial desmaterialização. Diante disso, e para não se tornar uma “constituição perdida

no pluralismo” (CANOTILHO, 2001, p. 98), Canotilho sugeriu o avanço da teoria da constituição aberta de Häberle para uma “teoria material temporalmente adequada” (CANOTILHO, 2001, p. 148).

Mas os dois autores acabaram revendo em alguma medida o entendimento que professavam. Peter Häberle, por um lado, sem renunciar à abertura e ao pluralismo como aspectos nucleares de seu pensamento, passou a destacar “a contextualização cultural de toda constituição concreta e a existência de elementos materiais irrenunciáveis” (PEREIRA, 2008, p. 102). Trata-se de uma compreensão mista da constituição que, ao mesmo tempo, se preserva aberta e resguarda os valores fundamentais integrantes da cultura política do povo. O trecho a seguir sintetiza de modo elucidativo essa compreensão:

A constituição não é apenas um texto jurídico ou um conjunto de regras normativas, mas também expressão de um estado de desenvolvimento cultural, meio da auto-representação cultural de um povo, espelho da sua herança cultural e fundamento de novas esperanças. Constituições vivas são uma obra de todos os intérpretes da constituição da sociedade aberta, são, na forma e no conteúdo, muito mais expressão e veiculação de cultura, moldura para a (re)produção e recepção e memória de informações, experiências, vivências e mesmo sabedorias culturais transmitidas pela tradição. (HÄBERLE, 2008, p. 95)

Canotilho (2005), à sua vez, reposicionou-se com relação a alguns aspectos e premissas da teoria da constituição dirigente, dando origem à segunda fase do dirigismo constitucional ou ao que alguns vieram a chamar de “Canotilho II”. Um dos pilares da nova orientação do autor consiste na intensificação da participação democrática, mormente nas políticas públicas de implementação dos Direitos Fundamentais.

A viragem no pensamento do autor anunciou uma ampla e expressiva valorização de “algumas formas de democracia participativa, de iniciativa popular, que podem dinamizar ideias importantes para a realização da própria ideia constitucional” (COUTINHO, 2005, p. 19). Nada obstante, Canotilho não se curvou a uma concepção processual de constituição, pois continua a defender “a Constituição como lei-quadro fundamental condensadora de premissas materialmente políticas, económicas e sociais” (CANOTILHO, 2008, p. 35):

Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional. Contra os que ergueram as normas programáticas a “linha de caminho de ferro” neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas

materiais fundantes das *políticas públicas* num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticas e sociais.

O reposicionamento de Canotilho situa-se sob a égide do constitucionalismo moralmente reflexivo, inicialmente concebido por Ulrich K. Preuss (1995, p. 114-115) com o escopo de resgatar a dimensão moral da liberdade e do progresso para preservar as democracias constitucionais contra o potencial autodestrutivo do capitalismo de mercado. Como o emprego de racionalidades puramente científicas não é capaz de responder adequadamente aos graves e complexos problemas das sociedades atuais, torna-se necessário reabilitar uma abordagem ética ou moral (PREUSS, 1995, p. 115-116).

Na perspectiva de Canotilho, o constitucionalismo moralmente reflexivo significa que o texto constitucional “tem que continuar a fornecer as *exigências constitucionais mínimas*” (CANOTILHO, 2001, p. XXI). Ou seja, cabe ainda à constituição fixar as dimensões materiais que se devam concretizar no Estado e na sociedade (COUTINHO, 2005, p. 24), buscando completar o projeto da modernidade nas condições complexas da pós-modernidade (CANOTILHO, 2001, p. XXII). Não se dispensa a legitimidade material e moral da constituição, impedindo uma “deslegitimação ética” ou uma “desestruturação moral” do texto a partir da desregulação e da flexibilização do seu conteúdo.

A partir desse paralelo, observa-se uma aproximação entre o pensamento dos dois juristas, que permite vislumbrar uma relação dialética entre o projeto da constituição e a abertura à democracia: somente aberto às gerações futuras esse projeto tem condições de se realizar, e somente apoiada em bases sólidas essa abertura é capaz de se orientar.

4 Conclusão

Debateu-se por muito tempo se constitucionalismo e democracia seriam ideias afastadas entre si ou até consideradas mutuamente excludentes. Afastadas porque, enquanto a constituição se ocuparia da proteção da vida privada e dos direitos individuais, à democracia caberia guardar a vida pública, o espaço coletivo e as liberdades políticas. Mutuamente excludentes porque a constituição seria vista como antidemocrática, na medida em que consagrava decisões preestabelecidas, suprimindo-as da apreciação do povo no exercício democrático e limitando a soberania popular.

No entanto, esse argumento não se sustenta, seja porque a constituição é dotada de supremacia, uma vez que exprime a vontade soberana do povo manifestada através

do poder constituinte, seja porque encerra um núcleo material inviolável pelo princípio majoritário, ou porque a própria democracia não se reduz à regra da maioria e depende, acima de tudo, do respeito aos Direitos das minorias.

No percurso do pensamento jurídico-político, dissolveu-se a suposta oposição entre constitucionalismo e democracia para estabelecer entre eles uma relação de co-implicação lógica. Aqui reside o ponto chave que informa a conclusão do trabalho: constitucionalidade e democracia são construções que se reforçam reciprocamente.

Como decorrência, pode-se dizer que já não existem Estados constitucionais que não sejam democráticos, nem Estados democráticos que não sejam constitucionais. Ou seja, “toda ordem constitucional só adquire sua legitimidade se democraticamente orientada e todo sistema político democrático só assegura os pressupostos fenomenológicos de sua existência se for constitucionalmente estruturado” (PEREIRA, 2008, p. 75).

Assim, a constituição deve ser instrumento de realização democrática, fixando os limites da vontade da maioria, as condições da deliberação pública, seus parâmetros materiais e suas finalidades. À sua vez, a democracia se apresenta como dado legitimador e dinamizador da constitucionalidade, permitindo o exercício da autodeterminação do povo, uma vez que o projeto constituinte se abre para o futuro e se coloca em um processo de constante construção. A constituição visa ao aprofundamento democrático e não quer, sob nenhuma hipótese, suprimir o direito do povo de deliberar sobre seu próprio destino. Por outro lado, a democracia não se debilita pela existência de princípios e projetos que, antes, servem-lhe de sustentação e de estabilidade.

A proposta do constitucionalismo moralmente reflexivo faz uma advertência contra um modelo de desenvolvimento desprovido de qualquer eticidade substancial e sujeito a engenharias autodestrutivas. Por isso é que, nessa proposta, a constituição presta-se a garantir a sensibilidade do Direito e da Política a questões éticas e morais, sem perder de vista a importância dos processos de adequação e a crítica dos comandos constitucionais.

Ganha força, ao mesmo tempo, a ideia da constituição como reflexo do estágio de desenvolvimento cultural de uma sociedade. O diploma constitucional guarda a identidade de um povo, mas nunca de forma pronta e acabada, tendo em vista que esta identidade está sempre em formação. Assim, as novas gerações estarão simultaneamente construindo e realizando o projeto previsto na constituição, e a constituição estará simultaneamente refletindo e constituindo a sociedade.

Por fim, o desenvolvimento de uma sociedade em suas várias dimensões – social, política, econômica, cultural, científica, pessoal – deve se pautar na realização dos Direitos Fundamentais e ser teleologicamente orientado por princípios materiais.

Entretanto, deve também ser promovido por meio de processos democráticos de tomada de decisão que envolvem o debate público, a deliberação e a participação dos atores comprometidos com a implementação desse projeto de sociedade que tanto assenta suas bases na constituição como se abre ao exercício da autodeterminação política.

5 Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. São Paulo: Ed. Saraiva, 1996.

BERCOVICI, Gilberto. "A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição". In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martonio Mont'Alverne B. (Org.). **Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

_____. A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 36, n. 142, abr./jun. de 1999, p. 35-51.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **"Brançosos" e a Interconstitucionalidade: Itinerários dos discursos sobre a Historicidade Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. **Revista Fórum Administrativo**. Belo Horizonte, n. 1, mar. 2001, p. 11-20

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos de Filosofia Constitucional Contemporânea**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)Constitucionalismo: un análisis metateórico. **ISONOMÍA Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**. n. 16, abr. 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Canotilho e a Constituição Dirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GALUPPO, Marcelo. **Igualdade e Diferença**: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GRAU, Eros Roberto. Resenha do Prefácio da 2ª edição. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

HÄBERLE, Peter. Constituição “a partir da cultura” e Constituição “enquanto cultura”: um projeto científico para o Brasil. In: SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de; TEIXEIRA, Bruno Costa; MIGUEL; Paula Castello (Coord.). **Uma Homenagem aos 20 Anos da Constituição Brasileira**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 79-108.

_____. **Hermenêutica Constitucional**: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição – Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MCBAIN, Howard Lee. **The living constitution**: a consideration of the realities and legends of our fundamental law. New York: Macmillan, 1948.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. Constituição e Inconstitucionalidade. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MOREIRA, Nelson Camatta. Dignidade Humana na Constituição Dirigente de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, n. 12, dez./jan./fev., 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Desafios Institucionais Brasileiros. In: MARTINS, Ives Gandra (Org.). **Desafios do Século XXI**. São Paulo: Pioneira, 1997.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho de direito constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito Constitucional Democrático**: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

PREUSS, Ulrich K. **Constitutional Revolution**: the link between constitutionalism and progress. Trad. Deborah Lucas Schneider. New Jersey: Humanities Press, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martonio Mont'Alverne B. (Org.). **Teoria da Constituição**: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

A possibilidade do cancelamento administrativo de registros de imóveis e o combate à grilagem

JOÃO DANIEL MACEDO SÁ

Doutorando e Mestre em Direitos Humanos (UFPA).
Professor (Estácio FAP). Advogado.

Artigo recebido em 06/12/2011 e aprovado em 13/09/2012.

SUMÁRIO: 1 Introdução • 2 O cancelamento administrativo como forma de combate à grilagem e o papel do CNJ • 3 A evolução do registro de imóveis no Brasil e o contexto da edição da Lei nº 6.739, de 1979 • 4 Posicionamento contrário ao cancelamento administrativo • 5 Posicionamento favorável • 6 Cancelamento administrativo, devido processo legal e contraditório • 7 Conclusão • 8 Referências.

RESUMO: A jurisprudência brasileira tem se manifestado contrariamente à possibilidade de cancelamento administrativo de registros de imóveis em decorrência da nulidade dos títulos que deram causa à abertura dos registros. No entanto, em recente decisão, o Conselho Nacional de Justiça firmou entendimento diverso, no sentido de que é possível sim realizar o cancelamento administrativo de registros de imóveis rurais quando a nulidade do registro decorrer de vício de origem, impediendo a aquisição regular do domínio. Considerando a existência de mandado de segurança contra a decisão do Conselho Nacional de Justiça, ainda pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal, este trabalho tece considerações a respeito do tema e conclui pela possibilidade do cancelamento ser realizado pela via administrativa.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade rural • Direito Registral • Grilagem de terras públicas • Cancelamento administrativo de registros de imóveis • Conselho Nacional de Justiça.

The possibility of administrative cancellation of land registries and the fight against public lands illegal occupation

CONTENTS: *1 Introduction • 2 Administrative cancellation as a means of combating public lands illegal occupation and the importance of CNJ • 3 The evolution of land registries in Brazil and the edition of Law No 6739, from 1979 • 4 Opposite position to administrative cancellation • 5 Favorable position • 6 Administrative cancellation, due process of law and the adversarial principle • 7 Conclusion • 8 References.*

ABSTRACT: Brazilian courts previous judgments have ruled contrary to the possibility of land registries administrative cancellations resulting from titles that had no legal value. However, recently the National Council of Justice decided that the administrative cancellation of rural land registries is possible when the validity of the registry is so intrinsically flawed that makes impossible the regular acquisition of property rights. Considering that there is a writ of mandamus pending trial before the Supreme Court, this paper present some comments about the subject and concludes that the administrative cancellation of rural land registries is possible.

KEYWORDS: Rural property • Real Estate Law • Illegal occupation of public land • Land registries administrative cancellations • National Council of Justice.

La posibilidad de la cancelación de los registros administrativos de la propiedad y la lucha contra el acaparamiento

CONTENIDO: *1 Introducción · 2 La cancelación administrativa como una forma de luchar tierra arriba y el papel de la CNJ · 3. La evolución de los registros inmobiliarios en Brasil y el contexto de la publicación de la Ley nº 6.736/79 · 4 Posicionamiento contra la cancelación administrativa · 5 Posicionamiento favorable · 6. Cancelacion administrativa, debido proceso de ley y el contradictorio · 7 Conclusión · 8 Referencias.*

RESUMEN: La jurisprudencia brasileña se ha manifestado en contra la posibilidad de la cancelación de los registros administrativos de las propiedades debido a la nulidad de los títulos que dieron lugar a la apertura de los registros. Sin embargo, en una decisión reciente del Consejo Nacional de Justicia se ha establecido un entendimiento distinto, en el sentido de que es posible lograr la cancelación de los registros administrativos de las propiedades rurales, cuando la invalidez del registro transcurrir de nulidad de origen que impida la adquisición de dominio regular. Teniendo en cuenta la existencia de una orden judicial contra la decisión del Consejo Nacional de Justicia, que se encuentra pendiente de decisión por el Corte Suprema, este artículo presenta consideraciones sobre el tema y concluye que es posible la cancelación de los registros administrativos por vía administrativa.

PALABRAS-CLAVE: Propiedad rural · Derecho Registral · La ocupación ilegal de terrenos públicos · Cancelación de registros administrativos · Conselho Nacional de Justiça.

1 Introdução

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é um órgão do Poder Judiciário com sede em Brasília/DF, e atuação em todo o território nacional, que foi criado em 31 de dezembro de 2004, a partir da Emenda Constitucional nº 45 (BRASIL, 2004), e cuja implantação só ocorreu em 14 de junho de 2005.

O CNJ foi instituído em obediência à Constituição Federal. Nos termos do § 4º do art. 103-B (BRASIL, 1988), tem o papel de zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo, para tanto, expedir atos regulamentares no âmbito de sua competência e recomendar providências visando garantir o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

É diante desse recorte histórico e jurídico que o presente artigo está estruturado, pois, conforme será analisado em seguida, em 2010, atendendo a um Pedido de Providências, o CNJ determinou ao Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJE/PA) que realizasse, ou melhor, que autorizasse a realização, do cancelamento administrativo de matrículas irregularmente constituídas nos registros de imóveis de todo o Estado do Pará.

Nesse sentido, considerando que recentemente o cumprimento da decisão do CNJ foi liminarmente suspenso pelo Supremo Tribunal Federal (STF) até decisão final, este trabalho discute a possibilidade da realização de cancelamento administrativo de registros de imóveis em decorrência da nulidade dos títulos que deram causa a abertura dos registros.

Inicia-se com um breve histórico acerca do problema e das ações até então efetivadas pelo Estado do Pará no combate à grilagem¹, situando a questão no quadro das medidas adotadas pelo CNJ e a recente decisão proferida pelo STF - Mandado de Segurança nº 29.312, de 2011 (BRASIL, 2011) - que liminarmente suspendeu, apenas para os impetrantes, os efeitos dessas medidas.

Em seguida, analisa-se a evolução legislativa do Direito Registral brasileiro, e trata-se, em especial, da atual Lei de Registros Públicos, a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (BRASIL). Posteriormente, são comparados os dois posicionamentos existentes para determinar se o registro do imóvel pode ser cancelado pela via administrativa quando for constatado vício de origem impediendo da aquisição regular do domínio.

1 O termo grilagem é utilizado neste trabalho no sentido de indicar o processo de apropriação privada irregular ou ilegal de terras públicas, tanto pela utilização de documentos falsos, como por irregularidades no processo de titulação (BRASIL, 2006, p. 11).

No presente artigo, conclui-se que o CNJ, em razão do seu papel constitucional, e a partir da aplicação dos mandamentos contidos na Lei nº 6.739 (BRASIL, 1979), passou a defender a possibilidade de cancelamento administrativo quando a nulidade do registro decorrer do título. Privilegiou o princípio da supremacia do interesse público, mas sua tese ainda terá de passar pelo crivo do STF.

2 O cancelamento administrativo como forma de combate à grilagem e o papel do CNJ

Não é de hoje que enfrentamos o problema da ocupação irregular e fraudulenta de terras públicas na região amazônica. Estudos realizados na década de 1990, pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário, apontaram mais de cem milhões de hectares de terras griladas no Brasil, dos quais trinta milhões de hectares estão localizados no Estado do Pará (BRASIL, 1999, p. 14).

No Pará, a grilagem é um dos principais vetores do desflorestamento e causa de conflitos fundiários, já que as transações imobiliárias no mercado rural acontecem independentemente da observância das normas relativas à legislação civil, ambiental e agrária, impossibilitando a responsabilização dos envolvidos.

A partir do final da década de 1990, o Instituto de Terras do Pará (ITERPA) e a Procuradoria-Geral do Estado do Pará (PGE/PA), com o objetivo de combater a grilagem de terras públicas, ajuizaram, sem sucesso, diversas ações de cancelamento de registros irregulares.

Entre 2005 e 2006, provocada, a Corregedoria de Justiça das Comarcas do Interior do Tribunal de Justiça do Estado do Pará realizou várias correções especiais nos Cartórios de Registros de Imóveis, tendo constatado que vários municípios possuíam áreas registradas que superavam, em algumas vezes, a sua superfície territorial no Estado do Pará.

Considerando que as medidas adotadas se mostravam insuficientes para o combate da grilagem no Estado, o TJE/PA editou, em 21 de junho de 2006, o Provimento nº 013/2006 - C/CI, no qual determinou o bloqueio de todos os registros de imóveis rurais realizados: a) no período de 16 de julho de 1934 a 8 de novembro de 1964, com área superior a 10 mil hectares; b) os registros editados no período de 9 de novembro de 1964 a 4 de outubro de 1988, com área superior a 3 mil hectares; e c) os registros lançados a partir de 5 de outubro de 1988, com área superior a 2,5 mil hectares (BRASIL, 2006).

Com os bloqueios realizados para enfrentar o problema, foi constituída pelo TJE/PA uma Comissão Permanente de Monitoramento, Estudo e Assessoramento das

Questões Ligadas à Grilagem, a qual passou a discutir, a partir de seus membros, a possibilidade de realização de cancelamento administrativo de matrículas irregulares. Como o TJE/PA manifestou-se de forma contrária a essa possibilidade, a questão foi levada ao CNJ a partir de um Pedido de Providências (Pedido nº 0001943-67.2009.2.00.0000). Assinaram o Pedido de Providências, respectivamente, o Estado do Pará, o ITERPA, o Ministério Público Federal (MPF), o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), a Advocacia Geral da União (AGU), a Federação dos Trabalhadores da Agricultura (FETAGRI) e a Comissão Pastoral da Terra (CPT).

Analisando o pedido, em 16 de agosto de 2010, o CNJ, por meio do Corregedor Nacional de Justiça, então Ministro Gilson Dipp, decidiu pelo cancelamento de:

[...] todos os registros, com as averbações necessárias em todos os atos e transferências subsequentes encerrando-se a matrícula respectiva, nos Cartórios de Registros de Imóveis do interior do estado do Pará de sua situação, referentes aos imóveis rurais atribuídos a particulares pessoas físicas ou jurídicas e originariamente desmembrados do patrimônio público estadual por ato da Administração que configure concessão, cessão, legitimação, usucapião, compra e venda ou qualquer tipo de alienação onerosa ou não, e que, sem autorização do Senado ou do Congresso:

- tenham sido lançados, no período de 16 de julho de 1934 a 8 de novembro de 1964, com área superior a 10.000 (dez mil) hectares;
- tenham sido lançados, no período de 9 de novembro de 1964 a 4 de outubro de 1988, com área superior a 3.000 (três mil) hectares;
- tenham sido lançados, a partir de 5 de outubro de 1988, com área superior a 2.500 (dois mil e quinhentos) hectares. (BRASIL, 2010a)

Em sua decisão, o Ministro Gilson Dipp determinou ainda que a Corregedoria de Justiça das Comarcas do Interior editasse os atos necessários para o cumprimento da decisão, com a averbação do cancelamento nos registros correspondentes aos títulos antes já bloqueados, e em todos os atos e transferências subsequentes, encerrando-se as matrículas respectivas e comunicando-se o ato às instituições de crédito oficiais, ao Tribunal de Contas do Estado (TCE), aos órgãos de administração fundiária e ao Ministério Público.

Para dar cumprimento à decisão do CNJ, a Corregedoria de Justiça das Comarcas do Interior editou o Provimento nº 002/2010-CJCI (BRASIL), em 23 de agosto de 2010, sem, no entanto, especificar os procedimentos a serem adotados e de que forma os cancelamentos deveriam ser realizados.

Em 22 de setembro de 2010, a Corregedora Nacional de Justiça, Ministra Eliana Calmon, ante o decurso do prazo previsto na decisão de 16 de agosto de 2010, determinou, entre outras medidas, que:

Em 30 dias, a Corregedoria de Justiça das Comarcas do Interior baixe o ato necessário para que os cartórios de registro de imóveis que efetuarem cancelamento de matrículas, registros ou averbações remetam via carta postal com Aviso de Recebimento, notificação pessoal comunicando o cancelamento à pessoa cujo nome constava na matrícula, no registro ou na averbação cancelados, bem como a eventual titular de direito real, inscrito, averbado ou registrado, do imóvel vinculado ao registro, averbação ou matrícula cancelada. (BRASIL, 2010b)

Essa determinação foi estendida inclusive às matrículas que não estavam bloqueadas, mas que ainda estariam abrangidas pela decisão do CNJ e que, portanto, deveriam ser canceladas.

Em 2011, em decorrência da propositura de um mandado de segurança coletivo (Mandado de Segurança nº 29.312), o STF liminarmente suspendeu, apenas para os impetrantes, os efeitos da decisão proferida em 16 de agosto de 2010 pela Corregedoria Nacional de Justiça nos autos do Pedido de Providências nº 0001943-67.2009.2.00.0000, até o julgamento do mérito (BRASIL, 2011b).

Feitas essas primeiras considerações, cabe ressaltar que o que se discute no presente artigo não é a regularidade ou não dos atos constitutivos de direitos reais que fundamentam a abertura de matrícula no registro de imóveis. O que se analisa é se, identificado vício de origem impediante da aquisição regular do domínio, pode esse registro ser cancelado pela via administrativa.

3 A evolução do registro de imóveis no Brasil e o contexto da edição da Lei nº 6.739, de 1979

Há espécies de atos e fatos jurídicos que, por exigência da lei, devem ser conhecidas por todos ou, pelos menos, conhecíveis. Os atos e fatos alusivos à propriedade imóvel incluem-se nesse rol. (CENEVIVA, 1988, p. 27)

A criação de um sistema de registro de imóveis no Brasil está ligada originalmente à necessidade de proteção do crédito, cujas bases remontam ao registro de hipotecas, criado em 1843, para possibilitar a concessão de crédito utilizando a terra como garantia, pois a economia do país estava baseada, sobretudo, na agricultura, como afirma Carvalho (1976, p. 14). A partir dos escritos de Nussbaum:

Tanto mais facilmente se compreende que assim haja acontecido quanto o mesmo ocorrera na Alemanha, onde alguns Estados começaram por adotar apenas o registro hipotecário, a fim de grangear confiança dos capitalistas em benefício da agricultura, sendo esse registro o precedente histórico do modelar Registro de Imóveis daquele país. Dessa maneira, o aparelho registral, de começo, não se punha a serviço do negócio principal, vale dizer, da transmissão do domínio, nem tampouco da constituição das servidões prediais, mas servia tão-só para a constituição de direitos hipotecários.

Segundo Martin Wolf (*apud* BALBINO FILHO, 2001, p. 44), o registro imobiliário moderno teve sua origem no Direito Medieval Alemão, com forte influência do Direito Romano, mas em decorrência do testemunho judicial germânico, no qual se embasava a fé pública do registro.

No Brasil, foi somente a partir da Lei Imperial nº 1.237, de 24 de setembro 1864, que criou o chamado registro geral, que se passou a tratar de todos os direitos reais imobiliários, atingindo também a transmissão da propriedade, conforme estabelecia o art. 7º e parágrafos (BRASIL). O registro geral possibilitava recolher os títulos de transmissão de imóveis entre vivos e os títulos de constituição de ônus reais, de forma que a tradição foi substituída pela transcrição como modo de transferência da propriedade (CARVALHO, 1976, p. 15).

Segundo a Lei nº 1.237, de 1864 (art. 8º), a transmissão só operava seus efeitos em relação a terceiros a partir da transcrição, e desde a sua data, não induzindo prova de domínio (BRASIL).

Conforme aponta Waldemar Loureiro (*apud* BALBINO FILHO, 2008, p. 31), no entanto, a Lei nº 1.237, de 1864 não incorporou integralmente o princípio da publicidade, pois excluiu da obrigatoriedade do registro as transmissões *causa mortis* e manteve as hipotecas gerais e ocultas, de modo que foi somente a partir do Decreto nº 3.272, de 5 de outubro de 1885, que se tornou obrigatória a inscrição de todas as hipotecas legais:

Art. 7º As hypothecas legais de toda e qualquer especie em nenhum caso valerão contra terceiros, sem a indispensavel formalidade da inscripção, ficando designado o prazo de um anno, da presente Lei, para a inscripção daquellas a que se refere o art. 123 do Regulamento n. 3453 de 26 de Abril de 1865, e que, anteriormente constituidas, não tenham ainda sido inscriptas. (BRASIL, 1885)

Com o Código Civil de 1916, o registro geral foi incorporado ao registro de imóveis, que passou a prever a obrigatoriedade do registro para transmissões *causa mortis* e para atos judiciais, dispondo ainda de um capítulo sobre as hipotecas (BRASIL).

O Decreto nº 4.827, de 07 de fevereiro de 1924, reorganizou os registros públicos previstos no Código Civil de 1916 e acrescentou a figura da inscrição preventiva, para informar terceiros da pendência de obrigações ou dos riscos sobre os imóveis (CARVALHO, 1976, p. 18):

Art. 5º No registro de imóveis far-se-ha:

a) a inscrição:

I - do instrumento publico da instituição do bem de família (Código Civil, art. 73);

II - do instrumento publico das convenções ante-nupciaes (Código Civil, art. 261);

III - do descobrimento de minas (decreto n. 4.265, de 15 de janeiro de 1921, art. 12 e paragrapho unico);

IV - da hypotheca maritima (Codigo Civil, art. 810, numero VII);

V - das hypothecas legaes ou convencionaes (Codigo Civil, arts. 831 e 852);

VI - dos empréstimos por obrigações ao portador (lei numero 177 A, de 1893);

VII - das penhoras, arrestos e sequestros de imóveis; VIII, das citações de acções reaes ou pessoas reipersecutorias, relativas a imóveis. (BRASIL, 1924)

Com a edição da Lei nº 6.015, de 1973, que dispôs sobre os registros públicos no que concerne ao registro de imóveis, foi instituído o sistema do fôlio real, criando assim a figura da matrícula de imóvel, de modo que o registro passou a apoiar-se diretamente sobre o imóvel, e a retratar as relações jurídicas que sobre o mesmo possam recair (BRASIL). Segundo Balbino Filho (2001, p. 44), o sistema do fôlio real:

[...] pressupõe o ordenamento por imóveis, quer seja dos títulos ou dos direitos reais que sobre eles recaem. O registro tem como suporte físico, material, o imóvel: a cada um deles se abre o que se poderia chamar uma conta, na qual se lançam todas as vicissitudes jurídicas que passa a sofrer².

O sistema do registro de imóveis é composto por livros imobiliários, nos quais deve figurar toda vida jurídica do imóvel, e que, segundo Serpa Lopes (1997, p. 287):

[...] constituem, então, o próprio organismo do instituto, sua realização viva, representando, assim, para o direito de propriedade imobiliária bem como para os respectivos direitos reais limitados, o mesmo papel que, para o direito cambial, significa o corpo de uma letra de câmbio ou de uma nota promissória.

2 O sistema do fôlio real difere, nesse sentido, do sistema do fôlio pessoal, pois no segundo mantém-se o ordenamento dos livros não por imóveis, mas por ordem de recepção dos documentos, ou pelas pessoas dos proprietários.

Assim, os lançamentos registrais são extraídos diretamente dos títulos ou dos documentos apresentados, ficando os atos registrais de cada imóvel centralizados, com todos os assentos consecutivamente consignados após a abertura da matrícula (BALBINO FILHO, 2001, p. 50).

A partir da sistemática criada pela Lei nº 6.015, de 1973, cada matrícula representa a abertura de um fôlio real, que recebe um número de ordem, para possibilitar a identificação do imóvel que será determinado com precisão. A inscrição, ou lançamento registral, compreende o registro propriamente dito, destinado a promover a transmissão ou a oneração do imóvel, sendo a averbação utilizada para evidenciar todas as modificações inerentes ao imóvel e aos seus sucessivos titulares (BALBINO FILHO, 2001, p. 52).

Segundo o art. 214 da Lei nº 6.015, de 1973, as nulidades de pleno direito do registro, uma vez provadas, invalidam-no, independentemente de ação direta. A Lei nº 6.015, de 1973, prevê, ainda, no art. 233, três hipóteses que, combinadas às do art. 250, determinam o cancelamento que, segundo Ceneviva (1988, p. 143), é espécie do gênero averbação:

Art. 233 - A matrícula será cancelada:

I - por decisão judicial;

II - quando em virtude de alienação parciais, o imóvel for inteiramente transferido a outros proprietários;

III - pela fusão, nos termos do artigo seguinte.

Art. 250 - Far-se-á o cancelamento:

I - em cumprimento de decisão judicial transitada em julgado;

II - a requerimento unânime das partes que tenham participado do ato registrado, se capazes, com as firmas reconhecidas por tabelião;

III - A requerimento do interessado, instruído com documento hábil.

IV - a requerimento da Fazenda Pública, instruído com certidão de conclusão de processo administrativo que declarou, na forma da lei, a rescisão do título de domínio ou de concessão de direito real de uso de imóvel rural, expedido para fins de regularização fundiária, e a reversão do imóvel ao patrimônio público. (BRASIL, 1973)

A Lei nº 6.739, de 05 de dezembro de 1979, que trata sobre a matrícula e o registro de imóveis rurais, acrescentou mais uma hipótese de cancelamento (art. 1º), possibilitando que as pessoas jurídicas de direito público pudessem requerer ao Corregedor-Geral da Justiça o cancelamento de matrícula e de registro de imóveis rurais vinculados a títulos nulos de pleno direito, ou feitos em desacordo com a Lei nº 6.015, de 1973 (BRASIL).

Essa modificação parcial do procedimento de cancelamento decorreu da necessidade de propiciar ao Poder Público meios eficientes para combater as graves consequências decorrentes de irregularidades e das ilegalidades relativas ao registro e à matrícula de terras pertencentes à União e a alguns Estados, como a prática de grilagem e a venda para terceiros, as quais estavam gerando insegurança nos negócios jurídicos. Nesse sentido, veja-se a Representação de Inconstitucionalidade nº 1.078-8-DF, julgada pelo STF em 23 de março de 1983 (BRASIL).

A Lei nº 10.267, de 28 de agosto de 2001, posteriormente acrescentou os arts. 8º-A, 8º-B e 8º-C à Lei nº 6.739, de 1979, considerando que a legislação até então vigente não foi suficiente à condução das soluções vislumbradas (BRASIL).

Como foi abordado no tópico anterior, o CNJ, analisando a situação dos Cartórios no Estado do Pará, e com base no ordenamento legal acima apresentado, adotou a tese da possibilidade de cancelamento administrativo em decorrência da nulidade dos títulos que deram causa a abertura dos registros.

Feitas essas considerações, passamos a analisar os dois posicionamentos existentes sobre a possibilidade de cancelamento administrativo de registros de imóveis em decorrência de vícios de origem impeditores da aquisição regular do domínio.

4 Posicionamento contrário ao cancelamento administrativo

Como ressaltado anteriormente, a questão é que o CNJ se baseou na suposta nulidade dos títulos causais dos registros em questão e, segundo o posicionamento contrário, o cancelamento de registros imobiliários pela via administrativa somente é possível quando se fundar em vícios intrínsecos aos próprios registros.

O parecer da Corregedoria de Justiça das Comarcas do Interior³ sobre o pedido de revisão formulado pela Comissão Permanente de Monitoramento, Estudo e Assessoramento das Questões Ligadas à Grilagem, em razão do posicionamento do Conselho da Magistratura sobre a questão, entendeu que o art. 214 “somente se aplica quando se tratar de nulidades no mecanismo do registro, mas não quando digam respeito a defeitos em relação ao título em si”. Segundo esse posicionamento, se a nulidade não deriva do processo de registro, mas sim do título que lhe deu causa, não cabe a aplicação do art. 214 da Lei nº 6.015, de 1973 (BRASIL).

3 O parecer está disponível nos autos do Processo nº 2008700667-6, cuja cópia pode ser obtida na Corregedoria de Justiça das Comarcas do Interior, do Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Requerente: Comissão Permanente de Monitoramento, Estudo e Assessoramento das Questões Ligadas à Grilagem. Assunto: Cancelamento administrativo de matrículas bloqueadas.

A Corregedoria entendeu, ainda, que o art. 1º da Lei nº 6.739, de 1979, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, por colidir com os princípios do contraditório e da ampla defesa e que, com o advento do art. 1.245, § 2º do Código Civil de 2002 (BRASIL), a decretação de invalidade do registro e o respectivo cancelamento só poderiam ser realizados por meio de ação própria:

Com isso, mesmo abstraindo-se a discussão sobre a abrangência das hipóteses do art. 214, caput da Lei nº 6.015/73 ou a recepção ou não pela atual ordem Constitucional do art. 1º Lei nº 6.739/79, o pedido de cancelamento pela via administrativa por defeito no título não pode ser procedida por esbarrar na vedação contida no § 2º, do art. 1245 do atual Código Civil, que prevê que, somente por ação própria, pode haver a decretação de invalidade do registro.⁴

O art. 1.245, § 2º, do Código Civil de 2002, estabelece que “enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel” (BRASIL).

Desse modo, segundo esse entendimento, o cancelamento administrativo de matrículas até pode ser realizado administrativamente, mas não quando se tratar de declaração de nulidade decorrente de vício de origem impediante da aquisição regular do domínio, situação que sempre deverá ser precedida de decisão judicial transitada em julgado. O posicionamento da doutrina e da jurisprudência pátrias, em geral, caminha nesse sentido:

- 1) Registro de imóveis. Cancelamento fundado em falsidade do título que lhe deu origem. Inidoneidade da via administrativa, devendo a questão ser resolvida em via contenciosa.
- 2) Apelação, seu julgamento deve ater-se aos limites da matéria devolvida ao conhecimento do Tribunal de segundo grau. Inadmissibilidade de cassação, relativamente a quem aquiesceu ao pedido e não apelou da sentença de primeira Instância.
- 3) Recurso extraordinário parcialmente conhecido e provido. (BRASIL, 1980)

Entretanto, não identificamos nenhuma decisão que explicitamente afastasse a aplicação da Lei nº 6.739, de 1979, que dispõe apenas sobre a matrícula e o registro de imóveis rurais.

4 O parecer está disponível nos autos do Processo nº 2008700667-6, cuja cópia pode ser obtida na Corregedoria de Justiça das Comarcas do Interior, do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

5 Posicionamento favorável ao cancelamento administrativo

A Lei nº 6.015, de 1973 (BRASIL), estabelece que serão realizados no Registro de Imóveis o registro e a averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintivos de direitos reais, *inter vivos* ou *mortis causa*, quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade (art. 172).

Ocorre que o Código Civil de 2002 (BRASIL), como ressaltado anteriormente, disciplina que se transfere entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis (art. 1.245), e que, enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel (art. 1.245, § 2º).

O princípio insculpido no art. 1.245 do Código Civil é o de que a transcrição no registro é meio para aquisição do domínio, desde que fundada em título válido.

O registro serve para dar segurança ao titular do *jus in re*, promovendo a publicidade e a informação para conhecimento de terceiros, mantendo a filiação legítima do título aquisitivo, a sua identidade física para fins de reconhecimento de direito, inclusive para averbação dos possíveis ônus reais e demais circunstâncias. (BORGES, 2007, p. 64)

Desse modo, se o objetivo da Lei nº 6.739, de 1979, é o cancelamento em decorrência da inexistência de título idôneo, não há que se falar em prejuízo de direitos adquiridos ou da existência de atos jurídicos perfeitos. Nesse sentido, é necessário que haja prova inequívoca.

Na mesma acepção, segundo a decisão do CNJ, os arts. 214 e 216 da Lei nº 6.015, de 1973, contemplariam tanto as medidas judiciais quanto as administrativas para o cancelamento de registros, mesmo com a superveniência do Código Civil de 2002 (art. 1.245, §2º), já que a lei de registros é lei especial (cf. art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, BRASIL).

Observamos ainda que, no caso do RE nº 90530-8/RJ (BRASIL, 1980), citado no tópico anterior, não foi analisada a aplicação da Lei nº 6.739, de 1979, que é lei especial e anterior ao julgado, pois não se tratava de imóvel rural, e como ressaltado pelo CNJ (BRASIL, 2010a), referida lei é aplicável em detrimento do Código Civil de 2002, por conta do que dispõe o art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942).

A própria decisão do CNJ reconhece que:

[...] a doutrina, e majoritariamente a jurisprudência, vêm assentando a viabilidade do cancelamento administrativo de registros de imóveis reservando-o, porém, a casos de irregularidade de forma do registro; para a sanatória da nulidade (dita plena) dos registros, quando a causa é a dos títulos, caberia apenas a ação judicial. (BRASIL, 2010a)

Nesse mérito, o CNJ, ao tratar da matéria, não analisou a validade das transações que originaram a abertura dos registros, nem a forma como ocorreram – ou teriam ocorrido – as irregularidades nas titulações. A análise do CNJ partiu do pressuposto de que há uma concordância de que os atos praticados pelos registradores estariam em desacordo com a legislação federal e estadual.

O posicionamento favorável defende que o ato de registro é um ato administrativo e que o seu cancelamento somente afeta as matrículas imobiliárias e não os títulos de terras que lhes deram origem. Segundo Rocha *et al* (2010, p. 384):

Uma vez configurado o ato de registro como sendo ato jurídico administrativo, a ele aderem todos os atributos e consequências jurídicas desta espécie de atos jurídicos, tais quais os da presunção de legalidade e veracidade da declaração, o da imperatividade, e o da possibilidade de ser anulado ou invalidado pela própria administração pública.

Por isso, a Lei nº 6.015, de 1973 separa os dois institutos (títulos e matrículas) em capítulos distintos. Segundo Benatti e Chaves (2010, p. 50):

Títulos são os documentos que podem ser levados a registro como prova de transferência de propriedades imobiliárias, considerando a solenidade necessária para a concretização desse ato jurídico; a matrícula seria a prova e concretização do direito de propriedade para que esse direito possa, inclusive, ser exercido *erga omnis*, ou seja, um direito real.

Walter Ceneviva (1988, p. 146), discorrendo sobre a matéria, explica que quando um registro é cancelado, se subsistirem o título e os direitos dele decorrentes, os mesmos são oponíveis aos terceiros. O cancelamento do registro não impede a sua restauração, existindo dois momentos sem que se tenha interferido na eficácia do título. O que ocorre apenas é que nesse intervalo o título não será beneficiado pelas consequências próprias do registro. No mesmo sentido, os apontamentos de Balbino Filho (2008, p. 567):

Assim como se verifica a eficácia do registro não cancelado, comprovada a extinção do título, inversamente ocorre a subsistência do título, com o seu direito obrigacional, não obstante o cancelamento do registro.
Se cancelado o registro, subsistirem o título e o direito gerado por ele; inegavelmente poderá ser promovido novo registro.

Como ressaltado anteriormente, a Lei nº 6.015, de 1973, enfatiza no art. 214 que as nulidades de pleno direito do registro, uma vez provadas, invalidam-no, independentemente de ação direta (BRASIL).

No caso das matrículas e registros de imóveis rurais, com o advento da Lei nº 6.739, de 1979, firmou-se um entendimento de que o cabimento do cancelamento de registro por meio de procedimento administrativo é possível, pois privilegia o princípio da supremacia do interesse público como um dos objetivos perseguidos pela Administração Pública, de modo que as próprias normas que disciplinam a atividade notarial buscam dar segurança, eficácia e autenticidade aos atos jurídicos (ROCHA *et al*, 2010, p. 383). Veja-se, nesse sentido, o teor do art. 1º da Lei nº 6.015, de 1973 (BRASIL), c/c art. 1º, da Lei nº 8.935, de 1994 (BRASIL), que regulamenta o art. 236 da Constituição e dispõe sobre os serviços notariais e de registro.

Segundo Ceneviva (1988, p. 36), ao discorrer sobre os princípios fundamentais dos registros públicos, o registro é praticado por funcionários providos de autoridade legal para garantir sua autenticidade (fé pública), constitui um sistema integrado destinado a garantir todos os efeitos decorrentes do ato em si (segurança jurídica), e torna público o que nele se contém, criando a presunção de seu conhecimento (publicidade).

Nesse sentido, foi o procedimento estabelecido pela Lei nº 6.739, de 1979, como observado no relatório (fls. 27-28), que subsidiou o julgamento da Representação de Inconstitucionalidade nº 1.078-8-DF, de 1983, pois a Lei n 6.739, de 1979:

[...] visa a restabelecer a própria credibilidade e segurança do sistema de aquisição da propriedade imobiliária no direito brasileiro, e a garantir a circulação dos bens e riquezas, bem como a estabilidade do direito de propriedade, seriamente ameaçados pelos atos praticados ao arrepio da lei (BRASIL, 1983).

