

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas  
Brasília – Abril-Junho/2003 – Ano 40 – Nº158



Wega, "Paisagem", 1972. Acervo do Senado Federal.

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 40 • nº 158

abril/junho – 2003

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Revista  
de  
Informação  
Legislativa

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade

Presidente do Senado Federal – 1961-1967

Isaac Brown

Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967

Leyla Castello Branco Rangel

Diretora – 1964-1988

---

ISSN 0034-835x

Publicação trimestral da

Subsecretaria de Edições Técnicas

Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III, Praça dos Três Poderes

CEP: 70.165-900 – Brasília, DF. Telefones: (61) 311-3575, 311-3576 e 311-3579

Fax: (61) 311-4258. E-Mail: ssetec@senado.gov.br

DIRETOR: Raimundo Pontes Cunha Neto

REVISÃO DE ORIGINALS: Angelina Almeida Silva, Cláudia Moema de Medeiros Lemos

REVISÃO DE REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Yuri G. B. Batista

REVISÃO DE PROVAS: Maria de Jesus Pimentel, Larissa dos Santos Aguiar, Claudane  
Almeida Gonçalves, Alessandra Araújo Vieira

EDITORIAÇÃO ELETRÔNICA: Saulo Santos Briseno

CAPA: Renzo Viggiano

IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

---

© Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida com a prévia permissão escrita do Editor.

Solicita-se permuta.

Pídese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

---

Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. -  
- Ano 1, n. 1 (mar. 1964) - Brasília: Senado Federal, Subsecretaria  
de Edições Técnicas, 1964-  
v.

Trimestral.

Ano 1-3, nº 1-10, publ. pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, nº  
11-33, publ. pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9- , nº 34- , publ. pela  
Subsecretaria de Edições Técnicas.

1. Direito — Periódico. I. Brasil. Congresso. Senado Federal, Subsecretaria  
de Edições Técnicas.

CDD 340.05

CDU 34(05)

---

# Revista de Informação Legislativa

Brasília · ano 40 · nº 158 · abril/junho · 2003

Ivo Dantas	A recepção legislativa e os sistemas constitucionais 7
Edgard Lincoln de Proença Rosa	Poder Judiciário no Brasil: aspectos de sua reforma 23
Márcia Ferreira Cunha Farias	A norma no pragmatismo jurídico e a lógica do razoável: um paralelo da filosofia jurídica de Oliver Wendell Holmes e de Luis Recaséns Siches 71
Joaquim B. Barbosa Gomes	Evolução do controle de constitucionalidade de tipo francês 97
Roberto de Almeida Luquini	A aplicação do Direito Internacional Humanitário nos “conflitos novos”: conflitos desestruturados e conflitos “de identidade” ou étnicos 127
Roberto Freitas Filho	Os alimentos geneticamente modificados e o direito do consumidor à informação: uma questão de cidadania 143
Melissa Ferreira Gasparini	A proteção e regulamentação da concorrência: análise do caso brasileiro 163
Leandro Novais e Silva	Regulação, concorrência e o setor bancário: reflexões 171
Bernardo Leôncio Moura Coelho	Considerações sobre a globalização e seus efeitos sobre o trabalho infantil 195
José Elaeres Marques Teixeira	O poder constituinte originário e o poder constituinte reformador 203
Demóstenes Tres Albuquerque	Principais alterações do novo Código Civil referentes ao Direito das Coisas 209
João Batista Marques	A gestão pública moderna e a credibilidade nas políticas públicas 219
Ronaldo Pinheiro de Queiroz	A pessoa jurídica pobre na forma da lei e sua proteção constitucional de acesso à Justiça 227
Sérgio Resende de Barros	Constituição, artigo 52, inciso X: reversibilidade? 233
Romeu Costa Ribeiro Bastos e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha	Os militares e a ordem constitucional republicana brasileira: de 1898 a 1964 241

Eitel Santiago de Brito Pereira	A política enquanto Ciência e a necessidade de seu ensino para o exercício eficiente da cidadania 257
Marília Lourido dos Santos	Políticas públicas (econômicas) e controle 265
Nadja Aparecida Silva de Araujo	Atuação do Poder Executivo no controle de constitucionalidade. Notas de uma interpretação sistemática do Direito Positivo brasileiro 279
Manoel Moacir Costa Macêdo e Levon Yeganiantz	Sociologia no direito: a convergência entre a legalidade, a legitimidade e a ética 299
Roberto Moreira de Almeida	Sesmarias e terras devolutas 309
Hugo Sarubbi Cysneiros de Oliveira	Da aplicabilidade do mandado de segurança – extensão às autoridades de empresas estatais em casos de procedimentos licitatórios decorrentes do exercício da concessão de serviços públicos 319
Adriana de Andrade Roza	Tortura: um estudo crítico de sua digressão histórica 327

### *Resenha Legislativa*

*(artigos de contribuição da Consultoria Legislativa do Senado Federal)*

Marcos Mendes	Desenvolvimento e equidade social: o Brasil visto de Taiwan 335
---------------	---

*(artigos de contribuição da Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle do Senado Federal)*

Fernando Veiga Barros e Silva	Nota técnica nº 47/03 (Projeto de Lei das Diretrizes Orçamentárias para 2004; comentários sobre os efeitos dos restos a pagar sobre o resultado primário) 355
-------------------------------	---

OS CONCEITOS EMITIDOS EM ARTIGOS DE COLABORAÇÃO SÃO DE RESPONSABILIDADE DE SEUS AUTORES.
--

# A recepção legislativa e os sistemas constitucionais

Ivo Dantas

## Sumário

1. Relembrando algumas noções epistemológicas. 2. O fenômeno da recepção legislativa e a circulação de modelos. 3. Espécies e procedimentos de Recepção. 4. Os ciclos constitucionais. 5. Síntese conclusiva.

### *1. Relembrando algumas noções epistemológicas*

No capítulo II do livro *Direito constitucional comparado: introdução teoria e metodologia*, escrevemos que “em verdade, impossível será negar-se que uma das características do mundo contemporâneo é a difusão de soluções jurídicas cada vez mais aproximadas pelos diversos Estados, ao mesmo tempo em que vale insistir na inviabilidade de que seja possível transportar-se um instituto jurídico de uma sociedade para outra, sem se levar em conta os condicionamentos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos” (2000, p. 64 et seq.).

A análise dessa troca de influências de um sistema jurídico sobre outro é um dos mais importantes objetivos ou finalidades do Direito Comparado, muito embora seja correta e oportuna a observação feita por Otávio YAZEB (2001, p. 540) ao escrever que, “a despeito da crescente imposição a todo o mundo de modelos jurídicos e negociais uniformizados provenientes dos países centrais, a compreen-

Ivo Dantas é Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Doutor em Direito Constitucional – UFMG. Livre Docente em Direito Constitucional – UERJ. Livre Docente em Teoria do Estado – UFPE. Juiz Federal do Trabalho – (aposentado). Advogado. Parecerista.

são dos processos de circulação de tais modelos vem sendo quase que sistematicamente deixada de lado. A importância de seu estudo, porém, é de há muito reconhecida, estando as experiências de transferência jurídica no cerne dos processos históricos de formação dos campos jurídicos nacionais”.

Esse fato faz com que já não se veja o sistema jurídico como algo *estático* em relação aos modelos estrangeiros, mas sim *dinâmico*, sempre passível de receber *influências externas*, tal como notado por Paolo GALLO (1997, p. 5 et seq.) em seu livro *Grandi sistemi giuridici*<sup>1</sup>, que chega a se referir ao caráter universalista da medicina, da economia ou da física.

Essa pouca atenção dispensada pela doutrina em geral não nos permite ignorar que o fenômeno da *Recepção Legislativa*, enquanto voltado para o *plano do direito interno*, sobretudo, quando se trata das relações entre a *nova Constituição* e as *Leis* que lhe são *anteriores*<sup>2</sup>, é bastante difundido. Contudo, não é essa a perspectiva que interessa ao Direito Comparado, mas sim aquela outra que representa a aproximação dos *diversos modelos jurídicos existentes no plano internacional*<sup>3</sup>, também entendida como *Transferência Jurídica*, definida por Otávio YAZEB (apud GRAU; GUERRA FILHO, p. 543) como sendo “a adoção, por uma dada população, de regras, práticas ou concepções jurídicas próprias de outro povo. Essa transferência pode decorrer de imposição, de livre iniciativa da sociedade recipiente ou de outras formas de contato ou intercâmbio, como, por exemplo, a migração de contingentes populacionais”<sup>4</sup>.

Nessa perspectiva, e diante dessa realidade, é que cresce a importância do *Direito Comparado* e, em especial, o estudo da *Recepção Legislativa* ou *Circulação de Modelos* (expressão preferida por alguns autores), razão pela qual neste capítulo nossa preocupação será, precisamente, desenvolver algumas questões levantadas no referido capítulo II do livro mencionado, até chegarmos à análise dos denominados *ciclos cons-*

*titucionais*, entendidos como aqueles momentos em que determinado *modelo parcial ou total* irradia-se sobre o(s) outro(s) modelo(s) (que agrupados formam as *famílias jurídicas*), o que dá margem a que alguns autores falem em *Direito Comparado Descritivo* e *Direito Comparado Aplicado*, respectivamente.

Analisando as expressões *Direito Comparado Descritivo* e *Direito Comparado Aplicado*, escreve H. C. GUTTERIDGE (1954, p. 19): “Esta distinción ha merecido una aceptación general y es útil en cuanto pone de relieve el hecho que el Derecho comparado comprende mucho más que una simple descripción del Derecho de un país extranjero”.

E prossegue:

“*Derecho comparado descriptivo*: Es una denominación que, muchas veces, se emplea en sentido amplio y comprende varios tipos de investigación comparativa, no todos del mismo valor, puesto que existe una marcada tendencia a considerar aplicable esta denominación a cualquier investigación sobre el Derecho extranjero; pero esto es injustificable. Por ejemplo, no se hace Derecho comparado descriptivo cuando uno se limita a recopilar datos referentes a un solo sistema de Derecho, ya que, en tales circunstancias, no existe comparación alguna. Tampoco puede aplicarse esta denominación cuando aquella recopilación adopta la forma de un paralelismo o una relación clasificada de datos, coordinando varios sistemas, dejando que el lector descubra por sí mismo las diferencias existentes. En cambio, puede considerarse admisible dentro de esta categoría cualquier indicación de las diferencias entre dos o más sistemas, aunque parezcan muy someras y no sean una verdadera investigación jurídica” (p. 19).

Adiante, tratando da segunda espécie referida, afirma o mesmo autor que “en la mayor parte de los casos, el *Derecho comparado aplicado* persigue una finalidad prácti-

ca: la reforma del Derecho o la unificación de sistemas distintos y ésta es la modalidad de investigación comparativa que es más extendida y fértil en resultados” (p. 21)<sup>5</sup>.

## 2. O fenômeno da recepção legislativa e a circulação de modelos

Em livro intitulado *Introdução ao direito comparado*<sup>6</sup> Rodolfo SACCO (2001, p. 168), faz uma afirmativa que merece ser de logo trazida à colação, ao observar que

“o nascimento de um modelo original é um fenômeno mais raro do que a imitação. Em especial, nenhum código civil pode ser plenamente original. O poder político, ou uma comissão *ad hoc*, pode improvisar *ex novo* fórmulas breves, mas não pode imaginar obras complexas, ricas de milhares de artigos coerentes e exaustivos. Um código é devedor de si próprio, ao menos à doutrina nacional. Contudo, quase sempre é devedor de um outro código. Entre as centenas de códigos civis promulgados a partir de 1804, são originais em relação aos outros códigos (mas não necessariamente a respeito de modelos doutrinários) o *Code Napoléon*, o ABGB, o Código montenegrino de 1888, e o BGB. Possuem uma originalidade parcial duas codificações hoje ameaçadas, isto é, o Osnovy soviético de 1961 e o *obc.zák* (checoslovaco) de 1964. Quanto a todos os outros, imitam um outro código ou codificam acréscimos de extensão bem definida, criados pela prática ou pela interpretação.

Um discurso análogo pode ser feito para as constituições, para as normas processuais, para as regras administrativas etc (cf. TAVARES, 1991, p. 71-108).

Portanto, é necessário ter presente que dentre mil mutações jurídicas destinadas a criar raízes, talvez uma seja original. E a originalidade não é sem-

pre acompanhada da ressonância que suscita em torno de si. Um pesquisador disposto a um trabalho inútil poderia reunir numa antologia do grotesco as exaltações da originalidade e do ineditismo de todo modelo jurídico copiado ou imitado.

O jurista tende a ver a mutação jurídica como um evento que se consuma de modo instantâneo” – conclui SACCO (2001).

Adiante, afirma ainda o mencionado autor:

“A doutrina tem dado maior atenção à circulação do que à criação originária dos modelos. Efetivamente, a circulação permite observações mais difusas e variadas, mesmo porque os casos de circulação são mais numerosos. Também as línguas possuem muitos sinônimos para o vocábulo circulação. Em francês encontramos *diffusion, emprunt, imitation, migration, propagation, réception, transfert, transposition*. Em inglês são usados *borrowing, spread, transmission, transplant*” (p. 169-170).

Escrevendo sobre *As migrações de sistemas jurídicos*, Eric AGOSTINI (19-?, p. 251-252), depois de mencionar a célebre afirmativa de Montesquieu, segundo a qual “elas (as leis) devem ser de tal modo próprias para o povo a quem são destinadas, que é um acaso se as duma nação podem convir a um outro”, doutrina que

“a realidade jurídica mundial é completamente diferente. Verifica-se, na verdade, em todas as latitudes e todas as longitudes a universalidade de instituições particulares como a letra de câmbio. Igualmente corpos inteiros de legislação emigraram de qualquer parte. Assim o Código de Napoleão conheceu um destino planetário e foi levado tanto para a efervescência da conquista como para o esplendor do pensamento. Ou ainda, o sistema de *Common Law* é hoje aceite por nume-

rosos estados. Além disso, inúmeras foram os empréstimos pontuais pelos quais tal ou tal ordem jurídica se inspirou em exemplos introduzindo instituições ou regras trazidas do estrangeiro. Não se pode contudo confundir recepção parcial e recepção global. Assim sendo, para realizar plenamente a ruptura espacio-temporal ligada à codificação dos estados soberanos fizeram passar a modernização, a actualização ou a criação das suas leis, por reproduções sistemáticas ou selectivas de sistemas pré-existentes demonstrando assim que ‘cada povo pode assimilar o direito dos outros, fazendo-o seu por adaptações sucessivas oportunas. Isso, porque o direito não é somente um fenómeno nacional, mas também e sobretudo um fenómeno humano’. Certamente hoje não pode estar em questão sonhar com um direito mundial unificado; a Conferência de Haia tem já suficientes dificuldades para harmonizar somente as regras do direito internacional privado. Mas é inegável que o observador pode verificar *migrações de sistemas jurídicos* que se manifestam cumulativamente por exportações e importações”<sup>7</sup>.

Diante das observações feitas por Rodolfo SACCO e Eric AGOSTINI, cremos que dois pontos devem ser, de logo, destacados: o primeiro já foi referido nas páginas anteriores, ou seja, não é possível transportar-se um instituto jurídico de uma sociedade para outra sem se levar em conta os condicionamentos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos; o segundo é quanto à *antiguidade e atualidade* que envolvem a *recepção legislativa*, a ponto de Chryssapho TSOUCA (1998, p. 9) escrever que “le processus de la réception de droits étrangers est d’une ancienneté considerable et d’une actualité toujours croissante”.

Quanto ao primeiro aspecto, apesar da necessária nacionalização dos sistemas (= ordenamentos) jurídicos, imperioso é reco-

nhecer que existem *laços comuns* entre aqueles que formam a mesma família, motivo pelo qual Luis Moisset de ESPANÉS (1994, p. 15-16), em livro intitulado *Codificación civil y derecho comparado*<sup>8</sup>, ao estudar o *Cambio Social y cambio legislativo*, doutrina que

“el Derecho Comparado es una disciplina que muchas veces ha sido tachada de inútil, cuando no de impracticable o imposible: lo primero por quienes, enrolados en la corriente positivista, afirman que lo único que interesa al jurista es el conocimiento de su propia legislación, el estudio de las normas positivas que rigen en su país; lo segundo es la consecuencia de pensar que los sistemas jurídicos no tienen puntos en común, desconociendo que en todos los ordenamientos jurídicos pertenecientes a pueblos de una misma civilización subyace una base filosófica similar.

El jurista debe acudir a esta herramienta tan valiosa que es la comparación, para extraer de ella frutos que contribuyan al mejor conocimiento del sistema nacional. Pero la finalidad de la comparación no se agota en el ‘mejor conocimiento’ del derecho propio; la tarea del comparatista le permite alcanzar una más cabal comprensión del Derecho – tanto del nacional como del extranjero – y esto traerá como consecuencia el progreso en materia de interpretación y aplicación de las normas jurídicas”.

Analisando *Modelos, circulaciones, recepciones*, Lucio PEGORARO e Angello RINELLA escrevem que

“uno de los problemas metodológicos que la ciencia del derecho constitucional comparado encuentra afecta, como ya se ha dicho, a la exigencia de poner orden entre ordenamientos e institutos pertenecientes a ordenamientos aparentemente similares, lo que significa proceder a la clasificación de los objetos de análisis a fin de recon-

ducir los mismos al ámbito de un sistema lógico articulado sobre construcciones teóricas comunes, esto es, sobre *modelos*. En líneas generales, se habla de *modelos constitucionales* para indicar, a propósito de la teoría de los *ciclos constitucionales*, las constituciones *leader*, esto es, aquellas más difusamente tomadas como modelos a imitar (MORBIDELLI) o que por el contrario están en condiciones de condicionar el desarrollo de las diversas experiencias constitucionales (VERGOTTINI). Parece por tanto que el uso del término *modelo* sirva para entender el sentido de la representación sintética de fenómenos de la realidad político-constitucional, combinada con la idea de *forma ejemplar* y por tanto a imitar”.

Mais adiante, desenvolvendo o raciocínio exposto, prosseguem:

“La existencia de modelos que se configuran como formas ejemplares postula de por sí la circulación de los modelos mismos. Las constituciones *modelo* son consideradas así propiamente imitadas. Quien presta atención a las mutaciones jurídicas de los ordenamientos no tendría dificultad en revelar que aquellas son debidas por la casi imitación-recepción de modelos jurídicos del exterior, siendo cuanto menos raro el nacimiento de un modelo original (WATSON; SACCO) [itálicos nossos] (PEGORARO; RINGELLA, 2000, P. 44-45):

(...) Si se observasen con ojos atentos los problemas del método del derecho comparado, resultaría fácil reconocer que la circulación de los modelos jurídicos y su recepción presupone una obra de análisis comparada de la materia por parte de los órganos del país – por así decirlo – importador” (p. 45).

Nessa perspectiva (*recepção externa*), o fenômeno é conceituado por Ana Lúcia de

Lyra TAVARES (1987, p. 2)<sup>9</sup>, como sendo “a introdução, em um sistema jurídico, de normas ou institutos de outro sistema”, enquanto, em trabalho mais recente, escreve: “A expressão *recepção de direitos* indica a adoção, por um sistema jurídico, em sentido amplo ou restrito, de institutos, regras e princípios oriundos de outro(s) sistema(s)” (1999, p. 94). E prossegue:

“Modernamente, esses estudos têm sido divulgados sob a designação de *circulação de modelos jurídicos*. Pensamos, entretanto, que entre as duas expressões há distinções a serem consideradas. Se no conceito de recepção está implícito um movimento de direção única de influências jurídicas, do sistema exportador para o receptor, no de circulação dos modelos jurídicos pressupõe-se que haja, como dissemos em outra ocasião, *um retorno, com elementos novos, às fontes originais de inspiração*” [itálicos no original]<sup>10</sup>.

No *Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito* coordenado por André-Jean ARNAUD (RECEPÇÃO, 1999, p. 674), lê-se que “dentre as diferentes formas através das quais um sistema de direito é influenciado por outro, a recepção é uma das mais penetrantes. Ao invés de formarmos nosso próprio direito, ele é tomado emprestado a um outro sistema jurídico. Recepção opõe-se a formação autônoma”, após o que afirma:

“no sentido estrito, o termo recepção não visa nem à imposição de um direito por uma metrópole a suas colônias (BURMAN; HARREL-BOND, 1979), nem à implementação de tratados internacionais, nem tampouco à substituição ao direito nacional de um direito supracional (isto é, por exemplo, discutido a respeito da C.E.E). Ao se associar todos esses fenômenos, corre-se o risco de enfraquecer os traços distintivos do conceito. O termo designa o empréstimo de um conjunto de direito bastante importante,

como uma codificação, dentro de uma situação histórica específica”.

Peter HÄBERLE (1996, p. 151), preocupado com a freqüente presença do fenômeno no mundo contemporâneo, advoga a necessidade de ser formulado um *modelo teórico* acerca do mesmo, como se verifica de suas próprias palavras: “La actual interdependencia efectiva entre las Constituciones, especialmente en cuanto al sinnúmero de recepciones que en estos momentos se están produciendo nos induce a la búsqueda de un modelo teórico general”.

Tratando da *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura. La cultura como factor configurador de recepciones. El contexto cultural*, escreve HÄBERLE (1996, p. 153) que

“las ciencias jurídicas ostentan, en general, notorios ejemplos de recepciones: la recepción del Derecho Romano en Europa al comienzo de la modernidad, la victoria del federalismo norteamericano de 1787 en causas de federalismo de la vieja Europa (Suiza: 1848, La Alemania de la Paulskirche en 1849), anteriormente la historiografía de los éxitos históricos de catálogos *positivados* de derechos humanos de 1776, 1789 y 1831 (en Bélgica), hasta incluso las que se dan en nuestros días, como la recepción del Derecho alemán en Japón y Corea. La capacidad de irradiación de los Códigos Civil y Penal franceses es de sobra conocida y hoy el éxito de la jurisdicción constitucional es algo que ya se aprecia incluso a simple vista y casi a nivel planetario”.

Mais adiante, prossegue HÄBERLE (p. 156):

“A esto hay que añadir que el actual mundo *uniformado* cada vez se hace más pequeño gracias a las intensas posibilidades de comunicación, por un lado, y también gracias, por otro, a que los problemas globales existentes son similares para todos, como, por ejemplo, los derivados del medio

ambiente y de la tecnología. He aquí la razón última de la necesidad de verlo que hace ‘el vecino’ para aprovechar los logros ya alcanzados por éste, y ello no sólo por la notoria escasez de recursos, sino también por puro y simple ahorro de tiempo y trabajo. De ahí la primera toma de contactos ‘con lo foráneo’; léase ‘con las primeras recepciones’. Es posible que en ello actúe como factor sugestivo la propia ‘efectividad’ del ejemplo ajeno, añadiéndose posteriormente las corrientes propias del denominado ‘espíritu de la época’ e incluso las propias ‘modas’. Desde un punto de vista histórico, podríamos decir que dicho momento bien podría llamarse ‘la hora de las recepciones’, si bien hay que tener en cuenta que no siempre se dan en igual medida las condiciones adecuadas para que las reformas se efectúen siguiendo los modelos extranjeros”.

### 3. *Espécies e procedimentos de* Recepção

Um dos autores que mais tem-se preocupado com o fenômeno da *Recepção Legislativa*, sem dúvida, é Roberto MOLINA PASQUEL, cujas análises se encontram, principalmente, em dois artigos intitulados *Ensayo sobre el método para la interpretación y recepción de instituciones de derecho extranjero* (1951, p. 49-53) e *Reglas sobre recepción de instituciones jurídicas extranjeras* (1965, p. 677-681), sendo que no primeiro deles observa que, “con la disciplina jurídica, con los estudios del Derecho comparado, coexiste el intercambio material de las naciones, intensificado y acelerado por el progreso en los medios de comunicación” (p. 47).

Por outro lado, no segundo dos artigos mencionados, MOLINA PASQUEL (p. 678), embora faça referências em relação ao sistema do *Common Law*, oferece *regras que se deve seguir* e *regras que não se deve seguir* no estudo comparado de qualquer outro sistema.

Assim, quanto às *regras que se deve seguir*, aponta as seguintes:

“a) – Conocer el idioma del país de *common law* cuya institución se estudie, a saber: el inglés y especialmente la terminología jurídica.

b) – Conocer, aunque no sea en detalle, la historia, la tradición y la idiosincrasia del pueblo de cuyo sistema jurídico se estudie la institución.

c) – Conocer, por lo menos en sus principios rectores, el sistema jurídico del país de que se trate, y especialmente sus más importantes instituciones”.

Em relação às *regras que não se deve seguir*, aponta MOLINA PASQUEL nada menos que 5 (cinco), a saber:

1º – No traducir literalmente los términos o vocablos del idioma extranjero, sin una comprobada certeza. Es necesario buscar términos semejantes que identifiquen o, por lo menos, igualen el concepto expresado en aquel idioma <sup>11</sup>.

2º – Verificar cuidadosamente la traducción al español de ciertas expresiones latinas que tienen un significado propio en inglés, diverso del latino y distinto, sobre todo, de su significado en el Derecho nacional.

3º – No guiarse por las definiciones de la doctrina ni menos seleccionar una entre las varias que generalmente hay.

4º – Debe estudiarse el funcionamiento dentro de su sistema de la institución de que se trate, analizando los derechos y obligaciones de los sujetos, la situación jurídica de los bienes y las acciones y recursos que se den a cada uno de ellos, así como los efectos finales de su ejercicio. No debe dejarse llevar el investigador por el nombre del recurso, sin analizar debidamente, antes de traducirlo al idioma nacional, cuál es su alcance y cuáles son sus efectos <sup>12</sup>.

5º – Solamente debe traducirse literalmente el nombre de las acciones y recursos ejercitables ante los tribunales que produzcan efectos semejantes” (1965, p. 678-679).

Depois de oferecer essas regras, afirma MOLINA PASQUEL (1965, p. 680-681): “Las reglas anteriores merecen algunos comentarios, que pueden ayudar al investigador en su tarefa”, apontando 11 (onze) *comentários* [itálicos nossos]:

“A) – *Debe tenerse en cuenta que el sistema jurídico extranjero es un todo congruente, razonable y lógico, de acuerdo con los presupuestos arriba explicados.* La lógica jurídica rige tanto en los sistemas nacionales como en los extranjeros, y cuando alguna idea aparezca incongruente, lo más probable es que no esté bien captada.

B) – *El investigador debe procurar traducir la idea y no las palabras.*

C) – *La institución que haya de recibirse debe estudiarse dentro de su sistema jurídico, así como su historia y sus antecedentes aborígenes y romanos.* Es un error hacer una traducción y atribuir a los sujetos de la institución en el sistema extranjero, los derechos y acciones que se den en el sistema nacional a los sujetos de la institución cuyo nombre se utilice en la traducción.

D) – *Cuando no exista identidad entre los conceptos o ideas del idioma extranjero y el nacional, deberá declararse así.* Si se va a conocer el nombre propio del idioma extranjero, habrá de redactarse una nota explicativa acerca de la naturaleza y funcionamiento de la institución, y conservar aquél. Si se opta por traducir el vocablo mediante una palabra del idioma nacional que no tenga exactamente la misma denotación y connotación, deberá aclararse así desde el primer momento en que se use.

