

# CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO

---



Volume 2 | Número 2 | Janeiro/Junho 2010

# ABDCONST

## ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Publicação Oficial da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST  
Rua XV de Novembro, 964 – 2º andar  
CEP: 80.060-000 – Curitiba – PR  
Telefone: 41-3024.1167 / Fax: 41-3027.1167  
E-mail: [abdconst@abdconst.com.br](mailto:abdconst@abdconst.com.br)

*Solicita-se permuta.  
We ask for exchange.  
Pidese canje.  
On demande l'échange.  
Wir bitten um austausch.  
Oni petas intersangam.  
Si richiede lo scambio.*

### Ficha Catalográfica

Constituição, Economia e Desenvolvimento  
Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional.  
Programa de Pós-graduação em Direito  
Vol. 2, n. 2 (jan./jun. 2010) - Curitiba: 2010  
Publicação semestral  
  
ISSN 2177-8256  
  
1. Direito 2. Academia brasileira de Direito Constitucional.

### Endereço para correspondência:

CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E  
DESENVOLVIMENTO: REVISTA DA ACADEMIA  
BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL.

Editor responsável:

Ilton Norberto Robl Filho

E-mail: [ilton@abdconst.com.br](mailto:ilton@abdconst.com.br).

Publicação semestral. Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação somente será permitida após a prévia permissão escrita do autor. Os conceitos em artigos assinados são de responsabilidade de seus autores. As matérias desta revista podem ser livremente transcritas, desde que citada a fonte.

# CONSELHO EDITORIAL

## **Editor Responsável**

### **Ilton Norberto Robl Filho**

Coordenador de Pesquisa e dos Grupos de Estudos Nacionais da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Coordenador Adjunto do Curso de Direito da Unibrasil, Professor Substituto da Faculdade de Direito da UFPR, Advogado Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/PR e Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR.

## **Membros do Conselho Editorial**

### **Antonio Carlos Wolkmer**

Cordenador e Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC e Doutor em Direito da UFSC.

### **António José Avelãs Nunes**

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutor Honoris Causa da UFPR e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra.

### **Eroulths Cortiano Junior**

Professor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UFPR, Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/PR e Doutor em Direito pela UFPR.

### **Fábio Nusdeo**

Professor Titular da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP e Doutor em Economia pela USP.

### **Marco Aurélio Marrafon**

Vice-Presidente, Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Direito pela UFPR.

### **Marcos Augusto Maliska**

Professor do Mestrado em Direito da Unibrasil e Doutor em Direito pela UFPR.

### **Mariana Mota Prado**

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto e Doutora em Direito pela Universidade de Yale.

### **Ricardo Lobo Torres**

Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Filosofia pela UGF.

## **Pareceristas Convidados para Este Número da Revista**

### **Alexandre Morais da Rosa**

Professor da UFSC e Doutor em Direito pela UFPR.

### **Antonio Gomes Moreira Maués**

Professor da Faculdade de Direito da UFPA e Doutor em Direito pela USP.

### **Eduardo Biacchi Gomes**

Professor do Mestrado e da Graduação em Direito da UNIBRASIL, Professor da PUC/PR e Doutor em Direito pela UFPR.

### **Emerson Gabardo**

Professor da Graduação e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da PUC/PR, Professor da Graduação da UFPR e Doutor em Direito pela UFPR.

### **Eroulths Cortiano Junior**

Professor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UFPR, Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/PR e Doutor em Direito pela UFPR.

### **Everton das Neves Gonçalves**

Professor do Curso de Direito da UFSC e Doutor em Direito pela UFMG.

### **Lucas Abreu Barroso**

Professor da Faculdade de Direito da UFES e Doutor em Direito pela PUC/SP.

### **Marco Aurélio Marrafon**

Vice-Presidente da ABDConst, Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Direito pela UFPR.

### **Marcos Augusto Maliska**

Professor do Mestrado em Direito da Unibrasil e Doutor em Direito pela UFPR.

### **Marcelo Lamy**

Professor da Faculdade de Direito da UniSantos e Doutor em Direito pela PUC/SP.

### **Marcus Firmino Santiago**

Professor da Faculdade de Direito EsPam (Distrito Federal) e Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho.

### **Vladmir Oliveira da Silveira**

Professor das Faculdades de Direito da PUC/SP e UniNove e Doutor em Direito pela PUC/SP.

# EDITORIAL

Com grande alegria, a Academia Brasileira de Direito Constitucional apresenta o segundo número (2010, janeiro-junho) da Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional.

Nesta edição, Priscila Dibi Schvarcz e Tatiana Dibi Schvarcz, no artigo “Do controle concentrado de constitucionalidade em face da não confirmação das prognoses legislativas”, repensam o controle abstrato de constitucionalidade no que se refere ao instigante tema das prognoses legislativas. De outro lado, Paola Frassinetti A. Miranda, em “O escravismo contemporâneo e o tráfico de pessoas: indefinição conceitual e a exploração sexual”, reflete sobre um problema social ainda intenso, o qual afronta os direitos humanos e a visão de desenvolvimento como liberdade: exploração sexual.

As questões da celeridade processual e da prestação da jurisidicação são enfrentadas por Micheli Pereira em “O mau funcionamento do poder judiciário como empecilho ao desenvolvimento econômico brasileiro”. Sobre o direito difuso fundamental e humano ao meio-ambiente, Frederico Rodrigues Silva, em “Políticas públicas do ambiente: um olhar especial acerca da avaliação ambiental estratégica”, demonstra o relevante papel da Avaliação Ambiental Estratégica na efetivação desse direito.

Júlia de Castro Guerreiro, por sua vez, em “Uma discussão democrática da autonomia jurídica: a análise econômica do direito no estado constitucional”, discute as relações e contradições entre os ideais constitucionais e o pensamento e a prática neoliberais. Por fim, no âmbito da doutrina nacional, Eros Belin de Moura Cordeiro, no artigo “Repersonalização, Solidarismo e Preservação do Contrato: Em busca do papel contemporâneo da revisão contratual”, apresenta uma interessante proposta de releitura da revisão contratual a partir dos cânones constitucionais.

No âmbito da pesquisa estrangeira, há o artigo “Gender Inequality: the Interplay between Rule of Law and Social Norms”, de Josephine Wong. Nesse texto, a autora demonstra a importância do “Império do Direito” tanto para o desenvolvimento econômico como para o desenvolvimento humano, relendo o estudo “Social Norms, Rule of Law and Gender Reality” de Katharina Pistor.

**Ilton Norberto Robl Filho**

*Editor Responsável da Constituição, Economia e Desenvolvimento:  
Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*

# SUMÁRIO

<b>DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE EM FACE DA NÃO CONFIRMAÇÃO DAS PROGNOSSES LEGISLATIVAS .....</b>	<b>9</b>
<i>ABOUT THE CONCENTRATED CONTROL OF CONSTITUTIONALITY FACE OF THE NON-CONFIRMATION OF THE LEGISLATIVE PROGNOSIS</i>	
<i>Priscila Dibi Schvarcz e Tatiana Dibi Schvarcz</i>	
<b>O ESCRAVISMO CONTEMPORÂNEO E O TRÁFICO DE PESSOAS: INDEFINIÇÃO CONCEITUAL E A EXPLORAÇÃO SEXUAL DE MULHERES E CRIANÇAS.....</b>	<b>22</b>
<i>THE CONTEMPORARY SLAVERY AND HUMAN TRAFFICKING: Blurred CONCEPTUAL AND SEXUAL EXPLOITATION OF WOMEN AND CHILDREN</i>	
<i>Paola Frassinetti Alves de Miranda</i>	
<b>O MAU FUNCIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO COMO EMPECILHO AO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO BRASILEIRO .....</b>	<b>52</b>
<i>THE BAD OPERATION OF THE JUDICIARY AS A HANDICAP TO THE BRAZILIAN ECONOMIC DEVELOPMENT</i>	
<i>Micheli Pereira</i>	
<b>POLÍTICAS PÚBLICAS DO AMBIENTE: UM OLHAR ESPECIAL ACERCA DA AVALIAÇÃO AMBIENTAL ESTRATÉGICA .....</b>	<b>86</b>
<i>PUBLIC POLICY ENVIRONMENT: A VIEW ABOUT THE SPECIAL STRATEGIC ENVIRONMENTAL ASSESSMENT</i>	
<i>Frederico Rodrigues Silva</i>	
<b>UMA DISCUSSÃO DEMOCRÁTICA DA AUTONOMIA JURÍDICA: A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NO ESTADO CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>122</b>
<i>A DISCUSSION OF THE DEMOCRATIC AUTONOMY LEGAL ANALYSIS OF ECONOMIC LAW IN THE STATE CONSTITUTIONAL</i>	
<i>Júlia de Castro Guerreiro</i>	
<b>REPERSONALIZAÇÃO, SOLIDARISMO E PRESERVAÇÃO DO CONTRATO: EM BUSCA DO PAPEL CONTEMPORÂNEO DA REVISÃO CONTRATUAL .....</b>	<b>152</b>
<i>REPERSONALIZATION, SOLIDARITY AND PRESERVATION OF CONTRACT: FINDING THE ROLE OF CONTEMPORARY REVIEW CONTRACT</i>	
<i>Eros Belin de Moura Cordeiro</i>	



<b>GENDER INEQUALITY: THE INTERPLAY BETWEEN RULE OF LAW AND SOCIAL NORMS .....</b>	<b>181</b>
<i>DESIGUALDADES DE GÊNERO: A INTERAÇÃO ENTRE O ESTADO DE DIREITO E NORMAS SOCIAIS</i>	
<i>Josephine Wong</i>	
<b>REGRAS PARA A SUBMISSÃO DE TRABALHOS .....</b>	<b>225</b>

# DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE EM FACE DA NÃO CONFIRMAÇÃO DAS PROGNOSES LEGISLATIVAS<sup>1</sup>

ABOUT THE CONCENTRATED CONTROL OF CONSTITUTIONALITY FACE OF THE NON-  
CONFIRMATION OF THE LEGISLATIVE PROGNOSIS

*Priscila Dibi Schvarcz<sup>2</sup>*

*Tatiana Dibi Schvarcz<sup>3</sup>*

## Resumo

O controle de constitucionalidade é mecanismo de guarda da ordem constitucional, sendo, por conta disso, um dos mais importantes pilares na defesa da Carta Magna e de sua Supremacia. Ocorre que, a aferição da constitucionalidade, segundo a concepção clássica de controle, é uma 'questão jurídica', ou seja, resume-se na análise da compatibilidade e adequação entre a norma e a Constituição Federal. Dessa forma, percebe-se restar excluída a possibilidade de realizar-se controle de constitucionalidade sobre as prognoses legislativas não confirmadas posteriormente à edição da lei ou ato normativo, o que, em verdade, acaba por restringir a atuação do guardião da Constituição e, conseqüentemente, conservar situação, no ordenamento jurídico, não condizente com as necessidades reais verificadas.

**Palavras-chave:** Prognoses legislativas. Controle. Constitucionalidade. Norma. Fato.

## Abstract

The constitutionality control is a mechanism of constitutional guard, being, because of that, one of the more important columns on the defense of the 'Magna Charta' and her Supremacy. Occur that the gauging of the constitutionality, according to the classic conception of control is a 'judicial matter', in other words, we

<sup>1</sup> Artigo recebido em: 27/09/2010. Pareceres emitidos em: 12/11/2010 e 13/11/2010. Aceito para publicação em: 14/01/2011.

<sup>2</sup> Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Professora da Faculdade de Direito de Santa Maria. Pós-Graduada em Direito Constitucional – UNISUL/LFG. Pós-Graduada em Direito Processual Civil – UNIDERP/LFG. Advogada. *E-mail:* prika\_sch@hotmail.com.

<sup>3</sup> Acadêmica do Curso Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Atualmente, cursando o 8º semestre diurno. *E-mail:* tatianadibi@hotmail.com.

can abbreviate it in the analysis of the compatibility and adjustment between the rule and the Federal Constitution. In that way, we can notice that the possibility of realizing the constitutional control about the legislative prognosis non-confirmation after the law edition or normative act is eliminated, what, in fact, restrict the act of the constitutional guard and, consequently, conserve the situation, in the judicial ordainment, that is not in harmony with the real needs examined.

**Keywords:** Legislative prognosis. Control. Constitutionality. Rule. Fact.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O controle de constitucionalidade sob o prisma da hermenêutica clássica. 3. A relativização da concepção clássica em busca de maior efetividade ao sistema normativo. 3.1. A necessidade de abertura do procedimento decisório. 3.2. A indissociabilidade entre norma e fato. 4. Considerações Finais. 5. Referências Bibliográficas.

## 1 INTRODUÇÃO

Prognoses legislativas constituem-se, em síntese, como sendo os fatos, ocorrentes ou já ocorridos, que dão ensejo à decisão legislativa acerca da feitura de determinada lei destinada a regular tais fatos ou, ainda, eventos futuros, os quais, nesse caso, devem configurar-se como de provável realização para ter-se a lei, editada sob seus fundamentos, como legítima. Entende-se, pois, como prognoses legislativas o conjunto de circunstâncias fáticas que motivam a atuação da atividade legiferante.

A presente exposição propõe-se à análise da possibilidade de controle de constitucionalidade das situações em que se verifica a não confirmação de tais prognoses, ou mesmo, a inexistência dessas quando da edição da lei a que se referem, ou seja, quando há erro na prognose por parte do legislador.

Percebe-se, pois, que interessante discussão surge a partir do equívoco do legislador no momento em que anteviu a ocorrência do acontecimento ou da consequência de determinado acontecimento, que ensejaram a feitura da norma, e que, factualmente, não se verificaram. Tal episódio vem a ocasionar a desnecessidade da constância dessa norma no ordenamento jurídico, já que não condizente com a realidade fática, sendo, por isso, nitidamente carente de eficácia ou, situação mais grave, quando a existência da norma, sem amparo fático que a

justifique, acabe por ocasionar restrição à liberdade das pessoas a que a norma se destina<sup>4</sup>.

Por conta do exposto, o presente destina-se a realizar análise e questionamentos acerca da possibilidade de efetivação de controle de constitucionalidade em face da não confirmação de prognoses legislativas, já que, por serem munidas de matéria fática, exigem análise concorrente de dados da realidade, alimentando, com isso, o escape aos preceitos clássicos de interpretação constitucional, os quais defendem o exame amplamente objetivo e alheio a discussões fáticas que podem permear o debate constitucional.

## 2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE SOB O PRISMA DA HERMENÊUTICA CLÁSSICA

O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos configura-se como um dos mais importantes pilares fundamentais na defesa da Constituição e de sua supremacia. É igualmente essencial em virtude da unidade normativa da Constituição, uma vez que o descumprimento de uma única norma constitucional põe em risco o próprio texto magno e sua força normativa.

Quanto a isso, assevera Miranda (2002) e, seguidamente, Veloso (in CAMARGO, 2007):

A garantia da constitucionalidade reverte em garantia da Constituição como um todo. Se, como salientamos, inconstitucionalidade relevante pressupõe violação directa e específica de uma norma constitucional, não menos seguro é que os seus efeitos e as suas repercussões, maiores ou menores, se projectam no contexto global da Constituição. O controle de constitucionalidade surge, então, como o principal mecanismo, o meio de reação mais eficiente para garantir a unidade intrasistemática, excluir os fatores de desagregação que podem levar ao extremo da ruptura.

No Brasil, permite-se a aferição da constitucionalidade tanto de forma concentrada quanto difusa, significa dizer, o sistema de controle de

---

<sup>4</sup> Conforme se percebe através da análise do clássico exemplo de “controle do prognóstico do legislador pela Corte Constitucional Alemã, no chamado ‘Apotheken-Urteil’, no qual se discutiu a

constitucionalidade brasileiro mantém possibilidade ampla de controle de constitucionalidade, mantendo, quase que de forma autônoma, dois modelos de controle.

O modelo concentrado de constitucionalidade, idealizado por Hans Kelsen, caracteriza-se pelo fato de a competência para aferição da constitucionalidade estar depositada em um único órgão, o qual a analisa de forma abstrata, ou seja, alheia a qualquer discussão concreta. O modelo difuso, ao contrário, caracteriza-se por ser exercitável em face de uma controvérsia real e concreta, sendo meramente incidental, podendo ser realizado por qualquer órgão do Poder Judiciário.

No Brasil, o controle concentrado de constitucionalidade foi introduzido pela Emenda Constitucional nº. 16/1969<sup>5</sup>, instituindo-se o seu exercício pelo Supremo Tribunal Federal. Como referido, a inconstitucionalidade da lei é analisada em tese, ou seja, independentemente da existência de um caso concreto. Por conta disso, a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo é a questão principal, o próprio mérito da causa. Dessa forma, o controle concentrado nasce com vistas ao benefício exclusivo da ordem jurídica objetiva e da preservação da força normativa da Constituição Federal.

A concepção clássica de controle concentrado de constitucionalidade determina que a análise do contraste da norma questionada seja realizada em face de toda a Constituição Federal, entendida essa como a conjugação de suas normas e princípios. Da mesma forma, entende-se que a aferição da constitucionalidade da norma questionada constitui-se como simples 'questão jurídica', do que decorre o entendimento de que a análise de fatos controvertidos, ou que demandam dilação probatória, não podem ser apreciados via controle concentrado.

---

legitimidade de lei do Estado da Baviera que condicionava a instalação de novas farmácias a especial permissão da autoridade administrativa". (GANDRA; MENDES, 2005, p. 275)

<sup>5</sup> No direito brasileiro já havia previsão de instrumento que possuía os mesmos moldes dos instrumentos do controle concentrado de constitucionalidade, qual seja, a representação interventiva, criada pela Constituição de 1934 e modernizada pela Constituição de 1946. Esse instituto atribuía ao Procurador-Geral da República a titularidade da representação de inconstitucionalidade, para efeitos de intervenção federal, nos casos de violação aos princípios sensíveis da Constituição, previstos nos artigos 8º, parágrafo único, c/c o art. 7º, VII, CF/46. A CF/88, da mesma forma, prevê o instituto da Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, em seu art. 34, VII.

Nesse aspecto, explica Eduardo Appio (2005):

As considerações de ordem subjetiva, fundadas nas peculiaridades do caso concreto e na situação particular das partes envolvidas no litígio se situam no plano da aplicação da lei e não no plano do controle de constitucionalidade.

Nesta senda, conforme explicitado anteriormente, as prognoses legislativas abarcam matéria essencialmente fática – fatos que serviram de parâmetro ao legislador, ou evento futuro de provável acontecimento – utilizada na elaboração de uma norma a ser inserida no ordenamento jurídico. Desse modo, conforme a teorização clássica a respeito da interpretação normativa, entende-se restar prejudicado o controle concentrado de constitucionalidade acerca de tal matéria, visto que o Tribunal Constitucional não possui legitimidade para compreender a faticidade da questão suscitada, mas apenas de realizar um paralelo entre a Lei maior e a norma abstratamente, ou seja, deve proceder de modo a analisar a questão jurídica decorrente do contraste entre a norma impugnada e o texto constitucional.

### **3 A RELATIVIZAÇÃO DA CONCEPÇÃO CLÁSSICA EM BUSCA DE MAIOR EFETIVIDADE AO SISTEMA NORMATIVO**

Como visto, revelam-se nítidos os problemas acarretados pelo emprego da teorização clássica no controle de constitucionalidade com vistas à solução de questões envoltas na realidade fática e normativa. Isto porque, defende-se a ilegitimidade do Supremo Tribunal Federal, quando do exercício do controle concentrado, em aferir a constitucionalidade das prognoses que embasaram a atuação do legislador, tendo tal entendimento, como consequência, a manutenção, no ordenamento jurídico, de situações não condizentes com a realidade.

Em face disso, necessária a concretização de remodelações no entendimento que versa a respeito do controle exercido pelo STF, atinente a fatos relevantes à constituição de normas, assim como eventuais consequências projetadas pelo legislador como decorrentes de determinados fatos que, em verdade, não se verificam ou não correspondem à realidade verificada. O mais correto, nesse sentido, seria a adoção de um modelo procedimental que tornasse possível tal

prática, concedendo à Corte Suprema os subsídios necessários ao pleno exercício de suas atribuições.

Tal constatação se dá pelo fato de que, o órgão que assume a função de Corte Constitucional não pode ser obstado de empregar todos os meios, técnicas e conhecimentos que lhe são concernentes, a fim de cumprir com o desiderato constitucionalmente fixado. Isso quer dizer que, o Supremo Tribunal Federal, no emprego de sua função maior de guardião da Constituição e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais, possui competência constitucionalmente reconhecida para resolver questões que envolvam qualquer tipo de conflito em face da Constituição, não trazendo o texto constitucional nenhuma restrição ao desempenho de tal função.

Tem-se como maior empecilho à concretização da referida mudança de posicionamento entendimentos que sustentam o fato de o STF não possuir competência que se sobreponha ao poder legiferante. Mais especificamente, entende-se que o poder judiciário não pode julgar a conveniência e oportunidade – o mérito – da atividade desempenhada pelo órgão legislativo. Ou seja, não pode o judiciário regular a opção legislativa acerca das matérias e prognoses que o legislador optou por legislar.

Não se pode tolerar, entretanto, restrições ao desempenho efetivo da Guarda da Constituição pelo STF, não havendo que prevalecer, portanto, qualquer impedimento destinado a tutelar a perpetuação e manutenção de inconstitucionalidades, sob pena de violação da própria força normativa da Constituição. Necessário, assim, o desenvolvimento de atividade com vistas à adequação dos fatos e prognoses considerados pelo Legislativo, resultando em um sistema mais efetivo e consistente. Conforme entendimento de Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins (2005, p. 272):

(...) a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do chamado controle de constitucionalidade, de modo que a verificação desses fatos relaciona-se íntima e indissociavelmente com a própria competência do Tribunal.

Forte a doutrina alemã, tal controle seria meramente um controle de resultado, ou seja, uma análise realizada pelo Supremo Tribunal Federal acerca da

legitimidade ou ilegitimidade da Lei com base na ocorrência ou não da prognose deliberada pelo legislador (GANDRA; MENDES, 2005, p. 279)

Ainda, como refere Gilmar Mendes (2004):

A percepção de que a interpretação constitucional se molda sob diferentes pressupostos da interpretação jurídica como um todo traz à luz a ideia que ela deve se dar tem por referência não somente normas, como também fatos. Disto a necessidade de que o órgão judicial, em sede de controle de constitucionalidade, possa revisar fatos e prognoses legislativos.

Consoante a isso, percebe-se que vem sendo exigida pela realidade empírica uma readaptação do modelo concentrado, tradicionalmente desvinculado de qualquer análise subjetiva e fática. Tal episódio se verifica, em suma, pelo aludido modelo conceber a constitucionalidade como problema puramente abstrato e jurídico de compatibilidade entre uma norma e a Constituição, revelando-se, assim, totalmente desvencilhado de uma pretensão concreta.

### 3.1 A Necessidade de Abertura do Procedimento Decisório

Conforme exposto anteriormente, é flagrante a necessidade de mudanças procedimentais com vistas a possibilitar a atuação incisiva do judiciário nas prognoses legislativas, via controle concentrado de constitucionalidade.

Ocorre que, para que seja possível a aferição de dados e fatos da realidade quando do julgamento proferido em sede de controle concentrado, necessária a readequação ou, no mínimo, a adaptação do procedimento decisório, pois os fatos suscitados na prognose devem ser, pelo órgão julgador, aferidos empiricamente.

Um dos elementos que compõem tal adaptação consiste na abertura da prática decisória, concretizando-se em uma atuação mais abrangente no âmbito processual, possibilitando que terceiros participem da apreciação da legitimidade da norma em questionamento. Isso acaba por expandir e democratizar a análise da questão constitucional posta em juízo, impregnando ao processo caráter pluralista e aberto.

Referente a isso, assevera Peter Häberle (1997, p. 30-31):

A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da

realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional).

Tal discussão, hoje, serve para legitimar a atuação da figura do *amicus curiae*<sup>6</sup> no processo. Instituto que permite ao órgão julgador o complemento a sua atividade, trazendo à análise da legitimidade da norma a experiência fática que lhe faltava, acarretando, assim, a existência de maiores subsídios permitidores de prolação de decisões legítimas. Cássio Scarpinella Bueno (2005, p. 125) traduz o *amicus curiae* como uma figura enigmática, em suas palavras, um “terceiro que intervém no processo por convocação judicial ou por livre iniciativa para fornecer ao juízo elementos reputados como importantes, úteis, quiçá indispensáveis, para o julgamento da causa”.

O Ministro Eros Grau, no julgamento da ADI n. 3.819, a esse respeito assinalou:

A participação de terceiros nos processos objetivos de controle de constitucionalidade é vedada, salvo na qualidade de *amicus curiae*, colaboradores que trazem aos autos informações relevantes ou dados técnicos, se assim entender necessário o relator (ADIn 3.819-ED, Rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática, julgamento em 5/6/2007, DJ de 13/6/2007).

Sua atuação, desse modo, é de extrema relevância ao enriquecimento do debate acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, uma vez que possibilita um debate plural em torno das controvérsias, trazendo ao julgador o conhecimento de todas as implicações e repercussões sociais da matéria em discussão.

---

<sup>6</sup> Conforme ensina Esther Maria Brighenti dos Santos (2005), “a manifestação do *amicus curiae* usualmente se faz na forma de uma coletânea de citações de casos relevantes para o julgamento, artigos produzidos por profissionais jurídicos, informações fáticas, experiências jurídicas, sociais, políticas, argumentos suplementares, pesquisa legal extensiva que contenham aparatos corroboradores para maior embasamento da decisão pela Corte Suprema. O objetivo do *amicus* é trazer um leque de informações adicionais prévias que possam auxiliar na discussão antes da decisão final”.

Relativo a isso, sustentam Gilmar Mendes e Ives Gandra Martins (2005, p. 282-283):

A participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração extremamente relevante. (...) a complexidade das relações envolvidas nas questões constitucionais exige que o órgão que exerce as funções de controle disponha de mecanismos procedimentais que lhe permitam uma atuação consciente e tanto quanto possível, integradora no sistema constitucional.

Por derradeiro, possibilitando-se o ingresso do *amicus curiae* no procedimento de controle concentrado da constituição, automaticamente, estar-se-á consolidando a atuação do STF frente às prognoses legislativas, visto que tal figura traz materialidade à decisão, atuando pontualmente nos elementos fáticos do prognóstico do legislador. Sendo assim, complementarará o embasamento teórico da 'Corte Constitucional', que terá fortificados subsídios argumentativos, adequando Constituição e realidade empírica, frente à discussão realizada via controle constitucional.

### 3.2 A Indissociabilidade entre Norma e Fato

A ideia de indissociabilidade entre norma e fato vem sendo constantemente acentuada pela hermenêutica jurídica, em detrimento dos ditames clássicos envolvidos em tal discussão, os quais apenas admitem a hipótese de uma interpretação constitucional baseada no conjunto norma-constituição, afastando dessa o elemento factual.

Neste aspecto, afirmam os supracitados autores (MENDES; GANDRA, 2005, p. 270):

Em verdade, há muito vem parte da dogmática apontando para a inevitabilidade da apreciação de dados da realidade no processo de interpretação e de aplicação da lei como elemento trivial da própria metodologia jurídica.

Disso pode-se extrair que é intrínseco ao processo de análise de constitucionalidade das prognoses legislativas a comunicação entre norma e fato, sendo, pois, necessário realizar a integração de tais elementos no momento da

interpretação das controvérsias. Desse modo, nunca se poderá aferir a conformidade entre o prognóstico e a Constituição, sem antes proceder à análise fática da questão.

Imperioso, pois, a admissão, no atual sistema de controle de constitucionalidade, da possibilidade da aferição da constitucionalidade das prognoses legislativas, de modo a tornar ampla a atuação da Corte Constitucional, no intuito da guarda efetiva e plena da Constituição Federal, atuação essa que se figura legitimada, a partir da intervenção das diversas entidades, como *amicus curiae*.

Nas palavras de Castanheira Neves (1993, p. 145):

(...) a norma-texto será apenas um – um elemento necessário, mas insuficiente – para a concreta realização jurídica, já que essa realização exigirá, para além daquela norma e em função agora do caso concreto (do problema jurídico do caso concreto), que se elabore já a normativa ‘concretização’, já a específica ‘norma de decisão’.

Assim, o diagnóstico abarcará a totalidade da decisão, integrando completamente os fatos motivadores da prognose legislativa, e a sua harmonia em face da Lei Maior. Isso contribui para que se conclua que os fatos legislativos são parte fundamental do controle de constitucionalidade, fazendo com que se integrem por inteiro à competência do nosso Tribunal Constitucional.

Nesse sentido, determinou o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, quando do julgamento da ADI 2548/PR:

Hoje, não há como negar a “comunicação entre norma e fato” (*Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt*), que, como ressaltado, constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídico.

Uma situação que vem a comprovar a utilização, no controle de constitucionalidade, de um paralelo entre a realidade fática ensejadora do conflito junto à análise normativa, é a recente decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do órgão competente a proporcionar a assistência judiciária integral e gratuita aos que dela necessitarem.

O órgão legitimado a proporcionar tal serviço, segundo o art. 134 da CF/88, é a Defensoria Pública. No entanto, entendeu o Supremo Tribunal Federal que a plena aplicabilidade de tal dispositivo está condicionada à criação e estruturação da instituição de Defensoria Pública em âmbito Nacional.

Assim restou delineado o julgamento do RE 135.328/SP de relatoria do Ministro Marco Aurélio:

LEGITIMIDADE - AÇÃO "EX DELICTO" - MINISTÉRIO PÚBLICO - DEFENSORIA PÚBLICA - ARTIGO 68 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CARTA DA REPÚBLICA DE 1988.

A teor do disposto no artigo 134 da Constituição Federal, cabe à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, da Carta, estando restrita a atuação do Ministério Público, no campo dos interesses sociais e individuais, àqueles indisponíveis (parte final do artigo 127 da Constituição Federal).

INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA - VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE - ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUDICIÁRIA DOS NECESSITADOS - SUBSISTÊNCIA TEMPORÁRIA DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada - e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação - a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. Irrelevância de a assistência vir sendo prestada por órgão da Procuradoria Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento.

Percebe-se com isso, que a norma em discussão não possui, por ora, eficácia plena, porquanto depende da verificação de uma situação fática que ainda não se constatou. Em face disso, a norma referente ao art. 68 do CPP – que legitima a atuação do Ministério Público nesse sentido –, configura-se “ainda-constitucional”, pois permanece possuindo validade nas localidades em que a Defensoria Pública não foi devidamente estruturada, necessitando assim, que outro órgão, no caso o Ministério Público, cumpra a função que, a ela, restou determinada pela Constituição Federal.

No caso em liça, utilizou-se o controle de constitucionalidade baseado em dados e acontecimentos fáticos. Ou seja, foi preciso analisar os fatos e a realidade

que circundam o campo de atuação da respectiva norma para que se chegasse a uma conclusão acerca da sua utilidade no âmbito social. Isso só vem a comprovar o que aqui foi defendido, ou seja, a impossibilidade da dissociação do fato da análise normativa.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, entende-se que as prognoses legislativas configuram-se como sendo não somente os fatos ocorridos ou de provável acontecimento, mas também, as consequências resultantes da ocorrência de determinado fato, que motivam a atividade legiferante, através do entendimento da necessidade de proceder-se a sua regulamentação. Ocorre que, como visto, situação interessante surge quando a referida condição fática não se confere, restando, nesse caso, essencial a realização do controle de constitucionalidade em face da não confirmação dos preceitos normatizados.

Adentra-se, então, no conflito existente entre a hermenêutica clássica de interpretação, que restringe o controle de constitucionalidade à análise de questão estritamente jurídica, e as atuais necessidades existentes, acerca da aferição da constitucionalidade das prognoses legislativas.

Necessário, pois, proceder-se à relativização da concepção clássica de controle, de modo a legitimar a atuação do STF, via controle concentrado de constitucionalidade, em face das prognoses legislativas. Desse modo, seria possível a realização de uma análise completa de tais elementos, em sua parcela fática e posterior adequação à realidade constitucional.

Para tanto, uma alternativa a se seguir seria a legitimação da figura do *amicus curiae* no procedimento. Com isso, estar-se-ia a, além de democratizar o processo decisório, permitir uma análise mais abrangente perante o Tribunal Constitucional, que, a partir disso, fortaleceria a sua visão fática a respeito da controvérsia, tendo total conhecimento acerca da legitimidade do caso em questionamento.

## 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- APPIO, Eduardo. A teoria da inconstitucionalidade induzida. **Revista de Direito Processual Civil**. n. 35. Curitiba: Gênese, 2005.
- BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2548/PR**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 10/11/2006. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(2548.NUME. OU 2548.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(2548.NUME. OU 2548.ACMS.)&base=baseAcordaos)> Acesso em: 22 jun. 2009.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3819/MG**. Relator: Min. Eros Grau. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 24/10/2007. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(3819.NUME. OU 3819.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(3819.NUME. OU 3819.ACMS.)&base=baseAcordaos)> Acesso em: 22 jun. 2009.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 135328/SP**. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 29/06/1994. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(135328.NUME. OU 135328.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(135328.NUME. OU 135328.ACMS.)&base=baseAcordaos)> Acesso em: 22 jun. 2009.
- CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia jurídica. Problemas Fundamentais**. Coimbra, 1993.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**: Comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade**: Repercussões na Atividade Econômica. Disponível em <<http://www.bcb.gov.br/htms/public/8encjur/04%20gilmar%20ferreira%20mendes.pdf>> Acesso em: 22 jun. 2009.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SANTOS, Esther Maria Brighenti dos. **Amicus curiae**: um instrumento de aperfeiçoamento nos processos de controle de constitucionalidade. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7739>> Acesso em: 22 jun. 2009.
- VELOSO, Zeno. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. *In*: **Leituras Complementares de Constitucional**: Controle de Constitucionalidade. CAMARGO, Marcelo Novelino de (Org.). Salvador: JusPodivm, 2007.

# O ESCRAVISMO CONTEMPORÂNEO E O TRÁFICO DE PESSOAS: INDEFINIÇÃO CONCEITUAL E A EXPLORAÇÃO SEXUAL DE MULHERES E CRIANÇAS<sup>1</sup>

THE CONTEMPORARY SLAVERY AND HUMAN TRAFFICKING: Blurred CONCEPTUAL AND SEXUAL EXPLOITATION OF WOMEN AND CHILDREN

*Paola Frassinetti Alves de Miranda<sup>2</sup>*

## Resumo

O tráfico internacional de pessoas está especialmente ligado ao mercado financeiro globalizado. As Nações Unidas mostraram que apenas uma pessoa pode trazer lucros em torno de \$30 bilhões, perdendo, apenas, para o mercado ilegal de drogas e armas. Por esta razão, também trabalharemos, mesmo que em segundo plano, sua conexão com o crime organizado internacional e, por conseguinte, com o tráfico de migrantes.

Apresentamos uma nova forma de abordagem à temática alhures citada, vinculando-a ao neo-escravismo ou “escravismo contemporâneo”, que pode ser definido como a sujeição física ou psicológica de um homem a outro. O instrumento mais comum de sujeição, todavia, é a dívida crescente e impagável.

O crescente número de notícias de pessoas traficadas no mundo todo, a violação dos direitos fundamentais das vítimas, o desconhecimento da sociedade e a alteração introduzida pela Lei n.º 11.106/2005, que alterou a redação original do artigo 231 do Código Penal Brasileiro (CPB) e criou a figura do artigo 231-A, estendendo a tutela penal, antes voltada somente às mulheres, à proteção das vítimas do sexo masculino, passando a incriminar o tráfico internacional e o tráfico interno de pessoas, foram as causas que desencadearam esta pesquisa.

**Palavras-chave:** Tráfico internacional de pessoas. Art. 231 do CPB. Neo-escravismo. Dignidade da pessoa humana.

## Abstract

The international traffic of people is specially connected to the financial and global market. The United Nations showed that only one person can bring profits in

<sup>1</sup> Artigo recebido em: 27/09/2010. Pareceres emitidos em: 06/11/2010 e 12/01/2011. Aceito para publicação em: 14/01/2011.

<sup>2</sup> Bacharela em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Pós-graduanda em Direito Público pela Faculdade de Direito (FAESNE). Pesquisadora e articulista em Direitos Humanos. *E-mail:* paola.ffa@gmail.com.

the amount of \$30 billion, losing only to the drug and weapons illegal market. That is why we are going to approach, even if in background, its connection with the international organized crime and with the migrants trafficking also.

We present a new manner to approach the object cited above, connecting it with the neo-slavery or the “contemporary slavery”, that can be defined as a physical and psychological subjection of a man to another. The most used way to subject the victims is the non-payable and growing doubt.

The growing number of news about trafficked people from all over the world, the violation of the victim’s fundamental rights, the society’s unawareness and the changes introduced by the law 11.106/2005 that altered the previous written of the article 231 of the Brazilian Criminal Code (BCC) and stated the article 231-A, that embraced the victims of the male sex, incriminating, that way, the international and the national traffic of people, area the reasons that trigged this research.

**Keywords:** International traffic of people. Article 231 of the BCC. Neo-slavery. Human dignity.

**Sumário:** 1. Considerações Iniciais; 2. Compreensão do caráter interno do escravidão contemporâneo, 2.1. Migração e pobreza, 2.2. Formação do neo-escravismo e sua conexão com o tráfico de mulheres na história contemporânea. 2.3. Determinação de conceitos. Redução do homem a condição análoga a de escravo, A) Abrangência e interpretação jurídico-penal da Lei 10.803/03, B) Dubiedade e ineficácia da legislação menorista, C) Ação governamental, 2.3.3. “Novas” e “tradicionais” faces do neo-escravismo, A) Classificações do Trabalho Forçado; 3. O Protocolo de Palermo e a problemática da “indefinição” do crime de tráfico de pessoas, 3.2. Combate ao tráfico de pessoas no Brasil; 4. A exploração sexual de mulheres e crianças; 5. Considerações Finais; 6. Referências Bibliográficas.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O tráfico de pessoas é considerado um problema crucial por governos e por entidades que defendem os direitos humanos, incluindo organizações feministas e grupos de apoio às pessoas que trabalham na indústria do sexo (ADERSON e O’CONNEL; DAVIDSON, 2004).

De acordo com as leituras críticas sobre o tema, nessas instâncias, a questão é tratada, basicamente, como problema moral, de crime organizado ou de migração (AUSSERER, 2007; WEITZER, 2007).

Hoje o tráfico de seres humanos só perde para o comércio ilegal de armas e o tráfico de drogas. Porém, se continuar crescendo, logo será o campeão de lucros ilícitos no mundo, movimentando, nos dias atuais, cerca de \$30 bilhões ao ano.

O documento afirma, ainda, que 83% das vítimas do tráfico são mulheres, destas, 48% menores de 18 anos e 4% do total são homens.

De acordo com Rodrigo Pena, oficial de projetos da Organização Internacional do Trabalho (OIT) no Brasil, os países do cone sul, juntamente com o Chile, têm mais rotas e fluxos de vítimas do que todo o resto da América Latina e o Brasil é o campeão latino-americano no tráfico de mulheres e crianças para países desenvolvidos.

Hoje, nosso país é denominado uma nação “multicultural”, composta por homens que imigram e emigram dentro do seu próprio território, por aqueles que seguem em busca de novos horizontes e perspectivas, em outros países, e por levas de estrangeiros que tentam construir outra nacionalidade, preservando, como podem, cultura e identidade próprias.

A associação do tráfico de pessoas a formas de migração não documentada conduz à sua conexão direta com a ilegalidade e a criminalidade, reforçando a imagem do tráfico como ameaça à segurança nacional. A deportação das pessoas afetadas pelo tráfico e políticas de migração mais estritas, são consideradas soluções para o problema (AUSSERER, 2007).

Milhões de pessoas se deslocam no mundo como migrantes por muitas razões e o Brasil é um dos personagens centrais desta história. É um país que se formou pelo encontro e desencontro de povos que aqui viviam há milhares de anos, com povos que aqui chegaram vindos da Europa, Ásia e África, desde o século XVI (RIBEIRO, 1992, p. 15-16). Uns vieram pelo desejo de enriquecimento, outros por afã missionário, por opção ou contra a vontade. Entre os últimos, uma multidão de agarrados e trazidos à força em navios negreiros.

Neste trabalho apresentaremos a problemática do tráfico de pessoas dentro da conjuntura atual do neo-escravismo ou escravismo contemporâneo, caracterizado pela imigração de seres humanos entre países ou dentro de um mesmo país, com fins econômico-sociais e que acabam sendo forçados a uma realidade degradante.

Mulheres e crianças são os sujeitos desta nossa pesquisa, por serem maioria dentro dos números que avaliam a situação atual do tráfico de seres humanos e nos

limitaremos ao território brasileiro, visando cercar a temática de modo mais completo e contundente.

## 2 COMPREENSÃO DO CARÁTER INTERNO DO ESCRAVISMO CONTEMPORÂNEO

### 2.1 Migração e Pobreza

Entre 1962 a 1967 – os grandes proprietários de terra do Estado de São Paulo substituíram a cultura do café pela pecuária, principalmente a de corte. A partir dessa época, incorporaram novas terras às fazendas, diminuindo as pequenas propriedades agrícolas e reduzindo, assim, a mão de obra empregada por unidade de área. A novidade na zona rural paulista foi deslocar a *economia do excedente* – lavradores que cuidavam da própria subsistência – para longe, mesmo para fora do estado. Antes da mudança, no período do café, as necessidades de trabalhadores por ocasião de plantio ou colheita eram contornadas de várias formas, entre elas, ocupar parte do tempo da mão de obra na produção da sua própria subsistência.

Contudo, a mudança da agricultura para a pecuária desarticulou a abundância do suprimento anterior de mão de obra. A pequena produção foi expulsa para áreas cada vez mais distantes. O trabalhador sem terra ou pequeno proprietário com a produção mercantilizada e endividado, deixou de ser um assalariado temporário e se tornou, simplesmente, um assalariado.

Constata-se, ainda, que, tomando como paradigma as relações de trabalho, o capitalismo na agricultura brasileira se desenvolveu de modo desigual. “Têm-se, desde o proletariado rural, claramente constituído no estado de São Paulo e em algumas regiões vizinhas (...), até situações de semiescavidão, porque não há outras palavras para qualificar as privações dos peões na região amazônica” (SILVA, 1981, p. 117).

Os milhares de trabalhadores escravizados e libertos no Brasil, entre 1995 e 2005, por ação do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), apresentam um quadro sintomático. Eles são pobres, em geral desempregados, com pouca ou nenhuma

escolaridade, alguns sequer têm um documento de identidade e normalmente são de regiões distantes do local onde são obrigados a trabalhar. São procurados em estados do Nordeste e do Centro-Oeste brasileiro ou em bolsões de pobreza em estados ricos, e são levados, com promessas falsas, para outras áreas do País.<sup>3</sup>

Importante, outrossim, mencionarmos que dados de instituições internacionais, relativos a 2004, ou seja, dentro do período acima estabelecido, indicam que aproximadamente 52,3 milhões, ou 32% dos brasileiros, vivem com menos de US\$ 2/dia, enquanto que a pobreza extrema (menos de US\$1/dia) afeta por volta de 10% da população total. Os brasileiros mais pobres são encontrados na Região Nordeste e nas periferias dos principais centros urbanos do país. Ao lado dessa pobreza, existe enorme riqueza. O índice Gini<sup>4</sup> do Brasil é 0,6, o que coloca o país entre os de maior desigualdade no mundo.

Casos relativamente recentes de escravidão, em empresas canavieiras no estado do Rio de Janeiro, por exemplo, revelam que os trabalhadores eram de Alagoas, de Minas Gerais ou do Paraná. Denúncias sobre a área metropolitana de São Paulo revelam vítimas nordestinas e bolivianas.

Devemos ressaltar o caso no qual se envolveu a empresa telefônica TELEMAR, em março de 2005, no estado do Rio de Janeiro. A empresa foi condenada a pagar R\$ 24 milhões após ser processada através de Ação Civil Pública, ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho (MPT). A razão da sentença, conforme explicou Rodrigo Carelli, do MPT, encontra-se nas condições em que os trabalhadores foram encontrados. Elas “eram semelhantes às de trabalho escravo, pois estavam impedidos de voltar às suas cidades de origem pela falta de pagamento”.

---

<sup>3</sup> Conforme dados vindos da Comissão Pastoral da Terra (CPT), entre 1995 e 2004 foram libertos por autoridades no Brasil 12.720 trabalhadores; destes, 5.636 (44,3%) no Pará. No mesmo período, informa ainda a CPT, houve denúncia de que haviam 26.993 pessoas escravizadas, sendo destas 13.559 no Pará, o que significam 50,2 % dos casos;

<sup>4</sup> Mede o grau de desigualdade existente na distribuição de indivíduos segundo a renda domiciliar per capita. Seu valor varia de 0, quando não há desigualdade (a renda de todos os indivíduos tem o mesmo valor), a 1, quando a desigualdade é máxima (apenas um indivíduo detém toda a renda da sociedade e a renda de todos os outros indivíduos é nula).

Este revela-se como um caso típico do denominado neo-escravismo ou escravismo contemporâneo fora dos campos e que vai além dos requisitos normalmente elencados como obrigatórios para a configuração de trabalho escravo. Apesar das vítimas não estarem privadas de seu *status libertatis*, caso deixassem o emprego, não seriam pagas e, portanto, não poderiam voltar as suas cidades de origem, onde buscariam outras formas de trabalho.

No caso dos nordestinos brasileiros explorados no estado do Pará e na Região Centro-Oeste do Brasil, a pobreza que os impele a se aventurarem fora de seus domicílios decorre das condições climáticas adversas e da ausência de políticas públicas de desenvolvimento da região.

## 2.2 Formação do Neo-Escravismo e Sua Conexão com o Tráfico de Mulheres na História Contemporânea

Ao externalizar as mesmas atividades que antes concentrava, a fábrica pós-fordista pode – no limite – nada fabricar, pelo menos diretamente. Nesse sentido, talvez não seja exagero dizer que a terceirização provoca a terceirização: o industrial se faz gerente, migrando – se não em termos formais, pelo menos em termos reais – para o setor de serviços.

Na medida em que se avança em direção às malhas mais finas da rede, as empresas se tornam cada vez menos visíveis – tanto aos sindicatos, quanto à fiscalização e até para a mídia. Assim, o que a *corporation* não pode fazer, exatamente por ter visibilidade, as pequenas fazem por ela e a própria concorrência, que a primeira dissemina, impulsiona as últimas a baixar sempre mais as condições que oferecem aos empregados.

É nesse quadro que se insere o trabalho escravo. Seja no campo, seja na cidade, ele quase sempre se integra, direta ou indiretamente, às formas mais novas do capitalismo e ao mesmo tempo aos modos mais antigos de exploração do trabalho humano.

Deve-se ter em mente que a escravidão contemporânea — ou ao menos o seu *boom* — é produto lateral da chamada “globalização” da economia. Nas regiões e

nos Estados brasileiros onde a agricultura está inserida mais fortemente numa economia de mercado, buscando competitividade junto aos consumidores do País e do exterior, os índices de trabalho escravo tendem a ser maiores: “relações de trabalho *arcaicas* e *desumanas* persistem e até são *incrementadas* em nosso modelo de desenvolvimento” (SANTANA, Eudoro *apud* SENTO-SÉ, 2001), fundado no neoliberalismo econômico, na acumulação de divisas pelo *superávit* da balança comercial e na livre concorrência.

Cite-se, como exemplo, os recursos que o Governo Federal injetou no processo de reflorestamento da região amazônica, à época dos governos militares pós-64, para fins industriais: o objetivo inconfesso do investimento fora o de deter o crescimento das ligas camponesas, que encarnavam a “ideologia do inimigo” (a ideologia socialista-marxista), sinalizando favoravelmente à burguesia conservadora e antirreformista com incentivos fiscais e grandes obras de infraestrutura. Ali, onde a empresa brasileira foi estimulada a se tornar competitiva, é onde atualmente grassa o trabalho escravo.

Como não poderíamos deixar de destacar, entre os fatores determinantes do escravismo contemporâneo encontra-se o estímulo do tráfico internacional de seres humanos com fins de exploração sexual. Poder associar o tráfico a outras atividades legalmente aceitas é mais um atrativo para a prática deste delito.

O tráfico de pessoas é uma atividade de baixos riscos e altos lucros. As mulheres traficadas podem entrar nos países com visto de turista e as atividades ilícitas são facilmente camufladas como agenciamento de modelos, babás, garçonetes, dançarinas ou, ainda, mediante a atuação de agências de casamentos. Onde existem, as leis são raramente usadas e as penas aplicadas não são proporcionais aos crimes. Traficantes de drogas recebem penas mais altas do que as dadas para aqueles que comercializam seres humanos.

Observa-se, assim, o caráter multidimensional do tráfico de seres humanos. Suas determinações não se encontram, somente, na violência criminal mas, sobretudo, nas relações macrossociais do mercado globalizado de trabalho e seus impactos na precarização das condições e formas de trabalho, migração e expansão da exploração sexual comercial, fortalecendo o crime organizado, dentro e fora do País.

Quando a mulher é traficada para fins de exploração sexual, é concebida como uma mercadoria para o seu traficante, como é a maconha para o traficante de drogas e as armas, para o traficante de armas. Ao contrário da maconha e das armas, a mulher, como mercadoria, não é “consumida” toda de uma vez, por isso trabalha para aquele que a adquire, tornando-se força de trabalho. Trata-se de uma mutação da sociedade pós-moderna. Uma verdadeira reconstrução da barbárie.

Em 2005, com a publicação do relatório “Uma Aliança Global Contra o Trabalho Forçado”, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) estimou em cerca de 2,4 milhões o número de pessoas no mundo que foram traficadas para serem submetidas a trabalhos forçados. A OIT calcula que 43% dessas vítimas sejam subjugadas para exploração sexual e 32% para exploração econômica — as restantes (25%) são traficadas para uma combinação dessas formas ou por razões indeterminadas.

Como observado, o conceito de tráfico de pessoas mescla vários fenômenos e enfoques, como direitos humanos, globalização, migração, discriminação (racial e/ou de gênero), exploração sexual, prostituição, trabalho sexual, trabalho escravo, exploração de trabalho, direitos trabalhistas, escravidão moderna e crime transnacional.

Alguns movimentos, mas, principalmente, governos, quando dizem combater o tráfico de pessoas, visam o combate à migração, à prostituição ou às redes criminosas internacionais e não a garantia dos direitos humanos.

Propor sua análise é, com certeza, enveredar por uma seara onde a dignidade, a igualdade, a liberdade e a legalidade são princípios ignorados, esquecidos. Vamos além, é tratar do mais alto grau de exploração da miséria e das necessidades do homem.

### **2.3 Determinação de Conceitos. Redução do Homem à Condição Análoga a de Escravo**

Considera-se “versão contemporânea da escravidão” aquela praticada após a condenação universal às formas históricas de escravidão, ocorrida em 1926; com a Convenção Relativa à Escravidão, com a Convenção sobre o Trabalho Forçado, em

1930 e com a Convenção Suplementar Relativa à Abolição da Escravidão, em 1956. A partir de Janeiro de 1966, as Convenções de 1926 e 1956 entraram em vigor no Brasil, proibindo a escravidão por dívida.

Diante dessa realidade, nos documentos internacionais não se utiliza o termo “trabalho escravo”, mas sim “trabalho forçado, formas contemporâneas ou análogas à escravidão” (CASTILHO, 1999, p. 83)

Os grupos de repressão à escravidão contemporânea têm identificado, nos últimos anos, diversos elementos indiciários da redução de pessoas a condição análoga à de escravos, notadamente nas zonas rurais.

Merece particular atenção denúncia-crime conjunta do Ministério Público Federal e do Ministério Público do Trabalho, oferecida à Justiça Federal de Rondônia (3ª Vara de Porto Velho)<sup>5</sup>, na qual foram discriminados diversos elementos que tendem a caracterizar, hodiernamente, a escravidão no campo. Destacamos: 1. Falta de pagamento de salários; 2. Alojamento em condições subumanas; 3. Inexistência de acomodações indevassáveis para homens, mulheres e crianças; 4. Inexistência de instalações sanitárias adequadas, com precárias condições de saúde e higiene; 5. Aliciamento de trabalhadores de uma para outra localidade do território nacional (que, isoladamente, configura o crime do art. 207, *caput*, do CPB, com pena cominada de um a três anos e multa); 6. Aliciamento de trabalhadores de fora para dentro ou de dentro para fora do país; 7. Ausência de equipamentos de proteção individual e/ou coletiva; 8. Meio ambiente de trabalho nocivo/precário; 9. Cerceamento da liberdade ambulatoria; 10. Falta de assistência médica; 11. Ausência de registro em Carteira de Trabalho e de Previdência Social (CTPS).

Essas condições traduzem, com efeito, a situação de um trabalhador em regime de semiescravidão, pois tornam a sua condição análoga à de um escravo, naquilo que era a ideia fundamental do Instituto jurídico da escravidão (que ainda tinha assento, entre nós, no recém-revogado Código Comercial de 1850): a pessoa

---

<sup>5</sup> Autos n. 2003.41.00.003385-5 (Justiça Pública vs. José Carlos de Souza Barbeiro [fazendeiro] e Lídio dos Santos Braga [agricultor]).

como *res*, despossuída, privada de direitos mínimos (principalmente os fundamentais) e moral ou fisicamente acuada.

Desse modo, a escravidão, ou como está escrito no art. 149 do CPB, a submissão a trabalho análogo ao escravo, pode ser definida, resumidamente, como: mão de obra em condições tais em que a dignidade humana é aviltada, notadamente quando o trabalhador é iludido com promessas de bons salários e transportado sem obediência aos requisitos legais, ou impedido de sair do local de trabalho pela vigilância armada, preso a dívidas impagáveis contraídas perante o empregador, ou, ainda, quando explorado sem atenção aos direitos trabalhistas elementares, tais como o salário mínimo, jornada de trabalho normal, pagamento de adicionais, repouso remunerado e boas condições de higiene, saúde e segurança no trabalho.

No entendimento de José Claudio Monteiro de Brito Filho, essa situação é reconhecida quando há o desrespeito à dignidade do trabalhador, sendo-lhe negados seus direitos mínimos, convencionados pela Organização Internacional do Trabalho como configuradores do “trabalho decente”.

Muitos desses trabalhadores encontram-se desorganizados, especialmente aqueles que trabalham no “mercado do sexo”. Em sua maioria desempregados ou remanescentes de trabalhos informais, estão desorganizados no âmbito da representação das lutas sociais e com fendas profundas de sofrimento, provocadas pela precarização de suas condições socioeconômicas, associadas às práticas estigmatizantes em relação às questões de gênero, raça, etnia, homofobia, etc.

Até aqui a determinação do valor da força de trabalho não difere das outras mercadorias. Porém, a força de trabalho é especial: existe apenas como capacidade dos seres humanos, que legal, politicamente e naturalmente, são seres livres. Por conseguinte, não apenas necessitam alimentarem-se, vestirem-se, alojarem-se etc., mas viver, com a dignidade que lhes é inerente.

### **2.3.1 Legislação de combate ao neo-escravismo no Brasil**

#### **A) Abrangência e interpretação jurídico-penal da Lei 10.803/03.**

No Brasil, com a edição da Lei n. 10.803/2003, optou-se pela especificação dos modos de execução do delito de “redução à condição análoga a de escravo”.

A opção não é de todo má, pois previne os arroubos de repressão ou a inação jurisprudencial que usualmente acompanham tipos penais excessivamente abertos, subministrando ao intérprete elementos mais palpáveis para o processo intelectual de subsunção penal.

Nada obstante, teria sido mais salutar, na enumeração das condutas, atentar não apenas para a casuística nacional, mas, sobretudo, para os textos jurídicos de direito internacional público que informam a matéria, os quais levam em maior consideração os direitos humanos inerentes a cada trabalhador. Assim, *e.g.*, a Convenção Suplementar sobre Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, da Organização das Nações Unidas (Genebra, 1956); a Convenção sobre Abolição do Trabalho Forçado, da Organização Internacional do Trabalho (Genebra, 1957); e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (Roma, 1998). Desse modo, legislar-se-ia também para o futuro, e não apenas com vistas às manchas que já marcam o tecido social brasileiro.

Mais relevante que a enumeração em si mesma, porém, seria sua função hermenêutica.

Era necessário que a enumeração do art. 149 do CPB fosse **exemplificativa**, de modo a prevenir a paralisia hermenêutica. Mas, ao revés, optou-se por uma enumeração **exaustiva**, que obsta aplicações flexíveis, ante a proibição da analogia *in malam partem* que deflui da norma do art. 5º, XXXIX, 1ª parte, da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Impede-se, com isso, a interpretação histórico-evolutiva, que permitiria ao Poder Judiciário acompanhar e reprimir os novos modos de execução ditados pela modificação das condições socioeconômicas e pela genialidade criminal (veja-se, *e.g.*, a atuação dos “gatos” brasileiros, que mercenciam força de trabalho no campo e arregimentam hipossuficientes econômicos para as novas formas de servidão).

Ademais, existe, em sede doutrinária, a concepção da **reserva legal**, específico ponto da legalidade. Enquanto esta seria, genericamente, a necessidade

de uma norma genérica e abstrata criada pelo Poder competente, a reserva legal seria a vinculação normativa de determinada matéria à lei e somente a esta espécie normativa.

Desde então o entendimento concernente à expressão **condição análoga à de escravo** restringiu-se a quatro hipóteses: (i) sujeição alheia a trabalhos forçados; (ii) sujeição alheia à jornada exaustiva; (iii) sujeição alheia a condições degradantes de trabalho; (iv) restrição, por qualquer meio, da locomoção alheia em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto. Sendo assim, em não se verificando nenhum dos quatro modos, não se logra a tipificação do crime.

### **B) Dubiedade e ineficácia da legislação menorista.**

Sem instrumentos eficazes da legislação ordinária, a proteção à criança e ao adolescente no que tange à exploração sexual depara-se com dispositivos legais direcionados somente ao denominado rufião, os quais, tanto na teoria quanto na prática, são inócuos em relação àquele que efetivamente usufrui dela: o cliente.

Diante da atual legislação infraconstitucional, o texto da Carta Magna não encontra correspondência ao que pretende. A Lei nº 8.069/90, que instituiu o ECA, elenca dezessete tipos penais cujo sujeito passivo é a criança ou o adolescente, alternadamente ou em conjunto. Porém, é omissa em relação ao tráfico internacional, forma moderna, da antiga escravidão, limitando-se à tipificação de condutas com incidência no caso.

Para constatar o mencionado, basta fazermos breve leitura do art. 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê como crime o ato de “promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de crianças e adolescentes para o exterior com a inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro”.

A falta de um tipo penal que incida especial e diretamente sobre a matéria traz graves inconvenientes. Como exemplo, tomemos a seguinte observação: tratando-se de vítima do sexo feminino, e encontrando-se a conduta do autor voltada para a prostituição dela, torna-se duvidoso o enquadramento típico, pois, se por um lado, no Código Penal Brasileiro, há a definição do crime do art. 231, que, atualmente, possui como elementares homem ou mulher e prostituição, por outro, é no ECA que se concentram os delitos praticados contra criança ou adolescente, trata-se de

norma específica, posterior ao CPB, portanto, sempre aplicável quando um dos sujeitos do crime é menor. A questão torna-se ainda mais complexa quando se verifica que os tipos penais preveem cominações diferenciadas.

Como se pode perceber da leitura do art. 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente, há situações que não foram acobertadas pela norma, causando problemas de enquadramento típico. A condição do sujeito passivo do tráfico de seres humanos ser a criança ou o adolescente torna o enquadramento da conduta pendente entre o Estatuto e o Código Penal Brasileiro. Vejamos.

Tratando-se de caso de envio de criança ou adolescente para o exterior em obediência a todas as formalidades legais, ou que não tenha como fito a obtenção do lucro: não se pode falar do delito previsto no ECA, em face da ausência de elemento típico. O correto, então, seria enquadrar o fato no art. 231 do CPB, desde que haja conhecimento por parte do sujeito ativo de que o deslocamento tenha por finalidade a prostituição. Inexistindo este e desde que a conduta envolva ato realizado pelo progenitor, resta a possibilidade de enquadramento do fato no delito previsto no art. 245 do CPB ("Entrega de filho a pessoa inidônea"). A vítima, que pode ser de ambos os sexos, tem que ser menor de 18 anos de idade.