Walter Ceneviva (1983, p. 478), ao tecer comentários a respeito do art. 221 da Lei nº 6.015, de 1973, fazia referência expressa à possibilidade de cancelamento e à declaração da inexistência de registro e de matrícula apoiados na Lei nº 6.739, de 1979, quando se trata de imóvel rural. E ao comentar o art. 214, afirmava:

A matrícula e o registro de imóvel rural vinculados a título nulo de pleno direito ou em desacordo com o art. 221 devem ser declarados inexistentes

e cancelados, mediante requerimento de pessoa jurídica de direito público federal, estadual ou municipal, ao Corregedor Geral da Justiça do Estado em que estiver situado o imóvel. (CENEVIVA, 1983, p. 464)

Batalha (1984, p. 808), apesar de defender que o cancelamento só poderia ser efetuado em cumprimento de decisão judicial transitada em julgado, ressaltou que “fica salvo aos interessados promover a anulação dos efeitos do registro baseado em título falso, nulo, extinto ou rescindido”, com expressa referência ainda à Lei nº 6.739, de 1979, por tratar do cancelamento de matrícula de imóvel rural vinculado a título nulo ou feito em desacordo com a Lei de Registros Públicos.

O próprio STF, ao examinar a Representação de Inconstitucionalidade nº 1.078-8/DF, declarou a constitucionalidade da Lei nº 6.739, de 1979, em face da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 (BRASIL, 1983). Tratava-se de pedido formulado pelo Procurador Geral da República, no qual entendia que a Lei nº 6.739, de 1979, retirava a garantia do direito de defesa para os interessados, pois estabelecia tratamento desigual entre as partes. Entendia ainda que referida lei contrariava o disposto nos arts. 221 e seguintes da Lei nº 6.015, de 1973, não podendo, dessa maneira, constituir causa de cancelamento do registro ou da matrícula.

Percebe-se no relatório (fl. 27) que subsidiou o julgamento da Representação de Inconstitucionalidade nº 1.078-8-DF, e pela manifestação do Congresso Nacional e do Presidente da República, que a proteção constitucional ao direito de propriedade durante a vigência da EC nº 1, de 1969 e, no nosso entendimento, também em relação à Constituição, diz respeito à pessoa que detém legitimamente a titularidade, e não àqueles que invocam domínio com fundamento em título nulo de pleno direito ou não registrável segundo a legislação vigente.

Em seu voto, o Relator, Ministro Moreira Alves, ressaltou que pelo sistema jurídico brasileiro, o registro do título gera apenas presunção de direito. Sendo inválido o título, inválido também será o registro. Destacou ainda que a modificação introduzida pela Lei nº 6.739, de 1979, criou uma exceção ao princípio estabelecido no art. 250, I, da Lei de Registros Públicos, o que é possível, pois a Administração Pública pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais.

6 Cancelamento administrativo, devido processo legal e contraditório

De fato, a decisão do CNJ continua valendo até que seja julgado o mérito do mandado de segurança coletivo que tramita no STF. A liminar concedida pela Ministra

Ellen Gracie apenas suspendeu os efeitos da decisão proferida em 16 de agosto de 2010, alcançando unicamente os impetrantes (BRASIL, 2011b).

Nesse sentido, cabe indagar se o cancelamento administrativo de matrículas imobiliárias, sem a oitiva prévia dos interessados, contraria os arts. 5º, LIV e LV, da Constituição (BRASIL, 1988), e o § 1º do art. 214 da Lei nº 6.015, de 1973 (BRASIL).

Os impetrantes argumentaram que o CNJ determinou o cancelamento dos registros imobiliários antes de possibilitar qualquer manifestação dos interessados, contrariando assim as garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, que deveriam ser ofertadas previamente.

Partindo do pressuposto de que a Administração Pública pode rever seus próprios atos, e que o título viciado não pode produzir efeitos no mundo jurídico, de modo que referido documento nunca poderia ter sido levado a registro, o CNJ entende que suas atribuições constitucionais estão limitadas ao controle e à fiscalização dos serviços extrajudiciais e que, por isso, suas decisões são dirigidas aos Cartórios e não aos proprietários, não havendo, nesse sentido, violação ao direito de defesa.

Esse posicionamento se consolida a partir da própria Lei nº 6.739, de 1979, já que a mesma determina que a pessoa cujo nome constava na matrícula ou no registro cancelados, ou o titular do direito real, inscrito ou registrado, do imóvel vinculado ao registro cancelado, devem ser notificados sobre o cancelamento. Nesse sentido, a parte interessada que teve o registro cancelado pode ingressar com ação anulatória contra a pessoa jurídica de direito público que requereu o cancelamento, conforme dispõe o § 1º do art. 1º c/c art. 3º da referida lei (BRASIL, 1979).

De fato, o CNJ determinou, em 22 de setembro de 2010, que os Cartórios de Registro de Imóveis providenciassem a notificação pessoal do cancelamento aos interessados, via carta postal com aviso de recebimento.

Mas a liminar concedida pelo STF dá outros indicativos à solução da questão, pois a Corte vem assentando seus julgados no sentido de que quando os procedimentos de controle administrativo do CNJ afetarem o legítimo interesse de terceiros, deve ser oportunizado o acesso ao contraditório e à ampla defesa. Nesse sentido, a própria decisão que concedeu a liminar cita o acórdão a seguir transcrito:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. NOTIFICAÇÃO DE PESSOAS DIRETAMENTE INTERESSADAS NO DESFECHO DA CONTROVÉRSIA. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NECESSIDADE.

Sempre que antevista a existência razoável de interessado na manutenção do ato atacado, com legítimo interesse jurídico direto, o CNJ está obrigado a dar-lhe ciência do procedimento de controle administrativo.

Identificado o legítimo interesse de terceiro, o acesso ao contraditório e à ampla defesa independem de conjecturas acerca da efetividade deste para produzir a defesa do ato atacado.

Segurança concedida, para anular o acórdão atacado e para que o CNJ possa notificar os impetrantes acerca da existência do PCA e de seu direito de serem ouvidos. (BRASIL. 2011a)

A liminar concedida pelo STF sustenta ainda que o § 1º do art. 214 da Lei 6.015, de 1973, também determina que as nulidades do registro só podem ser decretadas depois de ouvidos os atingidos.

Em verdade, percebe-se que a liminar foi concedida mais em razão da necessidade de máxima prudência que o caso requer, e consubstanciada pelo fato de que a decisão impugnada poderia causar prejuízos para os interessados, tais como o cancelamento de hipotecas constituídas em favor de bancos para garantir pagamentos de empréstimos contraídos.

Cabe, nesse sentido, uma análise mais acurada a respeito da Lei nº 6.739, de 1979, que é dirigida aos Corregedores-Gerais da Justiça, em confronto com os limites que conduzem a atuação do CNJ quando da adoção de procedimentos de controle administrativo que afetem os interesses de terceiros, pois, prevalecendo o questionamento levantado na decisão liminar, a atuação dos Corregedores-Gerais da Justiça também estará condicionada à prévia ciência dos interessados, mesmo que mantida a possibilidade do cancelamento pela via administrativa.

7 Conclusão

A Lei nº 6.739, de 1979, operou modificações parciais no procedimento de cancelamento de matrícula e de registros de imóveis rurais com intuito de possibilitar ao Poder Público meios eficientes para combater a prática de grilagem de terras públicas.

De modo geral, a jurisprudência do país tem se manifestado contrariamente à possibilidade de cancelamento administrativo de registros de imóveis em decorrência de nulidade dos títulos que deram causa a abertura dos registros, não tendo sido identificada, no entanto, nenhuma decisão que explicitamente afastasse a aplicação da Lei nº 6.739, de 1979.

A partir do posicionamento firmado pelo CNJ, tratando-se de imóvel rural, será possível o cancelamento administrativo quando a nulidade do registro decorrer de vício de origem impeditivo da aquisição regular do domínio, em privilégio ao princípio da supremacia do interesse público. Entendemos que o posicionamento firmado

pelo CNJ está correto. O cancelamento pela via administrativa é medida que não diminui a proteção constitucional conferida ao direito de propriedade quando o título aquisitivo levado a registro for inválido ou contiver vício que impeça o seu registro.

Entretanto, se o STF mantiver o posicionamento inaugurado no voto da Ministra Ellen Gracie, mesmo que admitida a possibilidade do cancelamento pela via administrativa, referido procedimento, quando efetivado pelos Corregedores-Gerais da Justiça, da mesma forma que a decisão já proferida pelo CNJ, ficará condicionado à prévia oitiva dos interessados.

8 Referências

BALBINO FILHO, Nicolau. **Direito imobiliário registral**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Registro de imóveis**: doutrina, prática e jurisprudência. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Comentários à lei de registros públicos**: Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BENATTI, José Heder; CHAVES, Rogério Arthur Friza. Possibilidade jurídica do cancelamento administrativo de matrículas de imóveis rurais: repercussões no Pará. In: **A Leitura/Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará**. Belém, v. 3, n. 5, nov. 2010. Belém: ESM/PA, 2010.

BORGES, Antonino Moura. **Ação de divisão e demarcação de terra e institutos afins**. São Paulo: CL Edijur, 2007.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providências nº 0001943-67.2009.2.00.0000. Requerente: Procuradoria Geral do Estado do Pará e outros. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Relator: Ministro Gilson Dipp. 2010a. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 24 de agosto de 2010. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ecnj/consulta_processo.php>. Acesso em: 02 de dezembro de 2011.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providências nº 0001943-67.2009.2.00.0000. Requerente: Procuradoria Geral do Estado do Pará e outros. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Relatora: Ministra Eliana Calmon. 2010b. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ecnj/consulta_processo.php>. Acesso em: 02 de dezembro de 2011.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 de outubro de 2011.

_____. Decreto nº 4.827, de 07 de fevereiro de 1924. Rio de Janeiro, 1924. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4827-7-fevereiro-1924-565566-publicacaooriginal-89336-pl.html>>. Acesso em: 20 de outubro de 2011.

_____. Decreto nº 3.272, de 05 de outubro de 1885. Rio de Janeiro, 1885. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3272-5-outubro-1885-543469-publicacaooriginal-53793-pl.html>. Acesso em: 20 de outubro de 2011.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Rio de Janeiro, 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 20 de outubro de 2011.

_____. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Brasília, 2004. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art92>. Acesso em: 20 de outubro de 2011.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 de outubro de 2011.

_____. Lei nº 10.267, de 28 de agosto de 2001. Brasília, 2001. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10267.htm>. Acesso em: 20 de outubro de 2011.

_____. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Brasília, 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm>. Acesso em: 20 de outubro de 2011.

_____. Lei nº 6.739, 5 de dezembro de 1979. Brasília, 1979. Dispõe sobre a Matrícula e o Registro de Imóveis Rurais, e dá outras Providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6739.htm>. Acesso em: 20 de outubro de 2011.

_____. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Brasília, 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015.htm>. Acesso em: 20 de outubro de 2011.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Rio de Janeiro, 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 20 de outubro de 2011.

_____. Lei nº 1.237, de 24 de Setembro de 1864. Rio de Janeiro, 1864. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextIntegral.action?id=72120&norma=93632>>. Acesso em: 20 de outubro de 2011.

_____. Ministério de Política Fundiária e do Desenvolvimento Agrário. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA). **O livro branco da grilagem de terras no Brasil**. Brasília, 1999.

_____. Ministério do Meio Ambiente. **A grilagem de terras públicas na Amazônia Brasileira**. Brasília: Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia – IPAM. MMA, 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 29.312. Impetrante: Sindicato das Indústrias Madeireiras do Vale do Acará - SIMAVA. Impetrado: Corregedor Nacional de Justiça. Relatora: Ministra Ellen Gracie. 2011b. **Diário de Justiça Eletrônico de 09 de agosto de 2011**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJusticaEletronico/pesquisarDiarioEletronico.asp>>. Acesso em: 24 de outubro de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 27.154, Distrito Federal. Impetrante: Simone Vieira Ormonde e outros. Impetrado: Corregedor Nacional de Justiça. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. 2011a. **Diário de Justiça Eletrônico de 08 de fevereiro de 2011**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJusticaEletronico/pesquisarDiarioEletronico.asp>>. Acesso em: 24 de outubro de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Representação de Inconstitucionalidade nº 1.078-8, Distrito Federal. Representante: Procurador Geral de Justiça. Representados: Congresso Nacional e o Sr. Presidente da República. Relator: Ministro Moreira Alves. 1983. **Diário de Justiça de 27 de maio de 1983**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJusticaEletronico/pesquisarDiarioEletronico.asp>>. Acesso em: 24 de outubro de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE nº 90.530-8, Rio de Janeiro, 1ª Turma. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. 1980. **Diário de Justiça de 13 de junho de 1980**. (RTJ 94/345). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJusticaEletronico/pesquisarDiarioEletronico.asp>>. Acesso em: 24 de outubro de 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Corregedoria do Interior. Provimento nº 013/2006, de 21 de junho de 2006. Disponível em: <<http://www.tj.pa.gov.br/corregedoria/interior/provimentosInterior.do>>. Acesso em: 24 de outubro de 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Corregedoria do Interior. Provimento nº 002/2010, de 23 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.tj.pa.gov.br/corregedoria/interior/provimentosInterior.do>>. Acesso em: 24 de outubro de 2011.

CARVALHO, Afrânio de. **Registro de imóveis**: comentários ao sistema de registro em face da Lei nº 6.015, de 1973, com as alterações da Lei nº 6.216, de 1975. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1983.

_____. **Manual do registro de imóveis**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Tratado dos registros públicos**. vol. IV. Registro de imóveis. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.

ROCHA, Ibraim; TRECCANI, Girolamo; BENATTI, José; HABER, Lilian; CHAVES, Rogério. **Manual de direito agrário: lições de direito agroambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

A evolução do mercado de capitais brasileiro e o perfil do acionista minoritário no Brasil

ANA CAROLINA RODRIGUES

Mestre em Direito e Desenvolvimento e Bacharel em Direito (FGV/SP),

Artigo recebido em 06/12/2011 e aprovado em 03/09/2012.

SUMÁRIO: 1 Introdução • 2 Panorama histórico do mercado de valores mobiliários brasileiro • 3 Os movimentos de concentração e pulverização do capital acionário • 4 O perfil do acionista minoritário no Brasil • 5 Conclusão • 6 Referências.

RESUMO: O presente trabalho parte da descrição da evolução do mercado de valores mobiliários brasileiro e, a partir daí, analisa sua relação com a cultura de investimentos do país, bem como, com o perfil do acionista minoritário no Brasil. Entre outras coisas, identificamos um mercado de valores mobiliários recente, desenvolvido a partir da década de 1960, pensado a partir da realidade norte-americana e com um histórico de graves fragilidades. Eventos como o chamado “*crash* de 1971”, o famoso “caso Nahas” ocorrido em 1989, e o advento da Lei nº 9.457, de 5 de maio de 1997, que suprimiu diversos direitos dos acionistas minoritários com vistas a agilizar os processos de privatizações, são retomados de modo a evidenciar algumas das razões pelas quais o pequeno investidor, não raramente, tende a preferir investimentos em renda fixa ou no mercado imobiliário, por exemplo.

PALAVRAS-CHAVE: Mercado de capitais • Acionistas minoritários • Cultura de investimentos.

The evolution of securities market and the profile of minority shareholders in Brazil

CONTENTS: *1 Introduction · 2 Historical overview of the Brazilian securities market · 3 Movements of concentration and dispersion of ownership · 4 The profile of minority shareholders in Brazil · 5 Conclusion · 6 References.*

ABSTRACT: This paper starts with a description of the evolution of the Brazilian securities market and analyzes its relationship with the Brazilian culture of investments, as well as with the profile of the minority shareholder in Brazil. Among other things, it identifies a young securities market that has been developed since the 1960s, inspired by the experience of the United States and characterized by a history of fragilities. It finally analyzes events such as the crash of 1971, the famous “case Nahas” from 1989 and the passing of Law No 9.457/97, which abolished several minority shareholders’ rights to accelerate the privatization processes, in order to explain some of the reasons why Brazilian people usually prefer to invest in the fixed income market or in real estate, for example.

KEYWORDS: Capital markets · Minority shareholders · Culture of investments

La evolución de los mercados de capitales brasileños y el perfil de los accionistas minoritarios en Brasil

CONTENIDO: *1 Introducción · 2 Reseña histórica del mercado de valores mobiliarios brasileño · 3 Los movimientos de concentración y dispersión del capital social · 4 El perfil de los accionistas minoritarios en Brasil · 5 Conclusión · 6 Referencias.*

RESUMEN: Este trabajo tiene inicio con la descripción de La evolución del mercado de valores mobiliarios brasileño, a partir de la cual, analizamos su relación con la cultura de inversiones del país, así como, con el perfil del accionista minoritario en Brasil. Entre otras cosas, identificamos un mercado de valores mobiliarios reciente, desarrollado a partir de la década de 1960 con base en la realidad americana y con un historial de graves deficiencias. Eventos como el llamado “choque de 1971”, el famoso “caso Nahas” ocurrido en 1989, y la promulgación de la Ley nº 9.457 del 5 de mayo de 1997, que eliminó muchos derechos de los accionistas minoritarios a fin de acelerar el proceso de privatización, son recordados con el fin de enfatizar algunas de las razones por las cuales el pequeño inversor, no pocas veces, tiende a preferir las inversiones de renta fija o en el mercado inmobiliario, por ejemplo.

PALABRAS CLAVE: Mercado de capitales · Accionistas minoritarios · Cultura de inversiones

1 Introdução

Este estudo tem por objetivo identificar os pontos centrais da cultura de investimentos do país, bem como, do perfil de acionista minoritário no Brasil. Para tanto, teremos como ponto de partida a descrição da formação e da evolução do mercado de valores mobiliários brasileiro.

Essa análise permite-nos apontar quem são os acionistas minoritários no mercado de valores mobiliários. Em síntese, observamos que, historicamente, os acionistas minoritários não são, em sua maioria, pequenos investidores, mas sim investidores institucionais ou estrangeiros que, a despeito de serem minoritários, guardam participação relevante no capital social das companhias.

Apesar da tradicional preferência popular por investimentos em ativos de renda fixa ou no mercado imobiliário, a história do mercado de valores mobiliários brasileiro já contou com momentos de intensa participação do pequeno investidor. Essa participação, no entanto, se deu de forma eufórica e desastrosa, fundamentalmente movida por ondas de especulação. Dessa forma, a criação de um ambiente seguro, com mecanismos capazes de proteger o pequeno investidor contra abusos, é essencial para a retomada da confiança desse tipo de investidor, bem como para recuperar e consolidar a reputação do mercado de capitais brasileiro.

Da mesma forma que o estudo do perfil do acionista minoritário brasileiro aponta para uma incipiente participação do pequeno investidor no mercado de valores mobiliários, ele revela a possibilidade de expansão do mercado por meio da atração desse investidor. Reconhece-se, destarte, uma oportunidade de crescimento do mercado de valores mobiliários brasileiro.

Neste trabalho mostraremos, ainda, um panorama dos movimentos de concentração e pulverização de capital acionário no mercado de capitais brasileiro. De acordo com esse panorama, é possível notar que a pulverização acionária, assim como a participação estruturada do pequeno investidor, é um fenômeno recente no Brasil.

2 Panorama histórico do mercado de valores mobiliários brasileiro¹

De acordo com a literatura, o mercado de valores mobiliários brasileiro apre-

1 Este panorama não tem por objetivo reconstruir de forma exaustiva o histórico do mercado de valores mobiliários brasileiro. O intuito deste estudo é resgatar alguns dos principais eventos que marcaram o desenvolvimento de nosso mercado e contribuíram para a formação da cultura de investimentos brasileira. Em outras palavras, este subitem salienta aspectos que ajudam a explicar o distanciamento entre pequeno investidor e o mercado de capitais.

sentou pouca relevância na economia do país até meados de 1960. Essa realidade encontrava explicação em fatores como: (i) os elevados níveis de inflação; (ii) a precária organização das bolsas de valores mobiliários; (iii) o monopólio dos corretores públicos; (iv) a falta de legislação adequada; e (v) os ônus impostos pela Lei da Usura (SOUZA, 1998, p. 10)².

Até a primeira metade da década de 1960, os corretores atuantes na bolsa de valores mobiliários eram nomeados pelo Governo; seus cargos eram de caráter hereditário e vitalício; e eles gozavam de baixa remuneração. As bolsas de valores, por sua vez, eram organizadas de forma precária, e a negociação de papéis ficava restrita a horários determinados.

Os investidores eram, em grande parte, especuladores, e a participação de investidores institucionais era irrelevante. Poucas companhias negociavam ações de sua emissão no mercado, e os níveis de liquidez eram baixos. O processo de formação de preços era nebuloso e baseava-se, principalmente, em rumores e dados imprecisos. Ademais, inexistia a obrigação de as companhias divulgarem demonstrações financeiras ou fornecerem informações acuradas ao mercado.

Adicionalmente, a tributação dos eventuais rendimentos resultantes da negociação das ações era alta, os índices de inflação vigentes à época eram extremamente elevados, e o crédito de longo prazo, escasso. Em termos de regulação, não havia órgão estatal responsável pela disciplina e pela fiscalização do mercado de valores mobiliários, nem qualquer diploma que trouxesse elementos claros para distinguir os conceitos de companhia aberta dos de companhia fechada (MATTOS FILHO; PRADO, no prelo, p. 14).

Em 1964, com a instauração do Regime Militar no Brasil, esse cenário começou a mudar. Iniciou-se um processo de reforma financeira e de reestruturação do mercado de valores mobiliários, que teve como ponto de partida o Programa de Ação Econômica do Governo, PAEG. Esse programa destinava-se à estabilização e desenvolvimento da economia brasileira, e tinha como uma de suas prioridades o aperfeiçoamento do sistema financeiro e do mercado de capitais nacional.

Para atingir os objetivos do programa, foi elaborado, entre outras coisas, um conjunto de reformas institucionais visando à reestruturação do sistema:

(i) Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964 (BRASIL): autorizou a emissão de Obrigações do Tesouro Nacional, adotou a correção monetária e concedeu benefícios fiscais para investimentos no mercado de valores mobiliários;

2 A Lei da Usura não permitia a cobrança de mais de 12% de juros ao ano, o que contribuía para a escassez de crédito de longo prazo e, em consequência, dificultava o financiamento da atividade econômica das companhias nacionais.

(ii) Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964 (BRASIL): criou o Sistema Financeiro de Habitação e novos programas de seguro social, o PIS e o Pasep, representando captação compulsória de poupança privada, e instituiu a correção monetária em contratos imobiliários;

(iii) Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964 (BRASIL): introduziu pela primeira vez o conceito de Sociedade de Capital Aberto e criou, para essa categoria de companhias, isenção de pagamento de imposto sobre lucros distribuídos; e

(iv) Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964 (BRASIL): estruturou o Sistema Financeiro Nacional por meio da criação do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil, de forma a extinguir a Superintendência da Moeda e do Crédito – SUMOC, e a competência do Banco do Brasil para fazer política monetária.

No ano seguinte, em 1965, o Banco Central do Brasil solicitou, à Agência Internacional de Desenvolvimento, assistência técnica para fins de operação e regulamentação do mercado de valores mobiliários brasileiro. Em resposta a essa solicitação, foram enviados ao país, pelo período de duas semanas, um membro da *Securities and Exchange Commission* e um membro da *American Stock Exchange*. (POSER; ROTH, 1965).

No relato produzido pelos membros das entidades norte-americanas, destacou-se a aparente (i) falta de credibilidade do mercado de capitais brasileiro; e (ii) a inexistência de uma cultura de investimentos em renda variável:

a parte do povo brasileiro que possuía economias, jamais teve por hábito investi-las em títulos. Imóveis e moedas estrangeiras têm sido o meio de aplicação mais popular. [...] ações de diversas companhias inexistentes são vendidas ao público; os preços dos títulos são manipulados com relativa facilidade e transações por funcionários de sociedades anônimas e de companhias de investimentos com base em informações não acessíveis ao público são frequentes. (POSER; ROTH, 1965, p. 5-6)

No mesmo período, foi editada a Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965 (Lei de Mercado de Capitais, BRASIL), que regulamentava o mercado de capitais brasileiro e tinha como objetivo combater os principais problemas que afligiam o mercado, bem como incentivar a destinação da poupança pública para a capitalização empresarial. Nesse sentido, Bulhões Pedreira (1984, p. 35-36) afirmava que: “o desenvolvimento do mercado dependeria da execução da lei, de se criar o sistema, buscando investidores, expandindo a poupança, deslocando poupança dos imóveis e de outras formas de aplicação” (ALMEIDA, 1984).

De acordo com o exposto, é possível observar que, até a primeira metade da década de 1960, a cultura de investimentos predominante no Brasil era desfavorável ao mercado de capitais. No entanto, é nesse momento que parece surgir, pela primeira vez, uma política voltada aos investidores individuais. A ideia era estimular o crescimento do mercado de capitais por meio da poupança desses investidores.

Assim, a Lei de Mercado de Capitais estabeleceu uma série de incentivos tributários para o investimento em ações e, também, para a abertura de capital das companhias (MACARINI, 2008, p. 155-156). Nesse contexto, em 1967, foi instituído o Decreto-Lei nº 157, de 10 de fevereiro (BRASIL), que trouxe novos incentivos ao investimento em ações. O referido diploma legal estabelecia a possibilidade de os contribuintes investirem parte do imposto de renda no mercado de ações por meio de fundos de investimentos. Esses fundos, por sua vez, aplicavam os recursos em companhias que preenchiam os requisitos legais exigidos³.

Ressalta-se, contudo, que, se por um lado, essa estratégia conduzia os pequenos investidores ao mercado, por outro, não havia qualquer preocupação em estimular uma participação consciente desses atores. Assim, o Decreto-Lei incentivava investimentos que acabavam mais por favorecer os administradores de fundos e os índices de mercado (no curto prazo) do que efetivamente fortalecer o mercado de valores mobiliários. O trecho abaixo ilustra bem essa situação:

Os primeiros fundos de investimento surgiram no Brasil no final dos anos 50, mas só tomaram impulso após a criação dos Fundos de Ações DL 157, que criaram uma espécie de mercado cativo para a administração de fundos. Ou seja, o contribuinte do Imposto de Renda optava passivamente por aplicar parte do IR devido no fundo 157 administrado pela instituição financeira onde mantinha negócios. E como os recursos aplicados ficavam indisponíveis por muito tempo, o contribuinte transformado em condômino do fundo 157, tinha poucas condições e interesse de cobrar desempenho de tais fundos. Esses fundos incentivados estimularam as bolsas de valores e o mercado primário de títulos e, ao mesmo tempo, trouxeram bons retornos aos seus administradores, pelas seguintes razões: 1) desenvolveram a habilidade de administrar fundos voluntários de renda variável e fixa; 2) as taxas de administração eram, no geral, lucrativas;

3 De acordo com os artigos 1º e 7º do Decreto-Lei nº 157, de 10 de fevereiro de 1967 (BRASIL), os Fundos 157 deveriam aplicar os recursos recebidos na compra de ações ou debêntures de companhias que, alternativamente, (i) fizessem oferta pública de ações e já apresentassem, no mínimo, 20% do valor da emissão subscrito pelos acionistas existentes; (ii) colocassem no mercado debêntures conversíveis em ações de prazo mínimo de 3 anos e já apresentassem, no mínimo, 20% do valor da emissão subscrito pelos acionistas existentes; ou (iii) alienassem imóveis cujo valor correspondesse no mínimo a 15% do capital social.

e 3) todos os ativos de má qualidade eram “descarregados” nesses fundos, porque os condôminos não cobravam desempenho. (SOUZA, 1998, p. 34)

A participação de novos investidores no mercado acionário era estimulada de forma artificial, como mera alternativa ao pagamento de tributos. Assim, além de estimular as pessoas físicas ao ingresso despreparado e desinteressado no mercado de valores mobiliários, essa política contribuiu, ao longo do tempo, para o desperdício de recursos públicos. A fala de José Luiz Bulhões Pedreira (2012, p. 29) sobre o Decreto-Lei nº 157/1967 corrobora essa posição:

No início funcionou, mas depois a experiência mostrou que esses incentivos [dos fundos 157] não dão resultados, ou funcionam muito limitadamente. É complicado criar algo dessa forma, artificial. Houve uma perda grande, recursos foram mal aplicados. Surtiu algum resultado, mas, se isso for comparado com o montante de impostos dirigidos para esse fim, não compensou. Com o 157, todo mundo começou a ter estímulo para, em vez de pagar imposto, comprar ações. Qualquer um podia fazer e muitos tiveram a iniciativa, mas sem dar a menor importância para aquilo. Era apenas uma alternativa ao pagamento de imposto. Aplicava-se em empresas que só existiam no papel, por causa da questão tributária. (BARCELLOS, 2012, p. 29)

Se por um lado as pessoas físicas não tinham real interesse de se tornar investidores do mercado de renda variável, por outro, as companhias investidas não tinham legítimo interesse de participar do mercado de capitais. De acordo com Ari Oswaldo Mattos Filho e Viviane Muller Prado (no prelo, p. 14), “o verdadeiro objetivo de abrir o capital era receber recursos de maneira facilitada e mais barata que o captado no sistema bancário”.

Em suma, os incentivos criados pela Lei de Mercado de Capitais e pelo Decreto-Lei nº 157/1967, somados à política econômica expansiva, impulsionaram o crescimento dos preços e volumes das bolsas. Nesse período, a política econômica manifestava “irrestrita simpatia no que se refere ao papel da Bolsa de Valores”, em consequência, criava-se “um ambiente por demais propício ao surgimento de uma bolha especulativa” (MACARINI, 2008, p. 161).

Esse ambiente de euforia, no entanto, estava em manifesto descompasso com a realidade do mercado de valores mobiliários brasileiro. De acordo com Lucy Aparecida de Souza (1998, p. 13), “as razões para o *crash* estariam na falta de regulamentação adequada, na falta de conhecimento do investidor e na mudança das regras dos Fundos 157, que passaram a estimular as operações de mercado primário”.

Assim, a crise de 1971 foi resultado de um ciclo iniciado por um período re-

lativamente longo de gradual valorização de ações, sustentado por especuladores profissionais. Posteriormente, a possibilidade de lucro fácil e rápido atraiu o capital de especuladores amadores, que passaram a sustentar e dinamizar o processo de aumento de cotações. Em um terceiro momento, iniciou-se uma febre especulativa que, por sua vez, atraiu até mesmo indivíduos mais avessos ao risco movidos pela ideia de um enriquecimento coletivo. Por fim, esgotadas as fontes de novos recursos, teve início um processo de queda de preços. Com isso, os especuladores profissionais rapidamente realizaram seu capital, de modo que aos especuladores amadores e aos investidores mais inocentes não restou outra saída a não ser arcar com o prejuízo final (PEDREIRA; LAMY FILHO, 1992, p. 135-136).

Em consequência, o maior prejudicado foi o pequeno investidor, dado seu menor acesso a informações e sua ingenuidade perante os especuladores profissionais, como apontou Macarini (2008, p.162):

[...] a altíssima rentabilidade a curto prazo propiciada pela Bolsa – inteiramente apoiada pela política econômica, não revelando nenhum receio quanto aos riscos inerentes a um *boom* tão intenso – não deixaria de seduzir o pequeno investidor. Como é usual, a classe média afluiria em grande número quando a bolha já se aproximava de seu limite – desfazendo-se de bens tangíveis (automóvel, apartamento) ou mesmo endividando-se junto à rede bancária, na certeza de colher lucros mais que compensadores.

Assim, até o início dos anos de 1970, o mercado de valores mobiliários viveu dois momentos antagônicos, quais sejam, um estado de dormência até a metade da década de 1960 e um *boom* no início da década seguinte. Em outras palavras, quando finalmente o pequeno investidor passou a mobilizar sua poupança para a aplicação no mercado de capitais, o resultado foi desastroso. Nitidamente, essa trajetória do mercado de capitais brasileiro abalou de forma negativa sua credibilidade perante o público investidor, sobretudo, os investidores não profissionais.

A deficiência do aparato regulatório vigente foi reconhecida após a crise e despertou esforços para o aperfeiçoamento da regulamentação do mercado, culminando na promulgação da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro (BRASIL), e na criação da CVM por meio da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro (BRASIL), ambas de 1976. Reconheceu-se, entre outras coisas, a necessidade de (i) criação de um sistema de informações adequado, com vistas a reduzir os níveis de assimetria de informações e o abuso na atuação de alguns agentes do mercado; (ii) substituir o Banco Central por um órgão especializado para fiscalizar o mercado de valores mobiliários; e (iii) aperfeiçoar os mecanismos de proteção dos investidores.

Apesar das melhorias implantadas, a dívida externa brasileira obstou os investimentos em ativos do mercado de capitais. Os investimentos, em sua maioria, destinavam-se a aplicações financeiras lastreadas em títulos públicos.

Esse cenário apresentou uma relativa melhora no período de 1984-1986, em virtude da euforia e do otimismo decorrentes do Plano Cruzado. O referido plano, no entanto, não tardou a apresentar fragilidades, e, em 1986, um movimento de retração foi tomando o mercado.

Pouco depois, em junho de 1989, uma forte onda de especulação desencadeada pelo chamado “Caso Nahas” culminou no fechamento temporário das bolsas de valores e na suspensão do mercado de opções até outubro de 1990. A partir desse evento, restou claro que a atuação de um único investidor era capaz de comprometer toda a estrutura do mercado de capitais brasileiro. Dessa forma, os instrumentos de regulamentação e fiscalização mostraram-se absolutamente insuficientes para resguardar o mercado.

Em 1991, por sua vez, iniciou-se um processo de globalização financeira, de privatizações e de crescimento dos investidores institucionais. A entrada de investidores estrangeiros foi fortemente alavancada a partir da criação do Anexo IV à Resolução 1.287/87, incluído pela Resolução do Conselho Monetário Nacional (CMN) 1832/91. A partir da inclusão desse anexo, investidores institucionais estrangeiros podiam investir diretamente em valores mobiliários negociados no mercado brasileiro. Em outras palavras, foram abolidos os obstáculos até então existentes para o investimento estrangeiro direto no país, tais como, regras sobre capital mínimo; tempo de permanência ou formação de carteira; e obrigatoriedade de utilização de fundos ou sociedades como veículo de investimento. Ressalte-se, entretanto, que a participação dos investidores estrangeiros no capital social de companhias abertas deveria ser, obrigatoriamente, minoritária.

O aumento da participação estrangeira no mercado de valores mobiliários brasileiro trouxe relevantes alterações no perfil do investidor na Bolsa de Valores de São Paulo. Em relação ao volume de negociação, em 1991, os investidores estrangeiros representavam pouco mais de 5%; em 1995 já somavam quase 30%, tendo a sua participação reduzida a pouco mais de 20% no final dos anos 1990, em razão de crises internacionais (crise do México em 1994; crise dos países asiáticos em 1997; e crise da Rússia em 1998). (MATTOS FILHO; PRADO; no prelo, p. 22-23).

A quase totalidade dos investimentos de portfólios estrangeiros foi destinada à aquisição de ações de empresas estatais em processo de privatização (PRATES, 2001). A partir desse período, a credibilidade do mercado e a proteção aos acionistas minoritários foram atingidas por dois eventos relevantes.

Em 1997, foi promulgada a Lei nº 9.457, de 5 de maio (BRASIL), conhecida como Lei Kandir. O referido diploma, com o objetivo de facilitar o processo de privatização, suprimiu relevantes direitos dos acionistas minoritários. Destacando-se aqui a exclusão do *tag along* e do direito de recesso em casos de cisão.

A Lei das S.A., antes da promulgação da Lei nº 9.457/1997, exigia que, em casos de alienação de controle, fosse conferido tratamento igualitário entre acionistas minoritários e controladores, ou seja, o preço oferecido pelas ações dos acionistas não controladores deveria ser o mesmo daquele oferecido às ações do bloco de controle (*tag along* de 100%). Esse mecanismo de proteção à minoria acionária foi completamente eliminado com o advento da Lei Kandir.

A referida supressão teve por escopo maximizar o valor arrecadado pelo Governo no processo de privatização das empresas estatais. Em outras palavras, a referida reforma permitia ao Estado apropriar-se da integralidade do prêmio de controle, sem ter de dividi-lo com os demais acionistas ordinaristas.

O direito de recesso, por sua vez, foi suprimido para casos de cisão com o propósito de reduzir os custos do Governo nos processos de privatização. Dessa forma, excluiu-se o direito do acionista minoritário de não ser obrigado a continuar como sócio de uma companhia essencialmente diferente daquela cujas ações adquiriu (PEDREIRA; LAMY FILHO, 1996, p. 339).

Posteriormente, em 2001, foi promulgada a Lei nº 10.303, de 31 de outubro (BRASIL), que, entre outras coisas, restabeleceu o direito de recesso para casos de cisão e reincorporou o direito de *tag along*⁴.

Nesse mesmo ano, foram criados os segmentos de listagem da BM&FBovespa, quais sejam, Nível 1, Nível 2 e Novo Mercado. Cada um desses segmentos exige diferentes práticas de governança corporativa, com vistas a aumentar a proteção dos investidores. Em geral, os níveis de transparência e governança são maiores para o Novo Mercado. A criação dos segmentos de mercado representa um movimento a favor da valorização das práticas de governança corporativa e da proteção dos investidores.

4 Ressalta-se que o direito de *tag along* original, isto é, antes da promulgação da Lei nº 9.457/1997, previa que o preço das ações ordinárias dos acionistas minoritários deveria ser igual ao preço oferecido às ações do bloco de controle. Com a Lei nº 10.303/2001, o *tag along* foi estabelecido em 80%, isto é, o preço das ações ordinárias dos acionistas minoritários deveria equivaler a, no mínimo, 80% do preço oferecido às ações do bloco de controle (art. 254-A da Lei nº 6.404/1976). O *tag along* de 100%, atualmente, só é exigível para companhias listadas no Novo Mercado, nos termos do Regulamento do Novo Mercado da BM&FBovespa.

Adicionalmente, em 2002, a Lei nº 10.411, de 26 de fevereiro, alterou a Lei nº 6.385/1976, dando mais autonomia administrativa para a CVM. Atualmente, a autarquia possui personalidade jurídica e patrimônio próprios, é dotada de autoridade administrativa independente, não apresenta subordinação hierárquica, possui autonomia financeira e orçamentária e seus dirigentes gozam de estabilidade e possuem mandato fixo.

A despeito da evidente evolução do mercado de valores mobiliários brasileiro, em 2008, mais uma vez, o mercado se viu em um momento de dificuldade: foi fortemente marcado por uma crise financeira originada nos Estados Unidos e disseminada, em maior ou menor escala, ao redor do globo. No Brasil, uma das nefastas consequências dessa crise foi a súbita apreciação do dólar norte-americano frente ao real, o que desencadeou prejuízos bilionários decorrentes de contratos de derivativos cambiais (RODRIGUES, 2010).

No mesmo ano, o Brasil também foi palco de um escândalo corporativo protagonizado pela Agrenco, empresa prestadora de serviços de comercialização e logística para o setor de agronegócios. Essa companhia foi alvo da operação “Influenza”, realizada pela Polícia Federal, que culminou na prisão de vários de seus executivos, dentre eles os acionistas fundadores, sob a acusação de terem forjado balanços financeiros da empresa a fim de ocultar desvios de recursos em benefício próprio (VALENTI, 2010).

Diante desse panorama, fica claro que, ao longo do tempo, a evolução do mercado de valores mobiliários brasileiro ocorreu de forma instável e que a cultura de proteção do pequeno investidor é ainda recente.

Antes de 1965, o mercado de capitais brasileiro sequer contava com uma regulamentação minimamente consistente. No final da década de 1960 e início da década de 1970, o mercado vivenciou um momento de grande euforia, atraindo, inclusive, o pequeno investidor. Não obstante, o incentivo irrestrito ao investimento no mercado de capitais ocorreu de forma displicente e prematura, sem que houvesse, paralelamente, a preocupação em regulamentar o mercado e permitir o amadurecimento e a educação dos pequenos investidores. O resultado foi o *crash* de 1971 e, em consequência, uma profunda crise de credibilidade do mercado de valores mobiliários brasileiro.

A recuperação da confiança do mercado, a partir de então, sofreu novos golpes: o fechamento das bolsas de valores em razão do “Caso Nahas”, em 1989; a supressão de direitos dos acionistas minoritários, em 1997; o escândalo corporativo da Agrenco e a crise de derivativos, em 2008. A conjugação desses eventos certamente contribuiu para a resistência do pequeno investidor à aplicação de sua poupança no mercado de valores mobiliários.

3 Os movimentos de concentração e pulverização do capital acionário

Tradicionalmente, o mercado de capitais brasileiro apresenta uma estrutura de capital eminentemente concentrado. As companhias industriais, por tradição, são controladas por famílias ou pequenos grupos, sem qualquer interesse na venda de ações ao público, especialmente se dispõem de outras formas de financiamento” (POSER, 1965).

Essa estrutura se mostrou sustentável ao longo do tempo, já que, diante do fechamento da economia, as necessidades de financiamento das companhias eram limitadas e, dessa forma, podiam ser supridas por meio de lucros retidos e de créditos comerciais e oficiais.

Por outro lado, quando havia necessidade de investimentos de maior monta, as companhias buscavam outras formas de financiamento mais convenientes e menos custosas. Em geral, recorria-se a recursos governamentais subsidiados, como, por exemplo, empréstimos junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

Diante dessa realidade, a partir de 1964, o Governo Federal criou uma série de incentivos tributários para induzir o empresariado brasileiro à abertura de capital e direcionar a poupança privada para o mercado de valores mobiliários. Ressalte-se, entretanto, que, a despeito do ingresso de novas companhias nesse mercado, o poder de controle dos acionistas fundadores, em regra, permanecia inalterado.