E) – *Abstenerse de consignar consecuencias derivadas de los derechos obligaci-*

ones que origine la palabra traducida, cuando no tenga una correspondencia exacta en el sistema jurídico extranjero.

F) – *Es más importante explicar el funcionamiento de una institución extranjera, usando la terminología nacional, que hacer una simple traducción de las palabras que describen sus elementos.*

G) – *Es preferible crear un neologismo a usar un término de significación tradicional, cuando la institución que haya de recibirse no tenga correspondencia exacta en ambos sistemas jurídicos.*

H) – *Es recomendable que el legislador del país recipiendario declare la recepción de la institución, a efecto de orientar al jurista nacional hacia una interpretación auténtica de la institución y de sus modalidades.*

I) – *La institución habrá de ser recibida tal como es y tal como funcione en el país de su origen, y si así no conviniere por cualquier razón, deberá explicarse detalladamente la diversa regulación nacional, así como sus diferencias y las razones que la apoyen.*

J) – *Deben buscarse recepciones semejantes a las que se hubieran efectuado en otros sistemas del grupo del recipiendario, analizando los problemas que hubiere creado aquélla, para buscar su corrección si fuere posible. Respecto a instituciones anglosajonas en sistemas romanísticos, es conveniente tener en cuenta los casos de Escocia, de la provincia de Quebec y del Estado de Lusiana, donde rigen sistemas de Derecho codificado.*

K) – *Estudiar los antecedentes romanistas y los aborígenes de la institución para conocer su contenido humano, su uso general, y hacer posible su adaptación en el medio jurídico nacional”.*

Apesar de todas as dificuldades bem expressas no texto de MOLINA PASQUEL, o desenvolvimento que têm alcançado os estudos sobre o tema de que estamos tratan-

do já permite que se fale, como o faz Marc ANCEL (1980, p. 74 et seq.), em *Aproximação dos sistemas no direito positivo*, oportunidade em que observa que “mais importante que esta aproximação de caráter interno é a aproximação entre sistemas diferentes”, prosseguindo: “De maneira sempre espontânea ou necessária, ela se realiza por dois processos especiais” (p. 75).

Em seguida, afirma Marc ANCEL (p. 78):

“mais importante, entretanto, que os empréstimos legislativos é o fenômeno da *recepção de direitos*, que constitui, na hora atual, a expressão mais completa da aproximação voluntária ou deliberada. Já se teve a ocasião de sinalar que houve, na história, casos de recepção, dignos de nota, realizada de maneira progressiva e, em grande parte, espontânea. Tal foi o caso, como vimos, da recepção do direito romano na Europa Continental na época do Renascimento. Essa recepção, embora geral, não teve em toda a parte a mesma significação comparativa. A França e os Países Baixos, por exemplo, encontraram, sobretudo, no renascimento do direito romano, uma *razão escrita*, que lhes permitiu dominar e ordenar a diversidade dos costumes. O direito romano surge, então, como uma espécie de denominador comum jurídico, e, no século XVII, Grotius e Domat preconizaram-no como uma expressão do direito natural, isto é, tanto como guia quanto como ideal a atingir. No Santo Império, ao revés, ele foi recebido como direito aplicável, e a importância da recepção do direito romano, na Alemanha, foi freqüentemente sinalada. É, aliás, essa recepção generalizada, embora diversa, que definitivamente fundou o sistema romanista e construiu o direito comum (*gemeines Recht*) europeu uniforme do século XVIII.

Depois da segunda metade do século XIX, e sobretudo no século XX, a

recepção dos direitos assumiu um outro aspecto. Daí em diante, ela é deliberadamente desejada ou aceita, por países estranhos aos sistemas que a aceitam, e deles, geograficamente, distantes”.

Ana Lúcia de Lyra TAVARES, no verbete RECEPÇÃO DE DIREITOS (1986, p. 1033), nos fala em *espécies de Recepção Legislativa*, chegando a apontar nada menos de 5 (cinco) formas, por ela definidas nos seguintes termos [itálicos nossos]:

“a) – *Recepção voluntária*, i.e, a que decorre da adoção livre e consciente do direito estrangeiro, ou de regras desse direito. Exemplo clássico é a recepção do Código Civil suíço pela Turquia em 1926, afastando-se de sua tradição jurídica muçulmana.

b) – *Recepção imposta*, fruto de movimentos colonizadores ou de anexação de territórios, como foi o caso da recepção do sistema do *common law* na Índia, ou da imposição do Código Civil napoleônico na Bélgica ou na Itália no período em que aqueles países se viram anexados à França.

Alguns autores identificam uma forma de recepção inconsciente, exemplificando-a com a recepção do direito romano pela Alemanha, nos sécs. XV e XVI, embora essa ilustração seja discutível, se se têm em mente os trabalhos preparatórios dos glosadores e dos pós-glosadores para a reintrodução daquele direito na Europa (ver CONSTANTINESCO, 1974, p. 363; KOSCHAKER, 1955).

c) – *Recepção global*, resultante da adoção integral de um código, como no caso da recepção do Código Civil napoleônico, introduzido, na íntegra, em certos países da família romano-germânica no séc. XIX, ou ainda no do exemplo turco já referido.

d) – *Recepção parcial*, em que se verifica apenas a importação de leis, institutos, ou disposições legais prove-

nientes de um mesmo sistema jurídico, sendo a sua noção assimilada por muitos comparatistas à dos empréstimos legislativos. Podem constituir exemplo desse tipo de recepção determinados dispositivos da nova lei brasileira sobre as sociedades por ações (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976), inspirados na lei alemã de 1965 sobre a matéria.

e) – *Recepção eclética*, decorrente do recurso a diferentes ordens jurídicas para a elaboração de um dispositivo legal, de uma lei e até mesmo de todo um código. Esse tipo de recepção é o mais comum, sendo facilmente explicável pela Lei de Imigração de G. Tarde aplicada à aproximação dos sistemas de direito e à penetração, nesses sistemas, das correntes doutrinárias e legislativas de maior repercussão no mundo jurídico nesses sistemas (ver p. 11-20)”.

Concluindo, e destacando os condicionamentos a que fizemos referência linhas acima, observa Ana Lúcia: “Os fenômenos de recepção exigem exame cuidadoso dos fatores que os determinaram (políticos, culturais, sócio-econômicos), dos efeitos por eles produzidos quando do emprego dos dispositivos ou dos códigos importados, e do processo de aculturação jurídica que eles fatalmente provocam (ver LÉVY-BRUHL; PAPACHRISTOS, p. 1033).

Lucio PEGORARO e Angello RINELLA (2000, p. 45), depois de afirmarem que “quando se mira a los modelos constitucionales extranjeros, dificilmente se hace con el intento de mero transplante, sino de reproducción de aquel modelo en el ordenamiento constitucional imitante”, estabelecem fundamentais diferenças entre *imposición*, *recepción*, *trasplante* e *asimilación*, lecionando:

“Sobre el plano de las manifestaciones del fenómeno, se dan en la experiencia: *imitaciones legales*, cuando el legislador imita directamente el modelo producido por otro legislador

(ejemplo típico es la difusa imitación de la codificación francesa y germánica); *imitaciones doctrinales*, las cuales operan sobre el plano teórico. Nada de raro, por otra parte, es que estas dos formas de imitación se combinen en el mismo ordenamiento; en los países romanistas, en los diversos períodos, es posible el encuentro de modelos legales franceses y de modelos doctrinales alemanes. Finalmente, aunque menos difuso que los fenómenos citados se encuentran, las *imitaciones judiciales* directas o mas medio intermediarias como las jurisdicciones supranacionales o la doctrina (GORLA; GREMENTIEI). Naturalmente, las imitaciones de un modelo pueden ser globales o parciales: las constituciones, como se há notado, tienen más de un modelo de referencia y combinan los aspectos más interesantes. Aun, las imitaciones de los modelos jurídicos en general pueden ser consecuencia de una conquista (*imposición*), de una acción voluntaria (*recepción*) o bien de la inmigración de un pueblo a otro territorio (*trasplante*). Aquella puede determinar, como efecto, un fenómeno de aculturación, si la sociedad imitante pierde su identidad, o viceversa de mera *asimilación* (SACCO)".

Para GARDNER, citado por Otávio YAZEB (2001, p. 543-548), diversas são as classificações de *transferências jurídicas*, as quais reúne nos seguintes grupos:

- 1) diretas ou indiretas;
- 2) convidadas ou impostas;
- 3) transferências por infusão e
- 4) transferências por interação.

As *transferências diretas* "são aquelas que têm por objeto normas ou institutos jurídicos", enquanto as *indiretas* "são aquelas pelas quais são adotados os valores, conceitos ou modelos que restam como pano de fundo da atividade jurídica, devendo-se considerar aqui, inclusive, os instrumentos de *produção do saber jurídico*" [itálico nosso].

As *Transferências convidadas* "são aquelas em que a iniciativa e a tomada de providências para o processo de transferência partem da cultura que receberá os novos institutos ou modelos". Nos casos de *Transferências impostas*, por sua vez, inverte-se o quadro, ou seja, "a iniciativa e os esforços para a transferência originam-se no grupo ou sociedade que está 'exportando' seus institutos ou modelos jurídicos".

Finalmente, na concepção de GARDNER, "as *Transferências por infusão* não ocorrem por iniciativa da sociedade receptora (não são, portanto, 'convidadas'), não decorrendo, por outro lado, de imposição estrangeira. Com efeito, essa nova categoria diz respeito às transferências cuja iniciativa e esforços partem da sociedade transmissora ou de alguns de seus setores, ocorrendo, porém, nesse processo de transferência, uma ativa participação de setores da sociedade receptora".

As *Transferências por meio de interação*, por sua vez, têm caráter menos premeditado, ocorrendo em meio a processos que envolvem um certo intercâmbio cultural e intelectual.

Ao estudar as causas e procedimentos da *Recepção*, Peter HÄBERLE (1996, p. 161), já citado, escreve que são

"los siguientes cauces y procedimientos de recepción a través de los que se asume lo creado en otros Estado:

- 1) – Por vía de la revisión total de la Constitución (Suiza, por ejemplo).
- 2) – Por vía de la revisión parcial de la Constitución.
- 3) – Por vía legislativa.
- 4) – Por vía de la jurisprudencia constitucional, incluyendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Constitucional europea.
- 5) – Por vía de la Teoría de la Constitución.
- 6) – Por vía de la 'práxis jurídica' (por ejemplo, la relativa a acuerdos de los *länder* con la Federación)"<sup>13</sup>.

Para concluir, vale ainda mencionar-se

HÄBERLE (p. 157) quando, depois de afirmar que existem dois tipos de recepção – a *total* e a *parcial* –, observa que “toda recepción es únicamente ‘parcial’, lo que constriñe a su vez al logro de reproducciones creativas”.

Em livro intitulado *Introduction historique au droit*, Norbert ROULAND (1998, p. 249-545), ao tratar dos *Naissances et migrations des droits européens*, dedica o Título 2 às *Transferências dos direitos europeus*, sendo que no capítulo 1 realiza uma verdadeira teoria da *Transferência*, analisando-a sob três aspectos, a saber: os *agentes*, os *tipos* e os *efeitos*. Quanto aos primeiros, com base na lição de J. Vanderlinder, classifica os agentes como *voyageur sans bagage*, *voyageur professionnel non juriste* e *voyageur juriste*, tecendo sobre cada um destes interessantes comentários, o mesmo fazendo em relação a *L’objet du transfer* e aos *Styles de transfer*, oportunidade em que discute a questão considerando a passagem da *contrainte à la réception*.

Finalmente, quanto aos efeitos, aponta o autor a *acceptation* e a *résistance*, além da *adaptation*.

Sobre *Les Styles de transfer: de la contrainte à la réception*, inicia ROULAND (p. 427) afirmando que

“*stricto sensu*, il convient de distinguer entre la contrainte et la réception comme modalités d’introduction de droit étrangers dans un système juridique donné. La réception suppose une intention volontaire de la part du pays récepteur, qui n’existe pas en cas d’annexion ou de colonisation, même si par la suite un droit à l’origine étranger peut se transformer en droit autochtone au fil du temps: ainsi du droit romain en Gaule, ou du droit musulman dans les États d’Afrique subsahariens”.

No tocante às *Transferências por Imposição*, aponta o autor os casos de *anexação* e de *colonização*, sendo que nas *Transferências por Recepção* aceita a proposta de A. C. Papachristos, a saber: a *ressurreição*

*de um direito antigo, a transplantação de um direito, a importação de um direito estrangeiro atual* (p. 440 et seq.).

#### 4. Os ciclos constitucionais

Giuseppe de VERGOTTINI (1999, p. 263), ao estudar *I cicli costituzionali*, doutrina que “consistono in raggruppamenti di costituzioni rapportabili ad alcuni tipi condizionanti lo sviluppo delle diverse esperienze costituzionali”.

Paolo Biscaretti di RUFFIA (1999, p. 91), por sua vez, após analisar diversas premissas metodológicas referentes ao Direito Comparado, doutrina que

“Ahora bien, las distintas Constituciones expedidas en los países más diversos a partir de 1787 pueden ser distribuídas con facilidad en una serie concatenada de *ciclos constitucionales*<sup>14</sup> sucesivos, aun cuando es necesario resaltar que las Constituciones contemporáneas que tienen su origen en los primeros de los *ciclos* mencionados han sufrido posteriormente numerosas modificaciones (formales y no formales), de manera que en la actualidad se caracterizan por lineamientos propios de otras Constituciones surgidas en épocas más próximas a nosotros...”

En consecuencia, puede demostrarse que la etapa del *constitucionalismo clásico* se desarrolló en el mundo moderno entre 1787 y el fin de la primera Guerra Mundial de acuerdo con cinco *ciclos sucesivos*, por medio de una serie de conceptos y de realizaciones que se perciben fácilmente en su progresividad lineal, incluyendo las siguientes Constituciones: *revolucionarias del siglo XVIII* (1789-1799), *napoleónicas* (1799-1815), de la *Restauración* (1815-1830), *liberales* (1830-1848) y *democráticas* (1848-1918), entre ellas varias de carácter *federal* (1848-1874); pero a partir de entonces las Consti-

tuciones se han orientado en direcciones diversas y contrastantes.

Así, al lado de las *Constituciones de la democracia racionalizada* posteriores a la primera Guerra Mundial (1919-1937) y de la *democracia social* de la segunda posguerra (de 1946 a la actualidad) – todas ellas en el ámbito de la mencionada *forma de Estado* de la *democracia clásica u occidental* –, a partir de 1918 han surgido las *Constituciones de la democracia marxista o socialista*, típicas de los países de la Europa centro-oriental y de algunos Estados de Asia, África o América; en tanto que las *Constituciones autoritarias* presentan en la actualidad un valor más bien histórico, ya que habiéndose desarrollado en Europa en el período que transcurre entre las dos guerras mundiales, sobreviven actualmente sólo en algunos países del Tercer Mundo, bajo formas bastante diversas y privadas de toda influencia ideológica seria.

A las anteriores – prosigue RUFFIA – puede agregarse un conjunto de recientes *Constituciones adoptadas por los países en vías de desarrollo*, las que se han inspirado en su mayoría en el constitucionalismo clásico (de acuerdo con el modelo británico, francés o norteamericano), aunque no les faltan aspectos derivados de las Constituciones socialistas, en un intento de recorrer con mayor rapidez, por esta vía, el largo camino que sobre el plano económico y social espera todavía de manera inevitable a estos países – que con frecuencia sólo han alcanzado su independencia recientemente –, si los comparamos con los más evolucionados del mundo occidental o socialista europeo.

La cuádruple división que se ha mencionado (...) supera en la actualidad las clasificaciones formales determinadas todavía por el diverso origen

histórico de los textos constitucionales respectivos, ya que describe una situación contemporánea que no es posible pasar por alto. Los estudiosos del derecho constitucional comparado no puede dejar de tener en cuenta las doctrinas político-económicas que han conducido a estas distinciones, las que determinan con frecuencia la adopción de concepciones totalmente antitéticas acerca de la naturaleza y de los fines del Estado.

También se podrá hablarse, según la preferencia de los diversos autores, ya sea de *formas de Estado*, de *regímenes políticos* o de *formas de organización socioeconómica*, pero debe considerarse que la contraposición sustancial de principios, estructuras y condiciones ambientales admite con dificultad la comparación fructífera de normas e instituciones efectuadas en relación con los ordenamientos estatales de los países pertenecientes a las cuatro categorías mencionadas.

Por el contrario, es posible realizar dentro de cada una de las mencionadas *formas de Estado* una serie de subdistinciones ulteriores, utilizando criterios diversos, como el de formas de gobierno, que no se encuentran determinadas, como en el caso precedente, por las diferencias sustanciales de conceptos y estructuras”.

E finaliza RUFFIA (p. 93-94): “La certeza de las afirmaciones mencionadas se demuestra también por el hecho de que, con diferencias parciales y algunos matices, han sido acogidas hoy en día por los comparatistas más actualizados de los países del ámbito socialista”<sup>15</sup>.

Entre nós, Pinto FERREIRA (1983, p. 55-67), ao estudar as *Origens das Constituições*, descreve os *Ciclos Constitucionais* inglês, norte-americano, francês, alemão e soviético para, em seguida, referindo-se às *Tendências do novo constitucionalismo após a guerra mundial de 1939-1945*, fazer uma verdadeira sín-

tese do conteúdo das Constituições contemporâneas <sup>16</sup>:

“A guerra internacional, que deflagrou no mundo moderno, quebrou a rigidez capitalista e burguesa do constitucionalismo, com a disseminação das idéias igualitárias do socialismo, que dominaram ou, ao menos, se infiltraram profundamente na organização do Estado contemporâneo.

O novo regime constitucional europeu e asiático, cristalizado com o socialismo democrático inglês vitorioso em 1945, com a Constituição francesa de 28-9-1946, submetida a *referendum* em 13 de outubro do mesmo ano, atualmente revogada e substituída pela nova Constituição de 1968, com a Constituição japonesa de 3-11-1946, em vigor desde 3 de maio do ano seguinte, e afinal com a Constituição da república italiana de 1948, revelou-se com uma tendência nitidamente social e humana.

Doutro lado, a vitória da URSS, contra o nazismo alemão, atrelou ao carro bolchevista inúmeras nações da Europa central, que passaram a gravitar como satélite em derredor de um centro solar, numa marcha progressiva para o socialismo.

Os frutos previsíveis desse constitucionalismo moderno permitem a esperança alvissareira de um *socialismo parlamentar*, que deverá ser a grande obra política, social e jurídica do Estado moderno, na segunda metade do século XX”.

A ressalva que se fez na nota acima não retira a oportunidade da citação, sobretudo porque nos mostrou como, de há muito, nenhum modelo constitucional foi gerado de forma isolada, mas sim sofrendo as influências de *transferências* que, ao serem recepcionadas, evidentemente, passaram por uma aclimatação ou aculturação em relação ao Estado que as recebeu.

## 5. Síntese conclusiva

Depois de tudo o que foi dito, podemos apresentar algumas conclusões:

1) o estudo da *Recepção Legislativa*, para a qual são utilizadas outras denominações, é tema central no estudo do *Direito Comparado*;

2) sua concretização se dá por meio de vários processos, sendo que, na análise do caso concreto, nenhum deles, isoladamente, será suficiente para explicar a realidade de um determinado *sistema jurídico*, razão pela qual alguns autores utilizam o conceito de *campo jurídico*;

3) ao se falar em recepção, não se poderá olvidar que esta poderá ocorrer não só pela via legislativa, mas, igualmente, pela produção jurídica, vale dizer, pelo ensino e pela produção doutrinária;

4) ao serem recepcionados, as *instituições* ou *modelos* terão de sofrer uma *aclimatação* ou *aculturação* a fim de que possam ter *eficácia* em seu *novo habitat*. Para tal, de suma importância será a consideração dos valores sociais expressos na *Ideologia Constitucional* de cada Estado.

## Notas

<sup>1</sup> Ver, sobretudo, p. 12-14, onde o autor trata sobre *Gli scopi della comparazione*.

<sup>2</sup> Como exemplo, mencione-se o verbete RECEPÇÃO (19- -?) escrito por Manoel Gonçalves Ferreira Filho na *Enciclopédia Saraiva de direito*.

<sup>3</sup> Alemão: *Rezeption*; Inglês: *Reception*; Espanhol: *Recepción*; Francês: *Réception*; Italiano: *Ricezione*. É impressionante a omissão existente quanto ao tema nos Dicionários Jurídicos que foram por nós consultados, muitos dos quais só se referem à recepção no sentido de *solenidades, formas de protocolo social*.

<sup>4</sup> Em razão da amplitude que dá ao fenômeno da *Transferência*, o autor chega a analisar os *Processos de Transferência e campos jurídicos nacionais*, oportunidade em que afirma: “De todo o acima referido, fica claro que as transferências jurídicas não restam adstritas unicamente aos ordenamentos jurídicos, às instituições. Ao contrário, embora por vezes sejam transferidas apenas normas ou conjunto de normas, é bastante comum a adoção de mentalidades, ideologias ou, mesmo, formas de ensino provenientes de outros povos.

Desta forma, é recomendável para a análise de tais fenômenos a adoção de um conceito mais abrangente que o de sistema jurídico, de forte conteúdo positivista. O conceito de *campo jurídico*, criado por Pierre Bourdieu, talvez seja mais adequado para permitir uma maior compreensão da dinâmica das transferências jurídicas” [Itálico nosso] (p. 553).

E prossegue: “Um *campo* é um espaço simbólico cujos protagonistas encontram-se distribuídos em uma série de posições, conforme hierarquia e regras internas, passíveis de transformação com o tempo e a partir da relação com outros campos” (p. 553).

Vale ressaltar que, para Yves DEZALAY e David M. TRUBEK, (1996, p. 31), “chamamos de ‘campo jurídico’ à articulação de instituições e práticas através das quais a lei é produzida, interpretada e incorporada às tomadas de decisões na sociedade. Portanto, o campo jurídico inclui profissionais da Justiça, juízes e as faculdades de direito. Nosso método identificará os efeitos das forças globais e transnacionais, examinando primeiro os seus efeitos nos campos nacionais”.

<sup>5</sup> Sobre *finalidades ou funções do Direito Comparado*, veja-se Ivo DANTAS (2000, p. 60 et seq.).

<sup>6</sup> Itálicos no texto. Ver na edição italiana, *Introduzione al diritto comparato*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1980. p. 116 et seq.

<sup>7</sup> Mantida a grafia do original. O autor dedica os capítulos seguintes à *Exportação do Direito* (Cap. I, p. 253-317) e à *Importação do Direito* (Cap. II, p. 319-334), temas que serão analisados adiante.

<sup>8</sup> O mencionado livro é uma importante leitura, sobretudo, para os que se dedicam ao *Direito Civil*, em cujo campo o autor faz interessantes análises.

<sup>9</sup> Veja-se o interessante artigo de Raul Marquez ROMERO (1999), intitulado *Breve reseña de las revistas del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y su Relación con la Unificación del Derecho*.

<sup>10</sup> A referência que a autora faz a “outra ocasião” é o verbete *RECEPÇÃO DE DIREITOS* por ela escrito para o *Dicionário de ciências sociais* (1986, p. 1032-1033).

<sup>11</sup> Vale insistir que o autor tem suas preocupações voltadas para o *common law*, o que não significa que suas observações não sejam válidas para qualquer sistema. Ademais, temos insistido na necessidade do uso de um *Dicionário Jurídico* referente à língua com a qual o estudioso estará trabalhando. Igualmente útil – quanto à Doutrina – é consultar alguma tradução para uma língua em que o pesquisador melhor domine, a fim de comparar o seu texto com aquele que se consulta na língua original.

<sup>12</sup> Nesse sentido, vale o exemplo das Leis Complementares do sistema constitucional brasileiro que, em outros modelos, equivalem às Leis Orgânicas.

<sup>13</sup> O texto de HÄBERLE merece ser lido em sua integridade, sobretudo em razão do raciocínio e das informações que fornece ao estudioso da matéria.

<sup>14</sup> Vale recordar que, entre nós, Pinto FERREIRA (1983, p. 55-67) refere-se a diversos *Ciclos Constitucionais*, afirmando: “A doutrina dos ciclos constitucionais tem profunda importância para o direito público, melhor esclarecendo a sua essência e tendências evolutivas. O ciclo constitucional define-se pelo seu traço de originalidade e pela sua expansão no mundo das formas políticas, a exemplo dos ciclos constitucionais inglês, norte-americano, francês, alemão e soviético, como Constituições-tipos, que têm servido de figurino ou modelos a outras nações” (p. 66).

<sup>15</sup> Vale aqui mencionarmos, a título de informação, dois estudos publicados entre nós na década de 80, mas que, apesar das modificações sofridas no mundo atual, continuam sendo de leitura oportuna: PINTO FERREIRA (1984), *Contribuições ao constitucionalismo contemporâneo* e Antônio Carlos WOLKMER (1986, p. 43-53), *Para um paradigma do constitucionalismo ocidental*.

<sup>16</sup> O texto transcrito, ao ser lido, deverá considerar as modificações sofridas pelo Direito Constitucional na década de 90, sobretudo, a partir dos fenômenos da *Queda do Muro de Berlim* e da *Globalização*.

Nesse sentido, consulte-se nosso livro *Direito constitucional econômico brasileiro* (1999), e o artigo *constitucionalismo e globalização: aspectos teóricos: breve análise exploratória* (1999).

## Bibliografia

AGOSTINI, E. *Direito comparado*. Porto: Resjurídica, [19- -?].

ANCEL, M. *Utilidade e método do direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1980.

CONSTANTINESCO, L. J. *Traité de droit comparé*. *Revista de Derecho Privado*, Paris, t. II, p. 363, 1974.

DANTAS, I. *Constitucionalismo e globalização: aspectos teóricos: breve análise exploratória*. In: DANTAS, I. ; MEDEIROS, M. DE A.; LIMA, M. C. *Processo de integração regional: o político, o econômico e o jurídico nas relações intrenacionais*. Curitiba: Juruá, 1999.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional econômico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 1999.