Há de se ressaltar que, até março do ano 2005, as dificuldades eram ainda maiores em face da restrição do elemento típico do art. 231 do Código Penal Brasileiro, que disciplinava a modalidade criminosa do "tráfico de mulheres". O advento da Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, deu nova redação ao artigo, que passou a "tráfico internacional de pessoas" e também inseriu uma nova figura delitiva através do art. 231-A, o "tráfico interno de pessoas".

Desse modo, a partir da entrada em vigor da norma supra, encontrando-se a conduta do autor voltada à prostituição da vítima, seja ela criança ou adolescente, torna-se pacífico o enquadramento típico no artigo supra, apesar da ambivalência entre o CPB, que guarda a definição do crime cujos elementares são a pessoa e a prostituição, e o Estatuto da Criança e do Adolescente, que abriga em seu bojo os delitos praticados contra a criança e o adolescente.

A conduta tipificada pelo artigo 231 do Código Penal Brasileiro passou também a abranger o crime praticado contra a criança e o adolescente – independentemente

de gênero – cominando penas diferenciadas. De um lado, o parágrafo primeiro prevê reclusão de quatro a dez anos, além de multa, se a conduta do agente foi praticada contra pessoa menor de dezoito anos e maior de catorze; de outro, o parágrafo segundo prescreve pena de cinco a doze anos no caso de emprego de violência, grave ameaça ou fraude, bem como pena de multa e aquela correspondente à violência, resguardando assim as pessoas menores de catorze anos, presumida a violência.

Desse modo, caberá ao juiz competente, em cada caso, escolher a norma a ser aplicada e a razão. Permite-se ao aplicador da Lei enorme discricionariedade no que concerne à proteção do menor. Escolhendo pela subsunção do dispositivo previsto no ECA ao caso, o agente ativo do crime receberá pena inferior a aplicada pelo Código Penal Brasileiro. Cabe, pois, ao legislador pátrio, após a alteração do CPB, modificar a redação do art. 239 do Estatuto do menor, objetivando maior e mais eficaz proteção da criança e do adolescente, bem como organização e ordem da legislação pátria.

### **C) Ação governamental.**

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) destacou que as iniciativas das autoridades brasileiras para erradicar as práticas análogas à escravidão devem ser vistas como modelo para outros países.

Dentre essas medidas, merece destaque o Cadastro de Empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo, previsto no Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo e criado pela Portaria nº 540, de 15 de outubro de 2004, também denominado, principalmente pelos que têm seus nomes nele inclusos, "lista suja".

A referida lista divulga os nomes de “empresários e empresas que explorem essa modalidade criminosa de utilização da mão de obra humana, dando a conhecer à sociedade os criminosos que assim procedem”. (FAVA, 2006)

O Cadastro é atualizado pelo Ministério do Trabalho e Emprego a cada seis meses. Essa atualização semestral consiste na inclusão de nomes de empregadores cujos autos de infração não estejam mais sujeitos aos recursos na esfera administrativa - ou seja, a decisão final foi pela subsistência – e na exclusão

daqueles que, ao longo de dois anos, sem reincidência, contados de sua inclusão no Cadastro, sanaram as irregularidades identificadas pela inspeção do trabalho.

Ainda, com esse intento, no Congresso Nacional foi proposta a Emenda Constitucional (PEC) nº 438/2001 (antiga PEC nº 232/1995), que prevê, entre outras medidas, a expropriação (sem compensação) da terra onde são detectados trabalhadores escravos. No entanto, encontra-se ainda em discussão no Congresso, indicando uma completa falta de interesse político por parte dos parlamentares.

Por outro lado, o Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo, lançado em 2003, define uma série de ações concretas para abordar as causas estruturais do trabalho escravo no Brasil; o qual também foi o responsável pela criação do Conselho Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE), com a participação de organismos governamentais e organizações não governamentais. Todavia, apesar de estar baseado em Acordos com a OIT, esse Plano Nacional, infelizmente, não leva em consideração ações de enfrentamento ao tráfico de pessoas, bem como, não faz nenhuma referência às definições contidas no Protocolo de Palermo de Antitráfico Humano.

Desse modo, a tensa relação entre Estado e sociedade termina se transformando em um discurso ideológico de negociação entre os próprios grupos que estão hegemonicamente no poder, o que, de certa forma, enfraquece e despolitiza a relação da sociedade, quando enfrenta o Estado, através dos seus governos, na direção de defender e promover a os direitos humanos das pessoas em situação de tráfico e exploração forçada de trabalho.

Outrossim, as políticas públicas de enfrentamento ao tráfico de pessoas, em particular o de mulheres, não levam em consideração a demanda por serviços públicos provocada pelo fluxo migratório dos países vizinhos e também pelo fluxo de pessoas que se deslocam dentro do nosso próprio país: nordeste/sudeste, e outros.

De julho de 2005 a julho de 2008, portanto, em três anos de trabalho, passaram pelo Centro de Apoio ao Migrante mais de 18 mil imigrantes de 20 nacionalidades. Entre os imigrantes que procuram pelo atendimento no CAMI 90% são oriundos da Bolívia, 3,5% do Paraguai, 3% do Peru. A alta procura dos imigrantes bolivianos deve-se ao acordo de Regularização Migratória firmado entre

Brasil e Bolívia em 2005 (que possibilitou a regularização migratória desses nacionais mediante o preenchimento de certos requisitos). Os imigrantes procuram o Centro principalmente para regularizar sua situação migratória, denunciar trabalho degradante e escravo, violência contra a mulher, exploração de menores, violência institucional. (ALMEIDA TELES, 2008)

No Brasil, os imigrantes internacionais registrados ultrapassam pouco mais de 1.250.000. É importante frisar que esses números só envolvem estrangeiros registrados no Brasil, isto é, aqueles que estão em situação migratória regular. Considerando os imigrantes irregulares e não documentados tem-se uma estimativa de pouco mais de 2 milhões, representando quase 1% da população total do país.

Teoricamente, o tráfico de migrantes e o tráfico de pessoas são ilícitos distintos. O conceito de tráfico de migrantes pode ser encontrado no Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea. Por sua vez, a definição de tráfico de pessoas pode ser encontrada no Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças, o denominado Protocolo de Palermo. Contudo, segundo o art. 3º, a, do referido Instrumento, a expressão “tráfico de pessoas” define o recrutamento, transporte, transferência, de pessoa, objetivando a exploração da mesma, através de diversas formas, dentre elas: o trabalho forçado ou o trabalho análogo ao escravo.

A partir desta leitura percebe-se que o tráfico de imigrantes enquadra-se como espécie do tráfico de pessoas.

É importante mencionar que comumente é feita distinção doutrinária entre tráfico de migrantes e tráfico de pessoas no que diz respeito ao consentimento da vítima. No caso do tráfico de migrantes, é entendido que a pessoa consente em ser traficada com o objetivo de cruzar uma fronteira ilegalmente. No tráfico de pessoas, se a vítima consentir, será por coação do aliciador ou por estar iludida com promessas que não se concretizarão ao chegar ao local de destino.

Envolver a questão do consentimento da vítima, iludida ou não, é irrelevante para a proteção dos direitos humanos da mesma, função e fim maior de todos os Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos. Desnecessária, pois, a problemática doutrinária e jurisprudencial criada sobre a conceituação dos termos “tráfico de migrantes” e “tráfico de pessoas”.

O objeto de cada instrumento internacional e objetivo de cada Estado que os ratificam é o de resguardar os direitos fundamentais de cada ser humano, levado a outro país ou região, com o fim de serem explorados e submetidos a meios de vida deploráveis.

### **2.3.2 “Novas” e “tradicionais” faces do neo-escravismo**

Nos documentos mais recentes sobre trabalho forçado produzidos pela OIT (como os Relatórios Globais de 2001 e 2005) é feita uma distinção entre o que pode ser entendido como formas “tradicionais” de trabalho forçado e “novas” formas ou manifestações desse fenômeno.

As formas “tradicionais” são caracterizadas como relacionadas com determinadas estruturas agrárias e de produção (em geral, legados do colonialismo, como a servidão por dívida no meio rural) que incluem relações assimétricas entre grupos sociais vulneráveis e grupos bem posicionados socialmente. Essas formas também podem estar baseadas no costume e na tradição, que orientam práticas discriminatórias com relação a determinados grupos populacionais (como é o caso de castas minoritárias na Ásia ou de grupos indígenas na América Latina).

As “novas” formas de trabalho forçado são definidas como aquelas relacionadas ao fenômeno da migração e à exploração de trabalhadores e trabalhadoras migrantes fora de seus países ou comunidades de origem, neste aspecto, tendo forte interface com a questão do tráfico interno e internacional de pessoas. Dentre as novas formas, pode ser citada a servidão em setores industriais da economia informal, incluindo a produção de confecções e calçados, a preparação de produtos alimentícios e a lapidação de pedras, entre outras. O local para a

realização desse tipo de trabalho pode ser a própria casa de quem trabalha ou oficinas isoladas nas periferias das grandes cidades.

Como bem observa Wilson Ramos Filho (2008, p. 270-271), o “trabalho escravo urbano contemporâneo” possui duas espécies: uma prestada nas cidades em condições análogas à de escravo sem suporte contratual válido, e outra com suporte contratual válido, esta última denominada “neo-escravidão”. Na primeira hipótese, um dos exemplos mais frequentes são os trabalhadores imigrantes nas cidades, que por reconhecerem sua condição de clandestinos ou ilegais se sujeitam à exploração, muitas vezes abdicando do direito inalienável de ir e vir. Quanto ao trabalho oferecido nas cidades com suporte contratual válido, prestado em condições análogas à de escravo, geralmente não implica restrição do direito de ir e vir, mas “tão somente” se impõe trabalho degradante ou trabalho prestado em jornadas exaustivas.

O que se apresenta, na prática, é que não se trata apenas de descumprimento pontual de normas ou “padrões elevados” de direitos trabalhistas, mas sim de desrespeito à própria condição de ser humano.

Os elementos desta antiga e desproporcional relação permanecem quase intactos através dos tempos, ainda que suas formas sejam cada vez mais dissimuladas. A proibição de largar definitivamente o trabalho no momento desejado, a exploração aviltante da força de trabalho humana, a submissão aos maus-tratos e à absoluta falta de higiene, o constrangimento físico ou moral e a sujeição a condições indignas, estão todas ainda bem presentes. A violência vibra tão intensamente quanto no antigo sistema escravocrata. Atualmente, também são executados castigos, agressões e até homicídios, com a finalidade de disciplinar o escravo rebelde e também os demais em uma verdadeira ameaça indireta.

No Brasil, a triste tradição de escravização dos trabalhadores por estar mais ligada à área rural, notadamente nos lugares de difícil acesso, tais como a Amazônia e os Cerrados do centro do País, faz com que sobre tais locais se concentrem e direcionem as ações governamentais e de organismos não governamentais visando à erradicação das práticas abomináveis.

No entanto, vêm sendo detectados casos de escravidão urbana, notadamente na capital de São Paulo, envolvendo estrangeiros e imigrantes ilegais, não se dispondo, no entanto, de dados estatísticos ou mesmo de estratégias consolidadas para combater a grave irregularidade.

Quanto à exploração infantil, sabe-se que encontra-se em pleno crescimento, segundo o Ministério do Trabalho e Emprego. Grandes empresas utilizam os menores mediante subcontratações em países não desenvolvidos ou subdesenvolvidos, com a finalidade de baratear suas mercadorias. É a poderosa economia de mercado do mundo globalizado levando crianças à escravidão. Mais chocante ainda é a exploração sexual infantil para a prostituição forçada, ou seja, a escravidão sexual infantil, a qual estudaremos mais adiante.

O trabalho escravo contemporâneo é uma realidade cruel que ainda assola o País, mostrando pessoas privadas de sua liberdade de diversos modos. Vale ressaltar que aquele que escraviza não os priva apenas da liberdade, mas também não respeita direitos mínimos para manter a dignidade humana dos trabalhadores, que, por diversas vezes, são encontrados em condições piores que a dos escravos no período colonial. Dois aspectos são centrais: é um trabalho ou serviço imposto sob ameaça de punição e é executado involuntariamente. No confronto com a realidade, esse conceito adquire complexidade: “uma ameaça de punição pode assumir múltiplas e diferentes formas”. (OIT, 2005, p. 5).

Pode assumir formas extremas de violência, confinamento ou ameaça de morte, até formas mais sutis, por exemplo, a perda de direitos e privilégios. Também é salientado que a questão do consentimento deve ser problematizada, pois muitas situações de trabalho forçado podem iniciar-se com o livre engajamento do trabalhador ou trabalhadora, a perda de liberdade se revelando apenas posteriormente, por meio de coerções legais, físicas ou psicológicas que impedem o rompimento da relação de trabalho. É salientado, ainda, que a situação de trabalho forçado não é definida pela natureza da atividade desenvolvida ou mesmo por sua legalidade ou ilegalidade. O elemento definidor da situação de trabalho forçado é a natureza da relação do trabalhador ou trabalhadora com o “empregador”.

Os mesmos documentos oficiais destacam que o conceito de trabalho forçado engloba a exploração sexual comercial e a prostituição forçada. O Relatório Global de 2005 utiliza a expressão exploração sexual comercial para denominar situações nas quais mulheres ou homens entram, de forma involuntária, na prostituição ou em outras formas de atividade sexual comercial, ou entram na prostituição por vontade própria, mas não podem abandoná-la.

A expressão também é utilizada para todos os casos em que crianças e adolescentes exercem atividades sexuais comerciais. No caso da exploração sexual comercial de pessoas adultas também se utiliza a expressão prostituição forçada, no intuito de marcar a diferença com as situações de prostituição voluntária. O mesmo não ocorre com crianças adolescentes, pois há o entendimento que, como pessoas ainda em processo de formação, estes/as não poderiam optar voluntariamente pelo exercício da prostituição. Nesse sentido, utiliza-se sempre a expressão exploração sexual.

É importante salientar que ambas as manifestações de trabalho forçado (“tradicionais” e “novas”) colocam uma série de desafios à utilização do conceito. Em suas formas “tradicionais”, abordar a questão do trabalho forçado significa confrontar/questionar, inclusive, desnaturalizar estruturas profundamente arraigadas e, muitas vezes, justificadas pela tradição. Em suas “novas” manifestações, principalmente aquelas relacionadas aos fluxos migratórios internacionais, falar em trabalho forçado significa abordar questões muitas vezes estruturais da organização do mercado de trabalho, relações entre oferta de empregos e demanda de mão de obra, busca por melhores condições de vida, tendências de levantamento de barreiras à migração e o tráfico de pessoas.

#### **A) Classificações do Trabalho Forçado.**

As situações de trabalho forçado são classificadas em três tipos que possuem características e dinâmicas próprias.

**O primeiro é o trabalho forçado imposto pelo Estado.** De acordo com levantamentos feitos pela OIT no mundo, esse tipo de trabalho forçado se manifesta principalmente na forma de trabalho imposto por militares – exercido compulsoriamente em prisões (sejam elas caracterizadas como campos de trabalho

forçado ou penitenciárias) – e a participação, também compulsória, na execução de obras públicas.

**O segundo é o trabalho forçado imposto por agentes privados para exploração sexual comercial.** Neste tipo são incluídas situações em que mulheres e homens ingressam involuntariamente na prostituição ou em outras formas de atividades sexuais comerciais ou que ingressam voluntariamente e não podem deixá-la. Aqui são incluídas também todas as situações de exploração sexual comercial de crianças e adolescentes.

**O terceiro diz respeito às demais formas de trabalho forçado imposto por agentes privados que não a exploração sexual.** Manifestações deste terceiro tipo podem ser encontradas no trabalho em regime de servidão, trabalho forçado doméstico ou trabalho forçado na agricultura. Nos dois últimos grupos pode haver, de forma mais evidente, situações de tráfico de pessoas.

A produção de estimativas confiáveis sobre quais as modalidades de trabalho forçado predominam no mundo ainda é um desafio a ser enfrentado.

Porém, em um esforço de apresentar alguns dados metodologicamente testados, a OIT demonstrou que situações de trabalho forçado estão presentes em todos os continentes e são, em grande medida, impostas por agentes privados.

### **3 O PROTOCOLO DE PALERMO E A PROBLEMÁTICA DA “INDEFINIÇÃO” DO CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS**

O tráfico de seres humanos está na agenda de discussões internacionais entre governos, Organizações Não Governamentais (ONG's) e pesquisadores. Nesse debate, o problema do tráfico perpassa temas que a ele se ligam, como, por exemplo, os fluxos migratórios atuais, que são abordados sob diferentes perspectivas, como a necessidade de proteção das fronteiras, o enrijecimento da legislação migratória e o combate à imigração ilegal, a proteção das pessoas traficadas; bem como o trabalho escravo e a efetivação dos direitos humanos.

As definições de tráfico são tão instáveis quanto ao número de suas vítimas. Segundo Chapkis (2003), em alguns relatórios, todos os imigrantes não

documentados, que são detidos nas fronteiras, são contados como se estivessem sendo traficados. Outros documentos se referem ao tráfico envolvendo exclusivamente vítimas da exploração sexual. Desta feita, em alguns exemplos, todos os imigrantes trabalhadores sexuais são definidos como vítimas de tráfico, sem levar em consideração suas condições de trabalho, por exemplo e, em outros casos, são enfatizadas, apenas, as condições abusivas de trabalho ou o recrutamento enganoso para a indústria do sexo.

Percebe-se, outrossim, que um dos grandes problemas no estudo do tráfico de seres humanos, encontra-se na perspectiva sob o qual é avaliado. Se visto apenas sob um foco, sem a ele serem conexas todas as suas inter-relações o estudo será, por demais, simplista.

Em Dezembro de 2000, foi aberta para ratificação, na cidade de Palermo, Itália, a Convenção contra o Crime Organizado Transnacional, objetivando prevenir e combater delitos transnacionais cometidos por grupos organizados, e adicionais a esta, dois Protocolos, um versando sobre tráfico de seres humanos e outro sobre o contrabando de imigrantes.

Em 2004 o Brasil ratificou o Protocolo das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição ao Tráfico de Pessoas, especialmente Mulheres e Crianças. No ano seguinte, promulgou a Lei 11.106 de 28 de março, que modificou o Código Penal, transformando o tráfico internacional de mulheres em tráfico internacional de pessoas e incluindo um novo tipo penal: o tráfico interno de pessoas.

O Protocolo das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição ao Tráfico de Pessoas, especialmente Mulheres e Crianças, é o atual documento da Organização das Nações Unidas a tratar do tráfico de seres humanos. Em comparação aos documentos internacionais anteriores que abordaram esse tema, o Protocolo de Palermo, como também é conhecido, destaca-se por apresentar a primeira definição desse delito em seu art. 3º.

A definição apresentada pelo Protocolo de Palermo trouxe importantes avanços. Inicialmente, é importante destacar que o documento faz referência ao tráfico de pessoas, e não mais apenas de mulheres, como se observa nos

anteriores. Essa mudança demonstra a ideia que se tem de que tanto homens como mulheres podem ser traficados.

Ademais, o tráfico é definido como um processo que ocorre em várias etapas distintas, conforme se depreende da leitura do artigo 3º, a. Esse processo inclui o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoa, utilizando-se de qualquer dos meios coercitivos descritos, que podem ocorrer de diversas formas, envolvendo várias pessoas em suas diferentes etapas, tendo a exploração como finalidade.

Essa mudança é importante porque o tráfico de pessoas pode ocorrer para a exploração de alguém em diversos setores, não apenas na prostituição. Assim, segundo o Protocolo, a exploração poderá ser a exploração da prostituição de alguém ou outra forma de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, a escravidão ou práticas similares à escravidão, a servidão ou a remoção de órgãos.

Outrossim, faz referência a diversos artifícios que podem ser utilizados para realizar o delito, como a ameaça, o uso da força, ou outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou a situação de vulnerabilidade, a aceitação de pagamento ou benefício para obter o consentimento de alguém que possui autoridade sobre outrem. Estes meios fraudulentos, quando presentes, tornam o consentimento porventura dado anteriormente pela vítima completamente irrelevante.

Quando se trata de tráfico de crianças, considerado como aquele ocorrido com menores de 18 anos, as ocorrências de qualquer uma das condutas que fazem parte do processo do tráfico de pessoas, independentemente da existência dos meios fraudulentos, configurará tráfico de seres humanos.

Apesar das ONG's que participaram da elaboração do Protocolo terem enfatizado a necessidade de previsão de medidas efetivas que protegessem e assistissem as pessoas traficadas, acabaram perdendo forças em razão do debate sobre o conceito de tráfico de pessoas, o que deu espaço para os representantes governamentais defenderem os interesses de seus Estados em face à proteção das fronteiras, ao controle de documentos e extradição dos imigrantes ilegais ou irregulares, sejam eles vítimas de tráfico ou não. Por esta razão, as medidas acerca

da fiscalização das fronteiras e dos documentos, são bem mais rigorosas do que a proteção das vítimas do tráfico.

#### 4 A EXPLORAÇÃO SEXUAL DE MULHERES E CRIANÇAS

O tráfico internacional de mulheres para o exercício da prostituição tem preocupado a sociedade ocidental cristã desde o final do século XVIII. Em 1885 realizou-se em Paris um Congresso Penitenciário onde se afirmou a necessidade de ações repressivas conjuntas contra o tráfico de mulheres.

Em 1899 realizou-se em Londres um Congresso sobre o tráfico de escravas brancas. A Convenção de Paris, em 1902, revelou ao mundo a insurgência contra o tráfico de “escravas brancas”, culminando por ser outorgada à Sociedade das Nações autoridade para reprimir penalmente o tráfico de mulheres.

Com o surgimento da Organização das Nações Unidas, a cooperação internacional contra o tráfico de mulheres foi sintetizada e sistematizada na Convenção Contra o Tráfico de Pessoas e Lenocínio, em *Lake Success*, Nova Iorque, no ano de 1950, sendo regulamentada pelo Decreto Legislativo Brasileiro nº 6, de 12.6.1958.

O Pacto de São José da Costa Rica, em seu item 6.1, também reafirma o compromisso das Américas com a defesa dos Direitos Humanos e com a repressão do tráfico internacional de mulheres para a prostituição.

Alguns estudos têm buscado construir uma abordagem do ponto de vista do mercado de trabalho, procurando estabelecer uma diferenciação bastante clara entre a exploração sexual comercial de crianças e adolescentes e a prostituição forçada de pessoas adultas de situações nas quais a prostituição é exercida de forma voluntária.

Em estudo publicado em 1998, reunindo pesquisas realizadas em quatro países do sudeste da Ásia – Indonésia, Malásia, Filipinas e Tailândia – a autora Lin Lean Lim destaca que a prostituição possui uma certa proporção nesses países que justifica falar em um *commercial sex sector* integrado com a vida econômica, social e política dos países.

Em uma rápida caracterização, a autora destaca que o *business sex* vem assumindo as dimensões de uma indústria que, direta ou indiretamente, contribui de maneira significativa para o emprego, a renda nacional e o crescimento econômico dos países. Esse setor tem uma estrutura organizacional complexa e diversificada, envolvendo um número crescente de interesses e de redes de interdependência. As prostitutas são na sua maioria mulheres, e a autora também observa a presença de homens homossexuais e heterossexuais no setor (os transexuais não aparecem nessa análise).

A exploração sexual comercial envolve, primordialmente, meninas, observando-se também o crescimento do envolvimento de meninos. O setor é caracterizado, em geral, pela exploração econômica e a corrupção, frequentemente em conexão com o crime organizado. Não é reconhecido como um setor econômico nas estatísticas oficiais e nos planos e orçamentos nacionais.

A primeira pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual Comercial, no Brasil, apresentada em 20 de junho de 2002, no Ministério da Justiça, em um trabalho coordenado pelo Centro de Referência, Estudos e Ações sobre Crianças e Adolescentes (CECRIA), em parceria com a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos e com o Instituto Internacional de Leis e Direitos Humanos da DePaul College de Chicago/EUA, com apoio financeiro da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização dos Estados Americanos (OEA), revelou que o perfil das vítimas do tráfico de seres humanos no Brasil é de mulheres, negras, na faixa etária de 15 a 25 anos, vindas das classes baixas, com baixa escolaridade, trabalho mal remunerado, que já sofreram algum tipo de violência.

O estado de Goiás é o que tem o problema em maior gravidade, mas também apresentam escravidão sexual os estados do Maranhão, Pará, Roraima e Amazonas. A pesquisa mostra, ainda, que 59% dos aliciadores são homens, sendo no total 161 pessoas responsáveis pelo tráfico, onde 109 são brasileiros e 52 estrangeiros. A rota estrangeira inclui países como Espanha, Holanda, Venezuela, Portugal, Japão e Alemanha (LEAL; LEAL, 2002).<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Disponível em: <[http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/exposicoes/sociedade/publicacoes/cecria/pesquisa\\_trafico.PDF](http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/exposicoes/sociedade/publicacoes/cecria/pesquisa_trafico.PDF)>. Acesso em: 14 maio 2010.

Uma em cada seis jovens traficadas no mundo é brasileira, e ainda, o Brasil é o maior exportador de mulheres da América do Sul e o terceiro, mundialmente. (GAILWITCH, 2001)

Embora a legislação brasileira estabeleça a igualdade formal entre homens e mulheres, é possível constatar diferenças e desigualdades sociais entre os dois gêneros.

No ponto mais baixo da escala social estão as mulheres pertencentes às camadas populares pobres, de sociedades patriarcais, marcadas por um histórico de dominação masculina intocável. É dessas camadas populares que surge o drama das mulheres levadas para o mercado clandestino da prostituição feminina e do tráfico de seres humanos com fins de exploração sexual.

De acordo com a OIT, a pobreza é fator determinante da prática do crime de tráfico de seres humanos, uma vez que tornam as vítimas vulneráveis aos traficantes por falta de meios de sobrevivência. (OIT, 2006, p. 15) Não é por acaso que as rotas do tráfico geralmente se dão de um país subdesenvolvido rumo a um país desenvolvido. Aponta o Centro de Referências, Estudo e Ações sobre Crianças e Adolescentes – CECRIA que a pobreza não constitui apenas um aspecto de exclusão social, mas coopera para a submissão à prostituição.

A maioria das mulheres traficadas seriam de regiões do Leste Europeu, Rússia, Ucrânia, Albânia, Kosovo, República Tcheca e Polônia), “mas também do Sudeste Asiático (Filipinas e Tailândia), África (Gana, Nigéria e Marrocos) e América Latina, especialmente Brasil, Colômbia, Equador e República Dominicana.” (OIT, 2005, p. 13)

Em relação à pobreza, o Relatório da OIT (2005, p. 15-16) considera que não seria o único fator determinante da entrada das vítimas nesse tipo de exploração, mas sim um dos mais importantes, ao afirmar “A pobreza faz com que as pessoas se submetam às ações dos traficantes por força da necessidade de sobrevivência, em razão da falta de perspectivas de vida futura.” Cita, ainda, a ausência de oportunidades de trabalho, a discriminação de gênero, a instabilidade política, econômica e civil em regiões de conflito, violência doméstica e emigração ilegal.

Por fim, as regiões que apresentam maiores índices de desigualdades sociais são aquelas que mais exportam mulheres e adolescentes para tráfico doméstico e internacional, o que evidencia a mobilidade de mulheres e adolescentes nas fronteiras nacionais e internacionais, configurando o tráfico como um fenômeno nacional e transnacional, indissociavelmente relacionado com o processo de migração, discutido anteriormente.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tráfico de pessoas tem suas raízes no modelo de desenvolvimento desigual do mundo capitalista globalizado e do colapso do Estado, não só do ponto de vista ético, mas, sobretudo pela diminuição do seu potencial de atenção à questão social.

O enfrentamento desta realidade é, sobretudo, uma questão de redefinição da correlação de forças existentes dentro dos Estados Nações e entre os blocos econômicos hegemônicos (países do Norte e da Europa) e os blocos econômicos dos países da América Central, sul-Americanos e Africanos, numa perspectiva de mudança na concepção de proteção das leis de mercado entre esses blocos. Também, é importante discutir o pagamento da dívida externa dos países pobres para restaurar o poder social do Estado, por meio da ampliação do acesso da população às Políticas Públicas, alinhando as estratégias globais neste setor.

Importante, também, objetivar novas condições de inclusão da massa de trabalhadores(as) no mercado de trabalho, na perspectiva de resgatar direitos perdidos e fortalecer novos contratos sociais que desmobilizem a lógica da exploração da força de trabalho em todas as suas expressões, buscando-se reverter a trajetória da maioria desses trabalhadores, que, até hoje se constitui em experiências recorrentes de precarização da força de trabalho, seja no mercado formal ou informal ou no mercado do crime organizado. Sob condição de exploração e alienação, essas pessoas tornam-se presas fáceis para as diversas redes de tráfico e exploração de sua força de trabalho.

Deve-se, ainda, avaliar acordos bilaterais e multilaterais já existentes, voltando-se a ofensiva à pobreza, às desigualdades sociais e às diversidades culturais para globalizar direitos, cidadania, desenvolvimento e crescimento para todos.

Nesta perspectiva, este estudo lançou mão, *a priori*, de quatro categorias analíticas que tinham como objetivo explicar, grosso modo, as razões que determinam o tráfico de pessoas na sociedade capitalista: mercado, trabalho, exploração, alienação. Essas categorias não devem ser vistas como uma camisa de força, mas como um meio de aprofundar e desvendar outras categorias decorrentes destas, como por exemplo, a migração.

Esse enfoque desloca a compreensão do fenômeno, antes centrada na relação vítima/opressor, para a de sujeito portador de direitos, o que permite desmistificar, nas análises e enfrentamento da questão, a hegemônica concepção mecanicista do discurso repressivo, moralista e vitimizador. Trabalha-se o referencial dos direitos humanos, afirmando-o como marco orientador da explicitação e do enfrentamento do tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial.

Na medida em que vai se descortinando a realidade complexa e multifacetada das questões sociais apresentadas, mitos vão sendo derrubados e novas questões são postas para serem desafiadas no campo do conhecimento e das intervenções.

Neste contexto, a pesquisa social tem um papel importante e desafiador porque, ao tempo em que revela novos achados, aponta as contradições e esse movimento provoca mudanças significativas nos sujeitos tanto na sua forma de conceber, como de perceber e intervir na realidade social.

Desse modo, apesar de ser um desafio dar continuidade às pesquisas sobre o tráfico de pessoas, é fundamental que novas pesquisas sejam desenvolvidas no sentido de possibilitar o acompanhamento do processo de transformação deste fenômeno em âmbito transnacional, o que só será possível com o aprofundamento do conhecimento existente.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 6.1. ALMEIDA TELES, Maria Amélia de. Imigrantes bolivianas em São Paulo: a dupla invisibilidade. In: SPM-IRLS. **No Somos Estranjeros...** São Paulo: Expressão Popular, 2008.
- 6.2. AUSSERER, Caroline. **Controle em nome da proteção**: Análise crítica dos discursos sobre o tráfico internacional de pessoas. Dissertação de mestrado. Instituto de Relações Internacionais. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2007.
- 6.3. Autos n. 2003.41.00.003385-5 (Justiça Pública **vs.** José Carlos de Souza Barbeiro [fazendeiro] e Lídio dos Santos Braga [agricultor]). 3ª Vara Federal de Rondônia.
- 6.4. Material Complementar. Principais rotas do tráfico de seres humanos. **DHNET**. <[http://www.dhnet.org.br/direitos/novosdireitos/traficoseres/principais\\_rotas\\_trafico\\_pessoas.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/novosdireitos/traficoseres/principais_rotas_trafico_pessoas.pdf)>. Acesso em: 12 abr. 2010.
- 6.5. BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do trabalho decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Org.). **Trabalho escravo contemporâneo**: o desafio de superar a negação. São Paulo: LTr, 2006, p.126.
- 6.6. CARDOSO, Fernando Henrique. Coluna Entrevista. O país do futuro já está aqui. **Revista Época**. São Paulo, SP. Ed. 575, 25 maio 2009, p.71-74.
- 6.7. CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Em busca de uma definição jurídico-penal de trabalho escravo. In: Comissão Pastoral da Terra (Org.). **Trabalho escravo no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Loyola, 1999.
- 6.8. CHAPKIS, Wen dy. Trafficking, migration, and the law. Protecting innocents, punishing immigrants. In: **Gender & Society**. V. 17. Nº. 6. Sage Publications, 2003, p. 923-937. Disponível para compra em: <<http://gas.sagepub.com/cgi/reprint/17/6/923>>. Acesso em: 14 maio 2010.
- 6.9. CWIKEL, Julie e HOBAN, Elizabeth. Contentious Issues in Research on Trafficked Women Working in the Sex Industry: Study Design, Ethics, and Methodology. **The Journal of Sex Research**. Nº 42, 2005, pp. 306-316.
- 6.10. DITMORE, Melissa; WIJERS, Marjan. **The negotiations on the UN Protocol on trafficking in persons**. Nº 4. Utrecht: Nemesis. 2003, pp. 79-88. Disponível em: <[http://www.childtrafficking.com/Docs/ditmor\\_1\\_5.pdf](http://www.childtrafficking.com/Docs/ditmor_1_5.pdf)>. Acesso em: 14 maio 2010.
- 6.11. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de organismos internacionales y europeos. 2001. In: **Política criminal, derechos humanos y sistemas jurídicos en el siglo XXI - volumen de homenaje al prof. Dr. Pedro R. David en su 72 aniversario (21/7/1929)**. Buenos Aires: Depalma, 2001, p. 253.
- 6.12. DOEZEMA, Jo., Loose Women or Lost Women? The Re-Emergence of the Myth of "White Slavery" in Contemporary Discourses of "Trafficking". In: **Gender Issue 18**. 2000, pp. 23-50. Disponível em: <<http://www.walnet.org/csis/papers/doezema-loose.html>>. Acesso em: 14 maio 2010.
- 6.13. FAVA, Marcos Neves. **Lista do DEOPS, lista suja, lista de Schindler, lista da OAB-SP**. Seção Artigos. Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA). Brasília, 2006. Disponível em: <<http://ww1.anamatra.org.br/>>. Acesso em: 21 mar. 2010.
- 6.14. GAILEWICHT, Mônica. Mulheres para Exportação. **Revista Cláudia**. São Paulo: Abril, 2001;
- 6.15. GARCHAGEN, Sérgio. Como retirar dezenas de milhões da extrema pobreza. Desigualdade. Revista Desafios do desenvolvimento. **IPEA**. 2007. Disponível em: <[http://desafios2.ipea.gov.br/003/00301009.jsp?ttCD\\_CHAVE=3009](http://desafios2.ipea.gov.br/003/00301009.jsp?ttCD_CHAVE=3009)>. Acesso em: 18 maio 2010.
- 6.16. GARCÍA DE PAZ, Isabel Sánchez. Inmigración ilegal y tráfico de seres humanos para su explotación laboral o sexual. In: DIEGO DÍAZ-SANTOS, María Rosario; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (Org.). **El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad**. Madrid: Colex, 2003, p.113-137.

- 6.17. JANUZZI, Anapaula; PASCUAL, Alejandra. **Violências não visíveis por trás do silêncio: proteção da mulher e projetos de vida deteriorados.** PIBIC/UnB. Brasília: Universidade de Brasília, 2005.
- 6.18. JESUS, Damásio Evangelista de. **Tráfico internacional de mulheres e crianças - Brasil: aspectos regionais e nacionais.** São Paulo: Saraiva, 2003.
- 6.19. LEAL, Maria Lúcia P.; LEAL, Maria de Fátima(org.). **Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual Comercial – PESTRAF.** Brasília: CECRIA, 2002. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/exposicoes/sociedade/publicacoes/cecria/pesquisa\\_trafico.PDF](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/exposicoes/sociedade/publicacoes/cecria/pesquisa_trafico.PDF)>. Acesso em: 14 maio 2010.
- 6.20. LIM, Lin Lean. **The sex sector: The economic and social bases of prostitution in Southeast Asia.** Geneva: OIT, 1998;
- 6.21. OIT. **Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual. – Trata de personas para fines de explotación sexual.** 2. ed. Brasília: OIT, 2006.
- 6.22. \_\_\_\_\_. **Global Employment Trends: January 2008.** Geneva: ILO, 2008. Disponível em: <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms\\_090106.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_090106.pdf)>. Acesso em: 12 abr. 2010.
- 6.23. \_\_\_\_\_. Uma aliança global contra o trabalho forçado. **Relatório Global do seguimento da Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho - 2005.** Relatório I (B). Conferência Internacional do Trabalho, 93ª Reunião. Genebra: Secretaria Internacional do Trabalho, 2005. Disponível em: <[http://www.reporterbrasil.com.br/documentos/relatorio\\_global2005.pdf](http://www.reporterbrasil.com.br/documentos/relatorio_global2005.pdf)>. Acesso em: 14 abr. 2010.
- 6.24. QUAGLIA, Giovanni. Tráfico de pessoas, um panorama histórico e mundial. In: BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça (Org.). **Política nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas.** Brasília: SNJ, 2. ed., 2008.
- 6.25. RIBEIRO, Darcy. A invenção do Brasil. In: **A fundação do Brasil: testemunhos, 1500-1700.** Org. Darcy Ribeiro e Carlos de Araújo Moreira Neto. p. 15-61. Petrópolis: Vozes, 1992;
- 6.26. SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Trabalho escravo: a abolição necessária: uma análise da efetividade e da eficácia das políticas de combate à escravidão contemporânea no Brasil.** São Paulo: LTr, 2008.
- 6.27. SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. **Trabalho Escravo no Brasil.** São Paulo: LTr, 2001.
- 6.28. WEITZER, Ronald. The Social Construction of Sex Trafficking: Ideology and Institutionalization of a Moral Crusade. In: **Politics Society.** Vol. 35. Nº 3. Sage Publications, 2007, pp. 447-475. Disponível para compra em: <<http://pas.sagepub.com/cgi/reprint/35/3/447>>. Acesso em: 14 maio 2010.

# O MAU FUNCIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO COMO EMPECILHO AO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO BRASILEIRO<sup>1</sup>

THE BAD OPERATION OF THE JUDICIARY  
AS A HANDICAP TO THE BRAZILIAN ECONOMIC DEVELOPMENT

Micheli Pereira<sup>2</sup>

## Resumo:

O presente artigo propõe uma reflexão a respeito da repercussão econômica do mau funcionamento do Poder Judiciário. Parte-se da concepção dos empresários de que o Judiciário que funciona bem é aquele que age de forma eficiente, imparcial e pouco custosa. Os dados das pesquisas de Armando Castelar Pinheiro e Maria Teresa Sadek demonstram que tanto os empresários como os magistrados estão de acordo com o fato de que os problemas da morosidade da justiça e seus altos custos afetam o crescimento econômico do país. Contudo, quanto ao tema da 'imprevisibilidade' das decisões judiciais há a divergência de entendimento entre ambos. De um lado, os empresários entendem que a justiça buscada pelos juízes em um primeiro momento pode não ser alcançada em um segundo momento. De outro lado, os magistrados entendem que é preciso ter o comprometimento com a *justiça social*. Analisam-se como esses discursos podem ser integrados, o que se faz a partir da perspectiva do desenvolvimento.

**Palavras-chave:** Poder Judiciário. Morosidade da Justiça. Imprevisibilidade. Custos. Desenvolvimento.

## Abstract:

This article proposes a reflection on the economic repercussions of the bad operation of the Judiciary. It starts with the design of the businessmen that the judiciary that works well is that acting in an efficient, impartial and less costly. Survey data from Castelar Armando Pinheiro and Maria Teresa Sadek show that both the business and the magistrates are in agreement with the fact that the problems of inefficiencies in the judiciary and their high costs affect the country's economic growth. However, on the theme of 'unpredictability' of judicial decisions is the divergence of understanding between them. On one hand, entrepreneurs

<sup>1</sup> Artigo recebido em: 27/09/2010. Pareceres emitidos em: 06/11/2010 e 12/01/2011. Aceito para publicação em: 14/01/2011.

<sup>2</sup> Advogada e Mestranda em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. *E-mail:* michelipereira2003@yahoo.com.br.

believe that the justice sought by the judges at first can not be achieved in a second time. On the other hand, the magistrates believe that you must have the commitment to 'social justice'. It examines how these discourses can be integrated, what is done from the perspective of development.

**Keywords:** Judiciary. Justice-Slowness Unpredictability. Costs. Development.

**Sumário:** I. Introdução; II. O Mau Funcionamento do Poder Judiciário Omo Empecilho ao Desenvolvimento Econômico – Localização do Problema; III. O Mau Funcionamento da Justiça e seus Reflexos Econômicos – Pesquisas sobre a Visão dos Empresários e Magistrados; III.1. Estudos de Armando Castelar Pinheiro – A Opinião dos Empresários sobre o Mau Funcionamento da Justiça em Números; III. 2. Estudos de Maria Teresa Sadek: A Opinião dos Magistrados sobre o Funcionamento da Justiça – Concordâncias e Divergências; IV. Tensão entre Interesses Econômicos e Justiça Distributiva: É Possível Conciliar esses Interesses?; V. Considerações Finais; VI. Referências Bibliográficas; VII. Anexos.

## I INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é propor uma reflexão a respeito da repercussão econômica do mau funcionamento do Poder Judiciário. Parte-se da concepção dos empresários de que o Judiciário que funciona bem é aquele que age de forma eficiente, imparcial e pouco custosa, e, via de consequência, o Judiciário que funciona mal é aquele que não atende a estes quesitos. São analisadas as pesquisas de Armando Castelar Pinheiro, as quais apresentam em números os reflexos econômicos do mau funcionamento do Poder Judiciário, a partir de informações prestadas pelos empresários; bem como as pesquisas de Maria Teresa Sadek, as quais apresentam a opinião dos magistrados sobre o tema, revelando convergências e discordâncias.

O cotejo dos dados demonstra que tanto os empresários como os magistrados estão de acordo com o fato de que os problemas da morosidade da justiça e seus altos custos afetam o crescimento econômico do país, contudo, discordam quanto ao tema da *imprevisibilidade* das decisões judiciais. Destacam os empresários que a justiça buscada pelos juízes em um primeiro momento pode não ser alcançada em um segundo momento. Por outro lado, a maioria dos juízes entende que é mais importante o compromisso com a *justiça social* do que com a análise econômica das decisões. Estabelece-se, por assim dizer, uma tensão entre os interesses

econômicos e o papel garantista do Poder Judiciário. Buscaremos analisar o tema, através de uma aproximação entre estes dois interesses, de modo a localizar a questão a partir da concepção do *desenvolvimento*, o qual abarca não apenas o *crescimento econômico* de uma dada nação, mas também a expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam.

## I O MAU FUNCIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO COMO EMPECILHO AO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – LOCALIZAÇÃO DO PROBLEMA

Antes de estudar os reflexos econômicos causados por um Judiciário que funciona mal, é preciso saber as características de um bom Judiciário, a fim de que possamos localizar a discussão. Para tanto, é possível considerar a visão de Armando Castelar Pinheiro, a qual reflete a opinião do empresariado e dos economistas sobre o tema: “um sistema que funciona bem deve ostentar quatro propriedades: baixo custo e decisões justas, rápidas e previsíveis, em termos de conteúdo e de prazo” (PINHEIRO, 2008, p. 25), ou seja, a morosidade da justiça, os custos de acesso, e a imprevisibilidade das decisões judiciais constituem empecilhos ao crescimento econômico do país. Sob este ponto de vista, o Judiciário que funciona mal é aquele que não preenche estes requisitos, e justamente por esta razão prejudica seriamente a economia, sendo indispensável ao desenvolvimento do país um Judiciário célere, imparcial, e menos custoso.

Quanto à questão da morosidade da justiça, sabe-se que os empresários têm uma relação ambígua com este fator de análise, porquanto, por vezes, consideram que a morosidade atrapalha o desenvolvimento de suas atividades empresariais, e, outras vezes, entendem que a morosidade auxilia a adiar o cumprimento de determinadas obrigações, beneficiando assim suas atividades. Consoante destaca Castelar Pinheiro, essa prática é “muito frequente na área tributária, particularmente na esfera federal. Ela também é frequente em causas envolvendo empréstimos, aluguéis e disputas comerciais e trabalhistas. (...) em particular, para 75% dos juízes, essa é uma atitude muito frequente de parte da União” (PINHEIRO, 2005, p. 253).

Quanto às causas da morosidade, os problemas mais apontados pelos magistrados são a insuficiência de recursos (humanos e materiais); a deficiência na

legislação, especialmente na processual civil; o formalismo processual exagerado; o excesso de recursos, e, ainda, a forma de atuação dos advogados. (PINHEIRO, 2005, p. 255).

Sabe-se que a demora por se alcançar uma decisão jurisdicional em uma determinada situação é uma espécie de incentivo para que a parte faltosa opte por iniciar um processo judicial, e, contribuindo, dessa maneira para um acúmulo ainda maior de demandas no Judiciário. Por outro lado, é facilmente constatável que a parte *correta* em uma determinada situação é desincentivada a recorrer aos tribunais, mesmo tendo uma alta probabilidade de ganhar a causa (PINHEIRO, 2000, p. 30).

No que se refere às custas de acesso, sob a ótica dos empresários, estas também constituem um problema ao mau funcionamento da justiça e podem gerar uma determinada repulsa do jurisdicionado. Pode-se dividir as custas em econômicas e não econômicas, sendo que as econômicas referem-se às custas judiciais, aos honorários advocatícios, aos honorários periciais, despesas de deslocamento, falta no trabalho, etc.; e as não econômicas àquelas que dizem respeito ao “desgaste psicológico provocado pelo conflito, pela necessidade de frequentar o ambiente da justiça, expor sua vida pessoal ao juízo de terceiros, expor e se expor à verdade e até à mentira e tudo isso com o gravame de esperar pela demora do processo” (SILVEIRA, 2007, p. 72).

Quanto ao tema da imparcialidade, os empresários entendem que a *norma* deve dar ao indivíduo a possibilidade de calcular as consequências de suas ações, já que, na economia, a segurança jurídica demanda que as *regras do jogo* sejam claras e estáveis. A insegurança jurídica traz maior risco às relações jurídicas e econômicas, pois “as bases em que estas se calcam ficam mais instáveis, seus efeitos mais difíceis de prever, e seus custos e benefícios mais complicados de calcular” (PINHEIRO, 2006, p. 192). Sob este aspecto, a imparcialidade desestimula o investimento, a produtividade e, via de consequência, o crescimento econômico, fazendo com que investidores realizem transações em jurisdições onde a segurança jurídica seja maior (PINHEIRO, 2006, p. 194).

Para Castelar, as decisões judiciais têm uma repercussão econômica, a qual os magistrados deveriam compreender melhor. Especialmente no que toca à

imparcialidade das decisões judiciais, a justiça que os juízes buscam em um primeiro momento pode não ser alcançada em um segundo momento, já que os agentes econômicos são regidos, dentre outras coisas, pelos sinais dados e à forma de decidir dos magistrados. Sob esta perspectiva, os juízes estariam colaborando para aumentar o desemprego, a informalidade, a taxa de juros, a diminuir o número de imóveis para aluguel, etc.<sup>3</sup>.

Para os empresários, a *justiça social* não deve ser buscada por intermédio do Judiciário, mas “essencialmente através da redistribuição da receita de impostos, notadamente através das políticas públicas nas áreas de educação, saúde, habitação etc.” (PINHEIRO, 2008, p. 43), ou seja, não é papel do Poder Judiciário promover justiça social por meio de uma conduta de não neutralidade, pois, agindo assim, estaria apenas prejudicando a economia, desrespeitando contratos, aumentando riscos nas transações econômicas e introduzindo prêmios de riscos que reduzem salários, aumentam juros, burocracias e preços em geral (PINHEIRO, 2008, p. 44).

A preocupação com a morosidade da justiça e com a imprevisibilidade das decisões judiciais também é partilhada pelo Banco Mundial, o qual constou no documento técnico nº 319, intitulado ‘O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe – Elementos para reforma’, de autoria de Maria Dakolias, que o Judiciário deve agir de forma previsível e eficiente, uma vez que a sua má atuação reflete diretamente na economia do país, desestimulando transações comerciais, adicionando-lhes riscos e custos, assim como reduzindo o tamanho do mercado, e, conseqüentemente, sua competitividade, veja-se:

A reforma econômica requer um bom funcionamento do judiciário o qual deve interpretar e aplicar as leis e normas de forma previsível e eficiente.

---

<sup>3</sup> “(...) também é importante que os juízes entendam melhor a repercussão econômica de suas decisões. Em particular, que quando eles buscam a justiça social estão mandando sinais e afetando expectativas e comportamentos dos agentes econômicos em geral, no Brasil e no exterior. Assim, precisam entender que aquela justiça que eles buscam pode, num segundo momento, não se verificar, pois os agentes econômicos adaptam-se à forma de decidir do magistrado. Uma justiça que busca privilegiar o trabalhador acaba diminuindo o nível de emprego e aumentando a informalidade. O juiz que favorece os inquilinos diminui o número de imóveis disponíveis para aluguel. O magistrado que beneficia pequenos credores estará em um segundo momento aumentando os juros que lhes são cobrados ou mesmo alijando-se do mercado de crédito. Ainda que a capacidade de reação dos agentes possa ser pequena no curto prazo, ela é razoavelmente alta em prazos mais longos” (PINHEIRO, 2008, p. 40-41).

Com a emergência da abertura dos mercados aumenta a necessidade de um sistema jurídico. Com a transição de uma economia familiar - que não se baseava em leis e mecanismos formais para resolução de conflitos - para um aumento nas transações entre atores desconhecidos cria-se a necessidade de maneiras de resolução de conflitos de modo formal. As novas relações comerciais demandam decisões imparciais com a maior participação de instituições formais. Todavia, o atual sistema jurídico é incapaz de satisfazer esta demanda, forçando, conseqüentemente, as partes a continuar dependendo de mecanismos informais, relações familiares ou laços pessoais para desenvolver os negócios. Algumas vezes isto **desestimula as transações comerciais** com atores desconhecidos possivelmente mais eficientes gerando uma distribuição ineficiente de recursos. Esta situação **adiciona custos e riscos as transações comerciais** e assim **reduz o tamanho dos mercados**, e conseqüentemente, a competitividade do mercado (Grifou-se). (DAKOLIAS, s.d).

O mesmo documento técnico nº 319, do Banco Mundial, dispõe que um Judiciário ideal aplica e interpreta as leis de forma igualitária e eficiente, o que significa, dentre outras coisas, que deve existir previsibilidade nos resultados dos processos:

Os governos devem ser capazes de efetivar a aplicação das regras do jogo que foi criado; o judiciário pode proporcionar este serviço garantindo direitos individuais e direitos sobre a propriedade.

Por sua vez, um consistente poder de coerção na execução das leis garante um ambiente institucional estável onde os resultados econômicos a longo prazo podem ser avaliados. Neste contexto, um judiciário ideal aplica e interpreta as leis de forma igualitária e eficiente o que significa que deve existir: a) **previsibilidade nos resultados dos processos**; b) acessibilidade as Cortes pela população em geral, independente de nível salarial; c) tempo razoável de julgamento; d) recursos processuais adequados". (Grifou-se). (DAKOLIAS, s.d).

Em outro documento publicado pelo Banco Mundial, datado de 2003 e intitulado *Brasil: acesso a serviços financeiros*, a questão da imprevisibilidade das decisões judiciais e a conduta de proteção a grupos sociais mais frágeis é criticada, veja-se:

As leis substantivas relativas à proteção legal e judicial dos direitos do credor no Brasil não são muito diferentes daquelas encontradas em outros países de direito civil francês e geralmente são consideradas adequadas pelos credores. Entretanto, os procedimentos legislativos são retardados, com recurso a sucessivas apelações e liminares, o que diminui o valor da proteção legal. Além disso, as **decisões judiciais sobre questões de crédito são percebidas como sendo pró-devedor**, refletindo o ativismo social judicial, às vezes desconsiderando o que está previsto na lei ou no contrato. Conseqüentemente, a jurisprudência e os padrões de comportamento judicial desempenham um papel tão ou mais importante que a própria lei na regulamentação das questões de crédito.

Especialmente para pequenos empréstimos, os processos judiciais são evitados o máximo possível, devido à incerteza, às despesas e à natureza demorada dos processos judiciais. Em vez disso, depende-se da cobrança extrajudicial por meio de empresas de cobranças, apesar das vantagens fiscais no procedimento através do sistema judicial. (Grifou-se). (OLIVEIRA, 2008, p. 272).

Expostos brevemente os problemas enfrentados pela justiça na atualidade sob a perspectiva dos empresários, buscar-se-á na sequência desenvolver uma análise econômica a partir dos problemas aqui apresentados. Para tanto, serão trazidas as pesquisas desenvolvidas por Armando Castelar Pinheiro, as quais apresentam em números os reflexos econômicos do mau funcionamento do Poder Judiciário; bem como as pesquisas de Maria Teresa Sadek, as quais apresentam a opinião dos magistrados sobre o tema, revelando convergências e discordâncias.

### **III O MAU FUNCIONAMENTO DA JUSTIÇA E SEUS REFLEXOS ECONÔMICOS – PESQUISAS SOBRE A VISÃO DOS EMPRESÁRIOS E MAGISTRADOS**

#### **III.1 ESTUDOS DE ARMANDO CASTELAR PINHEIRO – A OPINIÃO DOS EMPRESÁRIOS SOBRE O MAU FUNCIONAMENTO DA JUSTIÇA EM NÚMEROS**

Armando Castelar Pinheiro, ex-chefe do Departamento Econômico do BNDES e membro do IPEA, realizou alguns estudos sobre economia e justiça, a fim de analisar a influência que o mau funcionamento do Judiciário tem sobre o crescimento econômico do país. Seu trabalho é bastante esclarecedor no que se refere à percepção dos empresários sobre o mau funcionamento da justiça e o reflexo que tal problema gera às empresas e à economia brasileira. As pesquisas de Castelar, em geral, trabalham com três características de avaliação: agilidade, imparcialidade e custo de acesso ao Judiciário.

Em pesquisa realizada pelo IDESP, a qual visava analisar a opinião dos empresários sobre os principais problemas que afetam a justiça, pediu-se aos entrevistados que situassem o Judiciário quanto à sua agilidade, imparcialidade e custos. A morosidade da justiça foi considerada o principal problema do Poder Judiciário na atualidade, tendo 88,5% dos entrevistados respondido que o referido

poder é ruim ou péssimo neste quesito<sup>4</sup>. A pesquisa também se mostrou regular quanto a seus custos de acesso, tendo 41,6% respondido que os custos da justiça são regulares, e 42,7% dito que a imparcialidade do Judiciário na tomada de decisões é regular. Desta feita, infere-se que o problema da morosidade alcança é o ápice dos problemas, seguido pela *imparcialidade* das decisões e alto custo de acesso.

Buscou-se, na mesma pesquisa, investigar os reflexos do mau funcionamento do Judiciário nas atividades empresariais e em que medida tal fator é considerado um *problema* em vista de outras dificuldades enfrentadas pelos empresários. Para tanto, pediu-se a eles que enumerassem cinco problemas que entendiam os mais graves em termos de impacto negativo à suas empresas. A indicação deveria ser feita com base nas opções dadas e em ordem decrescente. O mau funcionamento da justiça foi considerado o terceiro maior problema enfrentado pelas empresas, perdendo apenas para a carga tributária e encargos sociais elevados. Contudo, ficou lado a lado com a falta de infraestrutura e levemente à frente da ausência de mão de obra qualificada<sup>5</sup>. Diante disso, infere-se que o mau funcionamento do Judiciário é considerado um problema para os empresários, afetando diretamente as suas atividades.

A fim de medir o quanto efetivamente o mau funcionamento do Judiciário prejudica a atividade empresarial dos entrevistados e a economia brasileira como um todo, perguntou-se aos entrevistados se achavam que o problema do Judiciário afetava muito a economia brasileira, um pouco, ou nada; perguntou-se, ainda, se as deficiências do Judiciário afetam as atividades individuais por eles exercidas. O resultado foi que 50,2% dos entrevistados disseram que as deficiências do Judiciário afetam gravemente a economia brasileira, mas 66,3% disseram que essas mesmas deficiências afetam apenas um pouco as suas atividades individuais<sup>6</sup>. Apesar de parecerem contraditórios, os dados confirmam que “a empresa brasileira está organizada para evitar, de toda forma, qualquer contato com o Judiciário, mesmo

<sup>4</sup> Vide Tabela 1. (PINHEIRO, 2005, p. 108-109).

<sup>5</sup> Vide Tabela 2. (PINHEIRO, 2005, p. 108-109).

<sup>6</sup> Vide Tabela 3. (PINHEIRO, 2005, p. 113).

que isso implique perder negócios, produzir de forma ineficiente, utilizar máquinas em lugar de trabalhadores, etc.” (PINHEIRO, 2008, p. 32). E é justamente por essa razão que a economia do país é prejudicada.

Esta distância que os empresários tentam manter do Judiciário resta confirmada com o questionamento a eles feito sobre sua concordância em relação ao ditado segundo o qual ‘é sempre melhor fazer um mau acordo do que recorrer à Justiça’. Sobre o tema, 36,9% dos entrevistados afirmaram concordar totalmente com o ditado, e 51,3% afirmaram concordar em parte<sup>7</sup>. Ao todo, 88,2% dos entrevistados não apresentaram discordância quanto à assertiva, o que demonstra certa resistência em recorrer ao Judiciário para resolução de seus conflitos, e, quiçá, até certo descrédito. Quando se analisa a repercussão econômica do mau funcionamento da justiça, este dado é de grande relevância, posto que a falta de confiança dos empresários em relação ao Judiciário faz com que as empresas, nacionais, internacionais, bancos, e afins, tomem precauções com relação à quebra de contratos, inadimplência de clientes, contra fornecedores não confiáveis, etc., gerando um aumento de *spreads* pelos bancos, diminuição de investimentos pelos empresários, não terceirização de atividades, etc.

Indagado aos empresários sobre a importância de algumas precauções para o desenvolvimento das atividades empresariais, para evitar a justiça, 67,4% afirmaram ser indispensável consultar os Órgãos Restritivos de Crédito; 57,7% entenderam ser indispensável dar preferência a clientes e fornecedores conhecidos; 70,3% se manifestaram pela indispensabilidade de examinar a reputação do interessado em determinado negócio na praça antes de realizá-lo. Em geral, o empresariado entendeu que exigir depósito prévio do valor do negócio, e evitar fazer negócio com o setor público, era importante, mas não muito<sup>8</sup>. Esses dados demonstram que a seleção dos parceiros é uma prática utilizada pelas empresas na realização de negócios, a fim de evitar a Justiça. Esses riscos, segundo mais da metade do empresariado:

---

<sup>7</sup> Vide Tabela 4. (PINHEIRO, 2000, p. 114).

<sup>8</sup> Vide Tabela 5. (PINHEIRO, 2000, p. 115).

levam os bancos a aumentarem seus *spreads*, as empresas a não implementarem ou a diminuírem o tamanho de muitos de seus projetos de investimento, e a não terceirizarem atividades diretamente relacionadas ao processo produtivo. (PINHEIRO, 2000, p. 117).

Armando Castelar aponta que o mau funcionamento do Poder Judiciário prejudica o crescimento econômico em três características: eficiência, investimento e tecnologia. Quanto à eficiência, o autor destaca que o risco de transação agregado ao mau funcionamento da justiça distorce o sistema de preços, prejudica o desenvolvimento de atividades pelas empresas, impede a exploração de economias em escala, faz com que sejam combinados insumos de forma ineficiente, bem como prejudica a distribuição entre clientes e mercados, etc.

os altos riscos de transação ocasionados pelo mau funcionamento da justiça afastam o sistema de preços do país dos padrões internacionais, distorcendo a alocação de recursos. Além disso, quando os contratos e os direitos de propriedade não são apropriadamente garantidos, as empresas muitas vezes optam por não desenvolver certas atividades, deixam de especializar-se e explorar economias de escala, combinam insumos ineficientemente, não distribuem a produção da forma mais eficiente entre clientes e mercados, mantêm recursos ociosos etc. A eficiência também pode ser afetada se o fraco desempenho do judiciário segmentar o mercado a ponto de reduzir significativamente a competição. (PINHEIRO, 2000, p. 45).