A tendência de preservação do poder de controle dos acionistas fundadores, em grande medida, pode ser explicada pela possibilidade de extração de benefícios privados do controle. De acordo com estudo desenvolvido por Dyck e Zingales (2010, p. 4), baseados em uma amostra de 412 operações de venda de controle, realizadas em 39 países no período de 1990 a 2000, no Brasil, os benefícios privados do controle atingiam 65% do *equity value*. Esse foi o valor mais elevado de todos os países da amostra – a média do valor do controle societário da amostra foi de aproximadamente 14% do *equity value*.

Os níveis consideráveis de concentração acionária em companhias brasileiras foram evidenciados em uma série de estudos empíricos. Segundo pesquisa de Valadares e Leal (2000, p. 9), realizada a partir de informações constantes nas Informações Anuais (IANs) de 1996, em média, 74% do capital votante de 203 das 325 companhias analisadas estavam concentrados nas mãos de um único acionista.

Nas 122 companhias em que o controle não era detido por um único acionista, o maior acionista detinha, em média, 32% do capital votante. Considerando o total da amostra, (i) o maior acionista detinha, em média, 58% do capital votante; (ii) os 3

maiores acionistas detinham 78% do capital votante; e (iii) os 5 maiores acionistas detinham 82% das ações com direito de voto. Ademais, apenas 11% da amostra, 35 companhias, não possuíam ações sem direito de voto. De acordo com essa pesquisa, o capital das companhias analisadas era composto, em média, de 54% de ações com direito de voto e, 46% de ações sem direito de voto. As ações sem direito de voto funcionavam, em regra, como um mecanismo para separar controle de propriedade.

Na mesma linha, a pesquisa de Carvalhal-da-Silva e Leal (2003, p. 57), considerando uma amostra de 225 companhias, com base nas informações constantes dos IANS de 2000, mostrou que 90% da amostra apresentava um acionista com mais de 50% do capital votante. Em média, esse acionista detinha 76% do capital votante e 54% do capital total da companhia. Nas 22 companhias onde não havia acionista controlador, o maior acionista detinha, em média, 37% do capital votante. Considerando o total da amostra, (i) o maior acionista detinha 72% do capital votante; (ii) os 3 maiores acionistas detinham 85% do capital votante; e (iii) os 5 maiores acionistas detinham 87% das ações com direito de voto. Ademais, o capital das companhias era composto, em média, de 53% de ações com direito de voto e 47% de ações sem direito de voto. Do total das companhias analisadas por esses autores, 48% eram controladas por famílias; 27%, por investidores estrangeiros; e 7%, pelo Governo.

Aldrighi e Oliveira (2007, p. 7), por sua vez, analisaram propriedade e controle a partir de IANs de 1997 e 2002. Segundo essa pesquisa, 77,3% das companhias listadas apresentavam um acionista controlador, e, em 31,8% delas, o acionista controlador detinha mais de 90% do capital votante da companhia.

De acordo com dados constantes no *White Paper on Corporate Governance in Latin America* elaborado pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico, OCDE, em 2003, mais da metade (51%) das 459 sociedades abertas pesquisadas se concentravam na figura de um único acionista, e 65% das ações eram detidas pelos três maiores acionistas. (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2008).

Segundo pesquisa de Érica Gorga (2008), baseada em dados de 2006 a 2007, a estrutura de capital concentrado predominava na maioria das companhias brasileiras, no entanto, a partir da criação dos segmentos especiais de listagem da BM&FBovespa, vem ganhando relevo um movimento de pulverização da estrutura de capital das companhias.

Esse estudo mostrou que há uma relativa pulverização de capital nas companhias listadas no Novo Mercado. Conforme os dados da pesquisa, 65 das 92 (aproximadamente 70,65%) dessas companhias listadas não apresentam controle majori-

tário (entendido como aquele acionista, ou grupo de acionistas alinhados por meio de acordo de acionistas, que detém mais de 50% das ações com direito de voto). Nessas 65 empresas, os maiores acionistas detinham, em média, 26,23% das ações; os três maiores, cerca de 47,28% das ações; e os 5 maiores, 54,73% das ações.

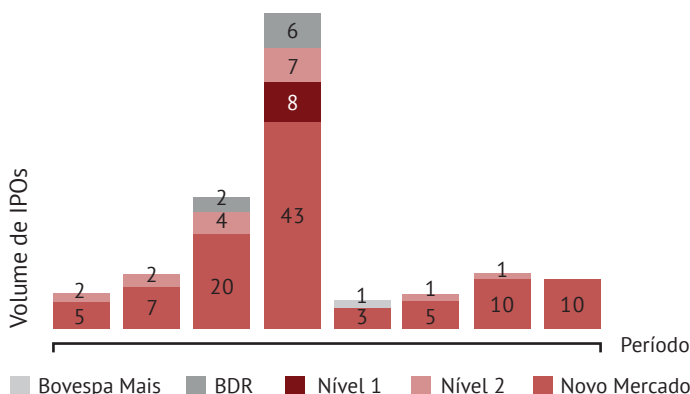
Esse cenário de relativa dispersão acionária, no entanto, não predomina nos demais segmentos de listagem da BM&FBovespa. No Nível 2, nas 20 companhias consideradas para a pesquisa, os maiores acionistas detinham, em média, 64,79% do capital votante. No Nível 1, cerca de 63% das ações com direito de voto eram detidas pelo maior acionista, e quase 71% das companhias apresentavam um acionista controlador. Em relação às demais companhias abertas, que não participavam de nenhum dos segmentos citados e totalizavam uma amostra de 183 sociedades, pouco mais de 72% tinham acionista controlador. Nessas, os maiores acionistas detinham, em média, 65,5% das ações com direito de voto.

Da mesma forma que a pulverização parece muito mais presente entre as companhias listadas no Novo Mercado, esse segmento de listagem, ao que tudo indica, tem sido a principal opção para companhias que abrem o seu capital. De acordo com o estudo de Gorga (2008, p. 73), das 92 companhias listadas no Novo Mercado em 2007, 77 eram novos entrantes e apenas 15 migraram de outro segmento.

Por meio da análise de dados da BM&FBovespa, referentes ao período de 2004 a julho de 2011, foi possível confirmar a tendência de concentração das ofertas públicas iniciais no segmento do Novo Mercado. O gráfico 1 e a tabela 1 ilustram esse cenário.

Gráfico 1

Representatividade dos segmentos de listagem nas aberturas de capital na BM&FBovespa



Fonte: dados oficiais da BM&FBovespa.

Tabela 1
Volume de *Initial Public Offers* IPOs para cada segmento de listagem da BM&FBovespa

| PERÍODO | NOVO MERCADO | NÍVEL 1 | NÍVEL 2 | BDR | BOVESPA MAIS | TOTAL |
|---------|--------------|---------|---------|-----|--------------|-------|
| 2004 | 5 | 0 | 2 | 0 | 0 | 7 |
| 2005 | 7 | 0 | 2 | 0 | 0 | 9 |
| 2006 | 20 | 0 | 4 | 2 | 0 | 26 |
| 2007 | 43 | 8 | 7 | 6 | 0 | 64 |
| 2008 | 3 | 0 | 0 | 0 | 1 | 4 |
| 2009 | 5 | 0 | 1 | 0 | 0 | 6 |
| 2010 | 10 | 0 | 1 | 0 | 0 | 11 |
| 2011 | 10 | 0 | 0 | 0 | 0 | 10 |

Fonte: dados oficiais da BM&FBovespa.

Segundo os dados apresentados na tabela e no gráfico, é possível perceber que, de 2004 a 2011, a grande maioria das companhias que abriu capital optou pela listagem no Novo Mercado: em 2004, 71%; em 2005, 78%; em 2006, 77%; em 2007, 67%; em 2008, 75%; em 2009, 83%; em 2010, 91%; e, até 29 de julho de 2011, 100%.

Em face desses dados, é possível afirmar que, caso essas duas tendências se confirmem (concentração de IPOs no Novo Mercado e maiores níveis de pulverização acionária nesse segmento de listagem), o processo de pulverização, ao longo do tempo, tende a se intensificar.

4 O perfil do acionista minoritário no Brasil

Conforme exposto, o ingresso de pequenos investidores no mercado de valores mobiliários brasileiro concentrou-se entre o final da década de 1960 e início da de 1970. Esse breve período de participação do pequeno investidor no mercado de capitais brasileiro ocorreu de forma desastrosa, culminando na crise de 1971.

Nos anos 1980, o mercado acionário brasileiro apresentou um fraco desempenho. O valor de mercado das companhias listadas em bolsa manteve-se praticamente estagnado entre 1985 e 1992. No período de 1984-1986, contudo, as bolsas de valores brasileiras vivenciaram momentos de maior dinamismo, em razão da euforia gerada pelo Plano Cruzado, que reduziu as taxas de inflação. Não obstante, os

problemas com o referido plano e as alterações na política econômica desencadearam um movimento de retração do mercado em 1986 (SOUZA, 1998, p. 43-44).

Entre o final da década de 1980 e início dos anos de 1990, foi a vez de os investidores estrangeiros e institucionais assumirem o protagonismo no âmbito do mercado de capitais brasileiro.

A tabela 2 e o gráfico 2 a seguir demonstram a evolução do patrimônio de investidores institucionais ao longo do referido período.

Tabela 2
Patrimônio dos investidores institucionais nos anos 1986 e 1987 (em US\$ bilhões)

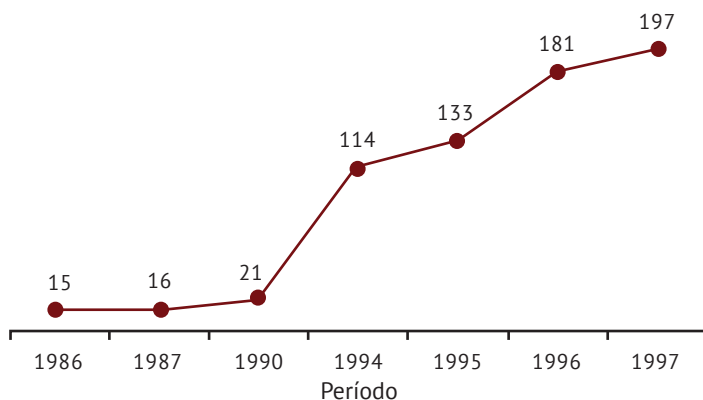
| ANO | FUNDOS MÚTUOS | FUNDOS DE PENSÃO | SEGURADORAS | TOTAL |
|------|---------------|------------------|-------------|-------|
| 1986 | 5 | 9 | 1 | 15 |
| 1987 | 7 | 8 | 1 | 16 |
| 1990 | 7 | 12 | 2 | 21 |
| 1994 | 54 | 55 | 5 | 114 |
| 1995 | 67 | 59 | 7 | 133 |
| 1996 | 104 | 69 | 8 | 181 |
| 1997 | 107 | 80 | 10 | 197 |

Obs. 1: As seguradoras incluem os fundos de pensão abertos.

Obs. 2: Os dados de 1987 são preliminares.

Fonte: Anbid, Abrapp, Susep.

Gráfico 2
Evolução do patrimônio de investidores institucionais

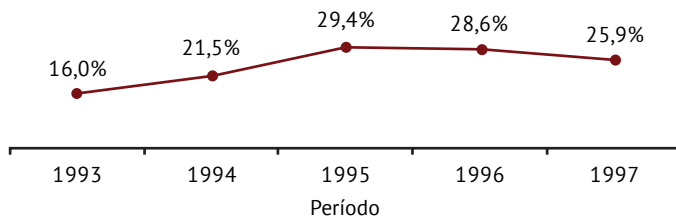


Fonte: Anbid, Abrapp, Susep.

De acordo com Souza (1998), em 1997, o patrimônio dos investidores institucionais, que somava US\$ 197 bilhões, representava cerca de 25% do PIB do país. Tratava-se de uma participação significativa, que evidenciava a importância desse segmento de investidores.

Em relação aos investidores estrangeiros, também podemos observar notável crescimento de seus níveis de participação no mercado acionário brasileiro: em 1993, 16%; em 1994, 21,4%; em 1995, 29,4%; em 1996, 28,6%; e em 1997, 25,9%, conforme ilustrado no gráfico 3.

Gráfico 3
Participação de investidores estrangeiros na Bovespa, de 1993 a 1997



Fonte: Bovespa

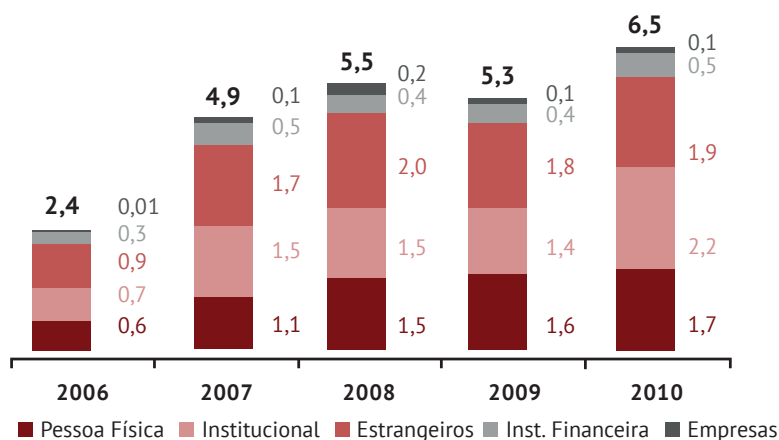
O aumento dos investimentos estrangeiros nas bolsas de valores brasileiras foi impulsionado, sobretudo, pelos seguintes fatores: (i) movimento geral de expansão dos fluxos de capitais voltados aos mercados emergentes; (ii) diversificação internacional dos portfólios de investidores institucionais; (iii) abertura financeira do mercado acionário brasileiro; (iv) privatizações; e (v) potencial de valorização das bolsas de valores domésticas.

Note-se que os investimentos estrangeiros concentraram-se em ações de empresas estatais em processo de privatização.

Atualmente, de acordo com o último Relatório Anual da BM&FBovespa (2010), os investidores institucionais brasileiros apresentam os mais elevados níveis de participação no mercado acionário brasileiro, seguidos pelos investidores estrangeiros e pessoas físicas. Os investidores estrangeiros e institucionais brasileiros, juntos, representam 63% do volume negociado em 2010. O gráfico 4 ilustra esse cenário:

Gráfico 4

Segmento Bovespa: evolução do volume médio diário por grupo de investidores (R\$ bilhões)



Fonte: Relatório Anual da BM&FBovespa, 2010.

Se, por um lado, os investidores institucionais domésticos apresentam os mais elevados níveis de participação no mercado acionário brasileiro, por outro, os investidores estrangeiros adquirem a maior parte das ações em ofertas públicas (BM&FBovespa, 2010).

Fica claro que investidores institucionais e estrangeiros apresentam protagonismo no mercado de capitais brasileiro. Já as pessoas físicas ainda representam um nicho de mercado menos explorado. Por essa razão, em setembro de 2010, a BM&FBovespa lançou a campanha “Quer ser sócio?”, como parte de uma estratégia para captar 5 milhões de investidores em 5 anos. O objetivo da campanha é popularizar os investimentos no mercado de valores mobiliários por meio de educação financeira.

A educação de investidores e a educação financeira também têm sido objeto de atenção da CVM. Em 22 de dezembro de 2010, por meio do Decreto nº 7.397, foi instituída a Estratégia Nacional de Educação Financeira, Enef, como resultado de esforços conjuntos do Comitê de Regulação e Fiscalização dos Mercados Financeiro, de Capitais, de Seguros, de Previdência e de Capitalização, Coremec, e de diversos órgãos e entidades públicas e privadas. Trata-se de política pública com o objetivo de proporcionar à população conhecimentos sobre planejamento, orçamento e consumo de produtos financeiros.

Entre as iniciativas previstas na Enef, destaca-se o Programa de Educação Financeira nas Escolas, conduzido com a participação de instituições dos setores

educacional e financeiro, privado e público, sob a coordenação da CVM. Ademais, anteriormente à instituição da Enef, teve início, em 2010, o Projeto Piloto de Educação Financeira nas escolas de ensino médio, cuja primeira etapa foi concluída e envolveu cerca de 900 escolas e 27 mil estudantes de escolas do Ceará, Tocantins, Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais e Distrito Federal (CVM, 2010).

Com base no exposto, é possível notar que, pela primeira vez na história do mercado de valores mobiliários brasileiro, há uma preocupação com a captação sustentável do pequeno investidor.

Durante muito tempo, a participação dos pequenos investidores foi marginalizada ou incentivada de forma irresponsável. Em um cenário de informação escassa e alto risco, poucos investidores poderiam aplicar seus recursos sem incorrer em substanciais prejuízos. É possível afirmar que, até pouco tempo, os altos níveis de assimetria informacional e a precariedade dos mecanismos de proteção aos pequenos investidores, além de outros fatores, acabavam por restringir a atratividade do mercado de capitais para os investidores não profissionais. Essa realidade contribuiu para afastar o pequeno investidor do mercado de valores mobiliários.

5 Conclusão

Ao longo do tempo, o mercado de capitais brasileiro passou por momentos de intensa instabilidade, potencializados, sobretudo, por ondas inflacionárias, estratégias políticas, crises financeiras, escândalos corporativos, supressão de garantias a investidores minoritários e crises internacionais.

A participação do pequeno investidor ganhou destaque no final da década de 1960 e início dos anos de 1970. A atração desse investidor, no entanto, deu-se de forma inadequada. O estímulo à aplicação de recursos nos fundos 157, por exemplo, induzia os contribuintes de imposto de renda a investirem no mercado de ações sem qualquer conhecimento sobre as políticas de investimento e funcionamento desses fundos. Incentivava-se, portanto, um investimento às cegas, sem que houvesse uma efetiva participação ou acompanhamento por parte dos investidores. Da mesma forma, durante o *boom* do mercado de capitais, pouco antes da crise de 1971, o Governo Federal manifestava sua simpatia irrestrita ao mercado de valores mobiliários brasileiro, o que acabou contribuindo para consolidar a ideia de que o mercado de capitais era um meio de enriquecimento fácil e rápido.

Diante desse contexto, os movimentos de especulação ganharam relevo e acabaram por culminar na crise de 1971. Além de perderem grande parte, quando não

a totalidade, de suas poupanças, os pequenos investidores perderam também a confiança no mercado de capitais brasileiro. Essa crise de credibilidade no mercado encontrou diversos motivos para estender-se: (i) fechamento das bolsas de valores (“Caso Nahas”); (ii) supressão de direitos durante o processo de privatizações; (iii) escândalo corporativo da Agrency; e (iv) crise de derivativos de 2008.

A despeito do cenário descrito, ao longo do tempo, algumas importantes melhorias foram implementadas no mercado de capitais brasileiro. A CVM passou por um processo de reestruturação e, atualmente, possui personalidade jurídica e patrimônio próprios, autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, autonomia financeira e orçamentária, e seus dirigentes têm mandato fixo e estabilidade. Essas mudanças permitem à autarquia ter um melhor desempenho de suas funções, quais sejam, fiscalizar e zelar pelo bom funcionamento do mercado de valores mobiliários.

A preocupação com maiores níveis de transparência e a gradual adoção de práticas de governança corporativa inspiraram a criação dos segmentos especiais de listagem da BM&FBovespa: Nível 1, Nível 2 e Novo Mercado. Esses segmentos contribuem para aumentar o comprometimento das companhias abertas diante de seus investidores e do mercado de capitais como um todo. A criação desses segmentos também contribui para a pulverização do controle acionário das companhias.

Por fim, ressalta-se que o aprimoramento do mercado de capitais brasileiro inclui a preocupação em educar a população, de modo a capacitá-la a fazer investimentos conscientes. O lançamento da campanha “Quer ser sócio?”, concebida pela BM&FBovespa em 2010, demonstra, pela primeira vez, uma preocupação não só em captar o pequeno investidor, mas, também, capacitá-lo a investir e a compreender o mercado de valores mobiliários brasileiro.

Diante do exposto, podemos concluir que o histórico do mercado de valores mobiliários brasileiro apresentou, ao longo do tempo, diversos aspectos capazes de desestimular o ingresso do pequeno investidor. Não obstante, parece haver uma preocupação recente em recuperar a credibilidade do mercado e atrair o pequeno poupador de maneira sustentável. Nesse contexto, os mecanismos de proteção a acionistas minoritários e o aprimoramento do mercado de capitais ganham especial relevo.

6 Referências

ALDRIGHI, Dante Mendes; OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de. **The Influence of Ownership and Control Structures on the Firm Performance: Evidence from Brazil** (March 15, 2007). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=972615>>. Acesso em: 10 de setembro de 2011.

ALMEIDA, J. S. G. As reformas financeiras de 1964-65: objetivos, rumos e desvios. In: **Texto para discussão IEI/UFRJ n. 59**. Rio de Janeiro: UFRJ, IEI, 1984.

BARCELLOS, Marta. **Histórias do Mercado de Capitais no Brasil**: depoimentos inéditos de personalidades que marcaram a trajetória das bolsas de valores do país. Rio de Janeiro: Elsevier; São Paulo: Bovespa, 2010.

BMFBOVESPA. **Boletim de Empresas**. Ed. 12, Ano 2. Disponível em: <www.bmfbovespa.com.br/empresas/boletim_empresas.asp>. Acesso em: 10 de agosto de 2010.

_____. **Relatório Anual da BM&FBovespa**. p. 41. Disponível em: <http://ri.bmfbovespa.com.br/upload/porta_investidores/PT/informacoes_financeiras/relatorios_anuais/relatorio-anual-2010.pdf>. Acesso em: 21 de abril de 2011.

BRASIL. Decreto nº 7.397, de 22 de dezembro de 2010. Brasília, 2010. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7397.htm>. Acesso em: 17 de novembro de 2011.

_____. Decreto-Lei nº 157, de 10 de fevereiro de 1937. Rio de Janeiro, 1937. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decrei/1960-1969/decreto-lei-157-10-fevereiro-1967-375813-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 13 de janeiro de 2011.

_____. Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001. Brasília, 2001. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/port/atos/leis/lei10303.asp>>. Acesso em: 13 de agosto de 2011.

_____. Lei nº 9.457, de 5 de maio de 1997. Brasília, 1997. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9457.htm>. Acesso em: 12 de maio de 2011.

_____. Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976. Brasília, 1976. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm>. Acesso em: 13 de janeiro de 2011.

_____. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Brasília, 1976. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2011.

_____. Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965. Brasília, 1965. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4728.htm>. Acesso em: 13 de janeiro de 2011.

_____. Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Brasília, 1964. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm>. Acesso em: 30 de maio de 2011.

_____. Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964. Brasília, 1964. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4506.htm>. Acesso em: 30 de novembro de 2011.

_____. Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964. Brasília, 1964. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4380.htm>. Acesso em: 11 de maio de 2011.

_____. Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964. Brasília, 1964. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4357.htm>. Acesso em: 16 de novembro de 2011.

_____. Resolução nº 1.287 do Conselho Monetário Nacional. Brasília, 1987. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1987/pdf/res_1287_v2_L.pdf>. Acesso em: 02 de junho de 2011.

CARVALHAL-DA-SILVA, André; LEAL, Ricardo. Corporate governance, market valuation and dividend policy in Brazil 7. In: **Coppead Working Paper Series**, n. 390, Nov. 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=477302>>. Acesso em: 15 de julho de 2011.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

COSTA, Roberto Teixeira da. **Mercado de Capitais: uma trajetória de 50 anos**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006.

DYCK, I. J. Alexander; ZINGALES, Luigi. Private benefits of control: an international comparison. **National Bureau of Economic Research**, Working Paper n. 8711, 2002. Disponível em: <www.nber.org/papers/w8711>. Acesso em: 23 de agosto de 2010.

FREITAS, M. Cristina P. A abertura do sistema bancário brasileiro ao capital estrangeiro. In: FREITAS, Maria Cristina P. de (Org.). **Abertura do sistema financeiro no Brasil nos anos 90**. Brasília: IPEA; São Paulo: Edições Fundap/Fapesp, 1999.

GORGA, Erica. Changing the Paradigm of Stock Ownership: From Concentrated Towards Dispersed Ownership? Evidence from Brazil and Consequences for Emerging Countries (April 2008). **3rd Annual Conference on Empirical Legal Studies Papers**. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1121037>>. Acesso em: 11 de março de 2011.

MACARINI, José Pedro. **Um aspecto da política econômica do “Milagre Brasileiro”**: A política de Mercado de Capitais e a bolha especulativa 1969–1971. Disponível em: <www.scielo.br>. Acesso em: 3 de abril de 2010.

MATTOS FILHO, Ary Oswaldo; PRADO, Viviane Muller. **Tentativas de desenvolvimento do mercado acionário brasileiro desde 1964**. Artigo pendente de publicação em 2011.

MB ASSOCIADOS. **Desafios e Oportunidades para o Mercado de Capitais Brasileiro**. Projeto realizado para a Bolsa de Valores de São Paulo. São Paulo: Bovespa – Bolsa de Valores de São Paulo, Mai. 2000.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **White paper on corporate governance in Latin America**. 2003. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/25/2/18976210.pdf>>. Acesso em: 11 de março de 2011.

PEDREIRA, José Luiz Bulhões; LAMY FILHO, Alfredo. **A lei das S/A**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

POSER, Norman; ROTH, Allan. **Pesquisa preliminar do mercado de capitais brasileiro**. Banco Central do Brasil, 1965.

RODRIGUES, Ana Carolina. A Crise de Derivativos Brasileira: Estudo do Caso Aracruz Celulose S.A. **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n. 14, jul./dez. 2010.

SOUSA, Lucy Aparecida de. **O Mercado de Capitais Brasileiro no período 1987-97**. Tese de Doutorado, Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1998.

VALADARES, Sílvia Mourthé; LEAL, Ricardo Pereira Câmara. **Ownership and control structure of Brazilian companies (2000)**. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=213409>. Acesso em: 22 de julho de 2011.

VALOR ECONÔMICO. Escândalo da Agrenco testará mercado. 23 de junho de 2008. Disponível em: <www.biodieselbr.com/noticias/biodiesel/escandalo-agrenco-mercado-23-06-08.htm>. Acesso em: 20 de agosto de 2010.

A personalidade jurídica de direito internacional do sujeito: a realidade em face da fundamentação positivista

LUIS FELIPE BICALHO

Mestrando em Direito das Relações Internacionais (UnICEUB/DF).
Servidor Público (TJDFT).

Artigo recebido em 22/07/2011 e aprovado em 16/06/2012.

SUMÁRIO: 1 Introdução • 2 A transformação das estruturas jurídicas internacionais • 3 A acessibilidade dos jurisdicionados na cena internacional • 4 A personalidade jurídica do sujeito na cena internacional • 5 Conclusão • 6 Referências.

RESUMO: O presente estudo busca analisar a possibilidade de consideração do indivíduo como pessoa jurídica de direito internacional. Em um primeiro momento, verifica-se a influência da globalização na construção das instituições jurídicas modernas. Sob um enfoque lógico-descritivo, o artigo destaca os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos do Homem – Sistema Interamericano e Sistema Europeu – e a crescente atividade judicante de suas respectivas Cortes Internacionais. Nesse ponto, a partir de um enfoque lógico-empírico, observa-se o Sistema Interamericano e a preocupação dos Estados membros em cumprir as diretrizes do Direito Internacional e efetivar as decisões da Corte Interamericana. Por fim, apresentam-se argumentos jusfilosóficos que corroboram com a capacidade postulatória dos particulares na cena internacional e infirmam a tradicional Teoria Positivista.

PALAVRAS-CHAVE: Sujeito • Personalidade internacional • Sistemas regionais.

The international legal personality of the subject: the reality in face of the positivist foundation

CONTENTS: *1 Introduction · 2 The transformation of international legal structures · 3 The accessibility of jurisdiction on the international stage · 4 The legal personality of international law of the subject · 5 Conclusion · 6 References.*

ABSTRACT: This article focuses on the possibility of considering the individual as a legal person of international law. At first, the article analyzes the influence of globalization on the construction of modern legal institutions. From a logical-descriptive approach, the article highlights the regional systems of protection of human rights - Inter-American System and European System – and the increasing adjudicative activity of their respective International Courts. At this point, from a logical-empirical approach, it studies the Inter-American System and the solicitude of the States parties to comply with the guidelines of international law and to give effect to the decisions of the Inter-American Court. At the end, the article presents philosophical arguments that acknowledge the *jus postulandi* of the individual on the international scene and repeal the traditional Positivist Theory.

KEYWORDS: Subject · International personality · Regional systems.

La personalidad jurídica de derecho internacional del sujeto: la realidad frente a la fundamentación positivista

CONTENIDO: *1 Introducción · 2 Los cambios de las estructuras jurídicas internacionales · 3 El acceso de los individuos postulantes en la escena internacional · 4 La personalidad jurídica del sujeto en la escena internacional · 5 Conclusión · 6 Referencias.*

RESUMEN: Este artículo analiza la posibilidad de considerar al individuo como persona jurídica de derecho internacional. Primeramente, se observa la influencia de la globalización en la construcción de las instituciones jurídicas modernas. Bajo un enfoque lógico-descriptivo, el artículo destaca los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos – Sistema Interamericano y Sistema Europeo – y la creciente actividad judicial de sus Cortes Internacionales. En ese punto, a partir de un enfoque lógico-empírico, se observa el Sistema Interamericano y la preocupación de los Estados miembros en cumplir las directivas del Derecho Internacional y efectuar las decisiones de la Corte Interamericana. Por fin, son presentados argumentos filosóficos que confirman la capacidad postulatoria de los particulares en la escena internacional e infirman el tradicional Positivismo Jurídico.

PALAVRAS CLAVE: Sujeto · Personalidad internacional · Sistemas regionales.

1 Introdução

Em especial nas últimas décadas, o processo de internacionalização do Direito alcançou proporções inéditas. A proliferação de temas tratados pelo Direito Internacional é um exemplo dessa nova realidade. Nessa paisagem jurídica que se formou, concorda-se quanto à necessidade de se implementar a tutela dos direitos fundamentais do homem não apenas no âmbito nacional, mas sobretudo no contexto internacional – entendimento que hoje se consagra pelo estabelecimento dos Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos e das Cortes Jurisdicionais com caráter internacional. Assim, nesse ponto, destaca-se o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), bem como o Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos e a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH).

O Estado tem como importante função favorecer e facilitar que o indivíduo alcance um projeto segundo suas aspirações individuais, maximizando todas as suas potencialidades. Contudo, ainda que esse ideal prestativo seja assegurado na Constituição política, constatam-se violações aos direitos dos jurisdicionados e, por vezes, não se conduz a busca da justiça para o caso concreto de forma adequada e satisfatória. Desse modo, considerando a proliferação de instrumentos normativos internacionais e o advento dos Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos, a CIDH e a CEDH exsurgem como alternativas para coibir violações e concretizar a totalidade dos direitos dos nacionais pertencentes aos Estados dos sistemas.

Nesse sentido, o estudo proposto busca analisar um tema que, no atual contexto da internacionalização do Direito, apresenta fundamental importância, qual seja, a capacidade postulatória dos particulares na cena internacional, em especial, nas Cortes Internacionais ora destacadas. Surge como inquietação intelectual, constituindo-se a hipótese contestável do presente estudo, a verificação dos fundamentos que corroboram a consideração do sujeito nacional como, de fato, uma pessoa de direito internacional.

Na primeira parte, analisa-se a realidade que se formou a partir do fenômeno da globalização, identificando as particularidades que definem o novo cenário mundial e os efeitos que se verificam sobre as instituições jurídicas.

Na segunda parte, empreende-se uma análise dos Sistemas Europeu e Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, apresentando o esboço de suas formações institucionais, seus principais instrumentos normativos, bem como os dados técnicos relacionados às atividades de suas respectivas Cortes. Nessa parte, obser-

vam-se as medidas adotadas pelos Estados do Sistema Interamericano na tentativa de dar efetividade às decisões emanadas pela Corte Interamericana.

Por fim, na terceira parte, busca-se evidenciar o sujeito como pessoa jurídica de direito internacional, apresentando os argumentos que ratificam a necessidade de aumento da acessibilidade jurisdicional do indivíduo e que destacam sua importância na nova cena internacional.

2 A transformação das estruturas jurídicas internacionais

O Direito Internacional não é um fenômeno recente da humanidade. A sua existência nos remete a tempos antigos, anteriores à formação do Estado, até mesmo contemporâneos ao início da civilização. As experiências são as mais diversas (VERDROSS, 1927). No Direito Hebraico, o sofrimento passado pelo próprio povo israelita no período de escravidão no Egito Antigo foi o fundamento para a criação de um corpo normativo que protegesse os estrangeiros. Não se ignorava a pluralidade dos povos, ao mesmo tempo em que se buscava respeitar as diferenças (WEIL, 1985, p. 34–43). Por sua vez, o Direito Helênico, em especial a prática da magistratura ateniense, remete-nos à existência de tribunais especiais – *xenodikai* e *nautodikai* – que julgavam unicamente casos envolvendo não-atenienses, ou seja, estrangeiros. Tal existência se deve puramente a razões práticas, tendo em vista o crescente desenvolvimento de Atenas e sua distinção como rota internacional para as práticas comerciais e marítimas na época (COHEN, 2005; MACDOWELL, 1986).

De fato, seria incoerente linearizar a experiência jurídica, ou ainda uniformizar a prática do Direito pelos povos. Basta uma simples observação para se concluir que o Direito Internacional sempre se aplicou distintamente, ou seja, na medida das particularidades de cada povo e de cada época. O que o difere no contexto histórico são os fundamentos que cada civilização institui para si como norteadores de suas relações internacionais.

Essa espécie de consciência legal, fenômeno abstrato que norteia o povo e o direciona na prática de suas relações é, de fato, constituída por preceitos que não podem ser ignorados na contextualização do Direito Internacional, pois resumem a importância da historicidade da internacionalização dos direitos como uma forma de imaginar e construir a realidade (BERMAN, 2005, p. 493). Nesse sentido:

These varied processes of legal consciousness have not often been the subject of international legal scholarship. Instead, international law scholars have tended to study formal legal mechanisms and have largely ignored the

more inchoate development of ideas about legality within populations. Of course, formal legal rules are often relevant to the formation of legal consciousness, but they are only the tip of the iceberg. *Any comprehensive study of the development of international and transnational norms must consider a more complex web of psychological and sociological phenomena.* (BERMAN, 2005, p. 497, grifos nossos)¹

Desse modo, conscientes dessa diversidade de formas e de aplicação do Direito Internacional ao longo das épocas, da complexidade inerente ao fenômeno jurídico, resta a dúvida: qual a realidade do Direito Internacional hoje? A dificuldade da pergunta é evidente, em especial pela sua amplitude. Entretanto, não se concebe uma resposta que desconsidere os desdobramentos decorrentes do fenômeno da globalização. De fato, a dinâmica social modificou-se e a proeminente característica nesse quadro é a abrupta diminuição das barreiras do espaço e do tempo. Sem dúvidas, a celeridade das mudanças e a amplitude dos efeitos definem um novo paradigma na experiência humana, deflagrando consequências muito além dos limites do fenômeno jurídico (BERMAN, 2005, p. 490). A nova realidade se caracteriza pela conectividade entre regiões, pessoas e culturas, determinando um múltiplo compartilhamento e influência dos mais diversos interesses, hábitos e costumes.

Esse fato não poderia deixar de ter efeitos sobre as instituições jurídicas. A mudança das estruturas jurídicas torna-se mero reflexo do inédito panorama de interação entre os Estados – efeitos de uma construção globalizada. E, na medida em que o fenômeno se intensifica, visualiza-se a crescente atribuição de importância ao Direito Internacional. Observando o Direito que emerge no início do séc. XX, afirma Marcelo Dias Varella (2005, p. 135, grifo nosso):

Esse direito, característico de um contexto em que prevalece a expansão da globalização, *desenvolve-se com a vontade dos Estados de multiplicar os assuntos tratados pelo direito internacional, apesar da ausência de necessidade, a priori, em vê-los tratados fora das fronteiras.*

1 “Estes processos variados de consciência jurídica não têm sido, com frequência, objeto de estudo da academia de Direito Internacional. Em vez disso, os estudiosos do Direito Internacional tendem a estudar mecanismos legais formais e têm ignorado o desenvolvimento mais rudimentar de idéias sobre a legalidade no seio das populações. Naturalmente, regras formais legais são muitas vezes relevantes para a formação da consciência jurídica, mas são apenas a ponta do iceberg. Qualquer estudo global sobre o desenvolvimento de normas internacionais e transnacionais deve considerar uma teia mais complexa de fenômenos psicológicos e sociológicos” (tradução nossa).

Igualmente, há de se frisar que, nas últimas décadas, a humanidade viveu um avanço tecnológico e científico sem precedentes. Contudo, tal prosperidade não se refletiu para todos, remanescendo mazelas ainda não superadas. Nesse contexto, o Estado, por meio da atuação de seus agentes oficiais, persiste como um dos maiores promotores de violações aos direitos dos jurisdicionados. Evidentemente, inserem-se nessa incongruência as violações dos Estados em face dos inúmeros acordos e convenções firmados internacionalmente que, igualmente aos ordenamentos pátrios, asseguram a inviolabilidade dos direitos dos cidadãos nacionais.

Não por outro motivo, compreende-se que a devida proteção aos Direitos Humanos não deve se comportar unicamente nos domínios do Estado, ou seja, não pode se resumir aos limites da competência nacional, da jurisdição doméstica exclusiva (PIOVESAN, 2002, p. 36). A importância do Direito Internacional se apresenta, atualmente, muito mais ligada a uma necessidade de solução imediata das inúmeras dificuldades, inclusive aquelas atinentes à proteção dos Direitos Humanos. Antônio Augusto Cançado Trindade (2006, p. 109-110, grifo nosso) afirma:

O crepúsculo deste século desvenda um panorama de progresso científico e tecnológico sem precedentes acompanhado de padecimentos humanos indescritíveis. Ao longo deste século de trágicas contradições, do divórcio entre a sabedoria e o conhecimento especializado, da antinomia entre o domínio das ciências e o descontrole dos impulsos humanos, das oscilações entre avanços e retrocessos, *gradualmente se transformou a função do direito internacional, como instrumental jurídico já não só de regulação como sobretudo de libertação.*

Essa concepção determinou mudanças substanciais na ordem internacional e catalisou transformações em curso. Tem-se a coexistência de sistemas normativos nacionais, regionais e internacionais, ora reestruturados no novo contexto, e esboçando uma interação que, por vezes, mostra-se complexa e instável (DELMAS-MARTY, 2002, p. 623). Essa realidade normativa encontra sua possibilidade a partir de uma inspiração comum para proteção dos Direitos Humanos, consolidada nos valores e nos princípios inscritos na Declaração Universal da ONU (PIOVESAN, 2002, p. 38).

Em outro aspecto, as prerrogativas de delimitação territorial, evidentemente ainda não descartadas, sofreram esvaziamento de seus discursos outrora absolutos. A noção tradicional de soberania relativiza-se a partir da possibilidade de intervenções no plano interno dos Estados nacionais em razão da necessidade de defesa dos Direitos Humanos. Verifica-se a transição de uma concepção “hobbesiana”

de soberania, centrada na figura do Estado, para uma concepção “kantiana” de soberania, centrada na cidadania universal (PIOVESAN, 2011, p. 36).

O Estado deve se submeter à lei da mesma forma que seus súditos (ROUSSEAU, 2000). Não por outro motivo, torna-se necessária a criação de uma autoridade internacional que se firme na independência institucional, composta por pessoas imparciais que possam analisar os fatos apresentados e decidir sobre a responsabilidade cabível ao ente estatal (RAMOS, 2002, p. 39-40). De fato, a possibilidade da responsabilização internacional do Estado é pressuposto para que as obrigações reciprocamente assumidas entre os entes estatais não se resumam a letra morta, perdendo completamente sua força jurídica vinculante. Desconsiderar o instituto equivaleria a reconhecer que os Estados não seriam obrigados a cumprir as normas jurídicas internacionais, permitindo-se, assim, a própria negação da ordem jurídica internacional.

Nesse entendimento, observa-se no último século a multiplicação dos Tribunais Internacionais voltados à defesa dos Direitos Humanos, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no âmbito do Sistema Interamericano, e a Corte Europeia de Direitos Humanos, no âmbito do Sistema Europeu.

A preocupação dos atores internacionais com a efetividade dos direitos declarados nos tratados é o fundamento para a criação das cortes internacionais, “cujo extraordinário desenvolvimento constitui, sem dúvida, expressão consensual da globalização” (CÁRGOMO LOBO, 2003, p. 398).

3 A acessibilidade dos jurisdicionados na cena internacional

3.1 Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos

O Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos tem como pilares o Conselho da Europa, criado pelo Tratado de Londres, em 05 de maio de 1949, e a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CESDH), assinada em Roma no dia 04 de novembro de 1950.

A Convenção sofreu algumas alterações em decorrência de diversos protocolos supervenientes, contudo, foi com o Protocolo nº 11, de 1998, que a estrutura do Sistema Europeu modificou-se substancialmente. A Comissão Europeia de Direitos Humanos e a antiga Corte Europeia de Direitos Humanos, que não era permanente, foram extintas, dando lugar a uma Corte com caráter permanente, composta atualmente por 47 juízes, representando cada um dos Estados da Convenção e do Conselho.

Cada Estado pode indicar três candidatos, os quais podem ou não ser cidadãos nacionais. Ressalta-se que essa proporcionalidade não será necessariamente verificada no corpo julgador das demandas. Não há garantias de que o Estado terá um representante nacional na Corte (POSNER; YOO, 2004, p. 56).

Definiu-se que a Corte Europeia de Direitos Humanos seria o principal órgão de toda a estrutura regional, permitindo-se ao indivíduo, a partir de então, pleitear diretamente sobre a responsabilidade internacional do Estado.

Igualmente, também cabe à Corte Europeia, por meio de seus comitês e seções, o juízo de admissibilidade das petições individuais e das denúncias recebidas, conforme os procedimentos e critérios dispostos a partir do art. 28 da CESDH (CONSELHO DA EUROPA, 1950).