- DEZALAY, Y. ; TRUBEK, D. M. A reestruturação global e o direito: a internacionalização dos campos jurídicos e a criação de espaços transnacionais. In: FARIA, J. E. (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- ESPANÉS, L. M. de. *Codificación civil y derecho comparado*. Buenos Aires: Zavalía, 1994.
- FERREIRA, P. Contribuições ao constitucionalismo contemporâneo. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, 10., 1984, Recife. *Tese... recife*: [S.n.], 1984.
- \_\_\_\_\_. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 6. ed. Ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 1983. v.1.
- GALLO, P. *Grandi sistemi giuridici*. Torino: G. Giappichelli, 1997.
- GUERRA FILHO, W. S. (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 20001.
- GUTTERIDGE, H. C. *El derecho comparado: introducción al método comparativo en la investigación y en el estudio del derecho*. Barcelona: Instituto de Derecho Comparado, 1954.
- HÄBERLE, P. Elementos teóricos de un modelo general de recepción legislativa. In: LUÑO, A. E. P. *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 151-185.
- KOSCHAKER, P. *Europa y el derecho romano*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.
- MOLINA PASQUEL, R. Ensayo sobre el método para la interpretación y recepción de instituciones de extranjero. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, México, ano 4, n. 12, p. 49-53, sep./dic. 1951.
- \_\_\_\_\_. Reglas sobre recepción de instituciones jurídicas extranjeras. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, México, ano 18, n. 54, p. 677-681, sep./dic. 1965.
- PEGORARO, L.; RINELLA, A. Modelos, circulaciones, recepciones. In: GARRIDO, D. L.; GARROTE, M. F. M.; PEGORARO, L. (Org.). *Nuevo derecho constitucional comparado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 44-45.
- RECEPÇÃO. In: ARNAUD, André-Jean (Coord.). *Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 674.
- \_\_\_\_\_. In FERREIRA FILHO, M. G. *Enciclopédia Saraiva de direito*. [S. l.: S. n.], v. 63, [19—?].
- RECEPÇÃO DE DIREITOS. In: TAVARES, A. L. de L. *Dicionário de ciências sociais*. Rio de Janeiro: FGV, 1986, p. 1032-1033.
- ROMERO, R. M. Breve reseña de las revistas del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y su relación con la unificación del derecho. *Diritto Romano Comune: Revista di Diritto dell' Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, Roma, 5/1998, 1999.
- ROULAND, N. *Introduction historique au droit*. Paris: Puf, 1998.
- RUFFIA, P. B. di. *Introducción al derecho constitucional comparado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- SACCO, R. *Introdução ao direito comparado*. São Paulo: RT, 2001.
- TAVARES, A. L. de. A constituição brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano28, n. 109, p. 71-108, jan./mar. 1991.
- \_\_\_\_\_. A utilização do direito comparado pelo legislador. *Contextos*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 2, mar. 1987.
- \_\_\_\_\_. Nota sobre as dimensões do direito constitucional comparado. *Direito, estado e sociedade*, Rio de Janeiro, n. 14, p. 889-104, jan./jul. 1999.
- TOUSCA, C. L'alamage de systèmes et les systèmes en transition: l'importation et l'exportation de modèles juridiques. *Revue Hellénique de Droit International*, Paris, 51<sup>ème</sup> anné, p. 9, 1998.
- VERGOTTINI, G. de *Diritto costituzionale comparato*. 5. ed. Padova: Casa Edtrice Dott. Antonio Milani, 1999.
- WOLKMER, A. C. Para um paradigma do constitucionalismo ocidental. *Revista Brasileira de estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 62, p. 43-53, 1986.
- YAZEB, O. Considerações sobre a circulação e transferência dos modelos jurídicos. In: GRAU, E. R.;

# Poder Judiciário no Brasil: aspectos de sua reforma

Edgard Lincoln de Proença Rosa

## Sumário

Explicações iniciais. I – Introdução. II – Marco conceitual. 2.1. Estrutura organizacional do Poder Judiciário no Brasil. 2.1.1. Fundamento constitucional. Características e estruturação básicas. 2.1.2. Competências. 2.1.3. Composição. 2.1.4. Formas de ingresso na e de acesso à Magistratura. 2.1.5. Prerrogativa fundamental da Magistratura. 2.1.6. Garantias constitucionais da Magistratura. 2.1.7. Princípios constitucionais relativos à Magistratura. 2.1.8. O princípio da autonomia administrativa e financeira. 2.2. Funções essenciais à Justiça. 2.2.1. Conceito. 2.2.2. Agentes que exercem as funções essenciais à Justiça. 2.2.2.1. O Ministério Público. 2.2.2.2. A Advocacia do Estado. 2.2.2.3. A Advocacia e a Defensoria Pública. III – Análise da situação atual. 3.1. Considerações iniciais. 3.2. Aspectos da “crise do Judiciário”. 3.3. A “reforma do Judiciário”. 3.3.1. Reforma estrutural e reforma operativa. 3.3.2. Visão geral da reforma estrutural. 3.3.2.1. Propostas legislativas de reforma constitucional referente ao Poder Judiciário. 3.3.2.2. Anteprojeto para reforma do judiciário. 3.3.2.3. Outras sugestões e contribuições. 3.3.2.4. Projetos de lei relativos à reforma do Judiciário. 3.3.3. Visão geral da reforma operativa: a Arbitragem e os Juizados Especiais. 3.3.4. Os resultados da experiência dos Juizados Especiais. IV – Análise das alternativas de soluções. 4.1. Esclarecimento prévio. 4.2. Uma estratégia para apoio ao fortalecimento imediato do Poder Judiciário no Brasil. 4.2.1. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça e da Justiça Federal. 4.2.2. No âmbito da Justiça Estadual. V – Conclusões. VI – Recomendações.

Edgard Lincoln de Proença Rosa é advogado, com especialização em Direito Tributário e mestrado em Direito Público e Estado, atual Procurador da Fazenda Nacional, ex-Procurador-Geral da Fazenda Nacional, ex-Diretor da Consultoria do Senado Federal, ex-Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, atualmente afastado do Magistério Superior, em que tem lecionado, em nível de graduação, Direito Tributário, Financeiro, além de Filosofia do Direito, e, em pós-graduação, Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito.

### *Explicações iniciais*

Este texto consiste no trabalho de consultoria prestada ao Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, por ele contratada com o autor aqui nomeado.

Trata-se da versão original, concluída em fins de agosto de 1997. Por convicção pessoal e por escrúpulo, já que no respectivo contrato não há cláusula reguladora de reserva de direitos de autoria e/ou de publicação em favor do contratante, o consultor aguardou o decurso de 5 anos, desde a conclusão do trabalho, para lhe dar publicidade. Evidentemente, tal publicidade não terá cunho, ou finalidade, comercial, caso em que seria possível pensar em, no mínimo, iniciativa antiética. Dado que, porém, o assunto versado é, ao menos, de interesse técnico para agregar-se ao conjunto da documentação utilizada nos longos e demorados estudos e debates, ainda em curso, relativos à “Reforma do Judiciário”, vislumbra-se, sem qualquer dúvida, um interesse público nacional maior por sua divulgação e consequente disponibilização aos interessados no âmbito nacional, do que permanecer abandonado, totalmente desconhecido, não-publicado e – muito pior – sem memória gravada ou arquivada naquele organismo internacional.

Diz-se isso, aqui e agora, sem nenhum temor de equívoco, porque, quando da entrega do texto ao setor competente para recebê-lo, no BID, foram deixados 30 (trinta) exemplares, impressos e encapados no referido setor. Passados dois meses, tendo o consultor retornado ao local para tratar de assunto ligado ao trabalho, viu todos aqueles exemplares jogados de qualquer maneira em depósito impróprio, certamente às vésperas de ir para o lixo.

Naturalmente, nem todo trabalho de consultoria para o Banco tem o destino que se supõe que este tenha tido. Tudo depende do interesse que se lhe atribuem dentro da instituição. Tal interesse não se verifica por meio de uma avaliação técnica, mas por de-

cisão política, ou melhor, por definição embasada em critérios de política interna da instituição.

No caso presente, o trabalho foi contratado pelo motivo descrito no item 1.1 do texto a seguir, constante de sua Introdução.

Alguns indicativos de sua pouca importância para o Banco já eram perceptíveis ao consultor desde então. O primeiro motivo diz respeito à língua em que ele seria versado: o português. Quando de antemão um trabalho não precise ser redigido em inglês, espanhol ou francês, fatalmente é sinal de baixo interesse, embora – é verdade – o Banco disponha de tradutores para as línguas em que, oficialmente, determinado texto deva ser veiculado. Ainda que o uso da língua nativa do consultor lhe proporcione todo o conforto do “pensar já escrevendo”, uma condição de versão original em inglês, por exemplo, já denotaria interesse maior. É isso que se está pretendendo esclarecer sobre este ponto. Então, caberia perguntar: se o interesse era pequeno, por que contrataram a consultoria? Isso não foi explicado ao consultor, embora ele suponha que tenha sido pelo fato de o tema despertar a curiosidade (não o real interesse) de o Banco conhecer o funcionamento do Poder Judiciário no Brasil. Ainda mais que aquele momento coincidia ser com o de grandes discussões, no País, sobre a necessidade da reforma do Judiciário.

Por outro lado, mas ainda dentro dessa questão da língua, saliente-se que, na visão deste consultor, há um desprestígio do brasileiro, no que tange à sua – digamos – consistência intelectual, dentro do Banco, que se reflete na desconsideração da língua portuguesa ser, tanto falada, quanto escrita, embora seja ela um dos idiomas oficiais da instituição. Não deveria ser assim, porque o Brasil é (ou, pelo menos, era na época), o país que ostenta(va) a segunda maior participação nas cotas de contribuição financeira nacional à formação do fundo constitutivo-rotativo do BID, ficando (bem) atrás, apenas, dos EUA. Em face dessa posição, seu

próprio prestígio político lá deveria ser bem maior do que é (ou era). Revela-se, por exemplo, essa espécie de *capitis diminutio* pelo fato de a ocupação (quantitativa) de posições na burocracia do Banco, por brasileiros, ser abaixo daquilo que, proporcionalmente àquela participação financeira, deveria ser destinado ao Brasil. A origem de não tão alta estima talvez se deva, de alguma maneira, à (de)formação da consciência crítico-histórico-político-econômico-cultural da maioria dos brasileiros no BID, em relação ao nível de igual consciência de seus colegas estrangeiros de trabalho. Isso é tão-somente uma opinião pessoal sobre a aparência das coisas, sem que haja qualquer avaliação de mérito ou juízo de valor a respeito. O certo é que, a olho nu, os brasileiros, ali dentro, são estrangeiros mesmo. Em grande parte, a culpa por esse estranhamento é dos próprios brasileiros que, lá fora, em geral, se comportam como estrangeiros entre si. Mas, sobretudo no BID, são como uma pequena ilha dentro de um vasto arquipélago hispano-norte-americano. Duas das conseqüências disso? O português é solenemente ignorado como idioma e o brasileiro não é olhado como gente amiga. Não há o menor exagero nessa visão. É preciso viver e conviver lá dentro para verificar (se alguém quiser, claro) a existência de uma forma de *apartheid* sócio-cultural naquela(s) comunidade(s), marginalizando brasileiro.

Um segundo motivo para a antevisão da pouca importância que atribuíam ao presente trabalho refere-se a que o BID, como qualquer organismo internacional de crédito e fomento, é também um “ditador” (no sentido de ditar formulações e regras) de receituários para novas estratégias (inter) continentais de políticas sociais econômicas e administrativas, para governos dos seus países-membros.

No caso específico do tema “Reforma do Poder Judiciário”, o BID já avançara em experiências, então em andamento, em alguns países da América do Sul. Não houve tempo de este consultor ter acesso aos respecti-

vos documentos comprobatórios, mas é seguro que ouviu comentários no BID sobre, por exemplo, projetos envolvendo a elaboração de anteprojeto de um novo código civil paraguaio, que teria sido encomendado pelo então governo do Paraguai, a ser elaborado dentro de um paradigma “receitado” pelo Banco, bem assim de projetos voltados a implementar um receituário de “terceirização” da “administração judiciária”, supostamente em fase de execução, ou de pré-execução, tanto no Chile, quanto na Argentina. Em que consistiriam, exatamente, esses projetos? Este consultor desconhece.

O que ele sabe – como todos também – é que naquela ocasião vivia-se ainda sob o impacto do receituário das políticas de desestatização. O “estado mínimo” era a solução para os males econômicos e sociais causados por décadas de vigência do “estado máximo”. O processo de desestatização implicava, por óbvio, a privatização de tudo aquilo que não fosse, essencial e arbitrariamente conceituado pelo “ditador”, da órbita estatal. Restava ainda, porém, um território residual de atividades, tanto públicas, quanto privadas, sujeitas a uma possível subcontratação de terceiros administradores. Era o que se convencionou chamar de “terceirização”. Tal expressão é uma corruptela eufemística de privatização (até porque não se sabe de ninguém que tenha “terceirizado” alguma atividade a órgão ou agente público; imagina-se, no caso, terceirização promovida por particular, o que é comuníssimo).

Quando este consultor foi contratado pelo próprio BID, inicialmente para elaborar estudo sobre a cobrança judicial de créditos tributários no Brasil, uma das primeiras idéias que lhe deram se referia à terceirização dessa cobrança. Entendia-se, na instituição, *a priori*, que a melhor solução para se reduzir o *déficit* de tais créditos não pagos seria entregar a respectiva cobrança a escritórios particulares. Era a “receita”. Este consultor, não tendo “vestido a camisa do Banco”, resistiu e, expressamente, como

consta do referido trabalho, rejeitou completamente a idéia. Em certa ocasião, quando de mais acalorada discussão, em face do argumento deles segundo o qual as Procuradorias de Fazenda no Brasil não funcionavam e de que a resistência oposta pelo consultor revelava uma solidariedade, ou uma atitude corporativa (argumento este muito comum na ocasião: ah, fulano tem uma visão “corporativa”, como se o corporativismo em todo o mundo, principalmente nesses organismos multilaterais, não existisse; claro que existe, sobretudo de parte daqueles que querem lutar por sua permanência no *staff* de seu empregador internacional, para os que “vestem a camisa deste” e desvestem a do país que estariam ou deveriam estar a representar), o consultor, que é Procurador da Fazenda Nacional, redarguiu: “ora, se vamos terceirizar a cobrança judicial do crédito tributário, porque, no entendimento da Divisão Fiscal do BID, a Procuradoria não funciona, deveremos pensar em solução idêntica para vários outros setores da atividade pública no Brasil, caso, segundo se propaga, da própria receita federal ou das receitas estaduais, que não logram cobrar os créditos não pagos espontaneamente pelos contribuintes, daí que eles saem de sua órbita para a do órgão que detém a representação judicial da Fazenda; caso das polícias em geral; caso, até, do Poder Judiciário, atingido maciçamente pela pecha de ineficiente. Ora, como e por que terceirizar o que é público por natureza? Só cabem aí as soluções reformuladoras ou reformistas. Terceirizar é sinônimo de muitas coisas, menos de ser uma solução saneadora, uma solução moralizadora ou uma solução eficiente e eficaz. A posição do consultor causou mal-estar interno e um grande desconforto para ele nas relações interpessoais, no referido setor do BID, durante todo o tempo restante de execução do trabalho.

O fato é que o receituário do Banco, para o setor público em geral, dava preferência a quaisquer soluções que objetivassem a privatização, nesta incluída a idéia, mais ame-

na, de terceirização. Por isso que orbitavam por lá, com receptividade de governos de alguns países-membros da instituição, projetos de terceirização da administração judiciária, ou melhor, dos serviços de secretaria e de apoio, em geral, da atividade jurisdicional típica.

Voltando ao ponto de três parágrafos atrás, ao menos sobre a organização e o funcionamento do Poder Judiciário daqueles três países da América do Sul, o Banco detinha informações bastante completas, enquanto, sobre o Judiciário brasileiro, pouco ou quase nada sabiam. Isso, em abril de 1997.

Daí que propuseram ao consultor a realização de trabalho que contivesse um diagnóstico e uma análise prospectiva da situação do Poder Judiciário em nosso País. Pensava-se, naquele momento, segundo informações transmitidas ao consultor, em um projeto de modernização de áreas carentes de financiamento para sua implementação. Para tanto, seria necessário um amplo trabalho de pesquisa, a ser feito no próprio país, colhendo-se material, participando-se de audiências, encontros e entrevistas.

Isso foi feito, de 1º de maio a 31 de julho de 1997, tendo o consultor, em Missão oficial do Banco, recolhido e examinado um volume gigantesco de documentos, participado de encontros técnicos, entrevistado diversos Magistrados das Justiças Federal e Estadual, inclusive Ministros de Tribunais Superiores, autoridades e dirigentes em geral de diferentes órgãos do Judiciário e viajado para alguns Estados das Regiões Nordeste, Sudeste e Sul, além de permanecer mais centralizado no Distrito Federal.

No seu retorno à sede do BID, em Washington, D.C., foi comunicado ao consultor que ele teria apenas mais um mês de contrato para concluir o texto. Sem explicações maiores, a não ser que o assunto “reforma do Judiciário” saíra da pauta de projetos preferenciais do governo brasileiro para financiamento externo, que tal reforma seria feita com recursos orçamentários e que, em seu lugar, teria sido encaixado um projeto

de modernização, ou coisa equivalente, do PRODASEN, no âmbito do Senado Federal, para o que o BID estaria, naquela oportunidade, empregando seus esforços maiores, dali por diante, como de fato ocorreu.

Portanto, com tão pouco tempo – um mês – para desenvolver em amplitude e profundidade tudo o que o assunto exigia – e exige –, nada além do que foi realizado poderia ter sido feito.

Hoje, início do ano de 2003, mais de cinco anos depois, quando aquela pretendida reforma ainda não avançou tanto, em relação ao estado em que se encontravam as discussões pertinentes, o autor daquele modesto estudo resolve publicá-lo e disponibilizá-lo aos interessados, na forma como o concluiu em 1997.

A decisão de publicá-lo na versão original leva em conta: 1) que, não obstante os números nele utilizados estejam desatualizados, o conteúdo das idéias a que eles se referem é plenamente atual; 2) que o contexto normativo constitucional, infraconstitucional e o processual legislativo de quando se elaborou o referido trabalho sofreu modificações, mas não a ponto de desnaturar ou desfocar os tópicos centrais do que ali se propôs; 3) que alguns magistrados com trabalhos aqui mencionados já tiveram suas posições mudadas na hierarquia da judicatura nacional – caso, por exemplo, de então Desembargadores que se tornaram Ministros de Tribunais Superiores, ou de então presidentes de Tribunais, sucedidos por outros, ou de ex-Magistrados alcançados pela aposentadoria compulsória etc., o que não deslustra as ilustres pessoas citadas, sabendo-se, porém, que o autor está a par dessas alterações de posições funcionais; 4) que, atualmente, existem os Juizados Especiais Federais, quando, na época, só se conheciam esses Juizados no âmbito dos Estados Federados, o que de certa forma, reforça a posição inteiramente favorável a essa solução doméstica de parte dos problemas de estrangulamento das atividades judicantes, como defendida pelo autor no trabalho, etc.

Enfim, nada disso justificaria atualizá-lo antes da publicação da versão original. Ao contrário, convém dar conhecimento público da forma e das circunstâncias históricas em que o trabalho foi realizado, para, em momento seguinte, havendo interesse ou conveniência, o autor adaptá-lo ao momento naquilo que for necessário.

Por último, essas explicações iniciais devem conter a advertência para a linguagem utilizada em todo o trabalho, sempre propositalmente didática e pormenorizadamente esclarecedora para estrangeiros (nesse caso o público-alvo, a clientela), de noções e informações básicas de nosso sistema jurídico e judiciário, rogando-se a indispensável compreensão e a redobrada paciência do leitor nacional, que já as domina.

## *I - Introdução*

1.1. A idéia de realização de um trabalho, para o Banco, relacionado à “crise” e à “reforma” do Poder Judiciário no Brasil ocorreu quando da finalização de trabalho precedente, para o qual este consultor também foi contratado, sobre o tema e sob o título “A Função das Procuradorias de Fazenda no Brasil: problemas e soluções”, em que são abordadas, muito circunstancial e sucintamente, algumas questões relativas às deficiências atuais da atividade judicial no País, que repercutem negativamente no desempenho das funções daquelas Procuradorias, entre outras conseqüências.

1.2. O tema do trabalho atual versa assuntos muito técnicos, que exigem análise detida e detalhada. A proposta inicial era de levar a fundo todos os principais pontos que interessam ao conhecimento completo dos assuntos pertinentes. Para isso, teria sido necessário um contrato de prazo compatível com empreitada de tamanha complexidade, amplitude e importância (tanto para o Banco, quanto para o Poder Judiciário brasileiro). Em razão do curtíssimo prazo, não será possível ir além de uma abordagem praticamente introdutória dos pon-

tos essenciais ligados ao tema principal do trabalho.

1.3. Assim, no Marco Conceitual, examinamos a estrutura organizacional do Poder Judiciário no Brasil. Nesse tópico, ainda que de forma um tanto ligeira, tivemos de nos deter, mais amplamente, no capítulo da composição da Magistratura (em que analisamos questões como a do déficit de Juízes e o da prestação jurisdicional, aí incluído o problema do estoque de processos sem julgamento). Também nos detivemos no exame do princípio constitucional da autonomia administrativa e financeira do Judiciário, um ponto que consideramos relevante. Ainda aí, vimos as Funções Essenciais à Justiça e os Agentes que a exercem, para entendermos a mecânica integral do funcionamento do Judiciário.

1.4. Na parte relativa à Análise da Situação Atual, abordamos os principais aspectos do que se costuma chamar de “crise do Judiciário”, com o que pudemos formular a distinção entre o que denominamos, neste trabalho, “reforma estrutural” e “reforma operativa” do Judiciário.

Com referência à “reforma estrutural”, fixamo-nos mais em descrever as principais Propostas de Emenda Constitucional sobre o assunto, em tramitação no Congresso Nacional.

1.4.1. Quanto à “reforma operativa”, damos uma visão geral dos dois mais recentes sistemas judicantes introduzidos no ordenamento brasileiro, ambos num contexto (digamos assim) reformista: a Arbitragem e os Juizados Especiais. Enfatizamos a análise dos resultados da experiência desses Juizados.

1.4.2. No que se refere a Alternativas de Solução, numa perspectiva absolutamente pragmática de antever quais as medidas objetivas que se podem tomar, no curto e médio prazos, são apresentadas aquelas que, no âmbito e por decisão dos órgãos do próprio Poder Judiciário, já estão programadas ou mesmo sendo executadas. Falamos, então, dos Projetos do Superior Tribunal de

Justiça, para a Justiça Federal, e dos Juizados Especiais, no caso da Justiça Estadual.

1.5. Esses são os dois campos em que o Banco pode, efetivamente, prestar seu apoio, hoje, a projetos que visem à modernização e ao fortalecimento do Poder Judiciário do Brasil.

E este é o trabalho<sup>1</sup> que, consubstanciando um diagnóstico preliminar dos problemas existentes nesse campo, entrega-se agora à Gerência da Região I, abrangente dos programas e projetos de interesse do Brasil, e à Chefia da respectiva Divisão I.

## *II - Marco conceitual*

### *2.1. Estrutura organizacional do Poder Judiciário no Brasil*

#### *2.1.1. Fundamento constitucional. Características e estruturação básicas*

São os seguintes os dispositivos da Constituição da República Federativa do Brasil que estabelecem (a) o fundamento da Magistratura (nacional) como um Poder (Judiciário) estatal e (b) a base da respectiva estrutura organizacional:

“Art. 2º - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

“Art. 92 - São órgãos do Poder Judiciário:

- I - o Supremo Tribunal Federal;
- II - o Superior Tribunal de Justiça;
- III - os Tribunais Regionais Federais e os Juízes Federais;
- IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;
- V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;
- VI - os Tribunais e Juízes Militares;
- VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e dos Territórios.”

Uma análise superficial dos dispositivos transcritos permite apontar as seguintes características básicas do modelo de estru-

turação política e organizacional do Poder Judiciário brasileiro: 1) trata-se, efetivamente, de *um Poder que, com independência dos demais Poderes, exerce* atividade estatal de caráter monopolístico, consistente no exercício da *função jurisdicional, que é*, por sua vez, *a prerrogativa*, politicamente incontestável, *de dizer, em definitivo, o direito aplicável* aos casos e situações concretas de litígio ou de pretensões a direitos, em geral, a ele submetidos; 2) trata-se de um Poder, rigorosamente, não-federativo, por ser o único que não faz parte da organização política de todas as unidades da Federação brasileira (não existe um Poder Judiciário dos Municípios, embora ele aí esteja funcionalmente presente, porque a jurisdição da Justiça Estadual, bem assim da Federal, está territorialmente espalhada por diversas seções judiciárias e “comarcas”, isto é, pelas cidades, ou municípios, onde o Poder Judiciário está instalado em cada “Vara”, palavra que designa a divisão organizacional unitária básica da jurisdição de 1ª Instância, ou 1º grau, da Justiça Federal e Estadual no Brasil). Nesse sentido, ele é um Poder nacional (embora o art. 2º acima reproduzido especifique que os Poderes são da *União* e as diferentes Constituições Estaduais incluam o Judiciário na sua organização, exatamente porque o art. 92, VII, menciona que são órgãos do Poder Judiciário os Tribunais e Juízes dos Estados); 3) trata-se de uma estrutura organizacional verticalizada e hierarquizada em que, na sua base, se encontram os Juízes de Direito (órgãos judiciais singulares), acima dos quais estão os Tribunais e, sobre estes e aqueles, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal (sendo todos esses Tribunais órgãos judiciais coletivos ou colegiados).

Em resumo, o Poder Judiciário brasileiro compreende:

– dois principais Tribunais Superiores (sendo que, essencialmente, o Supremo Tribunal Federal – STF exerce a jurisdição máxima em litígios ou pretensões que envolvam matéria constitucional e o Superior Tri-

bunal de Justiça – STJ exerce a jurisdição máxima em litígios que envolvam matéria relacionada a legislação federal, ambos com jurisdição abrangendo todo o território nacional);

– uma Justiça Federal, com dois graus de jurisdição, integrada por Juízes Federais (1º grau) e 5 (cinco) Tribunais Regionais Federais (2º grau);

– uma Justiça Estadual, com dois graus de jurisdição, integrada por Juízes de Direito (Estaduais) (1º grau), Tribunais de Justiça e, em alguns Estados, dependendo de critérios previstos nas leis de organização judiciária de cada Estado, levando-se em conta o valor da causa, os Tribunais de Alçada (ambos constituem o 2º grau de jurisdição estadual);

– três Justiças especiais, com a respectiva jurisdição circunscrita a matérias especializadas:

1) a Justiça do Trabalho (competente para conciliar e julgar dissídios, individuais e coletivos, entre empregados e empregadores, assim como quaisquer controvérsias decorrentes das relações de trabalho), com dois graus de jurisdição, integrada pelas Juntas de Conciliação e Julgamento (1º grau), pelos Tribunais Regionais do Trabalho e pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST (ambos de 2º grau);

2) a Justiça Eleitoral (com competência exclusiva em matéria eleitoral, definida em lei complementar), integrada por Juntas e Juízes Eleitorais (ambos de 1º grau e, aquelas, com funções tipicamente administrativas), Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunal Superior Eleitoral (ambos de 2º grau);

3) a Justiça Militar (para processar e julgar crimes militares definidos em lei), integrada pelos Juízes Militares (1º grau), Tribunais Militares e Superior Tribunal Militar (ambos de 2º grau).

### 2.1.2. Competências

As competências (vale dizer, os limites da jurisdição ou, por outras palavras, a delimitação do campo da atividade jurisdicio-

nal de cada um dos órgãos do Poder Judiciário) estão definidas, mencionadas ou referenciadas na própria Constituição Federal.