Quanto aos investimentos propriamente ditos, destaca o autor que o Judiciário também pode acelerar o crescimento estimulando a acumulação dos fatores de produção. Os agentes econômicos investem mais em capital físico e humano quando os seus direitos de propriedade estão legitimamente garantidos por bons sistemas judiciais e regimes políticos. Sob este enfoque, “os agentes privados só irão fazer investimentos de longo prazo, altamente especializados, se estiverem seguros que os contratos que garantem suas atividades serão corretamente implementados” (PINHEIRO, 2000, p. 42).

Por fim, quando ao processo tecnológico, destaca o autor que bons sistemas judiciais podem estimular o crescimento econômico de um país protegendo a propriedade intelectual. Essa proteção facilita a compra de tecnologia de países industrializados, encorajando empresas nacionais a investirem em pesquisa e desenvolvimento. Castelar assevera que “(...) países que protegem adequadamente a propriedade intelectual crescem mais rapidamente do que aqueles que não o

fazem” (PINHEIRO, 2000, p. 40), especialmente porque essa proteção influencia investimentos e tecnologia de outros países.

A fim de examinar em que medida a melhoria do Judiciário afetaria a atividade das empresas entrevistadas, perguntou-se aos empresários, primeiro, se alguma vez os custos, a falta de confiança na agilidade ou imparcialidade do Judiciário foi o principal fator para a não realização de determinado negócio. Em resposta, 50% dos entrevistados afirmaram que, por este fator, deixaram de realizar negócio com determinada pessoa ou empresa; 50,4% afirmaram que deixaram de empregar trabalhadores em razão da parcialidade da Justiça do Trabalho; 48,2% responderam que já deixaram de realizar negócio com a administração pública ou empresa estatal por esta razão<sup>9</sup>. Em um segundo momento, perguntou-se aos empresários se a melhoria dos serviços pelo Judiciário implicaria na melhoria das condições econômicas da empresa e seus investimentos: 41,6% afirmaram que aumentariam um pouco o volume de investimento anual; 40,9% que realizariam um número maior de negócios; 39,1% que aumentariam o número de empregados; 39,8% terceirizariam uma parcela maior de suas atividades e 32,3% celebrariam mais negócios com a administração e com empresas públicas<sup>10</sup>.

Desses dados infere-se que haveria alguma mudança nas práticas empresariais se o Judiciário fosse mais célere, se tivesse menos custos de acesso e menos *parcialidade* nas decisões. Segundo os dados, haveria um aumento significativo nos investimentos, negócios realizados, melhora no nível de emprego, terceirização das atividades e, ainda, no aumento do número de negócios com a administração e empresas públicas. Em complemento a estes dados, foi indagado aos empresários em que percentual seria o aumento dos itens anteriormente indicados. Como resultado, eles apontaram que haveria aumento no volume de negócios em 18,5%; crescimento de investimento em 13,7%; aumento no número de empregos em 12,3%; crescimento da atividade terceirizada em 13,9%; e desenvolvimento dos negócios com a administração e empresas públicas em

<sup>9</sup> Vide Tabela 6. (PINHEIRO, 2000, p. 119).

<sup>10</sup> Vide Tabela 7. (PINHEIRO, 2000, p. 120-121).

13,7%<sup>11</sup>. Castelar utiliza a média ponderada dos percentuais de aumento de investimentos obtidos nos diferentes setores das empresas entrevistadas, com a participação no PIB e no emprego global como pesos, para concluir o seguinte:

se propusermos que a produção e o emprego irão se expandir nesses setores a uma mesma taxa que a média das respostas obtidas na pesquisa, obtemos que a produção e o emprego irão crescer, como resultado de um Judiciário melhor, em 18,6% e 13,1% respectivamente. (PINHEIRO, 2000, p. 126).

Outrossim, afirma o autor que, pela média ponderada das respostas setoriais, o investimento agregado aumentaria em 10,4%, com a melhora dos serviços judiciários. Via de consequência, a melhora nos investimentos levaria à taxa de crescimento do PIB a aumentar em aproximadamente 25% (PINHEIRO, 2000, p. 130). Apesar de consistir em uma média aproximada, sob o ponto de vista dos empresários e economistas, a melhora do Judiciário nos quesitos agilidade, imprevisibilidade e custos, geraria uma melhora na condição econômica do país.

### III. 2 ESTUDOS DE MARIA TEREZA SADEK – A OPINIÃO DOS MAGISTRADOS SOBRE O FUNCIONAMENTO DA JUSTIÇA – CONCORDÂNCIAS E DIVERGÊNCIAS

Maria Tereza Sadek coordenou várias pesquisas relacionadas ao Poder Judiciário, às quais destacamos duas, divulgadas em 2005 e 2006, realizadas junto a magistrados, para a Associação de Magistrados Brasileiros (AMB). As pesquisas tiveram o objetivo de caracterizar o perfil da magistratura brasileira e saber a sua opinião diante de temas específicos, como a agilidade, *parcialidade* das decisões, repercussão econômica da atividade jurisdicional, etc. Na primeira delas, divulgada em 2005, foram obtidas 3.258 respostas aos 11.286 questionários enviados para magistrados de todo o Brasil. O questionário, com 55 questões, dentre outros temas, abordava questões relativas à avaliação do Judiciário sobre o funcionamento da justiça e os reflexos econômicos das decisões judiciais.

---

<sup>11</sup> Vide Tabela 8. (PINHEIRO, 2000, p. 125).

Nesta primeira pesquisa foi indagado aos magistrados sobre como eles avaliavam os temas da agilidade, custas e *imparcialidade* do Judiciário. No que se refere à agilidade, 48,9% dos entrevistados avaliaram a instituição *ruim* ou *muito ruim* neste quesito, contra 9,9% que o avaliaram com *muito bom* e *bom*. Quanto às custas, 40,9% dos magistrados avaliam estas como *ruim*, contra 36,7% que a avalia como *regular* e 14,0% que a avalia como *bom*. Por sua vez, quando a questão da *imparcialidade*, 86,5% dos magistrados entendem que as decisões judiciais devem ser pautadas em parâmetros legais; 78,5% acham que deve haver compromisso com as consequências sociais e apenas 36,5% entendem que as consequências econômicas devem ser levadas em consideração no momento de decidir<sup>12</sup>. Isso demonstra que o compromisso com a *justiça social* é preterido à análise das consequências econômicas pelo magistrado quando da tomada de sua decisão.

Outro fator interessante da pesquisa reside no fato de que, embora a maior parte dos magistrados entenda que o Poder Judiciário tem custo elevado e é moroso, 89,8% dos entrevistados se manifestam no sentido de que o referido deve ter o monopólio da prestação jurisdicional; por sua vez, 79,6% asseveraram que todas as formas alternativas de solução de conflito devem estar subordinadas ao Poder Judiciário<sup>13</sup>. Sobre o tema, Fabiana Rodrigues Silveira comenta que uma questão importante do cotejo dos dados constantes é a convergência de opiniões entre magistrados e empresários quando ao mau funcionamento da justiça, sendo necessária a resolução desse problema, especialmente no que toca à morosidade da justiça, sob pena de se tornar cada vez mais difícil o monopólio da jurisdição pelo Estado:

(...) a questão importante a ser salientada no cotejo desses dados é percebermos que a convergência de opiniões de empresários e juizes de que o Poder Judiciário é caro e não resolve os conflitos em tempo razoável leva à inevitável conclusão de que é necessário superar esse problema, sob pena de, em um prazo não muito longo, não suportar o monopólio da justiça. A gradual perda de legitimidade é uma decorrência lógica quando consideramos que o Estado avocou para si a solução dos litígios e proibiu a autotutela. Mas essa proibição somente faz sentido e é observada se a prestação jurisdicional é promovida a contento; do contrário, novas formas

<sup>12</sup> Vide Tabela 9. (SADEK, s. d., p. 34).

<sup>13</sup> Vide Tabela 10. (SADEK, s. d., p. 61).

vão sendo estabelecidas paralelamente, a despeito do reconhecimento estatal. (SILVEIRA, 2007, p. 56).

A segunda pesquisa, divulgada em 2006 (SADEK, 2006)<sup>14</sup>, aborda temas relacionados às questões sociais, políticas, econômicas e de desenvolvimento, avaliando a atuação do Poder Judiciário nos mais variados ramos do direito e a repercussão econômica de sua atuação. Nesta pesquisa, Maria Teresa Sadek obteve quase três mil respostas dos magistrados da AMB, equivalente a 25,1% dos questionários por ela enviados via correio. Indagados sobre o que entendiam mais afetar o desenvolvimento econômico do país, e fornecidas as opções, 43,1% dos magistrados apontaram que a morosidade do judiciário é um fator importante; 35,0% apontaram como prejudicial ao desenvolvimento as custas judiciais; 44,9% indicaram como fator de desestímulo ao crescimento a falta de garantias e respeito às cláusulas contratuais; e 59,8% apontam como fator de entrave ao desenvolvimento o número excessivo de recursos judiciais<sup>15</sup>.

Na mesma pesquisa, os magistrados apontam a legislação trabalhista, ambiental, a carga tributária, a taxa de juros, a má distribuição de renda, a corrupção, etc., como fatores que prejudicam o desenvolvimento econômico do país. Sobre o tema, 35,3% apontam que a legislação ambiental é entreve ao desenvolvimento; 42,3% apontam a legislação trabalhista; 87,2% a carga tributária; 76,0% a taxa de juros; 70,6% a má distribuição de renda; 90,9% a corrupção (SADEK, 2006). O que se infere destes dados é que:

nossos juízes têm a noção do panorama complexo de questões correlatas e determinantes quando o assunto é desenvolvimento econômico. Outrossim, eles têm plena consciência de que o assunto envolve questões jurídicas, políticas, administrativas, educacionais (...). (SILVEIRA, 2007, p. 55).

Rodrigo Collaço, presidente da AMB à época, asseverou na introdução da pesquisa desenvolvida por Maria Teresa Sadek, divulgada em 2006, que os juízes são conscientes do impacto de suas decisões na sociedade, assim como sabem que a interpretação das leis – o que é inerente à sua atividade – muitas vezes leva à

<sup>14</sup> Disponível em: <<http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa2006.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2010.

<sup>15</sup> Vide Tabela 11. (SADEK, 2006, p. 23).

morosidade da justiça, especialmente pelo excesso de recursos e a escassez de material humano. Segundo Collaço, os juízes são os principais críticos dessa situação, tanto que apontam os altos custos e a morosidade da justiça como um entrave ao desenvolvimento econômico do país, contudo, consideram a importância de outros fatores como empecilho ao desenvolvimento econômico, como a corrupção, carga tributária, nível educacional da população, etc.:

Ao contrário do que se pode pensar, nossos juízes e nossas juízas estão, sim, conscientes das consequências e do impacto de suas decisões na sociedade. Prova disso é a visão imparcial que eles têm do Judiciário. Embora os magistrados sejam eminentemente cumpridores de regras estabelecidas pelo legislador, é também verdade que o ato de cumprir e interpretar leis – pela própria estrutura de que dispõe o Judiciário – pode resultar em morosidade da Justiça, decorrente quase sempre de excesso de recursos judiciais e escassez de material humano. Os juízes sabem disso e são os maiores críticos dessa situação.

Sem estarem alheios e sensíveis às influências externas, boa parte dos magistrados que responderam pesquisa considera que a grande quantidade de recursos e a morosidade do Judiciário constituem entraves “muito importantes” ou “importantes” ao desenvolvimento do País. Entretanto, o *ranking* de opiniões dos magistrados dá conta de que a corrupção é, por larga margem, a principal causa de estagnação do crescimento brasileiro, seguida da carga tributária, do nível educacional da população, da impunidade e da segurança pública. Noventa e cinco por cento dos magistrados consideraram “muito importante” ou “importante” a ação nefasta e endêmica da corrupção no Brasil para o desenvolvimento da nação. (SADEK, 2006, p. 5).

Considerando que tanto magistrados como os empresários concordam quanto ao fato de que as custas judiciais e a morosidade da justiça constituem um entrave ao desenvolvimento econômico do país, e, que, obviamente, o mau funcionamento do Judiciário é um entre tantos problemas que levam à estagnação econômica do país, o que ainda parece estar em pauta é a discordância com relação à *imprevisibilidade* das decisões judiciais, tema que é apontado pelos economistas e empresários como grave empecilho à economia do país. Consoante se notou das pesquisas de Castelar, 42,7% dos empresários entendem que a *imparcialidade* do Judiciário é regular. Por sua vez, nas pesquisas de Sadek, 78,5% dos magistrados acham que deve haver compromisso com as consequências sociais e apenas 36,5% entendem que o compromisso deve ser com as consequências econômicas. Entende-se que a visão de *parcialidade* trazida pelos empresários esbarra justamente na busca pela *justiça social* pelos magistrados. Estabelece-se, por assim dizer, uma tensão entre os interesses econômicos e sociais, ou então, um embate

entre o crescimento econômico e o papel garantista do Poder Judiciário, o qual se pauta na contemporaneidade na *justiça social e distributiva*. Os magistrados estão imbuídos da consciência de que é preciso *buscar a justiça social* antes de preocupar-se com as consequências econômicas de suas decisões, o que é altamente criticado pelo empresariado.

Essa maior preocupação com o desenvolvimento social é notada da resposta a três questionamentos da pesquisa desenvolvida por Maria Teresa Sadek. O primeiro diz respeito à opinião dos magistrados sobre aos impactos da legislação trabalhista, ou seja, se esta produzia impactos negativos sobre a economia, dificultando a vinda de empresas estrangeiras e diminuindo o crescimento do emprego formal. Sobre o tema, 35,6% dos magistrados afirmaram discordar que a legislação trabalhista causava impactos negativos ao desenvolvimento do país; 36,6% discordaram que a legislação impede a vinda das empresas estrangeiras; e 34,8 discordaram que a lei trabalhista impede o crescimento do emprego formal<sup>16</sup>. O segundo questionamento indagava em que medida os magistrados consideram o impacto da decisão que fornece medicamentos sobre o volume total de recursos reservados pelo poder público ao conjunto da sociedade. Em resposta, 15,3% dos magistrados responderam que consideram os impactos extremamente importantes; 32,3% apenas importantes; e 38,9% não importantes<sup>17</sup>.

Por fim, o terceiro questionamento refere-se à opinião dos magistrados quanto à assertiva de que o Judiciário tende a dar maior amparo à posição do acionista minoritário, a ONGs, instituições públicas, devedor, empregado, consumidor, capital nacional, empresas estatais, etc. Os magistrados afirmaram concordar parcialmente com o fato de que dariam maior amparo a determinados pessoas que se encontravam em situação de hipossuficiência. Das respostas obtidas, 29,4% dos magistrados responderam que agem assim quando estão envolvidos em lides acionistas minoritários; 30,7% instituições públicas; 38,9% empregados; 43,2%

<sup>16</sup> Vide Tabela 12. (SADEK, 2006, p. 9).

<sup>17</sup> Vide Tabela 13. (SADEK, 2006, p. 24).

consumidores; 33,1% para capital social em contraposição à capital estrangeiro; 29,3% para empresas estatais em contraposição a empresas privadas<sup>18</sup>.

O que se infere dos dados acima é que os juízes buscam em maior medida a *justiça social* aos fatores ligados à economia ou interferências externas. Viu-se que o Judiciário mostra-se preocupado com os trabalhadores, sendo contrário à visão economicista de que a legislação trabalhista é um entrave ao crescimento econômico; entende que a *justiça social* precisa ser feita quando, por exemplo, o Executivo não concede medicamento a um cidadão que dele necessita. Igualmente, o papel protecionista do Judiciário resta confirmado pelo amparo dado aos trabalhadores, consumidores, sócio minoritário, etc. Sob essa perspectiva, alguns questionamentos precisam ser respondidos: Seriam os magistrados *parciais* ao buscarem a *justiça social*? Essa *justiça social* deve ser implementada apenas por meio de políticas públicas, consoante apontado pelos economistas, ou o Judiciário também deve atuar nesse sentido? É possível conciliar a *busca pela justiça social* com os interesses econômicos?

#### IV TENSÃO ENTRE INTERESSES ECONÔMICOS E JUSTIÇA DISTRIBUTIVA: É POSSÍVEL CONCILIAR ESSES INTERESSES?

Na forma como apontado nos itens anteriores, delinea-se o conflito entre a imparcialidade/previsibilidade das decisões judiciais e o papel do Judiciário como garantidor de direitos. De um lado estão os empresários dizendo que a *imparcialidade* dos juízes é regular, e de outro os próprios magistrados, que guiados por um ideário pautado na dignidade da pessoa humana, buscam realizar a *justiça social*. Esta *parcialidade*, segundo a visão dos economistas, levaria à *imprevisibilidade* das decisões, o que seria prejudicial à economia.

Contudo, ao contrário da concepção econômica apresentada, entende-se que a interpretação da norma é algo inerente à atividade jurisdicional, não configurando situação de *parcialidade*.

---

<sup>18</sup> Vide Tabela 14. (SADEK, 2006, p. 26).

Para Dworkin, a ciência jurídica precisa ter uma atitude interpretativa, em oposição ao caráter descritivo do positivismo ou a visão de direito como sistema (KOZICKI, 2000, p. 180). Para ele, o direito não está separado da política e da moral, uma vez que a interpretação jurídica não pode ser evitada pelo juiz quando da análise de um caso, cabendo a este último encontrar a melhor resposta possível para os problemas existentes, a partir de uma análise detida do ordenamento jurídico, com suas regras e princípios subjacentes (KOZICKI, 2000, p. 182):

O Direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (...) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. (...) Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer. O otimismo do direito é, nesse sentido, conceitual; as declarações do direito são permanentemente construtivas, em virtude de sua própria natureza. (DWORKIN, 2003, p. 274).

Dworkin sustenta que os princípios são inerentes ao sistema e devem ser perseguidos pelo Judiciário, através de uma atitude interpretativa, sendo a argumentação interpretativa “um tipo de argumentação onde os princípios podem ser mais importantes do que as regras, ou do que os objetivos políticos, uma vez que eles expressam os ideais constitutivos da comunidade política” (DWORKIN, 2003, p. 274). Assim, interpretar a lei a partir de princípios não significa *discricionariedade* ou *parcialidade*, mas apenas apontar quais os princípios aplicáveis a um caso concreto. Contudo, o juiz não está livre para *criar* direito, cabendo a ele sempre servir-se dos princípios constitutivos de uma comunidade, para julgar cada caso concreto (DWORKIN, 2003, p. 189). Vejamos:

Nessa perspectiva, não se entende razoável dizer que o juiz atue de forma *parcial* ao buscar a realização da *justiça social*, uma vez que a interpretação da norma é natural ao magistrado, não se concebendo a visão de que este deve pautar-se em “procedimentos interpretativos de bloqueio, pretensamente neutros,

vinculados a uma concepção de Estado mínimo e adequados a uma legalidade estritamente positivista” (CITTADINO, 2004, p. 63) ou, ainda, que o juiz é apenas a *boca inanimada da lei*.

O Judiciário é o aplicador último do direito, cabendo a ele o seu correto cumprimento, ou seja, sendo um determinado direito – constitucional ou infraconstitucional – negado por um particular ou outro Poder, caberá ao Judiciário fazer com que ele seja cumprido. Para Eros Roberto Grau, o magistrado deve garantir a aplicabilidade imediata ao preceito legal e, em sendo necessário, poderá inovar o ordenamento jurídico, produzindo direito, consoante ditames dos princípios jurídicos:

O Poder Judiciário é aplicador último do direito. Isso significa que, se a Administração Pública ou um particular – ou mesmo o Legislativo – de quem se reclama a correta aplicação do direito, nega-se a fazê-lo, o Poder Judiciário poderá ser acionado para o fim de aplicá-lo.

Preceito imediatamente aplicável vincula, em última instância, o Poder Judiciário. Negada pela Administração Pública, pelo Legislativo ou pelos particulares a sua aplicação, cumpre ao Judiciário decidir pela imposição de sua pronta efetivação.

O Poder Judiciário, então, estará, de uma banda, vinculado pelo dever de conferir efetividade imediata ao preceito. De outra, estará autorizado a inovar o ordenamento jurídico suprimindo, em cada decisão que tomar, eventuais lacunas que, não estivesse o preceito dotado de aplicabilidade imediata, atuariam como obstáculo a sua exequibilidade.

(...)

O juiz não é, tão somente, como já observei neste ensaio, a boca que pronuncia as palavras da lei. Está, ele também, tal qual a autoridade administrativa – e, bem assim, o membro do Poder Legislativo -, vinculado pelo exercício de uma função, isto é, de um dever-poder. Neste exercício, que é desenvolvido em clima de interdependência e não de dependência de Poderes, a ele incumbe, sempre que isso se imponha como indispensável à efetividade do direito, integrar o ordenamento jurídico, até o ponto, se necessário, de inová-lo primariamente. O processo de aplicação do direito mediante a tomada de decisões judiciais, todo ele – aliás – é um processo de perene recriação e mesmo de renovação (atualização) do direito. (...). (GRAU, 2003, p. 273-274).

Desse modo, o Judiciário não age com *discricionariedade* ao buscar a *justiça social*, uma vez que, no plano econômico, ele deve buscar o equilíbrio das relações jurídicas, protegendo as minorias em face da força do mercado. Ademais, essa sobreposição de valores se deve, não por uma opção política, nem em razão de uma dada *parcialidade*, mas sim por um dever legal, de cunho principiológico, cujos preceitos estão dispostos no art. 3º, da Carta Constitucional, que estabelece como objetivo fundamental da República a busca por uma *sociedade justa*; bem como no

art. 170, *caput*, que dispõe que a ordem econômica deve assegurar a *dignidade humana*, consoante os ditames da *justiça social*.

Nessa perspectiva, não pode o Judiciário simplesmente fazer valer as cláusulas de um contrato, ou então, impor, em prejuízo da parte hipossuficiente um dispositivo de lei que lhe gere um prejuízo em face de um dado agente financeiro ou empresa privada. Ao contrário, o Judiciário deverá analisar cada caso, e, com base na legislação pertinente, e, principalmente, observando os princípios que regem a ordem econômica, proferir decisões pautadas em um ideário de *justiça social*.

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto entende que, mesmo diante do quadro de mudanças constitucionais e infraconstitucionais, por conta das políticas neoliberais, o Judiciário deve opor resistência mediante controle de constitucionalidade difuso, bem como se colocar como barreira às tentativas de violação a direitos fundamentais, o que é essencial ao Estado Democrático de Direito, de onde o Judiciário não pode se afastar (OLIVEIRA NETO, 2006, p. 198), devendo proteger as minorias e aplicar os direitos escolhidos pela própria sociedade no ato constituinte (BARBOZA, 2007, p. 148).

Nesse sentido, merece destaque um trecho do discurso de posse do magistrado Rodrigo Collaço, à Associação dos Magistrados Brasileiros, em 2004, em que este destaca que a postura ***independente e insubmissa do Judiciário, somada ao respeito pelos valores éticos escolhidos livremente pelos brasileiros, poderá ser a grande contribuição dos juízes para conciliar os resultados positivos da economia com a efetiva melhoria das condições de vida da população; bem como que o exercício da jurisdição e a soberania política e jurídica não podem ser obstáculos para aquele que quer verdadeiramente investir no crescimento da nação:***

*(...) não precisaremos chegar perante os poderosos daqui e de fora para oferecer nossa rendição ao receituário liberal do mercado, jurando que jamais interferiremos na ordem econômica e nos contratos, ainda que abusivos, e que cumpriremos com satisfação o que já aparenta ser uma sina histórica de nação subdesenvolvida e bem comportada.*

*Parece evidente que devemos nos colocar ao lado de todos os esforços para suplantar as deficiências estruturais do país, sem, contudo, incorrer em qualquer tipo de capitulação política ou jurídica. O desenvolvimento econômico deve ter como fim principal a superação das desigualdades sociais e há de se dar num ambiente de respeito aos valores que a*

*cidadania brasileira entendeu por bem delegar, via sistema legislativo, ao Poder Judiciário. O exercício livre da jurisdição, como reflexo da soberania política e jurídica que a duras penas alcançamos no Brasil, jamais será obstáculo aos que desejam investir verdadeiramente no crescimento da nossa Nação.*

*Essa postura independente e insubmissa, somada ao **respeito** pelos valores éticos escolhidos livremente pelos brasileiros, poderá ser a grande contribuição dos nossos juízes para conciliar o desenvolvimento econômico com o combate à desigualdade social do país, vinculando, quem sabe, os resultados positivos da economia com a efetiva melhoria das condições de vida da população. (COLLAÇO, 2004).*

Não se quer dizer com isso que a questão da *previsibilidade* das decisões judiciais não seja um fator de preocupação e interesse na atualidade, em que todas as instâncias da justiça, inclusive superiores, apresentam decisões conflitantes entre si; também não se quer negar que a questão da imprevisibilidade reflita na economia do país; contudo, não se pode conceber que os interesses econômicos busquem afastar do Judiciário uma atuação substantiva, pautada na *justiça social*. Tal Poder precisa se manter firme no propósito de cumprir o seu papel institucional, ainda que contrarie a lógica dos investidores. O afastamento do Judiciário de seu papel institucional iria de encontro com a ordem democrática, uma vez que a democracia fundada na Constituição Federal de 1988 está comprometida com o direito das minorias (BARBOZA, 2007, p. 148). Para Barboza, a definição do conteúdo de uma norma pelo Judiciário não fere o princípio democrático, ao contrário, lhe dá ainda mais força, uma vez que existe a proteção das minorias.

Outrossim, sob a ótica desenvolvimentista, não se busca mais o crescimento econômico de uma nação isoladamente, sem que este crescimento melhore também as condições políticas e sociais de uma determinada comunidade. A noção de desenvolvimento na atualidade é concebida como o “processo de transformação econômica, política e social, através da qual o crescimento do padrão de vida da população tende a tornar-se automático e autônomo”. Nessa linha, pode-se dizer que: “se o desenvolvimento não trouxer consigo modificações de caráter social e político; se o desenvolvimento social e político não for a um tempo o resultado a causa de transformações econômicas, será porque de fato não tivemos desenvolvimento” (BARBOZA, 2007, p. 148).

Assim, pode-se considerar que o *crescimento econômico* buscado pelos empresários não permite, por si só, a expansão das liberdades individuais daqueles

que precisam de proteção jurídica; dos que são explorados em suas relações de trabalho; daqueles que são enganados por empresas que compõe o mercado; dos que têm direitos sociais negados em razão do *alto custo* que acarretam ao Estado, etc.

Consoante aponta Amartya Sen (2000, p. 17), “o desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam” e, para que o desenvolvimento se concretize, é preciso que sejam removidas “as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social automática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos” (SEN, 2000, p. 18). Em um contexto de *judicialização da política*, em que o Judiciário está sendo cada vez mais demandado, em razão da ineficiência do Executivo e da inércia do Legislativo, o Judiciário vem assumindo um papel político e social cada vez mais importante, o qual é indispensável sob o enfoque desenvolvimento, assim entendido como “ferramenta para a construção de uma realidade social que está por vir” (RISTER, 2007, p. 2007).

Não se defende, por assim dizer, um *ativismo* Judiciário, o qual supostamente poderia garantir os direitos ou a solução dos conflitos sociais, ao contrário, concorda-se com a posição de que “a interpretação e a aplicação do direito pelos tribunais deve, necessariamente, representar padrões relativamente rígidos de conduta e ser o instrumental necessário, porém nem sempre suficiente, para a solução dos conflitos sociais” (KOZICKI, 2000, p. 209). As respostas estão tanto no plano jurídico como no político (KOZICKI, 2000, p. 209), ou seja, direito e política devem ser igualmente demandados em face dos problemas e questões sociais. Temos que, certamente o Poder Judiciário não resolverá todos os problemas sociais, contudo, isso não afasta a sua atuação como *garantidor de direitos*.

Isto não quer dizer, porém, que a visão do empresariado deva ser desconsiderada, e que a sua busca pelo *crescimento econômico* não seja relevante ao desenvolvimento. Ao contrário, Amartya Sen aponta que na visão do desenvolvimento como liberdade, todos os discursos devem ser observados e que “é difícil pensar que qualquer processo de desenvolvimento substancial possa

prescindir do uso muito amplo de mercados, mas isso não exclui o papel do custeio social, da regulamentação pública ou da boa condução dos negócios do Estado (...)” (SEN, 2000, p. 22). Igualmente, aponta o autor que a liberdade de troca e transação é uma liberdade básica do homem:

ser genericamente contra os mercados seria quase tão estapafúrdio quanto ser genericamente contra a conversa entre as pessoas (...) essas trocas fazem parte do modo como os seres humanos vivem e interagem na sociedade. (SEN, 2000, p. 21).

Entretanto, é necessário considerar que, sob a perspectiva do desenvolvimento, as liberdades não são apenas fins primordiais, mas também os meios principais (SEN, 2000, p. 25). Discorda-se, sob este enfoque, da perspectiva dos empresários de que é preciso buscar o *crescimento econômico* em primeiro lugar, e que este implicaria na melhora dos investimentos, distribuição de renda, empregos, etc. Isto porque, sob a lógica do desenvolvimento, o *crescimento econômico* deve ser buscado em conjunto com as melhorias sociais e políticas de uma nação. Não pode o desenvolvimento ser confundido com a ideia de crescimento econômico, já que este último, meramente quantitativo, compreende apenas uma parcela da noção de desenvolvimento (RISTER, 2007, p. 2).

Sob esta ótica, pode-se dizer que os *interesses econômicos* dos empresários e o *papel de garantidor* do Judiciário podem ser integrados a partir da perspectiva do desenvolvimento – ***conciliando os resultados positivos da economia com a efetiva melhoria das condições de vida da população. Não se pode admitir a imposição de um Estado neoliberal, pautado e condicionado pelo mercado, em que a economia determine as decisões políticas e jurídicas, relativizando as autoridades estatais*** (BERCOVICI, 2005). ***O modelo do desenvolvimento requer o fortalecimento das instituições, especialmente do Poder Executivo, devendo, contudo, o Legislativo e o Judiciário aparelhar-se para auxiliar*** (RISTER, 2007, p. 80), ***atuando no que for necessário para a garantia de direitos e expansão das liberdades.***

## V CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os dados das pesquisas apresentadas demonstram que tanto os empresários como os magistrados estão de acordo com o fato de que os problemas da morosidade da justiça e seus altos custos afetam o crescimento econômico do país. Apesar de muitas vezes a morosidade da justiça ser benéfica para protelar o cumprimento de certas obrigações, de modo geral, o problema afeta gravemente as atividades empresariais, bem como leva ao agravamento dos riscos, fazendo com que bancos aumentem seus *spreads*, empresas não implementem ou diminuam o tamanho de projetos de investimento, não terceirizem atividades relacionadas ao processo produtivo, etc.

Contudo, quanto ao tema da *previsibilidade* das decisões judiciais, magistrados e empresários divergem. Os primeiros apontam que existem dificuldades nesta matéria justamente porque os juízes são *parciais* em seus julgamentos, atuando sempre em prol da parte mais frágil, e, via de consequência, acabariam por estabelecer a referida *justiça* apenas em um primeiro momento. Por outro lado, os magistrados confirmam o seu comprometimento e luta na busca pela *justiça social* em cada caso concreto analisado.

Entende-se que não existe *parcialidade* quando o juiz busca a realização da *justiça social* em um caso concreto, mas, ao contrário, trata-se do próprio papel institucional do Poder Judiciário. O afastamento deste último de seu papel institucional vai de encontro com a ordem democrática, eis que a democracia fundada na Constituição Federal está comprometida com o direito das minorias. Ademais, já visto que o art. 170, *caput*, da Carta Magna dispõe que a ordem econômica deve assegurar a dignidade humana, consoante os ditames da *justiça social*.

Contudo, sob a ótica do *desenvolvimento*, entende-se que devem ser integrados os discursos dos magistrados e dos empresários, não se podendo aceitar a máxima de que é preciso buscar o *crescimento econômico*, para após atingirmos fins sociais benéficos. É preciso sim que este crescimento traga consigo melhoria nas condições políticas e sociais da sociedade. Portanto, ao contrário do que sustenta a perspectiva empresarial, a proteção dos direitos e a solução dos conflitos

sociais não são apenas fins a serem atingidos, mas também os meios principais a serem concretizados dia a dia.

## VI REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COLLAÇO, Rodrigo Tolentino de Carvalho. **Discurso de Posse à Presidência da AMB em 2004**. Disponível em: <[http://www.amb.com.br/portal/index2.asp?secao=posse\\_rodrigo](http://www.amb.com.br/portal/index2.asp?secao=posse_rodrigo)>. Acesso em: 03 set. 2010.

DAKOLIAS, Maria. **O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe**: elementos para reforma. Documento Técnico nº 319, do Banco Mundial. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/downloads/documento318.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

KOZICKI, Kátia. **Conflito e Estabilização**: Comprometendo Radicalmente a Aplicação do Direito com a Democracia nas Sociedades Contemporâneas. Tese de doutorado defendida na Universidade Federal de Santa Catarina no ano 2000.

OLIVEIRA, Marcelo Roseno. A Previsibilidade das Decisões Judiciais como Condição para o Desenvolvimento Econômico no Estado Liberal Brasileiro. *In*: POMPEU, Gina Marcílio. **Estado, Constituição e Economia**. Fortaleza: Fundação Edson Queiroz: Universidade de Fortaleza, 2008.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues. O Poder Judiciário e a influência neoliberal: resistência e transformação. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto (Org.). **Diálogos Constitucionais**: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Luiz C. Bresser. **Desenvolvimento e Crise no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1977.

PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? *In*: Timm, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

PINHEIRO, Armando Castelar (Org.). **Judiciário e Economia no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2000.

PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil. *In*: Zylbersztajn, D.; Sztajn, Raquel. **Direito e Economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar; GIAMBIAGI, Fábio. **Rompendo o Marasmo**: A Retomada do Desenvolvimento no Brasil. Rio de Janeiro: Campus, 2006.

RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao Desenvolvimento**: antecedentes, significativos e conseqüências. São Paulo: Renovar, 2007.

SADEK, Maria Teresa (Coord). **Magistrados Brasileiros: caracterização e opiniões**. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa/PesquisaAMB2005.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2010.



SADEK, Maria Teresa (Coord). **Pesquisa AMB 2006** – A palavra está com você – Resultados. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa2006.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2010.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVEIRA, Fabiana Rodrigues. **A Morosidade no Poder Judiciário e seus Reflexos Econômicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

## VII – ANEXOS:

TABELA 01. DESEMPENHO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Como o Sr. Avalia o judiciário brasileiro em relação aos seguintes aspectos:	Agilidade		Imparcialidade		Custos	
	Freq.	%	Freq.	%	Freq.	%
Ótimo	0	0,0	8	2,9	3	1,1
Bom	3	1,1	73	26,2	31	11,1
Regular	26	9,3	119	42,7	116	41,6
Ruim	77	27,6	52	18,6	70	25,1
Péssimo	170	60,9	19	6,8	44	15,8
Sem Opinião	3	1,1	8	2,9	15	5,4
Total	279	100,0	279	100,0	279	100,0

**TABELA 02: INEFICIÊNCIA JUDICIAL ORDENADA CONTRA OUTROS PROBLEMAS**

		1	2	3	4	5	Total
Mau funcionamento da justiça	Freq.	17	34	83	88	44	266
	%	6,4	12,8	31,2	33,1	16,5	100,0
Carga tributária elevada	Freq.	198	43	13	4	8	266
	%	74,4	16,2	4,9	1,5	3,0	100,0
Infra-estrutura física deficiente	Freq.	22	38	68	80	58	266
	%	8,3	14,3	25,6	30,1	21,8	100,0
Encargos sociais elevados	Freq.	41	98	17	13	5	174
	%	23,6	56,3	9,8	7,5	2,9	100,0
Mão de obra pouco qualificada	Freq.	17	51	67	47	84	266
	%	6,4	19,2	25,2	17,7	31,6	100,0
Altos índices de criminalidade	Freq.	7	5	9	16	56	93
	%	7,5	5,4	9,7	17,2	60,2	100,0

**TABELA 03: IMPACTO SOBRE O DESEMPENHO DA ECONOMIA E DAS FIRMAS**

	O Sr. Acha que as deficiências do Judiciário chegam a prejudicar gravemente o funcionamento da economia brasileira, prejudicam um pouco ou não prejudicam em nada?		<i>E no caso específico da sua empresa, o Sr. Acha que as deficiências do Judiciário chegam a prejudicar gravemente as suas atividades?</i>	
	Freq.	%	Freq.	%
Prejudicam gravemente	140	50,2	71	25,4
Prejudicam um pouco	128	45,9	185	66,3
Não prejudicam em nada	11	3,9	21	7,5
Sem opinião	0	0,0	2	0,7
Total	279	100,0	279	100,0

**TABELA 04: TENDÊNCIA A EVITAR OS TRIBUNAIS**

	Os empresários costumam dizer que “é sempre melhor fazer um mau acordo do que recorrer à Justiça”. O Sr. Concorde totalmente com essa afirmação, concorda ou discorda em parte, ou discorda totalmente?	
	Frequência	%
Concorde totalmente	103	36,9
Concorde em parte	143	51,3
Discorda em parte	18	6,5
Discorda totalmente	14	5,0
Sem opinião	1	0,4
Total	279	100,0

**TABELA 05: USO DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE PROTEÇÃO**

		É indispensável	É importante, mas não muito	Não é importante	Sem opinião	Total
Consultar regularmente cadastros de devedores, como SPC e Telecheque	Freq.	188	55	19	17	279
	%	67,4	19,7	6,8	6,1	100,0
Dar preferência a clientes ou a fornecedores conhecidos	Freq.	161	107	9	2	279
	%	57,7	38,4	3,2	0,7	100,0
Examinar como está, na praça, a reputação do interessado em determinado negócio	Freq.	196	68	6	9	279
	%	70,3	24,4	2,2	3,2	100,0
Exigir fiador	Freq.	62	117	57	43	279
	%	22,2	41,9	20,4	15,4	100,0
Exigir depósito prévio	Freq.	29	109	87	54	279
	%	10,4	39,1	31,2	19,4	100,0
Evitar fazer negócios com o setor público	Freq.	69	75	69	66	279
	%	24,7	26,9	24,7	23,7	100,0

**TABELA 06: IMPACTO DA INEFICIÊNCIA DO JUDICIÁRIO SOBRE A FIRMA**

		Sim	Não	Sem opinião	Total
Não realizar um investimento que de outra forma teria levado adiante?	Freq.	59	181	38	278
	%	21,2	65,1	13,7	100,0
Não fazer negócio com determinada pessoa ou empresa?	Freq.	139	109	30	278
	%	50,0	39,2	10,8	100,0
Não empregar trabalhadores, por achar que a Justiça do Trabalho é parcial em favor dos trabalhadores?	Freq.	140	122	16	278
	%	50,4	43,9	5,8	100,0
Decidir fazer um investimento em um estado em vez de outro por conta dos problemas com o judiciário local?	Freq.	48	166	64	278
	%	17,3	59,7	23,0	100,0
Não realizar, ou realizar poucos negócios em determinado estado?	Freq.	62	150	66	278
	%	22,3	54,0	23,7	100,0
Não terceirizar determinada atividade por receio de os fornecedores não cumprirem o contrato e a justiça não prover recurso em tempo hábil?	Freq.	90	140	48	278
	%	32,4	50,4	17,3	100,0
Não realizar, ou realizar poucos negócios com empresas estatais ou a administração pública?	Freq.	134	97	47	278
	%	48,2	34,9	16,9	100,0

**TABELA 07: REAÇÃO QUALITATIVA AO AUMENTO EM EFICIÊNCIA**

		Não	Sim, um pouco	Sim, bastante	Sem opinião	Total
Aumentar seu volume de investimento anual?	Freq.	69	116	74	20	279
	%	24,7	41,6	26,5	7,2	100,0
Realizar negócios maiores e/ ou com maior número de pessoas e empresas?	Freq.	46	100	114	19	279
	%	16,5	35,8	40,9	6,8	100,0
Aumentar o número de empregados?	Freq.	77	109	78	15	279
	%	27,6	39,1	28,0	5,4	100,0
Investir mais em outros estados?	Freq.	138	56	33	52	279
	%	49,5	20,1	11,8	18,6	100,0
Fazer mais negócios em outros estados?	Freq.	114	72	49	44	279
	%	40,	25,8	17,6	15,8	100,0
Terceirizar uma maior parcela de suas atividades?	Freq.	72	111	73	23	279
	%	25,8	39,8	26,2	8,2	100,0
Realizar mais e maiores negócios com empresas estatais e a administração pública?	Freq.	69	90	77	43	279
	%	24,7	32,3	27,6	15,4	100,0

**TABELA 08: IMPACTO ESTIMADO DO MELHOR DESEMPENHO DO JUDICIÁRIO (AUMENTO MÉDIO EM CADA VARIÁVEL, %)**

Aumento médio no:	Todas as firmas	Firmas privadas	Firmas públicas	Firmas nacionais	Firmas estrangeiras
Volume anual de investimento	13,7	13,3	16,8	13,6	9,8
Volume de negócios	18,5	18,1	20,1	18,6	14,0
Número de empregados	12,3	13,1	7,5	12,4	11,7
Investimentos em outros estados	6,2	6,0	1,6	5,4	2,7
Volume de negócios em outros estados	8,4	8,5	2,4	8,0	6,8
Proporção das atividades terceirizadas	13,9	13,8	13,2	13,4	20,5
Volume de negócios com estatais e administração pública	13,7	14,0	10,4	13,7	12,5

(SADEK, 2005)

**TABELA 09: Orientação preponderante de decisões judiciais, por situação funcional, em percentuais de concordância**

	Ativa	Aposentado	Total
Parâmetros legais	87,1	84,9	86,5
Compromisso com as conseqüências econômicas	40,5	25,4	36,5
Compromisso com as conseqüências sociais	83,8	64,1	78,5

**TABELA 10: Concordância em relação à temas, por situação funcional, em %**

	Ativa	Aposentado	Total
O Poder Judiciário deve ter monopólio da prestação jurisdicional	89,3	91,2	89,8
Todas as alternativas de solução de conflitos devem estar subordinadas ao Poder Judiciário	78,3	83,0	79,6

(SADEK, 2006)

**TABELA 11**

	Concordo totalmente (%)	Concordo em parte (%)	Discordo em parte (%)	Discordo inteiramente (%)	Sem opinião (%)
Acionista minoritário	7,5	29,4	20,8	28,9	13,5
ONGs	5,3	26,4	22,4	28,9	13,5
Instituições públicas	10,2	30,7	20,4	29,5	9,3
Devedor	7,7	26,7	24,2	33,1	8,3
Empregado	25,0	38,9	13,5	15,4	7,2
Consumidor	27,3	43,2	10,4	12,1	7,0
Capital nacional em contraposição ao estrangeiro	11,8	33,1	19,7	22,6	12,8
Empresas estatais em contraposição a concessionárias privadas	8,9	29,3	21,7	28,2	11,9

**TABELA 12**

	Concordo Inteiramente (%)	Concordo em parte (%)	Discordo em parte (%)	Discordo inteiramente (%)	Sem opinião (%)
Impactos negativos no desenvolvimento do País	10,8	35,5	12,0	35,6	6,1
Impede a vinda de empresas estrangeiras	8,9	28,6	16,0	36,6	9,9
Impede o crescimento do emprego formal	21,2	34,8	11,5	26,1	6,4

**TABELA 13**

	Muito importante (%)	Importante (%)	Indiferente (%)	Sem importância (%)	Sem opinião (%)
Instabilidade política	62,9	29,8	3,1	2,2	1,9
Instabilidade legislativa	63,9	30,1	2,4	1,6	2,0
Exigências burocráticas	67,9	26,4	2,9	1,0	1,7
Extensão do papel do MP	13,3	22,9	27,2	33,3	3,3
Legislação ambiental	13,4	35,3	22,8	24,8	3,7
Legislação trabalhista	22,3	42,3	14,6	17,1	3,6
Má distribuição de renda	70,6	24,1	2,1	1,6	1,6
Carga tributária	87,2	10,3	0,7	0,6	1,2
Nível educacional da população	84,8	12,9	0,8	0,3	1,2
Percepções negativas sobre atividades empreendedoras	32,9	43,1	12,6	4,2	7,1
Morosidade do judiciário	43,4	43,7	7,4	4,3	1,2
Custas judiciais	28,0	35,0	19,0	16,4	1,7
Falta de garantias e respeito às cláusulas contratuais	36,4	44,9	10,8	5,8	2,0
Excesso de recursos judiciais	59,8	28,6	6,3	4,2	1,1
Taxas de juros elevadas	76,0	19,8	1,9	0,9	1,4
Número excessivo de funcionários públicos	23,4	33,2	22,1	18,4	2,9
Dificuldades de acesso à justiça	32,4	40,5	13,9	11,3	1,9

Segurança pública precária	74,9	21,6	1,8	0,7	1,0
Impunidade	79,7	16,6	2,0	0,8	0,9
Corrupção	90,9	7,6	0,3	0,3	1,0
Déficit previdenciário	47,6	33,6	10,1	6,5	2,2
Falta de investimento em infra-estrutura de transporte	63,3	31,1	3,3	0,7	1,6
Falta de investimento em infra-estrutura de energia	56,9	35,3	4,2	1,5	2,1

TABELA 14

	Concordo totalmente (%)	Concordo em parte (%)	Discordo em parte (%)	Discordo inteiramente (%)	Sem opinião (%)
Acionista minoritário	7,5	29,4	20,8	28,9	13,5
ONGs	5,3	26,4	22,4	28,9	13,5
Instituições públicas	10,2	30,7	20,4	29,5	9,3
Devedor	7,7	26,7	24,2	33,1	8,3
Empregado	25,0	38,9	13,5	15,4	7,2
Consumidor	27,3	43,2	10,4	12,1	7,0
Capital nacional em contraposição ao estrangeiro	11,8	33,1	19,7	22,6	12,8
Empresas estatais em contraposição a concessionárias privadas	8,9	29,3	21,7	28,2	11,9

# POLÍTICAS PÚBLICAS DO AMBIENTE: UM OLHAR ESPECIAL ACERCA DA AVALIAÇÃO AMBIENTAL ESTRATÉGICA<sup>1</sup>

PUBLIC POLICY ENVIRONMENT: A VIEW ABOUT THE SPECIAL STRATEGIC ENVIRONMENTAL ASSESSMENT

*Frederico Rodrigues Silva<sup>2</sup>*

*Da minha aldeia vejo quanto da terra se pode ver no Universo... Por isso a minha aldeia é tão grande como outra terra qualquer Porque eu sou do tamanho do que vejo E não do tamanho da minha altura...*

**Fernando Pessoa**

(ALBERTO CAEIRO, *O guardador de rebanhos*, VII, 1ª estrofe, in **Obra Poética e em Prosa**, 1986)

## Resumo

O presente trabalho trata de um tema que vem ganhando grande proporção no cenário do Direito Ambiental: a Avaliação Ambiental Estratégica. A AAE tem aplicabilidade interdisciplinar, tornando-se um importante instrumento de política pública, em virtude de proporcionar análise e avaliação de impacto de ações e consequências ambientais nos níveis mais estratégicos de decisão das Políticas, Planos e Programas – PPP's – de intervenção estatal. A ideia da pesquisa é refletir como a AAE pode assegurar a implementação do direito fundamental ao meio ambiente, apontando as vantagens e restrições da adoção dessa ferramenta, sua dimensão democrática, a promoção de sustentabilidade no processo de desenvolvimento e sua incipiente experiência no Brasil e também no cenário internacional.

<sup>1</sup> Artigo recebido em: 19/09/2010. Pareceres emitidos em: 08/11/2010 e 15/11/2010. Aceito para publicação em: 14/01/2011.

<sup>2</sup> Possui graduação em direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (2006). É Especialista em Direito Constitucional e Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Atualmente cursa o mestrado em Ciências Jurídico-Políticas também na Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa. É professor da Faculdade Nacional, em Vitória e da Faculdade Doctum, em Guarapari. Foi professor-tutor do curso de Administração Pública da Universidade Federal de Ouro Preto (MG). *E-mail*: fredericors@gmail.com.

**Palavras-chave:** Avaliação ambiental estratégica. Direitos fundamentais. Políticas públicas.

### Abstract

This paper deals with a topic that has gained large proportion of the scene of Environmental Law: Strategic Environmental Assessment. The SEA has a significant interdisciplinary, making it an important instrument of public policy, because to provide analysis and impact assessment of actions and environmental consequences at the highest strategic decision Policies, Plans and Programs – PPP's – state intervention. The idea of research is to reflect how the SEA can ensure the implementation of the fundamental right to the environment, pointing out the advantages and limitations of adopting this tool, its democratic dimension, the promotion of sustainability in the development process and its nascent experience in Brazil and also the international scene.

**Keywords:** Strategic environmental assessment. Fundamental rights. Public policy.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O meio ambiente como direito fundamental. 3. Avaliação ambiental estratégica. 3.1. Definição. 3.2. Breve Histórico e Evolução. 3.3. Conveniência e Importância da AAE. 4. As Leis de Base da AAE. 5. A AAE como instrumento de governança. 5.1. Participação Democrática e o Processo de Decisão. 5.2. Breve Percurso da Participação Democrática no Mercosul e União Europeia. 6. Vantagens e restrições políticas para a adoção da AAE. 7. Abordagem sintética da AAE no Brasil. 8. Conclusões. Referências bibliográficas.

## 1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos a preocupação com a preservação do meio ambiente para o usufruto das futuras gerações e a necessidade do desenvolvimento tem trazido à tona intensos debates e fomentado estudos que busquem facilitar a adoção de medidas regulamentadoras que sejam capazes de promover a sustentabilidade dos ambientes e recursos naturais.

A complexidade do tema ambiental coloca para a humanidade a necessidade de mudar o modo de vida, obrigando constantemente a rediscutir a formulação de estratégias de desenvolvimento e novas formas de gestão ambiental. Enquanto o desenvolvimento deverá estimular o aparecimento e fortalecimento das sociedades sustentáveis, a gestão ambiental deverá se configurar pelo caráter da cooperação, entendimento entre as diversas partes que estão em conflito ou compartilhar a produção em um determinado espaço local ou regional.

Tal fato leva a crer que a saída para o impasse entre economia e meio ambiente é a concretização do *princípio do desenvolvimento sustentável* (SOARES, 2003, p. 175-176)<sup>3</sup>. Faz-se imperiosa a adoção de um modelo de desenvolvimento econômico diferente, que inclua em seus projetos a variante do meio ambiente, analisando os impactos que serão acarretados à natureza em decorrência da escolha desta ou daquela atividade.

Esse aparente conflito faz com que as diversas administrações busquem políticas adequadas à sua realidade, visando sempre a redução dos efeitos negativos sobre o meio ambiente. Neste contexto a proteção ambiental e a redução de impactos passam a ser elementos fundamentais para as políticas públicas.

As políticas ambientais evoluem ao longo do tempo e indicam, a cada período, o papel do Estado na formação social, bem como sua participação na definição dos processos econômicos e no estabelecimento de padrões de apropriação e de transformação do meio. A evolução dessas políticas reflete, igualmente, a evolução da preocupação social com a questão ambiental.

Uma política ambiental deve buscar, como resultado mínimo, uma redução da deterioração da qualidade ambiental, quando comparada com a que ocorreria caso essa política não fosse implantada.

Partindo dessas premissas, o objetivo no presente trabalho será tratar de um novo instrumento de gestão pública ligado ao desenvolvimento sustentável, qual seja, a Avaliação Ambiental Estratégica – AAE (ou *Strategic Environment Assessment* – SEA).

O que aqui se pretende realizar é uma caracterização sobre a Avaliação Ambiental Estratégica – AAE e suas potencialidades como um instrumento capaz de contribuir para promover a inserção da perspectiva ambiental no processo e nas políticas de desenvolvimento. Para tanto, será feita a descrição de seus principais aspectos conceituais, bem como os objetivos, a abrangência e ainda se buscará

---

<sup>3</sup> Segundo Guido Soares (2003), é possível que “o conceito que poderá evitar um confronto cruel entre direitos humanos e direito ao desenvolvimento seja o de desenvolvimento sustentável”.

analisar as vantagens e desvantagens de sua aplicação, para concluir sua importância na garantia dos direitos fundamentais.

## 2 O MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A proteção ao meio ambiente é fator comum tanto à Constituição Portuguesa de 1976 quanto à Constituição Brasileira de 1988, que se preocuparam em inserir medidas protetivas em seus textos, assegurando o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e impondo ao Poder Público e à sociedade o dever de defendê-lo e preservá-lo<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> A Constituição da República Portuguesa dispõe em seu Artigo 66:

**Artigo 66.º “Ambiente e qualidade de vida”**

1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender.
2. Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos:
  - a) Prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão;
  - b) Ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correcta localização das actividades, um equilibrado desenvolvimento sócio-económico e a valorização da paisagem;
  - c) Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico;
  - d) Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações;
  - e) Promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana, designadamente no plano arquitectónico e da protecção das zonas históricas;
  - f) Promover a integração de objectivos ambientais nas várias políticas de âmbito sectorial;
  - g) Promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente;
  - h) Assegurar que a política fiscal compatibilize desenvolvimento com protecção do ambiente e qualidade de vida.

Já a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece em seu artigo 225:

**Art. 225.** Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

- I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
- II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
- III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei,

Cumpra esclarecer que, enquanto na Constituição Portuguesa o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado está elencado no rol dos direitos e deveres fundamentais, na Constituição Brasileira este direito não está sistematizado da mesma forma.

Porém, tal argumento não deve ser suficiente para decretar que o ordenamento constitucional brasileiro não confere *status* de direito fundamental ao meio ambiente.

A Constituição da República do Brasil de 1988 trata dos Direitos e Garantias Fundamentais no Título II – artigos 5º a 17 –, merecendo atenção a redação do parágrafo 2º do art. 5º, que dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Logo se depreende que os direitos fundamentais não são restritos àqueles localizados no Título II da Carta Magna. A inteligência do parágrafo 2º do art. 5º da Constituição brasileira de 1988 indica que o rol de direitos fundamentais expresso no

---

vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade;

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

citado artigo é meramente *exemplificativo*, podendo haver outros direitos fundamentais espalhados pelo texto constitucional, bem como previstos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil<sup>5</sup>.

E esse é o caso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: O meio ambiente é direito de todos, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Assim, quando se relaciona meio ambiente ao bem-estar social se reconhece que este direito ao meio ambiente constitui um direito fundamental, ainda que sistematizado fora do rol dos direitos fundamentais. O professor Paulo de Bessa Antunes comunga do mesmo entendimento. Para ele, no regime constitucional brasileiro, o próprio *caput* do art. 225 da Constituição Federal impõe a conclusão de que o direito ambiental – meio ambiente sadio – é um dos direitos humanos fundamentais, aduzindo, ainda, que o próprio art. 5º da Constituição faz menção expressa ao meio ambiente ao tratar da ação popular (inciso LXXIII)<sup>6</sup>.

Herman Benjamin (2007)<sup>7</sup> aponta que através da via constitucional, o meio ambiente é alçado ao ponto máximo do ordenamento, passando a ter *status* de direito fundamental.

A indisponibilidade do bem ambiental é decorrência do interesse público pela preservação do meio ambiente, da atribuição da qualidade pública a esse bem de uso comum do povo. Ou seja, é da natureza pública do meio ambiente que se extrai

---

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

<sup>5</sup> Sobre a denominada cláusula de abertura ou da não tipicidade dos direitos fundamentais, cf. Emerique (2006, p. 149-150).

<sup>6</sup> Para o autor “se é uma garantia fundamental do cidadão a existência de uma ação constitucional com a finalidade de defesa do meio ambiente, tal fato ocorre em razão de que o direito ao desfrute das condições saudáveis do meio ambiente é, efetivamente, um direito fundamental do ser humano”. (ANTUNES, 2005, p. 19-20).

<sup>7</sup> O autor lembra que a proteção do ambiente como direito fundamental é um dos benefícios da sua constitucionalização e que sendo direito fundamental goza de aplicabilidade imediata, em função da norma do parágrafo 1º do art. 5º da Constituição Brasileira de 1988. O professor ressalta ainda que “a fundamentalidade do direito justifica-se, primeiro, em razão da estrutura normativa do tipo constitucional (“Todos têm direito...”); segundo, na medida em que o rol do artigo 5º, sede principal de direitos e garantias fundamentais, por força do seu parágrafo 2º, não é exaustivo (direitos fundamentais há – e muitos – que não estão contidos no art. 5º); terceiro, porquanto, sendo uma extensão material (pois salvaguarda suas bases ecológicas vitais) do direito à vida, garantido no art. 5º, *caput*, reflexamente recebe deste as bênçãos e aconchego, como adverte a boa lição de Nicolao Dino, segundo a qual “o direito ao meio ambiente caracteriza-se como um corolário do direito à vida”. (BENJAMIN, 2007, p. 102-103).

a sua indisponibilidade, e conseqüentemente, sua natureza constitucional de valor fundamental.

O entendimento aqui adotado é defendido também por outros autores, visto que o direito constitucional fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é indissociável do direito à vida com qualidade e com dignidade<sup>8</sup>.

Vasco Pereira da Silva (2002, p. 28), inclusive, assevera que somente a consagração de um direito fundamental ao ambiente, expressa ou implicitamente, pode garantir a adequada defesa contra agressões ilegais, quer oriunda de entidades privadas quer de entidades públicas, na esfera individual protegida pelas normas constitucionais.

Assim, não resta a menor dúvida de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225 da Constituição Brasileira, trata-se de um *direito fundamental da pessoa humana*, devendo o Poder Público assegurá-lo através de instrumentos hábeis e eficientes.

### 3 AVALIAÇÃO AMBIENTAL ESTRATÉGICA

#### 3.1 Definição

A Avaliação Ambiental Estratégica – AAE é o termo usado para descrever o processo de avaliação dos impactos ambientais de ações estratégicas que ocorrem em todos os níveis decisórios governamentais que precedem a fase de projetos específicos. Ou seja, é uma forma de análise e avaliação de impacto de ações e conseqüências ambientais nos níveis mais estratégicos de decisão das Políticas, Planos e Programas – PPP's – de intervenção estatal, sejam setoriais, regionais, ou em áreas programáticas.

---

<sup>8</sup> De acordo com Valério Mazzuoli (2006, p. 585), “a proteção ambiental, abrangendo a preservação da natureza em todos os seus aspectos relativos à vida humana, tem por finalidade tutelar o meio ambiente em decorrência do direito à sadia qualidade de vida, em todos os seus desdobramentos, sendo considerado uma das vertentes dos direitos fundamentais da pessoa humana.”

A AAE seria, então, um instrumento de política ambiental sistemático, público, participativo e democrático, que objetiva promover o desenvolvimento sustentável através da incorporação da variável ambiental no processo de planejamento estratégico das políticas públicas.

Trata-se, então, de um instrumento que possui caráter político e técnico e cuja finalidade é servir de subsídio aos tomadores de decisões, uma vez que proporciona informações sobre as possíveis consequências ambientais – impactos e riscos – das políticas, planos, programas e projetos propostos, sobre o ambiente social em que se desenvolvem, as tendências futuras que possivelmente interferirão nas ações governamentais. Além disso, descreve as respectivas alternativas mitigadoras, para que diante do conhecimento de tais dados, as autoridades competentes possam tomar decisões públicas que sejam ambientalmente sustentáveis.

De acordo com Sadler e Verheem (1996) a “AAE é um processo sistemático para avaliar as consequências ambientais de uma política, plano ou programa, de forma a assegurar que elas sejam integralmente incluídas e apropriadamente consideradas no estágio inicial e apropriado do processo de tomada de decisão, juntamente com as considerações de ordem econômicas e sociais.”