No Sistema Europeu, com o advento do Protocolo nº 11, implementou-se a capacidade jurídico-processual dos indivíduos nos procedimentos perante a Corte Europeia de Direitos Humanos e, nesse sentido, inseriu-se o cidadão europeu no eixo da normatividade internacional. Atualmente, as possibilidades são amplas: qualquer Estado membro, grupo de particulares, organização não-governamental e indivíduo pode reclamar violação dos Direitos Humanos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos (POSNER; YOO, 2004, p. 56). Ademais, conforme o artigo 34 da CESDH (CONSELHO DA EUROPA, 1950), as altas partes contratantes comprometem-se a não criar qualquer entrave ao exercício efetivo desse direito de acessibilidade jurisdicional.

Essa modificação estrutural, verdadeiro marco na acessibilidade processual dos sistemas regionais de proteção, aumentou vertiginosamente a atuação jurisdicional da Corte Europeia de Direitos Humanos. A partir do referido protocolo, o número de casos submetidos ao crivo da Corte passou de 8.400, em 1999, para 61.300, em 2010. Observando-se o número acumulado de casos submetidos, a Corte recebeu de 1999 até 2010 cerca de 405.400 aplicações (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 2010).

Entretanto, parte substancial dessas reclamações individuais não foi admitida pelo Tribunal Europeu – ou porque não possuem uma repercussão ampla, resumindo-se a reclamações não importantes, ou porque buscam a resolução de casos análogos aos que a Corte já decidiu (SCRIBNER; SLAGTER, 2009, p. 9-10). Contudo, ainda assim, milhares de casos vão a julgamento na Corte Europeia de Direitos Humanos. Considerando-se o período de 1999 a 2010, a Corte realizou efetivamente 12.860 julgamentos (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 2010).

3.2 Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos

3.2.1 Atividade jurisdicional no Sistema Interamericano

O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos é composto, essencialmente, pelos seguintes diplomas normativos: a) Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948; b) Carta da Organização dos Estados Americanos, de 1948, que constituiu a Organização dos Estados Americanos (OEA); c) Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) ou Pacto de São José da Costa Rica, de 1969; d) Protocolo de San Salvador, de 1988, concernente aos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais.

A Carta da Organização dos Estados Americanos e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem foram assinadas durante a IX Conferência Internacional dos Estados Americanos. Cumpre destacar que a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de abril de 1948, representou o primeiro instrumento internacional de proteção aos Direitos Humanos com caráter geral, visto que a Declaração Universal de Direitos Humanos foi aprovada pela Organização das Nações Unidas somente em dezembro de 1948 (TRINDADE, 1991, p. 326-327).

No âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, a competência para conhecer dos assuntos relacionados ao cumprimento da Convenção Americana, assim como para o recebimento de denúncias individuais, cabe a dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sediada em Washington/DC, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, sediada em San Jose da Costa Rica (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

A Comissão Interamericana foi criada em 1959, na 5ª Reunião de Ministros das Relações Exteriores da OEA e, atualmente, é o órgão ao qual incumbe a aplicação das normas da Carta da OEA e da Declaração Americana, analisando, nesse sentido, petições individuais e denúncias, determinando quais serão encaminhadas ou não à Corte Interamericana (RAMOS, 2001, p. 56-59).

Por sua vez, a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi criada em 1969, por meio da Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica, e entrou em vigor em 1978, quando atingiu o número mínimo de 11 ratificações. Podem aceitar e reconhecer a jurisdição da Corte Interamericana os Estados que compõem a OEA e que, evidentemente, aderiram à Convenção Americana.

Quanto ao acesso direto ao órgão jurisdicional, o Sistema Interamericano ainda não prevê essa possibilidade. Apenas a Comissão Interamericana e os Estados partes

podem submeter denúncias à Corte Interamericana, visto que não há previsão de legitimidade postulatória do indivíduo, nos termos do art. 61 da Convenção Americana de Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Contudo, desde 2000, a Corte vem empreendendo o diálogo com os diferentes atores e usuários do Sistema Interamericano, sempre se atentando para a questão da acessibilidade direta do sujeito à Corte. Com a primeira fase de modificações, permitiu-se ao indivíduo vindicar seus direitos de modo mais simples e em todas as etapas do processo. De fato, iniciou-se um importante processo de abertura jurisdicional, perceptível a partir da análise dos dados estatísticos disponibilizados nos relatórios anuais das instituições do Sistema Interamericano.

De início, ampliou-se o número de reclamações individuais interpostas na Comissão Interamericana. Segundo o último relatório anual, passou-se de 658 denúncias recebidas, em 2000, para 1.431 denúncias, em 2009. Do mesmo modo, constata-se o aumento no número de petições aceitas após o juízo de admissibilidade realizado pela Comissão (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009b).

Quanto à Corte Interamericana, a apresentação de denúncias, assim como as solicitações de opiniões consultivas e de medidas provisórias, aumentou substancialmente. Nesse aspecto, no que tange à atividade contenciosa do Tribunal, destaca-se a concentração de demandas no período de 2000 a 2010, correspondendo a 117 dos 151 casos acumulados até então (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011).

Todavia, a acessibilidade dos particulares, assim como das organizações não governamentais, ainda se restringiu ao âmbito da Comissão Interamericana que, por sua vez, poderia ou não enviar a reclamação (demanda) para a Corte, após o devido procedimento de investigação.

A segunda fase de modificações do Regulamento se deu em 2009. E, a partir das consultas, verificou-se que um dos maiores apelos ainda era aquele referente à acessibilidade jurisdicional direta do sujeito à CIDH. Esse ponto foi abordado nas sugestões de diversos Estados, a exemplo do Brasil, Bolívia, Barbados, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, México e Peru. Igualmente ofereceram sugestões nesse sentido organizações da sociedade civil, como o Centro pela Justiça e o Direito Internacional, a *Comisión Colombiana de Juristas*, o *Grupo Interdisciplinario por los Derechos Humanos*, a *Comisión Intereclesial de Justicia y Paz*, a *Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos*, o *Centro de Derechos Humanos de la Montaña Tlachinollan*, dentre outras (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009a).

As atribuições e a forma de participação da Comissão foram alteradas. Conforme o novo Regulamento, não cabe mais à Comissão dar início ao procedimento perante a Corte com a apresentação da demanda, bastando, para tal, o envio do relatório de mérito do caso, consoante o artigo 50 da Convenção. No relatório, a Comissão deverá apresentar as razões que a motivaram a submeter o caso à Corte. A Comissão também não mais poderá apresentar testemunhas e declarações de supostas vítimas, bem como poderá oferecer peritos apenas em algumas circunstâncias. Segundo o regulamento anterior, caberia à Comissão assumir a representação legal no procedimento perante a Corte, no caso da suposta vítima ser carente de patrocínio. O novo Regulamento cria a figura do Defensor Interamericano, ao qual é atribuída a função de representar legalmente essas vítimas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009a).

Conclui-se que o novo Regulamento definiu maior protagonismo na condução do litígio aos representantes das vítimas, ou supostas vítimas, e ao Estado demandado, estabelecendo maior equilíbrio processual entre as partes. Entretanto, o acesso direto dos indivíduos à Corte Interamericana ainda não foi permitido.

Há possibilidade de que nos próximos anos o Sistema Interamericano sofra alterações, implementando o acesso direto do indivíduo à Corte e concretizando outros ideais democráticos na própria operacionalização do sistema, a exemplo da experiência da Corte Europeia de Direitos Humanos. Nas palavras de Christine Cerna, “*the Europeanization of the Inter-American System*”² (apud SCRIBNER; SLAGTER, 2009, p. 13). Na experiência europeia, o *jus standi* é outorgado ao cidadão, passando este a figurar como um importante ator na realidade jurisdicional, atuando diretamente na defesa de seus direitos. A aplicação desse mecanismo na realidade interamericana, por vezes, foi suscitada:

Como não é razoável conceber direitos sem a correspondente capacidade processual de vindicá-los, *essa evolução se consolidará no dia em que se adotar – como venho sustentando há anos – um Protocolo à Convenção Americana outorgando acesso direto dos indivíduos à Corte Interamericana* (passando, assim, do *locus standi* ao *jus standi*). Mas já com o novo Regulamento do Tribunal, os indivíduos demandantes passam a desfrutar de igualdade processual com os estados demandados. (TRINDADE, 2011, p. 1, grifos nossos)

Não obstante o crescimento do número de casos submetidos à Corte Interamericana, bem como o número de julgamentos realizados, o Sistema Interamericano

2 “[...] a Europeização do Sistema Interamericano” (tradução nossa).

ainda encontra diversas dificuldades, em especial pelo atraso no desenvolvimento econômico da região, fato que evidentemente influi na acessibilidade da maioria da população aos órgãos de proteção dos Direitos do Homem. Contudo, ainda assim, os Estados partes do Sistema Interamericano buscam dar efetividade às decisões emanadas pela Corte (CAVALLARO; ERIN BREWER, 2008).

3.2.2 A atuação dos Estados do Sistema Interamericano

Considerando a natureza declaratória da sentença da CIDH, indicando diretamente o modo como se procederá à reparação das vítimas, a Convenção Americana (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969) dispõe:

Art. 68. [...] 2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

Desse modo, em outras palavras, a Convenção não estabelece qualquer procedimento específico para a materialização da sentença internacional e prevê que o pagamento das reparações indenizatórias pode seguir o procedimento ordinário de execução de sentenças contra a Fazenda Pública disposto no ordenamento do Estado parte (ALMEIDA DE LEITE, 2006, p. 14).

O que de fato se verifica é um mecanismo que, ora inserido na própria Convenção, busca assegurar um mínimo de eficácia à sentença internacional. Por conseguinte, anula-se o argumento refratário, suscitado diversas vezes pelas instituições nacionais, quanto à inexistência de procedimento específico para concretização da sentença internacional no âmbito interno dos Estados.

Certo de que as partes contratantes não podem invocar disposições de direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1969), seria prudente também considerar como igualmente inadmissível a possibilidade de os Estados declinarem de suas obrigações internacionais pela alegação da ausência de normas domésticas aplicáveis à matéria.

Nesse aspecto, favoravelmente, alguns Estados membros do Sistema Interamericano ampliaram as garantias asseguradas na Convenção – a exemplo da Colômbia e do Peru. O Estado Colombiano editou a Lei nº 288, de 1996, a fim de disciplinar o cumprimento de indenizações pecuniárias impostas pelo Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OSUNA, 2002, p. 16-17).

Por sua vez, o Estado Peruano modificou sua Constituição. A acessibilidade a Tribunais Internacionais, em especial à CIDH, foi alçada à garantia constitucional dos nacionais, definindo-se o artigo 205 da Carta Fundamental Peruana nos seguintes termos:

Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituídos según tratados o convenios de los que el Perú es parte. (OSUNA, 2002, p. 16)³

Contudo, a realidade que demonstra a preocupação dos Estados membros com a materialização e efetividade do Sistema Interamericano é mais evidente quando se analisa o exemplo do Estado Brasileiro.

3.2.3 O Brasil e a implementação de decisões da Corte

O Brasil não implementou um procedimento específico para dar cumprimento às indenizações pecuniárias determinadas pela CIDH, não obstante a tentativa de modificação do Código de Processo Civil a partir do Projeto de Lei nº 420, do Senado Federal, o qual buscou incluir, como título executivo judicial, as sentenças da Corte Interamericana, bem como determinar o prazo de 90 dias para o pagamento da indenização (ALMEIDA DE LEITE, 2006, p. 2).

A partir dessa lacuna procedimental, a teoria diverge. Alguns defendem que, no caso de condenação da Corte Interamericana, a execução deve seguir as disposições do direito interno relativas à execução de sentença, ou seja, obedecer a ordem de precatórios prevista para os demais créditos cobrados da Fazenda Pública. Nesse sentido:

Assim, além das sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos terem a potencialidade de, plena e eficazmente, declarar a responsabilidade internacional do Estado por inobservância de preceitos da Convenção Americana, também valem como título executivo no Brasil, tendo aplicação imediata, devendo, para isso, tão somente obedecer aos procedimentos internos relativos à execução de sentenças. (MAZZUOLI, 2005, p. 3)

3 “Esgotada a jurisdição interna, quem se considerar lesado nos direitos que a Constituição reconhece pode recorrer aos tribunais ou organismos internacionais constituídos segundo tratados ou convenções dos quais o Peru é parte” (tradução nossa).

Outra vertente acredita que, por se tratar de uma condenação internacional ao Estado por violação dos Direitos Humanos, o pagamento deve ser prioritário, ou mesmo imediato, sequer entrando no rol dos precatórios (PÁDUA, 2006, p. 185).

Assim, na primeira hipótese, o pagamento seria conforme o que dispõe o art. 100, § 1º, da Constituição Federal de 1988, com nova redação advinda da Emenda Constitucional nº 62, de 09 de dezembro de 2009:

Art. 100.

[...]

§ 1º *Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos [...].* (BRASIL, grifos nossos)

A divergência se justifica em virtude da morosidade do processo de execução contra a Fazenda Pública, haja vista que, mesmo a sentença da CIDH sendo tratada como título executivo judicial inserido no rol de créditos alimentícios – ou seja, com tratamento prioritário –, ainda assim se verificaria uma longa espera pelo pagamento por meio da ordem dos precatórios públicos.

E, perdurando a demora no cumprimento da sentença, o Estado brasileiro incorreria em outras violações aos direitos assegurados no Sistema Interamericano e, por conseguinte, em nova responsabilização internacional. Nesse sentido:

El incumplimiento de una sentencia de la Corte impide que cesen las consecuencias de la violación original establecida por la Corte, incurriendo el Estado en cuestión, de ese modo, en una violación adicional a la Convención, así como en una delegación del acceso a la justicia a nivel tanto nacional como internacional. (OSUNA, 2002, p. 10)⁴

Inevitavelmente, as modificações realizadas pelos outros Estados membros, ainda que não obrigatórias, seriam necessárias face às dificuldades da realidade processual brasileira. Essa é justamente a proposta da outra vertente. A fim de evitar essa conhecida demora no cumprimento das sentenças contra o Poder Público, propõe-se a adoção de um procedimento distinto daquele dos precatórios, que cumpra de modo imediato a sentença reparadora definida pela CIDH.

4 “O não cumprimento de uma sentença da Corte impede que cessem as consequências da violação original estabelecida pela Corte, incorrendo o Estado em questão, desse modo, em uma violação adicional à Convenção, assim como em uma delegação do acesso à justiça a nível tanto nacional como internacional” (tradução nossa).

Desse modo, o que se infere do caso brasileiro? Mesmo não se adotando quaisquer medidas, a questão já tem causado discussões entre operadores do direito e legisladores. A inquietação com o modelo adotado no âmbito interno evidencia a iminente inovação nas disposições processuais para cumprimento de sentenças exaradas pela Corte Interamericana. E, para se vislumbrar qualquer modificação, necessariamente deve se passar pelo diálogo teórico entre o sistema processual internacional e o sistema processual interno - o que efetivamente tem ocorrido (MAEOKA, 2007, p. 553-560).

Nesse aspecto, o que se destaca é a tentativa paradoxal de conciliar a lacuna procedimental com a importância crescente da atuação da Corte Interamericana e das sentenças advindas de sua atuação no âmbito regional. Para tal constatação, basta verificar o procedimento que o Estado brasileiro encontrou para dar cumprimento às sentenças.

Atualmente, as condenações às quais o Brasil se submeteu, por serem ainda poucas, foram executadas por meio de Decreto Presidencial, autorizando a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República a dar cumprimento à sentença e a realizar as gestões necessárias para os pagamentos das respectivas indenizações pecuniárias das vítimas. Essa reparação, até então, tem sido feita imediatamente após a publicação do Decreto, logo após a tomada das providências por parte da Secretaria da Presidência.

O que se pode concluir quanto à atual realidade brasileira é que, na prática, o pagamento tem sido realizado de forma célere, sem a inserção do crédito na lista de precatórios contra a Fazenda Pública (ALMEIDA DE LEITE, 2006, p. 14-15). Ou seja, com ou sem procedimento específico, divergindo ou não quanto à necessária celeridade a ser empregada, a implementação, pelo menos quanto ao pagamento de indenizações, tem sido prontamente verificada – por enquanto.

4 A personalidade jurídica do sujeito na cena internacional

4.1 A incompatibilidade da teoria positivista com a realidade

Pode-se conceituar o sujeito de direito internacional como aquele que é capaz de ser titular de direitos e de obrigações na cena internacional (VARELLA, 2010, p. 3). Por muito tempo, com esse feixe de atribuições, tinha-se apenas a figura do Estado. No entanto, nos últimos anos, as Organizações Internacionais adquiriram uma nova importância na ordem mundial. O processo de institucionalização das relações interna-

cionais resultou em um aumento substancial do número de Organizações. Os Estados passam a transferir atribuições, as quais, espera-se, deverão ser melhor desempenhadas pelas instituições criadas (VARELLA, 2010, p. 259). Por esta razão, compreendem-se os Estados e as Organizações Internacionais como sujeitos de direito internacional, detentores de personalidade jurídica originária e derivada, respectivamente.

No entanto, discute-se, atualmente, a consideração do indivíduo como sujeito de direito internacional. O motivo para inquietação deve-se justamente à acessibilidade jurisdicional que tem sido conferida ao indivíduo nos foros internacionais, em especial em tribunais para proteção dos Direitos Humanos. Eis a dúvida: o direito de acesso direto às Cortes Internacionais é suficiente para atribuição de personalidade jurídica internacional ao indivíduo?

Assim, questiona-se a compreensão positivista iniciada por Jeremy Bentham, em 1789, na obra *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. A inteligência de que somente os Estados podem ser sujeitos de direito internacional passa a ser contestada (JANIS, 1984, p. 61).

Alguns autores afirmam que se trata de um direito atribuído pelo Direito Internacional e que, portanto, estabelece novo titular de direitos, ou seja, novo sujeito de direito internacional. Essa ideia foi inicialmente levantada, no século XVIII, por William Blackstone, para quem indivíduos e Estados eram indistintamente sujeitos do direito das gentes (*law of nations*) (JANIS, 1984, p. 62). Nesse sentido:

O Direito Internacional dos Direitos Humanos contribui, assim, decisivamente, ao processo de humanização do Direito Internacional. O tratamento dispensado aos seres humanos pelo poder público não é mais algo estranho ao Direito Internacional. Muito ao contrário, é algo que lhe diz respeito, porque *os direitos de que são titulares todos os seres humanos emanam diretamente do Direito Internacional. Os indivíduos são, efetivamente, sujeitos do direito tanto interno como internacional*. E ocupam posição central no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sejam ou não vítimas de violações de seus direitos internacionalmente consagrados. (TRINDADE, 2003, p. 436, grifos nossos)

Outros consideram que essa possibilidade de participação do indivíduo não passa de uma transferência do exercício de um direito, que, na prática, continua na titularidade do Estado. De fato, observando a teoria, constata-se que prepondera a consideração dos Estados e das Organizações Internacionais como únicos sujeitos de direito internacional (TRINDADE, 2003, p. 3).

Segundo Francisco Rezek (2002), os sujeitos de direito, em determinado sistema jurídico, não precisam ser idênticos quanto à natureza ou às potencialidades.

Parece-nos que a assertiva serve para a reafirmação do indivíduo como sujeito de direito internacional, na medida em que deixa clara a assimetria de capacidades e de competências entre os atores internacionais, sem, contudo, infirmar a existência da personalidade jurídica.

Se o indivíduo não pode influenciar, a título próprio, a produção normativa, a exemplo das Organizações Internacionais, inegavelmente a sua atuação nos foros internacionais implica na afirmação de uma práxis jurídica no ambiente internacional e no despertar de uma expectativa de coerência entre o sistema jurídico nacional e as diretrizes elementares do direito das gentes, mormente aquelas definidas nos tratados de proteção dos Direitos Humanos. Por certo tempo, essa compreensão se resumiu à parte da teoria:

Until recently, the recognition that actors other than states participate in customary international law (CIL) has been confined to the observation of legal realists. The role of non-state actors in the formation of CIL has not been adequately considered or explored despite vital questions that arise from the realists' observations. (OCHOA, 2007, p. 121)⁵

Contudo, conforme demonstrado, o crescimento na acessibilidade jurisdicional no âmbito dos Sistemas Interamericano e Europeu de Proteção dos Direitos Humanos implica na formação factual e normativa de um costume internacional voltado à premissa de que o indivíduo, de fato, é sujeito de direito internacional (OCHOA, 2007, p. 121). Nesse ponto, evidencia-se a incompatibilidade da teoria positivista com a descrição das estruturas e das instituições jurídicas da realidade internacional:

The reality of practice contradicts the positivist insistence that international Law applies only to relations among states. Insofar as the purpose of theory is to describe reality, the positivist, subject-based theory is inadequate.

[...]

It is wrong, both in terms of describing reality and in terms of preferential expression, for the theory of international law to hold that individuals are

5 “Até recentemente, o reconhecimento de que outros atores, que não os Estados, participem no direito internacional consuetudinário (DIC) foi confinado à observação de realistas jurídicos. O papel dos atores não-estatais na formação de DIC não foi adequadamente considerado ou explorado, apesar de questões vitais que surgem a partir das observações dos realistas” (tradução nossa).

outside the ambit of international law rules. Individuals are and should be within this realm. (JANIS, 1984, p. 73-74)⁶

A proposta da teoria positivista apenas resume uma tentativa de categorização dos sujeitos de direito internacional, aplicada por um longo período, mas já superada em decorrência dos desdobramentos da nova realidade:

The positivist notion that individuals are fit subjects for international law springs not from a description of reality, but from a jurisprudential philosophy most concerned with a subject-based categorization of types of law. (JANIS, 1984, p. 74)⁷

Assim, o aumento da acessibilidade jurisdicional do indivíduo na cena internacional, impulsionada pelo advento dos Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos, define uma nova prática não prevista pela teoria positivista.

4.2 A necessidade de observação do tratado

Igualmente, Hans Kelsen incita o leitor em sua obra *Princípios do Direito Internacional*: “Indivíduos, não como órgãos de Estado, mas como pessoas privadas, podem ter direitos internacionais com relação a Estados ou outra pessoa individual?” A resposta é, se não a mais curta, talvez a mais simples para a compreensão do tema:

O Direito Internacional, particularmente um tratado, confere direitos a indivíduos ao autorizar pessoas privadas a levar perante um tribunal nacional ou internacional um procedimento judicial contra um Estado. Nesse caso, o tribunal pode averiguar a violação do Direito, ou seja, os direitos da pessoa privada (o demandante) perante o Estado (o acusado), e ordenar a reparação. (KELSEN, 2010, p. 190)

Assim, entende-se que o tratado que conferiu os direitos aos indivíduos, no caso em estudo, o instrumento que definiu a estrutura do Sistema Regional de Proteção

6 “A realidade da prática contradiz a insistência positivista de que o Direito Internacional só se aplica às relações entre os Estados. Na medida em que o objetivo da teoria é descrever a realidade, a teoria positivista quanto a subjetividade é inadequada. [...] É incorreto, tanto em termos descritivos da realidade quanto em expressão preferencial, para a teoria do Direito Internacional sustentar que os indivíduos estão fora do âmbito das normas internacionais. Os indivíduos estão e devem ser inseridos nesta esfera” (tradução nossa).

7 “A noção positivista de que os indivíduos é apenas um tema do Direito Internacional não advém de uma descrição da realidade, mas de uma filosofia do direito mais preocupada com uma categorização subjetiva de tipos de direito” (tradução nossa).

dos Direitos do Homem, estabelece a forma e os procedimentos para o acesso do indivíduo perante o Tribunal Internacional. Segundo Kelsen, para tal efeito, o tratado é suficiente para definir ou não a condição de sujeito de direito internacional do indivíduo. Se o instrumento assim o definir, encerra-se a discussão.

Ora, se as capacidades e as competências das Organizações Internacionais resultam da conjugação de vontade dos Estados, igualmente caberá ao Estado, a partir da manifestação soberana de sua vontade, definir as capacidades e as competências do indivíduo no cenário internacional.

Tanto a Organização Internacional, quanto o indivíduo, apresentam-se como sujeitos de direito internacional limitados pela vontade do Estado. Por esse motivo, classifica-se a personalidade das Organizações Internacionais como derivada. O mesmo critério poderia ser adotado para a classificação da personalidade jurídica do indivíduo.

De fato, o restrito acesso à justiça no plano internacional sempre foi uma condicionante da realidade processual da defesa dos Direitos Humanos. Todavia, no atual contexto, verificam-se importantes mudanças na compreensão e na utilização dos mecanismos disponíveis aos jurisdicionados para proteção contra as violações cometidas pelo poder estatal. Nas palavras de Cançado Trindade (2011, p. 1):

O acesso direto dos indivíduos à jurisdição internacional constitui verdadeira revolução jurídica, que lhes possibilita vindicar seus direitos contra as manifestações do poder arbitrário, e que dá um conteúdo ético às normas tanto do Direito Público interno como do Direito Internacional.

Considerando a descrição da realidade apresentada, a questão que se levanta não poderia ser outra: quais as implicações de um rearranjo da teoria, voltando-se para a consideração do indivíduo como sujeito de direito internacional? De fato, trata-se de indagação quanto à inteligência do Direito e de suas técnicas jurídicas, as quais não mais permitem a completa compreensão desse novo contexto internacionalizado (LEITE, 2003).

Entende-se que o reconhecimento da legitimidade postulatória do indivíduo modifica as estruturas do Direito Internacional, determina a isonomia processual em relação ao Estado e transforma a práxis jurídica dos Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos, aproximando-a da realidade do nacional e diminuindo a distância inerente ao complexo tema (LEAL, 2003, p. 43). Evidentemente, esses efeitos definem uma maior importância para o momento de elaboração do tratado, assim como para posteriores interpretações do instrumento normativo.

5 Conclusão

O fenômeno da globalização e o processo de internacionalização do Direito criaram inúmeras possibilidades para a vida humana. Emerge um novo ambiente, caracterizado pela eliminação das barreiras do tempo e do espaço, e a experiência jurídica definitivamente adquire um caráter internacionalizado. A busca pelos alicerces do Direito Internacional reflete a urgência de uma resposta eficaz da comunidade internacional aos desafios do novo século, em especial àquele que se refere à proteção dos Direitos Humanos. A temática, outrora atribuída à jurisdição doméstica do Estado, passa a ser tratada com destaque no contexto mundial, com a atuação dos mais relevantes atores internacionais.

Nesse ponto, destaca-se a implementação dos Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos, como o Sistema Interamericano e o Sistema Europeu. Evidentemente, não obstante a existência dessas estruturas regionais e dos avanços verificados, ainda se constata inúmeras violações aos direitos consagrados nos ordenamentos pátrios e nos instrumentos normativos internacionais. Assim, a criação dos órgãos jurisdicionais de caráter internacional destaca-se como importante alternativa na busca pela proteção dos direitos dos nacionais face às violações cometidas pelos Estados.

A atuação dos Tribunais Internacionais verdadeiramente contribui para construção de uma sociedade internacional, conceito incipiente que emerge a partir do novo cenário de acessibilidade jurisdicional e de potencialidade do indivíduo em influenciar a interpretação dos tratados referentes aos Direitos Humanos. Observa-se uma revolução paradigmática, na medida em que se deslocam os olhares para a atuação de um novo e influente agente modificador: o indivíduo. Nesse ponto reside a hipótese contestável do presente estudo, qual seja, verificar a capacidade postulatória dos particulares na cena internacional, a possibilidade de consideração do indivíduo como sujeito de direito internacional, intrincada questão em que a teoria diverge.

Compreende-se que o advento dos Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos e das Cortes Internacionais, assim como o aumento da acessibilidade jurisdicional, define um novo panorama jurídico não comportado pela teoria positivista. O protagonismo do Estado na transformação da cena internacional relativizou-se a partir do crescimento de importância da figura do indivíduo. A assertiva se confirma nos dados extraídos dos relatórios das instituições que constituem os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos. De fato, a teoria positivista não descreve essa nova realidade, permeada pela participação direta e indireta do indivíduo.

No Sistema Europeu, a figura do indivíduo como sujeito de direito internacional consolida-se a partir de sua atuação na realidade jurisdicional europeia, com a possibilidade de apresentação direta de reclamações à Corte Europeia de Direitos Humanos e de participação em todas as etapas processuais da demanda. Por sua vez, no Sistema Interamericano, as consultas realizadas pela Corte Interamericana para a alteração de seu regulamento possibilitaram delinear um panorama dos anseios dos usuários e dos atores do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Na segunda fase de diálogo, realizada em 2009 e 2010, um ponto ficou evidente: a inclinação generalizada por uma maior abertura do acesso jurisdicional dos indivíduos perante a Corte, assim como se verifica no contexto europeu. De fato, observa-se o estímulo de uma práxis jurídica nos foros internacionais voltada à consideração do indivíduo como elemento essencial na construção desse novo cenário.

Há de se destacar que alguns Estados membros do Sistema Interamericano têm implementado modificações legais e constitucionais, bem como as correspondentes reformas de caráter institucional, para que se possibilite dar efetividade irrestrita às decisões emanadas pela Corte Interamericana. Não se aceitando a falácia no sentido de que simplesmente se produzindo uma transformação normativa estará assegurada a igual transformação no plano de implementação, conclui-se que a preocupação dos Estados membros evidencia a percepção de que o novo contexto não pode ser ignorado, inclusive no que se refere à possibilidade, cada vez mais corrente, de responsabilização internacional do ente estatal.

Igualmente, destaca-se a inteligência de que, sendo definida a personalidade jurídica do indivíduo no texto do tratado, encerram-se as dúvidas quanto à capacidade postulatória do sujeito. Desse modo, poderia se definir o indivíduo como um sujeito de direito internacional com personalidade derivada, assim como as Organizações Internacionais. A restrição do acesso à justiça no plano internacional em decorrência de preocupações com a desatualizada categorização positivista não pode impedir a afirmação do indivíduo como sujeito de direito internacional.

E, na medida em que a realidade é construída, evidencia-se o preceito inicial: a importância da contextualização do Direito Internacional, sendo esse próprio elemento constitutivo da globalização, bem como produto das transformações constatadas. Por conseguinte, determina-se uma nova dimensão ao contexto mundializado: ratifica-se a condição do sujeito de direito *vis-à-vis* à figura do Estado e eleva-se o indivíduo ao plano internacional munido de um novo e amplo feixe de direitos.

6 Referências

BERMAN, Paul Schiff. From International Law to Law and Globalization. **Columbia Journal of Transnational Law**. Nova Iorque, vol. 43, n. 2, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 de julho de 2011.

CAVALLARO, James L.; BREWER, Stephanie Erin. Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court. **American Journal of International Law**, vol. 102, n. 4, 2008.

COHEN, Edward E. Ancient Athenian Maritime Courts. **The LawBook Exchange LTD**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2005.

CONSELHO DA EUROPA. Convenção Européia de Direitos Humanos, de 4 de novembro de 1950. Roma, 1950. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em: 25 de julho de 2011.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, Relatório Anual, 2010. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/CCA6D671-912C-4EBD-89F8-58852F783A76/0/2010_Rapport_Annuel_EN.pdf>. Acesso em: 25 de julho de 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Exposição de Motivos da Reforma Regulamentar. São José da Costa Rica, 2009a. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm>>. Acesso em: 25 de julho de 2011.

_____. Relatório Anual, 2009b. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/docs/informes/2009.pdf>>. Acesso em: 25 de julho de 2011.

_____. Relatório Anual dos Trabalhos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010. San José da Costa Rica, 2011. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/informes/2010_esp.pdf>. Acesso em: 25 de julho de 2011.

_____. Relatório Anual dos Trabalhos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2009. San José da Costa Rica, 2010. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/docs/informes/2009.pdf>>. Acesso em: 25 de julho de 2011.

DELMAS-MARTY, Mireille. The imaginative forces of law. **Chinese Journal of International Law**. Oxford University Press, vol. 2, n. 2, 2003.

JANIS, Mark Weston. Individuals as subjects of International Law. **Cornell International Law Journal**. Nova Iorque, vol. 17, n. 61, 1984.

KELSEN, Hans. **Princípios do Direito Internacional**. Ijuí: Ed. Ijuí, 2010.

LEITE, Eduardo de O. A Monografia Jurídica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 1, 2003.

LEITE, Rodrigo Almeida de. As Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Execução no Brasil. **Revista Direito e Liberdade**. Mossoró, Rio Grande do Norte, vol. 08, n. 1 (4), 2006.

LOBO, Maria Teresa Cárghomo. Execução de Decisões Judiciais de Cortes Internacionais contra Estados Soberanos. **Cadernos do CEJ**. Brasília, n. 23, 2003.

MACDOWELL, Douglas Maurice. **The Law in Classical Athens: Aspects of Greek and Roman Life**. Nova Iorque: Cornell University Press, 1986.

MAEOKA, Erika. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e os desafios do processo de execução das sentenças internacionais. In: MENEZES, Wagner (Org.). **Estudos de Direito Internacional**. v. IX. Anais do 5º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Curitiba: Juruá, 2007.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. As Sentenças proferidas por Tribunais Internacionais devem ser Homologadas pelo Supremo Tribunal Federal? **Juspodivm**, 2005. Disponível em: <<http://www.juspodivm.com.br/novodireitocivil/ARTIGOS/convidados/att0369.pdf>>. Acesso em: 19 de julho 2011.

OCHOA, Christiana. The Individual and Customary International Law Formation. **Virginia Journal of International Law**. University of Virginia School of Law, vol. 48, n. 01, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 25 de julho de 2011.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 25 de julho de 2011.

OSUNA, Karla Irasema Quintana. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la ejecución de sus sentencias en Latinoamérica. **Instituto de Investigaciones Jurídicas de La Universidad Nacional Autónoma de México**. Ciudad Universitária, 2002.

PÁDUA, Antônio de Maia e. Supervisão e cumprimento das sentenças interamericanas. **Cuestiones Constitucionales**. Mexico, n. 15, Julho de 2006. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/15/ard/ard7.pdf>>. Acesso em: 01 de agosto de 2011.

PIOVESAN, Flávia. A Judicialização do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Impacto, Desafios e Perspectivas. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, n. 4, julho de 2002.

POSNER, Eric A.; YOO, John C. A Theory of International Adjudication. **Law & Economics Working Paper Series**, n.º 206, 2004, Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/files/files/206-eap-jy.tribunals.pdf>>. Acesso em: 01 de agosto de 2011.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos Humanos em Juízo**: Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. **Processo Internacional de Direitos Humanos**: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Responsabilidade Internacional por violação de Direitos Humanos**: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis. Teoria e prática do Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

REZEK, Jose Francisco. **Direito Internacional Público**: Curso Elementar. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social ou princípio do direito político**. São Paulo: Martin Claret, 2000.

SCRIBNER, Druscilla L.; SLAGTER, Tracy H. Domestic Institutions and Supranational Human Rights Adjudication: the ECtHR and the IACtHR Compared. **American Political Science Association**. Toronto, Canadá, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1449192>. Acesso em: 01 de agosto de 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Tomo III. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2003.

_____. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

_____. **A proteção Internacional dos Direitos Humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **O acesso direto à Justiça Internacional**. Disponível em: <http://www.dh-net.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_aceso.html> Acesso em: 1º de agosto de 2011.

VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional – Alguns problemas de coerência sistêmica. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, vol. 42, n. 167, 2005.

_____. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

VERDROSS, Alfred. Le Fondement du Droit International. **Recueil des cours**. v. 16, issue I, 1927.

WEIL, Prosper. **O Direito Internacional no Pensamento Judaico**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1985.

A aplicação da lei penal em face de crimes cometidos por agentes diplomáticos

IVY DE ASSIS SILVA

Bacharel em Direito (UFPA). Voluntária na Defensoria Pública da União no Estado do Pará. Advogada.

Artigo recebido em 29/08/2011 e aprovado em 04/07/2012.

SUMÁRIO: 1 Introdução • 2 Territorialidade das leis penais • 3 Extraterritorialidade da lei penal • 4 A diplomacia e a lei penal • 5 Conclusão • 6 Referências.

RESUMO: Trata-se de artigo que discute, com base na doutrina, na jurisprudência e em casos relatados pela imprensa mundial, a aplicação das leis penais aos agentes diplomáticos, através do estudo da figura do agente diplomático, dos princípios da territorialidade e da extraterritorialidade penal, dos efeitos que os privilégios garantidos a esses funcionários pela Convenção de Viena de 1961 possuem sobre a lei penal dos Estados Acreditante e Acreditado e de seu embate com o Princípio da Justiça Universal.

PALAVRAS-CHAVES: Diplomacia • Diplomata • Territorialidade • Extraterritorialidade • Justiça Universal.

Criminal law enforcement in face of crimes committed by diplomatic agents

CONTENTS: *1 Introduction • 2 Territoriality of criminal law • 3 Extraterritoriality of criminal law • 4 The diplomacy and criminal law • 5 Conclusion • 6 References.*

ABSTRACT: The article discusses the enforcement of criminal law to diplomatic agents, based on the doctrine, jurisprudence, and cases reported by the world press. To be able to do this analysis, the article presents a study about the diplomatic agent, the principles of criminal territoriality and extraterritoriality and the consequences of the privileges granted to these employees by the Vienna Convention of Diplomatic Relations of 1961 on the criminal laws of the Sending and Receiving States and its clash with the Principle of the Universal Justice.

KEYWORDS: Diplomacy • Diplomat • Territoriality • Extraterritoriality • Universal Justice.

L'application de la loi pénale aux crimes commis par les agents diplomatiques

SOMMAIRE: *1 Introduction • 2 Territorialité des lois pénales • 3 Extraterritorialité de la loi pénale • 4 La diplomatie et la loi pénale • 5 Conclusion • 6 Références.*

RESUMÉ: Cet article, basé sur la doctrine, la jurisprudence et des cas rapportés par la presse mondiale, traite de l'application des lois pénales aux agents diplomatiques. D'abord, on présente les principes de la territorialité et de l'extraterritorialité pénale. Ensuite, on analyse les questions juridiques concernant l'agent diplomatique et aussi les effets que les privilèges assurés à ces fonctionnaires par la Convention de Vienne de 1961 ont sur la loi pénale des États accréditant et accréditaire. À la fin, on pose le problème de la collision entre ces privilèges et le principe de la justice universelle.

MOTS-CLÉS: Diplomatie • Diplomate • Territorialité • Extraterritorialité • Justice Universelle.

1 Introdução

O Direito se faz presente em vários aspectos da vida social devido à sua amplitude, e, entre as áreas do conhecimento que se abrem para seus bacharéis, está a carreira diplomática, havendo nessa “[...] predominância de filhos de funcionários públicos [...] e [que] são formados em direito, relações internacionais ou economia” (MOURA, 2007, p. 51).

O diplomata é resumidamente definido como um funcionário público que trabalhará no exterior por seu Estado na manutenção de relações internacionais com outras soberanias, tratando de diversos assuntos julgados relevantes para a soberania das nações e harmonia entre elas. Por tão importante papel, goza de privilégios e garantias a ele concedidos pela Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961, entre eles, a imunidade penal.

Isso dá origem à crença popular de que os membros do corpo diplomático estão imunes a qualquer tipo de jurisdição penal, não só à do país estrangeiro onde estejam, mas também à do país que representam, como se esses estivessem acima de tudo e de todos, até mesmo daquele Estado que os recrutou para seu quadro de diplomatas, como se a função exercida aniquilasse a territorialidade das leis locais e a soberania do Estado nacional, não havendo qualquer mecanismo para punir a conduta delituosa.

O presente artigo visa, através de casos concretos, da doutrina e da jurisprudência, debater a aplicação da lei penal em relação aos diplomatas, mostrando os abusos e as consequências da imunidade penal da qual esses gozam, assim como tais situações são tratadas pelos Estados.

2 A territorialidade das leis penais

2.1 Considerações gerais

Estado, do latim *status* – estar firme – é uma forma de organização humana composta por quatro elementos: povo, território, soberania e finalidade.

Pode-se definir o Estado [...] como um ente jurídico, dotado de personalidade internacional, formado de uma reunião (comunidade) de indivíduos estabelecidos de maneira permanente em um território determinado, sob a autoridade de um governo independente e com a finalidade de zelar pelo bem comum daqueles que o habitam. Assim, pode-se dizer que os Estados

nascem a partir do momento em que ele reúne os elementos essenciais à sua constituição. (MAZZUOLI, 2008, p. 384-385)

Sob a ótica jurídica, o Estado não é apenas a reunião dos supracitados elementos, mas também uma unidade jurídica, cabendo apenas a ele determinar o que é lícito ou ilícito, punir os homens, aprovar, alterar e revogar leis (FLEINER-GERSTER, 2006, p. 177).

O *território*, elemento sobre o qual foca-se este artigo, é o espaço geográfico dentro do qual um Estado exerce sua soberania (OLIVEIRA, 1994, p. 153): é a extensão espacial da soberania do Estado (BONAVIDES, 1967, p. 50-58 *apud* DALLARI, 2006, p. 89), é “a área terrestre [...] somada àqueles espaços hídricos de topografia interna [...]” (REZEK, 2010, p. 165). Ele delimita a ação soberana do Estado (DALLARI, 2006, p. 90).

Trazendo a questão para a seara penal, significa dizer que apenas o Estado que exercer soberania sobre um determinado território pode encarregar-se de tipificar quais condutas são ilícitos penais e, sobre elas, fazer recair suas leis, traduzindo o que se entende por Princípio da Territorialidade Penal. Dessa maneira, afasta-se a jurisdição estrangeira sobre determinados locais e limita-se a jurisdição nacional ao território pátrio (*leges non obligant extra territorium*).

2.2 A territorialidade temperada das leis penais brasileiras

O art. 5º do Código Penal Brasileiro estabelece a territorialidade das leis penais brasileiras, determinando sua aplicação sobre o território nacional.