Como a estreitíssima limitação de tempo para a elaboração deste trabalho não permite aprofundar vários dos principais temas ligados à questão do Poder Judiciário, é preciso eliminar ao máximo quaisquer informações ou discussões que se possam considerar paralelas, excessivamente técnicas ou não-essenciais ao objetivo básico deste *paper*. Assim é que o tema das competências tem grande importância para entender-se o funcionamento interativo de todos os órgãos dessa estrutura organizacional, mas deve ser, para os fins deste trabalho, considerado excessivamente técnico.

Por isso, cabe tão-somente mencionar os dispositivos da Constituição Federal que estabelecem ou referenciam tais competências. São eles: arts. 102, 105, 108, 109, 114, 121, 124 e Parágrafo único, e §1º do art. 125.

### 2.1.3. Composição

A Constituição Federal define a composição (máxima e mínima) dos Tribunais Superiores e dos Regionais Federais, autoriza a legislação infraconstitucional (federal e estadual) a definir a mesma composição dos demais órgãos do Poder Judiciário e estabelece a designação dos cargos da Magistratura.

2.1.3.1. Desse modo, os membros de todos os Tribunais Superiores são denominados Ministros.

O Supremo Tribunal Federal – STF é composto de 11 (onze) Ministros (art. 101 CF). O Superior Tribunal de Justiça – STJ compõe-se de, no mínimo, 33 (trinta e três) Ministros (art. 104, CF), sendo, efetivamente, essa sua composição numérica atual. O Tribunal Superior do Trabalho – TST é integrado por 27 (vinte e sete) Ministros (art. III, § 1º, CF). O Tribunal Superior Eleitoral – TSE é composto, no mínimo, por 7 (sete) Ministros, sendo essa, efetivamente, sua composição numérica atual (art. 119, CF). O Superior Tribunal Militar – STM compõe-se de 15 (quinze) Ministros (art. 123, CF).

2.1.3.2. Os membros dos Tribunais Regionais Federais são denominados Juízes (desses Tribunais).

A Constituição Federal prevê a composição numérica de, no mínimo, 7 (sete) Juízes para cada um desses Tribunais (art. 107, CF). Todavia, sua composição efetiva atual é bem superior a esse limite mínimo.

Há 5 (cinco) Tribunais Regionais Federais, distribuídos nas cinco Regiões em que foi dividida a jurisdição federal no País. Quer dizer, a jurisdição federal é de âmbito federativo, porém regionalizada<sup>2</sup>, a saber:

*1ª Região*, com sede em Brasília, DF, abrangendo as Seções Judiciárias do próprio Distrito Federal e dos Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins. O TRF dessa Região é composto, hoje, de 18 (dezoito) Juízes;

*2ª Região*, com sede no Rio de Janeiro, RJ, abrangendo as Seções Judiciárias do próprio Estado do Rio de Janeiro e do Estado do Espírito Santo. O TRF dessa Região tem uma composição prevista em lei de 23 (vinte e três) cargos de Juízes, mas está, atualmente, com apenas 17 (dezessete) cargos preenchidos<sup>3</sup>;

*3ª Região*, com sede em São Paulo, SP, abrangendo as Seções Judiciárias do próprio Estado de São Paulo e do Estado do Mato Grosso do Sul. O TRF dessa Região tem 27 (vinte e sete) cargos previstos em lei e, hoje, 26 (vinte e seis) cargos providos<sup>4</sup>;

*4ª Região*, com sede em Porto Alegre, RS, abrangendo as Seções Judiciárias do próprio Estado do Rio Grande do Sul e dos Estados do Paraná e de Santa Catarina. O TRF dessa Região tem 23 (vinte e três) cargos previstos em lei e igual número de Juízes atualmente em exercício;

*5ª Região*, com sede em Recife, PE, abrangendo as Seções Judiciárias do próprio Estado de Pernambuco e dos Estados de Alagoas, Ceará, Paraíba, Rio Grande do Norte e Sergipe. O TRF dessa Região tem uma composição de 10 (dez) cargos de Juízes previs-

ta em lei, que se encontram totalmente providos nesta data.

2.1.3.3. A composição numérica dos demais órgãos do Poder Judiciário não é fixada na Constituição Federal, mas esta contém uma norma de competência para que o Supremo Tribunal Federal, os demais Tribunais Superiores e os Tribunais de Justiça proponham ao Poder Legislativo respectivo, entre outras medidas, a criação e a extinção de cargos e a fixação de vencimentos de seus membros, dos juízes, inclusive dos Tribunais inferiores, onde houver, dos serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados (cf. art.96, II, “b”, CF).

Nesse sentido, o número de Juízes Federais (assim chamados os magistrados do 1º grau da Justiça Federal), o de Juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho (Tribunais esses que estão instalados em todos os Estados da Federação e no DF), o dos Juízes do Trabalho e dos Juízes Classistas, esses últimos representantes, paritariamente, um dos empregados e outro dos empregadores (os três, sempre em conjunto, formam as Juntas de Conciliação e Julgamento), o de Desembargadores (assim chamados os membros dos Tribunais de Justiça, ou seja, os Tribunais de 2º grau de jurisdição dos Estados) e dos Juízes de Direito (assim denominados os Juízes Estaduais), repetindo, o número total de cargos desses magistrados é fixado por lei federal ou estadual, dependendo do caso, e não pela Constituição.

2.1.3.4. Tem-se trabalhado muito com certos números que vêm sendo bastante divulgados ultimamente. Considerando-se que o ingresso na via judicial se dá, na grande maioria dos casos, pela 1ª instância da Justiça Estadual (também chamada de Justiça Comum, porque é essa a jurisdição que conhece – vale dizer, processa e julga – as causas que dizem respeito a litígios entre as pessoas, físicas ou jurídicas, no âmbito do direito privado, que são as causas relativas a direitos de família, dos contratos e obrigações negociais, patrimonial e de bens em geral, de herança, etc., bem assim os delitos

praticados em face do direito criminal comum, e outras causas), tais números se referem a essa “porta de entrada” do Poder Judiciário, para, entre outras finalidades, medir a relação Juiz/número de habitantes.

Desse modo, com dados referentes a outubro/96, o Brasil tem, hoje, 5.895 Juízes Estaduais para um total de 7.779 cargos previstos em lei, estando a ocorrer uma vacância de 24,22%<sup>5</sup>. Logo, há praticamente ¼ de cargos vagos na Magistratura Estadual.

Dividindo-se o número total de cargos providos pelo número de habitantes do País (estimado, pela fonte, em 155.822.200 pessoas), tem-se o elevadíssimo percentual de 1 juiz para cada segmento de 26,4 mil habitantes<sup>6</sup> (elevadíssimo do ponto de vista quantitativo, conquanto de baixíssima grandeza numérica – seria possível uma (des)grandeza aritmética (?), mas pequeníssima como expressão utilitária). Comparativamente, teríamos diferentes números para essa mesma relação em outros países: na Alemanha, 1 juiz para um universo de 3.500 pessoas; na França, 1/5.600; nos Estados Unidos da América, 1/9.000; na Argentina, 1/17.000<sup>7</sup>.

Tais números, quanto ao caso brasileiro, à primeira vista, podem impressionar negativamente. Para este consultor, entretanto, esses números são menos significativos do que aparentam. É que, se analisarmos essa mesma relação juiz/habitante (ou, tecnicamente falando, juiz/jurisdicionado) em face, não do potencial de demandantes judiciais, mas do volume efetivo de demandas, a situação de outros países, revelada naqueles números, seria (se os números são corretos), proporcionalmente, até um pouco pior. É o caso dos Estados Unidos, onde o potencial de demanda é muito elevado e o respectivo volume, efetivamente, também o é. Afinal de contas, nos EUA, todo e qualquer tipo de problema controverso do dia-a-dia se resolve na “Corte”. Ora, se isso que se passa aqui nos EUA é um dado positivo em vários sentidos (mostra que há uma consciência plena de cidadania, uma confiança

popular na eficiência judicial do país, mostra que o acesso à Justiça é mais democratizado, ou, ao menos, mais freqüente, etc.), a relação 1 juiz/9.000 habitantes deve ser tão ou mais preocupante que a nossa, quase três vezes maior. Aliás, não dispomos agora de informação sobre a existência de claros nos cargos da magistratura norte-americana. Mas, se considerarmos a possibilidade de ocupação plena de todos os cargos atualmente previstos para a Magistratura Estadual brasileira, aquela relação cairia para 1 juiz/20.031 habitantes (o que passaria a representar pouco além do dobro da norte-americana). Não queremos desmerecer a importância de um dado que, afinal, revela, no caso brasileiro, quão distante a Justiça Comum está da grande massa de jurisdicionados. Trata-se de uma relação que mostra uma realidade perversa, tanto para a massa de jurisdicionados, quanto para os Juízes, que, potencialmente, têm essa quantidade brutal de demandantes sob sua responsabilidade.

*É nesse ponto (em que são convergentes os dois maiores déficits relacionados à atividade judicial no Brasil - O DE RECEBER E O DE DAR A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL com rapidez e eficiência) que reside grande parte da crise do Judiciário e da necessidade de sua reforma.*

Insistindo um pouco mais no aspecto referente à menor importância que este consultor atribui ao dado da relação juiz/número de habitantes acima mencionado, vale salientar que aquela média nacional (de 1/26,4 mil) se encontra entre dois extremos: no Estado do Maranhão, a relação é de 1/42 mil e, no Estado do Amapá, é de 1/9,3 mil. Nesse último caso, a relação é praticamente a mesma que a norte-americana, mas nem por isso poderíamos considerar a Justiça Estadual do Amapá tão eficiente quanto à dos Estados Unidos da América.

Por outro lado, insista-se em que, embora aqui se o considere um dado menos relevante, tal relação juiz/número de habitantes não deixa de ser significativa para mostrar uma situação realmente preocupante, tendo em vista que a população e a quanti-

dade de processos crescem em proporção muito superior ao aumento do número de Juízes. Esse quadro de crise só “não é catastrófico porque apenas 33% das pessoas envolvidas em algum tipo de conflito dirigem-se ao Judiciário em busca de uma solução para os seus problemas”<sup>8</sup>.

Esse último dado representa um forte indicador da crise do Judiciário, vista sob dois aspectos fundamentais; 1º) crise quanto ao acesso à Justiça no Brasil; 2º) crise quanto à confiança na eficiência do Judiciário.

Quanto ao primeiro aspecto, o dado estaria a revelar que 2/3 das pessoas já envolvidas em algum tipo de conflito interpessoal deixam de procurar o Judiciário. De fato, é uma quantidade muito grande de pessoas que se abstêm de exercer o direito de pedir a composição judicial de controvérsias. Isso se deve a diferentes possíveis fatores, entre os quais o custo financeiro de uma demanda judicial (insuportável para a grande maioria, incluindo, principalmente, as despesas com advogado) e o tempo decorrido entre o início e o término definitivo da demanda (normalmente muito longo). São dois fatores que inibem ou, efetivamente, restringem o acesso à Justiça. Nesse caso, os fatores restritivos ao acesso à Justiça fazem ressaltar as indesejáveis conseqüências sociais produzidas por uma máquina judiciária lenta, cara e, por isso mesmo, distante da (ou inacessível à) grande maioria dos cidadãos.

Quanto ao segundo aspecto, o dado estaria a revelar que aquele mesmo percentual de pessoas naquelas condições não confiam na eficiência do Judiciário, daí por que não o procuram como estrutura e mecanismo usual e tradicional para solução de controvérsias. Essa realidade, como não poderia deixar de ser, determinou o surgimento de vias alternativas (auxiliares ou substitutivas) para solução de conflitos. Apareceram, assim, em 1995, os Juizados Especiais e, em 1996, o sistema de Arbitragem. O primeiro, objetivando viabilizar o acesso generalizado à Justiça Comum. O segundo, tendo a ser a autoridade que as pessoas ricas

e as empresas venham a preferir para dar solução a litígios que a lei autorize que possam ser dirimidos por esse tipo de autoridade<sup>9</sup>.

Esses dois temas (Juizados Especiais e Arbitragem, especialmente o primeiro) voltarão a ser abordados neste texto. É bom ressaltar que essas duas vias alternativas, recentemente criadas e em processo de experimentação no Brasil, representam, de um lado, uma quebra do monopólio da jurisdição pelo Poder Judiciário (caso da Arbitragem) e, de outro, uma ruptura da concepção de justiça tradicional, essencialmente corretiva/condenatória, para a de uma justiça mais moderna, de cunho, primordialmente, conciliatório (caso dos Juizados Especiais).

Entretanto, “a tendência dominante na magistratura é a de recusar a difusão de vias paralelas ao aparelho judicial. O padrão de rejeição a esta proposição sugere que a expansão da malha institucional do Poder Judiciário constitui a melhor garantia para o efetivo exercício dos direitos democráticos”<sup>10</sup>.

Exatamente com base nessa percepção é que uma corrente expressivamente representativa da Magistratura brasileira entende que, qualquer que venha a ser o caminho escolhido para se efetuarem mudanças na estrutura do Poder Judiciário, um dos primeiros passos será o de promover uma necessária ampliação nos seus quadros.

Essa é uma avaliação correta desse aspecto do problema, vale dizer, na perspectiva do fortalecimento institucional do Poder Judiciário. E aqui voltamos àquela relação juiz/número de habitantes para insistir em que, se isso é um dado que serve para “denunciar” os pontos já ressaltados da crise do Judiciário, não serve, todavia, como marco referencial à quantificação, ou ao dimensionamento, de um novo tamanho da Magistratura brasileira. Por isso, este consultor lhe atribui menor relevância do que outros analistas o fazem. O que parece ser realmente um dado útil para aquele fim é a relação juiz/quantidade de processos, que poderá fornecer melhores elementos para avaliação daquele dimensionamento, no nível

ideal compatível com o movimento processual efetivo do 1º grau das Justiças Federal e Estadual, em que se localizam os principais pontos de estrangulamento da atividade judiciária.

2.1.3.4.1. Vejam-se, em primeiro lugar, alguns *dados relativos à situação na Justiça Estadual de 1ª instância (1º grau)*.

Começando pelo número de juízes (e repetindo dados já apresentados acima), para um total de 7.779 cargos previstos em lei, temos 5.895 juízes Estaduais em todo o País, havendo, portanto, cerca de ¼ de cargos vagos.

No período 1990-1996<sup>11</sup>, deram entrada na Justiça Estadual de 1ª instância 28.500.845 processos. Tomando-se por base aquele quantitativo de cargos ocupados e considerando-se, hipoteticamente, que todos os Juízes estivessem no exercício da judicatura, que a distribuição dos processos fosse igual por Juiz, por Estado, pela natureza da causa, etc., cada um deles teria recebido uma carga de 4.834 processos em 7 anos.

Por outro lado, foram julgados, no mesmo período, 20.621.163 processos, o que significa, dentro do mesmo parâmetro hipotético, que cada Juiz teria decidido 3.498 processos. A quantidade de processos julgados equivale a 72,3% dos que deram entrada.

O total de processos não julgados é, pois, de 7.879.682, com a média anual de 1.125.669 processos sem julgamento. *Esses números traduzem o déficit da prestação jurisdicional no âmbito da 1ª instância da Justiça Estadual*. Se todos esses processos tivessem natureza contenciosa (na verdade, o número de processos não-contenciosos é muito pequeno, quase insignificante, perto desse montante do estoque) e se fizéssemos corresponder um processo a cada jurisdicionado (pessoa física ou jurídica), aquele total equivaleria ao mesmo número de interessados (autores) que aguardam decisão judicial para suas causas. Ou seja, algo em torno de 27,6% de *jurisdicionados que procuram a Justiça Estadual estão com suas causas sem decisão judicial terminativa*, por algum

motivo. Calculados em relação ao referencial da população estimada (de 155.822.200 habitantes), esses 27,6% correspondem a exatos 5% dessa população.

Esses números já permitem concluir de antemão que a quantidade de Juízes em exercício na Justiça Estadual deve ser aumentada, no mínimo, em proporção equivalente àquela taxa de jurisdicionados cujos processos se encontram sem decisão. Como o montante de cargos não preenchidos, em face do quantitativo de cargos previstos em lei, corresponde a 24,22% (praticamente 1/4) e em números absolutos é de 1.884 cargos, para chegarmos aos 27,6% teríamos de acrescentar a esse montante mais 355 cargos, perfazendo um total de 8.135 cargos de Juiz de Direito (estadual). Isso seria o mínimo necessário para reduzir e, progressivamente, eliminar o estoque de processos não julgados. As condições básicas, porém, são as de que todos os cargos estejam preenchidos e de que todos os Juízes estejam no exercício efetivo da judicatura.

Evidentemente, essa projeção do tamanho ideal da Magistratura estadual, para atender suficientemente à demanda processual que se tem hoje, está baseada em cálculos muito elementares e sem o aprofundamento que o assunto requer. Mas serve ao menos para dar uma ligeira idéia, em termos numéricos, do que se deve objetivar quando se pensa no aumento dos quadros da Magistratura.

Os dados atuais revelam que cada Juiz Estadual, com a média de 4.834 processos recebidos em 7 anos, tem uma carga de 690 processos/ano. Dessa carga anual, ele julga, em média, 499,2 processos/ano, ficando sem julgamento 190,8 processos/ano. Note-se que esse déficit anual tem sido acumulativo, gerando hoje o estoque histórico de 1.336 processos não julgados, por Juiz, no período considerado.

Com o novo tamanho da Magistratura estadual aqui projetado (8.135 Juízes efetivos), considerando-se constante a massa de processos entrados, da ordem de 4.071.549

processos/ano, *cada Juiz passaria a ter uma carga anual média de 500,4 processos*, o que viabilizaria a eliminação total do déficit apontado (repare-se que, com o quantitativo atual da Magistratura, um Juiz julga 499,2 processos/ano, conforme demonstrado no parágrafo anterior). Considerando-se que a *Magistratura brasileira de 1º grau* trabalha entre 200 e 220 dias por ano (excluídos do calendário de dia úteis os fins-de-semana, os feriados normais, períodos de recesso forense e de férias), isso implicaria uma *agenda de julgamentos de 2,27 a 2,50 processos/dia*. Em princípio, essa não parece ser uma carga excessiva. Todavia, é preciso considerar que o julgamento de uma causa não é um ato mecânico e automático. Muito ao contrário, ele consiste numa atividade intelectual complexa, pois o julgamento, enquanto ato judicial formal, envolve a realização de uma sessão (audiência pública) específica, obriga ao exame prévio e acurado de todas as peças processuais (autos do processo) e exige, na grande maioria dos casos, a elaboração de sentença escrita. Nesse conjunto de atividades adjacentes e voltadas a cada julgamento, ainda aí não se esgota o trabalho diário do magistrado. Além disso, ele preside todas as audiências de instrução processual (especialmente aquelas em que há tomada de depoimentos das partes e das testemunhas), ele produz despachos ordinatórios em dezenas, às vezes centenas, de processos diariamente, etc. Portanto, aquela projetada agenda de julgamentos/dia (visando à eliminação de grandes déficits da prestação jurisdicional) pode parecer suportável, mas ainda assim poderá ser considerada, realisticamente, inviável. *Essa avaliação caberá às autoridades competentes dos Tribunais encarregadas de dimensionar o novo tamanho da Magistratura estadual*. É preciso salientar que o quantitativo, aqui projetado, do que seria a nova composição da Justiça Estadual de 1º grau (8.135 Juízes), *representa um número-limite*. Na realidade, a Justiça não pode trabalhar com uma “roupa apertada” dessas. É preciso levar em conta algu-

mas variáveis que determinarão um dimensionamento mais elástico para que se chegue ao tamanho verdadeiramente ideal dessa Magistratura. Está-se pensando aqui nas inúmeras hipóteses em que se dão casos concretos de afastamento temporário do exercício da judicatura, casos de aposentadoria, etc. Essas situações (não pouco frequentes) implicam sempre uma sobrecarga de trabalho para o contingente de Juízes que se mantêm na atividade, eventualmente acumulando outra jurisdição com a sua. Para tudo isso deverá haver o máximo de atenção na hora de se estimar o quantitativo ideal.

É óbvio que as coisas não se resolvem assim, de forma tão aritmeticamente simples. Não se pode esquecer que os problemas que afetam a Magistratura estadual de 1ª instância têm a dimensão territorial da Federação e, ao mesmo tempo, refletem as grandes discrepâncias inter-regionais de desenvolvimento. Isso significa advertir para o fato de que uma reforma da estrutura funcional da Magistratura das unidades federadas, certamente, pode ser feita com independência umas das outras, em observância ao princípio da autonomia federativa. Mas, para que seja dotada do grau de racionalidade desejável, com vistas a uma solução equilibrada e correta dos problemas identificados em nível nacional, ela deve ser realizada sob coordenação de uma entidade que, legitimamente, congregue e represente os interesses do Poder Judiciário de cada uma dessas unidades federadas. *Tal entidade poderia ser (a título de sugestão, desde já) o Colégio Permanente dos Presidentes dos Tribunais de Justiça.*

2.1.3.4.2. Agora, veja-se o que ocorre na *Justiça Federal de 1º grau*, com o mesmo enfoque da situação existente no plano estadual<sup>12</sup>.

Temos aí (dados de 1996), para um total de 733 cargos de Juiz Federal previstos em lei, 479 cargos ocupados, correspondendo estes a 65,3% daquele montante. Já no primeiro trimestre de 1997, o número de cargos providos elevou-se a 505, passando a equivaler a 68,8% do total. Aqui, cabe observar

uma primeira distinção com o que ocorre na Justiça Estadual. *Enquanto, nesta, o número de cargos vagos se situa um pouco abaixo de ¼ do total de cargos previstos em lei, na Justiça Federal o referido número se eleva a mais de 1/3.*

No período 1989-1996, foram 4.164.820 processos entrados naquela Justiça. Se esse montante tivesse sido distribuído, equanamente, pelos 479 Juízes Federais (quantitativo referente ao ano de 1996), ele teria correspondido à média de 8.694 processos distribuídos a cada Juiz, no período considerado (8 anos). Isso significa a incidência de uma carga média anual de 1.086 processos por Juiz. Comparativamente ao que se passa na Justiça Estadual, essa carga de processos do Juiz Federal é, em média, 36,5% superior à do Juiz de Direito (estadual).

De outra parte, no período considerado (89/96), foram julgados 2.458.781 processos, o que corresponde a 59% da quantidade de processos entrados no referido período. Observa-se aí que o percentual de processos julgados, em relação à quantidade de processos entrados, é mais baixo do que o verificado na Justiça Estadual. Isso significa, ainda, que a média anual de processos julgados, por Juiz Federal, é da ordem de 641 feitos (palavra sinônima do vocábulo “processos”). Em comparação com a *performance* verificada na Justiça Estadual, em que cada Juiz julga, em média, por ano (conforme visto), 72,3% dos processos a ele distribuídos, na Justiça Federal essa *performance* não seria tão eficiente, desse ponto de vista meramente quantitativo, ou estatístico. Há razões que podem explicar essa diferença tão grande (mais de 22%) de produção jurisdicional, ou judicante, digamos assim, da Justiça Estadual para a Federal. Tais razões, porém, não cabem ser mencionadas nos estreitos limites de um trabalho, que deveria corresponder a um amplo e profundo diagnóstico dos problemas que afetam atualmente o Poder Judiciário no Brasil, mas que, em função das restrições de prazo impostas, teve de ser reduzido a um texto quase simplesmente introdutório, ou de caráter preliminar.

Então, se cada Juiz Federal recebeu, em média, 1.086 processos/ano, no período 1989/1996, e julgou 641 processos/ano, o déficit, por Juiz, é de 445 processos/ano, que acumulados no período considerado (8 anos) somam um total de 3.560 processos. *Esse é o número que corresponde, na média, ao atual estoque histórico de processos sem julgamento, por Juiz Federal. O déficit da prestação jurisdicional é, pois, da ordem de 41%.*

Todos os critérios de cálculo e os argumentos, há pouco utilizados para a quantificação do novo tamanho da Magistratura dos Estados, aplicam-se à situação da Justiça Federal.

Ora, se hoje temos 733 cargos previstos em lei e o número (com que estamos trabalhando) de cargos preenchidos (479) equivale a 65,3%, isso quer dizer que já existe a margem de 34,7% para ser ocupada, faltando acrescentar o equivalente a 6,3% para que se alcancem os 41% mínimos necessários. Passaríamos a ter um quadro efetivo de 779 Juízes Federais. Mantido o atual volume de processos entrados por ano na Justiça Federal, cada Juiz passaria a ter 668 processos/ano e, assim, conseguir-se-ia reduzir significativamente o apontado déficit da prestação jurisdicional. Se quantificássemos a necessidade de ampliação da Magistratura Federal até o equivalente a mais 15,3% da quantidade de cargos previstos atualmente, chegaríamos a 845 cargos, quando a carga anual de processos cairia para 616 processos por Juiz. Se considerarmos constante a média atual de processos julgados/ano (de 641 por Juiz), teríamos assegurada a reversão total da tendência de déficit acumulado da prestação jurisdicional na Justiça Federal.

Enfim, todos esses são exercícios de quantificação cujo único objetivo é o de mostrar a necessidade de um redimensionamento dos quadros da carreira de Juiz Federal, assim como se fez antes em relação à Magistratura estadual, de modo a reduzir ou viabilizar a extinção dos déficits acumulados da prestação jurisdicional.

#### *2.1.4. Formas de ingresso na e de acesso à Magistratura*

2.1.4.1. O ingresso na carreira de Juiz se dá por meio de concurso público de provas e títulos, conforme determina a Constituição Federal, no seu art. 93, inciso I.

2.1.4.2. O acesso dos Magistrados de 1º grau aos Tribunais de 2º grau far-se-á pelos critérios de antigüidade e de merecimento, alternadamente, de acordo com o disposto no art. 93, inciso II, letras *c* e *d*, bem assim no inciso III do referido artigo.

2.1.4.3. Um quinto (1/5) dos lugares dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal será composto de membros do Ministério Público e de Advogados, indicados em lista aprovada pelos órgãos de representação das respectivas classes. A lista dos indicados (com 6 nomes) é encaminhada ao Tribunal correspondente, que, aprovando 3 deles, forma lista tríplice, assim submetida ao Chefe do Poder Executivo pertinente, o qual, dentro dos vinte dias subsequentes, escolhe um dos indicados e o nomeia. Essa é a forma de ingresso na Magistratura de 2º grau de pessoas que não são, originariamente, provenientes da carreira de Juiz, conforme definido no art. 94 e seu Parágrafo único da Constituição Federal.

2.1.4.4. A Justiça do Trabalho (cuja competência fundamental é a de conciliar e julgar litígios entre empregados e empregadores e outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho), em todas as instâncias, é peculiarmente integrada de Juízes do Trabalho e de Juízes Classistas temporários (representantes paritários dos empregados e empregadores). Esses representantes classistas, com mandato de 3 anos, são indicados em listas tríplices pelas diretorias das federações e dos sindicatos com base territorial na região correspondente, nomeados na forma prevista na Constituição Federal (art. 116, Parágrafo único).

No âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho, bem como no do Tribunal Superior

do Trabalho, além da participação dos representantes classistas, também os integrantes membros do Ministério Público do Trabalho e Advogados, indicados na forma do art. 94, referida no item 2.1.4.3 acima.

2.1.4.5. A Justiça Eleitoral (incumbida de dirimir controvérsias sobre matéria dessa natureza) é um setor especializado do Poder Judiciário brasileiro, mas não é integrada de membros com carreira própria. A maioria de seus integrantes provém dos quadros da própria Magistratura, servindo temporariamente a essa Justiça (por 2 anos e, excepcionalmente, nunca por mais de 2 biênios consecutivos). Os Tribunais Regionais Eleitorais e o Tribunal Superior Eleitoral são integrados também, respectivamente, por 2 Juízes e 2 Ministros temporários, nomeados pelo Presidente da República entre 6 Advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça (no caso dos Regionais) e pelo Supremo Tribunal Federal (no caso do TSE).

2.1.4.6. A Justiça Militar, a exemplo da Justiça do Trabalho, é especializada e permanente. A Constituição Federal apenas define a forma de ingresso no Superior Tribunal Militar, deixando à lei infraconstitucional a competência para dispor sobre a organização e o funcionamento dessa Justiça. O STM é integrado por 15 Ministros, sendo 3 dentre Oficiais-Generais da Marinha, 4 entre Oficiais-Generais do Exército, 3 entre Oficiais-Generais da Aeronáutica e 5 entre civis. Destes, 3 entre Advogados e 2 entre Juízes-Auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar. É o que estabelece o art. 123 da Constituição Federal.

#### 2.1.5. Prerrogativa Fundamental da Magistratura

A prerrogativa fundamental da Magistratura é a plena *independência* do Juiz no exercício de suas funções.

Essa prerrogativa é o que assegura a aplicação imparcial, isenta, corajosamente corretiva e sabiamente justa do Direito.

Sem essa independência, não existiria a própria jurisdição.

#### 2.1.6. Garantias Constitucionais da Magistratura

Para que ela (a independência do Juiz) se efetive concretamente e não venha a ser, política, econômica ou juridicamente, ameaçada por nada e por ninguém, a Constituição Federal estabelece que a Magistratura goza de certas *garantias*.

Tais garantias estão definidas de modo positivo (sob a forma de direitos básicos da Magistratura) e de modo negativo (sob a forma de proibições), de acordo com o disposto no art. 95 e seu Parágrafo único da Constituição Federal.

As garantias positivas (direitos) são as seguintes:

*vitaliciedade*, que consiste no exercício permanente do cargo (até a morte ou aposentadoria), insuscetível a perda por qualquer forma, salvo por sentença transitada em julgado (sentença definitiva, da qual não mais cabe recurso);

*inamovibilidade*, que consiste na impossibilidade de o Juiz ser removido de sua jurisdição sem o seu consentimento, ou ser colocado em disponibilidade (isto é, compulsoriamente afastado do exercício da magistratura ainda que sem a perda do cargo), ou ser aposentado involuntariamente. Entretanto, a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria compulsórias do Juiz podem ocorrer, por interesse público, desde que fundadas em decisão do correspondente Tribunal, pelo voto de 2/3 de seus membros, assegurada ampla defesa ao Magistrado;

*irredutibilidade de vencimentos*, que consiste na proteção da remuneração do Magistrado contra reduções impostas a qualquer título, que resultem na fragilização da própria independência do Juiz.

As garantias negativas (proibições) são as seguintes:

*de exercer outro cargo ou função*, ainda que em disponibilidade, salvo um cargo ou uma função de professor;

*de receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo* (a vedação, no caso, é de o Juiz receber dinheiro, a qualquer título, que provenha de ou se justifique como pagamento de despesas processuais, bem assim que envolva algum tipo de pagamento relacionado a honorários devidos em razão do processo);

*de dedicar-se a atividade político-partidária* (vedação que se refere à impossibilidade de o Magistrado ter filiação partidária, ou de ser militante político-partidário). Compreende-se a vedação, tendo em vista que, no Brasil, não há nada mais vulnerável à independência do Juiz do que sua vinculação a alguma corrente político-partidária.

### *2.1.7. Princípios constitucionais relativos à Magistratura*

Além das prerrogativas e das garantias constitucionais, a Magistratura obedece a *princípios* funcionais, também assegurados na Constituição Federal (art.93). Esses princípios formam a base do Estatuto da Magistratura, que é uma lei, prevista naquele dispositivo constitucional (art. 93), de iniciativa do Supremo Tribunal Federal. Em verdade, tal lei ainda é um projeto (Projeto de Lei Complementar nº 144, de 1992), que está tramitando na Câmara dos Deputados há 5 anos portanto, sem qualquer previsão de prazo para sua aprovação. Este consultor está informado de que a tramitação do referido Projeto de Lei se encontra paralisada, porque o Deputado-Relator da matéria estaria na expectativa de uma definição dos rumos da reforma do Judiciário, para que o Estatuto não viesse a ser aprovado anteriormente a tal reforma e, nesse caso, em eventual desarmonia com aqueles rumos. Tudo indica que, na ausência de uma concreta manifestação de interesse do Supremo Tribunal Federal para uma tramitação rápida da matéria, o Projeto de Lei continuará naquele compasso de espera ainda por bastante tempo.

Entre esses princípios (os quais incluem o de ingresso na carreira mediante concur-

so público, já referido acima, quando tratou-se do tema do ingresso na Magistratura), devem ser mencionados os seguintes:

*preparação e aperfeiçoamento de magistrados, por meio de cursos oficiais, como requisito para ingresso e promoção na carreira* (art. 93, inciso IV). Trata-se de um princípio constitucional que tende a induzir a uma cíclica atualização técnica e metodológica dos Magistrados. Sua implementação far-se-á pela já existente, ampla e bem sucedida rede de Escolas de Magistratura, em nível da Justiça Estadual e Federal. A propósito, veja-se o programa de aperfeiçoamento de recursos humanos, especificamente o Projeto Sistema de Ensino Judicial, dentro dos Projetos do Superior Tribunal de Justiça para a Justiça Federal, apresentado no item 4.2.1.2 abaixo;

*os vencimentos dos magistrados serão fixados com diferença não superior a 10% de uma para outra das categorias da carreira*. O limite é o valor dos vencimentos de Ministro do Supremo Tribunal Federal (art. 93, inciso V);

*a aposentadoria do Magistrado é com proventos integrais*, sendo sempre compulsória, por invalidez ou aos 70 anos de idade, e facultativa, aos 30 anos de serviço, após 5 anos de exercício efetivo na judicatura (art.93, inciso VI);

*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de sua nulidade*. Em circunstâncias excepcionais, a lei pode limitar a presença, em alguns atos judiciais, exclusivamente às partes e seus advogados, ou somente a estes, quando para isso houver interesse público exigível.

### *2.1.8. O Princípio da autonomia administrativa e financeira*

Os princípios acima elencados referem-se à Magistratura, considerada, porém, na perspectiva de sua menor unidade orgânica, que é o Juiz. Por outras palavras, são princípios inerentes à carreira e à própria atividade judicante.

Todavia, o princípio mais importante, que informa não a carreira em si, mas o pró-

prio Poder Judiciário brasileiro hoje, enquanto Poder Estatal, e toda a sua estrutura organizacional (e que se trata de uma novidade surgida com a Constituição de 1988) é o da *autonomia administrativa e financeira*, assegurada no art. 99 do texto constitucional.

Essa forma de autonomia, enquanto princípio constitucional, foi uma conquista obtida na atual Constituição, tanto para o Poder Judiciário, quanto para o Poder Legislativo. É que, sob a ordem constitucional anterior, esses dois Poderes só dispunham de um certo grau de autonomia administrativa. Em matéria financeira, eles eram totalmente dependentes do Poder Executivo. Inclusive, quando da elaboração e envio das propostas orçamentárias anuais, o Governo podia (ou fazia) confinar as dotações para aqueles Poderes ao limite resultante da dedução dos cortes que decidisse efetuar.

Hoje, para a Câmara dos Deputados e para o Senado Federal (Casas Legislativas que, quando funcionam reunidas, formam o Congresso Nacional), há normas constitucionais asseguradoras da autonomia administrativa e financeira de ambas e, portanto, do Poder Legislativo da União. São elas as disposições constantes dos arts. 51, inciso IV, e 52, inciso XIII, da Constituição Federal, ambas de igual teor normativo, nos seguintes termos:

“Compete privativamente... (à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal)... dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços e fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias”.

Nada mais correto, lógico e justo que o Poder incumbido de fazer e aprovar as leis possa dispor (palavra que significa, nesse contexto, a competência para estabelecer normas jurídicas) sobre toda a matéria prevista no dispositivo acima transcrito, de interesse interno do próprio Poder Legislativo. A “lei”, no caso, não é uma *lei ordinária* (expressão essa que designa a modalidade

mais comum, típica e abrangente de elaboração de norma jurídica do processo legislativo brasileiro), mas uma *resolução* ou um *decreto legislativo*, dependendo do assunto disciplinado. O que se quer chamar a atenção aqui é o fato de que, sob a égide da ordem constitucional anterior, a maior parte da matéria, agora de competência privativa das Casas do Congresso Nacional, era reservada à iniciativa exclusiva do Presidente da República. Isso significava que o Governo de então dispunha da prerrogativa de tomar a iniciativa, quando quisesse, e ao Congresso só cabia discutir e aprovar a matéria, que era – e continua sendo hoje – de seu próprio interesse institucional e funcional. Por exemplo, a fixação da remuneração dos cargos, empregos e funções de seus próprios serviços era matéria totalmente alheia à sua competência, na época, de iniciar e concluir, internamente, o respectivo processo legislativo, como ocorre atualmente.

No caso do Poder Judiciário, o princípio da autonomia administrativa e financeira está previsto de forma muito diferente e apresenta características distintas.

O mencionado art. 99 da Constituição Federal estabelece, tão-somente, que “ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira”. Ponto e pronto, não diz mais nada.

É necessário extrair o verdadeiro conteúdo jurídico dessa norma. Por outras palavras, a redação do dispositivo não permite que se conheça, de sua simples leitura, os limites dessa autonomia e do seu legítimo e possível exercício. Do ponto de vista eminentemente técnico, seguramente esse é um dos temas mais fascinantes e desafiadores ao intérprete da Constituição de 1988. E não se trata de elucubração de interesse apenas teórico. Há um enorme interesse prático na descoberta e na fixação do entendimento correto dessa norma. Interesse prático, por exemplo, de saber qual a verdadeira dimensão da autonomia do Poder Judiciário no inter-relacionamento com os demais Poderes e nas relações diretas que ele estabelece,

ou pode vir a estabelecer, com instituições, órgãos e entidades nacionais, estrangeiras, ou internacionais, públicas ou privadas.

2.1.8.1. *O princípio da autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário deve ser concebido como algo que realça a prerrogativa de independência desse Poder.*

O Ministro José Néri da SILVEIRA, membro do Supremo Tribunal Federal, é um dos juristas que mais – e melhor – se tem manifestado sobre o assunto. No I Fórum Nacional de Debates sobre o Poder Judiciário, realizado de 11 a 13 de junho de 1997, em Brasília, promovido pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Conselho da Justiça Federal<sup>13</sup>, o citado Ministro, tendo participado de um dos painéis, salientou que a autonomia administrativa não significa, apenas, o exercício de um conjunto de atribuições tipicamente administrativas. Ela significa, bem além disso, a outorga constitucional, ao Poder Judiciário, da competência para planejar e dispor a respeito de seus serviços, de sua organização e de seus interesses próprios. Disse mais, S. Exa., que essa autonomia não é dada a cada um e a todos os Tribunais do País, atomisticamente considerados. Ela é dada ao Poder Judiciário nacionalmente integrado num sistema orgânico<sup>14</sup>.

Esse eminente jurista e Ministro da mais Alta Corte de Justiça no Brasil, ao lembrar que o Supremo Tribunal Federal, em recentes decisões, conceituou o princípio da autonomia como sendo uma regra de *autogoverno do Poder Judiciário*, entende que tal princípio tem abrangência conceitual ainda maior. Diz ele:

“Cumprindo ao Judiciário, enquanto Poder Político do Estado, com exclusividade, a execução do serviço público de administração da Justiça, importa entender que a Constituição, ao lhe conferir autonomia administrativa e financeira, quis assegurar-lhe competência não só para pensar e planejar as estruturas mais convenientes, quais meios, à execução do fim, mas, também, para propor, quando a tanto

necessário, aos outros Poderes, as providências que considere indispensáveis, em ordem a dar-se prestação jurisdicional, de maneira mais eficiente e pronta, assegurando o acesso de todos à Justiça. Distintos os planos da atividade jurisdicional e da atividade administrativa, no âmbito do Judiciário, é certo que a hierarquia dos graus da atividade jurisdicional ‘nada mais traduz do que uma competência de derrogação e nunca uma competência de mando da instância superior sobre a inferior’, na lição dos processualistas, resguardando-se, desse modo, a independência jurídica e funcional dos magistrados e tribunais entre si. Não menos exato é, entretanto, que a atividade administrativa, no âmbito do Poder Judiciário, na medida em que se manifesta como atos de administração, há de conceber-se numa perspectiva diferente, tornando viável, inclusive, um amplo plano de aperfeiçoamento do Poder Judiciário brasileiro, em suas dimensões nacional e estadual. É neste ponto que a unidade do Poder Judiciário há de discutir-se, para que os mecanismos de sua atuação a proclamem, de maneira afirmativa, evitando-se que a pluralidade das autonomias o torne irreconhecível, sem uma fisionomia nacional, que o revele e o projete no concerto das instituições básicas da Nação. Essa unidade pressupõe um espírito comum, na Justiça da União e dos Estados, a informar a ação do Poder Judiciário, como um todo, modelada em valores marcantes de seu agir, que o identifiquem, perante a sociedade, em todos os recantos do imenso território nacional.”<sup>15</sup>

A linguagem elegante, polida e cautelosa do Ministro não esconde a mensagem objetiva de seu entendimento sobre o significado daquele princípio e de como o próprio Judiciário deve colocá-lo em prática. Os

pontos essenciais de seu entendimento seriam os seguintes: 1) que só ao Judiciário cabe pensar, planejar, executar e propor, aos outros Poderes (“quando a tanto necessário”), medidas que impliquem “prestação jurisdicional mais eficiente e pronta, assegurando o acesso de todos à Justiça”, ou seja, medidas que se inserem no âmbito do fortalecimento institucional e da modernização operacional do Judiciário, vale dizer, daquilo que atenderia aos objetivos primordiais de uma reforma desse Poder; 2) que a atividade administrativa no Judiciário deve ser vista, não apenas como a prática constante e permanente de atos de administração, mas, sobretudo, como projeto de aperfeiçoamento desse Poder, nos planos nacional e estadual; 3) que “a pluralidade das autonomias” ceda lugar à unidade do Poder Judiciário, de modo a prevalecer, no contexto das medidas reformistas ou reformadoras, “UM ESPÍRITO COMUM NA JUSTIÇA DA UNIÃO E DOS ESTADOS”, modelando uma fisionomia nacional desse Poder.

No texto mais recente<sup>16</sup>, o Ministro Néri da SILVEIRA é tachatativo quanto ao (seu) entendimento do qual resulta maior amplitude exegética do princípio da autonomia, agora claramente inter-relacionado à problemática da reforma do Judiciário: “Na concepção de projetos que mais convenham à administração da justiça ao povo, manifesta-se, por igual, essa autonomia, insuscetível de ser substituída por critérios ou planos outros do Poder Executivo. O que é do peculiar interesse do Poder Judiciário, diló-á, ele próprio, por intermédio de seus órgãos competentes, colimando as iniciativas indispensáveis junto aos outros Poderes”.

Igualmente nesse mesmo texto mais atualizado, o Ministro esclarece sobre o que seria um possível melhor caminho para chegar-se à necessária unidade institucional do Judiciário na “pluralidade de autonomias”. Diz ele: “Situado como instância de superposição, em relação a todas as jurisdições do País, em escala maior ou menor, no que concerne à atividade jurisdicional, justifica-se, também, participe (o Supremo Tribu-

nal Federal), de maneira valiosa, no debate dos problemas administrativos que respeitam à realidade judiciária da Nação e empreste seu concurso no encaminhamento, perante os fóruns mais altos dos outros Poderes, das soluções devidas, como órgão de cúpula do Judiciário. Essa participação do Supremo Tribunal Federal há de fazer-se mais efetiva, no exame conjunto com os demais órgãos do Poder Judiciário das questões que lhe forem pertinentes, ao ensejo do funcionamento do Conselho Nacional de Administração da Justiça, cuja criação está proposta no Projeto do Estatuto da Magistratura Nacional, em tramitação no Congresso Nacional, e elaborado com a contribuição dos Tribunais do País, onde terão voz e voto representantes de todos os ramos do Poder Judiciário”<sup>17</sup> (sobre o Estatuto da Magistratura e sua tramitação no Congresso Nacional, ver o item 2.1.7 acima).

2.1.8.2. Ressaltando a interpretação do Supremo Tribunal Federal dada ao art. 99, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, numa decisão proferida em sessão administrativa de 2 de agosto de 1989, o Ministro Antonio de Pádua RIBEIRO, do Superior Tribunal de Justiça, observa que, com tal decisão, “... a Suprema Corte sepultou embaraços opostos por órgãos do Executivo, encarregados da elaboração do projeto de lei orçamentária, que pretendiam interferir nas propostas encaminhadas pelos Tribunais competentes ao Presidente da República”. Dentro dessa linha de interpretação extensiva e maximamente ampliada do princípio da autonomia do Judiciário, o Professor da Universidade Federal de Minas Gerais e Juiz Federal aposentado, Sacha Calmon Navarro COELHO, quando examina o teor do § 2º do art. 99 da Constituição Federal, que trata da elaboração das propostas orçamentárias, dentro dos limites da Lei de Diretrizes Orçamentárias, afirma: “É meu entendimento que a proposta orçamentária do Judiciário, obedecida a LDO, não pode ser diminuída pelo Legislativo nem se submete à sanção ou veto do Presidente da República; caso

contrário inexistirá autonomia financeira, e, em corolário, autonomia administrativa e política. Se o Legislativo ou o Executivo puderem regrar as finanças do Judiciário não há falar em Autonomia nem em Independência”<sup>18</sup>.

2.1.8.3. Há vozes mais realistas (ou pessimistas), como, por exemplo, a do então Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Carlos Alberto Menezes DIREITO, que assim se manifesta: “Para que a autonomia do Poder Judiciário passe do discurso à realidade o único caminho possível, no quadro da prática brasileira da relação entre os poderes do estado, é a reserva constitucional de um percentual mínimo da receita, assegurando o mesmo percentual para os créditos suplementares e especiais. Com essa garantia constitucional da autonomia financeira, será factível pensar institucionalmente em investimentos maciços para a melhoria das condições materiais de funcionamento da justiça”<sup>19</sup>.

Com igual entendimento (manifestado por escrito ou não, antes ou após a publicação do texto acima transcrito), há um grande número de Magistrados incrédulos com a possibilidade de aplicação, digamos, mais autônoma ou independente, do princípio da autonomia do Judiciário pelo próprio Poder Judiciário.

2.1.8.4. Acontece que só ao Judiciário cabe impor a aplicabilidade da norma constitucional que assegura a autonomia. Esperar que os demais Poderes a reconheçam, espontaneamente, na extensão interpretativa correta, corresponderia a auto-recuo demasiado da linha demarcatória da independência do Judiciário no espaço estatal entre os Poderes. Não vindo a prevalecer a opinião e a forma de conduta institucional propugnada pelo Ministro Néri da Silveira, que, então, um dos tópicos da reforma do Judiciário seja uma alteração constitucional que explicita de forma inequívoca o verdadeiro alcance do princípio da autonomia administrativa e financeira. Porque, sem uma

autonomia que ampla e plenamente assegure a real independência do Judiciário como um dos poderes políticos do Estado, não haverá reforma capaz de fortalecer e modernizar a atividade judicial no Brasil, de modo a torná-la mais eficiente, como em geral se reclama.

## 2.2. *Funções essenciais à Justiça*

Para que se compreenda melhor o funcionamento do Poder Judiciário no Brasil e o próprio fenômeno estatal do judicialismo, é necessário saber em que consistem as Funções Essenciais à Justiça e os agentes que as executam.

Neste trabalho far-se-á uma pequena abordagem do assunto que, entretanto, está bem mais desenvolvido em outro texto deste consultor para o BID<sup>20</sup>.

A propósito, parece-nos conveniente reproduzir alguns poucos trechos do trabalho deste consultor, acima referido, intitulado “A Função das Procuradorias de Fazenda no Brasil: problemas e soluções”.

### 2.2.1. *Conceito*

“... a Constituição de 1988, além de estabelecer as atribuições privativas do Poder Judiciário, prevê, ainda,... Funções Essenciais à Justiça (arts. 127 a 135), *que não são desempenhadas pelo Poder Judiciário*.

“Como se sabe, *esse Poder não exerce a jurisdição por iniciativa própria. Ele age por provocação dos interessados*. Estes são as pessoas físicas e jurídicas, em geral, que submetem seus direitos e interesses ao pronunciamento judicial. A decisão dos juízes é dada nos limites do que *pedem* as partes. Portanto, o conflito de interesses – que é um dos requisitos para a existência de um processo judicial (relação jurídica processual) – se manifesta no conteúdo do que as partes, formalmente, expõem e pedem (em suas petições), contradizendo uma a outra, e que será resolvido pela decisão do Juiz, dizendo qual o direito aplicável ao caso concreto e qual das partes (autor ou réu) deve ter sua pretensão julgada procedente. *Pode-se compre-*

ender, então, que as Funções Essenciais à Justiça – como as denomina a Constituição... – se resumem àquele conjunto de atribuições, cuja prática (ou exercício, melhor dizendo aqui) e responsabilidade é dos interessados em geral e que consistem, principalmente, em atos processuais e forenses, objetivando PEDIR (ou, tecnicamente falando, POSTULAR) que o Poder Judiciário exerça sua função jurisdicional em face de uma concreta situação que envolva conflito de interesses, ou que envolva interesses, individuais e coletivos, que devem ser protegidos.

“Todavia, as partes não exercem essas atribuições de forma direta. A lei exige que elas (as partes) sejam representadas perante a Justiça, porque são atribuições técnicas, que precisam ser desempenhadas por profissionais habilitados e autorizados a isso. E quem tem habilitação e autorização profissionais é o advogado. Numa palavra, a advocacia, em sentido amplo, é a atividade profissional de postulação e defesa de direitos alheios, mediante representação.

“Dentro dessa perspectiva conceitual, a advocacia pode ser privada ou pública. Privada, quando a relação profissional entre o advogado e seu representado é estritamente particular e de natureza contratual. Já a advocacia pública consiste numa relação profissional estatal e de natureza legal, vale dizer: o Poder Público remunera o advogado que integra os seus quadros de servidores, de forma permanente, para que ele exerça a representação judicial dos direitos públicos e dos interesses do próprio Poder Público”<sup>21</sup> (grifos no original).

#### 2.2.2. Agentes que exercem as funções essenciais à Justiça

Convém prosseguir na transcrição de excertos do trabalho referido nas notas bibliográficas 20 e 21 acima.

“Nos termos da Constituição Federal, tais Funções Essenciais à Justiça são exercidas por 4 (quatro) grandes setores, a saber: O Ministério Público, a Advocacia-Geral da União, a Defensoria Pública e a Advocacia. Os três primeiros setores (agentes) constituem for-

mas institucionalizadas (publicamente organizadas) de advocacia pública. O outro, consiste na advocacia de caráter privado.

É bom frisar que as disposições da Constituição Federal relativas às mencionadas Funções se referem, precipuamente, ao âmbito de competência da União”<sup>22</sup> (grifos no original).

Em resumo, eis o perfil básico e o que faz, essencialmente, cada um desses agentes:

##### 2.2.2.1. O Ministério Público

“Trata-se de instituição definida, constitucionalmente, como sendo essencial à função jurisdicional do Estado. Isso significa que o Poder Judiciário, único responsável pelo exercício dessa função estatal (de dizer o direito aplicável no caso concreto, conforme já visto), não prescinde da participação do Ministério Público, como *coadjuvante essencial no desempenho dessa função*, sempre que a matéria *subjudice*, nos termos definidos em lei, assim o exigir.

As atribuições fundamentais do Ministério Público consistem na *defesa da ordem jurídica* (quando, para isso, *ele funciona nos processos judiciais como fiscal da lei*) e na *defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis* (quando, para isso, *ele age em nome e como representante da sociedade perante o próprio Estado*)”<sup>23</sup> (grifos no original).

Essas atribuições fundamentais se dobram no exercício das funções institucionais (essenciais à Justiça) do Ministério Público, que a própria Constituição estabelece, entre as quais vale destacar que é de sua competência privativa promover a ação penal pública.

##### 2.2.2.2. A Advocacia do Estado

No âmbito da União, a advocacia do estado é desempenhada pela Advocacia-Geral da União (AGU).

Cabe à AGU representar a União, judicial e extrajudicialmente, bem assim prestar consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo Federal. Isso significa, portanto, que à AGU cabe exercer a defesa judicial da União, como autora ou ré, pe-

rante Juízes e Tribunais (representação judicial), ou praticar e atuar (em) atos não-judiciais, em nome da União (representação extrajudicial).

No exercício dessa representação, *principalmente a judicial*, consiste a Função Essencial à Justiça, desempenhada pela AGU”.

### 2.2.2.3. A Advocacia e a Defensoria Pública

Vamos tratar aqui, em conjunto, desses dois outros agentes que exercem Funções Essenciais à Justiça, exatamente como o fizemos no já referido texto “A Função das Procuradorias de Fazenda no Brasil: problemas e soluções”, porque parece que a exposição, como lá se encontra, fica mais clara para os que não conhecem muito bem o sistema brasileiro de representação judicial, sobretudo se profissionais de áreas estranhas ao Direito. Igualmente, vamos reproduzir trechos daquele *paper*, como o fizemos acima.

“A Função Essencial à Justiça, desempenhada pelos *advogados*, de acordo com a Constituição, é a de serem eles *indispensáveis à administração da justiça*. Quer isto significar que a prestação jurisdicional (pelo Poder Judiciário) não ocorre sem a presença processual de advogado, que, legítima e *indispensavelmente*, postula o direito de quem ele representa. Por outras palavras, a *Advocacia é essencial à legitimidade e à validade do processo judicial*, que é (o processo) o veículo pelo qual se manifesta a prestação jurisdicional e é o instrumento com o qual se administra (isto é: ministra) a justiça.

“A advocacia no sentido acima exposto se exerce como *atividade*, embora indispensável e necessária, *tipicamente privada*. Assim, se é certo que qualquer pessoa, ao ingressar em Juízo para postular direitos, deve estar representada por advogado, também é certo que essa mesma pessoa tem toda a liberdade de escolher o seu advogado e contratar seus serviços numa relação contratual eminentemente privada.