Maria do Rosário Partidário (2007) define a AAE como um instrumento de avaliação de impactos de natureza estratégica cujo objetivo é facilitar a integração ambiental e a avaliação de oportunidades e riscos de estratégias de ação no quadro de um desenvolvimento sustentável, alertando que as estratégias de ação estão fortemente associadas à formulação de políticas e que são desenvolvidas no contexto de processos de planejamento e programação.

Ressalte-se que a AAE é uma avaliação prévia, equivalente, em certa medida, àquela realizada para projetos, obras ou atividades semelhantes. Todavia, como se pôde perceber das definições já apresentadas, seu maior potencial está em influenciar a própria formulação dos PPP's.

O processo de AAE apresenta algumas características específicas que merecem ser destacadas<sup>9</sup>. A primeira dessas características é que o processo de

---

<sup>9</sup> Informações extraídas a partir dos seguintes estudos: LIMA – Laboratório Interdisciplinar de Meio Ambiente. **Avaliação Ambiental Estratégica para o Setor de Petróleo e Gás Natural no Sul da Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2010, vol. 2, n. 2, Jan-Jun. p. 86-121.**

AAE é um processo **integrativo**, de forma a garantir a realização de avaliações ambientais de todas as decisões estratégicas relevantes e considerando as inter-relações entre os aspectos sociais, econômicos e biofísicos.

Uma segunda característica que merece destaque é que o processo de AAE é **focalizado**, ou seja, concentra-se nos efeitos ambientais significativos e em outros fatores-chave indispensáveis para o fornecimento de informações suficientes para o desenvolvimento do planejamento e para a tomada de decisão.

Também deve ser realçado o caráter **participativo** desse processo, que garante a informação e o envolvimento do público interessado e/ou afetado, assegurando o seu acesso à informação clara e de fácil entendimento e englobando os seus interesses e preocupações na documentação do processo e na tomada de decisão.

O processo de AAE é ainda **transparente**, ou seja, todos os envolvidos podem compreender como e por que determinada opção de políticas, planos, programas e projetos governamentais é escolhida.

Outra característica marcante da AAE deve ser a **credibilidade**, no sentido de que o processo seja conduzido com profissionalismo, rigor, honestidade, objetividade, imparcialidade e equilíbrio, sendo submetido a análises e verificações independentes.

Deve-se levar em conta ainda que o processo de AAE deve ser **direcionado para a sustentabilidade**, ou seja, deve facilitar a identificação das opções de desenvolvimento e de propostas alternativas que sejam mais sustentáveis.

E uma última característica que merece destaque nesse processo é a **flexibilidade**, que assegura sua capacidade de ajuste ao processo de decisão ao qual se aplica, isto é, possibilita que esta se dê segundo um quadro de questões estratégicas que encerrem a perspectiva de sustentabilidade. Para tal, deve estar

---

**Bahia.** Estudo elaborado pelo LIMA do COPPE/UFRJ, sob a coordenação geral do Prof. Emílio Lèbre La Rovere, a pedido das empresas El Paso, Petrobrás, Queiroz Galvão, Ipiranga e Petroserv. Disponível em: <[http://plantaee.lima.coppe.ufrj.br/aae\\_relatoriofinal](http://plantaee.lima.coppe.ufrj.br/aae_relatoriofinal)>. Acesso em: 17 set. 2009; IAIA, Strategic Environmental Assessment: performance criteria. IAIA: Special Publication Series No. 01, January, 2002. Disponível em: <[http://www.iaia.org/Members/Publications/Special\\_Pubs/sp1.pdf](http://www.iaia.org/Members/Publications/Special_Pubs/sp1.pdf)>. Acesso em: 17 set. 2009.

articulada com o processo de decisão específico da iniciativa estratégica objeto de avaliação, nele introduzindo uma prática de avaliação ambiental que deve estar continuamente articulada com as etapas e atividades de planejamento.

Como se percebe, a adoção da AAE pode ser um importante instrumento de política pública, bem como uma forma de garantir que a noção de sustentabilidade esteja permeando todo o processo decisório da Administração, desde o mais alto nível da tomada de decisão até o estágio de projetos. Dessa forma, há uma maior garantia de que o direito fundamental a um meio ambiente equilibrado seja respeitado.

### 3.2 Breve Histórico e Evolução

A partir da década de 60, as relações entre as ações de desenvolvimento e suas consequências ambientais tornaram-se foco e objeto recorrente de estudos. Segundo Brian Clark (1994), nos países desenvolvidos e de forma semelhante nos países em desenvolvimento, essa preocupação levou o público a exigir que os fatores ambientais fossem explicitamente considerados no processo de decisão.

O Ato da Política Nacional para o Meio Ambiente (The National Environmental Policy Act – NEPA)<sup>10</sup>, de 1969, é considerado como o primeiro documento legal a estabelecer, de uma forma ampla, as ligações entre o processo de tomada de decisão e as preocupações com a manutenção da qualidade ambiental.

Segundo Paulo César Egler ([s.d.]), foram criados importantes instrumentos administrativos para a implementação do NEPA, especialmente o ato de declaração de impactos ambientais – *Environmental Impact Statement* (EIS), também conhecido como Estudo de Impacto Ambiental, EIA – e a Avaliação de Impactos Ambientais, que é o processo associado a essa declaração.

---

<sup>10</sup> O NEPA foi aprovado pelo Congresso Americano no final de 1969 e promulgado pelo presidente Nixon em 01 de janeiro de 1970, como relata Brian Clark, tendo como objetivos “estabelecer uma política nacional para promover um equilíbrio produtivo e saudável entre o homem e o ambiente, promover os esforços tendentes a evitar ou eliminar os danos ao ambiente e à biosfera e melhorar a saúde e o bem-estar do homem, enriquecer os conhecimentos sobre os sistemas ecológicos e sobre os recursos naturais mais importantes para a Nação e criar um Conselho para a qualidade do Ambiente (Council on Environmental Quality)”.

Egler<sup>11</sup> relata ainda que a partir do NEPA, diversos países passaram a adotar o processo de AIA como procedimento para incorporar questões socioambientais nas atividades de planejamento e tomada de decisão.

Apesar da AIA ter marcado presença na promoção da causa ambiental, este instrumento possui algumas deficiências importantes, mesmo quando e onde o processo de AIA é tido como apropriadamente adequado e utilizado. Dentre essas deficiências, a mais importante é que o processo tende a ocorrer tardiamente no processo de planejamento e de desenho de um empreendimento, tornando-se “difícil assegurar que todas as alternativas possíveis e relevantes ao projeto sejam adequadamente consideradas” (O’RIORDAN & SEWELL, 1981; ARMOUR, 1991; DARRIEUTORT, 1991; WOOD & DEJEDDOUR, 1992; SHEATE & CERNY, 1992; THÉRIVEL *et al.*, 1992; LEE & WALSH, 1992; WILSON, 1993; SHEATE, 1993 *apud* EGLER, [s.d.], p. 2).

Embora seja possível argumentar que a avaliação de impacto ambiental tenha nascido estratégica<sup>12</sup>, é somente no início da década de 90 que a AAE passa a se firmar como um campo de atividades desvinculada da AIA de projetos.

No fim da década de 90 surgiram alguns trabalhos de síntese (PARTIDÁRIO & CLARK, 2000), enquanto quantidades crescentes de *papers* eram publicadas em periódicos e um número apreciável de comunicações eram apresentadas nos congressos anuais da *International Association for Impact Assessment – IAIA*.

---

<sup>11</sup> O autor destaca que ainda que “A existência hoje, em qualquer país, de um processo de estudo de impactos ambientais é um critério utilizado para demonstrar que o ambiente (físico e social) está sendo considerado na implementação de empreendimentos, independentemente se esse processo está sendo apenas usado como um procedimento formal de legitimação, ou como um instrumento efetivo de negociação e mediação. Decorridos trinta anos do estabelecimento do processo de AIA as avaliações demonstram que resultados positivos foram alcançados na consideração dos aspectos ambientais e sociais no processo de desenho e implementação de projetos de desenvolvimento (EGLER, [s.d.]).

<sup>12</sup> Segundo Luis Enrique Sánchez essa possibilidade advém em virtude da National Environmental Policy Act dos Estados Unidos demandar uma avaliação prévia de impactos de quaisquer ações que possam afetar significativamente a qualidade do ambiente humano, uma vez que o termo ações é interpretado como incluindo não somente obras ou atividades, mas também outras iniciativas governamentais como planos e programas. Segundo o autor, esse entendimento deu origem, naquele país, ao termo “estudo de impacto ambiental programático” para designar os estudos de impacto ambiental feitos para tais iniciativas (SÁNCHEZ, [s.d.]).

Atualmente, a AAE parece estar em crescente consolidação, como resultado do desenvolvimento de leis e políticas internacionais. Além disso, as agências multilaterais de desenvolvimento introduziram algumas formas de avaliação setoriais e regionais que se aproximam do conceito de AAE.

Conforme ensina Riki Therivel (2004), alguns países europeus estabeleceram inicialmente requerimentos para aplicação de avaliações ambientais estratégicas a partir dos anos 80, mas foi só em julho de 2001 que os países membros da União Europeia aprovaram a Diretiva 2001/42/EC, que estabelece princípios gerais para um sistema de avaliação ambiental de planos e programas capazes de ter efeitos significativos sobre o meio ambiente. A Diretiva entrou em vigor três anos depois, em julho de 2004, e deixou a cargo dos Estados-membros o estabelecimento de especificidades processuais próprias, o que estimulou o surgimento de diversos guias, decretos e outros dispositivos legais por todos os países da União Europeia.

Ainda segundo o mesmo autor, um pouco mais recente, um Protocolo relativo à AAE foi desenvolvido no âmbito da Comissão Econômica para a Europa – UNECE, que também estabelece disposições para garantir as considerações ambientais na tomada de decisão relacionada a políticas e legislações.

### 3.3 Conveniência e Importância da AAE

Cada vez mais a AAE se firma como uma importante ferramenta de planejamento. Os pesquisadores elencam os principais motivos que realçam a importância desse instrumento, dentre os quais se pode destacar a sua possibilidade de envolver um processo de avaliação de impacto mais amplo que o restrito a projetos, a contribuição para políticas, planos e programas mais sensíveis à questão ambiental, a inserção da questão ambiental na tomada de decisão, a promoção de princípios do desenvolvimento sustentável e o aumento da transparência e do envolvimento da sociedade na discussão e na tomada de decisão de questões estratégicas.

Em virtude das imperfeições e limitações da avaliação de impacto ambiental de projetos, bem como de consequências socioambientais desfavoráveis de políticas,

planos e programas, acredita-se que a incorporação dos princípios da AAE nos processos de planejamento poderá estabelecer um contexto mais favorável a empreendimentos ambientalmente corretos, assim como poderá desencorajar ou até mesmo evitar aqueles mais prejudiciais.

Tanto os impactos adversos de PPP's quanto as limitações da avaliação de impactos ambientais de projetos, demonstram a importância da adoção da AAE.

A escolha de políticas sustentáveis requer a análise simultânea das dimensões ecológicas e econômicas, sendo este um dos principais desafios das Administrações Públicas.

### 3.3.1 Consequências negativas de políticas, planos e programas

A adoção de algumas políticas públicas pode desencadear efeitos colaterais com fortes abalos ao meio ambiente. Esses impactos socioambientais negativos são oriundos de decisões pouco acertadas devido à ausência de um correto planejamento.

Luís Enrique Sánchez relata que existem inúmeros exemplos de decisões governamentais relativas a políticas, planos ou programas que causaram ou têm causado impactos socioambientais adversos<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> O citado autor relata alguns casos, tais como o das políticas do governo federal brasileiro relativas à ocupação da Amazônia durante as décadas de 70 e 80 do século passado. Naquela época, para a visão governamental dominante, pouco importavam os custos e os benefícios da transferência de grandes contingentes populacionais vindos de outras regiões do país. O que determinava essa orientação eram razões de ordem geopolítica fundamentadas na percepção de setores dominantes dentro do aparelho governamental, de que países estrangeiros estariam planejando a ocupação da região. Assim, uma das políticas públicas que fundamentava esta orientação governamental era a concessão de benefícios fiscais para empresas e cidadãos que promovessem a derrubada da floresta, incluindo ainda o abatimento de até 50% no Imposto de Renda para investimentos e crédito agrícola subsidiado. Enquanto o crédito agrícola aplicado na Amazônia entre 1974 e 1980 foi multiplicado por 10, a maior parte dos projetos aprovados era do setor agropecuário e requeriam a derrubada da floresta. Mesmo a drástica e repentina redução do volume de crédito não foi capaz de frear a degradação, porque a maioria dos agricultores passou a praticar a tradicional derrubada e queima. Ainda houve casos como o do Programa Grande Carajás em que as formas de isenção fiscal favoreceram a implantação de diversas indústrias de ferro-gusa, que consumiam carvão vegetal proveniente de florestas nativas, assim como a instalação de várias madeireiras, o que terminou por aumentar a derrubada da floresta. Ainda a política agrícola favorecia a o uso insustentável da floresta, pois o INCRA – Instituto Nacional de

É de se destacar então que em situações em que uma política, plano ou programa antecede e influencia o desenvolvimento de projetos, a avaliação ambiental estratégica pode desempenhar papel significativo no sentido de compensar limitações da avaliação ambiental de projetos, mediante a incorporação das questões ambientais em todos os níveis da tomada de decisão.

Por isso, deve-se pensar o planejamento como uma sequência de variados níveis de tomada de decisão, partindo desde questões mais estratégicas, discutidas nas políticas e com pouca precisão, até a concepção de projetos, onde as informações são mais detalhadas, com cada nível influenciando a ação subsequente.

Sibout Nooteboom (2000, p. 151-160) comunga do mesmo entendimento. Fazendo a análise de algumas experiências de aplicação da AAE e sua relação com os diferentes níveis de tomada de decisão, o autor demonstra como as avaliações ambientais em níveis estratégicos podem realmente reduzir a abrangência e o escopo dos estudos de impacto ambiental de ações subsequentes.

É o que ele denomina de *funneling effect*, em que os impactos e as alternativas considerados vão sendo restringidos e focalizados nas questões que realmente podem ser influenciadas pelo poder de decisão do nível estratégico e de planejamento em questão.

Verifica-se, portanto, que o processo de planejamento de um empreendimento é convergente e a adoção da AAE possibilita que a análise e avaliação de alternativas estratégicas sejam realizadas na ocasião adequada, ou seja, no momento da elaboração de políticas, planos e programas.

---

Colonização e Reforma Agrária – concedia títulos de propriedades aos produtores que realizassem benfeitorias, sendo que a derrubada da floresta era entendida como benfeitoria. Assim, havia um claro prejuízo àqueles que mantinham a floresta de pé. Outro exemplo citado pelo autor é decorrente de um programa da Comunidade Europeia e do Governo Britânico para a proteção de paisagens e populações tradicionais de áreas montanhosas, que incluía subsídios para o pastoreio e capital para investimentos e melhorias nas propriedades rurais. Contudo, a avaliação de resultados do programa constatou que houve uma concentração da atividade de criação, bem como afetação dos sítios arqueológicos e redução substancial das áreas de vegetação seminatural (SÁNCHEZ, [s.d.], p. 3).

### 3.3.2 Insuficiência da avaliação de impactos ambientais

O Estudo de Impacto Ambiental – EIA, apresenta dificuldades para analisar, de forma satisfatória, os impactos cumulativos e os indiretos decorrentes do projeto. Luis Enrique Sánchez ([s.d.], p. 4-6) enumera alguns limites da avaliação individual de projetos.

Além das dificuldades de analisar os impactos cumulativos e os impactos indiretos, o autor ressalta que também os impactos de grande abrangência espacial não recebem o adequado tratamento nos estudos de impactos para projetos. Afirma que os estudos de impacto ambiental não se ocupam de impactos insignificantes ou de baixa significância, tampouco de ações que, tomadas individualmente, tenham baixo potencial de causar impactos significativos.

Assim, a contribuição e significância desses impactos para problemas ambientais de larga escala devem ser tratadas por um outro instrumento, com uma perspectiva mais abrangente e estratégica.

Outra dificuldade apontada por Sánchez é em relação à análise de alternativas, que também é restrita nas avaliações de projetos. Usualmente, os EIAs são feitos quando o projeto de engenharia está suficientemente delineado e quando as avaliações econômicas já indicam sua viabilidade. Isto quer dizer que o retorno a uma “posição estratégica” para análise de alternativas representaria um questionamento de decisões já tomadas, em função dos recursos já empregados na preparação do projeto e em sua avaliação econômica<sup>14</sup>.

Por fim, o autor expõe que outro limite da avaliação individual de projetos se encontra na cultura técnica e nas atribuições legais dos departamentos governamentais, asseverando que diversos projetos originam-se em órgãos com capacidade técnica restrita de análise de alternativas. Como exemplo, aduz que um departamento de estradas de rodagem não tem por missão, e por vezes nem mesmo competência técnica, para formular uma alternativa ferroviária e por isso

---

<sup>14</sup> O autor ressalta que o questionamento ainda pode ser feito, porém é na avaliação ambiental estratégica o melhor momento para fazê-lo, antes de efetuadas as escolhas de alternativas tecnológicas e localização dos projetos (SÁNCHEZ, [s.d.], p. 5).

devem as políticas públicas de transporte serem formuladas, discutidas e avaliadas num outro nível burocrático.

Apesar da clareza nas insuficiências da avaliação individual de projetos, Maria do Rosário Partidário (2000, p. 647-663) afirma que nem sempre as vantagens da AAE em relação ao fortalecimento dos estudos de impacto ambiental foram muito óbvias. As primeiras abordagens e experiências de AAE não pareciam compensar as deficiências dos estudos de impacto de projetos, e, como essas vantagens não apareciam de forma clara e evidente, esse instrumento era visto, muitas vezes, como ineficaz.

### 3.3.3 Promoção de sustentabilidade no processo de desenvolvimento

Outra razão que justifica a oportuna adoção dos procedimentos de avaliação ambiental estratégica é sua capacidade de promover a sustentabilidade no processo de desenvolvimento. Dessa forma, se o desenvolvimento sustentável é uma prática a ser alcançada por meio da integração das dimensões ambientais, sociais e econômicas<sup>15</sup> no processo de tomada de decisões, a AAE desempenha um papel decisivo para essa integração, em decorrência de sua capacidade de atuação como instrumento coordenador dos diferentes níveis das atividades de planejamento governamentais.

Como se vê, o estudo de impacto ambiental de projetos é insuficiente para avaliar questões mais estratégicas, como os impactos indiretos e globais de um empreendimento; ou, como instrumento para garantir o desenvolvimento sustentável. Acredita-se, portanto, que, com a avaliação ambiental estratégica, essas questões sejam avaliadas no momento do planejamento de ações estratégicas, como políticas, planos e programas.

---

<sup>15</sup> Paulo César Egler relata que “as outras medidas propugnadas para que se atinja o desenvolvimento sustentável são: (1) o estabelecimento de metas de qualidade ambiental e/ou de taxas de emissão que viabilizem o alcance dessas metas; (2) o fortalecimento institucional para se promover o alcance combinado de metas de qualidade ambiental e de desenvolvimento econômico; e (3) o uso intensivo de instrumentos econômicos para conduzir as economias para caminhos que viabilizem um desenvolvimento sustentável efetivo” (EGLER, [s.d.], p. 5).

Com efeito, espera-se que, como uma consequência da AAE, políticas e planos incorporem os requisitos necessários para o posterior desenvolvimento de projetos mais sensíveis à questão ambiental.

Promover melhores práticas ambientais ou medidas mitigadoras para políticas e setores que podem causar significativos impactos é, sem dúvida, um grande passo na tentativa de controlar desenvolvimento e meio ambiente. Entretanto, somente com uma abordagem proativa e através de um decurso sistemático de previsão e reflexão acerca das consequências ambientais das ações governamentais estratégicas, é que será possível gerar novas formas de desenvolvimento mais sustentáveis.

Essa é uma das principais justificativas utilizadas por aqueles que defendem e promovem a aplicação da AAE, posto que através desse instrumento se cria uma forma de alcançar e pôr em prática o conceito de sustentabilidade.

Por fim e como já descrito, a utilização da avaliação ambiental estratégica possui uma dimensão técnica e outra político-institucional. E essas duas dimensões possuem restrições que serão ainda analisadas no contexto desse trabalho.

#### **4 AS LEIS DE BASE DA AAE**

Em junho de 2001 foi publicada a Diretiva nº 2001/42/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, que prevê a avaliação e tentativa de antecipação dos efeitos ambientais de determinados planos e programas, tendo como objetivo a promoção de um desenvolvimento sustentável.

Em Portugal, foi editado o Decreto-Lei nº 232/2007, que transpõe esta diretiva para o direito interno português, estabelecendo um procedimento específico, para avaliação ambiental de planos e programas, diferente da avaliação individual de projetos.

É preciso destacar ainda o Decreto-lei nº 316/2007, que procedeu à adaptação do regime de avaliação ambiental estratégica, aos Instrumentos de Gestão Territorial – IGT, incorporando a análise sistemática dos efeitos ambientais dos planos, nos respectivos procedimentos de elaboração, alteração e revisão.

Entretanto, conforme determina o nº 2 do art. 1º do DL 316/2007<sup>16</sup>, cumpre ressaltar que o regime de avaliação ambiental estratégica de planos e programas constante do DL 232/2007 aplica-se subsidiariamente ao regime previsto no DL 316/2007, em tudo o que nele não esteja especificamente previsto.

Analisando os instrumentos legais, Maria do Rosário Partidário (2007) explica que o DL 232/2007 aprimora a diretiva porque orienta a avaliação ambiental para a discussão de grandes opções estratégicas de desenvolvimento.

Destaca ainda como pontos positivos, o fato do DL 232/2007 encorajar a avaliação de opções estratégicas; exigir que a avaliação ambiental seja conduzida durante a elaboração de um plano ou programa e antes da sua aprovação; a responsabilização da entidade proponente do plano ou programa; a consulta prévia a entidades com responsabilidade ambiental sobre o alcance do relatório da avaliação ambiental; a participação pública e institucional; o aumento da responsabilidade das instituições e da sociedade civil em estarem atentos aos efeitos ambientais das decisões de planejamento e programação e incluir a saúde no âmbito da avaliação ambiental.

Contudo, a autora também aponta alguns pontos negativos desse instrumento normativo, destacando que ele aplica-se a planos e programas que não são estratégicos. Outro ponto negativo destacado é que o Decreto sugere, em seu artigo 13, que a avaliação ambiental de planos e programas e a avaliação individual de projetos possam acontecer simultaneamente, o que seria inviável dado aos diferentes níveis de detalhes das informações envolvidas em cada caso, além da temporalidade de cada um dos processos de avaliação. Para ela este é um aspecto que exige urgente regulamentação.

Pode-se destacar ainda que em matéria de participação do público no processo de tomada de decisão no procedimento de elaboração e aprovação dos planos, o Decreto-Lei n.º 232/2007 também fica aquém do que se esperava, vez que nem

---

<sup>16</sup> Artigo 1º

(...)

2 - À avaliação ambiental dos instrumentos de gestão territorial aplica -se o presente decreto-lei e subsidiariamente o Decreto-Lei nº 232/2007, de 15 de Junho.

sempre assegura a continuidade da participação do público nem prevê mecanismos para exame posterior.

Há ainda outras deficiências decorrentes da diretiva que a legislação portuguesa foi obrigada a transpor para seu ordenamento. Entre elas pode-se citar que a orientação geral é para a produção de um Relatório Ambiental e não para a integração dos processos de planejamento e programação; a inviabilidade dos requisitos para o Relatório Ambiental, difíceis de concretizar para análises estratégicas e a lista de fatores ambientais que inclui fatores nem sempre relevantes.

No Brasil a matéria ainda é incipiente, não havendo intenso tratamento legislativo, como será adiante demonstrado. Há algumas orientações do Ministério do Meio Ambiente, que chegou a produzir um Manual de Avaliação Ambiental Estratégica e outras informações esparsas encontradas em órgãos públicos como a Secretaria de Estado de Meio-Ambiente e Desenvolvimento Sustentável de Minas Gerais, que traça metas para implementação da AAE.

## 5 A AAE COMO INSTRUMENTO DE GOVERNANÇA

Para que a adoção da AAE possa ser favorecida, o atual modelo de governança pública que acolhe o processo de planejamento e decisão requer avanços e melhorias. Tais melhorias devem se orientar pela definição de um sistema próprio de AAE, em contexto político-decisório específico.

É necessário o estabelecimento de redes interinstitucionais de governança ambiental pública, dotadas de canais próprios, dedicadas à proposição e à interlocução técnica e política entre as instituições envolvidas, e mecanismos de intervenção, aferição de responsabilidades e desempenho. Deve-se buscar a consolidação de uma cultura institucional de integração no planejamento do desenvolvimento.

Os processos de avaliação são incontestáveis, no modelo atual de governança pública, levando-se em conta um cenário de adoção de políticas e ações públicas eficazes (ARAGÃO *apud* GUEDES, 2008, p. 30), podendo ser entendidos como a sistemática apreciação da importância, adequação, progresso, eficiência, efetividade

e impactos do decorrer de uma ação. Esses processos devem estar voltados ainda para proporcionar uma informação útil, que dê o respaldo necessário que possibilite incorporar os ensinamentos aprendidos no processo de tomada de decisões e, por conseguinte, dê legitimidade às decisões públicas.

Os processos de avaliação podem ser classificados quanto ao momento em que ocorrem, quanto aos sujeitos envolvidos e quanto à sua finalidade (ARAGÃO *apud* GUEDES, 2008, p. 30).

Quanto ao momento em que ocorrem, podem ser iniciais, ou seja, antes de pôr em prática um programa ou ação; ou finais, isto é, ocorrendo ou durante a execução do programa/ação ou depois de concluídos estes.

Segundo o critério dos sujeitos, pode ser externa quando o envolvido é uma entidade alheia aos organismos avaliados; ou interna, no caso contrário; ou, ainda, independente, se os sujeitos não estão sob o controle dos responsáveis pelo desenho e implementação do programa, ação ou projeto.

No que tange às finalidades, pode ser **qualitativa**, no sentido de melhorar o desempenho, demonstrando as vantagens e desvantagens das políticas em causa, tendo lugar, normalmente, durante a fase de implementação de um programa, ação ou projeto, ou **quantitativa** quando o que se pretende é “produzir análises quantificadas de custos e benefícios, diretos ou indiretos” (ARAGÃO *apud* GUEDES, 2008, p. 30).

Estas diversas formas de avaliação também podem ser conjuntas ou não, quando nela participem diversas entidades e associados; podendo ser classificadas ainda em participativas ou não, quando no desenho, interpretação e implementação trabalham as diversas partes interessadas, incluindo os avaliados.

## 5.1 Participação Democrática e o Processo de Decisão

Feita a análise da legislação que orienta a AAE e dentro da análise da AAE como instrumento de governança, cabe agora o exame acerca de outro ponto de extrema importância para a realização de políticas públicas, qual seja, a participação democrática.

Um dos princípios ambientais mais importantes é o princípio da participação, segundo o qual os cidadãos devem participar dos procedimentos e das decisões ambientais, não apenas por serem os destinatários diretos destas, mas também pelo compromisso que todos devem ter para com a defesa e a proteção do meio ambiente.

E a participação pública é um dos requisitos de boa prática e um dos princípios essenciais da avaliação ambiental estratégica, cujo objetivo é o aumento da transparência no planejamento de ações estratégicas e o nível de envolvimento de grupos de interesse no debate dessas questões.

Na prática, a participação pública ocorre de formas diferentes e em momentos variados da AAE. O fato é que, tradicionalmente, a participação pública em situações estratégicas, quando ocorre, é de forma muito limitada e a AAE tende a facilitar a consolidação dessa prática.

Esse instrumento deve buscar sempre uma real influência do público na tomada de decisão, seguindo a nova lógica de atuação<sup>17</sup> da Administração Pública, promovendo uma participação ativa da sociedade, ou no mínimo fornecer uma oportunidade para que o público se expresse sobre a proposta antes de sua aprovação.

Assim, a implementação da AAE deve ser conjugada com o incentivo da participação democrática, incentivando a representatividade da população, de forma a valorizar e fortalecer os mecanismos de representação e participação da sociedade, para realçar sua capacidade de influenciar e intervir de forma direta na tomada de decisão.

---

<sup>17</sup> Terminologia utilizada por Vasco Pereira da Silva, que assevera “A Constituição adota um modelo procedimental de actuação administrativa, enquanto instrumento de realização do Estado de Direito democrático. E esta é uma opção fundamental, que integra o núcleo da constituição material, obrigando a uma nova lógica de actuação e de funcionamento da Administração Pública, que não tem apenas de cumprir a lei e de realizar o interesse público mas também, simultaneamente, de respeitar e garantir os direitos dos indivíduos, o que se realiza, designadamente, mediante um procedimento decisório aberto à participação dos particulares.” (SILVA, 2002, p. 131).

Caso essas medidas não sejam executadas em conjunto, restará prejudicada a democratização do processo de discussão pública de interesses coletivos. Ou seja, não faz sentido a adoção da AAE caso não influencie as decisões.

A participação social assegura integridade procedimental à abordagem das questões ambientais e à tomada de decisão, além de fornecer informações relevantes como insumo à formulação de políticas e de planos de desenvolvimento. É também importante para oferecer aos grupos de interesse a oportunidade de comunicar as suas preferências ambientais e seus valores e de contribuir para o processo de AAE.

Barry Sadler (2000) salienta que como a opinião de grupos de interesse sempre estará em conflito com a dos planejadores, a participação social acaba por fornecer informações importantes para que os tomadores de decisão reduzam os conflitos durante o processo de planejamento. Cabe assinalar, ainda, que os grupos de interesse contribuem com informações valiosas para melhorar o entendimento do processo de avaliação de impacto. A consulta prévia à sociedade auxilia a construção coletiva da proposta de planejamento, uma vez que contribui para o entendimento dos temas em discussão, inclusive do que está sendo planejado e dos seus potenciais impactos ambientais.

A qualidade da avaliação ambiental estratégica, especialmente quanto a sua verdadeira influência no processo decisório, no âmbito de sua colaboração para que políticas, planos e programas contribuam de forma efetiva para o desenvolvimento sustentável, ao invés de gerar maior degradação ambiental e desigualdade social é uma grande preocupação dos gestores públicos.

Por isso, é necessário estabelecer critérios que sejam capazes de promover efetiva participação no processo de AAE, incentivando a adoção de mecanismos de consulta a segmentos da sociedade, a especialistas, à sociedade civil organizada e à academia, além de consulta pública, quando da proposição de determinado plano de oferta de blocos. Com isso, seriam cumpridos os principais objetivos da participação, quais sejam, a identificação de potenciais conflitos, a promoção da transparência no processo de escolha e informação sobre as oportunidades e

ameaças associadas ao desenvolvimento das atividades que se pretende implementar.

Mesmo porque a participação social é atualmente um elemento essencial na elaboração das políticas públicas, cujo exercício é sua condição da legitimidade, tendo o direito de se expressar antes de serem adotadas soluções definitivas sobre as mesmas, detendo, inclusivamente, o poder de escolha entre alternativas possíveis.

Especialmente no que tange ao direito do Ambiente, que está intimamente ligado com a qualidade de vida e saúde impõe-se, como diz Ana Cláudia Guedes (2008, p. 30), “a promoção de uma cidadania consciente, activa e responsável, que sirva para cultivar hábitos de participação e para desenvolver uma cultura de consumo de serviços sustentável”.

Somente com a implementação desses mecanismos é possível evitar a instrumentalização desrespeitosa do público, garantido às populações sólida formação e ampla informação. Assim, quanto maior a participação social – e o nível dos cidadãos participantes – melhor tende a ser o processo decisório e conseqüentemente os planejamentos adotados na AAE.

## **5.2 Breve Percurso da Participação Democrática no Mercosul e União Europeia**

Conforme já delineado, para que os indivíduos possam exercer plenamente sua cidadania ambiental é fundamental o direito à informação e à participação. Tal preocupação foi estampada em 1992 na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que em seu princípio 10 prevê que os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos, proporcionado ainda o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos.

No Mercosul foi aprovado, em 2001, o Acordo-Quadro sobre o Meio Ambiente. Tal regulamento, instituído no ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 5.208, de 2004, além de estipular como princípio a promoção de uma efetiva participação da

sociedade civil no tratamento das questões ambientais, reforça a necessidade dos Estados Partes de incrementar o intercâmbio de informação sobre leis, regulamentos, procedimentos, políticas e práticas ambientais, bem como “estimular a harmonização das diretrizes legais e institucionais com o objetivo de prevenir, controlar e mitigar os impactos ambientais nos Estados Partes, com especial atenção às áreas fronteiriças” e ainda “promover a educação ambiental formal e não formal e fomentar conhecimentos, hábitos de conduta e a integração de valores orientados às transformações necessárias ao alcance do desenvolvimento sustentável no âmbito do Mercosul” (art. 6º).

Contudo, somente o fato de determinada norma jurídica estipular essas ações não garante efetividade à participação social. Para que a participação social na tomada de decisão se torne eficaz, é necessária que a informação repassada à população seja acessível e de qualidade, além de fidedigna. O direito de acesso à informação é indispensável para a garantia do meio ambiente equilibrado e saudável, sendo direito fundamental do cidadão, resguardado ainda no texto da Agenda 21<sup>18</sup>.

Além da informação é necessário capacitar os cidadãos para o efetivo exercício do direito de participação. Cumpre ressaltar, como já dito, que somente prever mecanismos de participação não garantem a aplicação desses mecanismos, nem que, sendo aplicados, o serão de forma democrática. No caso brasileiro, apesar do ordenamento prever esses mecanismos, na prática eles são aplicados nos procedimentos das avaliações de impacto ambiental, raramente integrando os planos, programas e políticas governamentais.

Já na União Europeia, um importante instrumento que visa a garantia da participação popular no processo de decisão é a Convenção de Aarhus. Esta

---

<sup>18</sup> O parágrafo 40.22 da Agenda 21 determina que “os países e as organizações internacionais devem rever e fortalecer os sistemas e serviços de informação em setores relacionados com o desenvolvimento sustentável nos planos local, provincial, nacional e internacional. Deve-se dar ênfase especial à transformação da informação existente em formas mais úteis para a tomada de decisões e em orientá-la para diferentes grupos de usuários. Devem-se estabelecer ou fortalecer mecanismos para converter as avaliações científicas e socioeconômicas em informação adequada para o planejamento e a informação pública. Devem-se utilizar formatos eletrônicos e não eletrônicos.

Convenção se encontra em vigor desde 30 de Outubro de 2001 e parte do princípio de que uma melhoria da participação e da sensibilização dos cidadãos para os problemas ambientais conduz a uma melhoria da proteção do ambiente.

Assim, a Convenção de Aarhus tem por objetivo contribuir para a proteção do direito de cada pessoa, das gerações presentes e futuras a viver num ambiente favorável à sua saúde e bem-estar. Para alcançar seu objetivo, a Convenção apresenta três pilares fundamentais, a saber: Garantia do acesso do público à informação sobre ambiente de que dispõem as autoridades públicas; Promoção da participação do público na tomada de decisões com efeitos sobre o ambiente e Alargamento das condições de acesso à justiça em matéria de ambiente.

Quanto ao acesso do público à informação sobre o ambiente a Convenção prevê direitos e obrigações bem definidos especialmente no que tange aos prazos de transmissão da informação e os motivos pelos quais as Autoridades Públicas podem recusar-se a fornecer acesso a determinados tipos de informação. São três os casos principais em que é admitida a recusa ao acesso, quais sejam, quando a autoridade pública não dispõe da informação; quando a questão é manifestamente abusiva ou formulada de maneira demasiado geral e quando a pergunta diz respeito a documentos em fase de elaboração.

Vale registrar que a decisão de recusa de acesso deve ser sempre acompanhada dos motivos que a justificam e indicar as vias de recurso à disposição do interessado.

As autoridades públicas devem manter atualizadas as informações que possuem e, para isso, devem elaborar listas, registros e arquivos acessíveis ao público. Ainda deve ser favorecida a utilização de bases de dados eletrônicas, incluindo relatórios sobre o estado do ambiente, legislação, planos e políticas nacionais e convenções internacionais.

Quanto à participação do público no processo de tomada de decisão, a Convenção assegura atividades específicas determinadas para a garantia da efetiva participação, determinando que a decisão final da autorização deve ter em conta o resultado da participação do público. O público deve ser informado desde o início do

processo de tomada de decisão, levando-se em conta o tema, a natureza da decisão, a autoridade responsável e o procedimento previsto.

A Convenção tenta favorecer a participação do público, determinando que os prazos do processo decisório permitam a efetiva participação, bem como a participação pública no quadro da elaboração de políticas relativas ao ambiente, bem como das normas e da legislação suscetíveis de terem um impacto significativo no ambiente.

No que tange ao acesso à justiça no domínio do ambiente, há previsão para a regulação de litígios relacionados com atos ou omissões de particulares ou autoridades públicas que infrinjam as disposições legislativas ambientais nacionais. Ainda, está garantido o acesso à justiça no caso de uma violação do procedimento de participação previsto pela Comunidade.

Igualmente, o público poderá recorrer à justiça em condições adequadas no quadro da legislação nacional quando considerar que foi lesado nos seus direitos em matéria de acesso à informação – pedido de informação ignorado, recusado abusivamente ou fornecido de modo insuficiente.

## **6 VANTAGENS E RESTRIÇÕES POLÍTICAS PARA A ADOÇÃO DA AAE**

A maioria dos estudos sobre o processo de AAE acaba por enfatizar as razões para sua implementação. Todavia, é também necessária uma abordagem crítica para que possa constantemente buscar o aprimoramento desse importante instrumento de política pública.

As principais restrições à utilização da avaliação ambiental estratégica estão ligadas às áreas técnica e política. Inicialmente cabe dizer que a limitada experiência do processo de AAE não permite uma avaliação sistemática de sua implementação, razão pela qual a abordagem que se segue se dará de forma preliminar.

Como relata Paulo César Gonçalves Egler ([s.d.], p. 11), o NEPA foi ainda um importante exemplo de legislação cujo objetivo foi o de estimular a integração entre as diferentes instituições ambientais com ações diretas ou indiretas no ambiente. Esse é um interessante aspecto que merece destaque, em razão da segmentação

das políticas existentes haver sido um dos primeiros problemas identificados na década de 1960.

Contudo, ainda que esse fato tenha sido diagnosticado ao longo das quatro últimas décadas como uma questão prejudicial à efetiva implementação de políticas ambientais, até o momento não foi realizada nenhuma ação com o propósito de solucionar a questão da fragmentação das políticas, que encontra justificativas no fato do ambiente ser tratado como composto de separados e diversos recursos, meios e sistemas – por exemplo água, ar, solos e plantas.

É de se destacar que a AAE relaciona-se diretamente com outros instrumentos de gestão, sendo indissociável de uma política de desenvolvimento sustentável. Seus benefícios somente tornam-se efetivos se a AAE for conduzida de modo integrado com outros mecanismos de decisão, daí a necessidade de se eliminar a fragmentação.

Entre os instrumentos cujo emprego deve se compatibilizar com o da AAE, situam-se os de promoção da sustentabilidade, como as estratégias nacionais de sustentabilidade, os programas nacionais de política ambiental, os planos operacionais de gestão ambiental, as Agendas 21. A integração das ações derivadas destes instrumentos permite tirar partido das sinergias decorrentes da importância e dos objetivos de cada um deles.

A AAE também se relaciona com a avaliação de impacto ambiental. Essa associação é fundamental, vez que as duas provêm da mesma família de instrumentos de gestão ambiental e são complementares, na medida em que os projetos necessários para sua implementação sucedem aos planos e programas.

O grande benefício da AAE reside na capacidade de auxiliar a decisão a fazer escolhas estratégicas sobre as prioridades de desenvolvimento baseadas na utilização de recursos naturais e culturais, em contextos complexos e com objetivos frequentemente em conflito, num cenário de integração, a longo prazo e sustentável, como um facilitador da decisão.

A AAE não pode, e não deve, servir para avaliar os impactos de planos e programas com soluções já finalizadas. Enquanto a AAE continuar a ser entendida como um instrumento regulador de tipo AIA, de natureza reativa e burocrática,

aplicando-se daquele mesmo modo a planos e programas, estará em desprezo seu enorme potencial de apoio a processos de sustentabilidade que a dimensão estratégica do instrumento possibilita (PARTIDÁRIO, 2007).

Daí se conclui que a verdadeira medida do sucesso da AAE será sua capacidade de influenciar as decisões e não a confecção de relatórios volumosos ou bem ilustrados, como nas avaliações individuais de projeto.

## **7 ABORDAGEM SINTÉTICA DA AAE NO BRASIL**

A legislação ambiental brasileira tem seus fundamentos estabelecidos na Constituição da República de 1988 e na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – Lei nº 6.938/1981, não havendo nenhuma norma institucionalizada, em âmbito nacional, específica de AAE.

Em 1994, houve em São Paulo uma tentativa de se institucionalizar a AAE, em decorrência do reconhecimento das limitações do processo de AIA e em função da necessidade de se avaliar as consequências ambientais das políticas e programas setoriais. Em 29 de dezembro, o CONSEMA – Conselho Estadual de Meio Ambiente editou a Resolução SMA-44, que criava a Comissão de Avaliação Ambiental Estratégica, subordinada ao Secretário Estadual de Meio Ambiente, com a atribuição de analisar a introdução da variável ambiental em PPP governamental de interesse público.

De acordo com a resolução, ao CONSEMA e à SMA – Secretaria Estadual de Meio Ambiente, cabiam as seguintes atribuições: avaliar as consequências ambientais das diretrizes setoriais; definir o conteúdo e elaborar termos de referência para a elaboração dos estudos; analisar os seus resultados; e produzir relatórios e pareceres sobre a aprovação das AAE dos PPP's.

Como desdobramento da edição da Resolução SMA-44/94, a SMA encomendou, em 1997, a realização de um estudo denominado Procedimentos Alternativos para a Operacionalização da AAE no Sistema Estadual de Meio Ambiente, que envolveu: o levantamento do estado da arte da experiência internacional; a proposição de diretrizes capazes de orientar o desenvolvimento da

AAE no Estado de São Paulo, com base na análise da base institucional vigente e a formulação de procedimentos alternativos para a regulamentação da matéria.

Segundo Ministério do Meio Ambiente, o estudo criticou o fato de a Resolução SMA-44/94 induzir a reprodução do modelo de AIA – em que a análise e aprovação dos EIAs era realizada pelo CONSEMA –, com o risco de se instituir um processo de licenciamento ambiental de PPP's ao invés de um novo processo de AAE<sup>19</sup>.

Luis Enrique Sánchez afirma que é importante destacar a decisão do Tribunal de Contas da União – acórdão 464/2004 – que recomenda a adoção da AAE na elaboração do Plano Plurianual e no planejamento de políticas, planos e programas setoriais, que seria outro grande impulso para a expansão da AAE no Brasil<sup>20</sup>.

Ainda é importante mencionar nesse processo o Estatuto das Cidades – Lei 10.257/2001, que dentre outros importantes avanços, determina um conteúdo mínimo para o plano diretor e estabeleceu normas para sua elaboração; condiciona o Plano Diretor como orientador da definição das diferentes áreas do município onde poderá incidir a utilização dos instrumentos por ele criados para que os municípios possam implantar uma política de desenvolvimento e de expansão urbana; institui diversos instrumentos de política urbana, vinculando-os ao plano diretor, e também estabelece normas para sua elaboração participativa – tratando, em capítulo específico, da gestão democrática da cidade, da participação da população na definição das políticas públicas.

Apesar da realidade atual da avaliação ambiental estratégica se mostrar muito mais tímida no Brasil do que na maioria dos países europeus, sua adoção vem sendo incentivada pelo Ministério do Meio Ambiente desde 2002, a partir da elaboração do Manual de Avaliação Ambiental Estratégica.

Na prática, a experiência de utilização da AAE no Brasil ainda é incipiente e sua aplicação tem sido maior na elaboração de alguns estudos ambientais de

<sup>19</sup> O histórico até aqui delineado encontra-se descrito no Manual de Avaliação Ambiental Estratégica desenvolvido pelo Ministério do Meio Ambiente (MMA, 2002, p. 44 e ss.).

<sup>20</sup> Sánchez relata que a decisão foi proferida após auditoria de natureza operacional e análise de aplicabilidade da AAE pelo Governo Federal. (SÁNCHEZ, [s.d.], p. 13).

projetos estruturantes<sup>21</sup>, para avaliar impactos sinérgicos, cumulativos e estratégicos. São exemplos a AAE do projeto do gasoduto Bolívia-Brasil, executada por solicitação do BID e do Banco Mundial, aplicação da AAE para o Programa Rodoanel na Região Metropolitana de São Paulo; experiências recentes de aplicação da AAE para a avaliação de impactos cumulativos de múltiplos projetos de geração de energia hidrelétrica nas bacias hidrográficas dos rios Tocantins e Tibagi (MMA, 2002, p. 45).

Porém a regulamentação da AAE seria importante para legitimar os condutores da AAE em virtude da necessária articulação institucional e promoção de ações vitais para a participação popular no processo, além de viabilizar a alocação de recursos humanos e financeiros para sua implementação.

A necessidade de regulamentação legal da aplicação da AAE também é reconhecida pelo próprio Ministério do Meio Ambiente, que no Manual divulgado destaca que “para a instituição da AAE no País, é todo necessário criar uma base legal mínima que apoie e facilite sua implementação e que, pelo menos, determine: as responsabilidades dos órgãos e das instituições encarregadas da formulação de política e do planejamento; as instâncias e fontes de recurso para a realização dos estudos; as instâncias encarregadas da revisão do processo; o papel dos órgãos e instituições de meio ambiente; e os mecanismos de consulta aos grupos de interesse” (MMA, 2002, p. 68).

Vale destacar que atualmente tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 2.072/2003, elaborado pelo deputado Fernando Gabeira, que pretende a institucionalização da AAE no âmbito federal. Por meio de alteração da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, o projeto prevê a realização da AAE no processo de formulação de PPP's, definindo as regras básicas desse instrumento. De acordo com a proposta, os órgãos da administração pública direta e indireta responsáveis pela formulação de PPP's ficam obrigados a realizar a AAE dos PPP's que formular.

---

<sup>21</sup> Termo sugerido pelo Manual do MMA, por ter sido utilizado no Estudo dos Eixos para designar intervenções que provocam alterações em cadeia numa dada situação – econômica, ambiental, social levando a um estágio superior de sua evolução (MMA, 2002, p. 44).

No Brasil a aplicação da AAE ganha força especialmente pelos esforços já realizados para colocar em prática o Programa de Zoneamento Ecológico Econômico – ZEE. Como um dos principais objetivos do ZEE é o desenvolvimento de um processo de avaliação do uso do território que considere a integração dos domínios econômico, social e ambiental no processo de tomada de decisão. Assim percebe-se que a AAE pode apoiar-se nos subsídios técnicos do ZEE para facilitar o processo de definição de políticas adequadas para o desenvolvimento.

## 8 CONCLUSÕES

É possível constatar, pelo estudo realizado, que a verificação das consequências ambientais, no âmbito da AIA, tem sido insuficiente para conter os efeitos indiretos do projeto analisado, vez que ocorre num momento em que a possibilidade de apostar e escolher entre diferentes alternativas de desenvolvimento é muito limitada.

Como já dito, o processo de AAE pode se tornar um importante instrumento para solucionar as limitações do processo de AIA e, mais ainda, para efetivamente implementar a sustentabilidade no processo de desenvolvimento. Além disso, caminha para se tornar uma útil ferramenta de integração de políticas, planos e programas dos diversos órgãos das Administrações que, por vezes, são formulados de maneira conflitante e implementados de forma fragmentada<sup>22</sup>.

Assim, a avaliação ambiental estratégica pode contribuir para que decisões públicas e privadas sejam mais compatíveis com as necessidades de um futuro comum sustentável. Daí se conclui que há uma urgente necessidade de mudança nos paradigmas das políticas de planejamento, que deve requer que o ambiente seja pensado a partir de uma perspectiva ampla.

---

<sup>22</sup> Para Canotilho, a adoção de políticas e ações públicas devem ter como base a eficácia, eficiência e efetividade dos processos avaliativos, o que só é obtido pela adoção de visões integrativas, refletindo a necessidade de uma “avaliação integrada de impacto ambiental incidente não apenas sobre projectos públicos ou privados isoladamente considerados, mas sobre os próprios planos” (CANOTILHO, 2001/2002, p. 12).

Na linha de raciocínio desenvolvida neste trabalho, percebe-se que adoção da avaliação ambiental estratégica vai ao encontro dos interesses da sustentabilidade que tanto necessita de definição de políticas mais adequadas para o desenvolvimento, tanto em nível global, regional ou local.

Há que se identificar ainda o duplo objetivo da AAE, qual seja, identificar antecipadamente as consequências dos PPP's a fim de evitar, atenuar ou compensar impactos adversos e influenciar diretamente o desenho de novos PPP's que levem em conta os impactos socioambientais e contribuam para o desenvolvimento sustentável, ajudando a formular as opções estratégicas.

Dessa forma é possível perceber três grandes desafios para disseminação e sucesso do processo de AAE: 1) promover e ajudar a compreender os desafios da sustentabilidade; 2) encorajar a vontade política no sentido da integração das questões de ambiente e sustentabilidade na tomada de decisão e 3) mudar mentalidades e criar uma cultura estratégica na tomada de decisão.

Como a AAE agrega as políticas públicas ambientais, num espaço de democracia participativa, otimizando os mandamentos constitucionais fundamentais de proteção ao meio ambiente, favorecendo a sua aplicabilidade. O Estado tem que cumprir os fins constitucionalmente determinados, organizando-se racional e eficazmente para tal. Nessa toada, a adoção da Avaliação Ambiental Estratégica justifica-se pelo papel que pode vir a desempenhar na promoção da sustentabilidade. Se a sustentabilidade é um desiderato, um imperativo e uma prática a ser realizada, mediante a integração das dimensões ambiental, social e econômica no processo de tomada de decisão, a Avaliação Ambiental Estratégica apresenta-se no seu papel decisivo de instrumento da integração.

Não há como a sociedade imprimir eficácia, mediante a sua participação, na elaboração do Estudo de Impacto Ambiental se não se dispõe de uma ferramenta como a gestão ambiental integrada, que implica a Avaliação Ambiental Estratégica.

Portanto, não há dúvidas de que a AAE pode ser encarada como grande concretizadora do direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. A concretização dos direitos fundamentais a partir de políticas públicas

infraconstitucionais passa, inicialmente, pela análise da compatibilidade entre tais políticas e o sistema constitucional de proteção aos direitos fundamentais.

Por fim, cumpre ressaltar que a avaliação ambiental estratégica deve ser usada na formulação e desenvolvimento de planos e programas e não para submissão desses planos ao processo AAE. Como ensina Luis Enrique Sánchez ([s.d.], p. 17), é preciso encontrar meios que facilitem a institucionalização da AAE, mas com bastante cuidado para que ela não se transforme em mais um obstáculo burocrático a ser exercido pelos tomadores de decisão, evitando que se constitua num processo lento, repleto de formalidades procedimentais e com pouco conteúdo substantivo, o que seria incompatível com os modernos tempos de governo.

É nessa perspectiva que a AAE, como um instrumento de planejamento e suporte à tomada de decisão de natureza estratégica, pode exercer as funções de facilitadora de atitudes diferenciadas quanto ao futuro, contribuindo para processos mais eficientes de governança e indicando opções para o reordenamento das atuais bases de avaliação ambiental e decisão.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGENDA 21. Disponível em: <[http://www6.cptec.inpe.br/mudancas\\_climaticas/pdfs/texto\\_agenda21.pdf](http://www6.cptec.inpe.br/mudancas_climaticas/pdfs/texto_agenda21.pdf)>. Acesso em: 29 ago. 2009.

ALVES, Alair Caffé e JR. Arlindo Philippi. **Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental**. Manole. Barueri: 2005.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ANTUNES, Tiago. **O Ambiente entre o Direito e a Técnica**. Associação Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: 2003.

ARAGÃO, Alexandra. A Governância na Constituição Europeia: uma oportunidade perdida? *Studia Iuridica*, n.º 84, ad honorem-2/colloquia-14, Coimbra, p. 133 e ss. *apud* GUEDES, Ana Cláudia. **Avaliação Ambiental Estratégica: Fundamentos regulatórios constitucionais e princípios**. Duas experiências europeias. Coimbra: 2008, p. 30.

BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira* in: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens. (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Decreto nº 5.208, de 17 de setembro de 2004**. Promulga o Acordo-Quadro sobre Meio Ambiente do Mercosul. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5208.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5208.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2009.

BRASIL. **Lei 10.257, de 10 de julho de 2001**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)>. Acesso em: 28 jul. 2009.

BRITO, António José dos Santos Lopes de. **A Protecção do Ambiente e os Planos Regionais de Ordenamento do Território**. Almedina. Coimbra: 1997.

CAEIRO, Alberto. O guardador de rebanhos, VII, 1ª estrofe. *In*: QUADROS, António. (Ed.). **Obra Poética e em Prosa**. Porto: Lello & Irmão, 1986.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. **Revista do CEDOUA**. Ano 2001/2002, p. 12.

CLARK, Brian. *O processo de AIA: Conceitos Básicos in* PARTIDÁRIO, Maria do Rosário e JESUS, Júlia de. **Avaliação do Impacte Ambiental**. Lisboa: CEPGA – Centro de Estudos de Planeamento e Gestão do Ambiente, 1994.

DAC, Guideline and Reference Series. **Applying Strategic Environmental Assessment. Good Practice Guidance for Development Co-operation**. OECD Publishing. 2006.

DECLARAÇÃO do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=18&idConteudo=576>>. Acesso em: 31 ago. 2009.

EGLER, Paulo César Gonçalves. **Perspectivas de uso no Brasil do processo de Avaliação Ambiental Estratégica**. Disponível em: <<http://ftp.mct.gov.br/CEE/revista/Parcerias11/12paulo.pdf>>., Acesso em: 17 mar. 2009.

EMERIQUE, Lílian M. Balmant. **Direito fundamental como oposição política**. Curitiba: Juruá, 2006.

GABEIRA, Fernando. Projeto de Lei. Altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, a fim de dispor sobre a avaliação ambiental estratégica de políticas, planos e programas. Câmara dos Deputados, Brasília, 2003. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/166730.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2009.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira. **O Lugar do Direito na Protecção do Ambiente**. Almedina. Coimbra: 2007.

\_\_\_\_\_. **Apontamentos críticos ao Anteprojecto de Lei de Bases do Ordenamento do Território** *in* Revista Jurídica da Associação Académica de Direito da Universidade de Lisboa, nº 22.

\_\_\_\_\_. **Arguição à tese de doutoramento do mestre Luís Colaço Antunes com o título «O Procedimento Administrativo de Impacto Ambiental» apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra** *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol.XXXIX,1998, p.839-849.

GOMES, Carla Amado. **Textos diversos de Direito do Ambiente e Matérias Relacionadas**. Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: 2008.

GOMEZ OREA, Domingo. **Evaluación Ambiental Estratégica: un instrumento para integrar el Medio Ambiente en la Elaboración de Planes y Programas**. Mundi-Prensa. 2007.

GUEDES, Ana Cláudia. **Avaliação Ambiental Estratégica: Fundamentos regulatórios constitucionais e princípios**. Duas experiências europeias. Coimbra: 2008.

IAIA, Strategic Environmental Assessment: performance criteria. IAIA: Special Publication Series n. 01, January, 2002. Disponível em: <[http://www.iaia.org/Members/Publications/Special\\_Pubs/sp1.pdf](http://www.iaia.org/Members/Publications/Special_Pubs/sp1.pdf)>. Acesso em: 17 set. 2009.

LIMA – Laboratório Interdisciplinar de Meio Ambiente. **Avaliação Ambiental Estratégica para o Setor de Petróleo e Gás Natural no Sul da Bahia**. Estudo elaborado pelo LIMA do COPPE/UFRJ, sob a coordenação geral do Prof. Emílio Lèbre La Rovere, a pedido das empresas El Paso, Petrobrás, Queiroz Galvão, Ipiranga e Petroserv. Disponível em: <[http://plantaee.lima.coppe.ufrj.br/aae\\_relatoriofinal](http://plantaee.lima.coppe.ufrj.br/aae_relatoriofinal)>. Acesso em: 17 set. 2009.

- MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. Malheiros. São Paulo: 2006.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MINISTÉRIO do Meio Ambiente. MMA. **Avaliação Ambiental Estratégica**. Brasília: MMA/SQA. 2002.
- MIRANDA, João. SILVA, Vasco Pereira da. **Verde Código - Legislação de Direito do Ambiente**. Almedina. Coimbra: 2004.
- MORATO LEITE, José Rubens. (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- NOOTEBOOM, Sibout. **Impact Assessment and Project Appraisal**. Volume 18, number 2, June 2000, pages151-160, Beech Tree Publishing, 10 Watford Close, Guildford, Surrey, UK. Disponível em: <http://docserver.ingentaconnect.com/deliver/connect/beech/14615517/v18n2/s7.pdf?expires=1237894221&id=49612509&titleid=896&accname=Univ.of+Lisbon&checksum=F2DB5207C420ABE4524049C17B263909>. Acesso em: 28 ago. 2009.
- ODUM, Eugene P. **Fundamentos de Ecologia**. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa: 2004.
- PARTIDÁRIO, Mária do Rosário; CLARK, Ryan. (Eds.), **Perspectives on Strategic Environmental Assessment**, CRC / Lewis Publishers, New York, 2000.
- \_\_\_\_\_.; JESUS, Júlia de. **Avaliação do Impacte Ambiental**. Lisboa: CEPGA – Centro de Estudos de Planeamento e Gestão do Ambiente, 1994.
- \_\_\_\_\_. **Avaliação Ambiental Estratégica e a avaliação ambiental de planos e programas exigida nos termos do Decreto-Lei n.º 232/2007, de 15 De Junho**. Boletim APAI – Associação Portuguesa de Avaliação de Impactes, n. 10. Lisboa. Setembro de 2007. Disponível em: <[https://dspace.ist.utl.pt/bitstream/2295/188250/1/bol9%20e%2010\\_AAE.doc](https://dspace.ist.utl.pt/bitstream/2295/188250/1/bol9%20e%2010_AAE.doc)>. Acesso em: 25 ago. 2009.
- \_\_\_\_\_. **Guia de boas práticas para Avaliação Ambiental Estratégica**. Agência Portuguesa do Ambiente. Amadora: 2007.
- PARTIDÁRIO, Maria do Rosário. *Elements of an SEA framework – improving the added-value of SEA*. **Environmental Impact Assessment Review**. New York, v.20, n.6, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Guia de boas práticas para Avaliação Ambiental Estratégica**. Agência Portuguesa do Ambiente. Amadora: 2007.
- \_\_\_\_\_. Os requisitos do Decreto-Lei n. 232/2007, de 15 de junho. **Boletim APAI** – Associação Portuguesa de Avaliação de Impactes, n. 9. Lisboa. Setembro de 2007. Disponível em: <[https://dspace.ist.utl.pt/bitstream/2295/188250/1/bol9%20e%2010\\_AAE.doc](https://dspace.ist.utl.pt/bitstream/2295/188250/1/bol9%20e%2010_AAE.doc)>. Acesso em: 25 ago. 2009.
- PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. Disponível em: <[www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema\\_Politico/Constituicao](http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao)>. Acesso em: 28 ago. 2009.
- PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º316/2007**. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf-ult/port-316-2007-de-19-de/>>. Acesso em: 25 mar. 2009.
- SADLER, Barry. *A framework approach to strategic environmental assessment: aims, principles and elements of good practice*. **International Workshop On Public Participation And Health Aspects In Strategic Environmental Assessment**. 2000, Szentendre. Disponível em: <<http://pdc.ceu.hu/archive/00002417/01/SEAproceedings.pdf#page=13>>.
- SADLER, B.; VERHEEM, R. Status, Challenges and Future Directions. *Strategic Environmental Assessment*, 1996. apud EGLER, Paulo César Gonçalves. **Perspectivas de uso no Brasil do processo de Avaliação Ambiental Estratégica**. Disponível em <<http://ftp.mct.gov.br/CEE/revista/Parcerias11/12paulo.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2009.