Art. 5º - Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional.

§ 1º - Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar.

§ 2º - É também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em vôo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil. (BRASIL, 1940)

Entretanto, afere-se do *caput* do referido artigo que essa aplicação não ocorre em prejuízo de tratados, convenções e regras de direito internacional. Assim, em virtude desses documentos internacionais – sendo o Brasil signatário e tendo promovido

sua promulgação –, poderá ocorrer mitigação da territorialidade penal, deixando-se de aplicar a lei brasileira a um fato ocorrido no território nacional.

Devido a essa ressalva, conclui-se que o Brasil não adota o princípio da territorialidade de forma rígida. Na verdade, optou-se pela chamada territorialidade temperada: embora a territorialidade das leis penais seja a regra, existem casos em que ela poderá ser afastada, de acordo com os documentos internacionais que o Brasil integre ao seu ordenamento jurídico.

Pelo princípio da territorialidade, aplica-se a lei penal brasileira aos fatos puníveis praticados no território nacional, independentemente da nacionalidade do agente, da vítima ou do bem jurídico lesado. A lei brasileira adota essa diretriz como regra geral, ainda que de forma atenuada ou temperada (art. 5º, *caput*, do CP), uma vez que ressalva a validade de Convenções, tratados e regras internacionais. (BITENCOURT, 2009, p. 184)

3 A extraterritorialidade da lei penal

3.1 Noções gerais

Embora a lei penal tenha vigência apenas no território nacional, a comunidade internacional reconheceu que sua mera territorialidade era insuficiente para garantir a ordem, para que os Estados pudessem viver em paz (OLIVEIRA, 1994, p. 155), alcançando todos os fatos que se necessitava regular. Assim, criou-se a *Extraterritorialidade Penal*, que estabeleceu a possibilidade de aplicação das leis de um Estado a fatos ocorridos *extra territorium*.

Os efeitos extraterritoriais da jurisdição do Estado decorrem sempre de um vínculo fático do evento com o território e se justifica (*sic*) sempre em razão desse vínculo, seja ele a nacionalidade dos agentes, seja o objeto de determinado negócio ou relação jurídica, quer ainda se refira a valores que direta ou indiretamente afetem o Estado, em seus domínios territoriais. (MAGALHÃES, 1985, p. 191)

Tal mecanismo é regido por uma gama de princípios que são:

a) Princípio da Proteção Real ou Defesa: determina que o Estado deve lançar “[...] o manto protetor da lei nacional sobre *determinados bens*, contra as agressões onde quer que ocorram [...]” (OLIVEIRA, 1994, p. 155). São aqueles bens que, desprotegidos, afetam a própria existência do Estado como Ente Soberano, daí a necessidade de receberem proteção do Estado mesmo no estrangeiro (HUNGRIA, p. 144 *apud* TOLEDO,

2000, p. 48). Não é autorização para intervenção na autoridade, mas garante ao Ente Soberano afetado a retribuição pela lesão sofrida.

b) Princípio da Nacionalidade ou Personalidade: tal princípio é dividido em dois sub-princípios: princípio da nacionalidade ativa e da nacionalidade passiva.

A questão da nacionalidade ativa segue a regra de *quilibet est subditus legibus patriae suae et extra territorium* (qualquer um está submetido às leis de sua pátria ainda que fora do território desta), para impedir que a conduta criminosa deixe de ser punida quando o criminoso busca refugiar-se em sua pátria. Assim sendo, havendo como punir a conduta praticada *extra territorium*, mostra-se que nenhuma conduta criminosa foge de sua correspondente pena.

Quanto ao sub-princípio da nacionalidade passiva, este alcança casos em que a vítima é o nacional, autorizando o Estado a submeter às suas leis os autores da infração, em defesa de seu cidadão, respeitando as condições estabelecidas para fazê-lo, sob pena de invasão de competência estrangeira.

c) Princípio da Justiça Universal ou Cosmopolita ou da Universalidade: reflete a preocupação dos Estados, enquanto partes da comunidade internacional, na luta contra o crime, cooperando entre si para a repressão de tais práticas (TOLEDO, 2000, p. 48). São crimes atentatórios contra a própria humanidade (tais como o genocídio, tráfico de seres humanos, etc.). Em outras palavras, a conduta tida como penalmente reprovável é assim vista por todos os Estados e por eles punível.

d) Princípio da Representação: “é uma aplicação do princípio da nacionalidade, mas não a do agente ou da vítima, e sim do meio de transporte em que ocorreu o crime” (MELLO, 1978, p. 35 *apud* MIRABETE, 1998, p. 70). Quando um crime ocorre a bordo de aeronaves e embarcações privadas, estando estas em território estrangeiro, e lá não seja submetido à justiça, aplica-se a lei do país de origem desses meios de transporte.

3.2 Extraterritorialidade das leis penais brasileiras

O Brasil regulamenta a extraterritorialidade no art. 7º de seu Código Penal, bi-partindo-a em incondicionada (art. 7º, I, § 1º) e condicionada (art. 7º, II, §§ 2º e 3º).

Estabelece o art. 7º, I e § 1º, do Código Penal:

Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:
I - os crimes:

- a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;
- b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público;

- c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço;
 - d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;
- [...]

§ 1º - *Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.*

(BRASIL, 1940, grifo nosso)

Os crimes referidos nas alíneas de “a” a “c” são respaldados pelo Princípio da Proteção, devido à importância dos bens jurídicos tutelados ao Estado brasileiro, enquanto a alínea “d”, I do art. 7º do Código Penal baseia-se na Justiça Universal.

Cezar Bitencourt (2009, p. 189) critica a extraterritorialidade incondicionada, considerando uma consagração de um injustificável *bis in idem*, visto que o agente pode ser punido mesmo que condenado ou absolvido no exterior. Todavia, como o próprio autor observa, tal situação é corrigida pelo art. 8º do Código Penal, que determina que a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.

A extraterritorialidade condicionada está prevista no inciso II do art. 7º, onde deverão ser cumpridos os requisitos determinados pela letra da lei:

Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

[...]

II - os crimes:

- a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;
- b) praticados por brasileiro;
- c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.

[...]

§ 2º - *Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:*

- a) entrar o agente no território nacional;
- b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;
- c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;
- d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;
- e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

§ 3º - *A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior:*

- a) não foi pedida ou foi negada a extradição;
- b) houve requisição do Ministro da Justiça. (BRASIL, 1940, grifos nossos)

O art. 7º, II, “a”, do Código Penal possui incidência do Princípio da Justiça Universal; já o art. 7º, II, “b”, do Código Penal, do Princípio da Nacionalidade Ativa: tendo a Constituição determinado, em seu art. 5º, LI, não extradição de brasileiros, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei, não poderia esta garantia tornar o Brasil “[...] num valhacouto de brasileiros criminosos nem, muito menos, há de dar-lhes garantia da impunidade.” (OLIVEIRA, 1994, p. 158).

O art. 7º, II, “c”, do Código Penal possui orientação fundamentada no Princípio da Representação (BITENCOURT, 2009, p. 190) e, no § 3º, utiliza-se do Princípio da Nacionalidade Passiva para atingir as condutas por ele abrangidas.

4 A diplomacia e a lei penal

4.1 O agente diplomático

O diplomata, *strictu sensu*, é um agente do Estado que, perante outras pessoas de Direito Internacional Público, possui três funções clássicas, segundo Soares (1984, p. 45): representar aquele Estado, negociar em seu nome e se informar de assuntos que lhe dizem respeito. Perante outra soberania, tratará de questões de Estado, tais como a realização de tratados bilaterais.

Ele é regido pela Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961, documento máximo da diplomacia em escala internacional, que estabelece que agentes diplomáticos são aqueles que possuem a qualidade de diplomata:

Artigo 1

Para os efeitos da presente Convenção:

a) “Chefe de Missão” é a pessoa encarregada pelo Estado acreditante de agir nessa qualidade;

[...]

d) “Membros do Pessoal Diplomático” são os membros do pessoal da Missão que tiverem a qualidade de diplomata;

e) “Agente Diplomático” é o Chefe da Missão ou um membro do pessoal diplomático da Missão; (BRASIL, 1965)

Em nenhum momento, contudo, o referido documento estabelece uma clara definição do que seria um diplomata. Apesar disso, através de seus artigos, é possível enquadrar quais pessoas são agentes diplomáticos.

Embora sem definir o que seja diplomata, a Convenção de Viena fixa as normas para a sua caracterização:

- a) terem eles, em princípio, a nacionalidade do Estado acreditante (art. 8º, § 1º);
- b) serem eles assim reconhecidos pelo Estado acreditante (art. 9º e parágrafos) após comunicação formal do Estado acreditado ao chefe de Estado acreditante, no caso de chefe da Missão, e no caso de pessoal a ele subordinado, comunicação ao Ministério das Relações Exteriores do Estado acreditante (art. 10º e parágrafos).
- c) serem *persona grata* do Estado acreditado (art. 9º, § 1º, *a contrario sensu*). (SOARES, 1984, p. 45)

No Brasil, como na maioria dos Estados, tanto diplomatas quanto cónsules encontram-se subordinados ao Ministério das Relações Exteriores, pertencendo ao denominado Quadro da Carreira Diplomática, de onde são retirados os ocupantes desses cargos. Em nosso país, ingressa-se na carreira por concurso público, composto por provas objetivas e discursivas, devendo o candidato apresentar conhecimentos em Português, Direito, História Geral e do Brasil, Geografia, Política Externa, Economia, Inglês, Francês e Espanhol. Se aprovado, ingressará no Instituto Rio Branco, responsável pela formação desse indivíduo, que atuará na representação exterior do Brasil, em prol de interesses públicos ou privados, dependendo da nomeação para uma ou outra (MAZZUOLI, 2008, p. 475).

A carreira diplomática brasileira é organizada, em ordem ascendente, em seis classes: terceiro-secretário, segundo-secretário, primeiro-secretário, conselheiro, ministro de segunda classe e ministro de primeira classe. São requisitos básicos para investidura no cargo:

- a) Ser brasileiro nato, conforme o art. 12, § 3º, V, da Constituição Federal;
- b) Haver completado a idade mínima de dezoito anos;
- c) Estar no gozo dos direitos políticos;
- d) Homens devem estar em dia com as obrigações do Serviço Militar;
- e) Estar em dia com as obrigações eleitorais;
- f) Apresentar diploma, devidamente registrado, de conclusão de curso de graduação de nível superior, emitido por instituição de ensino credenciada pelo Ministério da Educação. No caso de candidatos cuja graduação tenha sido realizada em instituição estrangeira, caberá exclusivamente ao candidato a responsabilidade de apresentar, até a data da posse, a revalidação do diploma exigida pelo Ministério da Educação, nos termos do art. 48 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996);

g) Apresentar aptidão física e mental para o exercício das atribuições do cargo, verificada por meio de exames pré-admissionais, nos termos do art. 14, parágrafo único, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Não se deve confundir o diplomata com o cônsul, que também representa o Estado, mas com finalidade diversa: enquanto aquele deve cuidar dos interesses públicos, este deve “[...] cuidar, no território onde atue, de interesses privados – os de seus compatriotas que ali se encontrem a qualquer título, e os de elementos locais que tencionem, por exemplo, visitar aquele país, de lá importar bens, ou para lá exportar” (REZEK, 2010, p. 173).

Veja-se que o documento regulador das atividades consulares não é a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961 (BRASIL, 1965), e sim a de Relações Consulares de 1963 (BRASIL, 1967), ambas promulgadas no Brasil. Embora ambas as carreiras estejam unificadas em muitos países, como é o caso do Brasil, a diferença entre elas não deixou de existir, bem como o tratamento legal diferenciado quanto às convenções e privilégios.

No entanto, para exercer suas funções no país estrangeiro para o qual foi designado, bem como gozar das imunidades e privilégios delas resultantes, não basta ser um membro da carreira diplomática: o Estado Acreditado – aquele que recebe a missão diplomática – deve aceitar o pedido (*Agrément*) feito pelo Estado Acreditante – aquele que envia o diplomata – para que assim possam ser exercidas as funções e o diplomata goze da proteção inerente ao seu cargo. Trata-se, portanto, de um processo bilateral.

Ocorrendo a aceitação por parte do Estado Acreditado, o agente gozará de diversas garantias e privilégios, definidos na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961.

4.2 A imunidade penal ilimitada do agente diplomático

Conforme Fleiner-Gester (2006, p. 284-285), Estados que se relacionaram entre si trocaram embaixadores, celebrando tratados e estabelecendo regras e princípios para reger tais relações, criando direitos e deveres entre eles. Pode-se dizer, então, que o histórico da diplomacia caminha *pari passu* com o estabelecimento de imunidades e privilégios dispensados aos pertencentes a essa carreira, o que ajudou a fortalecê-la desde a antiguidade aos dias de hoje.

Todos os privilégios e garantias dos quais goza o diplomata foram a ele concedidos segundo a *Teoria da Necessidade Funcional ou Interesse da Função* – fundada por Emerich de Vattel, no livro *Le Droit de Gens* (1830).

O tratamento diferenciado concedido aos diplomatas se dá pela necessidade de independência no exercício da função (VATELL, 1830, p. 364-365 *apud* SICARI, 2007, p. 126), do contrário, não poderiam exercer independente e adequadamente sua missão (LIMA, 2004, p. 32).

Tal teoria encontra-se presente na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961 que, em seu preâmbulo, deixa claro que se está “Reconhecendo que a finalidade de tais privilégios e imunidades não é beneficiar indivíduos, mas, sim, a de garantir o eficaz desempenho das funções das Missões diplomáticas, em seu caráter de representantes dos Estados” (BRASIL, 1965).

Conforme o art. 31 da Convenção de Viena de 1961, o agente diplomático goza de imunidade penal ilimitada. Tal imunidade é, inclusive, extensível aos membros de sua família, de acordo com o artigo 37 do referido documento (BRASIL, 1965).

A imunidade em tela recebeu seus primeiros contornos por volta do Século XVI, derivada, tanto histórica quanto juridicamente, do Princípio Absoluto da Inviolabilidade do Representante. Soares (1984, p. 38-39), citando a obra *Les Relations et Immunités Diplomatiques*, de Mario Giuliano (1960, p. 89), relata alguns casos que promoveram os contornos da imunidade penal diplomática, tais como o caso do embaixador de Felipe II junto ao Papa IV que, em 1565, foi preso por maquirar uma aliança com o vice-rei de Nápoles contra o papa. O pontífice limitou-se apenas a expulsá-lo, sem fazer tramitar processo criminal contra ele. Soluções semelhantes tomaram outros soberanos, como a Rainha Elizabeth da Inglaterra, em 1573 e 1576, em razão de conspirações perpetradas por outros embaixadores contra sua pessoa.

Trazendo essa questão para a realidade brasileira, nota-se que houve preocupação no estabelecimento das imunidades diplomáticas, sobretudo no que tange a questão penal. Já nas Ordenações do Reino, que se aplicavam à então Colônia Portuguesa, estabelecia-se que “[...] os embaixadores reais gozavam-nas [das imunidades de jurisdição penal] apenas nas missões externas [...], não em relação às leis do seu próprio império” (SANTOS, 2003, p. 124).

O Código Penal do Império (BRASIL, 1830), embora não estabelecesse de forma clara a questão das imunidades diplomáticas, deixava implícito o mesmo regime das Ordenações do Reino. Quanto ao Código Penal de 1940 (BRASIL), esse prevê o respeito aos tratados e convenções na aplicação da lei penal, ou seja, abrangia as imunidades diplomáticas previstas na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, da qual o Brasil é signatário.

Compreenda-se que o lugar do crime é o local onde se realiza a ação ou omissão, ou mesmo onde se produz o seu resultado. A partir dele, em conjunto com o Princípio da Territorialidade, identifica-se qual Estado é competente para julgar esta ou aquela conduta criminosa. Esse princípio, como elucidou Jesus (2006, p. 122), deve ser compreendido em seu tríplice aspecto:

a) processual: as dificuldades de processar um indivíduo longe do local onde praticado o delito;

b) repressivo: aplicar a lei penal local promove a repressão à criminalidade e intimidação;

c) internacional: o monopólio do jus puniendi é do Estado, é emanção de seu soberano, impedindo a interferência de outros em seu território.

Entretanto, em decorrência de tratados, convenções e outras normas que um país venha adotar, tal princípio tende a ser mitigado, assumindo sua forma temperada. Exemplos disso são o Brasil e todos os países que sejam signatários da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961, promulgada no território nacional através do Decreto nº 56.435, de 8 de junho de 1965 (BRASIL).

Tendo essa Convenção determinado que os diplomatas e seus familiares gozam de imunidade penal ilimitada – além de outros mecanismos como a inviolabilidade da missão, da mala diplomática e de sua residência –, a eficácia da lei penal do Estado Acreditado é afastada, não podendo alcançá-los, em regra.

A lei não tem eficácia universal e permanente. Não vige em todo o mundo, nem é eterna.

Determinada pelo Estado, rege condutas dentro do espaço em que ela manifesta o seu poder. Assim, a lei penal de um Estado restringe a sua eficácia até onde principia a soberania dos outros.

[...]

Finalmente, não obstante determine o preceito constitucional que todos são iguais perante a lei, há certas funções, exercidas por determinadas pessoas, que lhes conferem privilégios – não em relação à pessoa, mas à função –, são os privilégios funcionais quanto à aplicação da norma penal. Há privilégios de ordem penal, em consequência dos quais certas pessoas se subtraem à eficácia da punição. (JESUS, 2006, p. 67)

4.3 Abuso da imunidade penal diplomática e a aplicabilidade das leis penais nacionais e estrangeiras em face do crime dos agentes diplomáticos

Francisco Rezek (2010, p. 176-177), ao tratar dos aspectos da imunidade penal dos membros da carreira diplomática, esclarece que estes gozam de “imunidade

penal ilimitada”, extensível aos membros de sua família, quando praticam crime no exterior. Entretanto – ressaltando o que a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas estabelece –, isso não afasta a jurisdição pátria, devendo ali responder pelo crime cometido.

Todavia, registraram-se, ao longo da história da Diplomacia, diversos abusos da imunidade penal ilimitada, tratando-a como se essa fosse uma verdadeira licença para delinquir. Como exemplo de tal fato, temos os seguintes casos:

Década de 1970, interior de uma Embaixada Brasileira no Exterior: um diplomata brasileiro, nas dependências de uma Embaixada do Brasil no Exterior, tentou matar outros diplomatas durante uma reunião – o Conselheiro e o Embaixador. O agente foi processado pela Justiça Brasileira, conforme o Recurso Extraordinário nº 90287/DF, do Supremo Tribunal Federal, de 09 de setembro de 1979 (BRASIL);

1984, Londres, Inglaterra: foram efetuados disparos do interior da Embaixada da Líbia, no centro de Londres, matando uma policial e ferindo outras pessoas (LIMA, 2004, p. 4-5), em 17 de abril de 1984. Em 23 de abril daquele ano, Inglaterra e Líbia encerraram as relações diplomáticas, tendo os diplomatas líbios deixado pacificamente o local, em virtude da imunidade diplomática, sem permitir à polícia local questionar qualquer suspeito: no caso, os dezoito diplomatas que lá estavam. Em 1986, um empresário inglês informou que o responsável pela morte da policial fora enforcado ao retornar à Líbia. As relações diplomáticas entre Inglaterra e Líbia só foram restauradas em 1999, tendo o País Acreditante pago indenização à família dessa vítima (BBC NEWS, 1984);

1985, Londres, Inglaterra: um diplomata da Zâmbia foi preso por posse de drogas, mas foi solto devido à imunidade diplomática da qual gozava. A polícia local, no entanto, tinha indícios suficientes de que a mala diplomática estava sendo usada para traficar entorpecentes. O Presidente da Zâmbia autorizou a renúncia da imunidade diplomática, para que o criminoso fosse preso e julgado pelas autoridades inglesas (LIMA, 2004, p.44);

1997, Estados Unidos: suspeito de estar alcoolizado, um diplomata da República da Geórgia, dirigindo em alta velocidade, atropela e mata uma jovem, ferindo outras pessoas. Devido à imunidade diplomática, testes para atestar o estado alcoólico não são realizados. Os Estados Unidos demandaram a renúncia da imunidade diplomática, para que assim o caso fosse ali investigado e processado. O agente diplomático recebeu ordens de seu país para permanecer no território americano (CNN, 1997), tendo o presidente da Geórgia optado pela renúncia da imunidade.

Julgado nos Estados Unidos, declarou-se culpado pelo homicídio culposo e as lesões provocadas nas outras vítimas e foi condenado à pena de prisão em dezembro do mesmo ano (CNN, 1997);

2001, Otawa, Canadá: um diplomata russo atropelou duas cidadãs canadenses na Cidade de Otawa, matando uma e ferindo gravemente a outra, recusando-se, inclusive, a fazer o teste do bafômetro, invocando a imunidade diplomática. Ele já havia sido detido anteriormente por dirigir alcoolizado, porém sempre foi liberado em virtude de seu cargo. Diante da recusa russa em renunciar à imunidade daquele agente, esse foi expulso. Após, em seu país, foi processado e condenado a quatro anos de prisão por homicídio culposo (BBC NEWS, 2002);

2010, Reino Unido: o Governo Britânico expulsou um diplomata israelense – membro do serviço secreto de Israel – após a morte de um dos fundadores do Hamas em Dubai. Segundo investigações, foram usados passaportes falsos para executar a ação – entre eles, passaportes britânicos. O Chanceler britânico acusou publicamente o governo israelense pela ação, após a conclusão da investigação sobre os passaportes falsificados. Israel não a negou nem confirmou (FOLHA ONLINE, 2010).

Alguns dos casos relatados de desrespeito às leis locais por parte dos agentes diplomáticos e seus familiares permitem demonstrar sua subtração à aplicabilidade e consequente eficácia da lei penal local, funcionando a imunidade diplomática como um verdadeiro mecanismo de evasão das leis penais do País Acreditado.

Contudo, tal instituto não tem esse objetivo. Pelo contrário: visa garantir o exercício livre das funções do diplomata, para que represente seu país sem turbações na comunidade internacional. Tanto é assim que a teoria aceita como justificativa da imunidade penal pela Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961 é a da necessidade funcional, conforme a parte inicial do referido documento: “Reconhecendo que a finalidade de tais privilégios e imunidades não é beneficiar indivíduos, mas, sim, a de garantir o eficaz desempenho das funções das Missões diplomáticas, em seu caráter de representantes dos Estados” (BRASIL, 1965). Além disso, essa possui a disposição do art. 41 (BRASIL, 1965), que clama pelo dever desses agentes – e seus familiares – de respeitar as leis locais.

Como se pode aferir dos exemplos de abuso de imunidade diplomática citados, tais dispositivos não são suficientes para frustrar a ação criminosa: o crime ocorre, levando o Estado cujas leis foram ofendidas a lançar mão de mecanismos para que as ações criminosas não deixem de ser apenadas.

A primeira medida, usada mais frequentemente, é a declaração de *persona non grata* do agente diplomático. Da mesma forma que é decisão soberana do Estado Acreditado aceitar ou não um agente diplomático em seu território, também o é a decisão de esse não ser mais bem-vindo, não sendo sequer preciso justificar tal medida, conforme estabelece o art. 9º da Convenção de Viena sobre relações Diplomáticas:

Artigo 9

1. O Estado acreditado poderá a qualquer momento, e sem ser obrigado a justificar a sua decisão, notificar ao Estado acreditante que o Chefe da Missão ou qualquer membro do pessoal diplomático da Missão é *persona non grata* ou que outro membro do pessoal da Missão não é aceitável. O Estado acreditante, conforme o caso, retirará a pessoa em questão ou dará por terminadas as suas funções na Missão. Uma Pessoa poderá ser declarada *non grata* ou não aceitável mesmo antes de chegar ao território do Estado acreditado.

2. Se o Estado acreditante se recusar a cumprir, ou não cumpre dentro de um prazo razoável, as obrigações que lhe incumbem, nos termos do parágrafo 1 deste artigo, o Estado acreditado poderá recusar-se a reconhecer tal pessoa como membro da Missão. (BRASIL, 1965)

Veja-se que tal decisão pode ser encarada como uma forma de represália pela ação do agente diplomático quando esse comete atos criminosos, sendo admitida, inclusive, a sua expulsão do território.

Conforme o § 2º do referido art. 9º, caso o Estado acreditado não chame de volta o seu diplomata no prazo concordado, este último perderá o seu status diplomático, isto é, nenhum privilégio ou imunidade será reconhecido a ele pelo Estado acreditado. Enfim, em alguns casos graves, como os de flagrante delito, de espionagem ou de delito contra a ordem e a segurança públicas, as autoridades do Estado acreditado, sem jamais recorrer à violência, expulsarão o diplomata. (SICARI, 2007, p. 180)

Retornando a seu país, seja por ter sido expulso, seja por ter sido retirado voluntariamente por seu Estado, lá poderá sofrer as sanções penais, de acordo com a legislação do Estado Acreditante. Embora a ação ou o resultado não tenha ocorrido em solo nacional, em respeito à disposição da Convenção de Viena aqui transcrita, aplica-se a lei penal do Estado representado pelo diplomata infrator:

Artigo 31

[...]

4. A imunidade de jurisdição de um agente diplomático no Estado acreditado não o isenta da jurisdição do Estado acreditante. (BRASIL, 1965)

No caso de diplomatas brasileiros, o referido artigo da Convenção possui o apoio da Extraterritorialidade Penal Condicionada, que prevê, em seu art. 7º, II, “b”, do Código Penal, a aplicabilidade da lei penal brasileira a crimes cometidos por brasileiro no estrangeiro, com base no princípio da nacionalidade em sua forma ativa. Como já citado anteriormente, por força do art. 5º, LI, da Constituição de 1988 (BRASIL), “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”.

Tal dispositivo poderia ser uma brecha, constitucionalmente estabelecida, para transformar o país em um verdadeiro paraíso para cidadãos criminosos, evadindo-se das leis dos países aos quais ofenderam. Porém, graças à Extraterritorialidade, o Estado brasileiro arma-se contra tal possibilidade. Assim, sendo o membro diplomático cidadão brasileiro – ressalte-se que a carreira diplomática é, por força constitucional, permitida apenas para brasileiros natos, conforme o art. 12, § 3º, V, da Constituição (BRASIL, 1988) –, não se isenta da persecução penal e, se for o caso, do cumprimento de pena, mesmo detentor da imunidade penal ilimitada, visto que só é ilimitada em relação ao Estado estrangeiro, e não ao pátrio – foi o que ocorreu no caso relatado entre diplomatas brasileiros no exterior na Década de 1970.

Mencione-se ainda que, caso a situação se enquadre nos crimes previstos no art. 7º, I, do Código Penal – Extraterritorialidade Incondicionada –, também não terá como se escusar da jurisdição penal do Brasil, ainda que o Estado brasileiro tivesse renunciado à imunidade penal de seu agente, visto que o disposto no § 1º do referido artigo determina sua submissão às leis brasileiras ainda que absolvido ou condenado no exterior.

Observe-se que, embora a regra seja a territorialidade para as leis de qualquer país (*leges non obligant extra territorium*), observa Oliveira (1994, p. 144-145) que se reconhece internacionalmente a ineficiência de tal regra para a manutenção da paz e da ordem. Dessa forma, não se poderia deixar de buscar apenar o cidadão por prática delituosa no exterior como forma de manutenção da segurança, da ordem e da paz.

[...] são submetidos à lei brasileira os crimes cometidos dentro da área terrestre, do espaço aéreo, e das águas fluviais e marítimas, sobre os quais o Estado brasileiro exerce sua soberania. [...] A lei prevê algumas exceções a essa regra, ressaltando as convenções, tratados e regras de direito internacional. Um exemplo temo-lo nos agentes diplomáticos que, pela Convenção de Viena, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 56.435, de 8 de junho de 1965, gozam de “imunidade de jurisdição penal do Estado acreditado”

(art. 31, 1), sujeitando-se exclusivamente à jurisdição do Estado acreditante (art. 31,4). Assim, tais agentes, quando praticam crime no território do Estado onde desempenham suas funções diplomáticas, não se submetem ao princípio da territorialidade, mas respondem pelo fato perante a justiça do próprio Estado que representam. (TOLEDO, 2000, p. 45-46)

Veja-se que a persecução penal longe do lugar do crime traz dificuldades na apuração dos fatos, oitiva de testemunhas, obtenção de provas, acompanhamento do processo pela vítima, entre outros, podendo não ser dada a proporcional resposta ao delito. Além disso, sempre há a possibilidade da conduta criminosa ser delito apenas no local do Estado acreditado: caso não seja uma conduta tipo penal no Estado Acreditante, não se procederá à persecução penal. Cite-se ainda que o Estado Acreditante, por interesses outros, pode quedar-se inerte perante a conduta delitiva de seu agente.

Com relação aos casos de responsabilidade penal, sua gravidade tem determinado, em circunstâncias extremas, o recurso ao disposto no artigo 9 da CVRD, ou seja, a declaração de *persona non grata*, via de regra, formulada, verbalmente, ao chefe da missão diplomática.

Aplica-se, outrossim, o disposto no artigo 31, parágrafo 4, da CVRD, que evita que a imunidade de jurisdição criminal do agente diplomático venha significar impunidade. Na prática, observa-se, de igual modo, ceticismo quanto à retomada da ação penal pelos tribunais do Estado acreditante (LIMA, 2004, p. 91).

Embora, em regra, a lei penal do País Acreditado não possa ser aplicada, há a possibilidade de que o contrário ocorra, através da renúncia da imunidade diplomática, sempre feita de forma expressa, prevista no art. 32 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (BRASIL, 1965). Prerrogativa do Estado Acreditante, permite que o agente diplomático responda por seus atos sob a jurisdição do Estado Acreditado.

O Estado acreditante [...] pode renunciar (sempre expressamente) às imunidades penais e civis que gozam os seus representantes diplomáticos e consulares. Esta faculdade de renúncia é concedida somente ao estado e a mais nenhum outro ente. Ainda que os próprios representantes diplomáticos e consulares pretendam renunciar às suas imunidades penais e civis, não poderão fazê-lo. A renúncia à imunidade deve ser sempre interpretada restritivamente, por implicar na submissão de uma potência estrangeira à jurisdição de outra. [...] (MAZZUOLI, 2008, p. 482)

Renunciar à imunidade diplomática é a maneira pela qual as leis locais do Estado Acreditado poderão incidir, efetivando-se. Isso seria o mais indicado para a

apuração do delito, pois facilitaria a realização da persecução penal, visto que, via de regra, em seu território estão provas e testemunhas, por exemplo.

Ademais, seria o mais condizente com a cooperação internacional no combate ao crime, ao se tomar por base o Princípio da Justiça Universal, que clama para que todos cooperem entre si para a punição das práticas criminosas, conforme a carta pública do Presidente da Zâmbia ao renunciar à imunidade do agente diplomático envolvido em tráfico de drogas:

A imunidade diplomática nunca se destinou a evitar a investigação de crimes graves. Pessoalmente, tenho horror de toda droga que vicia. Ela destrói os seres humanos... Creio estar agindo para proteger meu povo e também o povo britânico e, na verdade, os povos de todo o mundo... Quando recebi o pedido de suspensão da imunidade, não hesitei um só segundo. Disseram-me que se tratava de uma decisão quase sem precedentes. Porém, nessa luta contra essa terrível ameaça, na qual todos devem empenhar-se, estou convencido de que estou certo. (KAUNDA *apud* MCCLANAHAN, 1989, p. 156-157 *apud* LIMA, 2004, p. 44)

Apesar disso, a renúncia não é um mecanismo comumente usado, principalmente em matéria penal (LIMA, 2004, p. 43-44), e a decisão de renunciar não é tomada por mero critério legal, mas norteadas por decisões políticas (MOUTZOURIS, 2009, p. 113). Por exemplo, a negativa da Líbia em renunciar à imunidade de seus diplomatas contribuiu para o rompimento de relações diplomáticas com a Inglaterra, só as retomando no final dos anos 1990, tendo a Líbia indenizado a família da vítima fatal.

Assim, não se pode negar que a lei penal tenha eficácia, em parte, como forma de cooperação entre os Estados para a luta contra a criminalidade – em uma aplicação da Justiça Cosmopolita –, porém se observa que os interesses políticos em manter – ou reatar – determinadas relações são condicionantes de sua aplicação.

Para o livre exercício de sua função, o agente diplomático necessita de tratamento diferenciado. Montesquieu assim afirmou, em *O Espírito das Leis*, obra de 1748, ao considerar que esse representava a palavra do soberano, devendo ser sua palavra livre (2004, p. 504-505), depreendendo-se desse discurso a necessidade de que goze de certas regalias, entre elas a imunidade penal, decorrente de sua inviolabilidade pessoal, que tem “caráter absoluto [...] [e] a possibilidade de os tribunais criminais do Estado Acreditado exercerem sua competência sobre o agente diplomático poderia configurar um desconhecimento de tal inviolabilidade.” (SILVA; CASELLA; NETO, 2012, p.323).

Todavia, diante da obrigatoriedade do diplomata em respeitar as leis locais – art. 41, parágrafo 1, da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas

(BRASIL, 1965) – e do Princípio da Justiça Universal – onde nenhuma conduta criminalmente reprovável deve ficar sem punição, devendo os Estados cooperar para tal – dever-se-ia ponderar o quanto o interesse político deve se sobrepor aos bens jurídicos atacados pela ação criminosa, inclusive quando praticada pelo agente diplomático.

Afinal, em tempos em que cada vez mais as nações procuram harmonizar-se para a resolução de diversas questões mundiais, o crime jamais deveria permanecer impune, pois “[...] os Estados, em estrita cooperação [...], deveriam obrigar-se a punir o criminoso que se encontra em seu território, seja qual for a nacionalidade do agente ou o lugar da prática do crime.” (TOLEDO, 2000, p. 48).

O que se nota, contudo, é que, diante do choque entre soberanias – representado tanto pelo relacionamento diplomático quanto pela aplicação ou não da lei deste ou daquele país –, a lei penal acaba por ter sua eficácia – que deveria ser norteadada por seus princípios, regras e valores – condicionada também ao bom relacionamento entre os Estados, e não apenas à necessidade de proteger bens jurídicos importantes para a coletividade.

5 Conclusão

Com base na necessidade funcional, os agentes diplomáticos gozam da *Imunidade Penal Ilimitada* – prevista no art. 31, parágrafo 1, da Convenção de Viena Sobre Relações Diplomáticas de 1961, promulgada pelo Brasil através do Decreto nº 56.435, de 8 de junho de 1965 (BRASIL) –, extensível, inclusive, aos membros de sua família. Em suma, afasta-se o Princípio da Territorialidade Penal em razão da função exercida pelo diplomata, não permitindo a aplicabilidade das leis penais do país onde se encontra exercendo a diplomacia em nome de seu país.

A lei brasileira, inclusive, no art. 5º, *caput*, do Código Penal (BRASIL, 1940), estabelece que, embora a regra seja a territorialidade, isto não prejudica o estabelecido em tratados, convenções e regras de Direito Internacional – incluindo-se, aqui, a Convenção de Viena sobre Relações diplomáticas, adotando-se a forma *temperada* desse princípio.

O crime, contudo, ocorre em todos os lugares, envolve todo o tipo de povo e toma diversas formas e proporções. Na vida em sociedade, o crime é de preocupação de todos, e por isso foi criado o mecanismo para punir os delitos tipificados nas leis nacionais ocorridos *extra territorium*: a Extraterritorialidade.

Veja-se que a própria Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961, em relação ao agente diplomático, prevê a extraterritorialidade das leis: com a preocupação de que o diplomata poderia abusar da imunidade penal, estabelece que

esse deve respeitar as leis locais do território onde exerce suas funções – art. 41, parágrafo 1 - e, em seu art. 31, parágrafo 4, afirma que a imunidade conferida a esse funcionário não o isenta da jurisdição do país de origem.

Tal previsão corresponde ao disposto no Código Penal brasileiro *art. 7º, II, “b”*, que determina a aplicação da lei penal brasileira a crimes cometidos por brasileiro no exterior. Sendo a diplomacia, por força constitucional, reservada a brasileiros natos – e a Constituição Federal vedar, em seu art. 5º, LI, a extradição de nacionais, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins –, não poderia ser diferente, ou o país se transformaria em refúgio de nacionais infratores.

Além disso, caso o crime esteja previsto no art. 7º, I, do Código Penal – Extraterritorialidade Incondicionada –, também não terá como se escusar da jurisdição penal do Brasil, ainda que o Estado brasileiro tivesse renunciado à imunidade penal de seu agente, pois o disposto no § 1º do referido artigo determina sua submissão às leis brasileiras ainda que absolvido ou condenado no exterior.

Porém, diplomatas de diversas origens e em diversos territórios abusam da imunidade penal, desviando seu fim e tratando-a como uma licença para delinquir.

Ocorrido o crime, o Estado Acreditante pode renunciar à imunidade penal de seu agente para que sobre ele recaiam as leis penais locais ou retirar o diplomata do local. Esse pode, ainda, ser expulso pelo Estado Acreditado, principalmente diante da recusa de renúncia da imunidade penal. Isso permite a aplicação das leis penais locais, e, com maior facilidade, a apuração dos fatos envolvendo o delito: aquele é o lugar do crime; lá estão, em regra, vestígios, testemunhas, vítimas e, sobretudo, a coletividade mais afetada por aquela conduta, pois o crime é um ataque à própria coletividade e seus bens mais caros. Porém, esse procedimento é raro, pois representa entregar um nacional à soberania estrangeira e afastar a sua própria sobre o funcionário através do qual um Estado se faz representar.

Caberia, então, ao Estado Acreditante processar e julgar o infrator, por força da Convenção de Viena e da Extraterritorialidade – ambas utilizadas pelo Brasil. Contudo, tal evento traz dificuldades na apuração do crime, oitiva das testemunhas e vítimas, acompanhamento do processo pelos interessados, etc. Note-se ainda que, caso o fato não seja crime no país de origem, não há como ocorrer a persecução penal, visto que sua tipificação não existe nas leis penais. Não se pode deixar de mencionar ainda que o Estado pode, simplesmente, quedar-se inerte.

Constata-se que a aplicação da lei penal, nesses casos, não é apenas condicionada ao afastamento ou não da imunidade penal do agente diplomático, mas aos próprios interesses das soberanias em manter esse ou aquele bom relacionamento.

Cada vez mais, Estados cooperam entre si para diversas finalidades, e o Direito Penal está presente nesse rol. Todavia, é necessário que, especialmente na seara criminal, os Estados procurem olhar para o fato, sobretudo, sob o viés do Princípio da Justiça Universal, e compreender que o crime não afeta esse ou aquele povo, mas sim toda a humanidade, sendo a falha em puni-lo o símbolo do fracasso de todas as comunidades humanas que se comprometeram a rechaçá-lo.

6 Referências

AKINSANYA, Adeoye. **The Dikko Affair and Anglo-Nigerian Relations**. The International and Comparative Law Quarterly. Cambridge, v. 34, n. 3, Jul. 1985, p. 602-609. Disponível em: <<http://www.jstor.org/pss/759313>>. Acesso em: 17 de dezembro de 2010.

BBC NEWS. Libyan embassy shots kill policewoman. Londres, 17 de abril de 1984. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/april/17/new-sid_2488000/2488369.stm>. Acesso em: 14 de janeiro de 2011.

_____. Russian diplomat jailed for crash death. 19 de março de 2002. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/1881488.stm>>. Acesso em: 05 de julho de 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 de dezembro de 2010.

_____. Decreto nº 56.435, de 08 de junho de 1965. Brasília, 1965. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D56435.htm>. Acesso em: 16 de dezembro de 2010.

_____. Decreto nº 61.078, de 26 de julho de 1967. Brasília, 1967. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D61078.htm>. Acesso em: 16 de dezembro de 2010.

_____. Lei de 16 de dezembro de 1830. Rio de Janeiro, 1830. **Coleção de Leis do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 15 de dezembro de 2010.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/del2848.htm>. Acesso em: 17 de dezembro de 2010.

_____. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Brasília, 1990. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 17 de dezembro de 2010.

_____. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Brasília, 1996. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm>. Acesso em: 17 de dezembro de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 90287 - DF, da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Brasília, 09 set. 1979. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=183952>>. Acesso em: 07 de janeiro de 2011.

CNN. Georgian diplomat ordered to remain in United States. Washington, 10 de janeiro de 1997. Disponível em: <<http://edition.cnn.com/WORLD/9701/10/georgia.diplomat/index.html?iref=allsearch>>. Acesso em: 05 de julho de 2011.

_____. Georgian president to waive envoy's immunity: diplomat could face homicide charges in U.S. Washington, 12 de janeiro de 1997. Disponível em: <<http://edition.cnn.com/WORLD/9701/12/georgia.diplomat/index.html>>. Acesso em: 05 de julho de 2011.

_____. Georgian diplomat gets prison term for car crash. Washington, 19 de dezembro de 1997. Disponível em: <<http://edition.cnn.com/US/9712/19/briefs.am/georgian.diplomat/index.html?iref=storysearch>>. Acesso em: 05 de julho de 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FLEINER-GESTER, Thomas. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FOLHA ONLINE. Reino unido acusa Israel por morte de líder do Hamas, diz imprensa. São Paulo, 23 de março de 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u710644.shtml>>. Acesso em: 30 de dezembro de 2010.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: V. 1 – Parte Geral**. 28. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006.

LIMA, Sérgio Eduardo Moreira. **Imunidade Diplomática: instrumento de política externa**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

MAGALHÃES, José Carlos de. Aplicação extraterritorial de leis nacionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 22, n. 85, jan./mar. 1985, p. 108-204. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181450>>. Acesso em: 19 de janeiro de 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MIRABETE, Julio Fabrinni. **Manual de Direito penal: parte geral**. v. 1. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MONTESQUIEU, Charles de. **O Espírito das Leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MOUTZOURIS, Maria. **Sending and receiving: immunity sought by diplomats committing criminal offences**. Dissertação (Mestrado em Direito). Rhodes eResearch repository, Rhodes University, Grahamstown, 2009. Disponível em: <<http://eprints.ru.ac.za/1571/>>. Acesso em: 27 de dezembro de 2010.