“Quando os que necessitarem de prestação jurisdicional comprovarem insuficiência de recursos para contratar advogado, a Constituição assegura (art. 5º, inciso LXXIV) que o Estado (Poder Público) *prestará assistência jurídica integral e gratuita* a eles. Isto se deve, precisamente, ao imperativo constitucional vigente, segundo o qual a Advocacia (em sentido amplo, representação e postulação de direitos) é indispensável à administração da Justiça.

“Só que, no caso da advocacia gratuita oferecida pelo Estado, chama-se ela *Defensoria Pública*, definida pela Constituição como sendo uma *‘instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados’* (art. 134). Trata-se, portanto, da *advocacia como atividade pública* organizada, exclusivamente, para esse fim”<sup>24</sup> (grifos no original).

2.2.2.4 Para maiores informações sobre a organização, o funcionamento e as competências desses agentes, consulte-se, entre outras fontes, o já tantas vezes referido *paper* deste consultor sobre as Procuradorias de Fazenda no Brasil.

## III – Análise da situação atual

### 3.1. Considerações iniciais

A título destas considerações iniciais, vamos transcrever, ainda uma vez, parte do que se encontra naquele outro (antes referido) *paper* do consultor, feito para a Divisão Fiscal do Banco.

“No Brasil de hoje, após a Constituição de 1988 (chamada, na solenidade de sua promulgação, pelo Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, de ‘Constituição Cidadã’), fortaleceu-se o processo institucional de formação da consciência dos ‘direitos da cidadania’. Tais direitos abrangem um conjunto de prerrogativas jurídicas e respectivos instrumentos processuais de que as pessoas em geral podem desfrutar, pelo fato de estarem inseridas no contexto

das inúmeras relações de ordem social, econômica, de trabalho, de consumo, etc. De outra parte, a duradoura experiência de autoritarismo político no País motivou o atual aperfeiçoamento dos mecanismos institucionais e processuais de controle da constitucionalidade das normas jurídicas, bem assim da legalidade dos atos administrativos. Essa nova realidade contribuiu para o surgimento do hábito da intensa procura ao Judiciário e fez aumentar, enormemente, o trabalho dos Juízes e dos Tribunais.

Não apenas isso, mas, igualmente, o longo período de instabilidade econômica, acompanhado da conseqüente instabilidade jurídico-normativa, a qual determinou uma verdadeira corrida por demanda de direitos, várias vezes desrespeitados nesse período. Desrespeitados, porque o Poder Executivo legislava em profusão, nem sempre com a necessária cautela de observar os limites constitucionais relativos aos direitos e garantias individuais e coletivos. Resultado: constantemente violava tais direitos e garantias, ensejando que os prejudicados recorressem ao pronunciamento dos Juízes e Tribunais. Recorde-se que, nos últimos 10 anos, inúmeros planos econômicos foram adotados pelos sucessivos governos, caracterizando-se uma situação de conjuntura econômica extremamente curta, quando a legislação era constantemente alterada, gerando não raros conflitos entre normas legais e entre estas e a Constituição. Tudo isso desabou sobre o Judiciário. Para se ter uma idéia parcial, mas sintomática, desse volume de demandas, eis um dado: em recente pesquisa realizada junto a 600 (seiscentos) empresários no Brasil, 72% responderam que recorrem *regularmente* a serviços de advocacia litigiosa (cf. Bolívar LAMOUNIER, *As empresas e o Judiciário*, 30 out. 1996, p. A-3). Esse nível de demanda deve referir-se apenas a ações judiciais contra atos normativos do(s) Governo(s) que tenha(m), eventualmente, prejudicado direitos dessas empresas. Portanto, aí não deve estar sendo considerado o nível de demanda em razão

de inadimplências contratuais, no âmbito estrito das relações de direito privado”<sup>25</sup> (grifos no texto original deste consultor).

A realidade é que o Poder Judiciário não está adequadamente estruturado para atender ao crescimento, nesse nível gigantesco, da demanda por pronunciamento judicial em todos os seus graus. Vejam-se, a propósito, os números apresentados nos itens 2.1.3.4, 2.1.3.4.1 e 2.1.3.4.2 acima.

Com base naqueles números, pudemos verificar a ocorrência de um significativo déficit acumulado na prestação jurisdicional, em relação ao que formulamos um exercício aritmético em busca de ilustrar uma idéia para a solução do problema, pela via exclusiva da ocupação dos claros hoje existentes nos quadros da Magistratura de 1º grau (Federal e Estadual), além de termos projetado, de forma muito elementar, uma expansão desses mesmos quadros até um limite mínimo que permita a eliminação daquele déficit.

Mas, as deficiências organizacionais do Judiciário não se localizam só – e principalmente – na insuficiência quantitativa de sua superestrutura, senão que, em grande parte, na infra-estrutura burocrática dos serviços judiciários em geral, também extremamente carentes em todo o sentido, bem assim na desatualização dos recursos tecnológicos utilizados.

A situação atual desses serviços de apoio à atividade judicial – serviços esses que integram, no seu conjunto, a Administração Judiciária – deve constituir um capítulo à parte num amplo diagnóstico que venha a ser realizado sobre o assunto e está a merecer um estudo aprofundado dentro dos temas ligados à reforma do Judiciário. Outra vez é de lamentar-se o prazo exíguo de realização deste trabalho, quando essa questão poderia ser exaustivamente examinada.

No que concerne a esses dois problemas – insuficiências e deficiências, em geral, nos quadros de cargos da Magistratura e na Administração Judiciária –, cabe dizer que eles têm sido vistos como uma *primeira cau-*

sa do déficit da prestação jurisdicional e da lentidão no andamento do processo judicial.

“Uma segunda causa que costuma ser apontada... refere-se ao sistema processual brasileiro, o qual abrangeria ritos e procedimentos que propiciariam mais os decursos extensivos do processo do que os sumários (ou rápidos). Na verdade, o sistema processual brasileiro tem virtudes e defeitos como qualquer outro. Em termos de processo civil, nosso Código contempla dois tipos de procedimentos básicos: o ordinário (mais lento) e o sumaríssimo (mais rápido). Além disso, prevê a existência de tipos de processos especiais, como é o caso do processo de execução (de curso rápido) e do processo cautelar (onde se tem a possibilidade da medida provisória, que consiste numa providência adotada pelo Juiz, de caráter liminar e urgente, antes do julgamento da causa, quando houver o risco de grave lesão ao direito de quem a requerer). Logo, o nosso legislador processual procurou, teoricamente, abranger as situações que recomendam maior ou menor rapidez na discussão judicial da matéria, prevendo para os respectivos casos as variáveis processuais cabíveis. Na realidade, uma lei processual não é feita para atender à conveniência de rapidez que a parte nela (rapidez) interessada deseja. Uma lei processual é feita para que as partes litigantes tenham todas as oportunidades de alegar e provar suas versões da verdade e para que o julgador possa formar o seu juízo decisório com a segurança necessária de estar realizando o máximo de justiça de que seja capaz. Portanto, o sistema processual, em si e em princípio, não é a causa da lentidão do/no andamento do processo. No máximo, ele poderia ser encarado como uma espécie de concausa, quanto a dois aspectos, dentre alguns outros possíveis: um deles seria o esquema de recursos hoje adotado, que propicia reiterar o reexame de decisões na mesma instância, sobretudo nos Tribunais; o outro aspecto diria respeito à necessidade de maior limitação das hipóteses em que um processo pode

chegar até o Supremo Tribunal Federal por conta de a demanda envolver matéria constitucional. Logo, o nosso sistema precisa ser aperfeiçoado naquilo que interessa à obtenção de possível maior agilidade no processo...

“Alguns apontam os advogados, que conseguem, habilmente, extenuar a relação processual, como os responsáveis por essa lentidão. É outra idéia equivocada. Os advogados não são culpados, porque estão cumprindo o seu papel de esgotar todos os recursos judiciais cabíveis na defesa dos interesses dos seus clientes.

“Também o próprio Executivo é algumas vezes apresentado como um dos principais responsáveis pela crise do Poder Judiciário. Na edição de 3-12-96, o jornal O Estado de São Paulo revelou que ‘dos 154.176 processos distribuídos no Supremo Tribunal Federal (STF) entre janeiro de 1990 e novembro deste ano, 90,2% são resultado de recursos extraordinários e agravos apresentados pela União e pelo Instituto Nacional de Seguro (sic) Social – INSS. ‘Maior cliente’ do Supremo, o Executivo pode ser considerado um dos maiores responsáveis pela crise do Judiciário, segundo o presidente do STF... Tais processos chegam ao Supremo para atender a táticas protelatórias, afirma’”<sup>26</sup> (grifos no original deste consultor).

Essa crítica teria sido feita pelo então Presidente do STF, Ministro Sepúlveda Pertence, que, com sua reconhecida competência profissional e sólida formação intelectual, notabilizou sua gestão naquele órgão por iniciativas e esforços voltados ao fortalecimento do Poder Judiciário. No caso específico dessa crítica, pode até ocorrer que as providências protelatórias sejam uma das ‘táticas’ adotadas pelos advogados incumbidos da defesa da União. Entretanto, a legislação obriga que essa defesa esgote todos os meios e recursos processuais, sob o princípio de que o interesse público é indisponível, vale dizer: o advogado do Estado não pode, por seu exclusivo arbítrio, deixar de recorrer sempre que possível. Logo, o que se teria a mudar é a lei que estabelece essa obrigatoriedade.

Essas considerações iniciais têm o objetivo de mostrar, enfim, que são várias as possíveis causas do atual quadro de problemas que o Judiciário enfrenta. A rigor, todas elas, em alguma medida, têm sua parcela de responsabilidade nesse quadro.

### 3.2. Aspectos da “crise do Judiciário”

3.2.1. O que tem sido chamado de “crise do Judiciário” corresponde a um quadro de problemas, os quais poderiam ser divididos em algumas partes, todas “críticas”: crise de eficiência, crise de operatividade, crise político-institucional-e-interinstitucional, crise de identidade, etc.

Os sintomas principais dessa crise podem ser sinalizados nos pontos hoje considerados mais negativos da atividade judiciária, já mencionados antes. São eles: a lentidão no andamento do processo judicial; o déficit cumulativo da prestação jurisdicional em todos os níveis, principalmente no 1º grau; o acesso à Justiça mais restrito, mais desmotivado e mais desinteressado, por diferentes circunstâncias.

Quanto à lentidão no andamento do processo judicial, as razões costumeiramente apontadas estão relacionadas ao excessivo instrumental processualístico disponível, ao formalismo das práticas processuais e forenses, bem assim aos entraves inerentes à burocracia (administração) judiciária, à carência ou insuficiência de recursos humanos na atividade-fim (judicatura) e na atividade-meio (serviços judiciários).

Quanto ao déficit cumulativo da prestação jurisdicional, suas causas são atribuídas, basicamente, à crescente insuficiência do número de Juízes diante do crescente volume da demanda judicial. Os números antes apresentados e as situações a que eles correspondem (já analisadas também neste texto) são suficientemente ilustrativos desse déficit.

Quanto aos problemas de acesso à Justiça, eles se ligam à atual incapacidade do Poder Judiciário de dar respostas rápidas às controvérsias surgidas em todos os seg-

mentos da sociedade. *Na medida em que a justiça se torna um “bem” cada vez mais oneroso e, portanto, inacessível para grande parte da população, mais e mais a “questão do judiciário” se vai transformando também em “problema social”.* Na medida em que ela igualmente se torne um “bem” cuja entrega é a perder de vista, gera um enorme desinteresse por parte dos que podem arcar com seu custo financeiro, mas não conseguem suportar o custo de sua demora. Nesse caso, não se trata das conseqüências de um problema social, porém de perda de credibilidade.

Tudo isso significa que a crise do Poder Judiciário no Brasil, hoje, se manifesta nos inúmeros problemas que classificaríamos como sendo de ordem estrutural-institucional, estrutural-organizacional, operacional (incluindo recursos tecnológico-computacionais e recursos materiais em geral) e de recursos humanos.

Na absoluta insuficiência de tempo para um exame em profundidade de todos esses problemas, nas suas diferentes dimensões, vamos ao menos salientar aqui alguns enfoques crítico-analíticos, com o objetivo pragmático de apenas insinuar as grandes direções desses enfoques, que de qualquer maneira precisariam ser, eles próprios, também analisados e avaliados criticamente.

Vislumbramos e registramos – para fins deste *paper* – três principais direções dos enfoques crítico-analíticos. Dois desses enfoques têm origem *interna corporis*, sendo um deles bem menos autocrítico e mais comprometido com interesses da corporação judicante do que o outro. Nesse segundo enfoque crítico, também se enquadram os membros da Magistratura brasileira que estão atualmente agrupados em duas associações representativas de tendências heterodoxas, uma delas a Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, com a marca registrada de seu “direito alternativo”, e a Associação Juízes para a Democracia, surgida em São Paulo, em 1991<sup>27</sup>. A terceira direção de enfoque crítico a ser aqui registrada é de origem externa à magistratura, caracterizando-se, so-

bretudo e obviamente, por uma posição distanciada dos interesses da respectiva corporação.

3.2.2. Já citado em outra passagem deste trabalho, o atual Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Carlos Alberto de Menezes DIREITO, após assinalar que, particularmente na Justiça Estadual, ninguém hoje desconhece o atraso tecnológico da Justiça, em que se opera com uso limitado da informática, em instalações físicas precárias e incalculáveis deficiências de ordem material, situação essa que torna “pouco eficiente o funcionamento...” e “... impede a dignidade do processo judiciário, gerando uma promiscuidade insalubre, propícia a toda sorte de fatores, pela indigência da austeridade, que se impõe aos que têm de dirimir conflitos de interesses, sob o fogo cruzado das mais acesas controvérsias...”, afirma:

“O Judiciário não será melhor se não for melhor a organização nacional como um todo. A eficácia da prestação jurisdicional está ligada diretamente ao melhor padrão dos serviços essenciais ao bem estar da pessoa humana, assim o de polícia, o de educação, o de saúde, o de alimentação, o de habitação, e assim por diante. E, por sua vez, esse padrão mais qualificado só será alcançado pela reforma da organização nacional”<sup>28</sup>.

3.2.3. O “Projeto de Auto-Análise do Poder Judiciário”<sup>29</sup> que consubstancia pesquisa pioneira no Brasil, realizado, sob os auspícios do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com o objetivo principal de investigar “... a duração real dos processos judiciais, as proporções do fato de que existem processos demorados, as possíveis áreas de retardamento, suas manifestações e suas causas...”<sup>30</sup>, chegou às seguintes conclusões mais relevantes<sup>31</sup>:

1) “que os processos demoram, em geral, muito menos do que aponta a voz corrente. Não que eles tenham sido completados com a rapidez desejável e até prevista nas leis. De qualquer maneira, porém, o fato de que cer-

ca de 72% dos feitos sumaríssimos e 67% dos feitos ordinários receberam sentença em menos de um ano é indicativo desse fato”;

2) “no que tange à duração total dos feitos na Justiça estadual, constata-se que a maioria deles ficou no prazo de dois anos (61,1%) para os sumaríssimos e (63,5%) para os ordinários. O total apurado também parece apontar uma rapidez maior do que aquela geralmente afirmada, mas o de dois anos é seguramente longo para o normal processamento da maioria das ações. E curioso notar que o tempo médio da duração total dos processos sumaríssimos foi apenas 10% menor que o dos ordinários (705 contra 757 dias). A constatação acentua a observação de que o procedimento sumaríssimo foi ineficaz, nas condições em que foi aplicado, para acelerar o julgamento das ações”;

3) “das deficiências materiais e de recursos humanos do Judiciário do Estado resulta, certamente, como principal fator, o retardamento dos feitos judiciais”;

4) “os dados levantados apontam... *praxis* tradicionais como causa da lentidão de alguns atos. Essas... práticas não estão previstas na lei processual, vilão habitual das declarações de observadores com pouco domínio da realidade. Na pesquisa, em verdade, não se verificou influência negativa das normas do Código de Processo Civil quanto à demora dos processos”;

5) “a ‘cobrança de preparos’...” – esclareça-se que a palavra *preparos*, aí empregada, significa pagamentos a título de custas judiciais – “... antecipada em várias dessas oportunidades, além de irregular, é causadora da lentidão (essa é uma das *praxis*...)”;

6) entre os “pontos de estrangulamento”, as conclusões indicam, em primeiro lugar, a “... excessiva demora no cumprimento do mandato citatório em mais de metade dos procedimentos ordinários e quase metade dos procedimentos sumaríssimos...”. Em segundo lugar, o muito longo prazo na apresentação dos laudos periciais. A leitura dos dados levantados aponta outros desses ‘estrangulamentos’, como o adiamento de audiências de instrução e jul-

gamento (em 166 ou 19,8% dos procedimentos sumaríssimos e 54 ou 11,9% para os ordinários). Uma grande parte desses adiamentos decorre de pedido das partes ou de seus advogados, ou ainda, da falta de citações e intimações. Os pedidos de adiamento, aliás, são freqüentemente tentativas de acordo, mascarando uma causa de lentidão não imputável ao aparelho judicial. Aliás, coisa parecida ocorre no momento da citação, quando o autor da ação susta, muitas das vezes, a diligência. *Isso mostra que para a chamada morosidade da Justiça contribui, em grande parte, a inércia das partes ou seus advogados ou interesses dos próprios litigantes que, amiúde, não desejam celeridade*” [todos os grifos são deste texto].

3.2.4. A Associação dos Juízes Federais – AJUFE manifestou-se, recentemente, em editorial de seu Boletim Informativo<sup>32</sup>, sobre várias questões que envolvem o atual momento de crise do Judiciário. Eis alguns trechos do editorial:

“O Judiciário tem sofrido críticas, algumas infundadas, com o único intuito de desprestigiar-lo, assim como ao complexo universo do serviço público, e outras, corretas, a apontar as suas deficiências, sobejamente reconhecidas e que merecem a atenção e colaboração do Governo, da sociedade civil e do próprio Judiciário para a sanção das mesmas, com vistas à implementação de uma célere e eficiente prestação jurisdicional”.

“... aspecto importante a afetar, negativamente, a nossa Justiça é o fato de que as *verbas destinadas ao Judiciário* vêm sendo reduzidas, consideravelmente”.

“... na fixação das despesas no Orçamento Geral da União, de 1995, à Câmara dos Deputados foi reservado 0,1585% e ao Senado Federal 0,2081%, o que totalizou 0,3666%. Entretanto, à Justiça Federal, de todo o Brasil, foi destinado 0,2899%, portanto menos recursos do que ao Congresso Nacional (sic). O Poder Judiciário

brasileiro, como um todo, recebeu destinação de verba da ordem de 1%”.

3.2.5. Em trabalho recém-publicado, em que examina quatro dos principais pontos dos debates atuais sobre a reforma do Judiciário (a independência judicial, o controle do Judiciário, a legitimação da jurisdição, a politização e responsabilidade do juiz), Luiz Flávio GOMES, Juiz de Direito no Estado de São Paulo<sup>33</sup>, entre as conclusões que apresenta, formula as duas últimas nos seguintes termos<sup>34</sup>:

“...A Magistratura brasileira, técnico-burocrática, distancia-se do sistema constitucional e democrático contemporâneo na sua forma positivista-legalista de atuação (simples *bouche de la loi*), na inexistência de um órgão nacional de controle, assim como no não-enfrentamento definitivo de suas mazelas tradicionais (morosidade, corporativismo, falta de transparência interna e externa, focos de nepotismo, dificuldade de acesso à jurisdição, composição do STF, etc.) ou novas (ineficácia dos mecanismos de controle das ‘lacunas’ legislativas, falta de estímulo ao aprimoramento técnico-cultural do juiz, etc.);

... A Magistratura brasileira, caso o Projeto de Reforma do Judiciário em curso na Câmara dos Deputados venha a ser aprovado como está, experimentará o maior retrocesso de sua História, desconsiderando-se os eclipses autoritários, porque nele se contempla o controle ‘externo’ do Judiciário, as súmulas vinculantes, a advocatária e o incidente de constitucionalidade *per saltam* (ou *by pass*). Como se tudo isso representasse pouco, ainda se relativiza a vitaliciedade, transformando-a em mera estabilidade”.

3.2.6. O Ministro Celso de MELLO, do Supremo Tribunal Federal, atualmente no exercício da Presidência dessa Corte Suprema, tem externado suas opiniões sobre todas as questões que hoje envolvem o Judiciário brasileiro, propugnando por uma ampla discussão dessas questões, com submissão ao crivo de um intrachoque decorrente do livre exercício da autocrítica no âmbito

da judicatura nacional, e sempre por uma discussão aberta às críticas. Muitas dessas opiniões do Ministro Celso de MELLO podem ser consideradas como estando na contramão da corrente de pensamento hoje preva- lecente na Magistratura do País. Na abertura do já mencionado I Fórum de Debates do Poder Judiciário, realizado em junho deste ano, em Brasília, no Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, o Presidente do STF teve ocasião de manifestar-se sobre vários temas polêmicos e assim o fez quanto a dois deles (*à questão do controle externo e à da sú- mula vinculante*)<sup>35</sup>, aqui destacados:

“... a Magistratura não pode anular-se como poder político e nem deixar-se subjugar pelos que pretendem impor-lhe o vínculo da dominação institucional... Impõe-se, portanto, discutir a questão da fiscalização externa. Ainda que para rejeitá-la, com fundamento em suposta transgressão às cláusulas pétreas. Ou, então, para aperfeiçoá-la. O que não tem sentido é excluir, por antecipação, o exame dessa proposta, como se a Magistratura fosse uma instância de poder imune a críticas, infensa a erros ou insuscetível de desvios ou abusos...”

“Dentro desse contexto, torna-se necessário discutir a questão da súmula vinculante. Trata-se de proposta formulada com o justo objetivo de superar a crise de funcionalidade que afeta, de maneira irracional, o aparelho judiciário, congestionado pela multiplicidade de ações e de decisões judiciais divergentes.

“Entendo, no entanto – e sempre com o máximo respeito à posição dignamente sustentada por aqueles que pensam em sentido oposto –, que a reforma do Poder Judiciário, embora essencial e indispensável, não pode conduzir à criação de mecanismos que busquem, a partir de formulações interpretativas subordinantes, fixadas por órgãos que se situam na cúpula da estrutura judiciária, imobilizar o poder inovador da jurisprudência, gerando, a partir de verdadeira hermenêutica de submissão, uma grave interdição ao direito de o magistrado refletir de

maneira crítica e de decidir em regime de liberdade segundo convicções fundadas em exegese criteriosa do sistema normativo e com observância responsável dos limites fixados pelo ordenamento positivo...”

“Entendo que a súmula – enquanto método de trabalho e instrumento veiculador de mera proposição jurídica, destituída de caráter prescritivo e normativo – deve ser valorizada processualmente, para que, dela, possam ser extraídas diversas conseqüências de ordem formal, sem, contudo, jamais inibir a livre atividade jurisdicional dos demais juízes e tribunais...”

3.2.7. Cármem Lúcia Antunes ROCHA, Professora Titular de Direito Constitucional da PUC/MG e Membro da Comissão de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, vê assim a questão da “súmula vinculante” no contexto da problemática do Judiciário brasileiro: “A ‘crise do Poder Judiciário’ tem muito pouco de atual. E a ninguém é dado pensar que ela começa e termina no ‘excesso de serviço judicial’, conquanto esse seja um ponto de inegável problema para a eficiente prestação da jurisdição.

“A adoção de ‘súmula vinculante’ rompe a tradição constitucional republicana brasileira, princípios constitucionais atuais brasileiros, tolhe direitos dos cidadãos, compromete o princípio da legitimidade democrática e o princípio da separação de poderes, segundo o modelo adotado na Lei Fundamental da República, afronta o princípio da independência do juiz, sem o qual o direito fundamental à jurisdição vê-se restringido e não é dado como certo para a correção de rumos na eficiente e tempestiva prestação jurisdicional que é buscada”<sup>36</sup>.

3.2.8. Um destacado sociólogo do direito e jusfilósofo brasileiro da atualidade, o Professor José Eduardo FARIA<sup>37</sup>, tem amiúde manifestado sua opinião sobre os grandes problemas que afetam o Judiciário. Seu pensamento se caracteriza por um elevado rigor científico e, evidentemente, por um total distanciamento da visão *interna corporis* da-

queles problemas. Vamos destacar passagens de dois diferentes textos, dos mais recentes, do referido Professor.

“Entre o paradigma normativista... e as estruturas organizacionais do Judiciário, há... uma interação sistêmica. Como é possível mudar de paradigma sem uma alteração paralela nas anacrônicas engrenagens burocrático-administrativas dos tribunais? De modo inverso, como é possível modernizar tais engrenagens sem, ao mesmo tempo, reformar-se radicalmente a mentalidade da magistratura o que pressupõe um novo paradigma jurídico? A verdade é que, de um ponto de vista estritamente sociológico, tanto o paradigma normativista quanto a organização judicial por ele influenciada já tiveram sua época; ou seja eles se constituíram em resposta aos problemas e desafios típicos do Estado liberal e das sociedades estabilizadas, dotadas de uma efetiva unidade cultural... e, por conseguinte, de concepções relativamente depuradas de direito, justiça e equidade. Nelas, o mercado competitivo funciona como mecanismo de integração, os contratos são a forma institucional básica de formalização das relações sociais, a produção legislativa do estado se expressa essencialmente sob a forma de normas de conduta e, graças a um efetivo equilíbrio dos poderes, o Judiciário pode agir como uma instituição neutra, imparcial e acima de tudo reativa, ou seja, apenas quando devidamente provocado, levado – como *tertius super partes* – a dirimir litígios concretos entre partes claramente definidas e com objetos muito bem delimitados (uma obrigação contratual, uma separação, um crime etc). No entanto, serão esse paradigma e essa organização judicial eficazes em sociedades fracamente integradas, com enormes desníveis culturais, estigmatizadas pelos mais diversos ‘dualismos estruturais’ e sujeitas a regimes de participação fortemente discriminativos? Sociedades que não podem ser vistas, interpretadas ou explicitadas como uma simples soma de indivíduos, portanto regulável como uma soma de contratos?”<sup>38</sup>.

Em outro texto, (*O Judiciário após a globalização*)<sup>39</sup> o referido Professor da Universidade de São Paulo faz algumas importantes ponderações que, se, por um lado, podem causar perplexidades ante a perspectiva absolutamente inusitada e pouco pensável pelos que se têm debruçado sobre o assunto, por outro, são indiscutivelmente instigantes em face de algumas nítidas percepções da realidade dos dias atuais. Eis as passagens que selecionamos, com a preocupação de manter um fio condutor lógico do contexto das ponderações ali feitas:

“... *Por causa das pressões centrífugas da desterritorialização da produção e da transnacionalização dos mercados, o Judiciário, ao menos sob a forma de uma estrutura fortemente hierarquizada, operativamente fechada, orientada por uma lógica legal-racional e obrigada a uma rígida e linear submissão à lei, tornou-se um poder com os dias contados...*

... Quanto maior a velocidade desse processo – de globalização – mais o Judiciário passa a ser atravessado pelas justiças inerentes quer aos espaços infra-estatais (os locais, por exemplo) quer aos espaços supra-estatais. Os espaços infra-estatais estão sendo crescentemente polarizados por formas ‘inoficiais’ ou não-oficiais de resolução dos conflitos (como usos, costumes, diferentes estratégias, arbitragens privadas ou mesmo guetos inexpugnáveis controlados pelo crime organizado). Já os espaços supra-estatais têm sido polarizados pelos mais diversos organismos multilaterais (Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional, Organização Mundial do Comércio etc.), por conglomerados empresariais e por organizações não-governamentais...