SÁNCHEZ, Luis Enrique. **Avaliação Ambiental Estratégica e sua Aplicação no Brasil**. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/iea/aaeartigo.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2009.

SILVA, Vasco Pereira da. **Verde Cor de Direito. Lições de Direito do Ambiente**. Coimbra. Almedina: 2002.

SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente**. Barueri: Manole, 2003.

THERIVEL, Riki. **Strategic Environmental Assessment in Action**. London: Earthscan, 2004.

# UMA DISCUSSÃO DEMOCRÁTICA DA AUTONOMIA JURÍDICA: A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NO ESTADO CONSTITUCIONAL<sup>1</sup>

A DISCUSSION OF THE DEMOCRATIC AUTONOMY LEGAL ANALYSIS OF ECONOMIC LAW IN THE STATE CONSTITUTIONAL

*Júlia de Castro Guerreiro<sup>2</sup>*

## Resumo

O presente estudo versa sobre a investigação das condições de possibilidade do discurso da Análise Econômica do Direito (AED), embasado na doutrina neoliberal, no Estado Constitucional. A manutenção da autonomia jurídica, a concretização dos direitos e garantias constitucionais, e a preservação da democracia devem continuar a nortear os objetivos estatais, mesmo que aliados a uma doutrina que atende a necessidade de crescimento econômico em um mercado globalizado. Essa teoria se divide em duas vertentes, denominadas: Análise Econômica Positiva do Direito, e Análise Econômica Normativa do Direito. A primeira se limita a descrever a partir dos fundamentos econômicos todas as implicações das normas vigentes. Já, a segunda, busca reformar o direito com os conhecimentos econômicos, de modo a incentivar as pessoas a se comportarem da forma mais eficiente possível.

**Palavras-chaves:** Direito. Economia. Análise Econômica do Direito. Estado Constitucional. Liberalismo.

## Abstract

This paper is about the possibility of the Economic Legal Theory, which is based on neoliberalism, to be development in a Constitutional State. The maintenance of juridical autonomy, the concretization of the fundamental rights, and the preservation of democracy, must continue to guide the state politics, even along the doctrine which answer the need of economic development in the global market. This theory has two faces, called: the positive economics analysis of law, and the normative economics analysis of law. The first one, explain all law effects with the

<sup>1</sup> Artigo recebido em: 27/09/2010. Pareceres emitidos em: 22/10/2010 e 07/11/2010. Aceito para publicação em: 14/01/2011.

<sup>2</sup> Estudante do 4º ano de direito da Faculdade de Direito de Franca, pesquisadora do CNPq período 2009/2010. *E-mail:* guerreiro\_julia@yahoo.com.br.

economics principles. The second one, wants to repairs the law with the economics knowledge, inciting the people to behavior in the way more efficient possible.

**Keywords:** Law. Economics. Economics Analysis of Law. Constitutional State. Liberalism.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Histórico. 3. A Teoria da Análise Econômica do Direito. 4. Análise Econômica Positiva do Direito. 5. Análise Econômica Normativa do Direito. 6. Conclusão. 7. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O atual contexto geopolítico, caracterizado pela globalização e pelo enfraquecimento dos Estados Nacionais, é o cenário que propicia ao Direito conquistar sua autonomia. A autonomia jurídica se manifesta junto ao Estado Constitucional.

Essa nova modalidade de Estado leva o Direito a institucionalizar novos campos das relações sociais através de textos constitucionais dirigentes e compromissórios. O Poder Judiciário passa a ser demandado para efetivar as liberdades e garantias, noutros termos concretizar a Constituição.

O Estado Democrático de Direito quer se diferenciar do Estado de Direito por sua legitimação, que vai além do simples ordenamento de processo, busca a justiça social. A questão em pauta emerge justamente do conceito dessa justiça social, hoje entendida como realizável a partir de uma perspectiva histórica, como agente de legitimação constitucional. Lembrando, a legitimação de um Estado está na resposta de por que a pessoas se submetem a sua coação.

O fim das fronteiras propicia, também, o afloramento da Análise Econômica, que propõe o realinhamento judicial à nova ordem econômica internacional como sendo uma exigência da globalização. O Sistema Jurídico, como via de implemento dos direitos fundamentais, relativiza a propriedade privada e a autonomia da vontade para atingir fins sociais, constituindo um obstáculo ao crescimento econômico por repelir a confiança do capital internacional. Pela ótica neoliberal, exige-se, portanto, a revisão das normas legais, dos limites da intervenção do Estado e da própria Constituição.

A política da globalização exercida pelos grandes conglomerados econômicos influi cada vez mais na soberania dos Estados, e pretendem eliminar de seus objetivos as questões sociais. Com isso, na resistência às pressões internacionais, o governo não pode fugir de acompanhar o crescimento econômico e as inovações da produção.

O Estado passa a ser condicionado pela ação de organismos internacionais independentes e neutros, representantes dos interesses econômicos e financeiros. O espaço de exercício da política estatal é reduzido pela atuação técnica-burocrática dessas organizações, sem nenhuma responsabilidade político-democrática, já que a soberania popular é excluída desses processos de decisão. O debate econômico se separa do debate político.

Uma tensão emerge entre o poder localizado dos territórios e o poder planetário da economia mundial. Há hegemonia sem a incorporação do território, o qual se torna um espaço vazio de processos sociais dominado economicamente pelo Estado controlador, mas formalmente com governo próprio. Esse fenômeno acontece com a ação dos organismos multilaterais para o incremento do sistema financeiro internacional. A consequência desse processo é o fim da legitimidade democrática, e o esfacelamento do Estado por meio de uma forma de autoritarismo sofisticada.

O Direito e a Economia compartilham objetos e questões em comum e a delimitação de lugar e função de cada um é tênue. O estudo proposto visa promover esse diálogo, analisar a tensão entre eles, a partir do estudo do Discurso Econômico no Estado Constitucional.

O aumento da demanda judicial em virtude do garantismo constitucional sobrecarrega o Poder Judiciário com um papel novo, para o qual ele ainda não está pronto. Nasce o debate acerca de formas e instrumentos para o atendimento dos anseios sociais, os quais devem superar as críticas neoliberalistas de que essa não é a função do Estado.

A Constituição é o lugar onde se evidencia a interligação entre direito e política. O direito constitucional é o direito político, ele declara a soberania popular e a forma de seu exercício. Há flagrante oposição entre a constitucionalização da política e

politização da esfera jurídico-constitucional, esta última consiste na sua redução a relações de poder e domínio.

O discurso econômico, apesar de reconhecer o direito como fenômeno social autônomo, atinge sua autonomia ao teorizar que as instâncias jurídico-políticas são determinadas pela instância econômica. Todavia, as relações que unem direito e economia não são fortes e exclusivas a ponto de permitirem a economicidade do direito.

A crescente institucionalização da vida privada se deve a uma expansão do princípio democrático, que leva o Estado a novos espaços da esfera privada. Essa interferência acontece com a prestação legislativa e com o Poder Judiciário, encarregado da cidadania. Esse fenômeno é tido como uma descendência do *Welfare State* e sua garantia da igualdade. A justiça se transforma em uma substituta da política e do Estado, desqualificados pela ineficiência e pela corrupção. Ela adquire um caráter construtivo e positivo na distribuição de direitos. Contudo, não se poder perder de vista, a falta de democracia, a decomposição da política, o fim da lei como a vontade soberana do povo, a falta de legitimação da república

O alargamento das atividades estatais é criticado pelos neoliberais, eles alegam que o resultado será a ingovernabilidade das democracias e sua consequente crise. O aumento da responsabilidade estatal faz aumentar as reivindicações e as expectativas em relação ao governo, as quais fatalmente conduzem à frustração dos governados.

As teses de ingovernabilidade e de governo sobrecarregado constituem um forte argumento das teorias liberais sobre política econômica. Acusa-se o Estado-providência de acarretar um crescimento exagerado das tarefas a cargo do governo, que se vê afundado em expectativas reivindicatórias, ao mesmo tempo em que se verifica que o intervencionismo estatal conduz a um enfraquecimento de mercado.

Deste modo, os liberais apoiam um Estado mínimo com economia de mercado livre, cuja única atividade é proteger a ordem social fundada sobre os valores máximos dos direitos individuais (liberdade), da propriedade privada e da supremacia dos contratos.

O grande problema da teoria neoliberal é a premissa de total liberdade de ação conferida a todos os indivíduos dentro do mercado. Essa liberdade é confundida com democracia porque toda a vida social é reduzida às escolhas econômicas que são feitas diariamente, é como se houvesse uma eleição de acordo com a vontade popular a todo o tempo. Contudo, nessa votação não há democracia, pois o peso de cada voto está de acordo com o poder econômico do indivíduo, e este é determinado pelo próprio mercado conforme seus mecanismos naturais. Assim, se estabelece uma ciclicidade das estruturas de poder do mercado. Conclui-se para o fato de que a legitimação desse processo apenas pela soberania do consumidor não é suficiente.

A confusão entre cidadãos e consumidores acarreta a crise de soberania, não há mais certeza quanto a quem é o soberano, se o Estado ou o mercado. Como um Estado Nacional traça limites ao um mercado global, o qual se impõe internamente através dos tratados internacionais.

Nesse embate, a teoria da AED se posiciona como a opção natural para oferecer eficiência quantitativa ao serviço jurídico, apresentando as respostas objetivas do pensamento neoliberal, que transformariam o Direito em uma verdadeira ciência racional e positiva, neutra e desprovida de fundamento teórico.

Diante da impossibilidade de consolidação de todos os compromissos do Estado Constitucional, a Análise Econômica eleva à qualidade de imprescindíveis a manutenção da propriedade privada e a liberdade de contratar. Assim a validade jurídica passa do plano normativo para o econômico: a garantia do livre funcionamento do mercado. As decisões judiciais devem se pautar pelas consequências que podem causar à liberdade do mercado. Atingir os objetivos econômicos passa a ser o critério das decisões.

Entretanto, o uso da economia no direito quase sempre se volta para questões de política econômica em detrimento de questões jurídicas. Os exemplos mais graves mostram o desrespeito e a contradição total com os direitos garantidos constitucionalmente.

A prioridade é o custo de uma medida, sem considerar as consequências possíveis. Se aplicada a um acidente de trânsito, poderia ser uma lesão corporal

irreparável segundo o direito. Constitui um evidente conflito com o Estado Democrático de Direito, no qual o custo de uma precaução não pode ser maior do que o da integridade física, ou até da pessoa humana.

Assim, a hipótese primeira que se lança é a proposta de uma análise diferenciada daquela que tem sido feita acerca da ordem econômica no Estado Constitucional Brasileiro, mais democrática e mais participativa.

Esse estudo, diante de seu caráter transdisciplinar, compreende o Direito, a Economia, a Política e a Moral enquanto fenômenos sociais. Assim, filia-se à vertente metodológica jurídico-sociológica, que analisa as possibilidades sociais apresentadas ao Direito em sua contradição com os outros campos, nesse trabalho principalmente com o econômico, e à vertente jurídico-teórica, que conceitua ideologias e doutrinas perante a complexidade de significados jurídicos.

Adota os raciocínios indutivo e dedutivo conjuntamente, em vista de sua complementaridade. Toma, também, o raciocínio dialético, no confronto entre Direito e Economia, visando à produção de novas sínteses democráticas.

## 2 HISTÓRICO

A Teoria Econômica do Direito começou a ser desenvolver na Modernidade em duas correntes, uma consagrada por Adam Smith e outra por Jeremy Bentham. A primeira se preocupou em estudar as relações de mercado, e desenvolver normas para a atividade econômica, o que posteriormente orientou a regulação estatal do mercado. A segunda elegeu as condutas alheias ao mercado, e criou normas norteadas pelos princípios econômicos que explicam os comportamentos sociais, o principal preceito criado foi o do autointeresse.

A partir do século XX essa teoria foi trazida novamente para o centro de debates. Principalmente na década de 1970, na Universidade de Chicago, que teve sua Escola de Direito fortemente influenciada por economistas.

Os principais representantes da retomada são Richard Posner, professor e juiz federal norte-americano, autor da obra *Economic Analysis of Law*, e Ronald H. Coase, professor e autor da publicação *The Problem of Social Cost*, ambos da

Universidade de Chicago; e também Guido Calabresi, da Universidade de Yale. A primeira Universidade desenvolveu principalmente a Teoria Econômica Positiva, enquanto a segunda, a Teoria Descritiva.

O movimento *Law and Economics* ressurgiu nos Estados Unidos no contexto da Guerra Fria, e, portanto, em um ambiente conservador, sob a presidência de Nixon e Ronald Regan, “para quem o triunfo do capitalismo neoliberal norte-americano justifica que se comemore a vitória da democracia liberal como o mais alto estágio da evolução humana” (GODOY, 2005, p. 12).

O movimento opositor ao Direito e Economia é o *Critical Legal Studies*, ligado à contracultura, à nova esquerda e ao partido democrático. Suas maiores influências são o realismo jurídico norte-americano e o movimento direito e sociedade. Seus principais representantes são Duncan Kennedy, Morton Horwitz e o brasileiro Roberto Mangabeira Unger.

A teoria a ser analisada neste capítulo surgiu nos Estados Unidos, baseada em seu sistema jurídico, a *common law*, que difere do nosso, a *civil Law*. A principal diferença é nossa tendência à normatividade, enquanto eles se dedicam à interpretação judicial.

A *common law* é um direito consuetudinário e jurisprudencial, “a obrigação de recorrer às regras que foram estabelecidas pelos juízes (*stare decisis*), de respeitar os precedentes judiciais, é o correlato lógico de um sistema de direito jurisprudencial” (DAVID, 1988, p. 341).

Segundo Posner (2007, p. 477), o direito criado pelos tribunais está de acordo com a teoria econômica. “É como se os juízes quisessem adotar as regras, os procedimentos e os resultados de casos que contribuíssem para aumentar a riqueza da sociedade”<sup>3</sup>.

Contudo, a teoria econômica não se encarrega de explicar por que os juízes da *common law* decidem de acordo com os postulados da maximização da riqueza.

---

<sup>3</sup> Para Posner, a *common law*, ao consolidar o direito de propriedade, através do direito penal e da responsabilidade jurídica extracontratual, promove a maximização da riqueza.

### 3 A TEORIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A interface entre direito e economia provoca inesperada dicotomia entre justiça e eficiência. Os pesquisadores do campo interdisciplinar de direito e economia buscam elaborar uma nova teoria sobre a justiça, que poderá calcular a adequação jurídica e também explicá-la em bases objetivas, é a Análise Econômica do Direito (doravante, AED).

O pressuposto básico da economia que orienta essa teoria é o de que as pessoas, naturalmente, em todos os seus atos de escolha são maximizadores racionais de suas satisfações. Esse pressuposto tem origem em Bentham, que criou o preceito do autointeresse. Segundo ele, as pessoas agem buscando o seu interesse próprio conforme parâmetros utilitários, mesmo que não seja evidente o interesse<sup>4</sup>. O indivíduo, não o Estado, é o mais capacitado para buscar sua satisfação.

Os defensores dessa corrente admitem que os comportamentos sofrem influência de outros fatores além do autointeresse, como a religião e os costumes locais por exemplo. Esses fatores modificam o conceito de benefício próprio, que, muitas vezes, pode ser a satisfação do outro. O comportamento é considerado exclusivamente a partir da motivação consciente do sujeito. Outros aspectos, como a genética, a química, a neurociência, e até mesmo o inconsciente do agente são descartados.

Essa caracterização do indivíduo como aquele que tendenciosamente faz uso da razão para viver de acordo com o seu interesse, difere da definição sociológica de indivíduo. Segundo a primeira, ele obedece a norma porque ela incentiva sua satisfação, o pensamento econômico conhece o modo de ação do homem e suas reações frente aos possíveis incentivos jurídicos; já o segundo, diz que a obediência à norma é um valor social enraizado em sua conduta, e não uma escolha racional.

---

<sup>4</sup> “Baseando-se nessas premissas defendidas pelo Utilitarismo desde o século XVIII, foi possível inserir nas então nascentes ciências sociais modernas a proposição de que os modelos de ação individual racional vinculada a fins auto-interessados podem ser úteis para explicar não somente as relações cujo caráter econômico é óbvio, mas também aquelas em que maximização racional das vantagens pessoais não parecia ser determinante na conduta”. (ROSA, 2008, p. 8).

Essa noção de racionalidade no comportamento humano faz parte, também, da concepção jurídica, comprovada na tutela dos incapazes, “aos quais se supõe falte racionalidade para se autodeterminar” (ZULBERSZTAJN, 2005, p. 79).

Consoante Posner (2007, p. 474):

Deve ficar subentendido que tanto as satisfações não monetárias quanto as monetárias entram no cálculo individual de maximização, e que as decisões, para serem racionais, não precisam ser bem pensadas no nível consciente, na verdade, não precisam ser de modo algum conscientes... racional denota adequação dos fins aos meios.

Os modelos econômicos são entendidos como gestores de recursos em sentido amplo, e aplicados para analisar objetivamente as decisões sociais, e assim, portanto, transportáveis para as decisões judiciais.

Esse pressuposto é aplicado no direito legislado com ênfase na redistribuição da riqueza conforme a pressão dos grupos de interesses; e na *common law*, na maximização da riqueza, a partir das doutrinas. O estudo é funcionalista, e não estrutural, por isso os autores priorizam a produção do direito. A respeito da adoção da AED nos países de *civil law*, Rosa (2008, p. 74):

Uma vez que essa tradição jurídica aponta o direito como aquele positivado, especialmente instituído pelo Legislador através de atos que lhe são próprios, validados através das regras de reconhecimento já presentes no sistema, o papel que a eficiência pode ter como guia moral pode depender de sua positivação em norma jurídica. Isso, sem dúvida, facilitaria a defesa de sua aplicabilidade nas mais diversas questões que se apresentam em face do direito.

No campo legislativo a teoria se aplica da seguinte forma, nas democracias representativas o legislador é um representante público. Como todas as pessoas, ele é um maximizador racional de suas satisfações, e não das satisfações públicas, o que explica a distância de interesses de representantes e representados. Além do que, o legislador tem capacidade para perseguir seu interesse durante a execução do seu mandato.

No entanto, é seu desejo ser eleito e reeleito. Para isso necessita de satisfazer, pelo menos aparentemente, o mínimo das expectativas de seus eleitores para obter apoio. As pessoas, buscando maximizar suas pretensões, se organizam em grupos de apoio e financiamento da campanha dos candidatos, e em troca,

implicitamente, de privilégios e favorecimento da legislação. Eles são motivados pelo fato que os futuros ganhos serão repartidos entre os poucos do grupo.

O mais provável é que esse apoio venha de grupos organizados, e não de indivíduos desorganizados. O indivíduo racional sabe que sua contribuição provavelmente não faça diferença alguma; por esse motivo, e também porque na maioria das eleições os eleitores votam em candidatos, e não em projetos políticos, há a enfraquecimento da relação entre votar e obter o tipo de política pública que prefere.

Isso acontece porque quando a abrangência do interesse é muito grande, dificilmente os beneficiados conseguem se organizar, e a possível futura vantagem será muita difusa. Um indivíduo racional terá pouco incentivo para investir tempo e empenho para decidir em quem votar e para cobrar resultados.

O candidato precisa, então, aparentar atender aos interesses de todos os seus eleitores e, conjuntamente, prestigiar os grupos que o apoiam. Esses dois objetivos são divergentes. Uma legislação favorável a um grupo organizado é uma forma de transferir riqueza dos contribuintes não organizados, e, portanto, mais fracos, que não conseguem organizar uma oposição efetiva aos grupos de interesse organizados.

Assim, a teoria transforma a atividade legislativa em um mercado de normas “em que políticos vendem tutela jurídico-estatal aos eleitores, que os remuneram através de seus votos”. (ROSA, 2008, p. 71)

O valor transferido de cada indivíduo desorganizado não deve ultrapassar os custos que ele teria para procurar tutela jurisdicional para si, no caso, custos de adquirir informações, acompanhar a atividade legislativa e influenciar a opinião dos políticos. Dessa forma, o mercado de normas se torna um mau investimento para ele.

“A concepção que os entes legiferantes servem especialmente a interesses minoritários mediante a instituição de privilégios incorpora-se à cultura política e social, reforçando o desincentivo à defesa de interesses da maioria.” (ROSA, 2008, p. 72)

Os tribunais interpretam e aplicam a legislação de forma independente, ainda mais em países em que asseguram a estabilidade do cargo. Essa independência o torna menos suscetível a pressão de grupos de interesse, mas também confere garantia para os grupos organizados de que o apoio fornecido ao legislador anterior será mantido pelo legislador atual. Isso porque a revogação de uma lei tem custos muito elevados, e o caminho mais fácil para tornar inoperante uma legislação seria pedir ao judiciário uma interpretação revogatória, o que se torna obstado devido a sua independência<sup>5</sup>.

No judiciário a aplicação pelos juízes dos princípios da teoria econômica resultaria na maximização da riqueza social. A riqueza social é a soma de todos os bens e serviços tangíveis e intangíveis, ponderados por dois tipos de preços: preços ofertados e preços solicitados, e para isso deve se relacionar com o dinheiro. Uma satisfação que não se quantifique em um preço não pode ser pleiteada.

A AED enfrenta resistência em sua aplicação por parte dos tribunais. As atuais teorias interpretativas prescrevem que as decisões devem ser isentas de discursos políticos, incluindo moral, ética e economia. Os fundamentos devem ser exclusivamente jurídicos, encontrados no próprio ordenamento. Daí a indicação acima de Gomes da Rosa, sobre a positivação da análise econômica da riqueza.

Portanto, a AED avalia o potencial de eficiência das normas desde sua formulação. Ela busca associar a eficácia e a eficiência na produção dos preceitos. “Eficácia como aptidão para produzir efeitos e eficiência como aptidão para atingir o melhor resultado com o mínimo de erros ou perdas, obter ou visar o melhor rendimento, alcançar a função prevista de maneira a mais produtiva” (ZULBERSZTAJN, 2005, p. 81). Para entender melhor a eficiência econômica analisaremos os modelos de transações sociais.

As transações voluntárias são aquelas em que a situação de todos melhora, ou, pelo menos, não piora. Elas ocorrem devido ao encontro da procura e da demanda, ou seja, em equilíbrio de mercado. O exemplo dado por Posner (2007, p. 477) é o seguinte:

---

<sup>5</sup> Para Posner, esse mecanismo afasta a falsa impressão de que as garantias adquiridas com o modelo de Estado de Direito prejudicam, ou não beneficiam, os legisladores.

Se A estiver disposto a pagar até \$100 pela coleção de selos de B, ela vale \$100 para A. Se B estiver disposto a vender a coleção de selos a qualquer preço acima de \$90, ela vale \$90 para B. Portanto, se B vender a coleção de selos para A (digamos por \$100, mas qualitativamente a análise não é afetada por nenhum preço entre \$90 e \$100 – e é somente dentro desses limites de variação que a transação vai ocorrer), a riqueza da sociedade no incremento de \$10 em satisfação não-pecuniária que A extrai da compra, comparado ao de B.

A maximização da riqueza também ocorre em transações involuntárias, a situação de alguém piora, o exemplo fornecido por Posner (2007, p. 479) é o seguinte:

Consideremos um acidente que inflige um custo de \$100 com uma probabilidade de .01, e que poderia ser evitado a um custo de \$3, o acidente é uma transação de maximização da riqueza porque o custo esperado do acidente (\$1) é inferior ao custo de evitá-lo.

A demanda e a oferta estão sujeitas a mudanças ligadas a fatores conjunturais, como a renda dos consumidores, o custo de produção e o valor de mercado. O transporte desses conceitos para uma teoria social nos mostra como o interesse social pode ser alterado, e “porque diferenciados níveis de tutela jurídica são exigidos por diferentes grupos sociais ao longo do tempo. Com a alteração no cenário socioeconômico, os ganhos possíveis se multiplicam e, igualmente, aumentam os anseios para um apoio estatal.” (ROSA, 2008, p. 45)

A maximização da riqueza é alcançada quando a utilização de um bem é feita com o grau máximo de eficiência. A maximização da riqueza social ocorre quando o máximo de recursos é utilizado com a maior eficiência. A dificuldade nesse caso não é a forma de transformar a satisfação individual em escolhas sociais, ou da maioria.

Contudo, há os que apontam problemas nesse conceito, segundo eles: “para maioria das pessoas há uma diferença entre a soma que estariam dispostas a pagar por alguma coisa que não têm e a soma que receberiam em troca dela se já a tivessem” (DWORKIN, 2006, p. 352). No caso da soma que alguém pagaria ser maior devido à cobiça pelo que não é do outro, todas as transações teriam o valor de oferta acima do de demanda, gerando instabilidade e ciclicidade da maximização. Na outra hipótese, alguém pedir mais por algo que possui do que pagaria para adquiri-lo, a maximização estaria sujeita a uma determinada ordem específica de transações, e isso modificaria o resultado final. A maximização da riqueza só se

aperfeiçoaria se o preço que o indivíduo pagaria for o mesmo pelo qual ele receberia o bem, se essa condição não ocorre, a maximização se torna indeterminada.

A abordagem econômica fornece à *common law* um modelo, que além de oferecer a eficiência e a redistribuição como objetivos concretos para a ação judicial, faz valer a maximização das satisfações como o único valor social que os juízes têm condições favoráveis de promover. Ainda, esse esclarecimento do que cabe aos juízes fazer permite a crítica e a reformulação de suas atividades de forma objetiva, com base no seu efeito na riqueza social.

“Todavia, o juiz que toma esse caminho não pode ser acusado de criar leis, em vez de encontrá-las, pois está simplesmente contribuindo com o programa de compreender a natureza essencial do *common law*” (POSNER, 2007, p. 485).

A AED faz contraposição ao formalismo jurídico. Este movimento, que interpreta o direito a partir da aplicação do silogismo nos textos legais, reduz seu campo de estudo ao excluir do seu exame os aspectos sociais das relações humanas. Já a AED busca entender as razões das escolhas dos indivíduos e incluí-las em suas formulações sobre a função e a finalidade do direito.

O movimento *Law and Economics* pode ser dividido em duas correntes: a Análise Econômica Positiva e a Análise Econômica Normativa. Essa divisão se estabelece em razão dos objetivos teóricos da ciência econômica usados nas formulações sobre o direito.

#### 4 ANÁLISE ECONÔMICA POSITIVA DO DIREITO

Essa corrente procura descrever a partir dos fundamentos econômicos todas as implicações das normas vigentes. Analisa os incentivos econômicos e sociais já criados, e prevê os possíveis resultados de alterações normativas. O direito se transforma em gestor das relações interindividuais. “Isso é efetivado sem que se promova claramente uma análise normativa, já que tais trabalhos evitam juízos de valor sobre as preposições, restringindo-se a relatar seus possíveis efeitos” (ROSA, 2008, p. 12)<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Essa falta de valoração sobre as preposições lançadas traz à Análise Positiva uma pretensa isenção de ideologia e fundamento político. Nesse sentido, Cf. ROSA, 2008.

O caráter predominantemente positivista dessa corrente, que se ocupa basicamente de descrever, muitas vezes a partir de modelos hipotéticos, é a razão da teoria econômica do direito não explicar porque, na realidade, os juízes da *common law* decidem, ou deveriam decidir, de acordo as regras de maximização da riqueza.

Na formulação de suas preposições, a Análise Positiva utiliza modelos econômicos segundo os quais o aumento da riqueza pode ser verificado nas relações voluntárias em mercados reais – ou hipotéticos. As pessoas na busca da maximização de suas satisfações tornariam as relações de mercado naturalmente mais eficientes.

A formação dos contratos são as ações voluntárias jurídicas que servem de referencial para essa teoria analisar os efeitos da intervenção do Direito em qualquer tipo de relação entre as pessoas. Essa intervenção, muitas vezes, retira a escolha do indivíduo, a lei passa a ser a medida do incentivo para que o resultado seja o melhor possível<sup>7</sup>.

A comparação dessa situação real com o resultado esperado se as ações fossem totalmente voluntárias constitui a medida da eficiência dessa norma. O direito é avaliado de acordo com os efeitos que produz, não por critérios lógico-formais.

Os incentivos economicamente mais desejáveis para uma norma contratual seriam aqueles que evitassem os comportamentos abusivos, e os que elucidassem os efeitos dos riscos. Cuidando sempre pelo cumprimento do contrato, ou pela reparação dos danos sofridos, a maximização estaria incitada.

No caso do inadimplemento do contrato ser a opção maximizadora, deve ser paga a outra parte a indenização cabível. Isso evita que a insegurança eleve os custos de novas transações. O direito precisa atuar como garantidor desse desdobramento, tornando o mercado mais eficiente. Sobre o tema, Gomes da Rosa (2008, p. 16):

---

<sup>7</sup> Como já exposto, o incentivo normativo varia conforme as negociações para o desenvolvimento das leis seguirem o interesse ou não de grupos específicos.

Ainda nesse tema, a relevância do direito com árbitro extravasa os limites contratuais e também é extremamente influente quando da alocação da responsabilidade sobre os riscos entre os indivíduos que não se veem de início vinculados por uma relação contratual, já que imputa consequências à pessoa por seus atos. Trata-se da questão da responsabilidade.

O direito deve forçar o cumprimento das obrigações também para evitar o aparecimento do oportunismo<sup>8</sup>, quando o indivíduo busca benefícios da riqueza agregada pela sociedade mediante o uso de informações e posições privilegiadas. “Trata-se da informação quanto aos interesses em jogo, as expectativas de benefícios e de valor de utilidade e ainda dos custos tidos com aceitáveis ou não pelos agentes” (ROSA, 2008, p. 23). E também, do *free-riding*, “todo indivíduo que ficará em melhor situação se todos, menos ele, agirem com vistas ao bem comum, de modo que ele possa beneficiar-se dos resultados sem precisar arcar do ônus comum” (POSNER, 2007, p. 475). Esses são os problemas que, normalmente, atingem as relações entre as pessoas.

Uma das críticas feita à teoria positiva é a que contesta a validade da ciência econômica. Frequentemente baseada em estudos estatísticos com muitas variáveis independentes, e em modelos ideais capazes de assimilar uma pequena parte do fenômeno social que está sendo investigado. Ainda segundo Posner (2007, p. 490):

O fato de os resultados previstos serem conhecidos de antemão, o que cria tanto a pressão quanto a oportunidade de remendar o modelo a fim de levá-lo a ajustar-se melhor aos dados – e a complexidade da teoria econômica torna esses remédios fáceis de fazer.

Os economistas se defendem exaltando o atributo científico de seus estudos, que se pauta pelo real comportamento econômico. Salientam ainda que uma teoria não é simplesmente uma descrição. Contudo, essa fraqueza da economia deve ser considerada na ponderação de suas afirmações.

Especificamente, o pressuposto de que os indivíduos são maximizadores racionais padece do fato das pessoas não entenderem racional com adequação dos meios ao fim, mas como algo sobre o qual se refletiu. Assim, o comportamento humano parece ser irracional, e até mesmo emocional, portanto não mensurável. Mesmo se racional, é impossível comprovar, ou refutar, com dados quantitativos, se

uma ação ou juízo é maximizador da riqueza, pois o nível de satisfação do indivíduo é um dado muito subjetivo.

Os defensores da teoria dizem ser possível fazer essa comprovação, principalmente em algumas doutrinas eminentemente econômicas como as da responsabilidade civil e dos contratos (sempre usadas de referência nos estudos), apesar de, em outras a lógica econômica ser implícita, nesses casos, as relações são mais pecuniárias, e a moeda seria a medida objetiva. Também, o estudo do direito comparado revela diferenças entre doutrinas equivalentes conforme as diferenças de condições econômicas.

Contudo, Posner (2007, p. 498) admite falta de verificação:

O que é verdade, contudo, é que poucos testes estatísticos foram aplicados à teoria econômico-positiva do direito, e que, ao contrário, os analistas têm se dado muito por satisfeitos em fazer uma avaliação qualitativa das propriedades de maximização da riqueza das regras, doutrinas e decisões jurídicas em estudo.

A economia sofre dos mesmos problemas das outras ciências naturais. O uso de modelos, muitas vezes matemáticos, a faz parecer reducionista nas questões sociais, contudo a abstração é necessária para que o estudo não se sufoque pelos excessivos detalhes. Os modelos conferem maior cientificidade ao direito, ao passo que o afasta da realidade.

Outra crítica que se faz a essa corrente é de que os estudos econômicos se aplicam somente às atividades estreitamente relacionadas com o mercado, e sua utilização para analisar todos os comportamentos humanos extravasa seu campo de atuação.

Essa crítica tem base nas grandes diferenças metodológicas entre direito e economia. Sobre o assunto, Rachel Sztajn (2005, p. 75):

Essas diferenças são mias nítidas nos países de Direito filiado à família romano-germânico-conônica, em que predominam a dogmática, a discussão e classificação das fontes do Direito, expostas de maneira sistemática para desenhar um conjunto coerente, que não segue a metodologia adotada pelos economistas baseada na análise de esquemas empíricos.

<sup>8</sup> No original, *rent seeking*.

Ainda no plano metodológico, os críticos alegam diferenças, porque o direito se ocupa de valores, o que dificilmente pode ser transportado para a eficiência econômica, que se pretende isenta ideologicamente.

Canotilho critica a redução econômica da constituição há um processo de agregação de preferências individuais, o que “demonstra, na obsessiva acentuação individualista do *homo aeconomicus*, o sentido de imperialismo econômico” (CANOTILHO, 2001, p. 53), o mercado busca a eficácia, mas o direito busca a justiça.

Esse argumento é contestado pelo fato da economia, assim como o direito ou a filosofia, não ter uma área de atuação específica e definida. A introdução do pensamento econômico no direito contribuiu para introduzir nesta ciência uma metodologia funcionalista. As operações de mercado parecem mais orientadas pelo princípio da maximização porque envolvem o dinheiro, meio mais evidente de mensuração para o seu estudo<sup>9</sup>. Sobre o assunto, Posner (2007, p. 495):

Talvez funcione melhor com alguns tipos de comportamento independente do mercado do que com alguns tipos de comportamento de mercado, mesmo que possa responder a mais perguntas sobre o comportamento de mercado do que sobre qualquer tipo de comportamento.

O fato da teoria positiva não conseguir explicar todos os fenômenos que pretendia, sem mostrar sugestões de como poderiam ser explicados, faz cair por terra a sua pretensão de descrever a totalidade do sistema. Falta uma descrição mais detalhada que demonstre que a lógica econômica não é apenas uma coincidência nas decisões. Para uma completude da teoria seria necessário responder questões como: porque os juízes consideraram a decisão tomada a maximizadora; se os juízes buscam a maximização puramente, ou como meio de alcançar outro objetivo jurídico; qual seria esse objetivo; se o objetivo é temporalmente limitado. “Isso dá á afirmação uma grande complexidade, pois

---

<sup>9</sup> Nesse sentido, como afirma Posner sobre o entendimento de Ronald H. Coase: “O mais exato, contudo, seria dizer que o professor Coase acredita não que a economia tenha poucas contribuições a dar fora desse domínio, mas que os economistas têm pouco com que contribuir. Coase pensa que advogados, sociólogos, psicólogos e outros tomarão de empréstimo as partes da teoria econômica que são úteis em seus próprios campos e, assim equipados, vão ter uma

envolve não apenas uma avaliação causal detalhada, mas uma história intelectual ou sociologia detalhadas.” (DWORKIN, 2006 , p. 394)

Contudo, a maximização da riqueza se mostra como possível referencial consistente para orientação de julgamentos definidos e menos incontroversos<sup>10</sup>. Um mérito da teoria é a demonstração para o universo jurídico da possibilidade de se teorizar cientificamente sobre o direito.

## 5 ANÁLISE ECONÔMICA NORMATIVA DO DIREITO

A análise econômica normativa direito vai além da descrição das normas vigentes e suas consequências, ela busca reformar o direito com os conhecimentos econômicos para atingir um fim proposto, no caso a adequação aos pressupostos da maximização da riqueza, bem-estar ou utilidade agregada.

Essa corrente tem uma postura prescritiva das mudanças que o direito deve fazer para incentivar ao máximo as pessoas a se comportar de modo a atingir o maior grau de eficiência. Ela indica quais consequências o direito deve causar na sociedade. “Nesses termos, os trabalhos normativistas de *Law and Economics* se caracteriza a noção de eficiência como referencial a avaliar a adequação das normas vigentes”. (ROSA, 2008, p. 19)

Esse estudo não tem uma postura se isenção ideológica como a descritiva, uma vez que tentar modificar um sistema para obter fins eleitos é um processo de valoração. A eleição é política, filosófica ou moral.

A eficiência, fim eleito, deve pautar cada decisão do direito e dos agentes do Estado. A teoria indica quais são as decisões e as reformas que levarão ao objetivo desejado na realidade socioeconômica.

---

vantagem decisiva sobre os economistas ao pesquisar nos campos destes, uma vez que seus conhecimentos serão superiores aos deles.” (POSNER, 2007, p. 497).

<sup>10</sup> Posner assevera: “As condições da atuação judicial têm por finalidade tornar o juiz indiferente, do ponto de vista se seu interesse pecuniário pessoal, ao modo como ele decide. O interesse pecuniário pessoal não esgota o conceito econômico de interesse pessoal.” (POSNER, 2007, p. 499).

A eficiência produtiva é a maior utilização no uso dos meios de produção para bens e serviços, sendo os mais importantes o capital e o trabalho. Ela é determinada pela tecnologia empregada, marcando os custos de produção, que são os de procura, de negociação e de cumprimento. “O direito, é preciso lembrar, tem fundamental importância na configuração dos mercados de trabalho e capital, pelo que podem influenciar toda uma realidade produtiva.” (ROSA, 2008, p. 49)

A eficiência alocativa se perfaz quando o bem fica com a pessoa que lhe dá mais valor e melhor o aproveita, isso acontece naturalmente, desde que, a propriedade seja garantida juridicamente, e o mercado transacione livremente.

O direito ganha uma função específica, conseguir a máxima eficiência das relações interpessoais, ou seja, a maior utilidade dos recursos sociais. Recurso em sentido amplo, “de maneira a incluir aqueles bens e serviços cujas ofertas e demandas se veem obscurecidos por relações de natureza aparentemente não econômica” (ROSA, 2008, p. 21).

Essa teoria se baseia nas relações de mercado, que atingem o equilíbrio ideal naturalmente com a realocação mais eficiente de recursos. Assim, lança-se a pergunta de porque a sociedade necessita do direito para maximizar sua riqueza, apesar de radicais pensarem que nenhum órgão de governo seja capaz de prever corretamente como se dão essas relações.

O papel do direito é fundamental para compensar as distorções da realidade face ao modelo ideal de mercado, o que diminui o custo real das transações e permite que os bens fiquem com quem mais os valorize. Os principais conceitos jurídicos aqui utilizados são a definição jurídica de propriedade (para transacionar é imprescindível saber o que é de quem), e a garantia da máxima circulação da informação. O aparato público deve garantir as transações na medida em que a sociedade está disposta a pagar por essa coerção, considerando os custos de obtenção de informação, julgamento e sanção.

Contudo, a intervenção estatal se limita a garantir o ambiente mais equilibrado possível, nas razões particulares, cada indivíduo é o melhor conhecedor de seu interesse. Na falta de incentivos suficientes para que algum particular se interesse

pelo bem, o Estado toma sua tutela para si e garante que as normas em relação a ele sejam cumpridas, tornando-o bem público.

Não obstante, essa corrente recebe várias críticas. No conflito entre maximização da riqueza e igualdade de riqueza, a primeira não apoia a ideia de que os consumidores têm direito de comprar no mercado livre, e nem a que os pobres possuem direitos sociais devido a sua condição. O pensamento econômico preceitua que o governo atue na implantação de incentivos para alcançar a máxima utilidade das relações sociais, isso através da restrição do mercado livre, mas sem criar uma rede pública de regulação social. Ou seja, os conceitos igualitários vão além dos limites da maximização da riqueza. A sociedade, segundo a teoria, só está preparada para os custos da redistribuição voluntária, o altruísmo.

Distingui-se, portanto, do conceito de igualdade assegurada constitucionalmente. A igualdade jurídica é exercida em sentido formal e material pelos órgãos públicos face aos cidadãos. Ela exige tratamento igual aos iguais, e desigual aos desiguais, proibindo, assim, o abuso. Com isso, caracteriza-se a igualdade como justiça de oportunidades, que só equivalerá à igualdade de oportunidades, se houver espaço deixado pela Constituição para decisões políticas, que podem usá-la para modificar situações fáticas.

Canotilho (2001, p. 390) a partir dessa explicação tece uma crítica à teoria:

O Estado não se reduz a um processo de decisão, sem fins próprios (interesses públicos), ou a um método de maximização dos interesses individuais (mecanismos de garantia da alocação e da distribuição espontânea das preferências individuais).

A teoria fica com a distribuição feita pelo mercado devido a dificuldade de se sugerir uma com critérios econômicos. A AED pode analisar quais os custos de uma redistribuição, mas não pode sugerir-la a partir de critérios morais ou políticos não econômicos.

Desse modo, a teoria não se manifesta a respeito da distribuição de direitos, e assim morre enquanto conceito de justiça. Posner, entretanto, diz que “a distribuição inicial pode desfazer-se rapidamente, esse ponto pode ter pouca importância prática.” (POSNER, 2007, p. 504). O conceito de justiça que mais se identifica com a teoria é o de distribuição meritocrática, mas é difícil verificar se a maximização a

promove. As qualidades que merecem mérito variam no tempo e no espaço, podem ser ligadas a aptidão, inteligência, caráter. Isso dificulta também estabelecer quais decisões a estaria promovendo.

Segundo uma abordagem conservadora, as ciências econômicas podem revelar pouco ao Direito sobre as qualidades de um sistema distributivo, sendo apenas capaz de descrevê-lo e demonstrar as possíveis consequências resultantes de qualquer interferência. (ROSA, 2008, p. 60)

Esse raciocínio faz crer que a sociedade decide politicamente entre justiça e riqueza, e no conflito entre elas decide quanto de qual sacrificar. O indivíduo sacrificaria justiça pela sua riqueza pessoal, mas não teria porque fazê-lo em face da riqueza social. Ainda mais se, esta não se preocupa com a distribuição, e, portanto, não há garantias individuais de bem-estar econômico. Se a ponderação fosse feita na procura de encontrar a sociedade melhor para viver, os princípios éticos e morais pesariam mais do que a riqueza.

A maior crítica que se faz, todavia, é da eficiência enquanto norma ou valor. Ela preceitua que o bem-estar dos indivíduos perde importância frente ao sucesso da sociedade como um todo. “A maximização da riqueza implica que, se a prosperidade da sociedade puder ser promovida por meio da escravização de seus membros menos produtivos, o sacrifício de sua liberdade terá sido válido.”<sup>11</sup> (ROSA, 2008, p. 506). Contudo, essa constatação, hoje, não seria aceita pelos valores morais da sociedade, que parecem incompatíveis com o pensamento econômico, “uma teoria que faz o valor moral da escravidão depender de custos de transação é grotesca” (DWORKIN, 2006, p. 379). E feriria as garantias concedidas aos indivíduos, pois como identificar certamente os menos produtivos, e determinar quem iria supervisioná-los sem abusos.

O resultado maximizador de uma decisão pode ser auferido pelo critério da eficiência de Pareto. Comparando os dois resultados possíveis de uma decisão, obedecerá à análise econômica aquela que favorecer a distribuição dos bens de

---

<sup>11</sup> O exemplo se aplica no caso de alguns indivíduos não terem a determinação e a disciplina para produzirem o máximo de sua capacidade, então a escravização seria útil para que eles produzissem mais quando são observados.

forma que a situação de nenhuma das partes possa ser melhorada, sem que a da outra piore. Em um modelo ideal, as transações sempre seguiriam o critério peretiano. A crítica feita ao critério é falta de uma explicação clara da avaliação da situação dos indivíduos.

Entretanto, para Dworkin é um erro conceitual confundir a eficiência de pareto com a maximização da riqueza. A maximização da riqueza é alcançada quando a utilização do máximo de recursos é feita com o maior grau de eficiência, no caso, quando o bem está com quem mais o valoriza. Enquanto, a eficiência de Pareto ocorre quando em uma transação uma pessoa melhora de situação, e a outra no mínimo permanece na mesma (relação pareto-superior).

Apesar disso, há os que apontam problemas no posicionamento da situação do indivíduo, segundo eles: “para maioria das pessoas há uma diferença entre a soma que estariam dispostas a pagar por alguma coisa que não têm e a soma que receberiam em troca dela se já a tivessem” (DWORKIN, 2006, p. 352). No caso da soma que alguém pagaria ser maior, devido à cobiça pelo que é do outro, todas as transações teriam o valor de oferta acima do de demanda, gerando instabilidade e ciclicidade da maximização. Na outra hipótese, alguém pedir mais por algo que possui do que pagaria para adquiri-lo, a maximização estaria sujeita a uma determinada ordem específica de transações, pois isso modificaria o resultado final. A maximização da riqueza só se aperfeiçoaria se o preço que o indivíduo pagaria for o mesmo pelo qual ele receberia o bem, se essa condição não ocorre a maximização se torna indeterminada.

Há uma impossibilidade das decisões judiciais atingirem sempre a eficiência de Pareto, mas é possível que adote a maximização da riqueza como fio condutor. A definição de uma situação entre as partes dificilmente não gera prejuízos para uma delas, ou para terceiros. Nesse caso, seria favorecido o que estivesse disposto a comprar o direito se não o adquirisse, e se inverso, não o venderia. Ou seja, a parte que ganha mais com na situação em que se encontra. Esse critério não realizaria nenhum tipo de distribuição de riqueza.

Como alternativa, surge a eficiência compensatória, ou pareto-potencial, que é alcançada mesmo que uma parte saia prejudicada, desde que os ganhos da outra

parte sejam suficientes para compensar o prejuízo. Só há eficiência se a compensação for efetiva, e o mercado continue estável. A indenização deve ser garantida juridicamente, uma vez que, os particulares não podem garantir algo que contraria seu autointeresse, e os custos da incerteza dos negócios sem compensação são muito altos para a sociedade. Não incentiva, portanto, a lesão, ou o descumprimento, mas não garante que todos os prejuízos, direitos, indiretos e futuros, possam ser detectados.

Segundo as normas da maximização da riqueza, o ganho do vencedor precisam ser superiores ao prejuízo do perdedor. Conduto a aceitação ética da teoria poderia ser conquistada se ela fosse guiada pelo princípio econômico-normativo de Pareto. A transação de pareto-superior é a relação a ser buscada, e ela não pode ser rejeitada por questões éticas ou morais porque conquista a unanimidade, não há nenhum resultado negativo.

A dificuldade de aplicação prática do princípio acontece devido à distorção que ocorre do modelo para a realidade. Muitas escolhas são feitas sob condições incertas, assume-se o risco, atribui-se mais valor ao possível ganho do que à incerteza. Se falha o negócio, é humano se arrepender, mas sofrer o prejuízo é justo. Isso causa confusão sobre a eficiência da transação, e torna a aceitação ética relativa, uma vez que alguns perdem devido ao papel importante da sorte.

Os juízes da *common law* utilizariam os princípios da AED com o consentimento de todos para a maximização da riqueza, uma vez, que é do interesse de todos. Entretanto, a crítica é feita no sentido de que esse consentimento é contrafactual, hipotético diante do benefício geral, e, portanto não tem importância para uma justificação política. Nas transações que envolvem riscos, não há aceitação para a perda, embora ela possa ser justa.

Se o consentimento fosse efetivo não haveria queixosos pedindo reparação em de caso se acidentes por negligência. Ainda que, a negligência seja maximizadora da riqueza, e que todos tenham a mesma probabilidade de ter prejuízo com ela. A negligência não atinge o critério de pareto-superior, sempre alguém será prejudicado por ela, e se a compensação não for garantida ficará em situação pior. A teoria econômica justifica o prejuízo de alguns em face do lucro da maioria.

Outros exemplos que se encaixam no quadro acima seriam o da permissão da tortura, da supressão da liberdade religiosa, da diminuição do direito das minorias em vista da maximização da riqueza social.

Importante salientar que a liberdade, no Estado Constitucional, possui um valor inerente que foge ao pensamento econômico, ela é prezada mesmo que contrarie a eficiência. A maximização da riqueza sofre limitação pelo valor atribuído ao resguardo da autonomia individual. Contudo, Posner, alerta que a valor da liberdade não é absoluto, e que ela se torna relativa quando seu custo é muito alto. Exemplifica com: “o encarceramento com punição pelo crime, a prisão preventiva, a autoridade dos pais e das autoridades escolares sobre as crianças, o alistamento militar, a institucionalização dos loucos e deficientes mentais”. (POSNER, 2007, p. 509)

O homem, de acordo com os preceitos da maximização, age somente guiado por incentivos, visto que o seu argumento é pragmático e não moral<sup>12</sup>, sua adequação é medida através dos resultados que a norma jurídica causa na realidade. Todavia, a finalidade de qualquer dos pensamentos, tanto do direito, quanto da maximização, é obter o melhor possível para a sociedade, o que os distancia são os meios. “Na verdade, estou dizendo que o que parece ser uma divergência ética é uma divergência sobre fatos; que com o conhecimento virá a convergência ética.” (POSNER, 2007, p. 519)

As decisões que seguem a AED podem ter como consequência o aumento da utilidade total da sociedade. Os tribunais ao aumentar a riqueza disponível na sociedade criam a possibilidade de sua distribuição, incrementando o bem-estar individual geral, o que aumentaria a utilidade média. Esse poderia ser o fim buscado pela maximização. Entretanto, a distribuição independe do judiciário, ficando a cargo de outro órgão, possivelmente o legislativo. Como demonstrado anteriormente, a atividade legislativa obedece a pressupostos econômicos consoantes com o autointeresse do legislador, e não busca necessariamente a distribuição da riqueza. Essa apreciação se mantém se a satisfação for cumprida apenas com a possibilidade aberta para que o legislador o faça.

Posner, contudo, critica e distingue conceitualmente a maximização do utilitarismo, consoante seu pensamento: “A maximização da riqueza é uma ética de produtividade e cooperação social – para ter direitos sobre bens e serviços da sociedade, você deve poder oferecer alguma coisa que as pessoas valorizem – enquanto o utilitarismo é uma ética egoísta e antissocial.” (POSNER, 2007, p. 526)

O utilitarismo preceitua que o indivíduo aja na busca de sua própria satisfação. Essa característica individualista serve para estabelecer qual é a substância da satisfação dos que compõem a sociedade, de tal modo que, o direito possa proporcionar o maior grau de felicidade ao maior número de pessoas, e assim, se torna coletivista em sua finalidade. No entanto, não esclarece como determina quais pessoas atende, e como auferir essa felicidade.

A AED se difere um pouco do utilitarismo. Ela preceitua que o indivíduo busque o máximo de ganho em cada transação realizada, e o direito lance incentivos racionalmente econômicos para aumentar a riqueza social com um todo. A riqueza pode ser quantificada, diferentemente da utilidade.

Contudo, o utilitarismo oferece um ajuste entre riqueza e distribuição. O grau máximo de utilidade possível deve ser atingido através de uma combinação entre a riqueza total máxima e o padrão mais igualitário possível. O sacrifício de utilidade pode levar a uma distribuição mais igualitária, “... os bens devem ser distribuídos de modo a produzir a utilidade média mais elevada em uma dada população, pois apenas uma distribuição desse tipo trata as pessoas como iguais”. (DWORKIN, 2006, p. 409). A utilidade média pode diminuir a riqueza social.

De acordo com o pensamento econômico, as pessoas melhoram sua posição quando produzem algo que será consumido socialmente, beneficiando, assim, a todos. Todavia, a busca pelo bem coletivo não pode ser apontado como a finalidade da maximização, todos agem em interesse próprio, a melhoria social acontece apenas por mecanismos mercadológicos, não devido a um valor moral. Analisando, concluir-se-ia que, quanto mais se agir em benefício próprio, menos bens restaram para a riqueza social.

---

<sup>12</sup> Preceitua Posner: “A filosofia do direito precisa tornar-se mais pragmática.” (2007, p. 520.)

A pergunta que paira sobre análise econômica é se maximização da riqueza é um objetivo social digno de ser perseguido. Se uma sociedade mais rica, assim como um indivíduo, é melhor. Se os direitos podem ser dados a quem os comprariam. Se as decisões dos juízes devem promover a riqueza por si só, consoante a teoria.

“Talvez seja impossível assentar bases filosóficas sólidas num sistema regido pela maximização da riqueza... mas esta seria uma razão medíocre para rejeitar” (DWORKIN, 2006, p. 515), já que, as sociedades que transacionam em mercados livres, são mais ricas, garantem mais direitos e liberdades, e tem indivíduos mais satisfeitos.

Dworkin questiona se a riqueza é um componente do valor social. Segundo ele, o aumento da riqueza (isolado de suas consequências em termos de justiça e de igualdade) pela transferência do bem a quem pode pagar mais por ele, e não para quem o utilizaria melhor, ou o valorizasse mais (no sentido de pagaria mais pelo bem se pudesse), não representa uma melhora na sociedade, e, portanto, não é um valor social. O exemplo fornecido é o seguinte:

Derek é pobre, doente e infeliz, e o livro é um de seus poucos confortos. Ele só está disposto a vendê-lo por \$2 porque precisa de medicamento. Amartya é rico e satisfeito. Está disposto a gastar \$3 pelo livro, o que representa uma parcela bem pequena de sua riqueza, com base na possibilidade fortuita de algum dia poder lê-lo, embora provavelmente não o fará. (DWORKIN, 2006, p. 363-364).

A maximização como meio de alcançar outros objetivos que tornem a sociedade melhor também não se sustenta. Esses objetivos não são definidos. Se eles forem garantia de mais direitos, não há necessariamente melhoria, uma vez que a natureza dos direitos pode ser diversa. Estados de Direito justificaram regimes que ferem abruptamente nossos valores morais, hoje consolidados constitucionalmente como direitos e garantias fundamentais, a exemplo da Alemanha nazista.

No caso do nosso sistema da *civil law*, os juízes poderiam objetivar a maximização da riqueza somente se houvesse previsão normativa para isso. No Brasil vige o Estado Democrático de Direito, a concretização dos direitos e garantias é a finalidade da atividade legislativa e da interpretação judicial. Uma forma de adotarmos a AED seria o seu uso para atingir valores já perseguidos, como a

dignidade da pessoa e as liberdades, através do exame dos juízes do resultado de suas decisões, e quais incentivos elas criam na sociedade.

Conclui-se para o fato de que a maximização da riqueza não pode ser um objetivo social porque ela, por si só, não torna uma sociedade melhor. Também não é a única e mais eficiente forma de alcançar outros objetivos sociais.

## 6 CONCLUSÃO

O direito se não resume a um documento político, ele é um documento que institucionaliza os outros campos sociais, como a moral, a economia e própria política.

A AED acredita que a Economia utiliza apenas critérios técnicos para estabelecer e explicar os mecanismos que levam as relações privadas a serem bem sucedidas automaticamente. Contudo, a escolha de adotar os critérios econômicos para reger essas relações já é ideológica.

Para as definições neutras de direito, a justiça não é requisito jurídico, e a ausência de valor não exclui a juridicidade da norma. Esta definição neutra de direito o liga somente ao poder soberano, e à expressão típica desse poder, a coerção.

A AED busca o formalismo científico, importa a ela a interpretação lógico-sistemática, de preferência teleológica, o direito é uma operação de caráter lógico, desconsidera-se a finalidade perseguida pela norma, e o conflito de interesses que deve dirimir.

Há uma atribuição da liberdade plena, segundo a qual todos os homens em suas ações agem de forma a buscar o seu autointeresse e a maximização de suas necessidades livremente, sem se preocupar se esse comportamento de alguma forma fere a liberdade de terceiros.

A crítica cega ao neoliberalismo pode levar a uma exclusão completa de seus preceitos, tornando a existência de outra forma de governo impossível diante de sua alienação da realidade econômica mundial. Um Estado social e intervencionista

busca a concretização dos direitos, e não há como ignorar as necessidades econômicas sem afetar o seu ideal social.

O capitalismo puro, que eleva as diferenças sociais a uma característica inerente da sociedade, caracterizada pela propriedade burguesa, por excelência exclusivista, é um contrassenso ao conceito de que todos são livres e iguais, outra conquista dessa sociedade liberal. A única forma de superar essa contradição é modificar o caráter da propriedade, caminho que nossa Constituição já trilha a esse respeito, com previsões como a função social da propriedade.

A intervenção se funda na judicialização das relações econômicas, assim, relações inicialmente de caráter apenas econômico, como a compra e venda, hoje são relações jurídicas, embasadas em institutos jurídicos como os contratos, isso se deve a necessidade de regulação e orientação mínima estatal.

A teoria de Adam Smith relaciona a economia e o mercado a uma forma natural de se conseguir a igualdade e a justiça, mesmo que apenas de oportunidades, entretanto, não explica a forma de ação da mão invisível do mercado, e, mesmo assim rechaça definitivamente a política como meio de atingir esses objetivos.

Os liberais protestam pelo fim das políticas econômicas porque o acúmulo de funções pelo Estado leva a uma concentração de poder passível de se desvirtuar para o autoritarismo. Já, os defensores do Estado-providência alegam que o esvaziamento das atividades estatais faz com que o coletivo passe a ser gerido pelos particulares, de forma a aniquilar a democracia, uma vez que, não há entidades nacionais representativas e responsáveis por responder aos cidadãos.

Apesar de o liberalismo prezar pelo livre funcionamento do mercado e rejeitar as políticas econômicas, e, portanto, separar Estado e economia, a AED, seguidora dessa linha de pensamento, nada mais é do que uma forma de integração desses ramos. A contradição é apenas aparente, pois a doutrina econômica quer a independência econômica da política, e a teoria analisada é apenas um passo além nesse objetivo, é uma proposta de subjugar o Estado pela economia.

A aplicação da AED à dinâmica da atividade legislativa claramente fere sua essência democrática ao legitimar através da racionalidade uma forma de privilegiar

o interesse de pequenos grupos, reforçando a dificuldade de atender os anseios da coletividade porque os seus recursos são menores.

O embate entre os valores do Estado Constitucional e os valores da AED revela uma clara distância. Enquanto, aquele tem como princípio máximo a preservação da dignidade da pessoa humana, esta justifica de forma mercadológica os atos ilícitos, e até mesmo os atos criminosos, dispensando a reparação se necessário para atingir a maximização da riqueza social. O pragmatismo e o utilitarismo da AED resultam em um relativismo moral, ela acredita somente em preceitos morais globais para manutenção do padrão de comportamento, seguindo a lógica neoliberal.

O pensamento econômico reduz toda a explicação dos fenômenos sociais, e do comportamento humano, unicamente a uma racionalidade de oferta e procura, e soluciona todos os seus problemas, principalmente pela ação natural e espontânea do mercado. Contudo, a complexidade atual desses fenômenos torna necessária para sua explicação a utilização de todos os ramos do estudo humano. A simples racionalidade não explica a dimensão moral do homem.

Todavia, a ressalva mais atual feita ao neoliberalismo e à AED é a falsidade das necessidades, as quais essas teorias dizem que o homem age para satisfazer. A sociedade de consumo transformou as vontades humanas em uma forma de escoamento da produção, com isso os meios de comunicação em massa têm a finalidade de produzir desejos, e o homem não mais age espontaneamente.

## 7 REFERÊNCIAS

- BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: Para uma Crítica do Constitucionalismo. Quatier Latin, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra Editora, 2001.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fonte, 2002.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GODOY, Arnaldo Sampaio De Moraes. **Introdução ao Movimento “Critical E Legal Studies”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HABERMAS, Jurgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Rio de Janeiro: Edições tempo brasileiro, 2002.

NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

POSNER, Richard. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ROSA, Alexandre Morais; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a “Law & Economics”**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

ROSA, Christian Fernandes Gomes da. **Eficiência como axioma da Teoria Econômica do Direito**. (Dissertação de mestrado), 2008, Universidade de São Paulo – USP/SP.

ROSANVALLON, Pierre. **O liberalismo econômico**. Bauru, São Paulo: EDUSC, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sócias no Brasil**. Revan, 1999.

ZULBERSZTAJN, Décio; SZTAJNM, Rachel. **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e Organizações**. São Paulo: Campus/Elsevier, 2005.

# REPERSONALIZAÇÃO, SOLIDARISMO E PRESERVAÇÃO DO CONTRATO: EM BUSCA DO PAPEL CONTEMPORÂNEO DA REVISÃO CONTRATUAL<sup>1/2</sup>

REPERSONALIZATION, SOLIDARITY AND PRESERVATION  
OF CONTRACT: FINDING THE ROLE OF CONTEMPORARY REVIEW CONTRACT

*Eros Belin de Moura Cordeiro*<sup>3</sup>

## Resumo

O presente artigo reflete sobre a transformação do papel exercido pela revisão dos contratos. Antes presa aos dogmas contratuais clássicos, a revisão contratual era tida como medida absolutamente excepcional e restrita às hipóteses de alteração das circunstâncias. Atualmente, a revisão contratual foi vitalizada pelo princípio do equilíbrio contratual e no cenário brasileiro, após o advento da Constituição, redesenhada a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social. Nesse sentido, a revisão contratual passa a ser o principal instrumento de efetivação dos vetores constitucionais no contexto do contrato, possibilitando concretizar o modelo contratual desenhado pela Constituição.

**Palavras-Chave:** Contrato. Revisão do contrato. Princípios contratuais.

## Abstract

This article reflects on the transformation of the role played by the revision of contracts. Before prey to dogma contractual classics, the contract review was considered as highly exceptional way and restricted to cases of changed circumstances. Currently, the contract review was invigorated by the principle of

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em: 27/05/2009. Pareceres emitidos em: 11/09/2009 e Aceito para publicação em: 11/03/2011.

<sup>2</sup> O presente artigo reflete, em linhas gerais, a dissertação de mestrado defendida pelo autor junto ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná intitulada "A revisão dos contratos na nova sistemática codificada brasileira e a Constituição do Brasil".

<sup>3</sup> Mestre em direito das relações sociais pela Universidade Federal do Paraná. Professor adjunto de direito civil da Universidade Positivo. Professor convidado da Escola Superior da Advocacia. Professor convidado da Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Professor convidado da Escola Superior da Magistratura Federal – Paraná. Professor dos cursos de especialização da Academia Brasileira de Direito Civil-Constitucional. Advogado.

contractual equilibrium and the Brazilian scene, after the advent of the current Constitution, redesigned from the principles of human dignity and social solidarity. Accordingly, the revised contract becomes the main instrument for enforcement of constitutional vectors in the context of the contract, allowing achieving to realize the model contract designed by the Constitution.

**Keywords:** Contract. Review of the contract. Contractual Principles.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A revisão dos contratos e as transformações gerais no direito civil. 2.1 Revisão contratual e a denominada crise do contrato. 2.2. Transformações da conceituação de autonomia privada: crise do dogma da vontade. 3. A revisão contratual interpretada à luz dos valores constitucionais. 3.1 Dignidade da pessoa humana e repersonalização do vínculo contratual. 3.2. Solidariedade e boa-fé: superação do individualismo e do voluntarismo. 3.3. Equilíbrio prestacional: consolidação da justiça contratual e do princípio da conservação dos contratos. 4. O papel contemporâneo da revisão contratual: efetivação do contrato redesenhado. 4.1 A revisão contratual como instrumento de efetivação da nova concepção do contrato: em busca da superação dos limites da atual codificação brasileira. 4.2. Hermenêutica construtiva e emancipatória: releitura axiológica da codificação brasileira. 5. Conclusão. 6. Referencias bibliográficas.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto uma busca da reconstrução do papel desempenhado pela revisão contratual. Ainda vista como instrumento absolutamente excepcional, a possibilidade de modificação do conteúdo da relação contratual, preservando-a e reequilibrando-a, teve e tem sua extensão alterada no curso dos anos. A característica e a função desempenhada pelo contrato quando da formatação da teoria contratual clássica não permitiu que fosse desenvolvido um mecanismo efetivo de revisão do contrato que permitisse, simultaneamente, a sua preservação e o reajuste das obrigações nele previstas visando concretizar a instrumentalidade dos interesses em jogo de forma equitativa.

Tal impossibilidade de alteração do conteúdo do contrato, revestido de uma armadura jurídica intangível capitaneada, basicamente, pelo princípio do *pacta sunt servanda*, entrou desde os primeiros momentos em crise. Crise que, gradativamente, foi aumentando; fatos sociais exigiam constantemente o resgate da cláusula *rebus sic stantibus*, reformulada por Bártolo no medievo e esquecida nas grandes codificações oitocentistas. Essa constante invasão dos fatos na teoria jurídica

contratual permanece (acompanha a dinâmica social) e exige um repensar da função da revisão contratual.

Esse pequeno estudo apresenta apenas algumas perspectivas que possibilitam alavancar, à luz da principiologia constitucional e de modo especial no solidarismo manifestado no princípio da boa-fé objetiva, um novo papel a ser exercido pela revisão constitucional, mais atento à contemporaneidade a sua nova missão: preservar e efetivar o contrato redesenhado pela tábua axiológica constitucional.

## 2 A REVISÃO DOS CONTRATOS E AS TRANSFORMAÇÕES GERAIS NO DIREITO CIVIL

### 2.1 Revisão Contratual e a Denominada Crise do Contrato

Classicamente, a revisão contratual é entendida como a possibilidade de modificar-se o conteúdo do contrato de execução diferida (tradutores de obrigações por trato sucessivo) em razão de eventos supervenientes e imprevisíveis<sup>4</sup>. Trata-se da denominada “teoria da imprevisão”, construção da dogmática moderna visando atenuar o rigorismo da vinculatividade contratual, cujas consequências, influenciadas por fatores externos à contratação, levavam muitas vezes um dos contratantes a ruína e a miséria absoluta.

Por esta definição clássica nota-se que a revisão contratual é, em uma primeira análise, uma exceção<sup>5</sup>. Denota-se que surgiu como alternativa – singular, específica e, portanto, absolutamente excepcional – criada a partir de uma realidade fática que

---

<sup>4</sup> Neste sentido Diniz (1998, p. 152): “Se houver onerosidade excessiva, oriunda de evento extraordinário e imprevisível, que dificulte extremamente o adimplemento do contrato por uma das partes, Ter-se-á a resolução contratual, por se considerar subentendida a cláusula “rebus sic stantibus”, de modo que o lesado poderá desligar-se da obrigação, pedindo ao juiz a rescisão do contrato ou o reajustamento das prestações recíprocas”.

<sup>5</sup> “O princípio da obrigatoriedade dos contratos não pode ser violado perante dificuldades comezinhas de cumprimento, por fatores externos perfeitamente previsíveis. O contrato visa sempre uma situação futura, um porvir. Os contratantes, ao estabelecerem o negócio, têm em mira justamente a previsão de situações futuras. A *imprevisão* que pode autorizar uma intervenção judicial na vontade contratual é somente a que refoge totalmente às possibilidades de previsibilidade.” (VENOSA, 2001, p. 413).

não se amoldava ao modelo contratual estabelecido. Percebia-se, então, que o contrato muitas vezes passava não apenas a ser fonte de obrigações, mas também de graves injustiças.<sup>6</sup>

De fato, o renascimento da velha cláusula “*rebus sic stantibus*”<sup>7</sup> pode ser visto como o primeiro grande sintoma da chamada “crise do contrato”.<sup>8</sup> Visando romper com os privilégios feudais e assegurar os interesses da classe burguesa emergente<sup>9</sup>, o modelo contratual clássico foi construído na era moderna – séculos XVIII e XIX – a partir da junção de dados políticos, filosóficos e econômicos<sup>10</sup>. Amplia em termos absolutos o espectro da liberdade<sup>11</sup> de contratar e promove com isso a livre circulação de bens propícia a um regime capitalista que começava a se desenhar. Para cumprir essa missão de consolidação do capitalismo emergente, o contrato é concebido sob três princípios básicos: autonomia da vontade (tradutora

<sup>6</sup> O ministro Orozimbo Nonato alertava sobre essa injustiça contratual: “em dados casos, a execução pontual dos contratos, ocorrido o risco imprevisto, faz deflagrar um conflito angustiante, um choque excessivamente brutal entre o direito e a justiça, a equidade e a observância cabal das convenções, raro o jurista moderno que se não disponha a extrair da teoria da imprevisão conseqüências, pelo menos atenuadas, e que, em todo caso, representam uma restrição ao conceito clássico do contrato”. (**Boletim...** apud FONSECA, 1958, p. 14).

<sup>7</sup> “Assim, da velha cláusula *rebus sic stantibus* resultou a teoria modernamente chamada da imprevisão ou superveniência” (FONSECA, 1958, p. 19).

<sup>8</sup> Sobre a denominada crise do contrato (NORONHA, 1994, p. 1 e ss.).

<sup>9</sup> “O contrato era tido como instrumento de circulação de riquezas, constituindo-se em adequado e legítimo mecanismo para que a classe em ascensão (burguesa) tivesse, à sua disposição, um meio legal para obter da classe aristocrática em decadência a tradição do bem jurídico mais importante para aquele sistema jurídico que era o real imobiliário. Estava consagrado o dogma da vontade e o contrato definido como instrumento de sua convalidação.” (NALIN, 2001, p. 109).

<sup>10</sup> O conjunto de ideias e princípios em torno do contrato, que caracteriza o Direito dos Contratos, resulta da ascensão da burguesia ao poder a partir da Revolução Francesa de 1789. Tinha, portanto, a função de garantir e dar segurança aos interesses da nova classe dominante, facilitando ao máximo a livre circulação de riquezas. Para consolidação de sua ideologia valeu-se de concepções filosóficas, especialmente a de Kant, que viam o homem isoladamente considerado como grande valor e fundamento do universo, de modo que a vontade individual construía e legitimava o mundo e, por conseguinte, o Direito. Neste sentido, Pinheiro (2001, p. 391); Nalin (2001, p. 104-111) e Roppo (1998, p. 30-35).

<sup>11</sup> “Nas sociedades modernas, o princípio da liberdade revela-se como a imagem do Direito Privado. Tida como fundamento das codificações que se delineiam durante o século XIX, a liberdade encontrou-se consagrada no topo dos ordenamentos jurídicos. Em um momento, ela revela-se como espelho que reflete a separação entre Estado e a sociedade, hipoteticamente construída após a superação de um estado de natureza; em outro, apresenta-se para um indivíduo ainda atrelado às amarras do medievo, como a fonte e fundamento de todos os seus direitos.” (PINHEIRO, 2001, p. 16-17).

da liberdade contratual), igualdade formal dos contratantes<sup>12</sup> e estrita observância do que foi pactuado (“*pacta sunt servanda*”) (NORONHA, 1994, p. 42).

O contrato, neste contexto moderno, apresenta-se de maneira *intangível*, somente alcançado pela vontade dos contratantes. Ao Estado caberia apenas *garantir* tal intangibilidade, assegurando não somente qualquer intromissão no âmbito contratual, mas também o fiel cumprimento da obrigação<sup>13</sup>. Essa abstenção estatal no âmbito privado caracteriza o Estado liberal, em que “o contrato converteu-se em instrumento por excelência da autonomia da vontade, confundida com a própria liberdade, ambas impensáveis sem o direito da propriedade privada. Liberdade de contratar e liberdade de propriedade seriam independentes, como irmãs siamesas.” (LÔBO, 1995, p. 40). O contrato, então,

passa a ser lei entre as partes, na conhecida dicção dos Códigos Civis francês e italiano, ou então sintetizado na fórmula *pacta sunt servanda*. O contrato encobre-se de inviolabilidade, inclusive em face do estado e da coletividade. Vincula-se o contratante ética e juridicamente; vínculo que tanto é mais legítimo quanto fruto de sua liberdade e autonomia. Esta visão idílica de plena realização da justiça comutativa, que não admitia qualquer interferência do Estado-juiz ou legislador, pode ser retratada na expressiva petição de princípio da época: quem diz contratual, diz justo. (LÔBO, 1995, p. 41)

<sup>12</sup> Para contrapor-se aos privilégios medievais, os movimentos revolucionários conceberam o indivíduo e a igualdade formal como valores fundamentais, o que era traduzido na máxima “todos são iguais perante a lei”. Tal igualdade meramente formal escondia a realidade, que apresenta significativa distorção econômica e social entre os indivíduos, fato que repercutia no contrato com a prevalência da vontade do contratante mais forte em detrimento da vontade do contratante mais fraco: “Neste sistema, fundado na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar para a questão da intrínseca igualdade, da justiça substancial das operações econômicas de vez em quando realizadas sob a forma contratual. Considerava-se e afirmava-se, de facto, que a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo facto de o conteúdo deste corresponder à vontade livre dos contratantes, que, espontânea e conscientemente, o determinavam em conformidade com os seus interesses, e, sobretudo, o determinavam num plano de recíproca *igualdade jurídica* (dado que as revoluções burguesas, e as sociedades liberais nascidas destas, tinham abolido os privilégios e as discriminações legais que caracterizavam os ordenamentos em muitos aspectos semifeudais do ‘antigo regime’, afirmando a paridade de todos os cidadãos perante a lei): justamente nesta igualdade de posições jurídico-formais entre os contratantes consistia a garantia de que as trocas, não viciadas na origem pela presença de disparidades nos poderes, nas prerrogativas, nas capacidades legais atribuídas a cada um deles, respeitavam plenamente os cânones da justiça comutativa” (ROPPO, 1998, p. 35).

<sup>13</sup> “A obrigatoriedade do contrato consistiria na vinculação das partes ao estipulado, ficando elas, como diz o prof. Bittar, ‘jungidas ao respectivo cumprimento, sob pena de sanções previstas para a hipótese’. A este respeito, diz-se que o contrato é ‘lei’ para as partes, fala-se na *lex contractus* e invoca-se a velha máxima *pacta sunt servanda*. A este princípio da obrigatoriedade, ou da vinculatividade, poder-se-ia chamar mais adequadamente de princípio da *intangibilidade*, porque se estaria traduzindo melhor não só a impossibilidade de qualquer das partes alterar o pactuado, como também a impossibilidade de o conteúdo do contrato ser objeto de revisão contratual.” (NORONHA, 1994, p. 42).

Entretanto, as transformações socioeconômicas<sup>14</sup>, ocorridas em especial no século XX, comprovaram a insuficiência do modelo contratual moderno<sup>15</sup>. A crescente massificação da sociedade<sup>16</sup> trouxe a tona a enorme desigualdade existente entre os contratantes e, principalmente, destruiu o mito da vontade livre como fundamento único de qualquer contrato. A noção de liberdade passa a ser revista, pois

na verdade, o ideal de liberdade – pregado pela Revolução Francesa, positivado pelo *Code* e pelos Códigos ocidentais a ele posteriores, que receberam sua nítida influência – não se sustenta indefinidamente: é impossível falar em liberdade entre contratantes quando estes são desiguais em substância, principalmente na esfera econômica. (BARLETTA, 2002, p. 57)

Desse modo, os fundamentos do Direito Civil começam a ser revistos e o individualismo característico da era moderna cede espaço aos interesses sociais<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> “As transformações econômicas e políticas ocorridas alteraram consideravelmente a consciência jurídica dos povos cultos, suscitando idéias de valor diferente, e não raro oposto, às que se consubstanciaram nos Códigos novecentistas e do primeiro quartel do século XX. Repercutiram tais idéias no Direito das Obrigações, sem embargos de ser essa parte do Direito Civil a que, por sua estruturação técnica, recebe, com maior atraso, o impacto da transformação cultural. Dele não se preservou, entretanto, porque abalados foram, e comovidos, os próprios fundamentos do Direito Privado, que passou a ter orientação social e ética suficientemente vigorosa para provocar a erosão nos seus princípios basilares, e determinar a reformulação de muitos conceitos e tratamento diverso a várias relações.” (GOMES, 1967, p. 6).

<sup>15</sup> “Da mesma forma que o individualismo liberal havia tido por causa fundamental (mas não única) as profundas transformações socioeconômicas associadas ao desenvolvimento do capitalismo comercial, ou mercantilismo, agora, a partir do século XIX, são as transformações associadas ao desenvolvimento do capitalismo comercial, ou mercantilismo, agora, a partir do século XIX, são as transformações associadas à Revolução Industrial que vão provocar profundas modificações políticas e jurídicas. Dessas transformações ligadas à Revolução Industrial, merecem destaque aqui, pelas suas repercussões jurídicas, os fenômenos, aliás interligados, da urbanização e da concentração capitalista: a urbanização é conseqüência do crescimento exponencial da população, da migração do campo para as cidades, das melhores condições de vida que o desenvolvimento econômico (de base industrial) propicia; a progressiva concentração capitalista é essencialmente conseqüência da concorrência econômica – e da luta, por esta engendrada, pela competitividade, pela racionalização, por melhores condições de produção e distribuição”. (NORONHA, 1994, p. 70).

<sup>16</sup> “A exploração desacerbada, pelo liberalismo clássico, do exercício da autonomia da vontade (liberdade contratual), entre em processo autofágico. O homem contratante acabou no final do século passado e início do presente, por se deparar com uma situação inusitada, qual seja, a da despersonalização das relações contratuais, em função de uma preponderante massificação, voltada ao escoamento em larga escala, do que se produziria nas recém-criadas indústrias”. (NALIN, 2001, p. 109).

<sup>17</sup> “A exacerbação da liberdade individual se fez presente entre os pandecistas, coexistindo com a ideologia social e política daquela época. Hoje, o fenômeno do individualismo jurídico cede cada vez mais espaço à visão social do Direito.” (FACHIN, 1988, p. 58).

Configura-se a passagem do Estado Liberal, mero garantidor desse amplo espectro da liberdade dos particulares, para o Estado Social, caracterizado pela profunda intervenção estatal nos interesses privados, em especial no contrato<sup>18</sup>. Neste transcurso liberal-social, presencia-se o declínio da autonomia da vontade<sup>19</sup>.

A modernidade, ao elevar a absoluta liberdade do homem a mandamento nuclear, pôs na vontade o “fundamento de nossos princípios e institutos de Direito Privado” (PINHEIRO, 2001, p. 396). Essa ideia leva a caracterização do contrato como um produto da vontade humana e só por esta modificável, independente do contexto e da realidade em que foi manifestada<sup>20</sup>. A sociedade massificada indicou o caminho para contínuas limitações da autonomia da vontade, cada vez mais relativizada (MARQUES, 2002, p. 150-155).

A percepção, então, de que o contrato não nascia de uma vontade livre e igual dificultava sua legitimação como fonte de obrigações. Daí a proliferação das teorias em torno da “crise do contrato”, chegando a ponto de provocativamente sentenciar-se a “morte do contrato” (GILMORE... *apud* LÔBO, 1995, p. 43). Na verdade, não é o contrato que está em crise, e sim a autonomia da vontade que não mais o sustenta<sup>21</sup>. Mais precisamente, é o modelo contratual moderno – calcado na

---

<sup>18</sup> “O Estado social (*welfare state*) caracteriza-se justamente pela função oposta à cometida ao estado liberal mínimo. O Estado não é mais apenas garantidor da liberdade e da autonomia contratual dos indivíduos; vai além, intervindo profundamente nas relações contratuais, ultrapassando os limites da justiça comutativa para promover não apenas a justiça distributiva mas a justiça social.” (LÔBO, 1995, p. 42).

<sup>19</sup> “a *autonomia privada* e o *contrato* têm seu conteúdo inato modificado pela ideologia de cunho social, deixando de lado o individualismo que marcou, no século XVIII e ainda no século XIX, as concepções referentes a ambos. O declínio do *dogma da vontade* contribui para esse resultado.” (BARLETTA, 2002, p. 59).

<sup>20</sup> “A doutrina da autonomia da vontade considera que a obrigação contratual tem por única fonte a vontade das partes. A vontade humana é assim o elemento nuclear, a fonte e a legitimação da relação jurídica contratual e não a autoridade da lei. Sendo assim, é da vontade que se origina a força obrigatória dos contratos, cabendo à lei simplesmente colocar à disposição das partes instrumentos para assegurar o cumprimento das promessas e limitar-se a uma posição supletiva. A doutrina da autonomia da vontade terá também outras conseqüências jurídicas importantes como a necessidade do direito assegurar que a vontade criadora do contrato seja livre de vícios ou de defeitos, nascendo aí a teoria dos vícios de consentimento. Acima de tudo o princípio da autonomia da vontade exige que exista, pelo menos abstratamente, a liberdade de contratar ou de se abster, de escolher o parceiro contratual o conteúdo e a forma do contrato. É o famoso dogma da *liberdade contratual*.” (MARQUES, 2002, p. 48).

<sup>21</sup> “Así, en realidad, ‘lo que a veces se denomina ‘crisis del contrato’ no es nada más que una crisis de la autonomía de la voluntad’; la titulada ‘decadencia del contrato no es tanto la del ámbito del

primazia da vontade (derivada da ampla liberdade de contratar), na igualdade formal e na sua absoluta intangibilidade – que se apresenta deteriorado e precisa ser revisto<sup>22</sup>.

A rígida concepção contratual clássica inibiu o desenvolvimento da revisão contratual, apesar das crescentes injustiças decorridas dessa superlativização do vínculo contratual.<sup>23</sup> O maior reflexo disso foi o silêncio a respeito da revisão contratual nas principais codificações da era moderna – o Código Civil Francês de 1804 e o Código Civil Alemão de 1896.<sup>24</sup> Foi neste processo de “revolta dos fatos contra o código”<sup>25</sup> que as diversas teorias a respeito da revisão contratual desenvolveram-se. A inadequação do modelo contratual moderno fez com que a antiga cláusula *rebus sic stantibus* fosse resgatada<sup>26</sup> e, com o passar dos anos, interpretada de diversas formas. Todas as teorizações, no entanto, sempre tiveram

---

contrato, es la de la libertad contractual, es decir el derecho de los contratantes de determinar cómo lo entiendan su relación contractual.” (ALTERINI & CABANA, 1989, p. 14).

<sup>22</sup> “Contudo, parafraseando a tradição inglesa, é mais rigoroso afirmar-se: o contrato está morto; viva o contrato! Morto por consumpção e senectude ou caído no letargo que precede a morte, e ainda não percebido por muitos juristas, é o paradigma liberal do contrato, que não consegue ressuscitar apesar do admirável esforço realizado pelos pandectistas de ontem e de hoje.” (LÔBO, 1995, p. 43).

<sup>23</sup> “Por outro lado, quanto ao princípio da obrigatoriedade do contrato, a pressão da realidade econômica e social também forçou a admissão de algumas restrições corporificadas em alguns institutos que se foram desenvolvendo paulatinamente, como a *teoria da imprevisão* e a resolução por *onerosidade excessiva*, mas que nunca chegaram a afetá-lo verdadeiramente.” (NORONHA, 1994, p. 43).

<sup>24</sup> Neste sentido: “Compreende-se, de toda sorte, a hostilidade dos codificadores francês e alemão em relação à inovação [cláusula *rebus sic stantibus*]. Formulavam-se construções legislativas concebidas sob a égide do liberalismo burguês, que pregava tanto a autonomia da vontade dos contratantes quanto à responsabilidade irrestrita pelo pactuado, mesmo que este se tornasse muito oneroso para uma das partes. Era, então, irrelevante a desigualdade material entre elas.” (BARLETTA, 2002, p. 5). O Código Civil Brasileiro de 1916, anfitrião da concepção jurídica oitocentista, igualmente silenciou sobre a revisão contratual. O novo Código Civil Brasileiro, de 2002, previu a revisão sob a roupagem moderna, adotando a denominada “teoria da imprevisão”. A respeito da revisão contratual em nosso ordenamento jurídico, *vide* cap. III.

<sup>25</sup> A expressão é de Fachin (1993, p. 45): “A ‘revolta dos fatos contra o código’ captou, há algum tempo, a distância entre o clássico direito privado e as relações fáticas da vida”.

<sup>26</sup> O processo de revitalização da temática da revisão contratual pode ser inicialmente concebido como uma “incômoda intromissão dos fatos no mundo do Direito”: “A via tomada pela alteração das circunstâncias, no espaço jus-metodológico francês, não foi um simples acidente cultural. Na sua base estão as características específicas que aí inviabilizaram o florescer da boa-fé, apesar da forte tradição em que esta assentava; na sua base, ainda, a posição humanística, mantida na pré-codificação francesa, de silenciar o problema; na sua base, finalmente, as dificuldades que o tema das alterações das circunstâncias – uma intromissão incômoda dos factos no Mundo do

por base os postulados modernos, especialmente o dogma da vontade. Por isso, para a melhor compreensão da problemática em torno da revisão dos contratos, faz-se necessário a análise da passagem do conceito da autonomia da vontade para autonomia privada, fenômeno denominado “decadência do voluntarismo jurídico” (PINHEIRO, 2001, p. 396).

## 2.2 Transformações da Conceituação de Autonomia Privada: Crise do Dogma da Vontade

A autonomia privada caracteriza-se como “a esfera de liberdade reservada para a pessoa exercer direitos e formar relações jurídicas” (FACHIN, 1988, p. 56). É a delimitação pelo ordenamento do espaço de atuação das pessoas, apresentando uma “função de modelação da vida social” (MOTA PINTO, 1996, p. 90). Não é, portanto, um conceito pronto e acabado e sim historicamente construído. É delimitada pelo ordenamento jurídico em que está inserida e, assim sendo, reflete as opções político-ideológicas de determinado momento histórico<sup>27</sup>. Em suma, é um “princípio político. O negócio jurídico, ao instrumentalizar a expressão da autonomia privada, concretiza um dos efeitos da liberdade individual, tal como formalmente reconhecida pelo ordenamento jurídico” (FACHIN, 1988, p. 58).

O princípio da autonomia não se confunde, então, com o da autonomia da vontade (FACHIN, 1988, p. 58)<sup>28</sup>. Por este princípio, criado e difundido em França, a *vontade* é que dá origem e delimita a atuação privada, ao passo que o princípio da autonomia privada, delineado em Alemanha, tem seu conteúdo e alcance determinado pelo *ordenamento jurídico*.

A diferença, embora possa parecer sutil para alguns, é significativa e representa verdadeiro ataque contra o individualismo. A autonomia da vontade pressupõe a prevalência do direito subjetivo sobre o direito objetivo, dentro da ideia

---

Direito – levanta ao pensamento jurídico-sistemático, seja qual for sua orientação”. (MENEZES CORDEIRO, 1997, p. 964).

<sup>27</sup> “A autonomia privada pode ser determinada não em abstrato, mas em relação ao específico ordenamento jurídico no qual é estudada e à experiência histórica que, de várias formas, coloca a sua exigência.” (PERLINGIERI, Pietro, 1997, p. 17).

<sup>28</sup> No mesmo sentido, Amaral (2000, p. 337-338) e Martins-Costa (2002, p. 614-615).

já exposta do indivíduo como fonte e fundamento do Direito. A autonomia privada é concebida de forma contrária: como é conformada pelo ordenamento jurídico, o direito objetivo predomina sobre o direito subjetivo<sup>29</sup>. Essa inversão abre a perspectiva da influência estatal no âmbito contratual e consolida o caráter relativo da autonomia privada, delineada a partir da ideologia presente à época. Sua delimitação, assim, está umbricada com a sociedade e os valores que a presidem.<sup>30</sup>

O liberalismo, como já visto, traduz-se em uma ausência absoluta da ingerência estatal na atividade privada, o que leva a ampliação da conceituação de autonomia privada. Aliado a isso, a concepção de autonomia privada estava intimamente ligada à propriedade, delineando a garantia jurídica da ampla liberdade econômica necessária à consolidação do capitalismo<sup>31</sup>. O surgimento do Estado social, por sua vez, cria uma reviravolta em que o espectro da liberdade é limitado, o individualismo é significativamente mitigado e há a supremacia dos interesses coletivos sobre os interesses particulares. Trata-se de uma significativa interferência do público sobre o privado, o que leva a crescentes limitações do alcance do

---

<sup>29</sup> “Nessa perspectiva, encontra-se na ‘vontade humana’ o elemento nuclear e toda a fonte das relações contratuais, em lugar da autoridade da lei, de sorte que pode se afirmar que ‘a vontade, é, portanto, a força fundamental que vincula os indivíduos. Esta concepção, que se traduz na superioridade do direito subjetivo sobre o direito objetivo, norteia as sociedades codificadas do século XIX, e se transforma por uma inversão daquela idéia, repercutindo sobre o princípio, não mais configurado como autonomia da vontade, mas como autonomia privada.” (PINHEIRO, 2001, p. 395-396).

<sup>30</sup> “Sob o ponto de vista técnico, que revela a importância prática do princípio, a autonomia privada funciona como verdadeiro poder jurídico de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas próprias ou de outrem. [...] Tal poder não é, porém, obrigatório e ilimitado. Deriva do ordenamento jurídico estatal, e exerce-se nos limites que esse fixa, limites esse crescentes, devido à passagem do Estado de direito para o Estado intervencionista ou assistencial.” (AMARAL, 2000, p. 338).

<sup>31</sup> “A implantação do modo de produção capitalista acarretou assim a necessidade de universalização destes conceitos: todos passam necessariamente a ser proprietários, ou de bens que lhes permitam subsistir, ou de força de trabalho que vendam. Por isso todos passam a ser sujeitos jurídicos, todos passam a ter capacidade negocial. Mas essa necessidade impõe-se contra a realidade anterior, que é a da vinculação do trabalhador à terra e ao senhor feudal: daí que, do ponto de vista filosófico, o ultrapassar dessa situação determine, antes do mais, e sobretudo, o afirmar da liberdade das pessoas, da sua libertação dos vínculos que as prendem à terra e aos senhores. É neste momento que o conceito de autonomia privada ganha um conteúdo autónomo e operativo: e é esse conteúdo que vai investir a própria noção de negócio jurídico. Este deixa de ser visto na perspectiva de instrumento de troca de bens – na perspectiva de sua função – para ser acentuado seu caráter de realização da liberdade econômica. O negócio é a afirmação da liberdade da pessoa, o negócio é o efeito jurídico da vontade livre.” (PRATA, 1982, p. 9-10).

princípio da autonomia privada<sup>32</sup>. Tais limitações não só caracterizam a destituição da vontade como preceito nuclear do ordenamento jurídico, como também implicam em uma transformação qualitativa de sua conceituação, funcionalizando-a a preceitos sociais, éticos e humanos (PERLINGIERI, 1997, p. 276-277). A nova delimitação do espaço jurídico privado, então, passa a traduzir uma abertura do ordenamento jurídico a valores<sup>33</sup>.

As cada vez mais presentes limitações à esfera particular levam à indagação se a autonomia privada ainda figuraria como princípio fundamental do Direito Civil (PINHEIRO, 2001, p. 402). Esta pretensa “crise” da autonomia privada nada mais é do que a transição de uma concepção neutra<sup>34</sup>, individualista e patrimonialista para uma configuração axiológica, social<sup>35</sup> e humana<sup>36</sup>. Desse modo, não há uma

---

<sup>32</sup> O Estado social, além de determinar uma nova função aos postulados clássicos do Direito Civil, promove uma série de leis, algumas específicas e contingenciais, outras de tal abrangência e complexidade que configuram verdadeiros estatutos legislativos, que além de demover o Código Civil como centro do sistema privado, acarretam uma profunda limitação da autonomia privada em prol dos interesses sociais. Neste sentido: “Como se reflete esse quadro no direito civil? Para responder a essa indagação basta acompanhar as sucessivas leis que se foram promulgando no Brasil, nos diversos setores do direito civil, para termos um quadro, se bem que superficial e perfunctório da evolução do direito civil brasileiro. Basicamente, individualismo jurídico, que corresponde ao capitalismo na ordem econômica e ao liberalismo na ordem política, vai dar lugar aos interesses coletivos, com intervenção crescente do Estado. O direito passa a instrumento de justiça social.” (AMARAL, 1983, p. 82).

<sup>33</sup> “Verifica-se também as repercussões de uma mudança metodológica, que já se processavam em fins do século XIX no Direito. O fundamento dos princípios e institutos jurídicos desloca-se da vontade para o interesse, o que resulta claro das concepções de direito subjetivo contrapostas para o finalismo, significando a abertura do ordenamento jurídico para os valores.” (PINHEIRO, 2001, p. 398).

<sup>34</sup> “Enraizado no racionalismo-individualista, o sistema jurídico liberal induz à lógica, à generalidade e à abstração. A partir de sua orientação filosófica, exagera o papel da razão, em detrimento da experiência, utilizando como método de investigação científica os dados obtidos por dedução, excluindo os elementos empíricos obtidos por indução. Isto determinou, por longo período, a prisão do jurista à busca do sentido do direito exclusivamente no texto legal, afastada a preocupação com realizar justiça, e ao positivismo, chegando a Kelsen e sua teoria pura, divorciada da realidade. Em Kelsen, o direito é apreendido como um sistema de normas, um conjunto de relações lógicas desvinculadas da natureza e do homem que dela faz parte. Trata-se da expressão mais acabada da neutralidade do direito.” (RAMOS, 1998, p. 12).

<sup>35</sup> “E, ao se acentuar a demissão da vontade da concepção da autonomia privada ou do negócio jurídico, não se quer com isto desviar o fato de que para tais institutos não sejam fundamentais a vontade do indivíduo. Mas que para estas, impõe-se limites, cujo sentido deve ser precisado. Há muito se vive em uma época na qual se acentuam e se multiplicam as limitações à autonomia privada. Entretanto, referidas limitações, que na atualidade se avultam, sempre existiram, embora antes se revestissem de um caráter negativo, como próprias de um Estado liberal. Contemporaneamente, como próprias de um Estado Social de Direito, traduzindo-se na substituição, cada vez maior, de regras supletivas e dispositivas, afetas ao direito obrigacional

depreciação do princípio da autonomia privada, e sim a reformulação de sua conceituação. Este processo de transformação, na verdade, consiste-se na reafirmação do princípio da autonomia privada no contexto contemporâneo<sup>37</sup>.

Se a autonomia privada é determinada pelo ordenamento jurídico e pelos valores nele presentes e sua delimitação está intimamente ligada com o tipo de Estado e com as opções políticas de certo organismo social, toda e qualquer estudo sobre seu conteúdo e alcance passa necessariamente pela análise do texto constitucional, diploma jurídico determinante dos princípios e valores fundamentais de dada sociedade.<sup>38</sup> A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, representa marco temporal significativo na evolução jurídica brasileira, priorizando os valores existenciais (estatui como mandamento nuclear a dignidade da pessoa humana – art. 1º, III) e estabelecendo a justiça social e a solidariedade como diretrizes fundamentais (arts. 3º, incisos I e III e 170, *caput* e incisos V e VII), configurando assim o Estado brasileiro como Estado social.<sup>39</sup>

---

clássico, por normas cogentes. Tais limitações erigem-se no sentido de ‘reação anti-individualista, o que se traduz, por vezes, na submissão dos interesses individuais aos interesses coletivos. Trata-se do princípio da função social, que passa a envolver os principais institutos do Direito Privado: a propriedade, o contrato, a família, e também atinge a autonomia privada.’ (PINHEIRO, 2001, p. 401).

<sup>36</sup> “Pode-se, pois, dizer, em conclusão, que a noção de autonomia privada não é atemporal, nem imutável. Ela ganha autonomia e relevo conceitual ligada à concepção jurídica do liberalismo económico, como pressuposto da noção de negócio jurídico e vai sofrendo uma desvalorização que acompanha o transformar deste último conceito. Mas, por sua vez, essa desvalorização só existe se tomada a sua noção clássica como noção imutável.” (PRATA, 1982, p. 25).

<sup>37</sup> Sobre a necessidade de reafirmação do princípio da autonomia privada: “A atividade científica que desenvolvermos nesse sentido, não pode ignorar, portanto, que, pelo menos no campo do direito privado, é patente: a) um gradativo inter-relacionamento do direito constitucional com o civil, tanto no campo das relações patrimoniais quanto no das relações familiares, com crescente intervenção do estado nos tradicionais domínios da autonomia privada...” (AMARAL, Francisco, 1983, p. 88). Com base nessa constatação, o ilustre autor conclui: “Nesse processo de *lege ferenda*, torna-se imperioso antepor: à crescente ingerência estatal, a reafirmação da autonomia privada”.

<sup>38</sup> “O intervencionismo estatal e, na sua esteira, o papel que a regulamentação jurídica passou a desempenhar na economia e, de uma forma geral, na vida civil podem, então, ser encarados como elemento interagente – ao invés da razão primordial – das profundas mudanças ocorridas no direito privado. O novo peso dado ao fenômeno importa em rejeitar a idéia de invasão da esfera pública sobre a privada, para admitir, ao revés, a estrutural transformação do conceito de direito civil, ampla o suficiente para abrigar, na tutela das atividades e dos interesses da pessoa humana, técnicas e instrumentos tradicionalmente próprios do direito público, como, por exemplo, a aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de caráter privado.” (TEPEDINO, 1993, p. 23).

<sup>39</sup> “O Estado liberal estava para o Código Civil (tido como verdadeira Constituição do direito privado, expressão monolítica de uma ordem de valores inquebrantável) assim como o Estado social estará para uma intervenção cada vez mais presente em vários setores da economia e, em

Nesta ordem de ideias, a revisão contratual ganha relevo. A reformulação do conceito da autonomia privada mitiga a rígida vinculatividade contratual concebida na era moderna e determina o redesenho do contrato. A liberdade contratual passa a ser vista a partir de sua função social<sup>40</sup>, a obrigação refletida no contrato é interpretada em uma concepção solidária, há uma nova ética baseada na boa-fé que supera a individualidade moderna e implica em deveres que não se originam da vontade dos contratantes. O instituto jurídico contrato passa a ser reconfigurado à luz de valores extraídos do texto constitucional e neste processo de reconstrução a revisão contratual ganha papel importante como instrumento que revitaliza o contrato e, ao mesmo tempo, o preserva.

### 3 A REVISÃO CONTRATUAL INTERPRETADA À LUZ DOS VALORES CONSTITUCIONAIS

A passagem do Estado liberal para o Estado social, como visto, teve como uma de suas consequências principais a aproximação do sistema jurídico aos valores, rompendo com o mito da neutralidade do Direito<sup>41</sup>. O ordenamento jurídico deixa de

---

particular, para uma Constituição que o referenda, avocando a si – e este é um ponto fundamental para a compreensão dos diversos institutos que regem as relações privadas – as normas gerais relativas a praticamente todas as matérias que antes eram reguladas exclusivamente pelo Código Civil e pela autonomia da vontade.” (TEPEDINO, 1999, p. 202).

<sup>40</sup> A função social do contrato não é fato recente, muito menos foi criada no Brasil pela atual codificação. Na verdade, “o contrato sempre desempenhou uma função social, mesmo em meio a um individualismo liberal. Na concepção de um Estado liberal a função social do contrato está fundamentada em dois cânones: a liberdade contratual e a igualdade formal das partes, pois, com eles, garantem-se não apenas os interesses dos contratantes, mas os da própria sociedade. O interesse coletivo seria tutelado às custas de uma atuação negativa por parte do Estado, deixando que os interesses individuais se adequassem ao livre jogo do mercado.” (PINHEIRO, 2001, p. 173). Ocorre que contemporaneamente valoriza-se muito mais o papel que o contrato exerce na sociedade do que a sua estrutura conceitual estática, a ponto de a estrutura conceitual do contrato ser transformada pela função social que venha a exercer (daí o artigo 421 determinar que a liberdade contratual será exercida nos limites e *em razão* da função social do contrato).

<sup>41</sup> “A idéia de neutralidade do estado, das leis e de seus intérpretes, divulgada pela doutrina liberal-normativista, tomo por base o *status quo*. Neutra é a decisão ou a atitude que não afeta nem subverte as distribuições de poder e riqueza existentes na sociedade, relativamente à propriedade, renda, acesso às informações, à educação, às oportunidades, etc.. Ora bem: tais distribuições – isto é, o *status quo* – não são fruto do acaso ou de uma ordem natural. Elas são produto do direito posto. E, freqüentemente, nada têm de justas. A ordem social vigente é fruto de fatalidades, disfunções e mesmo perversidades históricas. Usá-la como referência do que seja neutro é evidentemente indesejável, porque instrumento de perenização da injustiça.” (BARROSO, 2001, p. 281). A própria noção de “neutralidade” traduz verdadeiro paradoxo, já que é clara manifestação de preceito ideológico: “Considerar a economia como apolítica – é ainda Irti quem o diz – nada

ser visto de maneira perene, imutável, e passa a ser concebido como um sistema poroso, aberto à elementos históricos, sociológicos e filosóficos<sup>42</sup>.

Em suma, “o direito – todo o direito – é valorativo: determinada comunidade, em determinado momento histórico, elege certos valores que pretende dignos de proteção, que se dá através do ordenamento jurídico regente da vida em sociedade” (CORTIANO JUNIOR, 1998, p. 31-32). Com base nessa premissa, cabe analisar, ainda que sumariamente, quais valores estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro e que influenciam a interpretação e a aplicação da revisão contratual, tarefa que somente pode ser realizada a partir da sua leitura à luz da Constituição a República de 1988<sup>43</sup>.

### 3.1 Dignidade da Pessoa Humana e Repersonalização do Vínculo Contratual

A Constituição brasileira de 1988 apontou como fundamento da república o princípio da dignidade humana (Art. 1º, inc. III). Elevou a pessoa e seus valores fundamentais a mandamento nuclear do ordenamento jurídico, cujos efeitos atinge todos os institutos do Direito de forma imediata e vinculativa:

“A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental da República Federativa do Brasil. É o que chama de princípio estruturante, constitutivo e indicativo das ideias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a ideia de predomínio do individualismo atomista do Direito. Aplica-se como

---

mais é do que ‘contrapor uma política a outra política’. Em outras palavras, considerar a economia como apolítica nada mais exprime do que uma firme e bem determinada orientação política. Tal qual a economia, também o Direito não é neutro. Consiste na ruptura da neutralidade, é tecido por humana escolha, é produção de normas e tomada de decisões.” (MARTINS-COSTA, 2002, p. 616-617). A própria dogmática jurídica tem uma missão ideológica, como explica Paulo Luiz Netto Lôbo: “Pode-se ainda salientar que a dogmática jurídica exerce, ela própria, uma *função ideológica*, já que cumpre importantes tarefas de socialização (homogeniza valores sociais e jurídicos), de silenciamento do papel social e histórico do direito, de projeção (cria uma cosmovisão do mundo social e do direito) e de legitimação axiológica, ao apresentar, como ética e socialmente necessários, os deveres jurídicos.” (LÔBO, 1986, p. 8).

<sup>42</sup> “Afirmar que há equacionamento e solução para temas polêmicos de base parece, à primeira vista, prenciar as possibilidades de uma factível (ainda que limitada) interdisciplinidade, dentro do próprio Direito Civil (no exame conjunto do contrato, da família e do patrimônio), para além do âmbito juscivilístico (apanhando o Direito Constitucional, por exemplo), e, ainda, do Direito para com a História, a Sociologia, a Antropologia, e assim por diante.” (FACHIN, 2000, p. 24).

<sup>43</sup> “Com efeito, a Constituição define a tábua axiológica que condiciona a interpretação de cada um dos setores do direito civil.” (TEPEDINO, 1999, p. 203).

leme a todo o ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar. É de um princípio emancipatório que se trata.” (FACHIN, 2001, p. 191)

O contrato, portanto, é redesenhado a partir do princípio fundamental da dignidade humana. O viés patrimonialista moderno, em que a relação jurídica contratual traduzia-se em simples operação econômica, é reavaliado por uma concepção existencialista. Como diz Perlingieri, não se trata de ignorar por completo o conteúdo patrimonial das relações jurídicas, mas sim redimensioná-las, funcionalizando-as aos valores existenciais, predominantes no sistema<sup>44</sup>.

Trata-se de verdadeira reviravolta epistemológica em que o contrato passa a ser visto como composição de interesses humanos, afirmação que traz em si a proibição da superlativização da obrigação nele traduzida (que leva à opressão econômica)<sup>45</sup> e a facilitação de sua utilização como instrumento de aquisição de bens indispensáveis à vida<sup>46</sup>. Com base no princípio da dignidade humana, pode-se

---

<sup>44</sup> “Com o termo, certamente não elegante, “despatrimonialização”, individua-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores). Com isso não se projeta a expulsão e a “redução” quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. A divergência, não certamente de natureza técnica, concerne à avaliação qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência da tutela do homem, um aspecto idôneo, não a ‘humilhar’ a aspiração econômica, mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa. Isso induz a repelir a afirmação – tendente a conservar o caráter estático-qualitativo do ordenamento – pela qual não pode ser ‘radicalmente alterada a natureza dos institutos patrimoniais do direito privado’. Estes não são imutáveis: por vezes são atropelados pela sua incompatibilidade com os princípios constitucionais, outras vezes são exaustores ou integrados pela legislação especial e comunitária; são sempre, porém, inclinados a adequar-se aos novos valores, na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais.” (PERLINGIERI, 1997, p. 33).

<sup>45</sup> Maior exemplo são as limitações no processo de execução da obrigação, como ressaltou Fachin (2001, p. 194 e ss.). E demonstração clara de que o contrato não pode levar à opressão econômica está em valioso precedente jurisprudencial: “A decisão judicial que atende a contrato de financiamento bancário com alienação fiduciária em garantia e ordena a prisão de devedora por dívida que se elevou, após alguns meses, de R\$ 18.700,00 para 86.858,24, fere o princípio da dignidade da pessoa humana, dá validade a uma relação negocial sem nenhuma equivalência, priva por quatro meses o devedor se seu maior valor, que é a liberdade, consagra o abuso de uma exigência que submete uma das partes a perder o resto provável da vida reunindo toda a sua remuneração para o pagamento dos juros de um débito relativamente de pouca monta, destruindo qualquer outro projeto de vida que não seja o de cumprir com a exigência do credor”. (Habeas Corpus nº 12.547/DF, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

<sup>46</sup> “Além da vida em si e da integridade física e psíquica, a concretização da dignidade humana exige também o respeito às *condições mínimas de vida* (segunda consequência direta do princípio).

afirmar que o contrato dignifica o homem, em que o valor patrimonial tem por base o valor existencial, como explica Paulo Nalin:

“O homem, ao menos enquanto perdurar o comando expresso do artigo 1º, inc. III, associado ao artigo 170, *caput*, todos da Carta, se posiciona no centro das atenções. A leitura do contrato, assim vista, não ignora sua função econômica, mas antes de se averiguar da realização da causa (econômica) do contrato, terá de se indagar se aquela relação em apreço levou em conta a dignidade dos contratantes. A interpretação constitucional do contrato transita do ser para o ter”.<sup>47</sup>

Trata-se, enfim, de reconstruir conceitos fundamentais do Direito Civil à luz da dignidade da pessoa humana, conforme explica Maria Celina Bodin de Moraes,

No quadro contemporâneo, marcado pela superação da dicotomia clássica entre público e privado, perderam relevo as concepções que consideravam o direito subjetivo, *a priori*, como um poder atribuído à vontade individual, para a realização de um seu interesse exclusivo, cabendo-lhe respeitar insignificantes limites externos, dispostos no interesse de terceiros ou da coletividade. Ao contrário, as limitações deixam de constituir exceção e passam a contribuir para a identificação da função de institutos jurídicos. A própria noção de ordem pública, sempre invocada como limite à livre atuação do sujeito, teve seu conteúdo redesenhado pelo projeto constitucional, com particular ênfase nas normas que tutelam a dignidade da pessoa humana e que, por isso mesmo, ocupam a mais alta hierarquia da ordem pública, o fundamento último do ordenamento constitucional. (MORAES, 2003a, p. 135)

### 3.2 Solidariedade e Boa-Fé: Superação do Individualismo e do Voluntarismo

Decorrência direta do princípio da dignidade humana, o princípio da solidariedade<sup>48</sup>, traduzido em uma conjugação de esforços para consecução de fins

---

Trata-se aqui das condições materiais de vida. A obtenção da casa própria e a sua proteção, por exemplo, são decorrências da dignidade humana.” (AZEVEDO, 2002).

<sup>47</sup> NALIN, 2001, p. 248-249. O princípio da dignidade humana implica em uma prevalência do **ser** sobre o **ter**: “Enfim, a pessoa humana passa a centralizar as cogitações jurídicas, na medida em que o **ser** é valorizado. O seu papel anteriormente estabelecido pelas disposições do Código Civil, determinado fundamentalmente pela propriedade, pelo **ter**, assume função meramente complementar. A excessiva preocupação com o patrimônio, que ditou a estrutura dos institutos basilares do Direito Civil, não encontra resposta na realidade contemporânea, mais voltada ao ser humano na sua total dimensão ontológica, cujos interesses de cunho pessoal se sobrepõem à mera abstração que o situava como simples pólo de relação jurídica.” (MEIRELLES, 1998, p. 111).

<sup>48</sup> Preferimos interpretar a solidariedade como princípio, em razão de seu caráter vinculante (embora dependente de conformação), conforme aduz Paulo Nalin (2001, p. 174) e Maria Celina Bodin de Moraes (2003b, p. 527 e ss.). Ressaltamos, no entanto, que concepção da solidariedade como princípio não é unânime, existindo basiladas opiniões em sentido diverso. O próprio autor

comuns, supera o individualismo característico do sistema oitocentista. Como expõe Erouths Cortiano Junior,

a repersonalização do direito toma sentido quando toda comunidade se envolve numa existência plural – pluralidade humana, política, social – e convive solidaristicamente. A relação com o outro e com os outros é essencial para a realização pessoal do homem, que não só *vive*, mas *convive*. O respeito pela diferença e o reconhecimento dela permitem a realização do próprio homem. E, numa sociedade plural, o valor da solidariedade assume um relevo muito especial. Ela, a solidariedade, refere-se à participação de todos na gestão das formações sociais, com o objetivo de permitir o pleno desenvolvimento da pessoa. (CORTIANO JUNIOR, 2002, p. 172-173)

A solidariedade redimensiona a função do contrato, passando de uma feição essencialmente econômica para uma visão social. A relação contratual deixa de ser a realização egoísta das partes<sup>49</sup> e passa ser concebida como grande instrumento de justiça social: “A solidariedade não é somente um valor inserido na Constituição, sem papel definido no plano da regra. Ao contrário, ela reflete novo espírito ético da sociedade brasileira que, efetivamente, pretende encontrar um Brasil no século XXI livre da miséria econômica e das desigualdades sociais.” (NALIN, 2002, p. 277).

Da mesma forma a solidariedade determina novo modelo de *conduta* dos contratantes, consistente na mútua cooperação em torno da execução da obrigação<sup>50</sup>. O núcleo da relação obrigacional desloca-se, então, da vontade para a efetivação da obrigação em respeito à dignidade das partes. A obrigação, nesta

---

paranaense traz a lição de Nicolò Lipari, que considera a solidariedade apenas como *valor* (p. 182). Judith Martins-Costa (2002, p. 621 e 627, nota 40), na esteira de Eros Roberto Grau, a configura como *diretriz*.

<sup>49</sup> “a palavra “solidariedade” traduz categoria social que exprime uma forma de conduta correspondente às exigências de convivência de toda e qualquer comunidade que se queira como tal, implicando a superação de uma visão meramente individualista do papel de cada um dos seus singulares membros e assim configurando elemento de coesão da estrutura social. Essa categoria social (e igualmente ética e política) é apreendida pelo Direito na Constituição, indicando, em linhas gerais, a exigência de evitar, ou ao menos reduzir, a conflitualidade social mediante a superação de uma visão estreitamente egoísta do Direito. Torna-se, pois, exigência ético-jurídica de tipo político, cujo papel é o de desenvolver uma função de endereço político acerca do funcionamento do próprio ordenamento jurídico.” (MARTINS-COSTA, 2002, p. 620-621).

<sup>50</sup> “A percepção do solidarismo entre partes, numa relação contratual, por certo escapa completamente à concepção individual e egoísta, proposta no atual modelo codificado, em que os interesses subjetivos são contrapostos aos sujeitos contratantes. A idéia de uma relação contratual solidária pressupõe, sobretudo, o existir da concorrência, e não da oposição, no que tange aos interesses envolvidos a propósito de um fim comum e de uma indispensável medida de cooperação entre as partes.” (NALIN, 2001, p. 174).

ordem de ideias, é tida como um processo (COUTO E SILVA, 1976) e, como explica Judith Martins-Costa,

diferentemente do que ocorria no passado, o contrato, instrumento por excelência da relação obrigacional e veículo jurídico de operações econômicas de circulação de riqueza, não é mais perspectivado desde uma ótica informada unicamente pelo dogma da autonomia da vontade. Justamente porque traduz relação obrigacional – relação de cooperação entre as partes, processualmente polarizada por sua finalidade – e porque se caracteriza como o principal instrumento jurídico de relações econômicas, considera-se que o contrato, qualquer que seja, de direito público ou de direito privado, é informado pela *função social* que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico, função esta, ensina Miguel Reale, que “é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir a ordem econômica. (MARTINS-COSTA, 1999, p. 457)

Neste sentido, a solidariedade aproxima-se da boa-fé (NALIN, 2001, p. 182)<sup>51</sup>. Com efeito, a boa-fé impõe uma série de deveres que não se originam da vontade dos contratantes e sim da necessidade de “satisfação dos interesses globais envolvidos, em atenção a uma identidade finalística, constituindo o complexo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente.” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 440) Tais deveres caracterizam-se pela lealdade, informação e, acima de tudo, confiança não só no parceiro contratual, mas na relação obrigacional em si; mas configuram, sobretudo, em uma superação da concepção contratual voluntária, rompendo com a ideia de que só a vontade gera deveres e obrigações (MARTINS-COSTA, 1999, p. 394-395).

O princípio da boa-fé ainda requalifica a liberdade contratual e proporciona uma nova hermenêutica contratual, distanciada do individualismo predominante na modernidade (MARTINS-COSTA, 1999, p. 428 e 455). Assim, pode-se extrair dessa ordem de ideias um novo fundamento para a obrigatoriedade dos contratos, como explica Noronha:

(...) o contrato não é dominado apenas pela liberdade contratual em que se resolve a autonomia privada. E nesta questão de fundamento da vinculatividade do contrato, se ainda hoje é correto afirmar-se que a obrigação de cumprir o contrato está associada ao dever, de raiz essencialmente ética, de respeitar a palavra dada, como se enfatiza tradicionalmente, invocando a autonomia privada, a verdade é que mais

<sup>51</sup> No mesmo sentido, Martins-Costa (2002, p. 633, nota 82).

importante do que tal dever ético é a necessidade social de assegurar a observância de certos compromissos. Por isso, o valor primacial a considerar ainda é, como vimos, o da *segurança jurídica*, que é tutelado em nome da *confiança do declaratório* ou, dizendo de outro modo, da sua *boa-fé*. (NORONHA, 1994, p. 94)<sup>52</sup>

É nesta visão solidária que a Constituição de 1988 conforma o contrato, ao determinar como objetivos fundamentais da República a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I) e a redução das “desigualdades sociais” (art. 3º, III), assim como condicionar a ordem econômica aos “ditames da justiça social” (art. 170, *caput*). A partir desse viés humanista, solidário e ético, busca-se no contrato não apenas o respeito ao pactuado, mas a razão de ser deste pacto. Inicia-se, então, a travessia do primado da vontade para o primado da justiça.

### 3.3 Equilíbrio Prestacional: Consolidação da Justiça Contratual e do Princípio da Conservação dos Contratos

Neste processo de reconstrução do contrato, ressalta-se a consolidação de noção de justiça contratual, traduzida na equivalência de prestações e na impossibilidade do enriquecimento ilegítimo de um contraente à custa do outro (NORONHA, 1994, p. 214). Trata-se de se buscar a concretude contratual, reconhecendo na desigualdade real dos contratantes a verdadeira isonomia.

A concepção tradicional de contrato tinha como pressuposto a igualdade formal dos contratantes. A liberdade contratual baseava-se na livre manifestação de vontade de partes supostamente iguais<sup>53</sup>. Assim, excluía-se a realidade circundante ao contrato e a sua legitimação derivava única e exclusivamente do querer. Tal

---

<sup>52</sup> Apesar de concordarmos com a conclusão do autor, observamos que, assim como a neutralidade é um mito, a segurança jurídica também o é. Partilhamos da compreensão de um sistema jurídico aberto que se reconstrói a medida que os valores e a ideologia presente na sociedade evoluem. Neste sentido, ver por todos Fachin (2000).

<sup>53</sup> “O modelo liberal do contrato foi ‘estruturado no esquema clássico da oferta e da aceitação, do consentimento livre e da igualdade formal das partes’. Dando clara ênfase à figura da vontade, e de sua conseqüente vinculatividade. Tratava-se, então, da força criadora da relação jurídica. Repousava na vontade, livre e isenta de vícios e defeitos, a capacidade de gerar o vínculo obrigacional. Somente mediante essa perfeita declaração de vontade é que os sujeitos se obrigariam. Desse modo, abstrair-se-ia a situação específica de cada um dos contratantes, eliminando-se, pois, a análise subjetiva da realidade, já que o que importaria seria a vontade manifestada pelas partes formalmente iguais.” (GLITZ, 2002, p. 210).

abstração aprofundou as desigualdades sociais, tornando-se inquestionável a afirmação de que “entre o forte e o forte é a liberdade que escraviza e a lei que liberta” (LÔBO, 1995, p. 42). Esta ilusória liberdade contratual vai gradativamente sendo limitada, a ponto de ser remodelada como suporte de justiça social.

Esse redimensionamento dá-se, principalmente, com a nova feição das Constituições, que passam de simples garantidoras de dada ordem econômica para promovedoras de nova ordem, não só econômica, como social: “A Constituição garantista das liberdades formais converte-se na Constituição dirigente, para a promoção da justiça social. Além das funções de organização do Estado, delimitando o poder político, e da garantia das liberdades individuais decorrentes, a Constituição do Estado social incorpora outra função, que a identificará: a de reguladora da ordem econômica e social” (LÔBO, 1995, p. 42).

Esta função promovedora do Estado atinge diretamente o contrato, que deixa de ser simples veículo de composição patrimonial e passa a ser instrumento de justiça social (NALIN, 2001, p. 177). A partir da noção de justiça social, que é essencialmente distributiva e corresponde a dar a cada um condições de igualdade material, chega-se à ideia de justiça contratual:

“No meio dos valores em causa, e ocupando posição destacada, está a *justiça social*, que a própria Constituição Federal, ao definir a ordem econômica (art. 172), coloca ao lado de outros valores fundamentais, como o “trabalho” (que pode ser considerado um direito da personalidade) e da ‘livre iniciativa’ (que é a designação econômica da liberdade contratual dos juristas). É essa mesma justiça que, quando aplicada às relações contratuais, assume o aspecto de *justiça contratual*...” (NORONHA, 1994, p. 74).

Justiça contratual significa, assim, distribuição equitativa entre os contratantes de deveres e de direitos, ou nas palavras de Cláudia Lima Marques, “equivalência das prestações ou sacrifícios, na proteção da confiança e da boa-fé de ambas as partes.” (MARQUES, 2002, p. 178). Para tal equidade ser atingida, considera-se a realidade contratual, analisando-se o perfil concreto de cada contratante, as forças econômicas em jogo, desprezando-se a fórmula abstrata de liberdade contratual

moderna. Em suma, somente por intermédio do equilíbrio das forças contratantes se alcança a verdadeira equivalência de direitos e deveres<sup>54</sup>.