MOURA, Cristina Patriota de. **O Instituto Rio Branco e a Diplomacia Brasileira: um estudo de carreira e socialização**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

OLIVEIRA, Edmundo. **Comentários ao Código Penal: parte geral**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

OLIVEIRA, Gislene Pinheiro de. **Imunidade de jurisdição penal dos agentes diplomáticos**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Biblioteca Digital de Teses e Dissertações, Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2006. Orientação do Professor Doutor Jorge Fontora. Disponível em: <<http://bdtd.ucb.br/tede/index.php>>. Acesso em: 18 de dezembro de 2010.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 12. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Miguel Ângelo Ciavareli Nogueira dos. **Imunidades Jurídicas: penais, processuais, diplomáticas e parlamentares**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

SICARI, Vincenzo Rocco. **Direito das Relações Diplomáticas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, G.E do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba; NETO, Olavo de Oliveira Bittencourt. **Direito Internacional Diplomático: Convenção de Viena sobre relações diplomáticas na teoria e na prática**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Das imunidades de jurisdição e de execução**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

Revisitando a verdade no Processo Penal a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli

JOÃO FIORILLO DE SOUZA

Mestre em Direito Público (UFAL). Pós-graduado em Ciências Penais (UNISUL). Graduado em Direito (USP). Defensor Público em Maceió/AL.

Artigo recebido em 25/07/2011 e aprovado em 07/08/2012.

SUMÁRIO: 1 Introdução • 2 A busca da verdade fática segundo o positivismo jurídico e a criminologia determinista • 3 O garantismo penal de Luigi Ferrajoli • 4 A busca da verdade no Processo segundo o garantismo penal • 5 Conclusão • 6 Referências.

RESUMO: O presente artigo estuda a busca da verdade no Processo Penal a partir da teoria do garantismo de Luigi Ferrajoli. Historicamente, verifica-se que o problema não teve sua complexidade reconhecida pelo positivismo jurídico, vez que, a partir do final do século XVIII, manteve-se o paradigma da verdade como correspondência com a realidade e, como consequência, a consideração de que os fatos não estariam sujeitos a interpretação, e foi quase ignorado pela criminologia determinista. Em seguida, examinam-se os diversos significados do garantismo penal, seus elementos constitutivos e sua visão acerca da verdade processual. O marco teórico consiste na teoria do garantismo penal e empregam-se, na pesquisa bibliográfica, os métodos dedutivo e histórico.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal • Verdade • Fatos • Garantismo.

Revisiting truth in criminal proceeding as from Luigi Ferrajoli's Legal Garantism Theory

CONTENTS: *1 Introduction • 2 The search for truth in legal positivism and in deterministic criminology • 3 The legal garantism theory of Luigi Ferrajoli • 4 The search for truth in criminal proceeding based on legal garantism theory • 5 Conclusion • 6 References.*

ABSTRACT: This article explores the search for truth in Criminal Proceedings based on Luigi Ferrajoli's Legal Garantism Theory. Historically, it appears that the the matter was not recognized in its complexity by legal positivism, for since the late eighteenth century the paradigm of truth as correspondence with reality reigns and, consequently, the consideration that facts would not be subject to interpretation, and was almost ignored by deterministic criminology. Then, it examines the different meanings of Legal Garantism, its components and its view about truth. The theoretical framework is the Legal Garantism Theory, and the research resorts the historical and deductive methods.

KEYWORDS: Criminal Proceeding • Truth • Facts • Legal Garantism.

Revisitando la verdad en el proceso penal desde el garantismo de Luigi Ferrajoli.

CONTENIDO: *1 Introducción • 2 La búsqueda de la verdad de acuerdo con el positivismo jurídico y la criminología determinista • 3 El garantismo penal de Luigi Ferrajoli • 4 La búsqueda de la verdad en el proceso penal desde el garantismo • 5 Conclusión • 6 Referencias.*

RESUMEN: El artículo analiza el tema de la búsqueda de la verdad en el Proceso Penal desde la teoría del garantismo de Luigi Ferrajoli. Históricamente, parece que el problema no fue reconocido por su complejidad por el positivismo jurídico porque desde finales del siglo XVIII permanece el paradigma de la verdad como correspondencia con la realidad y, en consecuencia, la consideración de que los hechos no estarían sujetos a interpretación, y fue casi ignorado por la criminología determinista. A continuación se examinan los distintos significados de garantismo penal, sus elementos constituyentes y su visión de la verdad procesal. El marco teórico, como se ve, es la teoría del garantismo penal, y se utilizan en la investigación los métodos deductivo y histórico.

PALABRAS CLAVE: Proceso Penal • Verdad • Hechos • Garantismo

1 Introdução

O Processo Penal, como instrumento necessário e indispensável à aplicação do Direito Penal objetivo, possui a tarefa de tentar fazer a reconstrução histórica do fato criminoso, assegurando, dessa forma, que a sanção penal somente seja aplicada àquele que, de fato, cometeu a infração.

Conforme o entendimento majoritário no Brasil, vigora no Processo Penal o princípio da “verdade real” (ou material), segundo o qual, em primeiro lugar, não se admitem presunções e ficções (como no Processo Civil); de outro lado, estabelece o princípio que o juiz não está vinculado às alegações e às provas apresentadas pelas partes, tendo o dever-poder de investigar e de descobrir, até mesmo de ofício, a verdadeira história da infração penal (TOURINHO FILHO, 2009, p. 37-41). Assim, argumenta-se que a iniciativa probatória judicial serviria para o alcance (ou, no mínimo, para a aproximação) da verdade objetiva sobre o fato ocorrido (TUCCI, 2009, p. 41). Por trás dessa consideração está o paradigma filosófico da verdade como correspondência com a realidade.

Nesse contexto, pretende-se analisar, brevemente, a questão relativa à busca da verdade no Processo Penal, à luz da teoria do garantismo de Luigi Ferrajoli (2006). Para isso, inicia-se, na primeira seção, pelo estudo histórico da verdade no processo, pela visão do positivismo jurídico. Com fundamento nos ideais de objetividade, clareza e segurança jurídica, nota-se como o positivismo construiu a figura do juiz “boca da lei” que, na aplicação do Direito, realizava um silogismo perfeito (subsunção). Assinala-se a manutenção do paradigma da verdade como correspondência com a realidade e, como consequência, a permanência da consideração de que os fatos – por serem objetivos – não estariam sujeitos a interpretação. Revela-se, ainda na primeira seção, como a criminologia determinista, na segunda metade do século XIX, ao voltar sua atenção para o homem delinquente como objeto principal de estudo, não deu a devida atenção ao problema da investigação da verdade fática no processo.

Na segunda seção, apresentam-se as linhas gerais da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, especialmente os seus elementos constitutivos (convencionalismo penal e cognitivismo processual). Vê-se, nessa linha, que o garantismo, na acepção que interessa ao presente estudo, é um modelo normativo de Direito, baseado na estrita legalidade, composto de uma série de axiomas penais e processuais limitadores da função punitiva do Estado, caracterizando-se como uma técnica capaz de minimizar a violência e maximizar a liberdade (FERRAJOLI, 2006, p. 785-787).

Por fim, na terceira seção, verifica-se como o garantismo penal enfrenta o problema da busca da verdade no processo.

A pesquisa feita é de natureza bibliográfica. Na abordagem do problema, utiliza-se o referencial teórico fornecido pelo garantismo penal (FERRAJOLI, 2006), e empregam-se os métodos dedutivo e histórico.

2 A busca da verdade fática segundo o positivismo jurídico e a criminologia determinista¹

No campo da Filosofia, distinguem-se, pelo menos, cinco conceitos fundamentais sobre a verdade (ABBAGNANO, 2007, p. 1182-1183). O primeiro é o de verdade como correspondência de um juízo com a realidade objetiva, explicitamente formulado por Platão e Aristóteles. Mas a verdade também foi concebida como revelação, como conformidade a uma regra, como coerência e, por fim, como utilidade. O primeiro é certamente o mais conhecido e utilizado, e designa o senso comum, segundo o qual a verdade consiste na equivalência de um pensamento ou de um discurso com a realidade (HOUAISS; VILLAR, 2009, p. 1934).

Essa é a ideia que fundamenta o princípio da verdade real, segundo o qual o juiz pode investigar e produzir provas, até mesmo de ofício, com o objetivo de descobrir a “verdadeira” história do fato criminoso, não estando preso às alegações e provas apresentadas pelas partes (TOURINHO FILHO, 2009, p. 37-41). Conforme a orientação predominante na doutrina brasileira, a iniciativa probatória judicial justifica-se como meio para a obtenção (ou, no mínimo, aproximação) da “verdade” sobre o fato ocorrido (TUCCI, 2009, p. 41), servindo, ainda, como instrumento para suprir eventual deficiência das partes (ZILLI, 2003, p. 273). Claramente, vê-se que o paradigma filosófico por trás dessas considerações é o da verdade como correspondência.

Na precisa síntese de Norberto Bobbio (2006, p. 26), o positivismo jurídico pode ser entendido como “aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo”, concebida essa expressão como “direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas” (BOBBIO, 2006, p. 119). Embora a distinção entre Direito positivo e Direito natural, segundo o autor, remonte ao antigo pensamento grego, foi somente no fim do século XVIII e no início do século XIX que o positivismo jurídico se estabeleceu como paradigma dominante.

1 Esta seção contém extratos de um artigo de minha autoria, intitulado “Notas sobre a interpretação dos fatos no Direito”, publicado na revista eletrônica Olhares Plurais, vol. 2, n. 5, 2011, p. 146-157.

Khaled Jr. (2009, p. 65) registra que o positivismo jurídico floresceu num contexto histórico em que se buscava a afirmação do Direito como ciência, tendo como parâmetro as Ciências Naturais. Almejava-se a ordem, a clareza, a simplicidade e a objetividade no Direito. Buscava-se a superação da interpretação e da pluralidade, as quais conduziriam à arbitrariedade. O fundamento desses ideais estava na separação entre observador e objeto, e o conhecimento jurídico científico deveria eliminar a subjetividade do intérprete e do juiz na aplicação do Direito. Os movimentos de codificação nasceram aqui, e visavam a alcançar a reunião de todas as normas num diploma legal capaz de resolver todos os possíveis casos concretos. Em caso de dúvida, apelava-se para a “intenção do legislador”.

Bobbio (2006, p. 40) percebe que a intenção de submeter completamente o juiz à lei tinha o claro objetivo de garantir o valor “segurança jurídica”. Surge, aqui, a consideração de que, na aplicação do Direito, o juiz deve fazer um “silogismo perfeito” (BECCARIA, 1965, p. 37-38): a premissa maior seria a lei geral (clara, objetiva, não sujeita a interpretação); a menor, os fatos concretos submetidos à apreciação judicial, cuja apuração demandava um “mero juízo de fato”; a consequência, a aplicação da lei ao caso (subsunção). Esse juiz representaria simplesmente a “boca da lei”. Para ilustrar a matéria, Luigi Ferrajoli (2006, p. 371) lembra que o Código Penal francês de 1791 fixou para cada tipo de delito uma pena determinada e invariável, impedindo o juiz de graduá-las conforme o caso.

Vê-se que o momento de pesquisa e de investigação do fato histórico foi evidentemente subestimado pelo positivismo jurídico, que simplificou uma tarefa complexa². Partindo-se da premissa filosófica que norteia o presente trabalho, não há que se falar em objetividade dos fatos ou em mera constatação do ocorrido, por meio de provas que permitiriam o exato conhecimento da realidade (teoria da verdade como correspondência). Afasta-se do pensamento de que a aplicação da lei é precedida de um “mero juízo de fato” (noção de verdade como correspondência com a realidade). O equívoco se manifesta não só no que se refere à afirmação de que o Direito positivo não está sujeito a interpretação e controvérsia, é igualmente errônea essa mesma orientação aplicada aos fatos (CATÃO, 2007, p. 66; RABENHORST, 2003, p. 11).

Adrualdo de Lima Catão (2007, p. 46) registra que o mencionado equívoco do juspositivismo não está presente no normativismo kelseniano. De fato, Kelsen

2 Khaled Jr. (2009, p. 69, grifo do autor) fala em “*simplificação rasteira de um problema cuja complexidade não pode ser negada*”.

reconhece que, na aplicação do Direito, há sempre a participação do aplicador como intérprete e criador da norma jurídica, o qual não realiza um ato de mero conhecimento, mas de vontade:

Também é verdade que, no sentido da teoria do conhecimento de Kant, a ciência jurídica como conhecimento do Direito assim como todo o conhecimento, tem caráter constitutivo e, por conseguinte, *produz* o seu objeto na medida em que o apreende como um todo com sentido.

[...]

No processo em que uma norma jurídica geral positiva é individualizada, o órgão que aplica a norma jurídica geral tem sempre necessariamente de determinar elementos que nessa norma geral ainda não estão determinados e não podem por ela ser determinados. A norma jurídica geral é sempre uma simples moldura, dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual. (KELSEN, 1994, p. 81-82, 272, grifo do autor)

Portanto, Kelsen (1994, p. 394) afasta-se do pensamento de que a interpretação de uma norma jurídica levaria a uma única solução correta. Segundo o autor, na realização do Direito, existe sempre a combinação de um ato de conhecimento (em que será estabelecida a moldura dentro da qual caberão diversas possibilidades de aplicação) e um ato de vontade (o qual vai se materializar na escolha do sentido a ser dado à norma).

Khaled Jr. (2009, p. 73) assevera que, com o surgimento da criminologia determinista na segunda metade do século XIX, o sistema penal abandona os ideais humanistas do Iluminismo (legalidade das penas, proporcionalidade, culpabilidade, etc.) e passa a assumir uma postura mais ativa de mecanismo de controle social. Nasce a “sociedade disciplinar” (FOUCAULT, 2009, p. 79), com o objetivo de manter constante vigilância sobre os indivíduos, o que é perfeitamente ilustrado com o *panopticon* de Bentham³.

O Direito Penal, portanto, deixa de se voltar para o fato praticado e passa a se interessar preponderantemente pelo autor do fato. No lugar da culpabilidade, interessa agora a periculosidade, isto é, o que o indivíduo é capaz de fazer (e não o que ele realmente fez ou deixou de fazer). A ideia de punir alguém que cometeu um delito é substituída pela de corrigir aquele considerado perigoso (FOUCAULT, 2009, p. 85). E tudo isso era feito com base na ciência, pois bastava investigar cientificamente alguém (com a metodologia adequada) para averiguar se era ou não

3 Segundo informa Foucault (2009, p. 87), o *panopticon* idealizado por Bentham era um edifício em forma de anel (que se dividia em pequenas celas), no meio do qual havia um pátio com uma torre no centro. Na torre central havia um vigilante, de modo que toda a atividade no interior das celas ficava sob constante observação.

perigoso. A periculosidade era considerada um dado da realidade, observável em sua objetividade e passível de mera constatação, como mostra a teoria do homem delinquente de Lombroso (KHALED JR., 2009, p. 75)⁴.

Logo, no paradigma da criminologia determinista, a investigação da verdade sobre o fato criminoso é praticamente abandonada, tornando-se algo secundário no Processo Penal. As informações sobre o fato passado serviriam, quando muito, para a análise do sujeito e para a pesquisa sobre a sua periculosidade. A verdade histórica sobre o fato deixava, totalmente, de se colocar como limite ao poder punitivo (KHALED JR., 2009, p. 77).

3 O garantismo penal de Luigi Ferrajoli

Antes de expor a visão de Ferrajoli (2006) sobre a verdade no Processo Penal, é relevante estudar o que o autor entende por garantismo penal e quais os seus elementos constitutivos.

Ferrajoli (2006, p. 785-786) apresenta três significados para o termo “garantismo”. Na acepção que interessa ao presente trabalho, ele é visto como um modelo normativo de Direito, fundado na estrita legalidade, próprio do Estado de Direito, composto de uma série de axiomas penais e processuais limitadores da função punitiva do Estado, caracterizando-se como uma técnica capaz de minimizar a violência e maximizar a liberdade. Assim, é garantista todo ordenamento que esteja de acordo com tal modelo e que o satisfaça efetivamente.

Nesse sentido, garantismo é sinônimo de Estado de Direito, isto é, aquele em que todo poder público é conferido por lei e exercido segundo as formas e procedimentos por ela fixados (legalidade em sentido lato ou validade formal); além disso, o garantismo exige a determinação das matérias de competência e dos critérios de decisão dos poderes estatais (legalidade em sentido estrito ou validade substancial). Dessa maneira, o válido exercício do poder fica subordinado a condições formais e substanciais, de modo que, mesmo num regime democrático, há uma esfera de indecidibilidade, da qual nem mesmo a maioria pode dispor. O garantismo, nessa linha, é visto como base da democracia substancial, pois reflete não só a vontade da maioria, mas as necessidades vitais de todos (FERRAJOLI, 2006, p. 790-791, 797).

4 Khaled Jr. (2009, p. 74) esclarece que, de acordo com tal teoria, o homem criminoso está predefinido à prática do delito por uma soma de causas biológicas e sociais, não existindo o chamado “livre arbítrio”. Além disso, determinadas características físicas do indivíduo revelariam a sua periculosidade.

Do exposto, o autor conclui:

Segue-se uma latente e estrutural *ilegitimidade jurídica* do Estado de direito, devida à ambição das promessas formuladas nos seus níveis superiores e não mantidas em seus níveis inferiores. Esta ilegitimidade pode alcançar formas patológicas, quando as normas de nível superior são de todo inefetivas. Mas também nos ordenamentos mais perfeitos existe sempre uma margem talvez estreita, mas irredutível, de ilegitimidade do poder baseado na vontade, sobre direitos e sobre interesses populares, dado que aquela vontade, aqueles direitos e aqueles interesses não são nunca realizados e garantidos inteiramente. É uma aporia insuprimível de todo o Estado de direito, desconhecida do Estado absoluto, onde não há promessas ou deveres que vinculam juridicamente os poderes públicos, e onde validade e vigor coincidem. (FERRAJOLI, 2006, p. 799-800, grifos do autor)

Nessa trilha, sendo a divergência entre ser e dever-ser insuperável, deve-se buscar mais que a ampliação dos direitos, o desenvolvimento de garantias que possam efetivá-los (FERRAJOLI, 2006, p. 800).

O garantismo, enquanto modelo ideal, é formado por dois elementos fundamentais (FERRAJOLI, 2006, p. 38): o primeiro, relativo à definição legal das infrações penais (convencionalismo penal); o segundo, referente à comprovação jurisdicional do fato criminoso (cognitivismo processual). Cada um deles dará origem a um conjunto de garantias, respectivamente, penais e processuais.

O convencionalismo penal (*authoritas, non veritas facit legem*) exige duas condições: a lei como critério de definição das infrações penais (princípio da mera legalidade ou da reserva legal) e o caráter empírico (fático) das hipóteses legalmente previstas como tais (princípio da estrita legalidade). Assim, em primeiro lugar, tem-se que o delito não é assim considerado por suas características intrínsecas ou ontológicas, mas porque está tipificado na lei como fato punível. Em segundo lugar, a tipificação deve levar em consideração não elementos subjetivos do autor, mas apenas comportamentos empíricos e objetivos (FERRAJOLI, 2006, p. 38-39).

O cognitivismo processual (*veritas, non auctoritas facit iudicium*), por seu turno, baseia-se na consideração de que a atividade jurisdicional pretende, idealmente, conhecer e verificar historicamente o fato criminoso, assegurando, dessa forma, que a sanção penal somente seja aplicada àquele que, de fato, cometeu a infração. Assegurado pelo princípio da estrita jurisdicionariedade, ele requer a presença de dois requisitos: a verificabilidade (ou refutabilidade) das hipóteses acusatórias (que devem, tanto quanto possível, excluir as valorações e conter exclusivamente afirmações ou negações, de fato ou de direito) e a sua comprovação empírica em

juízo, por intermédio de procedimentos que permitam tanto a verificação quanto a refutação. O cognitivismo processual, continua o autor, é condição de efetividade do convencionalismo penal, pois de nada adianta a existência de garantias para a previsão do ilícito penal sem a presença de vínculos que determinem a sua adequada comprovação empírica (FERRAJOLI, 2006, p. 40-41).

Conforme já mencionado, o garantismo corresponde a um modelo ideal, irrealizável integralmente, pois é ilusória a noção de silogismo judicial perfeito, que possibilite a exata verificação fática e a inequívoca interpretação jurídica. Realmente a interpretação da lei, por mais avançadas que sejam as garantias penais, não é exclusivamente recognitiva, resultando sempre da escolha (mais ou menos discricionária conforme o grau de indeterminação da lei) entre hipóteses interpretativas alternativas. A verificação fática, por sua vez, mesmo que ancorada em todas as garantias processuais, não constitui uma tarefa simplesmente cognitiva, porque deriva sempre da conclusão (mais ou menos) provável de um raciocínio indutivo, cuja aceitação revela um poder de escolha entre hipóteses explicativas alternativas. Dessa forma, existem espaços irredutíveis de poder e de discricionariedade na atividade jurisdicional, competindo à Filosofia conhecê-los para permitir a sua redução. O garantismo, enfim, pretende apresentar um conjunto de instrumentos destinados a diminuir, tanto quanto possível, o arbítrio judicial, permitindo, assim, a máxima aproximação ao modelo ideal (FERRAJOLI, 2006, p. 42-44).

Ao convencionalismo penal o autor opõe o substancialismo penal, como primeiro elemento constitutivo de um modelo antigarantista. Nesse sentido, o substancialismo propõe não uma definição formal (legal) do ilícito penal, mas ontológica ou essencialista, em que o delito é visto em si mesmo como algo imoral ou antissocial, consistindo em sintoma da imoralidade ou periculosidade do seu autor. Pune-se, então, não pelo que se fez, mas pelo que se é, o que revela uma nítida confusão entre Direito e Moral, ou entre Direito e Natureza (FERRAJOLI, 2006, p. 45-46).

O segundo elemento constitutivo de um modelo antigarantista seria o decisionismo processual (diverso do cognitivismo processual garantista), ou seja, “a falta de fundamentos empíricos precisos e da consequente subjetividade dos pressupostos da sanção nas aproximações substancialistas e nas técnicas conexas de prevenção e de defesa social” (FERRAJOLI, 2006, p. 46). Se o delito é um sintoma de imoralidade ou periculosidade, o processo deixa de se preocupar com a comprovação de fatos objetivos e passa a se ocupar com a pesquisa da interioridade do suposto autor, permitindo ao julgador a elaboração de juízos absolutamente subjetivos e irrefutáveis (FERRAJOLI, 2006, p. 46).

Os modelos divergem também no tocante ao modo como analisam o problema da pesquisa da verdade fática no processo. Nessa linha, a verdade almejada pelo modelo antigarantista (composto, em primeiro lugar, como já afirmado, pelo substancialismo penal):

[...] é a chamada *verdade substancial ou material*, quer dizer, uma verdade absoluta e onicompreensiva em relação às pessoas investigadas, carente de limites e de confins legais, alcançável por qualquer meio, para além das rígidas regras procedimentais. É evidente que esta pretendida “verdade substancial”, ao ser perseguida fora de regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera em juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o cognitivismo ético sobre o qual se baseia o substancialismo penal resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do Processo Penal. (FERRAJOLI, 2006, p. 47-48, grifos do autor)

Ao contrário, a verdade buscada pelo garantismo como base para uma condenação é a verdade formal (ou processual), a qual somente pode ser alcançada por meio da observância de regras precisas, e refere-se apenas a fatos definidos legalmente como relevantes.

Vistos os elementos constitutivos do modelo garantista, é chegado o momento de precisar como essa teoria analisa o problema da verdade processual, o que será feito no próximo tópico.

4 A busca da verdade no Processo segundo o garantismo penal

Como visto, o cognitivismo processual constitui um elemento essencial da teoria do garantismo, colocando-se, então, o problema relativo ao modo pelo qual é feita a busca da verdade (fática e jurídica) no processo.

Ferrajoli (2006, p. 49-50) entende que toda atividade jurisdicional é um “saber-poder”, isto é, uma combinação de conhecimento e de decisão; nesse relacionamento, quanto maior o saber, menor será o poder, e vice-versa. Embora reconheça a ingenuidade e a impossibilidade epistemológica de um perfeito cognitivismo processual, caracterizado pelo “silogismo perfeito”, o autor não abandona completamente tal noção, mantendo-a, porém, como um ideal, nunca realizável integralmente, mas que deve permanecer como modelo limite. Assim, é importante precisar que condições são necessárias para garantir o máximo de “saber” e reduzir o quanto possível o “poder”, para imprimir o maior grau possível de racionalidade ao sistema. É fundamental, portanto, definir um conceito de “verdade processual”, a não ser que

se queira abdicar completamente da ideia de buscá-la (pela reconhecida impossibilidade de alcance de uma verdade objetiva e absoluta), o que levaria à adoção de soluções decisionistas, ancoradas no relativismo.

O autor reconhece, então, a impossibilidade de estabelecer um critério seguro de verdade das teses judiciais, assumindo que a “verdade absoluta” ou “objetiva” representa um ideal inatingível. Assim,

A “verdade” de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a “verdade” de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras *pele que sabemos* sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto dos conhecimentos confirmados que delas possuímos. (FERRAJOLI, 2006, p. 53, grifos do autor)

A verdade processual, nesse contexto, passa a ser considerada como uma verdade aproximativa, permanecendo o ideal da perfeita correspondência apenas como um modelo, um princípio regulador “que nos permita asseverar que uma tese ou uma teoria é mais plausível ou mais aproximativamente verdadeira e, portanto, preferível a outras por causa de seu maior ‘poder de explicação’ e dos controles numerosos a que foi submetida com sucesso” (FERRAJOLI, 2006, p. 53).

O autor explica que os motivos que tornam a verdade processual “aproximada” do ideal de correspondência com a realidade são, em parte, comuns, e, noutra parte, distintos daqueles que fazem “aproximada” a verdade na ciência (FERRAJOLI, 2006, p. 54).

Em primeiro lugar, tem-se que a verdade processual fática (referente, por exemplo, ao enunciado “José causou culpavelmente em Manoel uma ferida que se curou em dois meses”) é uma espécie particular de verdade histórica, referente a fatos passados, que não podem ser diretamente experimentados e comprovados no presente. A verdade acerca de tais fatos somente pode ser aferida, via raciocínio indutivo, por meio da análise de sinais do passado (provas) deixados no presente. A operação pode ser traduzida numa inferência indutiva que tem como premissas o fato a ser explicado e as provas produzidas, além de regras de experiência subentendidas, e, na conclusão, o enunciado do fato que se aceita como provado. Como toda inferência indutiva, a conclusão não pode ser considerada como logicamente deduzida das premissas; trata-se, apenas, de uma hipótese provável de

explicação do evento (FERRAJOLI, 2006, p. 55-56). O raciocínio, aqui, não difere daquele efetuado na ciência em geral: para assegurar o maior grau possível de probabilidade da hipótese aventada, o autor (FERRAJOLI, 2006, p. 135), seguindo o esquema nomológico-dedutivo da explicação causal, explica que ela deve ser confirmada (e não demonstrada dedutivamente) por várias provas (e aqui se aplica o critério da coerência com o maior número de confirmações) e não pode ser refutada por nenhuma hipótese explicativa alternativa.

Em segundo lugar, a verdade processual jurídica (para seguir com o exemplo acima mencionado, teríamos como enunciado “José cometeu o crime de lesão corporal de natureza grave”) está mais afastada ainda do ideal de correspondência. Cuida-se, aqui, de uma inferência dedutiva, que contém nas premissas a definição legal do conceito jurídico (exemplo: são lesões corporais de natureza grave aquelas que provocam incapacidade para as ocupações habituais por mais de quarenta dias, conforme determinada legislação penal) e o fato tido como provado e, na conclusão, a classificação do fato consoante o conceito jurídico. A conclusão, nesse caso, é verdadeira em relação às premissas, mas tão opinativa quanto essas.

A verificabilidade (ou refutabilidade) de uma conclusão jurídica, isto é, afirmar que um enunciado (referente à verdade jurídica) é verdadeiro ou falso, somente será possível se a definição legal do delito for clara, objetiva e referente a fatos empíricos, com exclusão dos valores e dos conceitos indeterminados (sobre os quais não se pode afirmar a veracidade ou falsidade). Assim, a discricionariedade na apuração da verdade jurídica está condicionada pelo princípio da legalidade estrita ou da taxatividade penal (FERRAJOLI, 2006, p. 114-116). É inevitável, porém, o subjetivismo e a relativa indeterminação que envolvem muitos conceitos jurídicos, mesmo na seara penal, como, por exemplo, as noções de “incapacidade” e “ocupações habituais”. Ademais, como visto, o enunciado fático é, sempre, segundo o autor, uma hipótese provável, o que mostra a distância da verdade processual jurídica em relação ao ideal de correspondência (FERRAJOLI, 2006, p. 56-57).

Em terceiro lugar, também como fator de incerteza da verdade processual, tem-se a falta de impessoalidade e de neutralidade do juiz que, “[...] por mais que se esforce para ser objetivo, está sempre condicionado pelas circunstâncias ambientais nas quais atua, pelos seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções, seus valores ético-políticos” (FERRAJOLI, 2006, p. 58).

Os três aspectos acima referidos não diferem muito daqueles que tornam meramente “aproximada” a verdade das teorias científicas em geral. Mas há um quarto fator, exclusivamente jurídico, que consiste nas regras legais disciplinadoras das

condições de comprovação da verdade (fática e jurídica) no processo judicial. A verdade processual depende, pois, da validade como foi produzida, o que a afasta, ainda mais, do ideal de equivalência. Assim, no modelo garantista, não só a verdade condiciona a validade da atividade processual, mas a validade também regula a verdade no processo (FERRAJOLI, 2006, p. 61).

Enfim, os quatro limites apontados comprometem definitivamente qualquer tentativa de ver a verdade processual como correspondência com a realidade. Mas isso não deve levar ao abandono completo desse ideal, a não ser que se queira optar por soluções de caráter decisionista. Por essa razão, o modelo garantista pretende esclarecer as condições que possibilitem a redução, tanto quanto possível, das margens de discricionariedade na apuração da verdade processual (FERRAJOLI, 2006, p. 65).

Com esse objetivo, Ferrajoli (2006, p. 65-66) avalia o modo como se desenvolve o raciocínio judicial consistente na aplicação da lei ao caso concreto, e verifica que esse se distancia muito da noção do “silogismo perfeito” de Beccaria. Na realidade, não se trata apenas de uma, mas de três inferências, em que uma é logicamente antecedente da outra: 1) uma inferência indutiva (indução fática), que tem como premissas o fato a ser explicado e as provas praticadas (além de regras de experiência subentendidas), e, como conclusão, o enunciado fático que se tem como provado (por exemplo, “José cometeu o fato F”); 2) uma inferência dedutiva (dedução jurídica), cujas premissas são o enunciado fático provado e a definição jurídica do ilícito penal, que tem como conclusão a classificação jurídica do fato (“José cometeu o delito G”); 3) um silogismo prático ou deontico, que tem como premissas o fato juridicamente classificado e a norma penal incriminadora, e, como conclusão, a norma concreta (“José deve ser punido com a pena P”). Diante do caráter inevitavelmente provável da conclusão fática (primeira inferência) e da natureza necessariamente opinativa da conclusão jurídica (segunda inferência), conclui-se pela forçosa imperfeição do silogismo prático.

Isso leva, prossegue o autor, a algumas concepções que rechaçam o conceito semântico de verdade como correspondência, como a teoria sintática da verdade como coerência (uma proposição é verdadeira se é derivada de outra considerada verdadeira), a teoria pragmática da verdade como aceitabilidade justificada (uma proposição é verdadeira preferentemente a outra, se estiver de acordo com outras tidas como verdadeiras e se tiver maior alcance empírico) e a teoria consensualista (uma proposição é verdadeira se obtiver o consenso da comunidade científica).

Mas isso é fruto de um equívoco, pois a correspondência (aproximada) com a realidade diz respeito ao significado do termo “verdade”, enquanto a coerência, a aceitabilidade justificada e o consenso referem-se aos “critérios de decisão sobre a verdade” (FERRAJOLI, 2006, p. 67). Por isso,

Quando um juiz impõe a uma testemunha que se comprometa a dizer toda a verdade, não lhe pede que não entre em contradição, mas que diga como ocorreram realmente as coisas; não se contenta com o fato de que subministre justificações cômodas ou plausíveis de seu depoimento, mas exige que este depoimento corresponda àquilo que seja de seu conhecimento. A coerência e a aceitabilidade justificada são, em suma, os critérios subjetivos pelos quais o juiz avalia e decide acerca da verdade ou da confiabilidade das premissas probatórias da indução do fato e das premissas interpretativas de sua qualificação jurídica. Mas o único significado da palavra “verdadeiro” – como das palavras “confiável”, “provável”, “verossímil”, “plausível” ou similares – é a correspondência mais ou menos argumentada e aproximativa das proposições para com a realidade objetiva, a qual no processo vem constituída pelos fatos julgados e pelas normas aplicadas. (FERRAJOLI, 2006, p. 67-68, grifos do autor)

Nessa trilha, tais critérios (coerência, aceitabilidade justificada e consenso) são utilizados em diversos campos da atividade humana, como na Política, na Administração, na Economia e na Ciência, em que a decisão prescinde da verdade de suas motivações. A legitimação, nesses casos, decorre do êxito prático da escolha, do consenso majoritário, ou da coerência. Isso, porém, não pode ser aceito no Direito Penal, especialmente segundo os parâmetros do garantismo (lembre-se do cognitivismo processual), em que a única justificação aceitável de uma decisão consiste na verdade (entendida como correspondência possível e aproximada com a realidade) de suas motivações. Portanto, no Direito Penal, a coerência e a aceitabilidade justificada não substituem a teoria da verdade como correspondência (a qual se relaciona ao “significado” da verdade), mas servem de critérios para a decisão sobre a verdade processual (FERRAJOLI, 2006, p. 69-70).

A verdade processual, então, como qualquer pesquisa empírica, vale-se do procedimento por prova e erro, em que a maior garantia de sucesso reside na “[...] máxima exposição das hipóteses acusatórias à falsificação pela defesa, isto é, ao livre desenvolvimento do conflito entre as duas partes do processo, portadoras de pontos de vista contrastantes exatamente porque titulares de interesses opostos.” (FERRAJOLI, 2006, p. 562). Nesse prisma, não cabe ao juiz formular hipóteses, nem produzir as correspondentes provas, mas, simplesmente, avaliá-las.

Tal concepção é a única que comporta uma atitude epistemológica não dogmática, pois permite admitir que uma teoria pode ser falsa ainda que seja coerente e aceita por todos como verdadeira (FERRAJOLI, 2006, p. 68).

Note-se, por fim, que a visão de Ferrajoli (2006, p. 90-92) sobre a busca da verdade no processo está intimamente relacionada a um modelo normativo ideal, composto por dez axiomas, os quais formam um conjunto de prescrições consistentes em condições necessárias para a intervenção penal. Esses axiomas foram elaborados, principalmente, pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, como princípios limitadores do poder penal absoluto, e foram, posteriormente, incorporados (ainda que parcialmente) aos diversos ordenamentos desenvolvidos. Os seis primeiros consistem em garantias penais, referentes à pena e ao delito. Os quatro últimos são garantias processuais. São eles:

a) *nulla poena sine crimine*: princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito;

b) *nullum crimen sine lege*: princípio da legalidade;

c) *nulla lex (poenalis) sine necessitate*: princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal;

d) *nulla necessitas sine injuria*: princípio da lesividade ou da ofensividade;

e) *nulla injuria sine actione*: princípio da materialidade ou da exterioridade da ação;

f) *nulla actio sine culpa*: princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal;

g) *nulla culpa sine iudicio*: princípio da jurisdicionariedade;

h) *nullum iudicium sine accusatione*: princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação;

i) *nulla accusatio sine probatione*: princípio do ônus da prova ou da verificação;

j) *nulla probatio sine defensione*: princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

O modelo ideal proposto por Ferrajoli (2006, p. 101-102), em que todas essas garantias estejam presentes, é denominado “direito penal mínimo”, no qual a intervenção penal está disciplinada e vinculada ao máximo. Ao contrário, o sistema em que estiverem ausentes todas as garantias é chamado de “direito penal máximo”, pela absoluta falta de condicionamentos para o exercício do poder punitivo. Entre esses dois extremos situam-se os diversos ordenamentos concretos, de modo que se pode falar em graus de garantismo ou em tendência ao Direito Penal mínimo (ou máximo).

Segundo o autor (FERRAJOLI, 2006, p. 494-495), os dois conjuntos de garantias não valem apenas por si mesmos, mas também garantem, reciprocamente a

efetividade um do outro: de nada adiantariam as garantias substanciais relacionadas ao convencionalismo penal caso a apuração judicial do delito fosse realizada segundo um modelo processual decisionista; da mesma forma, seriam ineficazes as garantias processuais ligadas ao modelo cognitivista se não estivessem acompanhadas das respectivas garantias penais (já que a verificabilidade da verdade processual pressupõe a taxatividade das normas penais).

5 Conclusão

Na introdução deste artigo, fez-se a apresentação do tema, bem como do referencial teórico adotado para a pesquisa (garantismo penal).

Na primeira seção, pôde-se observar um rápido panorama histórico sobre a busca da verdade no Processo Penal, mostrando-se como o problema foi tratado pelo positivismo jurídico, a partir do final do século XVIII, quando não se reconhecia a sua complexidade. Com amparo nos ideais de objetividade, clareza e segurança jurídica, construía-se a figura do juiz “boca da lei”, o qual, na aplicação do Direito, realizava um silogismo perfeito (subsunção). A busca da verdade do fato ficava em segundo plano (falava-se em “mero juízo de fato”). Mantinha-se o paradigma da verdade como correspondência com a realidade e, como consequência, a consideração de que os fatos não estariam sujeitos a interpretação (postura não adotada por alguns positivistas, como Kelsen). Revelou-se, ainda, como a criminologia determinista, na segunda metade do século XIX, ao voltar sua atenção para o homem delinquente como objeto principal de estudo, não deu a devida atenção ao problema relativo à investigação do fato.

Na segunda seção, examinou-se a teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, especialmente os seus elementos constitutivos.

Por fim, na terceira seção, verificou-se como a referida teoria estuda o problema da busca da verdade no Processo Penal. Constatou-se que, na perspectiva do garantismo, a verdade buscada como base para uma condenação ou absolvição é a formal (ou processual), a qual somente pode ser alcançada por meio da observância de regras precisas, e refere-se apenas a fatos definidos legalmente como relevantes.

O modelo teórico utilizado neste trabalho reconhece a impossibilidade de estabelecer um critério seguro de verdade das teses judiciais e assume que a “verdade absoluta” ou “objetiva” representa um ideal inalcançável. O ideal da perfeita correspondência permanece apenas como um modelo, um princípio regulador que permite afirmar que uma tese ou teoria é mais plausível ou mais verdadeira que outra por

causa de seu maior poder de explicação e de seu êxito diante dos mecanismos de controle a que foi submetida.

A verdade processual, então, como qualquer pesquisa empírica, vale-se do procedimento por prova e erro, no qual o sucesso depende da máxima exposição da tese acusatória à falsificação pela defesa. Nesse contexto, não cabe ao juiz formular hipóteses nem produzir as correspondentes provas, mas, simplesmente, avaliá-las. Tal conclusão coloca-se em total contradição com o senso comum teórico, segundo o qual o Processo Penal busca a “verdade real”, a qual pode e deve ser alcançada mediante a concessão de poderes instrutórios *ex officio* ao julgador.

6 Referências

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. Alfredo Bosi, rev. Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 1. ed. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Paulo M. Oliveira. São Paulo: Edições de Ouro, 1965.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. e not. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

CATÃO, Adrualdo de Lima. **Decisão jurídica e racionalidade**. Maceió: Edufal, 2007.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, v. 30, 1998, p. 163-198. Disponível em: <http://www.direitosfundamentais.com.br/downloads/colaborador_principios_gerais.doc>. Acesso em: 15 de julho de 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et al.* 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SOUZA, João Fiorillo de. Notas sobre a interpretação dos fatos no Direito. **Olhares Plurais**. Maceió, v. 2, n. 5, 2011, p. 146-157. Disponível em: <<http://www.seune.edu.br/revista/index.php/op/article/view/54>>. Acesso em: 14 de setembro de 2008.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles (Ed.). **Dicionário Houaiss de língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KHALED JR., Salah. **Ambição de verdade no Processo Penal**: desconstrução hermenêutica do mito da verdade real. Salvador: Juspodivm, 2009.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. A interpretação dos fatos no direito. **Prim@facie**. João Pessoa, ano 2, n. 2, 2003, p. 8-18. Disponível em: <<http://www.ccj.ufpb.br/primafacie>>. Acesso em: 28 de junho de 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 1. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. **Lineamentos do Processo Penal romano**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. **Direitos e garantias individuais no Processo Penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

Independência do juiz e papel das políticas públicas na decisão judicial: o caso Eliza Samudio (2009)

ADELMAR DE MIRANDA TÔRRES

Mestre em Economia do Setor Público (UnB). Subchefe Adjunto da Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil da Presidência da República.

Artigo recebido em 14/04/2011 e aprovado em 27/04/2012.

SUMÁRIO: 1 *Introdução* • 2 *Aspectos teóricos* • 3 *Aplicação da teoria ao caso concreto* • 4 *Conclusão* • 5 *Referências*.