... O tempo do processo judicial é o tempo diferido. O tempo da economia globalizada é real, isto é, o tempo da simultaneidade ... Não é por acaso que as corporações empresariais e financeiras transnacionais fogem deliberadamente dos burocratizados e ineptos tribunais e do direito positivo por eles aplicado. Uma fuga em três dimensões

complementares: primeiramente, tendem a acatar seletivamente as distintas legislações nacionais, optando por concentrar seus investimentos apenas nos países onde elas lhes são mais favoráveis; em segundo lugar tendem a se valer de instâncias alternativas especializadas, seja no âmbito governamental, sob a forma de autoridades administrativas independentes com poder de decisão, com prerrogativas de regulação, controle e fiscalização e com capacidade técnica tanto para apreciar litígios quanto para aplicar sanções, seja no âmbito privado, por meio de mediações e arbitragens; e, por fim, tendem a acabar criando, elas próprias, as regras de que necessitam e a estabelecer mecanismos de auto-resolução dos conflitos...

... O monopólio adjudicatório do Judiciário hoje é desafiado pela expansão de direitos paralelos ao oficial. São direitos autônomos, com regras e procedimentos próprios, entreabrindo a coexistência – por vezes sincrônica, por vezes conflitante – de diferentes normatividades; mais precisamente, de um pluralismo jurídico de natureza infra-estatal ou supra-estatal...

... Atualmente, a resolução de mais de 80% dos conflitos mercantis no âmbito da economia globalizada é feita por mediações e arbitragens privadas. Nos Estados Unidos, a *American Arbitration Association*, uma entidade privada, conta com 57 mil árbitros inscritos em 35 filiais. Sediada na França, a *Chambre Internationale du Commerce*, igualmente privada, coordena mais de 750 arbitragens em 30 diferentes países, envolvendo partes de 90 nacionalidades.

Diante da crescente autonomia dos diferentes setores da vida social propiciada pelo fenômeno da globalização, com suas racionalidades específicas e muitas vezes incompatíveis entre si levando à ampliação dos sistemas auto-organizados e auto-regulados, o Judiciário foi levado a uma crise de identidade. Por um lado, o Estado do qual faz parte, ao promulgar leis, cada vez mais tem de levar em conta o contexto internacio-

nal para saber o que pode realmente regular e quais de suas normas serão efetivamente respeitadas. Por outro lado, o Judiciário e os demais poderes do estado também já não podem mais almejar disciplinar sociedades complexas por meio de seus instrumentos, categorias e procedimentos jurídicos tradicionais. Daí as polêmicas estratégias de deslegalização e desconstitucionalização hoje adotadas no mundo inteiro, paralelamente aos programas de privatização dos monopólios públicos e à substituição dos mecanismos estatais de seguridade social por seguros privados, ampliando o pluralismo de ordens normativas...

... A desregulamentação ao nível do Estado significa, desta maneira, a reregulamentação e a relegalização ao nível da sociedade – mais precisamente, ao nível das organizações privadas capazes de oferecer empregos, impor comportamentos etc.

Contribuindo assim para acelerar a crise de identidade do Judiciário, o direito positivo que ele aplica encontra-se com sua estrutura lógico-formal quase inteiramente erodida... , o que provoca a ruptura da unidade conceitual da cultura legal (com inspiração eminentemente privatística) da magistratura...

... Esse cenário conduz ao desaparecimento do Judiciário? Obviamente que não..., tendo (o Poder Judiciário) pela frente três importantes áreas de atuação. A primeira delas diz respeito às conseqüências da globalização. Como ela é um fenômeno perverso, aprofundando a exclusão social à medida que os ganhos de produtividade são obtidos às custas da degradação salarial, da informatização da produção e do subsequente fechamento de postos de trabalho, a simbiose entre marginalidade econômica e marginalidade social torna o Estado responsável pela preservação da ordem, da segurança e da disciplina. Com a globalização, em outras palavras, os ‘excluídos’ do sistema econômico perdem progressivamente as condições materiais para exercer seus direitos fundamentais, mas nem por isso são dis-

pensados das obrigações e deveres estabelecidos pela legislação. Com suas prescrições normativas, o Estado os integra ao sistema jurídico basicamente em suas feições marginais – isto é, como devedores, invasores, transgressores, réus, condenados etc. Diante da ampliação da desigualdade, dos bolsões de miséria, da criminalidade e da propensão à desobediência coletiva, cabe assim ao Estado – e, dentro dele, ao Judiciário – funções eminentemente punitivo-repressivas... Uma segunda área diz respeito às conseqüências do desequilíbrio dos poderes provocado inicialmente pela expansão do Estado intervencionista e, mais tarde, pela relativização de sua soberania, com o advento da globalização... Seja por causa do conflito de competências entre os poderes, seja por causa da resistência de determinados setores da sociedade à revogação dos direitos fundamentais e sociais pelos processos de deslegalização e desconstitucionalização, o fato é que, quanto mais cambiante é esse cenário, mais o Judiciário é levado ao centro das discussões políticas e mais tem de assumir papéis inéditos de gestor de conflitos – fenômeno esse hoje conhecido como ‘tribunalização da política’ e considerado altamente disfuncional na economia globalizada, em cujo âmbito os protagonistas concentram decisões de investimento em países sem tribunais congestionados, com ritos processuais simples e baixo potencial de intervenção... A terceira área de atuação diz respeito aos problemas tradicionais de justiça ‘corretiva’ ou ‘retributiva’. Foi para manter sua jurisdição sobre eles que, nos últimos tempos, o Judiciário optou por se transformar organizacionalmente, procurando informatizar-se e ‘desoficializar-se’ por meio de juizados de negociação e conciliação para os litígios de massa, abundantes e rotineiros, com pequeno valor material e já suficientemente ‘jurisprudencializados’. Embora tenham a aparência de uma justiça de 2ª classe para cidadãos de 2ª classe, não se pode, é evidente, subestimar a contribuição desses juizados

para viabilizar o acesso de contingentes expressivos da população aos tribunais...

... Acionado pelos ‘excluídos’ para dirimir conflitos que afetam o processo de apropriação das riquezas e dos benefícios sociais, mas desprezado e ignorado pelos setores ‘incluídos’ na economia transnacionalizada, que têm suas próprias normas, ritos e justiças, o Judiciário, desde o advento da globalização, vive um dilema de feições pirandellianas: é um poder em busca não de um autor, mas de espaços mais nítidos de atuação, de uma identidade funcional e de maior legitimidade política... A... grande dúvida é saber se a corporação terá humildade e sensibilidade para extrair lições... , optando por reciclar, modernizar e adaptar à nova realidade uma cultura técnico-profissional assentada em princípios e postulados tornados anacrônicos pelo fenômeno da globalização”<sup>40</sup>.

### 3.3. A “reforma do Judiciário”

#### 3.3.1. Reforma estrutural e reforma operativa

Assim como a expressão “crise do Judiciário” foi empregada anteriormente entre aspas, neste texto, aquilo que se vem chamando de “reforma do Judiciário” também está sendo aqui grafado assim (entre aspas), em ambos os casos por idêntico motivo, isto é, pelo fato de ser necessário, sobre uma coisa ou outra, saber de que crise ou de que reforma se está falando.

Conforme foi visto acima, a crise do Judiciário brasileiro pode ser considerada de vários ângulos. Igualmente, sobre o que se convencionou chamar de “Reforma do Judiciário”, há que saber em qual “reforma” se está pensando, porque ela passa, necessariamente, por alteração de normas constitucionais sobre organização e competência dos órgãos do Poder Judiciário; por modificações da legislação infraconstitucional sobre matéria processual, de organização judiciária, de administração judiciária, etc.; passa também, simplesmente, por decisões

administrativas, em todos os setores, embaçadas na legislação já existente; e passa por um contínuo processo de mudanças na cultura funcional e organizacional de todo o aparelho judiciário.

Portanto, uma reforma dessa natureza, com um espectro tão grande de temas e providências, não pode consistir num “pacote” fechado e amarrado de medidas. Ao contrário, ela deve ser encarada como ação continuada e permanente, voltada às necessárias adaptações conjunturais que a mutante realidade sócio-econômico-político-cultural exige, em velocidade cada vez maior.

Vista dessa maneira, pode-se dizer que parte da reforma do Judiciário brasileiro (considerada muito importante) já vem sendo realizada, há algum tempo. Apresentam-se como exemplo mudanças na legislação processual, várias já aprovadas e adotadas<sup>41</sup>, visando à maior racionalização, celeridade e eficiência da atividade judicial como um todo.

Mas, evidentemente, há muito ainda por fazer, inclusive aquilo que se tem por mais importante, que é uma Reforma do Judiciário no plano constitucional.

Pode-se pensar, então, *grosso modo* e numa visão meramente esquemática, em dois tipos de reforma. Uma *reforma estrutural* do Judiciário, que se funda em mudanças no desenho institucional e atributivo desse Poder, dependente, portanto, de alteração constitucional, e outra, que chamaríamos de *reforma operativa* do Judiciário, destinada a implementar avanços, não dependentes de qualquer mudança de ordem constitucional, já concretizados na legislação, alguns já adotados na experiência judiciária brasileira recente e outros cuja adoção está sendo projetada para dentro em breve.

A reforma estrutural é uma reforma técnica, do ponto de vista constitucional, mas é, essencialmente, uma reforma política do ponto de vista institucional. Os atores que nela interferem são membros do próprio Poder Judiciário e dos demais Poderes, sobretudo do Legislativo, pois este é o que de-

tém a competência e a legitimidade para proceder à reforma da Constituição (o chamado poder constituinte derivado). Logo, essa reforma é totalmente imune à atuação de agentes externos e só interessará, enquanto dado fático, quando definitivamente aprovada, promulgada e em vigor. Por ora, é somente uma idéia em construção.

Diga-se, de passagem, que o Poder Judiciário brasileiro, embora se ressinta hoje de aperfeiçoamento institucional, é reconhecido como de estrutura modelar. Eis como a ele se refere o Professor argentino Eugênio Raul ZAFFARONI: “... em comparação com os demais modelos judiciários latino-americanos, a estrutura brasileira aparece como a mais avançada de toda a região e praticamente a única que não corresponde ao modelo empírico-primitivo do resto. Trata-se da verdadeira estrutura tecnoburocrática da nossa região”<sup>42</sup>.

A reforma operativa, esta sim, como experiência palpável de avanços concretizados ou em vias de concretização, apresenta interesse imediato de apoio ao seu fortalecimento e à sua consolidação.

### 3.3.2. Visão geral da reforma estrutural

#### 3.3.2.1. Propostas legislativas de reforma constitucional referente ao Poder Judiciário

A reforma acima chamada de estrutural, conquanto ainda esteja sendo debatida, conceitualmente, nos diferentes fóruns que por ela sejam responsáveis ou que por ela se interessam, é objeto de várias propostas de emenda constitucional<sup>43</sup> *em tramitação* (andamento do processo legislativo) *no Congresso Nacional*.

É preciso mencionar as *principais* dessas propostas, ainda que seja impossível analisá-las neste texto, em virtude da reiteradamente falada escassez de tempo. Diga-se, num parêntese, que todas as propostas dessa natureza são de iniciativa de Parlamentares (Deputados ou Senadores).

3.3.2.1.1. A primeira e mais ampla delas é a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 96, apresentada em 30 de abril de 1992. Tal Proposta “introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário”, praticamente alterando todo o capítulo da Constituição Federal que trata desse Poder.

A essa Proposta foi apensada (anexada) a PEC nº 112, apresentada em 31 de maio de 1995. Esta “institui o sistema de controle do Poder Judiciário”.

Essas duas Propostas de Emenda Constitucional estão tramitando apensadas, porque ambas dispõem sobre uma questão extremamente delicada, que é a do chamado “controle externo” do Judiciário, ou seja, propõem a criação de um sistema de controle da atividade judicial por pessoas que não a exercem, vale dizer, estranhas aos quadros da Magistratura. Somente sobre esse tema (controle externo) já se avolumam muitas opiniões publicadas, de Juízes ou não, umas contrárias, outras favoráveis.

O Relator dessas duas Propostas, na Comissão Especial sobre Reforma do Judiciário da Câmara dos Deputados, é o Deputado Jairo Carneiro, que em 8-8-96 deu parecer favorável a elas, na forma de Substitutivo (texto normativo do Relator, que substitui o texto normativo original do(s) autor(es) da(s) Proposta(s)). Isso significa que, daí por diante, o que se discutir e votar sobre a matéria será em relação a esse Substitutivo (que se tornou conhecido como Substitutivo Jairo Carneiro).

3.3.2.1.2. Além dessas duas, que são as mais destacadas de todas, há dezenas de outras PECs sobre o Poder Judiciário em tramitação no Congresso Nacional, que todavia tratam de pontos muito específicos. Feita uma seleção das que se pode considerar mais importantes, eis a sua relação na ordem numérica que corresponde à seqüência das mais antigas para as mais recentes, abrangendo o período 1995-1997:

– PEC nº 0054, de 1995 (origem no Senado Federal), que propõe nova redação ao § 2º do art. 102 da Constituição Federal, de-

terminando que “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, após sumuladas, produzirão eficácia contra todos e *efeito vinculante* relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo” (grifado nesta transcrição). Trata-se de proposta legislativa exclusiva sobre o chamado “efeito vinculante”, que foi aprovada recentemente no Senado Federal e seguirá agora para apreciação pela Câmara dos Deputados;

– PEC nº 0092, de 1995 (origem na Câmara dos Deputados), que “dá nova redação ao art. 101 da Constituição Federal”. Essa PEC propõe um novo sistema de escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal;

– PEC nº 0127, de 1995 (origem na Câmara dos Deputados), que “dá nova redação ao inciso VI do artigo 93 da Constituição Federal”, propondo a elevação da idade limite para aposentadoria compulsória dos Magistrados, de 70 para 75 anos. A essa PEC foi anexada a de nº 215, de 1995 (também de origem na Câmara dos Deputados), que, igualmente, “dá nova redação ao inciso VI do artigo 93 da Constituição Federal”, propondo, entretanto, não a elevação da tal idade limite, mas que se reduza, em 5 anos, o limite atual da aposentadoria facultativa (de 30 anos) para o magistrado, se mulher, acompanhando, assim, distinção semelhante existente nos regimes do servidor público e dos empregados em geral;

– PEC nº 0131, de 1995 (origem na Câmara dos Deputados), que altera a redação de vários dispositivos do capítulo referente ao Poder Judiciário. Trata-se de uma Proposta bastante ampla à qual foi apensada a de nº 0393, de 1996 (também de origem na Câmara dos Deputados), que acrescenta dois incisos ao artigo 93 da Constituição, nesse caso estabelecendo penalidade de perda do cargo para o Magistrado que tiver mais de 5% de suas sentenças proferidas em um ano civil reformadas por instância superior, por interesse público, aplicando-se tal penalidade aos Tribunais, quando o Relator não tiver seu voto acolhido pelo colegiado ou

órgão superior. Essas duas PECs foram apreciadas pelo Relator na Comissão de Constituição e Justiça, que opinou por sua *inadmissibilidade*. Esclareça-se que o processo legislativo brasileiro, que é estabelecido pela própria Constituição Federal e pelos Regimentos Internos das duas Casas do Congresso ou pelo Regimento Comum (abrangendo ambas as Casas Legislativas, quando se trata de matéria de competência do Congresso Nacional), prevê que uma PEC, antes de ser apreciada no mérito, seja julgada pela observância dos pressupostos constitucionais que ela deve cumprir, para ser *admitida* como válida e apta a prosseguir na tramitação legislativa normal. Nesses dois casos, o Relator opinou pela inadmissibilidade de ambas. Todavia, este consultor não tem notícia de que tal parecer do Relator já tenha sido votado e, conseqüentemente, aprovado ou rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. Por isso, as duas PECs estão sendo aqui mencionadas.

Mas, a PEC nº 0188, de 1995 (origem na Câmara dos Deputados), que propõe a alteração de vários dispositivos do capítulo relativo ao Poder Judiciário, também pensada à PEC nº 131/95, teve sua admissibilidade aceita pelo mesmo Relator.

– PEC nº 0200, de 1995 (origem na Câmara dos Deputados), que “acrescenta alínea ao inciso I do artigo 105 da Constituição Federal e parágrafos ao mesmo artigo”. Essa Proposta amplia a competência do Superior Tribunal de Justiça, prevendo a criação da ação direta de ilegalidade e ato normativo do Poder Executivo, a ser processada e julgada pelo STJ.

– PEC nº 0204, de 1995 (origem na Câmara dos Deputados), que altera quatro artigos do capítulo da Constituição dedicado ao Poder Judiciário, propondo substanciais modificações na estrutura e organização da Justiça Eleitoral, especializando-a institucionalmente.

A PEC nº 0224, de 1995 (origem na Câmara dos Deputados), propõe algo muito semelhante ao pretendido com a PEC ante-

rior (0204/95). Ambas as Propostas se encontram em fase muito inicial de tramitação e – talvez por isso – ainda não foi requerido o pensamento desta àquela. Mas, outra PEC, a de nº 0439, de 1996, que trata de proposição relativa à Justiça Eleitoral, visando a alterar sua composição, assim como, no mesmo sentido, a PEC nº 0448, de 1997, ambas já se encontram tramitando apensadas à PEC nº 0224/95. Com idêntico objetivo de alterar composição e critérios de escolha de Magistrados da Justiça Eleitoral, a PEC nº 0468, de 1997, ainda não está, todavia, pensada à PEC nº 0224/95.

– PEC nº 0293, de 1995 (origem na Câmara dos Deputados), que altera a redação de artigos da Constituição “... para excluir a representação classista nos Tribunais do Trabalho”. Sobre a representação classista na Justiça do Trabalho, ver as considerações constantes do item 2.1.4.4 acima.

– PEC nº 0332, de 1996 (origem na Câmara dos Deputados), que “altera a redação do artigo 124 da Constituição Federal”, estabelecendo que, “em tempo de paz, a Justiça Militar será competente apenas para julgar e processar os integrantes das Forças Armadas e assemelhados que praticarem crimes militares definidos em lei”. Sobre a Justiça Militar, no Brasil, ver o item 2.1.4.6 acima.

– PEC nº 0346, de 1996 (origem na Câmara dos Deputados), que modifica vários artigos da Constituição, visando a dar nova organização à Justiça do Trabalho, sem prever, entretanto, a eliminação da representação classista.

A PEC nº 0410, de 1996 (origem na Câmara dos Deputados), propõe também uma reformulação constitucional ampla da Justiça do Trabalho, sem tampouco eliminar a representação classista. Essa PEC está tramitando já pensada à PEC nº 0346/96, acima referida.

– PEC nº 0335, de 1996 (origem na Câmara dos Deputados), que “inclui inciso no artigo 93 e revoga o § 2º do artigo 120 da Constituição Federal”. A Proposta objetiva determinar a participação dos juízes de 1º

grau na escolha dos titulares dos cargos de direção dos Tribunais de 2º grau.

A PEC nº 0356, de 1996 (origem na Câmara dos Deputados), também dispõe sobre eleição dos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados pelo voto direto e secreto dos Magistrados. Por envolver, em parte, matéria objeto da PEC anterior, deverão ambas tramitar em conjunto, quando vier a ser aprovado requerimento nesse sentido.

– PEC nº 0358, de 1996 (origem na Câmara dos Deputados), que “suprime o inciso III do parágrafo único do artigo 95 da Constituição Federal, permitindo aos magistrados dedicação à atividade político-partidária”. Sobre a atual vedação constitucional para o exercício de tal atividade pelos Magistrados, ver o último parágrafo do item 2.1.6 acima.

#### 3.3.2.2. *Anteprojetos para reforma do Judiciário*

Vários são os fóruns em que se debate, atualmente, a Reforma do Judiciário. Há, digamos assim, os fóruns oficiais, que são aqueles em que as decisões sobre a matéria estão sendo tomadas, e há os fóruns que representam os segmentos da sociedade civil organizada mais interessados no assunto.

Nesse caso, está, por exemplo, a Ordem dos Advogados do Brasil, entidade representativa dessa categoria profissional. Por intermédio do seu Conselho Federal, a OAB encaminhou, muito recentemente, ao Congresso Nacional texto elaborado por Comissão de Conselheiros, a título de sugestão e contribuição, contendo o esboço de uma proposta de emenda constitucional relativa ao capítulo sobre o Poder Judiciário<sup>44</sup>.

Eventual e teoricamente, outras entidades poderiam também apresentar suas sugestões, mas não é do nosso conhecimento atual que o tenham feito.

#### 3.3.2.3. *Outras sugestões e contribuições*

Alguns juristas, Magistrados ou não, têm oferecido sua contribuição, algumas delas publicadas.

É o caso do conhecido Advogado Saulo Ramos, que já foi Ministro de Estado da Justiça. Ele esboça diretrizes gerais para uma Reforma do Poder Judiciário, sem apresentar, porém, um texto articulado do ponto de vista normativo.

Também é o caso de José Renato Nalini, Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. Sua proposta está articulada, normativamente, e comentada<sup>45</sup>.

#### 3.3.2.4. *Projetos de lei relativos à reforma do Poder Judiciário*

Além das mudanças realizadas na legislação processual (já em vigor), conforme referidas no item 3.3.1 acima (ver também nota 41 de rodapé) e que fazem parte do conjunto de medidas que se inserem no conceito amplo de Reforma (estrutural) do Judiciário, há outras iniciativas no plano normativo com as quais se pretende implementar aperfeiçoamentos nos sistemas processual e judiciário. Vamos citar duas das mais importantes que se encontram em tramitação no Congresso Nacional.

3.3.2.4.1. Em primeiro lugar, o Projeto de Lei Complementar nº 144, de 1992, que “*dispõe sobre o Estatuto da Magistratura Nacional*”. A Constituição Federal de 1988, no art. 93, *caput*, já a prevê, como sendo de iniciativa do Supremo Tribunal Federal. Após 4 anos dessa previsão constitucional, foi apresentado o referido Projeto na Câmara dos Deputados (Casa do Congresso Nacional por onde se inicia o processo legislativo de iniciativa da própria Câmara ou de iniciativa não-congressual). Hoje, decorridos 5 anos de sua apresentação (ao todo são quase 10 anos de demora para que se atenda ao mandamento constitucional), o Projeto está paralisado na Câmara dos Deputados (ver, a propósito, comentários no item 2.1.7 e no último parágrafo do item 2.1.8.1, ambos deste texto). Pelo visto, ainda se terá muito que esperar por essa lei, cujo conteúdo apresenta significação atual para alguns rumos da Reforma do Judiciário e que deveria ser analisada com certa

profundidade neste trabalho, não fora o percalço do curto prazo .

3.3.2.4.2. O segundo texto normativo importante, em tramitação no Congresso Nacional, é o Projeto de Lei nº 2.960, de 1997, de iniciativa do Poder Executivo, “que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”. Essa proposição legislativa é muito recente, mas, se houver interesse do Poder Executivo na urgência de sua tramitação, esta terá curso rápido. A matéria é relevante, do ponto de vista processual relativo àqueles dois tipos de ação no âmbito de competência do Supremo Tribunal Federal. Como no caso anterior, o assunto mereceria um aprofundamento analítico aqui, que lamentavelmente não pode ser feito.

### 3.3.3. *Visão geral da reforma operativa: a Arbitragem e os Juizados Especiais*

3.3.3.1. Adotado o conceito daquilo que denominamos neste texto “reforma operativa”, chegamos agora a questões mais objetivas relacionadas à Reforma do Judiciário, que se referem a providências ou medidas inovadoras, as quais já se encontram prontas ou, ao menos, iniciadas.

Antes de tudo, cabe ressaltar que o Poder Judiciário, no Brasil, detém o monopólio da função jurisdicional, exercida com base na concepção, digamos, corretivo-condenatória das clássicas dimensões de justiça comutativa/contributiva/distributiva. Esse monopólio, num certo sentido, foi quebrado e/ou atenuado, recentemente, com a adoção de dois sistemas de resolução de conflitos não-tradicionais, vale dizer, não-judiciários: a *Arbitragem* e os *Juizados Especiais*.

#### 3.3.3.2. *Arbitragem*

Instituída pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, o sistema de arbitragem no Brasil é um mecanismo de resolução de conflitos facultado a todas as “pessoas capa-

zes de contratar”, restrito aos “litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (conforme o art. 1º da referida Lei).

Característica desse sistema é que as partes interessadas escolhem livremente se a arbitragem será baseada em normas jurídicas ou em princípios de equidade. Se naquelas, as partes ainda podem escolher as que venham a ser aplicadas. Se naqueles, as partes podem convencionar que a arbitragem adote princípios gerais de direito, usos e costumes e/ou regras internacionais de comércio (cf. art. 2º da referida Lei). Note-se que essa liberdade plena de as partes escolherem a fonte jurídica aplicável à solução do conflito (o que equivaleria a alguém dizer ao juiz de direito qual o sistema normativo que ele deseja que se aplique ao seu caso) é algo totalmente onírico na tradição do pensamento jurídico e do ordenamento processual brasileiros. Por isso mesmo, tem havido a resistência mencionada no item 2.1.3.4 acima, referenciada à respectiva nota de rodapé nº 10.

Na impossibilidade de se analisar detalhadamente a Lei nº 9.307/96, convém, todavia, chamar a atenção para dois outros aspectos do sistema de arbitragem brasileiro, que se relacionam diretamente a questões fundamentais da reforma do Judiciário. O primeiro ponto refere-se à natureza e a características da decisão arbitral, que é, nomeadamente, de acordo com a citada Lei, uma *sentença*. Esta “será proferida no prazo estipulado pelas partes”, o qual, na falta de estipulação, será de 6 meses, prorrogável de comum acordo entre as partes e os árbitros (cf. art. 23. e seu Parágrafo único da Lei nº 9.307/96). Ora, se essa limitação temporal pudesse existir na *praxis* judiciária, alguns problemas ligados à morosidade processual seriam, ou poderiam ser, minimizados. Mas esse tipo de estipulação é impen-sável no sistema jurídico tradicional.

O segundo ponto prende-se aos efeitos da sentença arbitral. Dispõe o art. 31 da referida Lei que “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos ór-

gãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”. Aí está um dos pontos dessa Lei que melhor demonstram a afirmação que fizemos antes sobre quebra de grande parte do monopólio do exercício da função judicial pelo Poder Judiciário, com a adoção da arbitragem.

Esse conjunto de normas completamente heterodoxas no contexto do tradicional ordenamento jurídico brasileiro permite que se entenda melhor algumas observações do Professor José Eduardo FARIA, no último período da transcrição feita acima, referenciada à nota de rodapé nº 40.