Dentro desta concepção de justiça contratual baseada na equidade (equivalência de prestações), o conteúdo do princípio da obrigatoriedade passa a ser repensado<sup>55</sup>. A força vinculante da relação obrigacional deve estar adstrita a equivalência das prestações, ou seja, a obrigatoriedade contratual somente se legitima se for *justa*. A revisão contratual, como instrumento de reconstrução do vínculo contratual, ganha importância, como aduz Luiz Edson Fachin:

O Código Civil português, ao final da década de 1960, faz aparecerem como vícios a lesão enorme, o estado de perigo e o estado de necessidade. Nessas circunstâncias, o sistema já revela a preocupação de reconhecer que há uma desproporção concreta entre o sujeito conceitual e o que à luz do contexto concreto o envolve. O renascimento da cláusula *rebus sic stantibus* é o exemplo mais saliente desta ideia de igualdade real que, sob a designação de tratamento equitativo, acaba sendo suscitada nos contratos de execução diferida ou de trato sucessivo. A paridade contratual vai informar não apenas a constituição do vínculo contratual, mas a hermenêutica de sua aplicação, pelo fato de que o momento da eficácia é aquele em que a desproporção fica mais saliente. Pelo mecanismo da eficácia, pode-se retroceder para o universo da própria validade do negócio jurídico. Desproporções geradas pelos efeitos do contrato demonstram que a paridade surge como um valor a ser seguido, o que permite uma

---

<sup>54</sup> Enzo Roppo explica que a adoção da ampla liberdade contratual como regra geral acaba por reduzir a liberdade contratual de uma das partes contratantes, de modo que “a origem das restrições à liberdade contratual radica, ao fim e ao cabo, no próprio princípio da liberdade contratual” (ROPPO, 1998, p. 318). Tal “prevaricação” da liberdade da contraparte ocorre “sempre que as partes da relação se encontram, relativamente ao objecto daquela, em posições de força econômico-social desigual (e por isso de desigual poder contratual), que permitem ao contratante forte impor sua vontade unilateral ao contratante débil, o qual é constringido a acatá-la” (p. 319). A consequência desse fenômeno é a necessária intervenção estatal: “Em casos do género, o remédio, consiste, então, em regra, numa *intervenção autoritária externa do poder público* – geralmente do legislador – que reage às restrições ou à expropriação *de facto* da liberdade contratual das “partes débeis”, restringindo, por sua vez, mas com prescrições normativas *formais*, a liberdade contratual das “partes fortes” do contrato, pois já sabemos que é o exercício da liberdade contratual dos contratantes em posição de superioridade econômica e social a causar directamente a supressão da liberdade contratual dos contratantes em posição econômica e socialmente deteriorada” (p. 326). Tal intervenção estatal também se dá pelo juiz, por intermédio da revisão contratual.

<sup>55</sup> “...a equidade contratual inspira um novo modelo de justiça, rompendo com o perfil dogmático (absoluto) do princípio da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*). É claro que o *pacta sunt servanda* ainda vige nos sistema contratual brasileiro e continuará vigendo, mas não pelo argumento de que sobre ele edifica a ideia de segurança jurídica nas avenças, uma vez afirmado que a justiça contratual reside na comutatividade da relação, pois a atual segurança jurídica se situa na condição de poderem os contratantes cumprir com as suas respectivas obrigações, sem sobressaltos, abusos ou excessos.” (NALIN, 2001, p. 142).

ingerência na equação econômico-financeira daquela relação jurídico obrigacional. (FACHIN, 2000, p. 295-296)

Dessa noção de justiça social e equilíbrio, pode-se desdobrar outro princípio: o da conservação dos contratos. Se o contrato desenhado a partir da tábua axiológica constitucional representa um instrumento de interesses existenciais do homem, consolidando a solidariedade e a alteridade, não pode ser fragilizado por quaisquer circunstâncias. Eventuais transtornos surgidos no decorrer da existência da vida do contrato não podem dar azo a frustração contratual. Se o homem depende do contrato para atender a seus interesses vitais, a não realização do contrato pode ensejar uma crise social grave que somente aumentaria o rol de excluídos e a miséria humana.

Por isso que gradativamente vai se solidificando o princípio da conservação dos contratos, que prima pela superação dos óbices que impede a realização da obrigação contratual. Teorias como a do adimplemento substancial<sup>56</sup>, por exemplo, ou a própria reformulação do conceito de obrigação (o desenvolvimento da concepção da obrigação como processo, em que o “adimplemento qualificado” é o elemento nuclear<sup>57</sup>) demonstram a teorização em torno da preservação do contrato e a realização social da obrigação.<sup>58</sup>

Dignidade humana, solidariedade, eticidade, justiça contratual, conservação dos contratos. Esses valores, sinteticamente expostos, são vinculantes e, como tal,

---

<sup>56</sup> “O adimplemento substancial, conforme o definiu o Prof. Clóvis do Couto e Silva, constitui ‘um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão somente o pedido de indenização’ (...)” (BECKER, 1993, p. 60).

<sup>57</sup> Basta ler as primeiras linhas escritas por Clóvis do Couto e Silva na célebre e brilhante monografia “A obrigação como processo”, que introduziu tal concepção da relação obrigacional entre nós: “A presente obra, ‘A obrigação como processo’, tem como por finalidade salientar os aspectos dinâmicos que o conceito de dever revela, examinando-se a relação obrigacional como algo que se encadeia e se desdobra em direção ao adimplemento, à satisfação dos interesses do credor (...). O adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim. O tratamento teleológico permeia toda a obra, e lhe dá unidade”. (COUTO E SILVA, 1976, p. 5).

<sup>58</sup> No campo das relações de consumo, o princípio da conservação dos contratos já apresenta grande alcance: “(...) o outro lado da moeda do direito de rescisão pelo consumidor é a nova imposição da jurisprudência de continuação dos contratos de consumo inadimplidos, se o inadimplemento do consumidor não foi “substancial” ou importante. A teoria do inadimplemento substancial (*substancial performace*) reforça a idéia que cabe apenas ao consumidor rescindir o contrato ou mantê-lo e que a melhor conduta do fornecedor é renegociar seus termos ou cooperar para que o consumidor possa adimpli-lo.” (MARQUES, 2002, p. 248-249).

atingem o instituto da revisão contratual. Se o contrato passa a ser redesenhado, a revisão contratual também precisa ser repensada, principalmente porque pode ser (e é) o grande instrumento de efetivação dessa transformação da relação contratual. No entanto, o que se vê na doutrina de maneira geral é a configuração da revisão sob os postulados modernos, especialmente quanto ao seu condicionamento à imprevisibilidade. Cabe, então, o alerta de Paulo Luiz Netto Lôbo, em que o civilista não pode se

isolar em uma verdadeira torre de marfim, em olímpica indiferença à realidade social cada vez mais complexa, que deve, numa inversão de perspectiva científica, ser enquadrada a seu mundo de ideias. A tarefa que se impõe não é apenas a de corrigir e aperfeiçoar as categorias jurídicas tradicionais, pressupondo, sem discutir, sua natureza científica. Deve-se, sim, aprofundar a análise crítica de sua natureza, penetrando no seu íntimo e revelando a conformação ideológica que se oculte sob a aparência abstrata e científica. (LÔBO, 1986, p. 86-87)

Nesta perspectiva crítica e reconstrutiva, dentro de uma travessia iniciada na análise dos pressupostos modernos da teoria dos contratos e sem a necessidade de fixação de um marco temporal final (dada a constante porosidade do sistema jurídico que leva a constante reconstrução de conceitos jurídicos), busca-se a concepção e a função contemporânea da revisão contratual, emancipada à luz da tábua axiológica extraída da Constituição da República.

#### **4 O PAPEL CONTEMPORÂNEO DA REVISÃO CONTRATUAL: EFETIVAÇÃO DO CONTRATO REDESENHADO**

##### **4.1 A Revisão Contratual como Instrumento de Efetivação da Nova Concepção do Contrato: em Busca da Superação dos Limites da Atual Codificação Brasileira**

A problemática está na efetivação do novo modelo contratual construído a partir da tábua axiológica constitucional. A revisão contratual pode ser o instrumento que permita essa efetivação, já que possibilita a revisão das cláusulas contratuais e a conservação do contrato. Como salienta Luís Roberto Barroso,

A Constituição tem uma existência própria, autônoma, embora relativa, que advém de sua força normativa, pela qual ordena e conforma o contexto social e político. Existe, assim, entre a norma e a realidade, uma tensão permanente. É nesse espaço que se definem as possibilidades e os limites do direito constitucional. (BARROSO, 2001, p. 242-243)

A revisão contratual é prevista de forma extremamente tímida na nova codificação, estando basicamente concentrada nos artigos 317 (que se refere ao objeto do pagamento e está inserindo nas disposições relativas às prestações pecuniárias e prende-se à questão subjetiva da previsibilidade), 478, 479 e 480 (que na verdade dizem respeito à possibilidade de *resolução* e não *revisão* – esta é restrita à aceitação pela outra parte). Há uma possibilidade de revisão a partir do instituto da lesão (art. 157, § 2º), mas também enclausurada á questão da vontade.

É necessário então garimpar de dispositivos do texto codificado, com base na principiologia constitucional, elementos que permitam construir o papel contemporâneo da revisão contratual, ou seja, de instrumento que permita ao mesmo tempo redesenhar o contrato à luz da tábua axiológica constitucional e preservar sua efetividade.<sup>59</sup>

#### 4.2 Hermenêutica Construtiva e Emancipatória: Releitura Axialógica da Codificação Brasileira

Assim, é preciso se valer de uma hermenêutica construtiva e emancipatória do texto codificado, a luz da tábua axiológica constitucional, ou seja, “‘fecundar a letra da lei na sua imobilidade, de maneira que se torne esta a expressão real da vida do Direito’. Mergulh[ar], profundamente, nas ondas do objetivo, participando da realidade” (MAXIMILIANO, 1979, p. 47), valendo-se das lições de Jandoli. Como ensina Luiz Edson Fachin,

Integra a porosidade do jurídico a reconstrução contínua de conceitos e definições. A própria noção de sistema aplicada ao Direito Civil não gera,

---

<sup>59</sup> “O novo Código Civil brasileiro, inspirado nas codificações anteriores aos anos 70, introduz inúmeras cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, sem qualquer outro ponto de referência valorativo. Torna-se imprescindível, por isso mesmo, que o intérprete promova a conexão axiológica entre o corpo codificado e a Constituição da República, que define os valores e os princípios fundantes da ordem pública.” (TEPEDINO, 2002, p. XIX-XX).

por si só, compreensão semântica que afaste a dúvida, cuja presença pode enriquecer o debate. (FACHIN, 2000, p. 175-176)

Nesse sentido, pode-se permitir uma alavancagem visando um novo papel a ser desempenhado pela revisão contratual. A função social do contrato – art. 421 – é um exemplo, como ressalta Fernando Noronha: “É também com fundamento na função social do contrato que se invoca a justiça para promover revisões judiciais de contratos, fundadas na alteração das circunstâncias, como teorias como a da imprevisão e da base negocial” (NORONHA, 1994, p. 86)<sup>60</sup>.

A cláusula geral da boa-fé, que possibilita a incursão de um juízo de equidade e de justiça contratual (artigos 422 e 113):

o que legitima o afastamento do princípio da força obrigatória do contrato é, no fim de contas, a equidade, a consideração de que constitui injustiça deixar-se que alguém se arruine somente porque se obrigou a satisfazer prestação que se tornou, em razão de circunstâncias extremamente gravosas. (GOMES, 1967, p. 46)

Além disso, a adoção da lesão (art. 158), do abuso do direito (art. 187, apesar de estar confinado como ilicitude) e a própria noção de conservação do negócio jurídico (art. 184) permitem alavancar um papel mais dinâmico à revisão contratual, já que superam os entraves das teorias que tradicionalmente cuidaram do assunto. Permitem, apesar da insuficiência do texto legal, superar a feição puramente subjetivistas das teorias a respeito da revisão contratual – ligadas à noção de imprevisibilidade e, inclusive, ao rigorismo do requisito da superveniência; as figuras do abuso do direito e da conservação do negócio jurídico podem ensejar a preservação do contrato, após revisado, que contenha cláusulas ilícitas geradoras de desequilíbrio contratual.

---

<sup>60</sup> O encontro denominado de “Jornada de Direito Civil”, realizado em Brasília nos dias 11, 12 e 13 de setembro de 2002, sob a coordenação do Ministro Ruy Rosado de Aguiar e promovido pelo Conselho da Justiça federal, formulou diversos enunciados a respeito de diversos dispositivos do Novo Código Civil, que certamente servirão de parâmetro para os operadores e aplicadores da nova codificação. O enunciado de número 22 proclamou que “A função social do contrato do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio da conservação do contrato, assegurando trocas úteis e seguras. Trata-se de forte indicativo de um caminho que poderá consolidar um papel mais dinâmico e ativo à revisão contratual em sua missão de conservação e efetivação do contrato.”

## 5 CONCLUSÃO

O contrato vive momento de crise, traduzido em período de transição. O modelo contratual formatado pela teoria clássica, em boa parte ainda mantido na nova codificação, categorizado em uma abstração distanciada da realidade e fundado em modelo excessivamente patrimonialista, não reflete os valores atuais da sociedade. O distanciamento entre o conceito jurídico de contrato e os valores da sociedade força o reconhecimento de que a pré-determinação legal do modelo contratual não mais abarca a realidade a sua volta. Os fatos se impõem e é momento de se repensar a teoria contratual, especialmente porque o contrato não é mais apenas um instrumento de transmissão econômica, de simples trânsito de bens pré-delimitados pelo sistema e sim um veículo de composição de interesses humanos, valorado na dignidade da pessoa dos contraentes e na ética contratual.

Neste contexto, o contrato não pode ser tido como meio de imposição econômica; deve ser visto e interpretado como instrumento de realização de justiça social. A problemática faz-se presente a partir da constatação de que o contrato da lei não é o contrato da sociedade; fatos sociais como contratação de massa, desequilíbrio contratual, superendividamento, são ignorados pelo Código Civil, o que repercute em novas legislações com fundamentos normativo-axiológicos completamente diferentes (o maior exemplo é o Código de Defesa do Consumidor) e em uma jurisprudência que reconstrói a teoria contratual. Nessa reinterpretação dos contratos, valores como dignidade da pessoa humana, equidade e justiça contratual, embora não consignados na codificação, são colocados como elementos integradores do contrato, relativizando antigos dogmas do Direito Contratual clássico (a autonomia negocial não mais traduz um poder absoluto do indivíduo, tendo seu conteúdo reconstruído e funcionalizado à finalidade econômica e social do contrato).

A necessidade da afirmação do redesenho jurídico do contrato ganha fundamental importância com o advento da Constituição da República. A Carta Magna de 1.998 representa marco substancial no ordenamento jurídico pátrio ao trazer nova ordem axiológica, calcada na valorização da pessoa. Tal ordem de ideias, transposta para as relações jurídicas civis (especialmente, neste trabalho,

para as relações obrigacionais), implica em nova visão do contrato e em um repensar dos fundamentos básicos da teoria geral clássica dos contratos.

A revisão do contrato, neste contexto de mudanças sociais e metodológicas, ganha especial relevo. A preservação do contrato não se limita apenas a fatos supervenientes que oneram de maneira extraordinária um dos contraentes, visão presa ao subjetivismo das eras modernas. Outros valores impõem uma ampliação da cláusula *rebus sic stantibus*, que deve ser calcada na finalidade do contrato, na consideração mútua e na confiança entre os contraentes, no respeito a uma nova ordem de ideias, como a ética contratual e a fidelidade contratual (o princípio da comutatividade ganha novo contorno, baseado na valoração das pessoas que contratam, na solidariedade entre as partes e no princípio da boa-fé). Os interesses veiculados no contrato, as necessidades por este instrumentalizadas e realizadas permitem a concepção de uma nova teorização a respeito da revisão dos contratos, a ser encarada como o grande mecanismo dogmático para aplicação dos valores constitucionais no âmbito contratual, preservando e efetivando o contrato redesenhado à luz da principiologia constitucional.

Enfim, a revisão dos contratos é um dos principais meios de concretização de uma nova teoria contratual, calcada em valores ausentes do Código Civil. A busca desse novo papel da revisão contratual, garimpado à luz da axiologia contemporânea, foi objeto desse pequeno estudo, cujo fio condutor reside na preocupação da concretização do contrato redesenhado pela principiologia constitucional.

## 6 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTERINI, Atílio Anibal; CABANA, R. M. López. **La autonomía de la voluntad en el contrato moderno**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. Evolução do direito civil brasileiro. **Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial**, v. 24. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. de 1983, p 75-89.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, v. 797. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. de 2002, p. 11-26.

BARLETTA, Fabiana. **Revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, v. 9, nov. de 1993, p. 60-77.

BOLETIM do Instituto dos Advogados brasileiros, vol. VIII, p. 107, *apud* FONSECA, Arnaldo Medeiros. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 14.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 12.547 – DF. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. **Diário da Justiça da União**. Brasília, p. 115, 12 fev. 2001.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. *In*: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 31-56.

COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. Limites e possibilidades da nova teoria geral de direito civil. **Jurisprudência Brasileira**, v. 172. Curitiba, Juruá, 1994.

\_\_\_\_\_. **Novo conceito de ato e negócio jurídico – conseqüências práticas**. Curitiba: Educa, *Scientia et Labor*, 1988.

\_\_\_\_\_. O "aggiornamento" do direito civil brasileiro e a confiança negocial. *In*: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 115-149.

\_\_\_\_\_. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FONSECA, Arnaldo Medeiros. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

GILMORE, Grant. **The death of contract**. Columbus: Ohio Univ. Press., 1974, *apud* LÔBO, 1995, p. 43.

GOMES, Orlando. **Transformações gerais no direito das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A contemporaneidade contratual e a regulamentação do contrato eletrônico. *In*: SILVEIRA RAMOS, Carmem Lucia; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; GEDIEL, José Antonio; FACHIN, Luiz Edson; BODIN DE MORAES, Maria Celina. (Orgs.). **Diálogos sobre Direito Civil**: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 209-246.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **O contrato: exigências e concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986.

\_\_\_\_\_. Contrato e mudança social. **Revista dos Tribunais**, v. 722, dez. 1995, p. 40-45.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor. O novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. Mercado e solidariedade social entre 'cosmos' e 'taxis': a boa-fé nas relações de consumo. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002, p. 611-714.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. *In*: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 87-114.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003a, p. 105-147.

\_\_\_\_\_. O princípio da solidariedade. *In*: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto (Org.). Estudos em Homenagem ao Professor Cáo Tácito. Rio de Janeiro: Renovar, 2003b, p. 527-556.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

\_\_\_\_\_. O contrato em movimento no direito pós-moderno. **Revista trimestral de direito civil**, v. 10. Rio de Janeiro: Padma, jun. de 2002, p. 275-280.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais – autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil – introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. *In*: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 3-29.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial**, v. 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. de 1993, p. 20-32.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001.

# GENDER INEQUALITY: THE INTERPLAY BETWEEN RULE OF LAW AND SOCIAL NORMS<sup>1</sup>

DESIGUALDADES DE GÊNERO: A INTERAÇÃO ENTRE O ESTADO DE DIREITO E NORMAS SOCIAIS

*Josephine Wong<sup>2</sup>*

## Abstract<sup>3</sup>

Numerous empirical studies have established that “Rule of Law” is positively associated with various socioeconomic development indices, including higher GDP levels and lower infant mortality rates. Against this backdrop, Pistor undertook a study, “Social Norms, Rule of Law and Gender Reality”, that attempts to clarify the universal appeal and socioeconomic impact associated with rule of law. In her study, she found a low, or no, positive correlation between rule of law and gender equality. Pistor explains this phenomenon through emphasizing the importance of social norms in determining gender roles.

This paper attempts to reconcile the gap between existing empirical studies that demonstrate rule of law’s positive impact on socioeconomic development and Pistor’s finding in rule of law’s lack of impact. Through a more comprehensive conceptualization of rule of law and a more expansive discussion of Pistor’s case studies, this paper explains the counter-intuitive results from her study.

While this paper disagrees with how her analysis unfairly undermines the impact rule of law can make to enhance gender equality, it reaffirms her assertion that social norms is a significant impediment to women rights. In order to promote women’s status in society, policy measures should aim at reforming legal institutions and rectifying prevalent sexist norms in parallel to facilitate the promotion of gender equality.

**Keywords:** Social Norms, Rule of Law, Gender Equality, Legal Institutions and Development.

## RESUMO

Numerosos estudos empíricos têm demonstrado que o “Império do Direito” é associado positivamente com vários índices de desenvolvimento socioeconômico,

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em: 07/01/2011. Pareceres emitidos em: 14/01/2011 e 25/01/2011. Aceito para publicação em: 28/01/2011.

<sup>2</sup> Bachelor of Arts (B.A.) em 2007, University of British Columbia, em Relações Internacionais e Juris Doctor (J.D.) Candidate, Faculty of Law – University of Toronto.

<sup>3</sup> I want to thank Professor Mariana Prado (University of Toronto, Faculty of Law) for helping me with the research and writing of this paper.

incluindo níveis mais elevados do PIB e menores taxas de mortalidade infantil. Nesse cenário, Pistor realizou um estudo, “Social Norms, Rule of Law and Gender Reality”, que procura esclarecer o apelo universal e o impacto socioeconômico associado com o “Império do Direito”. No seu estudo, ela encontrou a pequena, ou nenhuma, correlação positiva entre “Império do Direito” e igualdade de gênero. Pistor explica este fenômeno enfatizando a importância das normas sociais nas determinações nos papéis de cada um dos gêneros.

Este artigo tenta reconciliar as diferenças entre os estudos empíricos existentes que demonstram o impacto positivo do “Império do Direito” no desenvolvimento socioeconômico e a ausência de impacto do “Império do Direito” nos estudos de Pistor. Por meio de uma conceituação mais abrangente do “Império do Direito” e uma discussão mais ampla dos estudos de caso de Pistor, o artigo explica os resultados contra-intuitivos dos estudos dela.

Embora este artigo discorde da forma injusta com o estudo de Pistor enfraquece o impacto do “Império do Direito” na igualdade de gênero, este texto reafirma a assertiva de Pistor de que as normas sociais são um significativo impedimento para os direitos das mulheres. Com o intuito de promover o status das mulheres na sociedade, medidas políticas devem reformar instituições legais e retificar as normas sexistas prevalentes para facilitar a promoção da igualdade de gênero.

**Palavras-chave:** Normas Sociais, “Império do Direito”, Igualdade de Gênero, Instituições Legais e Desenvolvimento.

**Sumário:** *Introduction. Pistor’s Study: Social Norms, Rule of Law and Gender Equality. Methodology. Findings. Analysis. Defining Rule of Law: Thick, Thin or Thinner? Saudi Arabia: Substantive Laws. Legal Institutions. Impact on Women: Education, Employment and Access to Social Services. Education. Employment. Access to Social Services. Thinner Conception: Linking the Institutional Framework to the Ideals. India: Law Enforcement. Legal Institutions. Police. Commissions. Judiciary. Impact on Women. Thinner Conception: Adding Substance to Institutional Frameworks. Kenya: Informal Institutions. Informal Institutions and Social Norms. Impact on Women. Intersection of Formal and Informal Institutions. Policy Implications. Saudi Arabia. Legal Reforms. Educational Reforms. Feasibility. India. Grassroots Movement: the Zero Rupee Initiative. An Independent Police Institution for Women. Feasibility. Kenya. Formal and Informal Reforms. Feasibility. Conclusion.*

## INTRODUCTION

Numerous empirical studies have established that “Rule of Law” is positively associated with various socioeconomic development indices, including higher GDP levels and lower infant mortality rates.<sup>4</sup> Against this backdrop, Pistor undertook a

study, “Social Norms, Rule of Law and Gender Reality”,<sup>5</sup> that attempts to clarify the universal appeal and socioeconomic impact associated with rule of law. In her study, she found a low, or no, positive correlation between rule of law and gender equality.<sup>6</sup> Pistor explains this phenomenon through emphasizing the importance of social norms in determining gender roles.<sup>7</sup>

This paper attempts to reconcile the gap between existing empirical studies that demonstrate rule of law’s positive impact on socioeconomic development and Pistor’s finding in rule of law’s lack of impact. Firstly, I will provide a more comprehensive conceptualization of rule of law in explaining the counter-intuitive results from Pistor’s study. Secondly, I will expand on Pistor’s current case studies to provide a more detailed analysis of the role social norms play in determining gender equality.

This paper is divided into six parts. The first section provides a summary of Pistor’s findings and identifies the gaps. The second section discusses existing literature on rule of law and how appropriate conceptualization can fill in the gaps in Pistor’s study. The third, fourth and fifth sections identify the specific gaps that impede rule of law from promoting gender equality in Saudi Arabia, India and Kenya. The sixth section assesses policy recommendations based on these findings.

In conclusion, this paper disagrees with how Pistor’s analysis unfairly undermines the impact rule of law can make to enhance gender equality, but reaffirms her assertion that social norms is a significant impediment to women rights. In order to promote women’s status in society, policy measures should aim at reforming legal institutions and rectifying prevalent sexist norms in parallel to facilitate the promotion of gender equality.

---

governance institutions by one standard deviation, there was an overall 400 percent improvement in per capita income and reduction of child mortality and illiteracy rates [*Kaufmann 1999*].

<sup>5</sup> Katharina Pistor. *Social Norms, Rule of Law, and Gender Equality* (American Bar Association World Justice Project, 2008), Prepared for World Justice Forum 2008 [*Pistor*].

<sup>6</sup> Pistor, *supra* note 2 at 1.

<sup>7</sup> Pistor, *supra* note 2 at 2.

## PISTOR'S STUDY: SOCIAL NORMS, RULE OF LAW AND GENDER EQUALITY

### Methodology

The results from Pistor's study are derived from the charting of various rule of law and gender development indexes, including the World Governance Indicator (WGI), the Political Constraints Index (PolCon), the Gender Development Index (GDI) and Gender Empowerment Measure (GEM).<sup>8</sup>

The WGI is developed by the World Bank, and is considered the most comprehensive index in the area of governance to date.<sup>9</sup> This index measures six dimensions of governance, namely voice and accountability, political stability and absence of violence/terrorism, government effectiveness, regulatory quality, rule of law and control of corruption. The index is a composition of subjective, perception-based data of various stakeholders, including household respondents, experts working in the private sectors, NGOs and public sectors. Pistor's study uses only the rule of law and government effectiveness sub-index of the larger WGI data.

PolCon is developed by Witold Henisz in 2000 to record the number of institutionalized vetoes in a given political system. GDI compares male and female scores on life expectancy at birth, adult literacy rate, gross enrolment ratio and GDP per capita. GEM measures political participation and decision-making, economic participation and decision-making and power over economic resources.

### Findings

Pistor's study found that in high-income countries, there is a high correlation between gender equality and indicators of rule of law, but the correlation is weak and even disappears in low-income countries.<sup>10</sup> From this finding, she deduces that the

---

<sup>8</sup> Pistor, *supra* note 2 at 2-3.

<sup>9</sup> Kaufmann 1999, *supra* note 1; World Governance Indicators Project, *Governance Matters* (World Bank, 1996-2008), online: World Bank <<http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.asp>> [WGI].

<sup>10</sup> Pistor, *supra* note 2 at 1.

status of women in society is determined primarily by social norms, and that these norms are only weakly affected by legal institutions.<sup>11</sup>

Pistor also suggests that rule of law will be unenforceable without a “buy in” or voluntary compliance by the public.<sup>12</sup> Informal institutions often override formal law as the rules that govern human interaction. Therefore, social relations, in particular gender relations, are governed largely, if not exclusively, by social norms.

### Analysis

Firstly, it is important to understand that Pistor’s analysis is not constrained to the relationship between rule of law and gender equality. Her greater thesis is that because of the weak impact rule of law has on gender equality, rule of law, in and of itself, does not necessarily contribute to better socioeconomic outcomes as previous studies suggest.<sup>13</sup> This claim is in contrast to numerous empirical studies that have shown the importance of the rule of law for a range of desirable social outcomes, including GDP levels, financial market development, human rights and child mortality.<sup>14</sup> Her claim is also in tension with historical evidence, such as universal suffrage, changes in family law and legal affirmative action programs in western countries.

Pistor’s analysis is based on the assumption that gender equality should accompany higher rule of law ratings if the significance of rule of law holds. This assumption is conceptually problematic.

Firstly, rule of law is a wide-ranging concept, and Pistor never defined rule of law precisely for purposes of studying gender equality. This leaves readers to infer what she attributes to the term through the governance indexes she used. This is problematic because the indexes do not incorporate any gender-specific data.

Secondly, even if social norms are a significant impediment to promoting gender equality, it cannot be said that they supersede rule of law as the prime factor

---

<sup>11</sup> Pistor, *supra* note 2 at 2.

<sup>12</sup> Pistor, *supra* note 2 at 12.

<sup>13</sup> Pistor, *supra* note 2 at 2.

<sup>14</sup> Kaufmann 1999, *supra* note 1.

affecting gender roles unless there is an example of a country experiencing substantial gender discrimination despite advanced rule of law ratings. India, contrary to Pistor's paper, is not actually such an example. Despite gender-neutral laws in the country, the laws are rarely, if not ever, enforced.

Thirdly, it is also too bold to make assumptions about rule of law's impact at large based on its impact on gender equality alone. The greater potential of rule of law cannot be extrapolated on merely one social factor. Even if the relationship between rule of law and gender equality reflects particularities about rule of law, Pistor's study is not sufficient to undermine rule of law's potential in facilitating gender equality, or other socioeconomic factors.

Although the results of Pistor's study derive from comprehensive indexes, these indexes do not cater to the needs of gender development studies. For example, the WGI does not capture specific gender equality laws, gender-based violence and law enforcement on gender-based crimes.<sup>15</sup> This creates a situation, like Saudi Arabia, where even if a country has an adequate thin concept of rule of law, gender equality is still lacking because substantive laws in the country marginalize women. In India, where domestic violence is not perceived as a crime, crime rates in the index will be skewed in two ways. Firstly, the reported crime rates are lower than they actually are because gender-based violence is not incorporated in the index. Secondly, even if gender-based crimes are captured, they are subsumed in the larger crime rate data and do not reflect the impact of rule of law on specific gender-based crimes.

This paper, through the analysis of sexist laws in Saudi Arabia and dismal law enforcement in India, illustrates that the weak association between rule of law and gender equality results from dysfunctional legal institutions. There is a distinction between whether the institution of law *per se* is ineffective, or the institution has not been effective because they are not designed and implemented appropriately. Saudi Arabia and India illustrate the latter, but there is no conclusive evidence to show that they reflect the former.

---

<sup>15</sup> WGI, *supra* note 6.

With that said, there are merits in Pistor's skepticism about how rule of law alone can affect social change and how prevailing social norms are impeding the promotion of gender equality. This paper, through the discussion of informal institutions in Kenya, attempts to provide more insight to this analysis.

## **DEFINING RULE OF LAW: THICK, THIN OR THINNER?**

"Rule of Law" is still largely an undefined concept, and Pistor does not address the conceptual difficulties of this term in her study. This section of the paper attempts to define this term and analyze the relationship between rule of law and gender equality in a more precise language.

Rule of law can be conceptualized as "justice" at large, or formalistic markers such as whether laws are publicly promulgated, predictable in their application, subject to a form of neutral adjudication and whether due process is followed. Some indices research studies use include general trust in a country's legal system, crimes, property and intellectual property rights and enforceability of laws and judicial decisions.

Trebilcock and Daniels, in their book "Rule of Law Reform and Development", provide a comprehensive overview of how various scholars have defined "rule of law" in the past.<sup>16</sup> Conventional definitions are generally classified into a "thick" or "thin" conception, and Trebilcock and Daniels propose to adopt a "thinner" conception in their book.<sup>17</sup>

Thick concepts of rule of law refer to a broader definition and relate the term to the larger concept of "justice" and "universal moral principals". For example, Hayek links the term to freedom.<sup>18</sup> Along this line of liberal thinking includes Sunstein, who

---

<sup>16</sup> Michael Trebilcock & Ronald Daniels, *Rule of Law Reform and Development: Charting the Fragile Path of Progress* (Massachusetts: Edward Elgar Publishing Ltd, 2008) [RoL].

<sup>17</sup> RoL, *supra* note 13 at 16-29.

<sup>18</sup> RoL, *supra* note 13 at 16.

suggests that “a democratic constitution makes it more likely that people will look behind traditions to see what can be said on their behalf.”<sup>19</sup>

Thin concepts of rule of law refer to a narrower definition that relate to formal and non-moral principle of governance. Rawls defines rule of law as reason “addressed to rational persons for the purpose of regulating their conduct and providing the framework for their cooperation.”<sup>20</sup> Scholars like Rawls see rule of law as mere means to achieve social coordination with minimal consideration to concepts like justice and fairness. Raz provided specific, formalistic markers that define rule of law:<sup>21</sup>

1. All laws should be prospective, open and clear
2. Laws should be relatively stable
3. The making of particular laws (particular legal orders) should be guided by open, stable, clear and general rules
4. The independence of the judiciary must be guaranteed
5. The principles of natural justice must be observed
6. The courts should have review powers over the implementation of the other principles
7. The courts should be easily accessible
8. The discretion of the crime-preventing agencies should not be allowed to pervert the law

How we define the term “rule of law” has significant impact on whether, and how, the “rule of law” is effective in promoting gender equality. Definitions that are too thick (broad) or too thin (narrow) are not illuminative in analyzing rule of law’s impact on promoting gender equality.

---

<sup>19</sup> RoL, *supra* note 13 at 17.

<sup>20</sup> RoL, *supra* note 13 at 20.

<sup>21</sup> RoL, *supra* note 13 at 21.

Concepts that are too thick mistake the rule of law *per se* with the rule of just law, respect for individual rights and freedoms and the creation and maintenance of a just society.<sup>22</sup> This concept is problematic because justice is a subjective and ambiguous concept that is malleable to subjective interpretations. For example, as will be discussed in the case study of Saudi Arabia, legislators, law enforcement agencies and the society at large believe that justice can only be done by constraining women autonomy. In some parts of the world, the imposition of sexism is justice. Such a broad and ambiguous concept allows room for manipulation and misinterpretation, giving rise to discriminatory attitudes to hide behind the name of justice.

Definitions that are too thin lose its appeal by minimizing the inherent concept of “fairness”, which is, although controversial, a universal appealing concept. A pure functional definition of law is also unhelpful in recommending effective reforms because rigid procedures are not easily adaptable to different cultural, resource and political economy constraints in different countries. For example, as will be seen in the case study of Kenya, there are entrenched sexist values that prohibit women from owning property. Just by imposing property laws from the developed countries to Kenya will not ensure public compliance. Finally, thin concepts may only be concerned with laws in form, but not substantive effectiveness. For example, in India, the formal skeleton of progressive, gender-neutral laws exist and would satisfy a thin concept of justice. However, this thin concept discounts the fact that these laws are not effectively enforced, and therefore, gender inequality still remains a rampant problem in India.

Trebilcock and Daniels propose a “thinner conception” by collapsing rule of law as both a set of ideals and an institutional framework.<sup>23</sup> According to Trebilcock and Daniels, this “thinner” concept is a procedural definition. The institutional framework is formal to the extent that it is preoccupied with normative benchmarks, such as rules, interpretive and applicable methodologies, and processes of judicial and other enforcement. These formalistic markers aim to achieve a set of ideals, such as social

---

<sup>22</sup> RoL, *supra* note 13 at 23.

<sup>23</sup> RoL, *supra* note 13 at 23.

and economic coordination, certainty and predictability of governmental action, private autonomy and actual equality of legal treatment at the hands of the government.

Specifically, this procedural approach has three elements: process values, institutional values and legitimacy values.<sup>24</sup> Process values refer to transparency, predictability, stability and enforceability of laws. Institutional values incorporate the judiciary, prosecutors, police, penal system, specialized law enforcement or administrative agencies, legal aid agencies and legal education institutions. Institutions should be independent from the executive and accountable to the public. Legitimacy values refer to societal acceptance of the system and the capacity to engender public respect and obedience.

Pistor's study does not engage in a discussion of the definition of rule of law. As we seen above, how one defines the rule of law has a significant impact on the perception of its impact on development outcomes. This is an important gap in her paper.

With that said, her research employs the WGI Rule of Law index, which "captures perceptions of the extent to which agents have confidence in and abide by the rules of society, and in particular the quality of contract enforcement, property rights, the police, the courts and the likelihood of crime and violence."<sup>25</sup> More precisely, these indices encompass violent crime, kidnapping of foreigners, organized crime, financial crime, money laundering, insider trading, enforceability of government and private contracts, enforceability of judgments, protection of intellectual property rights, independence of the judiciary, effective administrative law regime whereby parties can challenge government decisions, fairness, speediness and affordability of the judicial process, honesty of judges and the quality of police.<sup>26</sup>

This particular index captures the subjective perceptions of rule of law, but it leaves out objective and factual indicators of legal institutions in some countries, such as actual crime rates, judicial processes and actual laws in the country. Current

---

<sup>24</sup> RoL, *supra* note 13 at 29-37.

<sup>25</sup> Kaufmann, D. et. al. *Governance Matters VIII* (World Bank Policy Research Working Paper No. 4978, 2009) at 6 [*Kaufmann 2009*].

<sup>26</sup> Kaufmann 2009, *supra* note 22 at 77.

available data is insufficient<sup>27</sup> to conclude whether the absence of objective indicators actually result in a discrepancy if objective data is also taken into account, but it is reasonable to question if there will be a discrepancy. For example, in India, men will subjectively express that there is a lower crime rate because domestic violence is not a crime from their perspective. Women will likely come to a similar conclusion because they have been brought up thinking that domestic violence is not a crime. So subjectively, the crime rate will be seen as lower in the eyes of the people. However, objectively, domestic violence is a crime according to Indian law. So the actual crime rate is a lot higher than what the general population reports.

Moreover, this index does not encompass gender-specific legal initiatives, such as the existence and enforcement of gender-protection laws. These formalistic markers render Pistor's definition of rule of law relatively thin and does not engage in concepts of morals, fairness and justice, which are essential in promoting women's status in society.

In light of Trebilcock and Daniels' attempt to strike a delicate balance between thick and thin conceptions of rule of law, this paper will use some of the normative benchmarks suggested in their book and use a gender-specific approach to analyze if, and how or why, ideals such as gender equality is achieved. These normative benchmarks include the content of laws, law enforcement and the intersection between formal and informal institutions.

In the following three sections, this paper will identify the dysfunctional elements of particular benchmarks in Saudi Arabia and India that impedes the progress of the gender equality agenda. In Saudi Arabia, the content of laws is sexist. In India, gender-neutral laws are not enforced. These studies suggest that more comprehensive analyses are needed before Pistor can undermine the potential of rule of law in promoting socioeconomic goals, in particular gender equality.

In the case study of Kenya, this paper looks at the prevalent informal institutions that coexist with formal laws in the country. In Kenya, informal norms are sexist and formal laws are not. Kenya is a case that demonstrates that informal norms prevail

---

<sup>27</sup> WGI, *supra* note 6. WGI is an aggregated data on only subjective values. The individual questions are published, but responses to these individual questions are not; Kaufmann 2009, *supra* note 23.

when there is not an explicit legal institution to ousted informal norms when they are in conflict with formal laws. This case study reaffirms Pistor's assertion that social values, in addition to procedural benchmarks, play an important role in advancing particular development goals, including gender equality.

## SAUDI ARABIA: SUBSTANTIVE LAWS

### Legal Institutions

Saudi Arabia has a rather comprehensive legal system that is integral in its formal and procedural aspects. According to the WGI, the country scored 60 in the rule of law component.<sup>28</sup> Canada, the United States and the United Kingdom all scored higher than 90, while China scored 45 and Zimbabwe is merely 1.<sup>29</sup> In terms of numerical data, Saudi Arabia has a relatively functional legal system compared to other developing countries.

In terms of observational evidence, Saudi Arabia has rather formal legal procedures. The country is constitutionally governed by the Quran (religious text of Islam).<sup>30</sup> It is a religious state where all Saudis are Muslim,<sup>31</sup> and laws that arise from the Quran are generally respected and obeyed by the population. Moreover, The Ministry of Justice and the Supreme Judicial Council supervise about 300 courts, issue legal opinions on judicial decisions and approve serious sentences. These authoritative agencies ensure that laws are publicly promulgated and enforced by religious police.<sup>32</sup>

According to a thin, formal and non-moral conceptualization of rule of law, Saudi Arabia fares relatively well. In fact, it embodies all three elements of the thinner, procedural approach to rule of law. Saudi Arabia demonstrates process values, as

---

<sup>28</sup> WGI, *supra* note 6.

<sup>29</sup> WGI, *supra* note 6.

<sup>30</sup> According to the Basic Law of Governance (1992), Saudi Arabia's "constitution is the Almighty God's Book, The Holy Quran, and the Sunna (Traditions) of the Prophet (PBUH)." See Basic Law of Governance, Umm al-Qura Newspaper (Mekka), issue 3397, March 6, 1992, art. 1.

<sup>31</sup> Central Intelligence Agency, *The World Fact Book: Saudi Arabia* (CIA: 2010), online: CIA <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/sa.html>>.

laws in the country are transparent, predictable and enforceable.<sup>33</sup> It also integrates some institutional values. Although the judiciary is not completely independent,<sup>34</sup> the system incorporates courts, prosecution, police and penal system that are all accountable to the public's dedication to Muslim beliefs. Finally, there are also legitimacy values because there is societal acceptance of this system.<sup>35</sup>

However, sex segregation is widely practiced in Saudi Arabia, and women do not have equal opportunity to access education, health care and employment.<sup>36</sup> The reason underlying the gap between a functional legal institution and gender discrimination is that the country's laws are sexist. When an effective legal system enforces sexist laws, it perpetrates gender inequality. While normative benchmarks, such as promulgating laws, prosecuting perpetrators and sanctioning violators identify effective legal processes, if the law says women cannot work, then enforcement agencies will sanction women who work and men who offer jobs to women. This is a prime example of why it is important to include the content of laws in the conception of rule of law, and in this case, have substantive laws reflect the ends of gender equality.

The country applies Shari'a law (Islamic law) to all aspects of society, including the design of education institutions, establishment of the religious police to monitor "public morals" and the maintenance of the all-male judiciary.<sup>37</sup> The Permanent Council for Scientific Research and Legal Opinions, the official Saudi institution of Islamic legal opinions, issued the following statement:

God Almighty... commended women to remain in their homes. Their presence in the public is the main contributing factor to the spread of fitna [strife]. Yes, the

---

<sup>32</sup> Helen Chapin Metz, *Saudi Arabia: A Country Study* (Washington: GPO for the Library of Congress, 1992), online: Country Studies <<http://countrystudies.us/saudi-arabia/51.htm>> (Metz).

<sup>33</sup> Transparency and predictability refers to Ministry of Justice and Supreme Judicial Council's issuance of public legal opinions on judicial decisions, allowing the general public to appropriately expect how laws are interpreted. Enforceability refers to the religious police that monitors and enforces sex segregation.

<sup>34</sup> Metz, *supra* note 29.

<sup>35</sup> Laws that arise from the Quran are generally accepted by the religious state because all citizens are Muslims.

<sup>36</sup> Human Rights Watch, *Perpetual Minors: Human Rights Abuses Stemming from Male Guardianship and Sex Segregation in Saudi Arabia* (No. 1-56432-307-2, 2008) at 10-33 [*HRW Saudi Arabia*].

Shari'a permits women to leave their home only when necessary, provided that they wear hijab and avoid all suspicious situations. However, the general rule is that they should remain at home.<sup>38</sup>

The Constitution, government and legal institution of Saudi Arabia endorses sexist laws – sexist practices are official public policies. Some of these policies include the government imposition of male guardianship, complete sex segregation and restricted access to education, employment and healthcare.<sup>39</sup> The Religious Police enforces sex segregation in workplaces and are authorized to arrest violators.<sup>40</sup> The mixing of sexes is a criminal offence.<sup>41</sup>

### Impact on Women: Education, Employment and Access to Social Services

#### *Education*

Article 153 of the Saudi Police on Education states, "A girl's education aims at giving her the correct Islamic education to enable her to be a successful housewife, an exemplary wife and a good mother."<sup>42</sup> To enforce this, women and girls must provide guardian's permission to enroll in any level of education. The permission serves to ensure that education does not interfere with a woman's completion of household chores.

Women and girls are only allowed to enroll in restricted types of programs, such as teacher colleges. No programs in engineering, architecture or political science are offered to women. They also have restricted access to libraries. Moreover, the Ministry of Higher Education requires female students to be married and accompanied by their husband or a male guardian to study abroad on government scholarships.<sup>43</sup>

---

<sup>37</sup> HRW Saudi Arabia, *supra* note 33 at 7.

<sup>38</sup> Khaled Abou El Fadl, *Speaking in God's Name: Islamic Law, Authority, and Women* (Oxford: One World Publications, 2001) at 288 [*El Fadl*].

<sup>39</sup> See note 33.

<sup>40</sup> HRW Saudi Arabia, *supra* note 33 at 12.

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> HRW Saudi Arabia, *supra* note 33 at 14.

<sup>43</sup> *Ministry Enforces Travel Rules for Women Students*, Saudi Gazette, September 18, 2007, online: Saudi Gazette

Female students are also forbidden to leave campus without a legal guardian or designated driver, even if a student is sick. In fact, in March 2002, 15 girls died because religious police did not allow the girls to leave a burning building without their headscarves.<sup>44</sup>

### *Employment*

Saudi women comprise only 4 percent of the workforce.<sup>45</sup> Because of educational restraints, there are no female engineers, judges or lawyers.

Article 149 of the Saudi Labour Code states, “Women shall work in all fields suitable to their nature.”<sup>46</sup> The Ministry of Labour also confirmed that permission of a male guardian is required for a female staff to be hired. Female employees are forced to resign or to be terminated anytime that her guardian disallows her to work.<sup>47</sup>

In 2005, the Ministry passed Resolution 120.<sup>48</sup> The resolution aims to expand employment opportunities for women. However, the government did not implement this resolution due to opposition from religious authorities.<sup>49</sup>

Saudi’s sex segregation policy imposes a burden on employers to hire women. They need to establish separate facilities, send a male representative to allow them to interact with government agencies and coordinate their transportation – women are legally prohibited to drive. Employers may also have to pay higher salaries to females to offset transportation costs.

---

<[http://www.saudigazette.com.sa/index.php?option=com\\_content&task=view&id=37324&Itemid=1](http://www.saudigazette.com.sa/index.php?option=com_content&task=view&id=37324&Itemid=1)> or <<http://www.zawya.com/story.cfm/sidZAWYA20070918061629/Ministry%20Enforces%20Travel%20Rules%20for%20Women%20Students%20>>.

<sup>44</sup> HRW Saudi Arabia, *supra* note 33 at 16.

<sup>45</sup> Raid Qusti and Ali Al-Zahrani, *Obstacles before Women’s Employment Discussed* (Arab News, February 6, 2006), online: Arab News <<http://www.arabnews.com/?page=1&section=0&article=77368&d=6&m=2&y=2006>>.

<sup>46</sup> Labor Code (Part IX: Employment of Women), art. 149.

<sup>47</sup> HRW Saudi Arabia, *supra* note 33 at 18.

<sup>48</sup> HRW Saudi Arabia, *supra* note 33 at 19.

<sup>49</sup> The Middle East Media Research Institute, *Public Debate in Saudi Arabia on Employment Opportunities for Women*, (Inquiry and Analysis Series - No. 300, 2006).

### *Access to Social Services*

Women and girls are susceptible to domestic violence because there are no laws to protect women from family abuse.<sup>50</sup> In addition to that, guardian permission is required in order for women and girls to file a criminal complaint, even when the complaint is made against the guardian.<sup>51</sup> In fact, because all police officers are male, women cannot enter a police station without a guardian.<sup>52</sup>

Even if the guardian is abusive, it is almost impossible to remove the guardianship. Only 1-2% of these applications succeed.<sup>53</sup> And even if the application is accepted, it may take courts up to five years to remove the guardianship, even if a father guardian is sexually abusing his children.<sup>54</sup> As a result, many women suffer domestic violence, and often die in cases of extreme abuse.

The Ministry of Interior has laws that bar women from getting a passport and boarding a plane without permission from her male guardian.<sup>55</sup> The permission must also state how many days travel has been approved for.<sup>56</sup> Foreign women under the age of 45 traveling to the Kingdom must also be accompanied by a male relative.<sup>57</sup>

Furthermore, in the absence of a male guardian, women are not allowed to access government agencies, testify in court, obtain an identity card, get married, sign divorce papers or even buy a cell phone.<sup>58</sup> In the case of a divorce, women are only granted “physical custody” of their children, while the father retains the “legal custody”.<sup>59</sup> Only the father is allowed to open bank accounts, enroll them in school or

---

<sup>50</sup> HRW Saudi Arabia, *supra* note 33 at 23.

<sup>51</sup> HRW Saudi Arabia, *supra* note 33 at 22.

<sup>52</sup> HRW Saudi Arabia, *supra* note 33 at 23.

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> HRW Saudi Arabia, *supra* note 33 at 28.

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> The Saudi Embassy in Washington DC’s website states, “All ladies are required to travel for Hajj with a Mahram. Proof of kinship must be submitted with the application form. Any lady over the age of forty-five (45) may travel without a Mahram with an organized group, provided she submits a letter of no objection from her husband, son or brother authorizing her to travel for Hajj with the named group. This letter should be notarized.” See “Hajj Requirements,” online: Saudi Embassy in Washington DC <<http://www.saudiembassy.net/Travel/hajj.asp>>.

<sup>58</sup> HRW Saudi Arabia, *supra* note 33 at 23-26.

<sup>59</sup> HRW Saudi Arabia, *supra* note 33 at 32.

give them permission to travel. In short, a woman does not exist in the system without a male guardian.

### Thinner Conception: Linking the Institutional Framework to the Ideals

Saudi Arabia has a robust procedural system in regards to its laws. Legislation is made according to the Constitution (Islamic teachings), laws are publicly promulgated and are effectively enforced by the religious police. Citizens know what the laws are and abide by them. However, women are prohibited from attending school, employment and access to basic social and legal services.

The underlying problem is that Saudi laws are sexist. The laws of sex segregation and imposition of male guardianship prohibits women from obtaining financial, social and functional independence in society. In fact, these laws are so indoctrinated in society that even when sex segregation and guardian permission is not required in some circumstances, officials just assume that women are not allowed to make those decisions on their own.

The Saudi Arabia situation reflects two major pitfalls in reflecting why rule of law is not effective in facilitating gender equality. Firstly, substantive laws that Saudi legal institutions are enforcing do not aim at achieving gender equality. The laws are sexist *per se*. Effective legal processes are only means used to achieve the ends that substantive laws reflect, and when the laws are aimed at segregating women and oppressing their opportunities, then these legal processes become perpetrators of women marginalization, instead of promoters of gender equality.

In reference to the “thinner conception” of rule of law, both institutional frameworks and a set of ideals are considered important and integral to functional rule of law. According to this definition, the underlying impediment to the promotion of gender equality is the disconnect between Saudi’s institutional framework and the ideal sought to be achieved, namely gender equality.

Secondly, substantive laws and effective enforcement are reflective of social values that are sexist in nature. To rectify existing sexist laws, the government must push through opposition from the pressure of public and religious opinions.

The laws of sex segregation and male guardianship are reflective of Islamic values in Saudi Arabia. Representatives of Ministry of Islamic Affairs and Saudi jurists are of the view that “loose interaction across gender lines is one of the causes of fornication, which disintegrates society and destroys its moral values and all sense of propriety.”<sup>60</sup> Male guardianship serves to protect the family name and sexual boundaries of society.

These values are accepted and embodied throughout the country. In addition to the religious and political leaders who make laws according to these “morals”, the average citizens takes it upon themselves to make sure these morals are reflected in practice. For example, although the Ministry of Interior allows women over the age of 45 to travel without guardian permission, airport officials still disallows women to board the plane without presentation of authorization.<sup>61</sup>

Furthermore, although the law clearly states that a woman over the age of 18 can be admitted to or discharged from a hospital and to undergo certain medical operations without guardian permission, hospitals still require this guardian approval.<sup>62</sup> While either parent can authorize a child’s medical procedures, many doctors just assume that only the father has the right to do so.<sup>63</sup>

The government attempted to adopt a new Labour Code in 2006 that will eliminate mandatory provisions that require sex segregation in workplace. This legislation was met with fierce opposition from religious leaders, and an implementation agency was never established. Until today, work environments remain gender segregated.<sup>64</sup>

This case study demonstrates that if this identified gap between the institutional framework and the ideals aspired can be filled, rule of law embodies great potential to close the gap between gender disparity in Saudi Arabia. The lack of gender equality only identifies a specific dysfunctional gap in the legal system, but does not necessarily render rule of law *per se* ineffective.

---

<sup>60</sup> El Fadl, *supra* note 35 at 289.

<sup>61</sup> HRW Saudi Arabia, *supra* note 33 at 3.

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> HRW Saudi Arabia, *supra* note 33 at 20.

## INDIA: LAW ENFORCEMENT

Pistor discussed India as a case study of vast discrepancy between the formal law and actual social practices in regards to gender equality<sup>65</sup>. Although the facts do show the said discrepancy, Pistor made erroneous assumptions about the effectiveness of India's law enforcement agencies, and this proves to be a substantive gap that negates the conclusion that gender inequality in India is based on social norms alone.

Pistor did not address the issue of law enforcement in any detail, and merely referred to courts, police and commissions to demonstrate that specific institutions exist for the purposes of implementing gender-neutral laws. However, extensive research shows that these institutions only exist as a framework, and are ineffective in law enforcement.

India's WGI rule of law score is comparable to Saudi Arabia at 56.<sup>66</sup> However, in contrast to Saudi Arabia, India actually has gender-neutral laws. Indian women had suffrage since 1950. The Indian Constitution stipulates equality guarantee, and in particular, Article 15 prohibits sex discrimination.<sup>67</sup> The Constitution also guarantees women's rights to equal pay, maternity leave, property rights and the right to divorce.<sup>68</sup> There is also legislation that prohibits violence against women, including the burning of widows, child marriage, selective feticide and infanticide, dowry collection, trafficking, child labour and pornography.<sup>69</sup>

Despite the fact that India is more progressive in developing gender-neutral laws than Saudi Arabia, their rule of law scores are similar, and Indian women still suffer widely from various discriminatory practices. For example, there are 30 million "missing women" caused by sex selective abortion and infanticide.<sup>70</sup> According to the World Health Organization, a woman is raped every 54 minutes, with a large

---

<sup>64</sup> See note 45 and 46.

<sup>65</sup> Pistor, *supra* note 2 at 19-22.

<sup>66</sup> WGI, *supra* note 6.

<sup>67</sup> Pistor, *supra* note 2 at 19.

<sup>68</sup> Pistor, *supra* note 2 at 20.

<sup>69</sup> Pistor, *supra* note 2 at 19-20.

proportion of sexual abuse committed by fathers.<sup>71</sup> 40% of rural girls are married off before the legal age, and there is an estimated 7000 dowry deaths in 2004.<sup>72</sup> Girls are also sold as underage domestic help and prostitutes.<sup>73</sup>

Pistor's emphasis on social norms as the primary determinant of gender equality implies that social norms supersede formal rule of law. However, this can only be demonstrated if rule of law in India is adequate. Otherwise, even if social norms appear to be a significant influence in gender equality issues, it cannot be said that social norms are so influential that it can undermine a functioning rule of law system. The most that can be said is that during times when rule of law is absent, social norms prevail in determining gender relations.

Pistor attempts to characterize India as having good rule of law in terms of gender relations. She listed a series of legislation that protects women. In addition, she placed enormous confidence in the effective enforcement of those laws:

Apart from an elaborate apparatus of courts and a wide police network, commissions with special mandates in priority areas have been set up. These include the National Commission for Women, set up to review and supervise 'all matters relating to safeguards provided for women under the Constitution as well as other Acts', and the National Human Rights Commission with analogous powers.<sup>74</sup>

However, Pistor's characterization of India's rule of law is far from reality. There is a general lack of enforcement by the police, commissions and judiciary.

## Legal Institutions

### *Police*

There are significant, systematic corruption problems in the Indian police. Police refuse to register cases or investigate complaints without bribes.<sup>75</sup> This makes the

---

<sup>70</sup> Pistor, *supra* note 2 at 21.

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> Pistor, *supra* note 2 at 20.

<sup>75</sup> Human Rights Watch, *Broken System: Dysfunction, Abuse, and Impunity in the Indian Police* (No. 1-56432-518-0, 2009) at 9 [*HRW India*].

prosecution of criminals impossible. Furthermore, Indian laws protect public officials from being prosecuted without government approval, allowing police officers to act with impunity.<sup>76</sup> A corrupt police system affects historically marginalized groups in particular, including women. Women have less capacity to pay bribes, trade on social status or use political connections to get help from the police.

Police corruption is a systematic problem, not solely because officers are inherently corrupt, but political circumstances render the effective execution of their jobs almost impossible.

Firstly, police officers do not have the equipment to carry out their jobs.<sup>77</sup> Physical infrastructures, such as police stations, are crumbling. Some stations do not even have electricity. Police stations also lack basic equipment, such as police cars, phones, computers, internet connection and stationery. In fact, there are only, on average, seven vehicles for every 100 police officers.<sup>78</sup> There are not enough paper and pens to make notes.<sup>79</sup> Without necessary equipment, police are unable to respond to calls, visit crime scenes, conduct research and investigation or even register complaints. Because of the small space, victims of domestic violence do not have privacy to discuss their cases.

Secondly, police officers are not provided with necessary training to carry out law enforcement duties. Police officers are uninformed about the law, do not know how to register cases legally or conduct effective investigation.<sup>80</sup> They are not aware of the existence of laws such as the Protection of Women Against Domestic Violence Act.<sup>81</sup>

Thirdly, there is no capacity for officers to carry out their duties. They are *always* on call and work an average of 12-16 hour days.<sup>82</sup> In fact, there is just one police

---

<sup>76</sup> HRW India, *supra* note 69 at 13.

<sup>77</sup> HRW India, *supra* note 69 at 7.

<sup>78</sup> HRW India, *supra* note 69 at 22.

<sup>79</sup> HRW India, *supra* note 69 at 23.

<sup>80</sup> HRW India, *supra* note 69 at 31-33.

<sup>81</sup> HRW India, *supra* note 69 at 52 note 153.

<sup>82</sup> HRW India, *supra* note 69 at 29.

officer for every 1,037 residents.<sup>83</sup> In comparison, the Asian average is one officer for 558 and global average is one of 333 people.<sup>84</sup> In the face of constraint resources, officers are still routinely pulled away from the duties to escort “VIPs”, such as politicians, businesspeople and celebrities.<sup>85</sup>

Finally, there is low morale amongst the police force. Police are paid minimal wages and have to live in filthy barracks, after gruesomely tiring workdays.<sup>86</sup> Officers are not allowed leave to see their families for weeks – often even in times of family emergencies.<sup>87</sup> Moreover, political figures frequently intervene to protect criminals or convict innocent people. Politicians also discourage the registration of complaints to reflect a decrease in crime rate.<sup>88</sup> Police officers are not empowered to carry out law enforcement duties, and some even serve as domestic help to senior police.<sup>89</sup>

### *Commissions*

Pistor also referred to commissions such as the National Human Rights Commission (NHRC) and the National Commission for Women (NCW). However, there is no sufficient research to indicate the effectiveness of these commissions.

*Human Rights Watch* indicated in a 2009 report that the NHRC is understaffed, uninformed about human rights law, biased against complainants and favour public officials.<sup>90</sup> The investigation process also lacks independence and impartiality. Although NHRC has the authority to recommend independent investigations by another division of the local police, complaints often result in the police investigating themselves.<sup>91</sup> There is also a lack of proper sanctions. In the rare cases where complaints succeed, NHRC typically recommends the state to award compensation without prosecuting offending officers. The most serious sanctions only involve

---

<sup>83</sup> HRW India, *supra* note 69 at 7.

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> HRW India, *supra* note 69 at 4.

<sup>86</sup> HRW India, *supra* note 69 at 7.

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> S.K. Chaturvedi, *Good Governance: Police and Human Rights, Public Governance and Decentralisation* (New Delhi: Mittal Publications, 2003) at 358.