RESUMO: O presente artigo examina decisão judicial sobre o caso Eliza Samudio, prolatada em 2009, sob o prisma de aspectos teóricos da independência do juiz e da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. Neste contexto, o texto discute a interpretação dada pela magistrada do caso sobre a Lei nº 11.340, de 2006 – Lei Maria da Penha -, avalia sua decisão judicial e analisa a manifestação de órgão do Poder Executivo sobre a referida decisão. O artigo defende como inoportuno o protesto do Poder Executivo sobre a decisão da magistrada e classifica como pertinente levar em conta a eficácia de uma política pública em decisões judiciais.

PALAVRAS-CHAVE: Decisão judicial • Políticas públicas • Independência judicial • Lei Maria da Penha.

The Judge's independence and the role of public policies in the judicial decision: the case of Eliza Samudio (2009)

CONTENTS: *1 Introduction • 2 Theoretical Aspects • 3 Application of theory to the case • 4 Conclusion • 5 References.*

ABSTRACT: This article discusses the judicial decision issued in 2009 – case Eliza Samudio – through the prism of theoretical aspects of judicial independence and the prism of the possibility of Judiciary's intervention in the implementation of public policies. In this context, the article discusses the interpretation given to the Act N. 11.340/2006 – Maria da Penha Act – by the magistrate responsible for the case, evaluates her decision and analyzes the manifestation of Executive Branch agency about the decision. The article claims as untimely the protest of the Executive on the magistrate's decision and categorizes as relevant taking into consideration the effectiveness of a public policy in judgments.

KEYWORDS: Judicial decision • Public policies • Judicial independence • Maria da Penha Law.

Independencia del Juez y el papel de la decisión judicial em la política pública: el caso de Eliza Samudio (2009)

CONTENIDO: *1 Introducción • 2 Aspectos teóricos • 3 Aplicación de la teoría al caso • 4 Conclusión • 5 Referencias.*

RESUMEN: Este artículo examina la decisión judicial sobre el caso de Eliza Samudio, promulgada en 2009, bajo el prisma de los aspectos teóricos de la independencia del juez y la posibilidad de intervención del Poder Judicial en la aplicación de las políticas públicas. En este contexto, el artículo analiza la interpretación dada por el juez en el caso de la Ley Nº 11.340, de 2006 – Ley Maria da Penha – evalúa su decisión y analiza la manifestación del organismo del Poder Ejecutivo sobre la decisión. En efecto, el artículo afirma por extemporánea la protesta del organismo del Ejecutivo contra la decisión del juez y clasifica como relevante tenerse en cuenta la eficacia de una política pública en decisiones judiciales.

PALABRAS CLAVE: Decisiones judiciales • Políticas públicas • Independencia judicial • Ley Maria da Penha.

1 Introdução

O processo de aplicação do direito realizado pelo juiz começa com a identificação da causa, da situação de fato, das circunstâncias concretas, ou, como diz meu querido colega Ministro Costa Leite, com o conhecimento da base empírica do processo. Nesse momento, o juiz começa a abrir a sua inteligência para a noção de justiça. Quem está com a razão? Quem deve vencer a lide? Enquanto o Magistrado não conhecer todos os fatos da causa, ele não estará em condições de emitir nenhum julgamento. Sem dominar as circunstâncias concretas dos autos o juiz não está preparado para buscar a disciplina jurídica própria, seja no rol do direito positivo seja nas demais fontes possíveis, assim os princípios gerais do direito, os costumes etc. E necessário não esquecer nunca o juiz que a sua função é a de realizar a justiça, não a de, pura e simplesmente, encontrar uma regra jurídica aplicável ao caso sob julgamento. O direito positivo é, apenas, um meio para que ele preste a jurisdição. (DIREITO, 2000, p. 5-6)

Em outubro de 2009, Eliza Samudio procurou o 3º juizado da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Jacarepaguá, zona oeste do município do Rio de Janeiro - RJ, para obter medida protetiva prevista na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha.

Elisa Samudio, então grávida de cinco meses, solicitara a medida em face de ter sido agredida pelo então goleiro do Flamengo, Bruno Fernandes. Contudo, a Juíza Ana Paula de Freitas do 3º juizado citado decidiu que o caso de Elisa não se enquadraria na Lei Maria da Penha, de acordo com sua entrevista dada ao jornal Folha de São Paulo, em 14 de julho de 2010.

Decidi com base no depoimento de Eliza na delegacia. Ela disse à polícia que ‘ficou’ com o Bruno, que eles tiveram um encontro de natureza sexual e isso não se caracteriza como uma relação íntima, de afeto, estável. Foi um único encontro. Por isso, minha decisão foi de que a competência seria da Vara Criminal. (FOLHA ONLINE, 2010)

Em 4 de junho de 2010, Elisa Samudio desapareceu quando deixou um hotel na Barra da Tijuca, na zona oeste do Rio de Janeiro - RJ, onde estava hospedada, e foi para o sítio do atleta, no município de Esmeraldas, na Região Metropolitana de Belo Horizonte (MG). Eliza viajou para o local com o filho de quatro meses, que seria fruto da relação com Bruno. O jogador, no entanto, não concordava em assumir a paternidade da criança.

Em 8 de julho de 2010, a polícia carioca concluiu o inquérito de parte dos crimes que teriam sido praticados pelo goleiro Bruno Fernandes e seu amigo, Luiz

Henrique Romão, conhecido como Macarrão, na capital carioca. Nesse inquérito, Bruno foi indiciado como mandante por sequestro e Luiz Henrique como executor. Eles ainda podem ser indiciados por outros crimes, como lesão corporal. Todos eles teriam sido praticados contra Eliza Samudio. O goleiro e seu amigo foram presos, devendo ficar na penitenciária de Bangu, na Baixada Fluminense, inicialmente por cinco dias. Para a polícia, a jovem teria sido morta no dia 9 de junho de 2010. A investigação tenta até hoje, porém sem sucesso, descobrir onde estaria o corpo da ex-amante do goleiro.

A Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (SPM-PR) divulgou, em 14 de julho de 2010, nota à imprensa lamentando:

[...] que, às vésperas da Lei Maria da Penha (11.340/06) completar quatro anos de existência, o Brasil esteja presenciando casos de tamanha crueldade e violência como o de Eliza Samudio (ex-amante do goleiro Bruno e brutalmente assinada) [...] Também é triste constatar a não aplicação desta Lei por parte de seus operadores, uma vez que foi criada especificamente para proteger as mulheres vítimas da violência doméstica. (BRASIL, 2010)

Além disso, a nota enfatiza que os argumentos utilizados pelo 3º juizado de Violência para negar o pedido de proteção a Eliza em outubro de 2009 - considerar que a jovem não mantinha relações afetivas com o goleiro Bruno Fernandes e que ela não poderia se beneficiar das medidas protetivas, nem *'tentar punir o agressor'*, sob pena de banalizar a Lei Maria da Penha - não seriam procedentes, pois:

O artigo 5º, inciso III da Lei Maria da Penha caracteriza como violência doméstica *'qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independente de coabitação'*. A legislação não estipula o tempo da relação, porque a violência doméstica e familiar contra a mulher se configura por meio de qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, além de dano moral ou patrimonial. Qualquer relacionamento amoroso, portanto, pode terminar em processo judicial com aplicação da Lei Maria da Penha, se envolver violência doméstica e familiar contra a mulher e violar os direitos humanos. (BRASIL, 2010)

Por fim, a nota enfatiza que:

[...] Eliza procurou proteção do Estado porque sofreu ameaças, lesões, cárcere privado e indução ao aborto. Apesar de sua integridade física e a da criança estar em perigo, seu apelo não foi atendido. [...] a alegação de que Eliza não precisava de proteção do Estado porque era apenas uma *'amante'* ou *'ficante'*, remete aos padrões antigos de preconceito contra as mulheres.

[...] Não bastarão leis para proteger as mulheres se as suas vozes não forem ouvidas e se houver omissão do Estado. A omissão e desídia dos agentes são defeitos que maculam a atividade pública. O Estado tem de ser responsabilizado pelas suas ações, para evitar que mais mulheres sejam brutalmente assassinadas após buscar amparo e proteção legal. (BRASIL, 2010)

Em 29 de julho de 2010, a polícia mineira concluiu o inquérito. No dia 4 de agosto de 2010, o Ministério Público de Minas Gerais (MP-MG) denunciou o goleiro Bruno Fernandes e outros oito suspeitos de envolvimento no suposto homicídio de Eliza Samudio. Bruno foi indiciado por homicídio, sequestro e cárcere privado, ocultação de cadáver, formação de quadrilha e corrupção de menores. Em 5 de agosto de 2010, a Justiça de Minas Gerais aceitou a denúncia e, a pedido do MP-MG, decretou a prisão preventiva de todos os acusados. O goleiro Bruno, o amigo Macarrão e o primo Sérgio continuam até o momento presos e irão a júri popular por sequestro e cárcere privado, homicídio triplamente qualificado e ocultação de cadáver (GAZETAONLINE, 2011).

Diante desse trágico relato, do qual sobressai o posicionamento firme do órgão de Estado responsável pelas políticas públicas para a melhoria da vida das mulheres brasileiras, duas questões, entre outras possíveis, afloram: caberia a órgão do Poder Executivo questionar a independência da decisão judicial, afirmando que esta interpretou equivocadamente a lei? Caberia ao juiz levar em conta a eficácia de uma política pública na prestação jurisdicional?

Considerando o tema da autonomia do magistrado no contexto de uma democracia constitucional, seria razoável esperar que a independência do juiz fosse condição *sine qua non* para garantir a estabilidade do ordenamento jurídico e a plena eficácia de suas normas. Por sua vez, o envolvimento dos magistrados na implementação eficaz de políticas públicas se justificaria, de acordo com a abordagem substantiva de compreensão da democracia.

Assim, explorar o referencial teórico que perpassa as indagações e tentar responder aos dois questionamentos diante do caso concreto são os objetivos centrais deste artigo. Para tanto, utiliza-se de pesquisa bibliográfica sobre a autonomia do magistrado e acerca do papel da política pública na decisão judicial, visando a deslindar possíveis respostas a essas questões derivadas da triste realidade do país, aplicando-se o método indutivo, ou seja, partindo-se de uma situação fática, explora-se sua interação com a dogmática contemporânea.

Nesse sentido, o artigo é organizado da seguinte forma: após esta breve introdução, a segunda parte irá examinar aspectos teóricos contemporâneos acerca da independência da decisão judicial e sobre a possibilidade de interferência da

prestação jurisdicional na implementação de políticas públicas; na terceira parte, será avaliado o caso concreto relatado na introdução à luz dos quesitos normativos abordados anteriormente, bem como debatida a interpretação da magistrada sobre a Lei Maria da Penha; e, por fim, serão propostas respostas aos questionamentos efetuados na introdução do artigo, a título de considerações finais.

2 Aspectos teóricos

2.1 Independência da prestação judicial

O juiz, na sua independência, não pode decidir agredindo a realidade. Nem pode demonstrar com atos judiciais extremos o seu poder constitucional. A força da decisão judicial é a sua compatibilidade com as condições concretas da sociedade, é a sua adequação ao critério do que é razoável, presente a lei, com o que o julgado e a sua consequência têm equilíbrio. (DIREITO, 2000, p. 24)

O objeto desta seção é descrever a independência do operador do direito à luz da literatura, apresentando inicialmente a analogia empregada por alguns estudiosos da independência judicial com os dois conceitos de liberdade formulados por Isaiah Berlin e as diversas formas de independência judicial. Posteriormente, expor a discussão de duas possibilidades, dentre outras, de exercer essa independência: de um lado, uma baseada numa visão mais positivista do Direito; de outro lado, uma ancorada na visão mais realista do Direito, apontando seus contornos e eventuais limites. Por último, mostrar três perspectivas da independência judicial numa democracia constitucional.

2.1.1 Independência judicial como liberdade

Parece ser lugar comum afirmar a importância da independência judicial, haja vista que a maioria da sociedade tem uma noção geral e positiva do seu significado. Contudo, desconhece-se a exata natureza e extensão desse conceito, embora seja objeto de assíduos debates. Assim, surge o frequente questionamento: independente do que e de quem? Isto é: o que envolveria o conceito de independência judicial? (THEAN, 2003, p. 29).

A professora Pamela S. Karlan, da *Stanford Law School Faculty*, defende a utilização dos dois conceitos de liberdade elaborados por Isaiah Berlin como paradigma também para a independência judicial. Berlin descreve a liberdade, num primeiro sentido, como sendo aquela de cunho negativo, pois envolveria responder à

seguinte pergunta: em que áreas o sujeito – indivíduo ou grupo – tem permissão ou deve ter permissão de ser alguém ou de fazer algo, sem a interferência de outras pessoas?¹ Num segundo sentido, ele conceitua a liberdade como sendo positiva, o que envolveria responder o seguinte questionamento: o que ou quem é a fonte de controle ou de interferência que pode determinar alguém a ser ou fazer isso em vez de aquilo?² (BERLIN, 1958 *apud* THEAN, 2003, p. 29-30).

Nesse sentido, Pamela Karlan afirma que os juízes deveriam ter os dois tipos de liberdade (independência): de um lado, livres de certos tipos de pressão e de influência, ou seja, de coerção externa; e, de outro, livres para imaginar e para realizar certos objetivos, isto é, para controlar resultados. Ademais, assevera que a análise de Berlin sugere que é bem mais fácil encontrar consenso quando se discute o conceito negativo da independência judicial do que o seu conceito positivo (KARLAN, 1999 *apud* THEAN, 2003, p. 30).

2.1.2 As diversas formas de independência judicial

A independência judicial pode assumir diferentes formas, cada uma delas sendo essencial para um bom julgamento, porém nenhuma delas assumindo um caráter de absoluta essencialidade. Contudo, pode-se ressaltar três tipos de independência judicial: a autonomia individual do juiz, o distanciamento das partes envolvidas no processo e o isolamento político do magistrado (FISS, 2000, p. 1455).

A autonomia individual do juiz diz respeito ao relacionamento dos juízes individualmente com os demais membros do Poder Judiciário. Essa autonomia demanda que o juiz seja livre de pressões de colegiados e de instituições judiciárias quando decidir questões referentes a fatos e normas jurídicas. Nesse contexto, as decisões judiciais são dependentes exclusivamente da responsabilidade e da consciência individual do magistrado, o que permite sua *accountability* (FISS, 2000, p. 1455).

O distanciamento das partes refere-se ao relacionamento entre as partes e o juiz perante o tribunal e é fundamentado na aspiração de imparcialidade do magistrado no julgamento de casos. Isso requer que o juiz não deva ter qualquer tipo de envolvimento com qualquer uma das partes, nem estar, em hipótese alguma, sob

1 Liberdade negativa seria aquela em que nenhum homem ou grupo de homens interfere na atividade de um indivíduo ou grupo de indivíduos, ou seja, sem coerção externa (SIMÕES, 2010, p. 19).

2 Liberdade positiva seria aquela em que há a possibilidade de agir - ou a ação, de fato -, para permitir o controle da vida do indivíduo e a realização dos propósitos fundamentais desse sujeito; isto é, admite coerção (SIMÕES, 2010, p. 20-21).

o seu controle ou influência. Assim, o magistrado estaria abrigado contra ameaças a sua imparcialidade, tais como subornos e vinculações estreitas com os litigantes (FISS, 2000, p. 1455).

Por sua vez, a insularidade política do magistrado, talvez a mais complexa forma de independência judicial, requer que o magistrado aja independentemente de ações de órgãos e instituições da sociedade civil e, principalmente, daquelas vinculadas aos Poderes Executivo e Legislativo. É esperado que o juiz seja livre da influência e do controle de órgãos políticos do Governo. De fato, o isolamento político é essencial à busca da justiça, o que exige que os magistrados façam o que é certo, não o que é popular ou politicamente correto (FISS, 2000, p. 1455).

Chama-se a atenção, em relação à insularidade política do juiz, para a perigosa e nebulosa capacidade de líderes políticos de mobilizar o sentimento popular contra magistrados, fenômeno potencialmente presente em qualquer governo democrático. A adesão de parcela da sociedade civil ao posicionamento contrário de órgão de governo à determinada decisão judicial, em que pese ser praticamente impossível alterar ou afetar uma particular decisão judicial uma vez ela pronunciada, é, de qualquer maneira, uma constante fonte de ataque à constitucional independência do Poder Judiciário. Isso é especialmente verdadeiro para os casos ainda pendentes de decisão, pois os juízes estão legalmente impedidos de se pronunciar a respeito dos mesmos; e, assim, não seriam capazes de responder aos ataques desferidos por membros do governo a suas decisões (FEREJOHN, 1999, p. 360).

Nesse sentido, deveria ser dada eficiente proteção ao magistrado para isolá-lo da pressão dos poderosos, bem como para garantir que ele esteja consciente da necessidade de dar a devida atenção às ações legais de maiorias populares e de seus agentes, haja vista que a lei é elaborada em sintonia com as vontades majoritárias de uma sociedade (FEREJOHN, 1999, p. 365). É bom lembrar a advertência de que os juízes que estão perfeitamente isolados da influência da política podem abusar da confiança a eles conferida (BRUTUS, 1788 *apud* FEREJOHN, 1999, p. 365).

2.1.3 Duas possibilidades de exercer a independência judicial

Tendo em mente essas formas de independência judicial, pode-se compreender a afirmação de Leonardo Greco (2002, p. 30), *in verbis*: “[...] os juízes devem gozar de absoluta independência em relação a qualquer outra autoridade pública, inclusive judiciária, e a qualquer tipo de pressão individual ou coletiva que possa comprometer a sua impessoalidade”.

Esse autor vai mais longe ainda, corroborando a visão radicalmente positivista de que a prestação jurisdicional não deve estar, sob qualquer hipótese, submetida a “nenhuma vontade externa diversa daquela objetiva da lei” (ANDOLINA; VIGNERA *apud* GRECO, 2002, p. 31), afirmando que:

Essa independência exige que o juiz examine as pretensões que lhe são submetidas exclusivamente sob o aspecto da sua conformidade ou não com o ordenamento jurídico, não podendo a isso sobrepor-se qualquer espécie de invocação do interesse público, por mais relevante que seja. O princípio do Estado de Direito se assenta justamente nessa supremacia da lei sobre qualquer outro tipo de interesse. (GRECO, 2002, p. 30-31)

De fato, essa visão é típica da Escola de Exegese vigente no século XIX, que defendia a lei como única fonte do Direito, conforme expressa Bobbio (1995, p. 87): “Fica portanto claro, que, segundo a escola da exegese, a lei não deve ser interpretada segundo a razão e os critérios valorativos daquele que deve aplicá-la, mas, ao contrário, este deve submeter-se completamente à razão expressa na própria lei [...]”.

Em resumo, a independência do operador do Direito está restrita a um legalismo estreito, reproduzindo, assim, a visão dogmática do Direito que, segundo Stamford (2000, p. 132), “postula que o julgador está limitado aos preceitos legais e que a solução de todos os problemas sociais está contido neste arsenal normativo”. Contudo, como ensina esse mesmo autor: “Não se esqueça, leitor, de que o caso concreto é uma ocorrência social, que envolve pessoas, logo, uma infinidade de leituras possíveis, pois as visões do mundo são diferentes. Eis aí a dimensão social da hermenêutica” (STAMFORD, 2000, p. 132).

Corroborando a citação acima, Carlos Alberto Direito (2000, p. 5, grifo nosso) nos ilumina afirmando:

A decisão judicial não decorre da pura aplicação da lei considerando um dado caso concreto. A criação de um computador que, alimentado com a lixeira proposta e com as leis vigentes, seja capaz de emitir um julgado até pode ser idéia atraente e, mesmo, factível. Os cientistas têm condições de criar um *soft* adequado para tanto. Essa perspectiva não é fora de propósito, se pensarmos que a ciência já anda a passos largos para a invasão do código genético. O que se quer significar com isso é que a decisão judicial é, essencialmente, uma decisão humana. Sendo uma decisão humana ela não está, por inteiro, no domínio da ciência ou da técnica. O homem não existe somente porque tem o suposto domínio da razão. O homem existe porque ele é razão e emoções, sentimentos, crenças. *A decisão judicial é, portanto, uma decisão que está subordinada aos sentimentos, emoções, crenças da pessoa*

humana investida do poder jurisdicional. E a independência do juiz está, exatamente, na sua capacidade de julgar com esses elementos que participam da sua natureza racional, livre e social.

Neste instante, cabe, tal como fez António M. Hespanha (2007, p. 72), perguntar: estaria irremediavelmente fora do Direito a função de assegurar a realização de “certos valores específicos (digamos, a justiça deste mundo, a ordem da cidade), seja ela formulada por quem for?”. Uma possível resposta, segundo Hespanha (2007, p. 72), seria a de que:

[...] o que a realidade mostra é que o Estado – que representa uma vontade, mas não se pode arrogar a detentor de uma razão, e que se exprime juridicamente por meio de proposições gerais e abstratas – não está em condições de impedir intromissões de outrem – dos juristas, da consciência pública – na definição do que seja o direito, independentemente, também, daquilo que se possa pensar sobre a legitimidade destas intromissões.

De fato, Hespanha afirma que essa resposta não vai de encontro ao princípio democrático, dentro de certos limites, pois as eventuais “distorções”³ produzidas por essas intromissões – de particulares e dos próprios órgãos públicos – implicaria a realização diária de um plebiscito que aceitaria ou negaria tais distorções, o qual foi chamado por H. L. Hart de ‘norma de reconhecimento’ (HESPANHA, 2007, p. 97).

Essa concepção realista do Direito – na qual os juristas, sob o ponto de vista interno, “identificam o direito também a partir da norma de reconhecimento (que para eles, é uma espécie de costume jurisprudencial ou doutrinal); mas, como eles próprios produzem doutrina e jurisprudência, podem influir sobre essa norma e modificá-la” – permite, de um lado, “evitar um legalismo fechado inexoravelmente na lei, tal como ela é promulgada”; e, de outro, “[...] evita o subjetivismo em que caem outras concepções que pretendem tomar distâncias em relação ao direito positivo formal [...]” (HESPANHA, 2007, p. 109-110).

Os principais expoentes da escola realista, segundo Hespanha, são H. L. Hart e R. Dworkin, os quais pregam, no campo da política do Direito, a devolução pelo Estado da constituição do Direito para a sociedade, conferindo a efetividade das

3 Segundo Hespanha (2007, p. 107), “Mas a insuficiência da definição constitucional de ‘fechar o direito’, decorre ainda de que particulares e os próprios órgãos públicos, pelas razões mais diversas, não obedecem uniformemente ao direito estabelecido. Uma vez, existe a convicção de que estas condutas destoantes são ilícitas e devem ser punidas; mas também acontece que não exista noutros casos, esta convicção e que, por isso, tais comportamentos passam por lícitos e acabe por substituir o direito estabelecido pelo Estado [...]”.

normas jurídicas aos juristas (HESPANHA, 2007, p. 110-111). Na verdade, a concepção de Dworkin vai além da de Hart, pois para aquele existiriam, no seio das normas de reconhecimento, certos “[...] ‘valores morais’ que, ao tomar forma jurídica, se exprimiriam em princípios” (HESPANHA, 2007, p. 113-114).

Sinteticamente, Hespanha (2007, p. 116) descreve o pensamento de Dworkin a partir da interpretação que este tem de como o juiz deve se comportar diante de casos difíceis (*hard cases*). Dworkin apresenta o procedimento adotado pelo juiz perante esses casos, utilizando-se de duas metáforas: “a do ‘juiz hercúleo (de Hércules)’ e a do ‘romance em cadeia’”. A primeira mostra o juiz como tendo “capacidades sobre-humanas, capaz de interpretar toda a história constitucional e jurídica de um país, de modo a extrair dela os princípios a partir dos quais devia ser resolvido o caso *sub judice*”. A segunda metáfora descreve o juiz como um dos autores de um romance, sendo obrigado, de maneira aleatória, a dar continuidade aos capítulos já escritos pelos seus antecessores, adaptando o sentido existente nos capítulos anteriores a sua própria criatividade (HESPANHA, 2007, p. 116-117).

De fato, a doutrina realista valoriza sobremaneira o papel dos juristas, exigindo para sua formação plena:

Conteúdos rigorosos, críticos e auto-reflexivos; para uma formação não exclusivamente técnica, antes aberta para apreensão da realidade social, política e cultural, pelos meios também rigorosos e verificáveis, das ciências sociais; para o cultivo de um espírito de auto-vigilância, auto-crítica, que previna a imposição de pontos de vista pessoais ou de grupo aos pontos de vista da vontade popular positivados na ordem jurídica; e, finalmente, de uma sagacidade e perspicácia que desconstrua o contrabando intelectual que consiste em fazer passar por naturais ou gerais as opiniões e interesses de um grupo ou de uma parte. (HESPANHA, 2007, p. 132)

Em resumo, os positivistas (formalistas) alegam que os juízes aplicam a lei de uma forma mecânica e sistemática. Para os formalistas, o sistema judicial é uma “gigantesca máquina de silogismo”, no qual o magistrado atua como um “mecânico altamente especializado”. Por outro lado, os realistas defendem a hipótese de que os juízes seguem um processo intuitivo para chegar a conclusões que só mais tarde racionalizam como sendo *deliberative reasoning*. Para os realistas, o juiz decide pelo sentimento e não pelo julgamento racional, por intuição e não por raciocínio, utilizando posteriormente suas faculdades racionais de forma deliberada para justificar a intuição para si mesmo, bem como para fazê-la passar como racional (GUTHRIE; RACHLINSKI; WISTRICH, 2007, p. 2).

Entretanto, há quem defenda, alternativamente, um modelo diferente do formalista e do realista, elaborando uma hipótese que aproveita os aspectos centrais desses dois modelos, conforme propõe Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski e Andrew J. Wistrich (2007, p. 3, tradução nossa):

Nós propomos uma mistura dos dois modelos, a qual chamamos de modelo de julgamento “intuitivo-sobreposto”. Fundamentada em pesquisa psicológica contemporânea sobre a mente humana e em nossa própria evidência empírica, este modelo pressupõe que os juízes em geral tomam decisões intuitivas, mas, por vezes, substituem a intuição pela deliberação formalista. Menos idealista do que o modelo formalista e menos cínica do que o modelo realista, o nosso modelo é melhor descrito como “formalismo realista.” O modelo é “realista” na medida em que reconhece o importante papel da intuição nas decisões judiciais e “formalista” no sentido de que reconhece a importância da deliberação positivada para coibir a inevitável, porém sempre indesejável, influência da intuição.

2.1.4 Independência judicial numa democracia constitucional

Qual seria o papel da independência judicial numa democracia constitucional? Em síntese, há três valores que a independência judicial deveria defender num ambiente constitucionalmente democrático. O primeiro seria o de garantir o Estado de Direito, pois um elevado grau de independência judicial é condição necessária para assegurar que todos sejam igualmente submetidos ao ordenamento jurídico. Segundo, o de defender que somente as normas jurídicas constitucionalmente legitimadas sejam objeto de cumprimento por parte da sociedade. Por último, o de dar plena eficácia ao cumprimento das leis que passam pelo teste da constitucionalidade (FAREJOHN, 1999, p. 366).

Na realidade, a defesa desses valores nada mais é do que facilitar a provisão de cada um deles como sendo um determinado bem público. Para cada um desses valores, o bem público correspondente assumiria a forma de um compromisso do sistema político de não interferir nas decisões judiciais, independentemente do seu conteúdo (mérito). Isto é, julgamentos independentes possibilitariam que normas substantivas estabelecidas num determinado instante seriam válidas e eficazes num futuro próximo, mesmo em face de fortes motivações tentadoras para subvertê-las. De fato, esse comprometimento é valioso para todos os indivíduos de uma sociedade, porém é frágil e de difícil criação e sustentabilidade, senão vejamos.

Em relação à garantia do Estado de Direito, todos os indivíduos têm o interesse de contar com um tratamento equânime, pois cada um dos indivíduos deseja ser

capaz de planejar sua vida seguro de que conhece as normas legais e de como estas os afetariam. A melhor alternativa – *the first best* - seria que cada indivíduo pudesse assegurar uma vantagem legal desproporcional para si, contudo as idiosincrasias do destino fazem com que essa alternativa seja extremamente arriscada. Assim, a garantia do Estado de Direito para todos os indivíduos – sob o véu da ignorância *rawlsiana*⁴ - é um atraente *second best*, o que requer dos magistrados independência para garantir a estabilidade do ordenamento jurídico (FEREJOHN, 1999, p. 367).

Por sua vez, a exigência de constitucionalidade das normas legais impede que maiorias transitórias possam tirar vantagens injustas quando estão temporariamente no poder, haja vista que a Constituição representaria a cooperação social e política justa entre os membros da sociedade, conscientes de seus interesses. Portanto, ao se adotar uma Constituição, a sociedade assume um interesse comum de banir eventuais leis inconstitucionais, confiando aos juízes sua principal linha de defesa para assegurar esse interesse, na medida em que eles atuam de forma consistente para garantir e fazer cumprir a Constituição, independentemente de maiorias circunstanciais que estejam no poder (FEREJOHN, 1999, p. 367).

Por fim, a eficácia das normas que passam pelo teste de constitucionalidade é condição *sine qua non* para tornar realidade ideias de soberania popular e de governo republicano, pois quando uma maioria constitucionalmente definida aprova uma lei constitucional a expectativa comum é a de que a norma terá vida eficaz até que seja alterada ou revogada, mesmo que maiorias circunstanciais no Legislativo ou o próprio Executivo sejam contrários a essa lei. De fato, é do interesse de toda a sociedade que normas constitucionalmente legítimas, dentro dos limites que considerações de justiça e de praticidade possam impor, tenham plena eficácia, independentemente de como maiorias políticas circunstanciais irão se comportar no futuro, pois isso é da essência da democracia. Novamente a existência de juízes independentes é a melhor garantia de que a eficácia da lei será plena, desde que os magistrados abracem e dêem sentido a essa essencialidade democrática (FEREJOHN, 1999, p. 368).

4 No seu livro Teoria da Justiça, John Rawls oferece uma abordagem para a construção de um a sociedade justa que ele considera uma alternativa àquela que defende a maximização da riqueza humana como objetivo maior da sociedade. O método fundamental dessa abordagem é questionar como uma pessoa racional estruturaria a sociedade, guiada pelo interesse individual, se ela não soubesse de antemão qual seria o seu papel/posição no interior desta. Rawls chama esse novo questionamento inicial de “a posição original”, da qual cada pessoa deve julgar quão justa é toda e qualquer lei ou arranjo social sob o “véu da ignorância”. Isto é, o indivíduo pode estruturar qualquer tipo de sociedade desde que ele não saiba antecipadamente se ele será afrodescendente ou branco, homem ou mulher, novo ou velho, saudável ou doente, pouco ou muito inteligente, bonito ou feio, etc (HARRIS, 2010, p. 78).

Tendo em vista que é indispensável a existência da figura do juiz independente nas três dimensões da ação valorativa, é, portanto, esperado que haja eventuais conflitos entre elas quando os juízes exercitam sua prestação jurisdicional, exigindo desses capacidade e habilidade para reconciliá-las. De fato, a análise concatenada e simultânea pelo magistrado desses três valores demonstra a fragilidade e a dificuldade de seu exercício sustentável (FEREJOHN, 1999, p. 368).

2.2 As políticas públicas e a decisão judicial

Nesta seção serão exploradas as imbricações entre as políticas públicas e a prestação jurisdicional, por meio, inicialmente, da definição de políticas públicas e da necessidade de um julgamento adequar-se aos interesses de uma determinada política de governo. Posteriormente, do exame da intervenção judicial, segundo Daniel Butt (2006, p.1), nas políticas públicas pela lente de modelos conceituais de democracia.

2.2.1 O conceito de políticas públicas

De acordo com Eduardo Appio (2004, p. 214), as políticas públicas são programas de intervenção sistematizados do Estado, implementadas por meio de ações, destinadas a alcançar determinados objetivos “setoriais ou gerais e baseadas na articulação entre a sociedade, o próprio Estado e o mercado”. Nesse contexto, as políticas públicas podem ser definidas como:

[...] instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos. (APPIO, 2004, p. 217)

A partir dessa conceituação, o que se questiona é a participação do Poder Judiciário no processo de formulação, avaliação e execução das políticas públicas. Segundo Appio (2004, p. 217), a intervenção do Poder Judiciário na formulação e execução das políticas públicas⁵ seria um “fenômeno absolutamente inédito, pois

5 Nesse panorama, Appio (2004, p. 217) lembra que a “[...] avaliação judicial das políticas públicas não se apresenta como novidade no contexto brasileiro, já que se faz a partir do controle de legalidade e de legitimidade dos atos administrativos, especialmente através da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), bem como através dos instrumentos de repressão penal. Ademais, existem instrumentos correlatos ao controle exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio dos Tribunais de Contas, visando assegurar a própria credibilidade das políticas públicas a serem implementadas.”

implica a substituição de um ato de vontade dos governos eleitos por um ato de vontade de juízes não-eleitos”.

Nesse sentido, Appio (2004, p. 219) sugere que a intervenção do Poder Judiciário na execução das políticas públicas, por sua vez, demandaria “a adoção de mecanismos judiciais voltados à proteção de um conceito substancial de democracia, a partir da isonomia entre os cidadãos, prevista na Constituição Federal de 1988”.

Ademais, afirma que a democracia no Brasil dependeria, segundo essa proposição inédita de intervenção, “da combinação dos instrumentos de uma democracia procedimental sugerida por autores como Habermas e Ely, com uma democracia substancial, sustentada por juristas como Dworkin” (APPIO, 2004, p. 219).

2.2.2 A adequação da decisão judicial à política pública: princípio x política

Há atualmente no país um crescente envolvimento do Poder Judiciário em questões de governabilidade, nas quais são eventualmente afastados princípios jurídicos “[...] por um propósito claro de adequar o[s] julgamentos[s] aos interesses governamentais [...]” (BENVINDO, 2009, p. 155). Contudo, cabe lembrar o pensamento de Dworkin, fundamentado no princípio da integridade, sobre a dicotomia princípio x política: “[...] o julgamento é, caracteristicamente, uma questão antes de princípio que de política” (DWORKIN *apud* BENVINDO, 2009, p. 156).

De acordo com Benvindo (2009, p. 156), a submissão do Direito à governabilidade e aos parâmetros da política transforma o julgamento em um agir direcionada a fins, haja vista que são concretizadas, no âmbito da tutela jurisdicional, várias metamorfoses que explicitam um enfraquecimento gradual, mais real, da cidadania, isto é, “[...] uma autêntica colonização do direito pela política”.

Analisando a dicotomia julgar por princípios e julgar por política, Juliano Z. Benvindo defende que a atuação judicial deveria sempre resguardar, reforçar e ter em mente “[...] toda uma história institucionalmente consagrada pelo meio do direito [...]”, em vez de adotar “[...] uma perspectiva que permeia continua e fortemente a atividade judicial: uma preocupação com o resultado, com aquilo que é mais adequado a todos [...]”⁶ (BENVINDO, 2009, p. 158).

6 Essa preocupação com aquilo que é mais adequado a todos se deve ao comportamento do magistrado diante de um caso quando: de um lado, “[...] se coloca na condição de definidor de políticas públicas [...]”; e, de outro, afasta um princípio jurídico “[...] porque algum outro elemento – econômico, político, fático, etc. – parece ser mais relevante para os interesses da sociedade” (BENVINDO, 2009, p. 158).

De fato, a atuação do magistrado preocupado “[...] com uma visão daquilo que é bom para todos [...]”, em vez de resguardar os princípios jurídicos, tem como efeito “[...] o enfraquecimento do próprio direito, que se torna maleável conforme aquilo que [...] [o juiz] considera mais interessante para a comunidade” (BENVINDO, 2009, p. 158).

Ademais, tal comportamento do magistrado tende a sacrificar “[...] direitos fundamentais em prol do valor ou interesse que o juiz considera melhor para todos [...]”, utilizando-se do “[...] método do balanceamento de bens jurídicos”⁷ (BENVINDO, 2009, p. 159). Assim procedendo, abre-se um enorme risco para a democracia, haja vista que “[...] os direitos individuais poderiam ser sacrificados caso a caso em favor de fins coletivos” (HABERMAS, 2002 *apud* BENVINDO, 2009, p. 159). Nesse contexto, cabe mitigar esse risco compreendendo-se que: “[...] julgar é, sobretudo, um ato institucional de afirmação da democracia e, não um arbítrio que desenvolve pela mensuração subjetiva daquilo que é ‘bom para todos’” (BENVINDO, 2009, p. 160).

A participação do judiciário nas políticas públicas tem como cerne não a sua capacidade de intervenção em termos de poder político, mas substancialmente em termos de até que ponto sua participação pode ser caracterizada como democrática e se justifica (BUTT, 2006, p. 6).

Portanto, deve-se proceder ao exame da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas a partir da compreensão dos conceitos de democracia procedimental e substantiva, os quais procurarão responder sob que condições essa intervenção é justificável e democrática (BUTT, 2006, p. 1).

2.2.3 Intervenção judicial na política pública sob a lente da democracia

Em primeiro lugar, constata-se que alguns teóricos defendem que a democracia procedimental é aquela em que um resultado é considerado democrático quando é alcançado por um procedimento particular. Assim, a interferência judicial seria considerada antidemocrática, haja vista que ela geralmente envolve pessoas não

7 Método desenvolvido principalmente por Robert Alexy, utilizando-se de seu “[...] metaprincípio da proporcionalidade [...]” (BENVINDO, 2009, p. 159), o qual pode ser definido da seguinte forma: “[...] o julgador deve buscar uma decisão ‘racional’ diante de conflitos entre princípios constitucionais que asseguram direitos e garantias fundamentais, tendo como parâmetro a análise do princípio da proporcionalidade – que se subdivide em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – e fazer a opção pelo princípio que contenha o mandamento que proporcione a satisfação de um dever ideal, já que princípios são comandos de otimização e, como tal, pressupõe que algo seja realizado na maior medida possível” (BAPTISTA, 2010, p. 97).

eleitas pelo voto popular majoritário, ferindo, portanto, este paradigma das democracias representativas (BUTT, 2006, p. 1).

Todavia alguns defensores da democracia procedimental consideram que pode haver algumas formas de decisões democráticas ainda que proferidas por agentes não vinculados à legitimidade do voto popular majoritário, da qual se destacariam: (i) aquelas adotadas por magistrados que realizam a vontade da sociedade, em lugar dos legisladores legitimamente eleitos pelo voto popular, alegando fundamentos constitucionais; (ii) quando tomadas para preservar a integridade de procedimentos democráticos, tais como o direito de voto; e (iii) quando as normas emanadas do Poder Legislativo não são suficientemente democráticas em termos procedimentais (BUTT, 2006, p. 1-5).

Em segundo lugar, há, alternativamente, a compreensão da democracia por meio da abordagem substantiva, que avalia o conteúdo democrático de uma particular decisão, e não o seu tratamento procedimental ou a natureza da sua legitimidade.

Essa abordagem permite considerar como democrático o comportamento de agentes não eleitos, tais como o dos juízes, no processo de execução de políticas públicas, mesmo quando eles infringem ou extrapolam os entendimentos estabelecidos nas normas jurídicas emanadas do Poder Legislativo, desde que em sintonia com os desejos da maioria. Tal argumento, contudo, não fornece uma justificção geral para a intervenção judicial no processo de implementação de políticas públicas, mas oferece um teste simples de como a legitimidade democrática da decisão judicial pode ser julgada (BUTT, 2006, p. 6).

Ademais, defensores da abordagem substantiva admitem que ela estaria também autorizando a utilização do princípio democrático da equidade para justificar a intervenção dos magistrados nos casos envolvendo os interesses de minorias, pois eles estariam aprofundando a democracia diante da evidente exclusão de partes da sociedade em função da regra da maioria (BUTT, 2006, p. 1).

Por fim, torna-se imperativo elucidar que a participação dos magistrados no campo das políticas públicas está íntima e essencialmente vinculada à tensão produzida pelo paradoxo da teoria da democracia de Richard Wollheim, descrito por Butt (2006, p. 7) da seguinte forma:

Nos casos em que penso que a política pública mais correta para minha comunidade é a contida na alternativa A, mas a maioria deseja votar pelo conteúdo da política da alternativa B, o que eu, como democrata, penso que deveria ser feito – a política A ou a política B?

Assim, parece cristalino que a participação dos operadores do Direito, em especial dos magistrados, no processo de formulação, implementação e execução de políticas públicas dependerá fundamentalmente do entendimento e da compreensão que cada um deles tem da natureza e do valor da democracia (BUTT, 2006, p. 7).

3 O exame do caso Eliza Samudio

A maioria dos juízes, como os artistas mais ilustres, está tentando fazer um “bom trabalho”, definindo-se “bom” pelo estado e padrões da “arte” em questão. A arte judicial proeminente inclui os fatores legalistas/formalistas, que, assim, assumem papel preponderante nas decisões judiciais, e com razão. Mas os juízes inovadores desafiam os padrões estabelecidos para o Direito, assim como os artistas inovadores desafiam os padrões geralmente aceitos de suas artes. Como não há critérios fixos e incontestáveis para classificar a excelência artística, da mesma sorte não existem critérios fixos e incontestáveis de excelência judicial. Entretanto, são os inovadores que detêm papel preponderante na evolução de suas áreas, tanto no direito como na arte. (POSNER *apud* HENRY, 2008, p. 1706, tradução nossa)

O exame do caso de Eliza Samudio - no que se refere à decisão da Juíza Ana Paula que negou a medida protetiva contida na Lei Maria da Penha - será realizado fundamentalmente sob a ótica que avalia a decisão judicial à luz dos aspectos teóricos expostos na seção 2; e, complementarmente, pela exploração do entendimento da premissa maior utilizada no julgamento, ou seja, a interpretação dada pelo juriconsulto ao dispositivo legal que orientou sua decisão, bem como da procedência da manifestação da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (SPM-PR) acerca da decisão judicial.