<sup>89</sup> HRW India, *supra* note 69 at 7.

<sup>90</sup> HRW India, *supra* note 69 at 103-106.

<sup>91</sup> HRW India, *supra* note 69 at 13.

temporary suspension or transfer of offending officers to another station.<sup>92</sup> Finally, the Committee on the Elimination of Discrimination against Women noted that the Indian government should strengthen law enforcement and introduce reforms proposed by the NWC, indicating that NWC's recommendations for reforming dowry, sexual assault and domestic violence alike are not incorporated into the "mainstream" legal system effectively.<sup>93</sup>

Most notably, in January 2009, a group of 40 members of Shri Ram Sena<sup>94</sup> attacked girls in a pub in Mangalore because it is a "violation of traditional India values for girls to be at a pub."<sup>95</sup> In response to this incident, one of the investigators of NCW blamed the girls for wearing provocative clothing and the lack of adequate security of the pub for the attacks. Members of the NCW team indicated "If the girls feel they were not doing anything wrong why are they afraid to come forward and give a statement?"<sup>96</sup> This incident sparked social outrage. Local and national newspapers published criticisms of the NCW in titles such as "NCW Team Gets It All Wrong"<sup>97</sup> and "Mangalore Pub, Girls to Blame: NCW".<sup>98</sup> Although NCW did not accept the report from this particular investigator subsequently, it demonstrates that the institutions are not effective in enforcing gender-neutral laws.

Firstly, these types of statements have the effect of saying "these women deserved to be attacked." The focus on victim blaming, the lack of condemnation for

---

<sup>92</sup> *Ibid.*

<sup>93</sup> Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *Concluding Comments of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women: India* (Supplement No. 38 (A/55/38), 22<sup>nd</sup> Session, 17 January – 4 February 2000), online: CEDAW <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reports/a5538.pdf> at Para. 69.

<sup>94</sup> A right-wing Hindu group

<sup>95</sup> Mangalorean Media, *Mangalore: Attack on Pub now a National Concern!* (January 2009), online: Mangalorean <<http://www.mangalorean.com/news.php?newstype=broadcast&broadcastid=110268>>.

<sup>96</sup> Daiji Word Media Mangalore, *Mangalore Pub Attack – National Commission for Women Recommends Punishment Under Article 307*, (January 2009), online: Daiji <[http://www.daijiworld.com/chan/exclusive\\_arch.asp?ex\\_id=1023](http://www.daijiworld.com/chan/exclusive_arch.asp?ex_id=1023)>

<sup>97</sup> Times of India, *NCW Team Gets it All Wrong* (January 2009), online: Times of India <[http://timesofindia.indiatimes.com/Bangalore/NCW\\_team\\_gets\\_it\\_all\\_wrong/articleshow/4055812.cms](http://timesofindia.indiatimes.com/Bangalore/NCW_team_gets_it_all_wrong/articleshow/4055812.cms)>.

<sup>98</sup> New Delhi Television, *Mangalore Pub, Girls to Blame: NCW*, online: NDTV <<http://www.ndtv.com/convergence/ndtv/story.aspx?id=NEWEN20090081971&ch=1/30/2009%2010:09:00%20PM>>.

attackers and failure in advocating for the arrest and prosecution of perpetrators reflect sexist values in the very organization that is entrusted with the task to promote gender equality. While the NCW purports to speak on behalf of women rights, the repugnant values displayed may be seen as justification for the actions of the attackers.

Secondly, contrary to Pistor's belief, the Indian society, to an extent or at least in particularly horrific instances such as this, condemn sexist values in gender-based violence and is outraged that justice has not been brought through sanctioning perpetrators. The issue in this case is not popular pressure preventing sanctions of these crimes, but the failure of law enforcement agencies to prosecute perpetrators. With that said, one cannot assume that this type of social reaction will happen in every case, or even in different regions of the country. A more meaningful institutional change is necessary to facilitate enforcement of gender-neutral laws.

### *Judiciary*

Pistor places much confidence on India's "elaborate apparatus of courts". Although the Indian constitution has provisions for the independence of the judiciary, corruption plagues lower courts and higher court decisions are often ignored.

According to the Asian Human Rights Commission, lower courts in particular are largely controlled by the police.<sup>99</sup> The estimated amount paid in bribes to the justice system in total (including lawyers, court officials and middlemen) over 12 months is \$580 million and judges receive five percent of the total bribes.<sup>100</sup> In addition to corruption, there is also enormous backlog in the courts. The count in February 2006 includes 33,635 pending cases in the Supreme Court, 3,341,040 cases in the high courts and 25,306,458 in the subordinate courts.<sup>101</sup>

There are also many examples of court decisions not being enforced. In 2005, the police in West Bengal disregarded court orders regarding the filing of a complaint

---

<sup>99</sup> Asian Human Rights Commission, *The Role of Judiciary in Human Rights Implementation – Independence of Judiciary* (2006), online: AHRC <[http://www.ahrchk.net/pub/mainfile.php/rol\\_hr\\_asia/221/](http://www.ahrchk.net/pub/mainfile.php/rol_hr_asia/221/)> [AHRC India].

<sup>100</sup> Transparency International, *Indolence in India's Judiciary* (Global Corruption Report 2007) at 215.

<sup>101</sup> *Ibid.*

and investigation of the death of a potato vendor and declared the death as a case of suicide.<sup>102</sup> In 2004, the Supreme Court declared that 150 families have legal rights over one thousand acres of land in Uttaranchal, but the state government did not recognize their rights.<sup>103</sup>

In 2006, the Supreme Court, in *Prakash Singh and Others v. Union of India and Others*, directed the central and state governments to enact new laws to reduce political interference in law enforcement. However, as of April 2009, only 12 states passed laws directed by the Court and no sanctions have been administered for non-compliant states. Moreover, there is no guarantee that the laws will be enforced in those 12 states.<sup>104</sup>

In 2008, the Supreme Court also reprimanded police authorities for failing to register crimes in the absence of direction from the Chief Judicial Magistrate, the High Court or the Supreme Court, while the police should register cases for all complaints received.<sup>105</sup>

In essence, aside from corruption, the judiciary also does not have the capacity to manage the caseload, and even in cases where a just decision is reached, court orders are not enforced, rendering the judiciary to very limited effectiveness in the legal system.

### Impact on Women

Police officers attempt to diminish caseloads by refusing to register complaints and using illegal detention and torture techniques to elicit confessions to close cases. Moreover, officers take out their stress and frustration with the system through abuses of the public.<sup>106</sup>

---

<sup>102</sup> AHRC India, *supra* note 93.

<sup>103</sup> *Ibid.*

<sup>104</sup> *Prakash Singh v. Union of India*, (2006) 8 SCC 1 (describing the government's repeated recognition of the problem and requiring adoption of new laws to address it); R. Deb, *Police Investigations: A Review, Policing India in the New Millennium* (New Delhi: Allied Publishers, 2002) (terming political interference in investigations a "routine affair").

<sup>105</sup> National Human Rights Commission, *Annual Report* (2004-2005, online: NHRC <<http://nhrc.nic.in/Documents/AR/AR04-05ENG.pdf>> at sec. 19.9.

<sup>106</sup> HRW India, *supra* note 69 at 57-91.

Traditional vulnerable groups suffer most of this impact. Victims of marginalized groups often live far away from police stations and it becomes logistically difficult to get help physically. Once they get to the station, they are often told to come back again because nobody is available to help them.<sup>107</sup>

Moreover, vulnerable groups, such as women, cannot afford to pay bribes to register complaints. And even if a complaint is registered, victims face repercussion if the perpetrator has influential connections. For example, politicians often direct the police to protect the criminals either through throwing out the complaint or convict other innocent people.<sup>108</sup> Perpetrators with these connections continue to commit crimes because they know that they will not be punished.

These situations are particularly acute in cases of domestic violence. There is a lack of female officers and space for private consultation in sexual assaults. Police also re-traumatize victims with their hostile attitudes, are uninformed about gender protective laws and oblivious to the redress women are entitled to.<sup>109</sup>

The Protection of Women from Domestic Violence Act of 2005 provides immediate protection from gender-based violence through temporary protection orders and domestic violence shelters. Under this act, police are required by law to inform complainants of these protective measures.<sup>110</sup> However, the majority of the police are unaware of this provision. Instead, police tell women to reconcile with their spouses. Police have advised rape victims to get an abortion and marry another man from a different village.<sup>111</sup>

Moreover, section 197 of India's Criminal Code ensures prosecutorial immunity to all public officials unless the government approves the prosecution.<sup>112</sup> This is

---

<sup>107</sup> HRW India, *supra* note 69 at 55.

<sup>108</sup> HRW India, *supra* note 69 at 8.

<sup>109</sup> HRW India, *supra* note 69 at 51-56.

<sup>110</sup> *Protection of Women from Domestic Violence Act* (2005), se. 5.

<sup>111</sup> HRW India, *supra* note 69 at 9.

<sup>112</sup> Criminal Procedure Code, Sec. 197 states: "No Court shall take cognizance of any offence alleged to have been committed by any member of the Armed Forces of the Union whole acting or purporting to act in the discharge of his official duty, except with the previous sanction of the Central Government."

further disincentive for police to help vulnerable groups, and instead, some use this as impunity to abuse female sex workers.<sup>113</sup>

### Thinner Conception: Adding Substance to Institutional Frameworks

India, in fact, has a sophisticated institutional framework. As Pistor noted, India has “an elaborate apparatus of courts and a wide police network, commissions with special mandates in priority areas have been set up.”<sup>114</sup> However, these frameworks lack substantive effectiveness. Although India has progressive laws that protect women and is in accordance with the ideals of gender equality, the institutional frameworks are ineffective in enforcing these laws.

The underlying problem of the gap between gender-neutral laws and lack of gender equality is ineffective law enforcement. While gender-neutral laws represent an end, there is a lack of procedures to ensure that the end is achieved. This is different from the problem in Saudi Arabia, where there are formal legal processes to put the laws into practice but the content of laws are sexist.

According to Trebilcock and Daniels’ thinner conception of rule of law, institutional values are essential in this definition. Institutional values refer to the independence and accountability of institutions, including the judiciary, prosecutors, police and specialized agencies.

The lack of institutional values, namely independence and accountability, is in part a residual problem from the colonial era. The police structure in India was designed to keep junior officers away from operational capacity, professional training and promotional opportunities. These officers, making up 85% of the entire police force, were hired to be accountable to British colonial interests, and not to investigate crimes and serve the public.<sup>115</sup>

Britain did not want the police to sympathize with the local population and the independence movement, so senior positions were filled with foreigners and junior

---

<sup>113</sup> HRW India, *supra* note 69 at 11.

<sup>114</sup> See note 68.

<sup>115</sup> Bureau of Police Research and Development, *Data on Police Organizations in India* (2007).

officers were secluded in deplorable barracks.<sup>116</sup> Police hired under this system are simply incapable of tackling current social problems, including entrenched gender-based violence, organized crimes and white-collar crimes.

Anecdotal evidence has shown that police officers do not take pride in committing abuses or soliciting bribes.<sup>117</sup> In fact, illegal abuses and corruption are side effects of larger institutional problems, such as meager wages, workload, lack of equipment, ignorance of the law and political influence. Although institutions of law enforcement exist, they are ineffective.

India's institutional failure to establish effective law enforcement mechanisms is in direct conflict with Pistor's characterization of India in her paper. Pistor's characterization of India's substantive laws and law enforcement agencies levels the country with those that have good rule of law systems. However, India's WGI score is only 56, while countries like Canada, US and UK score over 90.<sup>118</sup> Aside from WGI, particular normative benchmarks, namely institutional frameworks for law enforcement, do not fare well according to the thinner conception of rule of law.

India, as a case study, only demonstrates that social norms can be a significant influence in undermining women's rights, but does not show that they are the primary cause of gender inequality.

## **KENYA: INFORMAL INSTITUTIONS**

The case study of Kenya takes on a different focus than the previous two case studies. The case studies of Saudi Arabia and India attempt to negate Pistor's thesis that social norms supersede the effects of rule of law as the primary determinant of gender inequality, and to assert the potential impact functioning legal institutions have on alleviating socioeconomic problems, such as women's rights. The purpose of this case study is to confirm Pistor's theory that social norms play an important role,

---

<sup>116</sup> Arvind Verma, *The Indian Police: A Critical Evaluation* (New Delhi: Regency Publications 2005) at 10-40.

<sup>117</sup> HRW India, *supra* note 69 at 4.

<sup>118</sup> See note 26 and 63.

although not necessarily the primary role, in shaping gender equality in developing countries.

### Informal Institutions and Social Norms

The case study of Kenya looks at prevalent informal institutions that coexist with formal law in the country. The Kenyan constitution provides an equality provision that guarantees equal treatment between genders. However, informal customs, such as wife inheritance, are dominated by patriarchal traditions, which are advantageous to men and exclude women, reinforcing social hierarchies and inequalities between genders. While these two systems conflict in substance, there is no official rule to indicate one trumps the other. As a result, informal norms thrive although they violate formal laws.

In Kenya, customary law prohibits women from owning property. Women's access to property relies on her relationship with men. Firstly, when the husband dies, a close male relative inherits his property, including the widow. Women can only access land through the practice of wife inheritance, where the inheritor is supposed to provide for the widow. Widows are also forced to undergo "ritual cleansing", where they are forced to have sex with a social outcast to clear away "evil spirits" that killed her husband.<sup>119</sup>

Widows are not able to access land, or even visit other people's homes, without undergoing either or both of these rituals. They are not only evicted from their homes, but also of the clan. However, even if a woman is "inherited" or "cleansed", it does not guarantee that she will have access to land.<sup>120</sup>

Secondly, during a divorce, women are evicted and only allowed to take with them their clothing. She has to leave behind all assets, including livestock, household goods, money and vehicles. A divorced woman is expected to look for new livestock and leave everything behind, including property she acquired prior to or during marriage. Most women will not even attempt to ascertain their rights because

---

<sup>119</sup> Human Rights Watch, *Double Standards: Women's Property Rights Violations in Kenya* (Vol .15, No. 5(A), 2003) at 12-13 [*HRW Kenya*].

<sup>120</sup> *Ibid.*

customs stigmatize divorced women and they fear violent abuses if they request for property.<sup>121</sup> In one case where a woman hired lawyers, the judgment was not enforced and an appeal is still pending after fifteen years.<sup>122</sup>

Finally, women in a marriage cannot stop their husbands from selling their property, even if it was the woman's land prior to their marriage. Informal attitudes dictate that everything a woman owns belongs to her husband after the marriage and upon separation.<sup>123</sup>

### Impact on Women

Land is the primary resource upon which people build their livelihoods.<sup>124</sup> The exclusion of women's access to property undermines their ability to gain financial independence. Women who rely on subsistence farming would lose their sole means of survival when their husbands die or upon divorce. Some oblige to the customary practices of wife inheritance or ritual cleansing to access the lands – and some who went through with the practices were still evicted from their property. Many end up living in slums.<sup>125</sup>

In fact, although women account for only 5% of registered landlords,<sup>126</sup> they comprise of 80% of labour force in the agricultural sector.<sup>127</sup> 64% of subsistence farmers are women.<sup>128</sup> Nationally, women provide 60% of income generated from the

---

<sup>121</sup> HRW Kenya, *supra* note 112 at 25, 41-42.

<sup>122</sup> HRW Kenya, *supra* note 112 at 28-29.

<sup>123</sup> HRW Kenya, *supra* note 112 at 25-29.

<sup>124</sup> The International Conference on Agrarian Reforms and Rural Development: New Challenges and Options for Revitalizing Rural Communities, *Agrarian Reform and Rural Development: New Challenges and Options for Revitalizing Rural Communities in Kenya* (Port Alegre, March 7-10, 2006), online: ICARRD <[http://74.125.93.132/search?q=cache:td6piR3GqxEJ:www.icarrd.org/en/icard\\_doc\\_down/national\\_Kenya.doc+land+primary+livelihood+kenya&cd=6&hl=en&ct=clnk&gl=ca](http://74.125.93.132/search?q=cache:td6piR3GqxEJ:www.icarrd.org/en/icard_doc_down/national_Kenya.doc+land+primary+livelihood+kenya&cd=6&hl=en&ct=clnk&gl=ca)> at 1; 80% of population in rural areas derive their livelihood from agriculture.

<sup>125</sup> HRW Kenya, *supra* note 112 at 16.

<sup>126</sup> Celestine Nyamu-Musembi, "Are Local Norms and Practices Fences or Pathways? The Example of Women's Property Rights," in *Abdullahi A. An-Na'im, Cultural Transformation and Human Rights in Africa* (New York: Zed Books Ltd., 2002) at 136.

<sup>127</sup> Republic of Kenya, *A Gender Analysis of Agriculture in Kenya* (Nairobi: Ministry of Home Affairs, Heritage and Sports, 2000) at 1.

<sup>128</sup> *Ibid.*

agricultural sector,<sup>129</sup> but female-headed households own less than half of farm equipment owned by male-headed households.<sup>130</sup> 80% of female-headed households are poor due to their limited ownership of and access to land.<sup>131</sup>

Furthermore, forcing women into risky sexual practices goes further in violating their basic dignity and human rights. The practice of wife inheritance and ritual cleansing perpetuate the spread of HIV/AIDS through forcing and coercing women to have unprotected sex. These practices are not considered complete unless semen enters the women's bodies, increasing significantly their chances of contracting the deadly virus. In fact, the HIV infection rate in girls and young women fifteen to nineteen years old is about six times higher than that of their male counterparts in the most heavily affected region<sup>132</sup> and three times higher than males of that age in the country overall.<sup>133</sup>

The failure to protect women's property rights put many women into poverty and inhumane living conditions, as well as exposing them to domestic violence, sexual assault and enormous health risks.

### Intersection of Formal and Informal Institutions

Currently, Kenya's constitution outlaws discrimination on the basis of sex with the exception to "adoption, marriage, divorce, burial, and devolution of property on death or other matters of personal law."<sup>134</sup> The Judicature Act states that courts should be guided by customary law so far as it is "applicable and is not repugnant to justice and morality or inconsistent with any written law."<sup>135</sup>

In other words, legal protections in Kenya's formal legal system are in direct conflict with sexist, customary laws. And when these conflicts arise, customary laws

---

<sup>129</sup> Task Force for the Review of Laws Relating to Women, *Women's Status and Rights in Kenya* (1993) at 294.

<sup>130</sup> World Bank, *Engendering Development* (New York: Oxford University Press, Inc., 2001) at 52.

<sup>131</sup> Gita Gopal and Maryam Salim, *Gender and Law: Eastern Africa Speaks* (Washington, D.C.: The World Bank, 1998) at 20.

<sup>132</sup> HRW Kenya, *supra* note 112 at 10.

<sup>133</sup> Dorah Nesoba, *Women Hardest Hit by HIV/AIDS, Says Health PS* (East African Standard, 2002), online: All Africa <<http://allafrica.com/stories/200211280190.html>>.

<sup>134</sup> *Constitution of Kenya*, article 82(4).

<sup>135</sup> *Judicature Act*, Chapter 8, Article 3.

often prevail. Customary laws trump not because the formal legal system recognizes that these customs supersede formal laws, but because social attitudes affect the interpretation of formal law.

For example, it is up to the courts to interpret what “repugnant to justice and morality” mean. In Canadian courts, it will be quite inconceivable if our judges hand down a ruling that awarded all of a widow’s property to her in-laws because she was not “inherited” or “cleansed”. This will absolutely be repugnant to justice and morality in the Canadian society.

However, Kenya is a traditionally patriarchal society, and both men and women are indoctrinated into believing that women do not deserve trust or rights. For example, men believe that they need control over property to “chastise their wives”, prevent women from being greedy and arrogant, misusing property, committing adultery and marrying again.<sup>136</sup> Women are also considered bad, greedy and deviant, and will be ostracized by the community even if they eventually acquire some property.<sup>137</sup>

Kenyan judges are men raised under these sexist beliefs. Because of sexist attitudes they bear, they misinterpret, ignore or are oblivious to statutory laws that protect women. When there is room for interpretation of law, they will be unfairly prejudicial to women. The rituals of wife inheritance and ritual cleansing are ordinary practices that are not “repugnant to justice and morality” as Canadian courts otherwise would find.

Furthermore, the Law of Succession Act of 1981 stipulates that female and male children should inherit from their parents equally.<sup>138</sup> Section 32 of the Act exempts agricultural land, crops and livestock in official gazette districts (districts that are legally authorized to apply customary laws) from these rules, but courts assert that all rural lands are exempted from this equality provision.<sup>139</sup> A judge from Kenya’s highest court said that, “The Law of Succession Act cannot apply [to rural land]

---

<sup>136</sup> Janet Kabeberi-Macharia, *Women, Laws, Customs and Practices in East Africa: Laying the Foundation* (Nairobi: Women and Law in East Africa, 1995), at 83-84.

<sup>137</sup> HRW Kenya, *supra* note 112 at 35, 42.

<sup>138</sup> HRW Kenya, *supra* note 112 at 32.

because women are supposed to be married and go away.”<sup>140</sup> This is an example of judges misinterpreting laws to accommodate customary practices, even though there is no legal grounding to do so. This sets a dangerous precedent of granting judges the power of legislators in the face of customs.

Kenya applies England’s 1882 Married Women’s Property Act, and case law under this statute establishes that women are entitled to half of the family’s property if they can prove contribution. However, officials administering divorces do not know that women are entitled to anything upon divorce.<sup>141</sup> This is another example of how officials misinterpret, or are oblivious that upholding customary beliefs are in violation of formal laws.

The case study of Kenya demonstrates that social norms play a significant role in shaping women’s rights when there is room for manipulation or (mis)interpretation in formal legal institutions. The Kenyan government has recently taken steps in an attempt to rectify this situation.

In response to the riot in the 2007 elections, the Kenyan government released a draft, new constitution on November 17, 2009 in order to rectify corruption and tribalism fostered by the old constitution.<sup>142</sup> As an attempt to promote women’s rights, section 77(2f) of the current draft states that the national government shall define and keep under review a national land policy that ensures the elimination of gender discrimination in laws, regulations, customs and practices related to land and property in land.<sup>143</sup> This formally ousts customary norms in the interpretation of statutes. The last referendum to pass a new constitution in 2005 failed, and this constitution will undergo a referendum in June 2010.<sup>144</sup>

---

<sup>139</sup> HRW Kenya, *supra* note 112 at 32-33.

<sup>140</sup> HRW Kenya, *supra* note 112 at 33.

<sup>141</sup> *Ibid.*

<sup>142</sup> All Africa Global Media, *Kenya: Harmonized Constitution Draft Launched* (November 2009), online: All Africa < <http://allafrica.com/stories/200911171017.html>>.

<sup>143</sup> *Harmonized Draft Constitution of Kenya* (November 2009, online: Kenya Referendum 2010 < [http://kenyareferendum2010.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=47&Itemid=>](http://kenyareferendum2010.com/index.php?option=com_content&view=article&id=47&Itemid=>)).

<sup>144</sup> Capital News, *Independent Electoral Commission (IIEC) Ready for Kenya Referendum* (2010), online: Capital News < <http://www.capitalfm.co.ke/news/Kenyaneews/IIEC-ready-for-Kenya-referendum-8005.html>>.

## POLICY IMPLICATIONS

The previous case studies present two findings:

Firstly, Pistor's exclusive reliance on WGI neglects a set of ideals that should be included in the definition of rule of law. In order to fill in this gap, this paper references Trebilcock and Daniel's "thinner conception" of rule of law in analyzing the case studies. Contrary to Pistor's finding that rule of law is an ineffective tool, the case studies of Saudi Arabia and India demonstrate that there is still great potential for legal institutions to promote socioeconomic goals, including gender equality.

Secondly, although much research needs to be done before social norms can be confirmed as the primary determinant of gender equality, this paper reaffirms a significant, complex interaction between social norms and the formal rule of law system. For example, in India, when formal legal processes are ineffective in enforcing gender-neutral laws, social attitudes prevail. In Kenya, when there are ambiguities in the interpretation of formal laws or when formal and informal institutions coexist equally, social norms also prevail.

It is widely established in development literature that there is no one, common development blueprint that will work on all developing countries. Any initiatives must be adapted to a country's particular circumstance. Furthermore, there is presently no evidence to show whether rule of law or social norms trump one another. The intertwined relationship between institutions and social values deem parallel initiatives, addressing both of these factors, necessary to promote gender equality and other socioeconomic goals.

Trebilcock's paper suggests that reform initiatives should take a three-prong approach: resonance, reinforcement and reversibility.<sup>145</sup> Resonance means that reforms need to resonate with existing incentives and expectations. Reinforcement refers to multiple comprehensive measures that together reinforce the reform. Reversibility means incremental changes should be taken to reduce unexpected,

---

<sup>145</sup> Michael Trebilcock, *Between Institutions and Culture: The UNDP's Arab Human Development Reports 2002-2005* (May 9, 2008) at 31 [Trebilcock Arab].

dramatic consequences that will undermine the entire initiative. This will also enable reform designs to be adjusted when necessary.

With reference to these three principles, this paper will make policy recommendations that address both the institution of rule of law and social norms in the three case studies discussed earlier.

### Saudi Arabia

The Arab Human Development Reports 2002-2005, sponsored by the United Nations Development Programme, were written by Arab scholars from within and outside the Middle East.<sup>146</sup> These reports propose that Arab countries should adopt some form of egalitarian liberal democracy. Trebilcock criticized these reforms as attacks on the heart of political structures, cultural and religious values that dominate the Arab world and will have little chance of success. He proposed a more modest and pragmatic reform strategy, such as focusing on economic development first.

Although the Asian Tigers and recently, China, have demonstrated that economic reforms are successful development stories, Saudi Arabia is in a different situation. Saudi Arabia has a lot of oil wealth, and the incentive to reform its economic institutions are not as big as it was for the Asian countries. Moreover, the measures of sex segregation and male guardianship are more extreme, religiously indoctrinated measures than any sexist customs that exist in Asia. If Saudi Arabia refuses to alleviate these sexist laws, it is unknown if economic reform alone can reverse gender inequality in the country. To this end, Ross suggests that the prevalent view that economic growth promotes gender equality is a result of economic growth putting women in the *labour force*. However, the industry of oil production, the main source of Saudi Arabia's income, discourages women to join the work force and perpetuates gender inequality.<sup>147</sup>

With regard to Ross' suggestion that employment opportunities are essential to promoting women rights, this paper proposes to focus modest legal and gender-mainstreaming reforms on only labour and education initiatives.

---

<sup>146</sup> Trebilcock Arab, *supra* note 138 at 32.

<sup>147</sup> Michael Ross, "Oil, Islam and Women" (2008) 102(1) American Political Science Review at 107.

### *Legal Reforms*

Legal reforms should include positive law reform, affirmative action programs limited to the public sector, and “carrot and stick” incentives.

Firstly, law reforms should incorporate positive measures in ending sex segregation and male guardianship. For example, when the government adopted the new Labour Code in 2006, it is not sufficient to merely take out the provision that imposes sex segregation. This gives off the impression that sex segregation is no longer required, but could still be optional. Employers will not have any incentive to do something different than current status quo. The new law needs to be drafted in a way that force employers to take actions to change the current situation. It should stipulate that employers are no longer allowed to implement sex segregation. This will force employers to take appropriate steps to end gender discrimination.

Secondly, the government should implement an affirmative action program for administrative support roles in specific government departments. Firstly, this will not compromise the quality of work or service because women are not put in professional or management roles, sectors where they are not historically educated in. Secondly, these specific limitations will not be seen as substantially taking away employment opportunities from men. Finally, the nature of administrative support is not a significant departure of traditional gender roles in Saudi Arabia, and will more likely to resonate with existing values.

Thirdly, the “carrot and stick” incentive for employers should include a fee for employers who do not comply with the legal changes and affirmative action programs, and the government can also subsidize wages of female workers to encourage reform. In order to ease into the society, initial unconformities should be limited to a warning, and if an employer receives three warnings, then a fee should be imposed. In the government, this will take the form of salary reduction or bonus for departmental managers.

It is also important to note that the legal reforms suggested to end sex segregation does not simultaneously impose a legal obligation for employers in *private sectors* to hire women. The legal reform is meant to work in complementarity with the “carrot and stick” initiative. Private employers are not required to hire women,

but if they do, they receive wage subsidies, and while they receive government subsidies, they have to provide a segregation-free worksite.

Focused labour reforms in specific sectors are advantageous in multiple ways. Men of high status will not feel immediately threatened, because women employment are temporarily limited to lower-class jobs. At the same time, any employment will send a message of empowerment to women, and it will encourage them to pursue financial independence.

### *Educational Reforms*

Educational reforms include public education and gender mainstreaming of schools.

Firstly, the government should establish an agency to disseminate information to employers and the public to demystify particular regulations officials assume to exist that actually do not, such as requesting guardian permission to undergo medical procedures and to travel (for women over the age of 45).

Secondly, the government should employ curriculum reform in elementary schools. The practice of sex segregation in classrooms indoctrinates female marginalization at a young age. If boys and girls are taught the same material in the same classroom and be offered equal opportunities to study the same subjects, future generations will grow up respecting their spouses. The state can appease religious authorities by allowing mandatory religious courses, but the gender-neutral educational environment and opportunities will mitigate the effects of sexist indoctrination.

### *Feasibility*

Labour reforms have already taken place in 2006. Although this indicates that political leaders have some desire to implement changes, the sweeping reforms were met with religious opposition. The high-handed reforms proposed are limited to very specific roles in the public sector. To complement this, “carrot” initiatives are introduced to the private sector. Together, these changes are much more limited, specific and less intrusive than the Labour Code 2006, increasing its probability of resonance. It is important to note that no changes imposed on cultural values will

completely resonate with the society at large, but the combination of a wide-ranging “carrot” and very limited “stick” initiatives can help reduce the anxiety with these changes.

With respect to reinforcement, “carrot and stick” incentives and public education serve to reinforce the labour reforms. Employers and men will be more receptive to women working if the government works to demystify some of the commonly misunderstood laws. Moreover, if women are allowed to work, they will encourage their daughters to attend school and will be more supportive of educational reforms.

With respect to reversibility, limiting reforms to labour conditions in specific sectors and educational reforms in elementary schools serve as pilot initiatives. After a few years as students from the gender-neutral class graduates, reforms in secondary schools can be implemented. And when this generation enters university, extended access to professional schools for women is more likely, and the society will then be ready for more widespread labour reforms.

### India

As seen in the discussion of India, the judiciary has articulated corruption and political interference as one of the prime problems in the entire law enforcement system. In fact, corruption is perpetrated by those who are in leadership positions. For example, politicians protect their friends who committed crimes and pull police officers away from their law enforcement duties. Moreover, Parliament fails to implement court orders for police reform and to provide adequate resources for police and commissions to function.

Ideally, these institutional problems can be fixed with a top-down approach, since junior police officers do not actually enjoy the corrupted system. However, we cannot just sit and wait until a leader gets elected as Prime Minister to change the entire system.

This paper suggests two proposals – the mobilization of a grassroots movement and the establishment of independent women police stations.

### *Grassroots Movement: the Zero Rupee Initiative*

A local NGO, 5<sup>th</sup> Pillar, distributes zero rupee notes to ordinary Indians. When they are faced with an official demanding bribes, they will present the zero rupee as a sign of protest.<sup>148</sup> According to 5<sup>th</sup> Pillar, this initiative has met some success. For example, an old lady who tried for a year and a half to get a title in her name for the land she owns received help from the Revenue Department upon presentation of a zero rupee note.<sup>149</sup> A corrupt official was also reported to have returned all the bribe money collected to a citizen upon presentation of a zero rupee note.<sup>150</sup>

Public officials ask for petty bribes because institutionalized corruption allows them to feel entitled. According to the Zero Rupee initiative, social resistance and shame urged officials to “pick up their slack” and made them feel threatened upon the possibility of going to jail or losing their jobs if citizens report them (corruption *is* against the law).

Anecdotal evidence suggests that police do not derive satisfaction from taking bribes, and they are engaged in these practices partly because corruption is so institutionalized that they cannot operate without being a part of it.<sup>151</sup> This suggests that actions that reflect social resistance and shame, as proven successful in the Zero Rupee initiative, will help them pick up their sense of justice and empowerment.

Firstly, citizens should use their zero rupee notes if police, lawyers, court clerks or judges request a bribe. Secondly, citizens could put pejorative signs outside of the police station, law offices or courthouses if police, lawyers, court clerks and judges are unwilling to help, biased against disadvantaged groups or torture detainees. These measures also impose a sense of social resistance, shame and threat on officials who feel entitled to bribes or justified in treating citizens of disadvantaged groups discriminately.

---

<sup>148</sup> 5<sup>th</sup> Pillar, *Zero Rupee Note* (2008), online: 5<sup>th</sup> Pillar

<<http://india.5thpillar.org/~pillar/india/category/content-type/success-story>>.

<sup>149</sup> *Ibid.*

<sup>150</sup> *Ibid.*

<sup>151</sup> See note 110.

Finally, as seen in the Mangalore Pub attack incident, freedom of the press is a valuable avenue for citizens to air their dissatisfactions with law enforcement institutions. This type of publicity also serves to reiterate social resistance and shame on public office. Local NGOs can help facilitate this type of press by contributing to a weekly column in local newspapers by comprising corruption reports from the citizens. This formalized organization is essential for two reasons. Firstly, it makes it more convenient for the press to publish because the substance is organized and edited. An organized compilation will likely be more effectively written than a series of unedited reports. Secondly, this offers an opportunity for illiterate people to report their experiences.

#### *An Independent Police Institution for Women*

In addition to corruption, the commonly reported difficulties for women to get help from the police include the lack of privacy to discuss matters, ignorance of women protection laws and hostile attitudes towards victims of gender-based violence. Although there is the NRW, its mandate is directed towards an advisory role on policy and legal matters affecting women,<sup>152</sup> instead of providing more practical, on the ground help to women victims.

To remedy this problem, the government should set up independent police stations that are catered to address gender-based crimes. The stations should be staffed completely with women police. They should be trained adequately and specifically to deal with gender-based crimes, including knowledge of gender-protection laws, processes to register crimes and lay charges, as well as to advise alternatives for victims, such as refer them to safe houses and counseling clinics.

#### *Feasibility*

Firstly, since there is an increasing resistance towards corruption and gender-based crimes<sup>153</sup>, these reforms actually resonate with the sentiments of the general population. It is particularly important to note that even junior police themselves do

---

<sup>152</sup> *National Commission for Women Act*, 1990 (Act No. 20 of 1990 of Government of India), online: NCW <<http://www.ncw.nic.in/PDFFiles/ncwact.pdf>> [NCW].

<sup>153</sup> Social outrage over Mangalore attack, see note 98 and 99.

not enjoy the institutionalized corruption, which will make the grassroots movement more effective in facilitating attitude change.

Secondly, grassroots resistance towards corruption alone does not address gender-specific issues. The independent women police stations serve to reinforce the gender-aspect in the greater issues of the effectiveness and efficiency of law enforcement.

With respect to reversibility, citizens using zero rupee notes or posting signs in front of police stations on a case-by-case basis is not dramatic or unexpected, given that zero rupee notes have been distributed already. Also, the press appears to welcome publications that criticize actions of public officials, as seen in the Mangalore pub incident. Finally, using independent agencies to deal with specific gender-related issues is not a novel concept in India. For example, the NCW set up a Non Resident Indian (NRI) cell to provide legal counseling to brides who have been abandoned or divorced by Indian men abroad.<sup>154</sup>

In fact, agencies working independently of existing corrupt institutions have proven to be successful in Brazil. In 1997, an independent, effective administration called “*Poupatempo*” was created to deal with bureaucratic services, and it quickly replaced the pre-existing bureaucracy. Its success was attributed to its ability to create a new institution that bypassed entrenched problems in previous administrative bodies.<sup>155</sup> It is extremely difficult to eliminate deep-rooted problems such as institutional corruption and insensitive attitudes. In establishing women police stations that operate independently of the current police network, it serves the same effect of bypassing those issues.

### Kenya

The underlying problem of gender inequality in Kenya is because the language of formal laws are left up to misinterpretation by men of high status, including judges

---

<sup>154</sup> NCW, *supra* note 145 at <<http://ncw.nic.in/frmNRICell.aspx>>.

<sup>155</sup> Prado, M. and A. Chasin, “Bureaucratic Reforms and Development: How Innovative was the ‘Poupatempo’ Experience in Brazil?” (Unpublished manuscript 2010, on file with the author).

and community arbitrators. Moreover, men have vested interest in these ambiguous laws because they have tangible benefits in possessing land.

### *Formal and Informal Reforms*

This paper proposes the following approaches:

Firstly, although the Kenyan government has taken steps to extend constitutional protection to women in customary laws, such as property and equality rights within marriage, the language is too broad and is prone to manipulation akin to previous legislation. Specific legislation must be enacted to outlaw practices such as wife inheritance and ritual cleansing.

Secondly, while wife inheritance and ritual cleansing are outlawed, the government can take a more progressive approach in reforming property laws. For example, allowing clan elders to manage rural agricultural land and land gazettes. Prior to colonization, clan elders managed all property – and both men and women could access land through the elders. This indicates that, historically, Kenyan culture is respectful of elders and will be more receptive to this approach.

Thirdly, public campaigns must be organized to promulgate legal changes and declare the enforcement of new laws and associated penal consequences. In addition, training of justices from high courts is necessary to rectify any biased or misinterpretations of gender-neutral laws.

### *Feasibility*

With the social movement to enact a new constitution, resonance, reinforcement and reversibility are unlikely to become major deterrents to law reforms – as constitution reform, a very significant change to the country, is well underway.

However, it is conceivable that in rural areas, traditional patriarchal societies will not easily conform to gender-equitable property rights. Given that Kenyans are respectful towards clan elders, allowing clans to manage their own property while guaranteeing at least *some* access to land for women will be an effective middle ground.

Public campaigns to promulgate the new laws and emphasize the penal consequences are important to reinforce the changes. This aspect of reform is, indeed, of the most important. For example, China's legal reform in gender equality only came to fruition when mass communication complemented formal legal changes. China introduced radical changes in family law in 1950, attempting to eliminate arranged marriages, bride price and child-marriage. Although the laws increased autonomy of young women, active implementation significantly diminished when social resistance became violent.<sup>156</sup> Eventually, the Chinese government directed all channels of communication towards promoting awareness of new marriage laws, portraying career women as role models and creating TV dramas that depict young women who defy family pressure to marry her loved one. Mass communication has been given a lot of credit for the progress in gender equality in China.<sup>157</sup>

In the case of Kenya, where informal norms and attitudes have historically affected the interpretation or manipulation of formal laws, clear laws that oust these informal norms need to be complemented to ensure maximum effectiveness. Public campaigns, akin to mass communication used in China, are essential to reinforce formal legal reforms.

### Conclusion

As illustrated in the proposed reforms of the three case studies, there is no one formula that will work for all development woes. However, if a comprehensive approach with regards to resonance, reinforcement and reversibility is taken to address issues of both institution and social norms, development goals will have a higher likelihood of success.

---

<sup>156</sup> Das Gupta et. al., "State Policies and Women Autonomy on China, the Republic of Korea and India, 1950-2000", (World Bank Development Research Group Poverty and Human Resources, Policy and Research Writing Paper WPS 2497, 2000) at 9 [Gupta].

<sup>157</sup> Gupta, *supra* note 149 at 11.

## CONCLUSION

The case studies of Saudi Arabia, India and Kenya illustrated the complex interaction between rule of law, social norms and gender equality. In Saudi Arabia, formal legal processes are adequate but because the content of laws are sexist, the legal processes are unable to facilitate the promotion of women status in society. In India, although the content of laws strive to promote gender equality, legal processes are inadequate to enforce those laws. When law enforcement is inadequate, sexist social norms overtake gender equitable practices prescribed in formal laws. In Kenya, when gender-neutral formal laws juxtapose informal sexist norms, attitudes underlying informal norms contribute to the misinterpretation of formal laws.

These studies demonstrate that the rule of law interact with social norms to form the current social fabric in terms of gender equality. When rule of law is not comprehensive in either formulating the content of laws, law enforcement or ousting entrenched informal institutions, social practices will fill in the gaps. However, these complex interactions are only sufficient to prove that social norms play an important, but not superseding role to rule of law. While a comprehensive approach with regards to existing social norms and social values should be taken to address reforms, Pistor's study has not established that the role of legal institutions should be undermined.

# REGRAS PARA A SUBMISSÃO DE TRABALHOS

**Chamada de Artigos, Resenhas e Ensaios para o Periódico *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional***

\*\*\*

**Invitación a publicar Artículos, Reseñas y Ensayos en la Revista**

***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional***

\*\*\*

**Call for Articles, Reviews and Essays for the publication *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional* (Constitution, Economics and Development: Law Journal of the Brazilian Academy of Constitutional Law)**

\*\*\*

A Revista *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, com periodicidade semestral, está recebendo artigos, resenhas e ensaios para a publicação do seu primeiro número, de acordo com as informações abaixo.

Cordialmente,

Ilton Norberto Robl Filho - Editor Responsável.

\*\*\*

La Revista *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional* que tendrá periodicidad semestral, está recibiendo artículos, reseñas y ensayos para la publicación de su primer número de acuerdo con las informaciones que se mencionan más abajo.

Un cordial saludo,

Ilton Norberto Robl Filho - Editor Responsable.

\*\*\*

The Law Journal *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, published every semester, is receiving articles, reviews and essays to be published in its first edition, according to the information below.

Cordially,

Ilton Norberto Robl Filho – Chief Editor

## Português - Linha Editorial

O periódico científico *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional* publica artigos, resenhas e ensaios inéditos nos âmbitos da teoria e da dogmática jurídica, privilegiando a perspectiva transdisciplinar, assim como de outros saberes, sobre Constituição, Economia e Desenvolvimento.

A linha editorial incentiva a produção de estudos das relações jurídico-constitucionais com a prática e o pensamento econômicos a partir da perspectiva democrática e da efetivação dos direitos fundamentais. Ainda, fomenta as discussões acadêmicas sobre o desenvolvimento econômico, jurídico, humano e social e uma leitura crítica da Escola *Law and Economics*.

## Avaliação dos Artigos

Os artigos, resenhas e ensaios são analisados pelo Editor Responsável, primeiramente, para verificar a pertinência com a linha editorial da Revista. Posteriormente, é feito o *blind peer review*, ou seja, os trabalhos científicos são remetidos a dois professores-pesquisadores doutores, sem a identificação dos autores, para a devida avaliação de forma e de conteúdo. Após a análise dos pareceristas, o editor chefe informará aos autores o parecer negativo pela publicação ou requererá as alterações sugeridas pelos pareceristas. Neste caso, os autores deverão realizar as modificações propostas para prosseguir o processo de exame do trabalho e, a partir das alterações feitas, os pareceristas emitirão a opinião pela publicação ou não do texto.

## Envio dos Trabalhos Científicos

Todos os artigos, resenhas e ensaios deverão ser enviados para o Editor Responsável da *Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Ilton Norberto Robl Filho, no endereço eletrônico [ilton@abdconst.com.br](mailto:ilton@abdconst.com.br), acompanhados 1) de uma autorização expressa para publicação, divulgação e comercialização por editora indicada pela ABDCONST e 2) de declaração de responsabilidade do autor sobre a autoria do texto e da submissão às regras e aos prazos editoriais, afirmando expressamente o caráter inédito do trabalho.

## Principais Normas Editoriais de Formatação

Os trabalhos serão redigidos em português, espanhol ou inglês e digitados em processador de texto Word.

- Fonte para o corpo do texto: Times New Roman tamanho 13;
- Fonte para as notas de rodapé e citações longas de mais de 3 linhas: Times New Roman tamanho 11;
- Entrelinhamento para o corpo do texto: 1,5;
- Entrelinhamento para as notas de rodapé e citações longas: 1,0;
- Preferência ao uso da terceira pessoa do singular;
- Estilo utilizado nas palavras estrangeiras: itálico;
- Estilo utilizado para destacar palavras do próprio texto: negrito;
- Número de páginas: no mínimo 10 e no máximo 30 páginas, justificado e com páginas não numeradas, podendo a juízo do Editor Responsável ser publicado artigo com mais de 30 páginas.

## Normas Editoriais de Estrutura do Texto

Os artigos, resenhas e ensaios deverão conter os elementos abaixo:

- Cabeçalho: título, subtítulo, nome do(s) autor(es) – o número máximo de autores é três;
- Título: deve ser claro e objetivo, podendo ser complementado por um subtítulo separado por dois pontos, em fonte maiúscula e minúscula, em negrito e centralizado;
- Nome do(s) autor(es): indicação por extenso depois do título, alinhado à esquerda;  
Créditos: qualificação e endereço eletrônico do(s) autor(es), informados abaixo do nome;
- Resumo: síntese do conteúdo do artigo de 100 a 250 palavras, incluindo tabelas e gráficos, em voz ativa e na terceira pessoa do singular e localizado antes do texto (ABNT – NBR 6028); expressar na primeira frase do resumo o assunto tratado, situando no tempo e no espaço; dar preferência ao uso da terceira pessoa do singular; ressaltar os objetivos, métodos, resultados e as conclusões do trabalho;
- Resumo em outra língua: nos textos em português e espanhol, será apresentado um resumo em inglês. Nos trabalhos em inglês e espanhol, o Editor Responsável providenciará, caso os autores não encaminhem, a tradução do resumo para o português;
- Palavras-chave: até 5 (cinco) palavras significativas que expressem o conteúdo do artigo, escritas em negrito, alinhamento à esquerda, separados por ponto e vírgula ou ponto;
- Palavras-chave em outra língua: nos textos em português e espanhol, serão apresentadas palavras-chave em inglês. Nos trabalhos em inglês e espanhol, o editor responsável providenciará, caso os autores não encaminhem, a tradução das palavras-chave para o português;
- Sumário: informação das seções que compõem o artigo, numeradas progressivamente em algarismo arábico;
- Texto do artigo: deverá apresentar como partes uma introdução, desenvolvimento e conclusão, antecedida pelo resumo, resumo em outra língua (português e espanhol), palavras-chave e palavras-chave em outra língua (português e espanhol);
- Citação, notas de rodapé e referências bibliográficas: deve-se seguir a ABNT – NBR 10520. As referências bibliográficas completas devem ser apresentadas no final do texto;
- Anexo: material complementar ao texto, incluído ao final apenas quando indispensável;
- Tabelas ou gráficos: devem ser adotadas as “normas de apresentação tabular” publicadas pelo IBGE.

### Conselho Editorial

Editor Responsável Ilton Norberto Robl Filho (Coordenador de Pesquisa e dos Grupos de Estudos Nacionais da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Coordenador Adjunto do Curso de Direito da Unibrasil, Advogado Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/PR e Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR).

### Membros do Conselho Editorial

Antonio Carlos Wolkmer (Coordenador e Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC e Doutor em Direito da UFSC),

António José Avelãs Nunes (Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutor *Honoris Causa* da UFPR e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra),

Eroulths Cortiano Junior (Professor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UFPR, Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/PR e Doutor em Direito pela UFPR),

Fábio Nusdeo (Professor Titular da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP e Doutor em Economia pela USP),

Marco Aurélio Marrafon (Vice-Presidente da ABDCConst, Professor do Mestrado e da Graduação em Direito da Unibrasil e Doutor em Direito pela UFPR),

Marcos Augusto Maliska (Professor do Mestrado em Direito da Unibrasil e Doutor em Direito pela UFPR),

Mariana Mota Prado (Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto e Doutora em Direito pela Universidade de Yale) e

Ricardo Lobo Torres (Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Filosofia pela UGF).

\*\*\*

### Español - Línea Editorial

La publicación periódica científica *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional* edita artículos, reseñas y ensayos inéditos en los ámbitos de la teoría y de la dogmática jurídica, privilegiándose la perspectiva transdisciplinar, así como de otros saberes relacionados con la Constitución, Economía y el Desarrollo.

La línea editorial incentiva la producción de estudios en torno de las relaciones jurídico-constitucionales con la práctica y el pensamiento económicos desde la perspectiva democrática y de la efectividad de los derechos fundamentales. Asimismo, fomenta los debates académicos sobre el desarrollo económico, jurídico, humano y social y a una lectura crítica de la Escuela *Law and Economics*.

### Evaluación de los Artículos

Los artículos, reseñas y ensayos son analizados primeramente por el Editor Responsable para verificarse la adecuación del trabajo a la línea editorial de la Revista. Posteriormente se realiza una evaluación *blind peer review* que consiste en la remisión de dichos trabajos científicos a dos profesores-investigadores doctores, sin que conste la identificación de los autores, para someterlos a la revisión de la forma y del contenido. Tras el análisis de los

evaluadores, el editor jefe les informará a los autores el parecer negativo para la publicación o les solicitará los cambios sugeridos por los evaluadores. En este caso, los autores habrán de realizar las rectificaciones pertinentes para que se pueda proseguir con el proceso de examen del trabajo y, a partir de las alteraciones hechas, los evaluadores emitirán una opinión para la publicación o no del texto.

### **Envío de los Trabajos Científicos**

Todos los artículos, reseñas y ensayos deberán ser enviados al Editor Responsable de la *Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Ilton Norberto Robl Filho, por correo electrónico a la siguiente dirección [ilton@abdconst.com.br](mailto:ilton@abdconst.com.br), acompañados 1) de una autorización expresa para su publicación, divulgación y comercialización en la editora indicada por ABDCONST y 2) de una declaración de responsabilidad del autor sobre la autoría de la obra y su aceptación a las reglas y a los plazos editoriales, afirmándose expresamente el carácter inédito del trabajo.

### **Principales Normas Editoriales y su Formato**

Los trabajos deberán estar redactados en portugués, español o inglés y digitalizados en procesador de texto Word.

- Fuente para el cuerpo del texto: Times New Roman tamaño 13;
- Fuente para las notas a pie de página y para las citas textuales, cuando sean superiores a 3 líneas: Times New Roman tamaño 11;
- Interlineado para el cuerpo del texto: 1,5;
- Interlineado para las notas a pie de página y citas textuales largas: 1,0;
- Se da preferencia al uso de la tercera persona del singular;
- Estilo de fuente para palabras extranjeras: cursiva;
- Estilo de fuente para destacar las palabras dentro del propio texto: negrita;
- Número de páginas: no inferior a 10 y no superior a 30 páginas, justificado y con páginas no enumeradas, el artículo cuya extensión supere las 30 páginas podrá ser publicado si el Editor Responsable lo juzga conveniente.

### **Normas Editoriales para la Estructura del Texto**

- Los artículos, reseñas y ensayos deberán contener los siguientes elementos:
- Encabezado: título, subtítulo, nombre del autor o autores – el número de autores no deberá exceder de tres;
- Título: debe ser claro y objetivo y puede ser complementado por un subtítulo separado por dos puntos, en fuente mayúscula y minúscula, en negrita y centralizado;
- Nombre del autor o autores: completo después del título, alineado a la izquierda; Créditos: cualificación académica y dirección de correo electrónico del autor o autores que hayan sido informados debajo del nombre;
- Resumen: síntesis del contenido del artículo de entre 100 a 250 palabras, incluyendo tablas y gráficos, en voz activa y en tercera persona del singular y colocado antes do texto (ABNT – NBR 6028); se deberá expresar en la primera

frase del resumen el asunto de que se trata, situándolo en el tiempo y en el espacio; dársele preferencia al uso de la tercera persona del singular y resaltar los objetivos, métodos, resultados y las conclusiones del trabajo;

- Resumen en otro idioma: los textos redactados en portugués y en español, deberán presentarse acompañados de un resumen en inglés. Los autores cuyos trabajos hayan sido redactados en inglés y español, el Editor Responsable se encargará, en caso de que no lo hagan ellos, de providenciar la traducción del resumen en portugués;
- Palabras-clave: hasta 5 (cinco) palabras significativas que expresen el contenido del artículo, escritas en negrita, alineadas a la izquierda, separadas por punto y coma o punto;
- Palabras-clave en otro idioma: los textos en portugués y español, vendrán acompañados de las palabras-clave en inglés. Los autores cuyos trabajos hayan sido redactados en inglés y español, el editor responsable se encargará de providenciar, en caso de que no lo hagan, la correspondiente traducción de las palabras-clave en portugués;
- Sumario: la información de las secciones que componen el artículo, deberán ir numeradas en guarismo arábigo por orden de aparición en el texto;
- Texto del artículo: tendrá que presentar como partes: una introducción, el desarrollo y la conclusión, antecedida por el resumen, resumen en otro idioma (portugués y español), palabras-clave y palabras-clave en otro idioma (portugués y español);
- Citas, notas a pie de página y referencias bibliográficas: ABNT – NBR 10520. Las referencias bibliográficas completas se deberán colocar al final del texto;
- Anexo: material complementario al texto se incluirá al final apenas cuando sea indispensable;
- Tablas o gráficos: los datos deben adoptar las “normas de presentación tabular” publicadas por el IBGE (Instituto Brasileño de Geografía y Estadística).

### Consejo Editorial

Editor Responsable Ilton Norberto Robl Filho. Coordinador de Investigación y de los Grupos de Estudio Nacionales en la *Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Coordinador Adjunto de la Licenciatura en Derecho de la *Unibrasil*, Abogado Miembro de la Comisión de Enseñanza Jurídica de la OAB/PR (Colegio de Abogados de Brasil/ Paraná) y Doctorando, con grado de Maestría y Licenciado en Derecho por la UFPR (*Universidade Federal do Paraná*).

### Miembros del Consejo Editorial

Antonio Carlos Wolkmer .Coordinador y Profesor del Programa de Posgrado en Derecho de la UFSC (*Universidade Federal de Santa Catarina*) y Doctor en Derecho por la UFSC.

António José Avelãs Nunes .Profesor Catedrático de la *Faculdade de Direito de Coimbra*, Doctor *Honoris Causa* por la UFPR y Doctor en Derecho por la *Faculdade de Direito de Coimbra*.

Eroulths Cortiano Junior. Profesor del Programa de Posgrado y de la Licenciatura en Derecho de la UFPR, Presidente de la Comisión de Enseñanza Jurídica en la OAB/PR y Doctor en Derecho por la UFPR.

Fábio Nusdeo. Profesor Titular de la *Faculdade de Direito do Largo São Francisco* – USP (*Universidade de São Paulo*) y Doctor en Economía por la USP.

Marco Aurélio Marrafon. Vicepresidente de la *Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Profesor del Curso de Maestría y de la Licenciatura en Derecho de la Unibrasil y Doctor en Derecho por la UFPR.

Marcos Augusto Maliska. Profesor del Curso de Maestría en Derecho de la Unibrasil y Doctor en Derecho por la UFPR.

Mariana Mota Prado es Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto y Doctora en Derecho por la Universidad de Yale.

Ricardo Lobo Torres. Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la UERJ (*Universidade do Estado de Rio de Janeiro*) y Doctor en Filosofía por la UGF (*Universidade Gama Filho*).

\*\*\*

### **English - Editorial line**

The Law Journal *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional* publishes unpublished articles, reviews and essays within the ambit of law theory and dogmatism, especially with the transdisciplinary perspective, as well as other knowledge areas, about Constitution, Economics and Development.

The editorial line encourages the production of studies on constitutional law relations with the economical practice and thinking, from the democratic perspective and the stating of fundamental rights. Yet, it motivates academic discussions on economic, law, human and social development and a critical reading of the Law and Economics School.

### **Evaluation of Articles**

Articles, reviews and essays are firstly analyzed by the Chief Editor to verify if they are pertinent to the Law Journal editorial line. Then, they are sent for blind peer review – scientific works are sent to two PhD professors-researchers, with no author identification, to evaluate structure and content. After the professors' analysis, the chief editor will inform the authors of negative opinions or will require suggested changes. In this case, authors should do the suggested changes, and professors will give a second opinion for publishing the text or not.

### **Sending Scientific Works**

Every article, review and essay should be sent to Ilton Norberto Robl Filho – Chief Editor of *Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional* – to the email [ilton@abdconst.com.br](mailto:ilton@abdconst.com.br), along with 1) an express authorization for publishing, promotion and commercialization by a press indicated by ABDCONST, and 2) the author's declaration of responsibility about text authorship and submission to editorial rules and deadlines, expressing the unpublished nature of the work.

### **Main Editorial Rules for Formatting**

Works shall be written in Portuguese, Spanish or English in a Microsoft Word document.

- Main text font: Times New Roman, size 13
- Font for footnotes and long quotations (more than 3 lines): Times New Roman, size 11
- Main text line spacing: 1.5
- Footnotes and long quotations line spacing: 1.0
- Preferably written in third person singular
- Foreign words style: italics
- Text highlighted words style: bold
- Number of pages: minimum of 10 and maximum of 30 pages, justified text with unnumbered pages; Chief Editor may publish articles with more than 30 pages.

### **Editorial Rules for Text Structure**

Articles, reviews and essays should have the following parts:

- Heading: title, subtitle, name of the author(s) – maximum of three authors
- Title: It should be clear and objective, and it may be complemented by a subtitle separated by colon, in upper and lower case, in bold and center aligned
- Name of the author(s): indicated after the title, left aligned
- Credits: qualifications and authors' emails below the names
- Abstract: synopsis of the article contents from 100 to 250 words, including tables and graphics, in active voice and third person singular, before the text (ABNT – NBR 6028); it should express the subject in the first sentence of the abstract, determining time and space; preferably written in third person singular; it should highlight objectives, methods, results and conclusions of the work
- Abstract in other language: for Portuguese and Spanish texts, there will be an abstract in English. For works in English and Spanish, the Chief Editor will provide the abstract translation to Portuguese – if authors do not send it
- Key-words: up to 5 (five) significant words that express the content of the article, written in bold, left aligned, separated by semicolon or dot
- Key-words in other language: for Portuguese and Spanish texts, there will be key-words in English. For works in English and Spanish, the Chief Editor will provide the key-words translation to Portuguese – if authors do not send it
- Summary: information about the article sections, progressively numbered in Arabic numerals
- Article text: it should present an introduction, main text and conclusion – after the abstract, abstract in other language (Portuguese and Spanish), key-words and key-words in other languages (Portuguese and Spanish)

- Quotations, footnotes and bibliographic references: ABNT – NBR 10520. Complete bibliographic references should be presented at the end of the text
- Appendix: material to complement the text, included at the end if necessary
- Tables or graphics: refer to "*normas de apresentação tabular*" (tabular presentation rules), published by IBGE.

### **Editorial Council**

Chief Editor Ilton Norberto Robl Filho (Coordinator of Research and of the National Study Groups at the Brazilian Academy of Constitutional Law, Adjunct Coordinator of the Law Course at Unibrasil, Lawyer Member of the Law Education Commission at OAB/PR, PhD student, Master and Bachelor in Law from UFPR).

Editorial Council Members: Antonio Carlos Wolkmer (Coordinator and Professor of the Post-Graduation Program in Law at UFSC and PhD in Law from UFSC),

António José Avelãs Nunes (Full Professor at Coimbra Faculty of Law, PhD *Honoris Causa* from UFPR and PhD in Law from Coimbra Faculty of Law),

Eroulths Cortiano Junior (Professor of the Program of Post-Graduation and Graduation in Law at UFPR, President of the Law Education Commission at OAB/PR and PhD in Law from UFPR),

Fábio Nusdeo (Full Professor at Largo São Francisco Faculty of Law – USP and PhD in Economics from USP),

Marco Aurélio Marrafon (Vice-President of the Brazilian Academy of Constitutional Law, Professor of Master and Graduation courses in Law at Unibrasil and PhD in Law from UFPR),

Marcos Augusto Maliska (Professor of the Master course in Law at Unibrasil and PhD in Law from UFPR),

Mariana Mota Prado (Professor of Law at Toronto University and PhD in Law from Yale University) and Ricardo Lobo Torres (Full Professor at UERJ Faculty of Law and PhD in Philosophy from UGF).



Publicação Oficial da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST  
Rua XV de Novembro, 964 – 2º andar  
CEP: 80.060-000 – Curitiba – PR  
Telefone: 41-3024.1167 / Fax: 41-3027.1167  
E-mail: [abdconst@abdconst.com.br](mailto:abdconst@abdconst.com.br)  
Editoração e Design Gráfico: Karla Knihs