3.1 A decisão judicial sob o prisma dos aspectos teóricos abordados

Em relação aos aspectos teóricos abordados na seção anterior, a decisão judicial adotada no caso Eliza pode ser examinada, como visto anteriormente, analisando a independência da magistrada ao tomar a decisão e a relação desta com a política pública destinada à proteção eficaz das mulheres contra a violência ligada ao gênero contida na própria Lei Maria da Penha.

Inicialmente, parece que a decisão judicial firmada no caso Eliza Samudio contém elevada dose de legalismo estrito, comprometida com uma visão mais *hard* do positivismo: interpretação literal da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (BRASIL). A Juíza expressou que o fato relatado pela vítima no seu depoimento não seria o

de violência doméstica ou familiar contra a mulher vivendo uma situação de íntimo relacionamento, mas sim o caso de violência criminal.

Além disso, a magistrada entendeu que a pretensão a ela submetida estava em conformidade com o ordenamento jurídico, ou seja, a solicitação não seria caso de violência doméstica e familiar tal como exige a Lei nº 11.340, de 2006 (BRASIL), em particular o seu art. 1º, enviando o caso para o juízo competente⁸.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a magistrada adotou o conceito de independência negativa ao decidir o caso, pois, salvo melhor conhecimento, sua decisão foi proferida sem qualquer coerção externa. Assim, poder-se-ia dizer que ela estaria sob completa insularidade política, dedicada exclusivamente à vontade objetiva da norma jurídica e plenamente distanciada dos litigantes envolvidos no caso.

Em que pesem esse entendimento e a argumentação robusta esposada pela competente magistrada, é imperativo lembrar, conforme alerta Magalhães Pinto (2008, p. 6, grifo nosso), que:

O Poder Judiciário brasileiro depara-se, nos últimos tempos, com o *desafio da concretização dos direitos de cidadania*. Para tamanho desafio, não há fórmula pronta. É preciso estar sempre disposto para essa luta. É importante não esmorecer ante a adversidade do volume de serviço crescente, mas recusar-se a entregar uma jurisdição de papel, alienada, sem a necessária e profunda reflexão sobre os valores em litígio, em que as partes sejam vistas somente como números.

Nesse sentido, seria pertinente refletir se a decisão tomada pela magistrada não estaria tornando menos eficaz a proteção contra a violência no caso Eliza – ao enviar o caso para esfera criminal –, pois que a Lei Maria da Penha, embora avançando certamente nos dispositivos relativos à implantação de política pública perene de Estado para coibir a violência contra a mulher, inovou pouco em relação aos aspectos criminais já existentes no código penal. Assim, a decisão concreta final da Juíza – julgamento da pretensão pela Vara Criminal – nada mais foi do que um retorno ao

8 Esse artigo tem a seguinte redação *in verbis*: “Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar” (BRASIL, 2006, grifo nosso).

status quo que a Lei Maria da Penha tenta combater ao oferecer uma proteção de forma menos burocrática e mais efetiva.

Na concepção realista do direito, em especial na defendida por Dworkin, a solução dada pela eminente Juíza poderia ter outro desfecho, haja vista que o caso que se apresentava era certamente um caso difícil, não amparado, à primeira vista, pela Lei Maria da Penha. Portanto, caberia o emprego da discricionariedade do juiz, ou seja, dos princípios, dos valores morais. Assim, o caso comportaria identificar o direito postulado por Eliza à luz da norma de reconhecimento, tomando certa distância do dispositivo frio estabelecido no art. 1º da Lei nº 11.340, de 2006 (BRASIL).

Nesse sentido, a regra de reconhecimento razoável talvez fosse a de conceder à Eliza proteção contra a violência prevista na Lei Maria da Penha, por força do art. 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), inclusive por ser ela mulher “de passado considerado duvidoso”, sem um relacionamento íntimo de afeto com seu agressor e fora do ambiente doméstico e familiar, em virtude de que estava em jogo a vida não só dela, mas de outro ser vivo! Em suma, estava em jogo o destino de duas minorias: a das mulheres e a das crianças.

Ademais, a concessão da proteção não seria, em hipótese alguma, uma decisão que a magistrada pudesse ser acusada de ser “mais interessante para a comunidade” ou de estar a serviço do que é mais adequado a todos. Na realidade, a proteção demonstraria que a Juíza estaria protegendo os direitos individuais do nascituro e da mulher em desfavor de fins coletivos: agradar a “galera rubro-negra”.

Nesse sentido, essa decisão de caráter protetivo, respaldada pela hipótese realista, estaria sintonizada também pelas três perspectivas valorativas presentes numa democracia constitucional: a de preservar o Estado de Direito, a de passar pelo teste de constitucionalidade e a de dar eficácia a norma legal abrigada pela Constituição.

No que tange ao envolvimento na decisão judicial das políticas públicas, parece que o caso comportaria intervenções tanto sob o prisma democrático procedimental, como sob o entendimento democrático substantivo. Do lado procedimental, poderia ser alegado que a vontade da sociedade em casos dessa natureza seria a de proteger a vida da mulher e do nascituro, assim poderiam ser alegados fundamentos constitucionais para a concessão da proteção prevista na Lei Maria da Penha.

Por sua vez, do lado da democracia substantiva, poderia ser alegado que a pretensão demandada estaria fundamentada no princípio democrático da equidade, pois no seu relacionamento com o goleiro Bruno, embora efêmero, tratava-se de um

embate entre desiguais: o famoso goleiro do Clube Regatas do Flamengo *versus* a desconhecida Eliza Samudio.

Por fim, a decisão adotada pela magistrada parece ter se revestido de mais cuidados no sentido de defender princípios e menos com eventuais preocupações políticas, ou seja, com aquilo inicialmente tratado como mais “politicamente correto” (concessão da proteção à Eliza). Nesse contexto, a decisão judicial em exame se eximiu de adotar um caráter arbitrário e subjetivo calcado no que seria melhor para a sociedade.

3.2 A interpretação da magistrada sobre a Lei Maria da Penha e a manifestação do Poder Executivo

A Juíza Ana Paula, como visto anteriormente, alegou em sua decisão que a Lei Maria da Penha “tem como meta a proteção da família, seja ela proveniente de união estável ou do casamento, bem como objetiva a proteção da mulher na relação afetiva, e não na relação puramente de caráter eventual e sexual”, negando, em consequência, a medida protetiva constante do art. 11 da Lei nº 11.340, de 2006 (ARAÚJO; BRUNET, 2010).

A Juíza admitiu que tomou a decisão com base no depoimento de Eliza, no qual esta afirmou que teria “ficado” com o goleiro Bruno, tendo um encontro de natureza sexual. Assim, o seu entendimento seria o de que tal fato não seria caracterizado:

[...] como uma relação íntima, de afeto e estável. Foi um único encontro. Por isso, minha decisão foi de que a competência seria da Vara Criminal. [...] A gravidez não transforma o juizado da Violência Doméstica em juízo competente. Mesmo grávida, é preciso a relação íntima, de afeto. A notícia é que ela ficou grávida nesse encontro e a paternidade ainda teria de ser confirmada por exame de DNA. (FOLHA ONLINE, 2010)

Nesse contexto, a decisão judicial interpretou a lei de maneira restritiva, ou seja, aplicável somente quando coibir e prevenir a violência doméstica e familiar em relação íntima de afeto. *Stricto sensu*, a lei serviria apenas à proteção da mulher que vive sob o mesmo teto ou em qualquer relação íntima de afeto com o agressor. Portanto, a Juíza concluiu, ao interpretar a lei no caso em tela, que Eliza não coabitava doméstica e familiarmente com o agressor nem possuía comunhão de interesses e de vidas, ou seja, não havia relação de afeto entre eles.

Entretanto, pode-se alegar que o inciso II do art. 5^a da Lei Maria da Penha⁹ abrangeria a então situação de Eliza, classificando-a como vítima da violência no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos unidos por laços naturais, haja vista que ela estava grávida e, portanto, havendo uma unidade natural a envolvendo com o goleiro Bruno¹⁰.

Ademais, a reflexão esposada por alguns estudiosos da Lei Maria da Penha certamente permitiria alargar a abrangência dessa norma jurídica para todo e qualquer caso de violência cometida contra toda e qualquer mulher, inclusive prostitutas, e mesmo para os casos decorrentes de relações de afeto efêmeras, senão vejamos:

É dever do Estado assegurar não somente a igualdade formal, em que os indivíduos, abstratamente, devem ser tratados do mesmo modo, sem qualquer tipo de distinção, mas também, a igualdade material ou substancial, em que os indivíduos devem ser tratados de modo desigual se for constatado, no plano sócio-econômico, igualdade entre eles. É justamente o que se dá com a implementação, pela Lei Maria da Penha, *de políticas discriminatórias positivamente estabelecidas, diante da ocorrência de violência praticada contra a mulher*. (GUERRA, 2009, p. 41, grifo nosso)

Diante de todo o exposto, não há dúvidas que a Lei Maria da Penha trouxe instrumentos importantes para uma postura pró-ativa do Estado perante o problema da violência doméstica contra a mulher, dando-lhe instrumentos de atuação mais eficientes para a realização da justiça em seu significado mais profundo, *não apenas como a aplicação fria e cega de regras, mas como um instrumento de mudança social em prol da emancipação do ser humano em sua completude*. (ÁVILA, 2007, p. 24, grifo nosso)

Não obstante, cabe debater a procedência da manifestação da Secretaria de Políticas para as Mulheres em relação à decisão da Juíza Ana, a qual considerou que

9 "Art. 5^a Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa" (BRASIL, 2006, grifo nosso).

10 Na entrevista concedida pela Juíza à Folha de São Paulo em 14/07/2010, ela parece querer admitir essa interpretação quando afirma "Não indeferi medidas protetivas, não neguei proteção. Só disse que o caso não era de violência doméstica e envie ao juízo competente. Mesmo que as medidas tivessem sido concedidas, elas proibiriam o jogador de se aproximar dela, não ela de se aproximar dele. E as notícias dão conta de que ela voluntariamente o procurou" (FREITAS, 2010).

a magistrada teria cometido um equívoco de interpretação na sua sentença, como apresentado na introdução deste artigo.

Por um lado, pode-se defender que a decisão judicial adotada no caso não mereceria qualquer reparo, em face de que: a relação íntima existente entre Eliza e Bruno não preencheria as condições essenciais de afeto e coabitação previstas na Lei Maria da Penha; não haveria interpretação equivocada, haja vista que quem possui a competência de interpretar a lei e aplicá-la no caso concreto, se provocado, é o juiz de direito e não um órgão do Poder Executivo, o qual deveria evitar produzir conflitos entre poderes; e houve a prestação jurisdicional e se garantiu eficácia à decisão da Juíza.

De outro lado, há o possível entendimento de que a decisão judicial poderia sofrer reparos de órgão do Poder Executivo, pois a Lei Maria da Penha é uma política de Estado, sendo atribuição do Poder Executivo, em especial da SPM-PR, implementá-la, cabendo, portanto, a essa Secretaria manifestar-se acerca da eficácia de uma política afeta a sua pasta.

4 Conclusão

Ivan Karamazov disse que se Deus não existe, tudo é permitido, enquanto pensadores jurídicos tradicionais tendem a dizer que se o legalismo (formalismo jurídico, o raciocínio jurídico ortodoxo, um “governo de leis e não dos homens”, o “Estado de Direito”, tal como celebrado diariamente pela retórica dos homens do direito, e assim por diante) não existe, tudo é permitido aos juízes, mas alto lá! O legalismo sim existe, e, portanto, nem tudo é permitido. Contudo, o reinado do positivismo vem sendo constantemente ameaçado e questionado, chegando ao ponto de ser hoje aplicado somente a casos rotineiros. Neste contexto, há uma amplitude enorme para o significado do que é permitido aos magistrados. (POSNER, 2008, p. 1, tradução nossa)

Após o desenvolvimento deste artigo, ressalte-se a importância do estudo do caso Eliza Samudio para melhor compreender o comportamento de magistrados frente a fatos concretos. Esse caso traz reflexões interessantes sobre o papel do magistrado em face de sua independência e das políticas públicas.

Primeiramente, o artigo descreveu sinteticamente o caso Eliza Samudio, procurando colocar em evidência duas posições: a decisão adotada pela Juíza à época da pretensão formulada por Eliza e o posicionamento da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (SPM-PR) sobre essa mesma decisão aproximadamente sete meses depois. Além disso, estipulou duas questões a serem exploradas ao longo do artigo.

Após essa breve introdução, o artigo abordou dois aspectos teóricos – a independência do juiz e a interferência da decisão judicial na implementação de políticas públicas – que ajudaram no deslinde de possíveis respostas aos questionamentos feitos; e analisou o caso concreto à luz desses enfoques, abordando adicionalmente o embasamento jurídico da decisão judicial e, *en passant*, discutiu a pertinência da manifestação da SPM-PR sobre o caso.

Decerto, a resposta ao primeiro questionamento – caberia reprimenda da Secretaria acerca da decisão tomada pela eminente Juíza? – seria um não qualificado por dois argumentos. De um lado, a independência do juiz, além de devida e absoluta, segundo afirmada por Greco (2002, p. 30) na seção 2.1, deverá:

[...] ser concretamente assegurada pelo respeito dos demais Poderes e autoridades às garantias e prerrogativas inerentes à sua investidura, à sua subordinação a regime disciplinar e a sistemas de controle e administração da carreira democráticos e objetivos e ao desempenho de suas funções em condições de absoluta segurança, incolumidade e bem-estar próprios e de seus familiares.

De outro lado, está se tornando lugar comum avaliações e interpretações críticas desconstrutivas e ácidas sobre decisões tomadas no passado, a partir de informações, conhecimentos e circunstâncias obtidos *ex-post*, isto é, após tempo razoável dos fatos terem ocorrido e das decisões efetivadas com base nesses fatos. Assim, aparecem os examinadores clarividentes e oportunistas desconstruindo, hoje, decisões passadas, em face do interesse midiático passageiro sobre fatos ocorridos no atual momento, contudo correlacionados aos fatos pretéritos. Esses comportamentos oportunistas seriam razoáveis?

Entretanto isso não significa, em hipótese alguma, que ao juiz independente, aberto a uma perspectiva realista do positivismo jurídico, não caberia estar sintonizado com valores morais e regras de reconhecimento compatíveis, no caso em tela, com um combate efetivo à violência contra toda e qualquer mulher. Oferece-se, por oportuno, o ensinamento de Sílvio Dobrowolski (1995, p. 4):

Os magistrados são chamados, assim, a contribuir, para a efetivação dos direitos sociais, procurando fixar o conteúdo concreto desses dispositivos, de regra lançados em termos amplos, dependentes de integração de sentido. A discricionariedade dessa tarefa é bastante acentuada.

Quanto ao segundo questionamento – se caberia ao juiz levar em conta a eficácia de uma política pública em sua decisão judicial, sendo, portanto, agente de execução dessa política –, a resposta para o caso Eliza, e em abstrato, seria um

significativo sim em função de dois argumentos, os quais se baseiam na natureza e no valor dado pelos juízes sobre o conceito de democracia. O primeiro deles confere maior valor à natureza procedimental da democracia. Nesse caso, os juízes devem interferir na execução de políticas públicas, garantindo-lhes maior eficácia, conforme visto na seção 2.2, em razão de que estarão respeitando a vontade majoritária da sociedade em função de regras constitucionais, preservando a integridade de procedimentos democráticos ou dando suficiência democrática a normas legislativas em termos procedimentais. No caso Eliza, identifica-se que a decisão de conceder a proteção prevista pela Lei Maria da Penha poderia ter sido defendida, caso a magistrada reconhecesse que a pretensão estaria sujeita a mandamentos constitucionais de preservação da vida da mulher e do nascituro.

O segundo argumento estabelece maior valor à natureza substantiva da democracia. Nessa situação, os magistrados utilizam-se basicamente do princípio da equidade e da sintonia com os desejos da maioria para interferir na execução de políticas públicas. O caso Eliza ilustra a possibilidade de utilização do princípio da equidade para conceder a proteção prevista pela Lei Maria da Penha, haja vista que existia um desbalanceamento nítido de credibilidade, notoriedade e patrimônio, em desfavor de Eliza, na relação entre a “Maria Chuteira” e o famoso titular da baliza do Clube Regatas do Flamengo. Neste instante, é importante lembrar o ensinamento de Aristóteles, conforme expressado por Richard A. Posner (2006, p. 6, tradução nossa), sobre a justiça corretiva:

Extremamente importante e até mesmo um elemento definidor do papel judicial é o que Aristóteles chamou de justiça corretiva. Isso significa que o juiz deve julgar o caso em vez de julgar as partes, traduzindo, assim, a aspiração contida na expressão simbólica existente nas estátuas que representam a justiça: uma deusa de olhos vendados; e no juramento judicial que obriga os juízes a tomar decisões sem respeito às condições das pessoas. Com efeito, essa justiça corretiva representa também o significado essencial do ‘Estado de Direito’. Significa, portanto, abstrair do ato de julgar as características particulares dos litigantes - a sua atratividade pessoal, a sua posição na comunidade, a sua riqueza ou pobreza, sua filiação política, raça, sexo, etnia e assim por diante - e vê-los antes como representantes de interesses ou posições abstratas e universais: a vítima descuidada, o motorista imprudente, o copista de trabalho protegido por direitos autorais, e assim por diante.

Nesse sentido, o caso Eliza Samudio poderá ser lembrado como mais um daqueles emblemáticos desfechos judiciais em que foi negada à vítima a proteção abstrata e universal prevista na Lei nº 11.340, de 2006 (BRASIL).

5 Referências

APPIO, Eduardo Fernando. **O controle das políticas pública no Brasil**. 2004. Disponível em: <<http://www.tede.ufsc.br/teses/PDPC0687.pdf>>. Acesso em: 28 de agosto de 2010.

BAPTISTA, Isabelle. **A desconstrução da técnica da ponderação aplicável aos direitos fundamentais, proposto por Robert Alexy**: uma reflexão a partir da filosofia de Jacques Derrida. 2010. Disponível em: <<http://200.195.70.14/Revista/Content/Upload/Materia/1086.pdf>>. Acesso em: 15 de março de 2011.

BENVINDO, Juliano Zaiden. Julgar por princípios: uma crítica ao julgamento político econômico. **Notícia do Direito Brasileiro**. Brasília, Nova série, n. 15, 2009, p. 155-168.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Trad. e notas Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 de agosto de 2010.

_____. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Brasília, 2006. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 22 de agosto de 2010.

_____. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM). **Nota à imprensa**: Caso Eliza Samúdio. Brasília, 14 jul. 2010. Disponível em: <http://www.sepm.gov.br/noticias/ultimas_noticias/2010/07/nota-a-imprensa-caso-eliza-samudio>. Acesso em: 25 de agosto de 2010.

BUTT, Daniel. **Democracy, the Courts and the making of public policy**. 2006. Disponível em: <http://www.fljs.org/uploads/documents/Butt_Policy_Brief%232%23.pdf>. Acesso em: 28 de agosto de 2010.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **A decisão judicial**. 2000. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/8245/A_Decis%C3%A3o_Judicial.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 de agosto de 2010.

DOBROWOSKI, Sílvio. **A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo**. 1995. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/29036/28592>>. Acesso em: 29 de agosto de 2010.

EXTRA. Justiça negou em 2009 proteção para Eliza depois de denúncia contra Bruno por agressão. Rio de Janeiro, 9 de julho de 2010. Disponível em: <<http://extra.globo.com/noticias/rio/justica-negou-em-2009-protECAo-para-eliza-depois-de-denuncia-contra-bruno-por-agressao-153752.html>>. Acesso em: 25 de agosto de 2010.

FISS, Owen M. **Judicial Independence**. 2000. Disponível em: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/judicial_independence.pdf>. Acesso em: 15 de março de 2011.

FOLHA ONLINE. Para Juíza, proteção não impediria sumiço de Eliza. São Paulo, 14 jul. 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/766622-para-juiza-protecao-nao-impediria-sumico-de-eliza.shtml>>. Acesso em: 25 de agosto de 2010.

GAZETA ONLINE. O caso Eliza Samudio: Justiça autoriza Bruno a treinar futebol em presídio na Grande BH. Vitória, 17 fev. 2011. Disponível em: <http://gazetaonline.globo.com/_conteudo/2011/02/gazetaesportes/bastidores/nacional/782240-caso-eliza-samudio-justica-autoriza-bruno-a-treinar-futebol-em-presidio-na-grande-bh.html>. Acesso em: 13 de março de 2011.

GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: O processo justo**. 2002. Disponível em: <<https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/1/2>>. Acesso em: 25 de agosto de 2010.

GUERRA, Christiane Silva. **A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) e suas inovações no âmbito do direito das mulheres vítimas de violência doméstica**. 2009. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/30080/29479>>. Acesso em: 29 de agosto de 2010.

GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. **Blinking on the bench: How judges decide cases**. 2007. Disponível em: <[http://www.consumer.vic.gov.au/legalchannel/DOJFileLib.nsf/431208904c216a074a2567c1000caf66/8941675ba11b691aca256eba002419d0/\\$FILE/Blinking_on_the_Bench.pdf](http://www.consumer.vic.gov.au/legalchannel/DOJFileLib.nsf/431208904c216a074a2567c1000caf66/8941675ba11b691aca256eba002419d0/$FILE/Blinking_on_the_Bench.pdf)>. Acesso em: 13 de março de 2011.

HARRIS, Sam. **The Moral Landscape: how science can determine human values**. 1. ed., New York: Free Press.

HENRY, Robert. **Do judges think?** Comments on several papers presented at the Duke Law Journal's Conference on measuring judges and justice. 2008. Disponível em: <<https://www.alumni.law.duke.edu/shell/cite.pl?58+Duke+L.+J.+1703+pdf>>. Acesso em: 13 de março de 2011.

HESPANHA, Antônio Manuel. **O Caleidoscópio do Direito: O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. Coimbra: Almedina, 2007.

MAGALHÃES PINTO, Oriana Pisque de Azevedo. **A essência da independência e da legitimação democrática da atividade judicial**. 2008. Disponível em <http://www.idcb.org.br/pdfs/Aessencia_daIndependencia.pdf>. Acesso em: 29 de agosto de 2010.

POSNER, Richard A. **The role of the judge**. 2006. Disponível em: <<http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/bulr/volume86n5/documents/POSNERv.2.pdf>>. Acesso em: 30 de agosto de 2010.

_____. **How Judges Think**. 2008. Disponível em: <<http://www.hup.harvard.edu/resources/educators/pdf/POSHOW.pdf>>. Acesso em: 13 de março de 2011.

SIMÕES, Luziana S. **Os conceitos de liberdade de Isaiah Berlin e a Democracia**. 2010. Disponível em: <http://www.btdt.ufscar.br/htdocs/tedeSimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=3764>. Acesso em: 14 de março de 2011.

STAMFORD, Arthur. **A decisão judicial**. Curitiba: Juruá, 2000.

THEAN, L. P. **Judicial independence and effectiveness**. 2003. Disponível em: <http://www.aseanlawassociation.org/docs/w1_sing.pdf>. Acesso em: de março de 2011.



Normas de submissão de trabalhos à Revista Jurídica da Presidência

1 Submissão

1.1 Ineditismo: a Revista Jurídica da Presidência publica apenas artigos inéditos, que nunca tenham sido divulgados em outros meios (blogs, sites ou outras publicações);

1.2 Encaminhamento dos artigos: devem ser encaminhados à Coordenação de Editoração da Revista Jurídica da Presidência, pelo formulário disponível no sítio eletrônico: <https://www.presidencia.gov.br/revistajuridica>.

1.3 Tipo de arquivo: são admitidos arquivos com extensões .DOC, .RTF ou .ODT, observando-se as normas de publicação e os parâmetros de editoração adiante estabelecidos.

1.4 Composição dos artigos: além do texto, os artigos devem conter os seguintes itens:

1.4.1 Título

1.4.2 Sumário

1.4.3 Resumo

1.4.4 Palavras-chave

1.4.5 Referências

1.5 Número de Palavras: mínimo de 7.000 (sete mil) e máximo de 9.000 (nove mil) no artigo completo.

1.6 Idiomas: os autores podem encaminhar artigos redigidos em Português, Inglês, Francês e Espanhol.

1.7 Requisitos para o(s) autor(es): a Revista Jurídica da Presidência só admite artigos de autores graduados (qualquer curso superior); graduandos podem submeter artigos em co-autoria com graduados.

2 Traduções obrigatórias para outros idiomas

Os artigos enviados devem ter os seguintes itens **obrigatoriamente traduzidos para outros idiomas** nas variações especificadas:

2.1 Título

2.1.1 No idioma predominante do artigo (obrigatório);

2.1.2 Em mais dois idiomas:

2.1.2.1 Inglês (obrigatório); e

2.1.2.2 Português, Espanhol ou Francês (obrigatório);

2.1.3 Quando o idioma predominante for o Inglês, o autor deverá escolher dois outros idiomas dentre os especificados no item 2.1.2.2 (obrigatório).

2.2 Sumário

2.2.1 No idioma predominante do artigo (obrigatório);

2.2.2 Em mais dois idiomas:

2.2.2.1 Inglês (obrigatório); e

2.2.2.2 Português, Espanhol ou Francês (obrigatório);

2.2.3 Quando o idioma predominante for o Inglês, o autor deverá escolher dois outros idiomas dentre os especificados no item 2.2.2.2 (obrigatório).

2.3 Resumo

2.3.1 No idioma predominante do artigo (obrigatório);

2.3.2 Em mais dois idiomas:

2.3.2.1 Inglês (obrigatório); e

2.3.2.2 Português, Espanhol ou Francês (obrigatório);

2.3.3 Quando o idioma predominante for o Inglês, o autor deverá escolher dois outros idiomas dentre os especificados no item 2.3.2.2 (obrigatório).

2.4 Palavras-chave

2.4.1 No idioma predominante do artigo (obrigatório);

2.4.2 Em mais dois idiomas:

2.4.2.1 Inglês (obrigatório); e

2.4.2.2 Português, Espanhol ou Francês (obrigatório);

2.4.3 Quando o idioma predominante for o Inglês, o autor deverá escolher dois outros idiomas dentre os especificados no item 2.4.2.2 (obrigatório).

3 Formatação do artigo

Com exceção de quando seja especificado, o artigo deverá ter a seguinte formatação geral:

3.1 Tamanho da página: folha A4 (210 mm x297 mm).

3.2 Margens:

3.2.1 Superior: 3 cm

3.2.2 Inferior: 2 cm

3.2.3 Esquerda: 3 cm

3.2.4 Direita: 2 cm

3.3 Fonte: Arial ou Times New Roman

3.3.1 Tamanho: 12 pontos

3.3.2 Estilo: Regular

3.4 Espaçamento entre linhas: 1,5 linha

3.5 Alinhamento: texto justificado

4 Especificação dos itens do artigo

4.1 Título

4.1.1 Posicionamento: Deve estar centralizado no topo da página.

4.1.2 Número de palavras: Deve conter no máximo 15 (quinze) palavras.

4.1.3 Fonte: Arial ou Times New Roman

4.1.3.1 Tamanho: 16 pontos

4.1.3.2 Estilo: Negrito

4.1.4 Espaçamento entre linhas: 1,5 linha

4.1.5 Título e subtítulo do artigo devem ter **apenas** a primeira letra de cada frase em maiúscula, salvo nos casos em que o uso desta seja obrigatório. Exemplos:

**A suposta permissão do Código Civil para
emissão eletrônica dos títulos de crédito**

A cultura do controle penal na contemporaneidade

4.1.6 O título nas **duas línguas estrangeiras** deve obedecer às mesmas regras do título na língua predominante do artigo. Exemplos:

**Argumentação jurídica e direito antitruste:
análise de casos**

Legal argument and antitrust law: case studies

**La argumentación jurídica y el derecho antitrust:
un análisis de caso**

4.2 Sumário

4.2.1 Conteúdo: deve reproduzir somente número e nome das seções principais que compõem o artigo.

4.2.2 Configuração: os itens de sumário devem ser antecedidos pelo título “Sumário”.

4.2.2.1 Para início e fim do sumário, adotam-se apenas os termos “Introdução”, “Conclusão” e “Referências”.

4.2.3 Posicionamento: deve figurar abaixo do título. Exemplo:

SUMÁRIO: 1 Introdução - 2 (In)Justiça transicional e Democracia: paralelismo entre a Espanha e o Brasil - 3 Conclusão - 4 Referências.

CONTENTS: 1 Introduction - 2 Transitional (In)Justice and Democracy: parallelism between Spain and Brazil - 3 Conclusion - 4 References.

CONTENIDO: 1 Introducción - 2 (In)Justicia Transicional y Democracia: paralelismo entre España y Brasil - 3 Conclusión - 4 Referencias.

4.3 Resumo

4.3.1 Conteúdo: deve ser um texto conciso que ressalte o objetivo e o assunto principal do artigo.

4.3.1.1 O resumo **não** deve ser composto de enumeração de tópicos.

4.3.1.2 Deve-se evitar uso de símbolos e contrações cujo uso não seja corrente, bem como fórmulas, equações e diagramas, a menos que extremamente necessários.

4.3.2 Número de palavras: até 150 (cento e cinquenta).

4.4 Palavras-chave

4.4.1 Número de palavras: devem ser indicados até **5** (cinco) termos.

4.4.2 Configuração: os termos devem ser antecidos pelo título “Palavras-chave” e ser separados entre si por travessão. Exemplo:

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Transicional – Comissão da Verdade – Anistia – Memória – Reparação.

KEYWORDS: Transitional Justice – Truth Commission – Amnesty – Memory – Repair.

PALABRAS CLAVE: Justicia Transicional – Comisión de la Verdad – Amnistía – Memoria – Reparación.

4.5 Texto

4.5.1 Não deve haver recuo ou espaçamento entre os parágrafos.

4.5.2 Títulos e subtítulos das seções:

4.5.3 Fonte: Arial ou Times New Roman

4.5.3.1 Tamanho: 14 pontos

4.5.3.2 Estilo: Negrito

4.5.4 Espaçamento entre linhas: 1,5 linha

4.5.5 Alinhamento: texto alinhado à esquerda

4.5.6 Numeração: uso de algarismos arábicos. Exemplo:

2 A evolução da disciplina sobre os juros no Direito brasileiro

2.1 O Direito colonial e a vedação inicial à cobrança de juros

2.2 A liberalização da cobrança de juros e sua consagração

5 Citações

Sempre que é feita uma citação, deve-se utilizar o sistema autor-data (item 5.1) e inserir a referência completa ao final do artigo (item 7). As citações obedecem à Norma 10.520 da ABNT.

5.1 Sistema de chamada das citações: utiliza-se o sistema **autor-data**, segun-

do qual se emprega o sobrenome do autor ou o nome da entidade, a data e a(s) página(s) da publicação de onde se retirou o trecho transcrito.

5.1.1 Citação indireta sem o nome do autor expresso no texto: deve apresentar, entre parênteses, a referência autor-data completa. Exemplo:

A criança passa a ocupar as atenções da família, tornando-se dolorosa a sua perda e, em razão da necessidade de cuidar bem da prole, inviável a grande quantidade de filhos (ARIÈS, 1973, p. 7-8).

5.1.2 Citação indireta com o nome do autor expresso no texto: deve apresentar, entre parênteses, o ano e a(s) página(s) da publicação. Exemplo:

Duarte e Pozzolo (2006, p. 25) pontuam que a ideologia constitucionalista adota o modelo axiológico de Constituição como norma, estabelecendo uma defesa radical de interpretação constitucional diferenciada da interpretação da lei.

5.1.3 Citação direta sem o nome do autor expresso no texto: deve conter o trecho citado entre aspas e apresentar, entre parênteses, a referência autor-data completa. Exemplo:

Mas esse prestígio contemporâneo do Poder Judiciário decorre menos de uma escolha deliberada do que de uma reação “de defesa em face de um quádruplo desabamento: político, simbólico, psíquico e normativo” (GARAPON, 2001, p. 26).

5.1.4 Citação direta com o nome do autor expresso no texto: deve apresentar, entre parênteses e junto ao nome do autor, o ano e a(s) página(s) da publicação. Exemplo:

Pensando no realce à condição brasileira, interessante notar, nos termos propostos por Anthony Pereira (2010, p. 184), que o golpe de 1966 na Argentina foi:

[...] estreitamente associado ao golpe brasileiro. Ambas as intervenções foram descritas como ‘revoluções’ pelas forças armadas dos dois países.

5.2 Recuo das citações

5.2.1 Citações com até três linhas: devem permanecer no corpo do texto, sem recuo ou realce. Exemplo:

O autor registra ainda que, segundo o artigo 138 do Código Comercial Alemão, “não basta que os juro sejam excessivos, nem também a mera desproporção entre prestação e contraprestação, pois é preciso que o contrato em seu todo [...] seja atentatório aos bons costumes, ou seja, imoral” (WEDY, 2006, p. 12).

5.2.2 Citações com mais de três linhas: devem ser separadas do texto nas seguintes configurações:

5.2.2.1 Recuo de parágrafo: 4 cm da margem esquerda.

5.2.2.2 Fonte: Arial ou Times New Roman

5.2.2.2.1 Tamanho: 11 pontos

5.2.2.2.2 Estilo: Regular

5.2.2.3 Espaçamento entre linhas: simples

5.2.2.4 Alinhamento: texto justificado

5.2.2.5 A citação **não** deve conter aspas. Exemplo:

De fato, na consulta organizada por Jacques Maritain a uma série de pensadores e escritores de nações membros da UNESCO, que formaram a Comissão da UNESCO para as Bases Filosóficas dos Direitos do Homem, em 1947, é possível observar que Mahatma Gandhi destacou justamente a dimensão do dever para a preservação do direito de todos:

Os direitos que se possa merecer e conservar procedem do dever bem cumprido. De tal modo que só somos credores do direito à vida quando cumprimos o dever de cidadãos do mundo. Com essa declaração fundamental, talvez seja fácil definir os deveres do homem e da mulher e relacionar todos os direitos com algum dever correspondente que deve ser cumprido. (MARITAIN, 1976, p. 33)

Em segundo lugar, essa aceitação se deu porque tanto o esboço chileno [...].

5.3 Destaques nas citações

Os destaques devem ser reproduzidos de forma idêntica à constante do original ou podem ser inseridos nas citações pelo autor.

5.3.1 Destaques no original: após a transcrição da citação, empregar a expressão “grifo(s) no original”, entre parênteses. Exemplo:

A escola ocupa o lugar central na educação, enclausurando a criança em contato apenas com seus pares e longe do convívio adulto. “A família tornou-se um espaço de afeição necessária entre os cônjuges e entre pais e filhos” (ARIÈS, 1973, p. 8, grifos no original).

5.3.2 Destaques do autor do artigo: após a transcrição da citação, empregar a expressão “grifo(s) nosso(s)”, entre parênteses. Exemplo:

Em suma, o ambiente de trabalho constitui-se em esfera circundante do trabalho, espaço transformado pela ação antrópica. Por exemplo, uma lavoura, por mais que seja realizada em permanente contato com a terra, caracteriza-se como um meio ambiente do trabalho pela atuação humana. Em outras palavras, apesar de a natureza emprestar as condições para que o trabalho seja realizado, a mão semeia, cuida da planta e colhe os frutos da terra, implantando o elemento humano na área de produção. (ROCHA, 2002, p. 131, grifos nossos)

5.4 Tradução de citação em língua estrangeira: as citações em língua estrangeira devem ser sempre traduzidas para o idioma predominante do artigo nas notas de rodapé, acompanhadas do termo “tradução nossa”, entre parênteses.

6 Realces

Destaques em trechos do texto devem ocorrer **apenas** no estilo de fonte **itálico** e **somente** nos seguintes casos:

6.1 Expressões em língua estrangeira. Exemplo:

[...] Contudo, a Lei de Repressão à Usura, de 23 de julho de 1908, mais conhecida por lá como *Ley Azcárate*, prevê a nulidade de contrato de

mútuo que estipule juros muito acima do normal e manifestamente desproporcional com as circunstâncias do caso (ESPANHA, 1908).

6.2 Realce de expressões. Exemplo:

A terceira parte introduz uma questão relativamente nova no debate jurídico brasileiro: o modelo *real* das relações entre Direito e Política.

7 Referências

Todos os documentos mencionados no texto devem constar nas referências, de acordo com o disposto na NBR 6023 da ABNT.

7.1 Configuração:

7.1.1 Espaçamento entre linhas: simples

7.1.2 Alinhamento: texto alinhado a esquerda

7.1.3 Destaque: o nome do documento ou do evento no qual o documento foi apresentado deve ser destacado em **negrito**.

7.1.4 Eletrônicos: devem ser informados o local de disponibilidade do documento, apresentado entre os sinais <>; e a data do acesso a esse. Exemplo:

AMARAL, Augusto Jobim do. A Cultura do Controle Penal na Contemporaneidade. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 12, n. 98, out. 2010/jan. 2011, p. 385-411. Disponível em: <https://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-12-n-98-out-2010-jan-2011/menu-vertical/artigos/artigos.2011-02-18.8883524375>>. Acesso em: 02 de maio de 2011.

7.2 Livros (manual, guia, catálogo, enciclopédia, dicionário, trabalhos acadêmicos):

7.2.1 Publicados. Exemplos:

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 11. ed. Trad. Roberto Raposo, rev. Adriano Correria. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade social: práticas sociais e regulação jurídica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

7.2.2 Eletrônicos. Exemplos:

CAMÕES, Luis de. **Os Lusíadas**. Biblioteca Nacional Digital de Portugal. 2. ed. 1572. Disponível em: <<http://purl.pt/1/3/#/0>>. Acesso em: 13 de junho de 2012.

BRASIL. **Combate a Cartéis na Revenda de Combustíveis**. Secretaria de Direito Econômico, Ministério da Justiça, 1. ed. 2009. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7BDA2BE05D-37BA-4EF3-8B55-1EBF0EB9E143%7D>>. Acesso em: 16 de novembro de 2011.

7.3 Coletâneas:

7.3.1 Publicadas. Exemplos:

TOVIL, Joel. A lei dos crimes hediondos reformulada: Aspectos processuais penais. In: LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Coord.). **A renovação processual penal após a constituição de 1988**: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AVRITZER, Leonardo. Reforma Política e Participação no Brasil. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). **Reforma Política no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

7.4 Periódicos:

7.4.1 Publicados. Exemplo:

MENDES, Gilmar Ferreira. O Mandado de Injunção e a necessidade de sua regulação legislativa. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 13, n. 100, jul./set. 2011, p. 165-192.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, ano I, v. 1, n. 1, abril de 2001.

7.4.2 Eletrônicos. Exemplos:

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 12, n. 96, fev./mai. 2010, p. 3-41. Disponível em: <<https://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-12-n-96-fev-mai-2010/menu-vertical/artigos/artigos.2010-06-09.1628631230>>. Acesso em: 14 de junho de 2012.

MORAES, Maurício. Anticoncepcional falhou, diz mãe de suposto filho de Lugo. **Folha de São Paulo**, 27 abr. 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2704200910.htm>>. Acesso em: 22 de outubro de 2010.

7.5 Atos normativos. Exemplos:

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 31 de julho de 2011.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Brasília, 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>>. Acesso em: 13 de abril de 2012.

7.6 Projetos de lei. Exemplos:

BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei nº 6.793/2006, versão final. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_most382965&filename=PL+6793/2006>. Acesso em: 13 de abril de 2012.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 41/2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=96674>. Acesso em: 11 de julho de 2011.

7.7 Jurisprudência:

7.7.1 Publicada. Exemplos:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 14. In: _____. **Súmulas**. São Paulo: Associação dos Advogados do Brasil, 1994, p.16.

7.7.2 Eletrônica. Exemplos:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus no 97.976 MC/MG. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 12 mar. 2009. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(\(97976.NUME.%20OU%2097976.DMS.\)\)%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=((97976.NUME.%20OU%2097976.DMS.))%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas)>. Acesso em: 13 de setembro de 2009.

7.8 Notícias eletrônicas. Exemplos:

RABELO, Luiz Gustavo. Posição do STJ quanto à paternidade é progressista, diz pesquisadora da UnB. In: **Portal do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=77404&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=PosiçãodoSTJquantoàpaternidadeéprogressista>. Acesso em: 22 de junho de 2011.

PORTAL UOL. Neymar será pai de um menino. Disponível em: <<http://celebridades.uol.com.br/ultnot/2011/05/25/neymar-sera-pai-de-um-meni-no.jhtm>>. Acesso em: 12 de julho de 2011.

8 Avaliação:

Os artigos recebidos pela Revista Jurídica da Presidência são submetidos ao crivo da Coordenação de Editoração, que avalia a adequação à linha editorial da Revista e às exigências de submissão. Os artigos que não cumprirem essas regras serão devolvidos aos seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

Aprovados nessa primeira etapa, os artigos são encaminhados para análise dos pareceristas do Conselho de Consultores, formado por professores doutores das respectivas áreas temáticas. A decisão final quanto à publicação é da Coordenação de Editoração e do Conselho Editorial da Revista Jurídica da Presidência.

9 Direitos Autorais:

Ao submeterem artigos à Revista Jurídica da Presidência, os autores declaram serem titulares dos direitos autorais, respondendo exclusivamente por quaisquer reclamações relacionadas a tais direitos, bem como autorizam a Revista, sem ônus, a publicar os referidos textos em qualquer meio, sem limitações quanto ao prazo, ao território, ou qualquer outra. A Revista fica também autorizada a adequar os textos a seus formatos de publicação e a modificá-los para garantir o respeito à norma culta da língua portuguesa.

10 Considerações finais:

Qualquer dúvida a respeito das normas de submissão poderá ser dirimida por meio de mensagem encaminhada ao endereço eletrônico: revista@presidencia.gov.br