### 3.3.3.3. Os Juizados Especiais

O art. 98, inciso I, da Constituição Federal dispõe:

“A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

Nos termos desse dispositivo constitucional, observe-se, de início, que os Juizados Especiais não estão previstos para atuarem no âmbito da Justiça Federal.

Também é de observar-se que tais órgãos são integrados por juízes togados (de carreira) e juízes leigos (advogados não integrantes da magistratura togada), o que constitui uma novidade na Justiça Comum de 1º grau, embora no sistema judicial brasileiro já se encontre o exemplo da Justiça do Trabalho que é de composição mista desde o 1º grau.

Outra observação é que os Juizados Especiais são órgãos judicantes cuja missão (ou objetivo) primordial é conciliar, isto é, acatar e homologar o acordo entre as partes, e não julgar, no sentido de exclusiva aplica-

ção da lei ao caso concreto submetido à jurisdição (tradicional).

3.3.3.4. Assim, surgiu a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que “dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais...”.

Não será possível aqui, por absoluta falta de tempo, analisar esta Lei, mas é preciso resumir as linhas gerais da estrutura desses Juizados, a fim de descrever suas características principais, *sendo que o que importa, fundamentalmente, sobre o assunto, neste trabalho, é apresentar os resultados obtidos com a experiência dos Juizados que já estejam funcionando, em nível federativo, nesse período de aproximadamente um ano e meio de sua implantação nos Estados.*

3.3.3.4.1. A característica básica do processo no âmbito dos Juizados Especiais é a de que ele se orienta pelos “critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade...”, *buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação* (art. 2º, no caso dos Juizados Especiais Cíveis), ou, ainda, *objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade* (art. 62, para os Juizados Especiais Criminais). Destaque-se que, desses critérios, os mais peculiares ao processo nos Juizados são os da *informalidade* (isso significa a não-formalidade, atípica no processo judicial comum) e o da *celeridade*.

A título de disposições finais comuns, a Lei nº 9.099/95 determina que os Estados estabelecerão o Sistema de Juizados Especiais Cíveis e Criminais, sua organização, composição e competência (art. 93) e que criarão e instalarão os referidos Juizados *no prazo de 6 meses a contar do início da vigência da citada Lei.*

Os serviços de cartório (isto é, de secretaria dos Juizados) poderão ser prestados e as audiências (sessões públicas) realizadas fora da sede da Comarca (nome que se dá aos limites territoriais de cada jurisdição) em bairros ou cidades que pertençam à Comarca, *ocupando instalações de prédios públicos*, de acordo com avisos previamente feitos (art. 94).

Chama a atenção, aqui, o caráter de urgência com que a Lei determinou a criação e

a instalação dos Juizados Especiais, para funcionarem, de qualquer forma, mesmo em instalações de prédios públicos estranhos aos do Poder Judiciário.

3.3.3.4.2. *Os Juizados Especiais Cíveis apresentam as seguintes características essenciais:*

– são competentes para a conciliação, processo e julgamento de *causas cíveis de menor complexidade* assim consideradas, entre outras, aquelas cujo valor não exceda a 40 vezes o valor do salário mínimo (art. 3º, I), excluídas as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, as relativas a acidentes de trabalho e outras (art. 3º, § 3º);

– os Juizados Especiais Cíveis são integrados de Juízes togados, Conciliadores e Juízes leigos (ver item 3.3.3.3 acima), sendo que os Conciliadores são recrutados, preferentemente, entre os advogados e os leigos, sempre entre advogados com mais de 5 anos de experiência (art. 7º);

– nas causas de valor até 20 salários mínimos, as partes não precisam ser assistidas (acompanhadas profissionalmente) por advogado. Acima desse valor, a assistência advocatícia é obrigatória (art. 9º). Não havendo necessidade de acompanhamento profissional por advogado, o custo do serviço judiciário prestado se reduz significativamente, podendo ser nenhum nos casos permitidos;

– os atos processuais serão públicos e poderão realizar-se em horário noturno (art. 12). Apenas os atos considerados essenciais serão registrados, resumidamente, em notas manuscritas, datilografadas, etc., podendo os demais atos ser gravados em fita magnética ou equivalente, que será inutilizada após a decisão tornada definitiva (art. 13, § 3º). O processo instaurar-se-á com a apresentação do pedido, escrito ou oral, à Secretaria do Juizado (art. 14, *caput*). No processo civil tradicional não se admite, em regra, a formulação oral do pedido que o instaura;

– todos os meios de prova moralmente legítimos, ainda que não previstos em lei, podem ser utilizados para provar a veracidade dos fatos alegados pelas partes (art. 32);

– da sentença, salvo a homologatória de conciliação ou laudo arbitral, caberá recurso para o próprio Juizado (art. 41, *caput*);

– o acesso ao Juizado Especial não depende, em 1º grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas (art. 54, *caput*). A sentença de 1º grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, exceto nos casos em que a demanda tenha sido instaurada por má-fé (art. 55, *caput*);

– a conciliação, que é, como visto, uma fase indispensável e preliminar do processo nos Juizados, poderá ser estendida a outras causas não abrangidas por essa Lei, conforme o estabelecido pelas normas de organização judiciária local (estadual) (art. 58). Isso revela a importância que o legislador passou a imprimir à fase de conciliação, no processo judicial, certamente buscando introduzir um novo mecanismo que contribua para o desafogo da atividade judicial típica. Aliás, na legislação processual brasileira “... o instituto da conciliação não se constitui em novidade, tendo em vista o seu disciplinamento nos arts. 447 e seguintes do Código de Processo Civil, porém foi inovado quanto ao momento processual em que deve ser proposta a conciliação - art. 331 do CPC ... A nova redação dada ao art. 331 do CPC tem o sentido de valorizar a *conciliação*, incentivando-se, paulatinamente, a adoção de novas formas de solução dos conflitos...”<sup>46</sup>.

3.3.3.4.3. *Os Juizados Especiais Criminais apresentam as seguintes características essenciais:*

– são competentes para conciliar e julgar as *infrações penais de menor potencial ofensivo* (art. 60), assim consideradas as contravenções penais (que são infrações penais distintas dos crimes ou delitos por alguns aspectos diferenciais que a lei estabelece, entre eles o da natureza da pena privativa de liberdade, que, no caso das contravenções, jamais é de detenção ou de reclusão) e os crimes aos quais seja prevista pena máxima de 1 ano (art. 61);

– os Juizados Especiais Criminais são providos de Juízes togados, ou togados e leigos (art. 60);

– o termo de ocorrência é feito pela autoridade policial que dela tiver conhecimento, a qual o encaminhará imediatamente ao Juizado competente, juntamente com o autor do fato e a vítima, providenciando-se perícia, se necessário (art.69, *caput*). Ao autor do fato infracional quando comparecer imediatamente ao Juizado, após a feitura do termo de ocorrência, *não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança* (art. 69, parágrafo único);

– na audiência preliminar, presentes autor e vítima, acompanhados por seus advogados, e o representante do Ministério Público, o Juiz “esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade” (art. 72).

#### 3.3.4. Os resultados da experiência dos Juizados Especiais

Há inúmeros dados e gráficos sobre a experiência dos Juizados que precisariam ser apresentados e analisados no corpo deste trabalho. Outra vez, é de referir-se à questão do prazo muito exíguo, impeditivo do aprofundamento analítico. Utilizamos como fonte documento do Colégio Permanente de Presidentes de Tribunais de Justiça, produzido no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por sua Secretaria de Planejamento e Coordenação e seu Departamento de Estatística, entregue, pessoalmente, ao consultor pelo eminente Presidente do referido Colégio Permanente, Desembargador José Fernandes Filho, membro do mencionado Tribunal de Justiça.

3.3.4.1. Desses dados, alguns dos mais expressivos dizem respeito à comparação entre a Justiça Comum e os Juizados, em termos do movimento de ações ajuizadas, por Estado<sup>47</sup>.

Considerando-se o período de janeiro a outubro de 1996, verifica-se, por exemplo, que no Estado do Amazonas o volume de ações ingressadas nos Juizados Especiais atinge o percentual de 51%, enquanto no Rio Grande do Sul chega a 40%, em Sergipe 35%, no Paraná 33%, e assim por diante. Confor-

me se pode verificar nas séries estatísticas disponíveis, *a média nacional daquele volume é de 25%*. Ou seja: em aproximadamente um ano e meio de funcionamento, os Juizados Especiais já absorvem 1/4 do movimento forense. Se considerarmos que esse sistema judicial tem caráter eminentemente social, no sentido de viabilizar o acesso à Justiça daqueles que, de outra forma, não teriam meios de demandar judicialmente, esse dado demonstra que a experiência é muito positiva, no que se refere tanto a produzir resultados acima do esperado no curto prazo de existência do Juizados, quanto à aceitação dos jurisdicionados e, sobretudo, em relação ao pleno êxito de um mecanismo que se vem mostrando eficaz no conjunto de medidas já adotadas com vistas à Reforma do Judiciário.

3.3.4.2. Alguns outros dados vão revelando aspectos interessantes, como os seguintes:

– no período de janeiro a outubro de 1996, *foram ajuizadas 488.386 ações nos Juizados Especiais Cíveis*, nas 24 das 27 unidades da Federação que responderam às informações solicitadas pelo Colégio Permanente dos Presidentes de Tribunais de Justiça;

– daquele total de ações ajuizadas, 97.102, ou seja, o correspondente à *média de 20% dessas ações, referem-se a matéria de trânsito*<sup>48</sup>.

– daquele mesmo total, 361.926 ações foram decididas<sup>49</sup>, o que equivale a 74,1% das ajuizadas. Isso quer dizer que aproximadamente 3/4 do volume total das ações ingressadas, no período considerado, foram decididos. Esses percentuais são ligeiramente mais favoráveis aos Juizados do que os constantes do item 2.1.3.4.1 acima o são, com referência à Justiça Comum. Pode ser que naqueles números apresentados no citado item anterior já estejam computados os resultados relativos aos Juizados. Isso precisaria ser verificado com maior profundidade e mais tempo, porque a fonte informativa não traz maiores esclarecimentos;

– considerando-se o mesmo período (jan/out/96), o total de ações ajuizadas na Justiça Comum foi de 2.969.123, enquanto

nos Juizados Especiais foi de 909.269. Em números proporcionais, isso significa que, de todo o movimento forense atual, 76% pertencem à Justiça Comum e 24% aos Juizados Especiais<sup>50</sup>.

3.3.4.3. Haveria necessidade de uma análise mais detalhada e comparativa dos dados por unidade federada, a fim de identificarmos os focos de maior ineficiência e/ou carência dos Juizados Especiais em cada Estado brasileiro.

Na impossibilidade, valemo-nos das seguintes conclusões formuladas no documento do mencionado Colégio Permanente:

“Os números apresentados demonstram que é grande o volume de serviços no Poder Judiciário. A Lei nº 9.099, de 1995, oferece instrumentos processuais para agilização dos processos e celeridade das decisões. *Entretanto, há indícios de acúmulo tendo em vista que, à época da coleta dos dados, sete Estados já registravam audiências para 1997.*

Pode-se inferir, também, que os Juizados Especiais procuraram atingir a parcela da população que estava à margem da prestação jurisdicional. Este fato ocorreu em Minas Gerais, onde as ações ingressadas na Justiça Comum não diminuíram com o advento da Lei nº 9.099/95.

*Em síntese, para que alcance os seus propósitos, os Juizados Especiais necessitam de maior investimento em pessoal, instalações e equipamentos. A boa avaliação dos resultados pode oferecer subsídios para implementar estas medidas”* (grifos nesta transcrição)<sup>51</sup>.

#### IV- Análise das alternativas de soluções

##### 4.1. Esclarecimento prévio

Este capítulo deveria ser o mais exaustivo possível, em termos analíticos. Aqui, precisaríamos examinar, tanto no plano do que denominamos “reforma estrutural”, quan-

to no de “reforma operativa”, as proposições que já existem, as que se encontram em curso de discussão ou elaboração e, finalmente, aquilo que já deixou de ser proposta para se tornar realidade, apresentando e examinando, aí sim, o amplo espectro das soluções indicadas para os problemas que afetam o Poder Judiciário brasileiro. Grande parte dessas propostas está aqui mencionada, mas não devidamente analisada pelas razões apontadas no item 1.2 da Introdução deste trabalho.

Vamos, então, nos limitar aos pontos que podem ser considerados factíveis dentro dos programas de apoio a sua solução.

É tratar, portanto, daqueles pontos relacionados a uma reforma operativa possível do Judiciário, correspondentes, no curto prazo, a medidas que apóiem sua realização e consolidação.

#### 4.2. Uma estratégia para apoio ao fortalecimento imediato do Poder Judiciário no Brasil

##### 4.2.1. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça e da Justiça Federal

4.2.1.1. Na Missão ao Brasil (junho/julho/97), este consultor foi recebido, entre outros ilustres Magistrados, pelo atual Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Pádua Ribeiro, que descreveu, verbalmente, alguns dos projetos de interesse daquele Superior Tribunal e da Justiça Federal, para serem realizados durante a atual gestão e, provavelmente, no curso das que imediatamente se seguirem a esta, naquele Tribunal.

Um desses projetos consistiria na interligação dos sistemas e bases de dados do STJ e da Justiça Federal com os do Poder Executivo, especialmente da Receita Federal e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, com a finalidade de aumentar a eficácia na recuperação de créditos fazendários em cobrança judicial. *Coincidentemente, no trabalho que fizemos para a Divisão Fiscal do Banco, o problema da falta de acesso, da PGFN, a sistemas e bases de dados externos foi*

por nós classificado ali como um problema de ordem operacional e que afeta significativamente o resultado da cobrança executiva da dívida ativa (da União, no caso)<sup>52</sup>. O projeto mencionado pelo Ministro Pádua Ribeiro vem ao encontro de uma solução que, reciprocamente, interessa ao Poder Judiciário e ao Executivo, vale dizer, à União.

4.2.1.2. Nessa sintonia e estando, coincidentemente, de passagem não-oficial pela sede do Banco na época em que este Consultor trabalhava na produção do presente estudo, outro Magistrado do mesmo Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Edson Vidigal, fez, como convidado, uma exposição no âmbito da Divisão de Estado e Sociedade Civil do Banco, quando apresentou as linhas gerais do Esboço de Plano de Trabalho, chamado de “Modernização da Justiça Federal brasileira e do Conselho da Justiça Federal”.

O item 4 desse documento traz um resumo dos “Projetos para Modernização da Justiça Federal”, que são os seguintes, aqui apresentados ainda mais resumidamente:

– *Especialização de Varas Federais* – A ênfase desse Projeto é na disseminação, para todo o País, das Varas Especializadas em Execução Fiscal, a exemplo do que já ocorre nos Estados do Rio de Janeiro, de São Paulo e do Rio Grande do Sul. Alega-se, no documento, que a especialização de Varas Federais para o julgamento das execuções fiscais certamente irá aumentar o montante da arrecadação da União<sup>53</sup> (*este assunto é da maior importância para o êxito dos Programas de Fortalecimento e Modernização da Administração Tributária, em nível federal e estadual, no Brasil, na linha programática que se consubstancia no Projeto BR-0171, aprovado pelo Banco em dezembro de 1996 e em fase de execução, Projeto esse realizado pela Divisão Fiscal do Banco, ao qual se vinculou o referido trabalho sobre as Procuradorias de Fazenda no Brasil*). Além dessas, propõe-se a especialização das Varas em matérias como Crimes contra os Direitos Humanos, Crimes Ambientais, Ações Previdenciárias e Ações Agrárias.

– *Aperfeiçoamento da Infra-Estrutura de Informática da Justiça Federal* – Dentro do Plano Diretor de Informática da Justiça Federal para o período 1997/2000, há os seguintes Projetos:

– *Implementação da Rede da Justiça Federal*: o Projeto, no caso, é voltado para implementar a infra-estrutura da rede INTRANET da Justiça Federal.

– *Tratamento Eletrônico de Documentos*: “Visa implementar o tratamento eletrônico dos documentos dos processos judiciais nos Tribunais e Seções Judiciárias, em substituição aos métodos convencionais de tramitação e arquivamento em papel”. Esse Projeto representa um passo muito avançado na modernização do processamento do processo judicial. Avaliamos que ele mereceria toda a atenção para um eventual apoio do Banco.

– *Projeto de Implementação dos Cadastros Gerais de Partes e de Bens e Penhora da Justiça Federal*: com o primeiro deles, pretende-se aperfeiçoar os mecanismos de localização de processos em qualquer órgão da Justiça Federal, relativos a um determinado autor ou réu, objetivando, especialmente, facilitar o trabalho das autoridades policiais “... na formação de processo contra, por exemplo, um traficante de drogas”. O segundo (Cadastro Geral de Bens e Penhoras) “... auxiliará na identificação de bens e penhoras que já foram objeto de ação judicial e que, eventualmente, possam estar sendo oferecidos em pagamento em outra ação”. *Esse último Projeto é, particularmente, fundamental como ferramenta auxiliar dos órgãos da Fazenda Nacional (sobretudo da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional) na implementação da eficácia da cobrança do crédito fazendário, conforme já alertáramos no trabalho realizado para a Divisão Fiscal, chamando a atenção para a necessidade de urgente medida nesse sentido*<sup>54</sup>. Consideramos que o Banco poderia avaliar a possibilidade de vir a apoiar essa iniciativa do Superior Tribunal de Justiça.

– *Sistema de Informações Gerenciais*: objetiva permitir aos magistrados e aos adminis-

tradutores da Justiça Federal o acesso a informações gerenciais e estratégicas, relativas ao processo decisório.

– *Projeto de Infra-Estrutura Básica de Informática*: destinado a substituir os equipamentos existentes, com vistas a apoiar a implementação dos Projetos anteriores.

– *Aperfeiçoamento de Recursos Humanos* – Trata-se de Programa a que se prendem dois Projetos específicos, a saber:

– *Projeto Sistema de Ensino Judicial*: voltado ao aperfeiçoamento dos Juízes Federais, a ser implementado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em colaboração e parceria com os Tribunais Regionais Federais, abrangendo programas nas áreas de formação inicial, de especialização e de administração judiciária.

– *Programa Permanente de Capacitação dos Servidores da Justiça Federal*: o objetivo é a capacitação de servidores da Justiça Federal, com programas permanentes de treinamento, estágio e de especialização. Também aqui, temos uma área em que o Banco poderia prestar um apoio decisivo na fase de implantação desse Programa.

– *Programa de Estudos e Pesquisas* – Esse Programa se desdobra nas duas iniciativas seguintes:

– *Programa de Intercâmbio Científico com Instituições de Ensino, Pesquisas e Informação Estrangeiras*: o objetivo é o estabelecimento das bases para o desenvolvimento das relações de cooperação técnicas, científicas e de assistência mútua, visando ao intercâmbio e troca de experiência entre países, nas áreas de ensino, pesquisa e informação. Esse é outro Projeto que o Banco poderia vir a apoiar.

– *Programa de Fomento à Pesquisa e Apoio Editorial*: a finalidade do Programa é o apoio à realização e divulgação de pesquisas científicas, de interesse prioritário para a Justiça Federal, possibilitando a publicação e a difusão da produção intelectual na área.

– *Projeto Arquivo Histórico da Justiça Federal*: o objetivo é a criação do Arquivo, a fim de permitir a preservação da memória da Justiça Federal.

4.2.1.3. Afora os projetos, digamos, “oficiais” do STJ para a Justiça Federal, existem algumas idéias e propostas isoladas, que se somam ao conjunto de medidas voltadas a uma “reforma operativa” do Judiciário, como é o caso da que foi apresentada pela Juíza Ellen Gracie Northfleet, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em particular quanto à possível adoção, pela Justiça Federal, da experiência de Administração Judiciária norte-americana<sup>55</sup>.

#### 4.2.2. No âmbito da Justiça Estadual

4.2.2.1. O eminente Ministro Sepúlveda Pertence, do Supremo Tribunal Federal, quando, ainda Presidente daquela Corte, proferiu o discurso de abertura do Encontro de Brasília do Colégio Permanente de Presidentes dos Tribunais de Justiça, sobre o tema relativo aos Juizados Especiais, em 4 de abril de 1997, disse que sempre lhe pareceu que o congestionamento das instâncias ordinárias (comuns) da Justiça somente poderia ser aliviado com a implementação dos Juizados (que, segundo esse respeitado Magistrado, representam praticamente a única inovação da Constituição de 1988, relativamente à base do aparelho judiciário) Cíveis e Criminais, estes “... para aliviar as instâncias formais da Justiça criminal do imenso percentual da criminalidade de bagatela...”. Continuou, Sua Excelência, seu discurso: “Tenho assentado, ante a cobrança justa da sociedade da freqüente impunidade de crimes gravíssimos – e quando falo crimes gravíssimos não estou demasiadamente preocupado com os roubos de rua, mas com a impressionante criminalidade de ‘colarinho branco’ deste País –, no entanto preciso reconhecer que esta cobrança é não só injusta como inútil, quando dirigida a juízes criminais que têm, muitas vezes, 5 mil, 7 mil processos em seu juízo e que hão de misturar a condução de um processo sobre estouro financeiro com a imensa demanda de acidentes de trânsito, de brigas de rua, de porte de maconha”. Prosseguiu Sua Excelência: “...Vim participar da vitória da Magistratura dos Estados... que, pensando

no Brasil, ... estão fazendo uma Justiça nova, uma Justiça que busca resgatar para os excluídos – e a expressão é do notável Capelletti – ‘o mais fundamental dos direitos humanos que é o acesso à Justiça’, porque instrumento, porque via de conquista de todos os demais direitos”. Concluiu ele: “Muito está feito e é preciso prosseguir. Antes de tudo, porém, é preciso cuidar para que não se frustrem as vitórias obtidas. O número de processos que ingressam nos Juizados Especiais é alvissareiro, mas, confessemos-lo, é preocupante: *ou se investe na ampliação e na consolidação do que está feito, ou os Juizados poderão ser uma nova frustração...* ” (grifos nossos).

4.2.2.2. O ilustre Desembargador José Fernandes Filho, Presidente do Colégio Permanente dos Presidentes de Tribunais de Justiça, em seu discurso naquele referido Encontro de Brasília, afirmou que “... essa experiência (a dos Juizados Especiais)... é realmente o ponto alto da reforma do Poder Judiciário até agora...”.

4.2.2.3. De fato, para uma experiência de pouquíssimo tempo, os Juizados Especiais já apresentam os resultados excepcionais mostrados, em números muito ligeiros, no item 3.3.4 acima.

A esperança é que se mantenha essa *performance*, com a consolidação da nova experiência.

Para tanto, são necessárias ações voltadas à modernização tecnológica, à capacitação para a respectiva utilização e à consolidação da organização da Administração Judiciária própria dos Juizados Especiais, em todos os Estados brasileiros.

Foi o Presidente do citado Colégio Permanente, eminente Desembargador José Fernandes Filho, com a autoridade de quem vive o problema no dia-a-dia, quem transmitiu, pessoalmente, a este consultor as seguintes sugestões, relacionadas a medidas a serem tomadas naqueles campos de ação:

- criação de infra-estrutura de informática específica para os Juizados, inclusive com implantação de rede;
- treinamento do pessoal de informática;

- treinamento de pessoal de apoio dos Juizados Especiais;
- estímulo à profissionalização do pessoal da Administração dos Juizados;
- simplificação das rotinas dos Juizados Especiais.

Além dessas medidas, o Desembargador Fernandes Filho sugere a realização de estudos para que se crie uma Fundação (de direito privado), que seria co-responsável na gestão (em sentido amplo) dos Juizados Especiais, fazendo assim, também, com que a sociedade se transforme em agente fiscalizador desses órgãos.

## V - Conclusões

5.1. Na edição do mês de agosto corrente, a Revista Exame trouxe matéria assinada por Adriano Silva, sob o título “Para Onde Vamos”, onde o articulista traça o perfil daquele que seria o mais desejável Presidente da República (“para a consolidação do Brasil moderno”), a vencer as eleições de 1998. O perfil desse Presidente ideal inclui que ele esteja “decidido... a reconfigurar o sistema jurídico brasileiro, de modo a fazer da Justiça um contrapeso rigoroso e ágil em relação às forças de mercado e aos conflitos que são lugar-comum em uma sociedade aberta” (sic).

Independentemente de se concordar ou não com o perfil ali traçado, independentemente do possível equívoco conceitual do articulista quando se refere a sistema jurídico, pensando e argumentando como se se tratasse do sistema judicial ou judiciário, a verdade é que todos reconhecem a necessidade urgente da mais ampla e profunda reforma do Poder Judiciário no Brasil, pelas razões já fartamente apontadas neste trabalho. Basicamente, é aquilo mesmo que o articulista da Exame expressou.

Mais do que isso, o articulista atribui à vontade e à decisão do Presidente da República, vale dizer do Governo, a iniciativa da reforma (do “reconfigurar o sistema”, segundo sua expressão). E tal tarefa, que reconhecidamente não foi feita pelo Governo atual,

deve fazer parte dos compromissos políticos do próximo futuro Presidente ideal.

Na realidade, qual o papel do Governo nessa reforma do Judiciário? Não necessariamente o de elaborar e encaminhar projetos de lei específicos ao Congresso. Isso pode ser feito pelo Supremo Tribunal Federal e/ou pelos Tribunais Superiores, que são os órgãos do Poder Judiciário que têm competência constitucional para a iniciativa de leis ordinárias (art. 61, *caput*, da Constituição Federal). A iniciativa presidencial das leis tem a vantagem de poder ser acompanhada de pedido de urgência para sua apreciação, o que implica que a Câmara dos Deputados e o Senado Federal votem a matéria em 45 dias, sucessivamente (§§ 1º e 2º do art. 64 da CF). O que o Presidente da República (isto é, o Governo) simplesmente precisaria fazer é apoiar, com vontade política e dotações orçamentárias, as medidas relacionadas à reforma que já tenham sido concretizadas, ou que já o possam ser, como é o caso dos Juizados Especiais e dos Projetos em andamento no Superior Tribunal de Justiça. E esse apoio é o que vem sendo reclamado pelo próprio Judiciário.

5.2. O Banco já se encontra, indiretamente, envolvido com a Reforma do Poder Judiciário brasileiro, na medida em que está sendo ultimado, no âmbito da Divisão de Estado e Sociedade Civil, Projeto de Cooperação Técnica Regional, sob o título “*Globalization and Urban Justice in the Americas*”. Trata-se de operação, da ordem de US\$ 137,000, que visa ao financiamento de um “Workshop” no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro sobre “*Urban Justice*”.

O objetivo principal do Projeto é examinar metodologias, ferramentas e sistemas empregados por diferentes sistemas judiciais do hemisfério, a fim de desenvolver modelos e planos de ação que incorporem as melhores experiências e práticas relacionadas à superação dos desafios que esses sistemas vêm enfrentando.

Entre os benefícios decorrentes da operação proposta (conforme o item 2.10 do res-

pectivo Perfil – assim chamada uma fase prospectiva intermediária do diagnóstico feito pelo BID), imagina-se que ela produzirá impacto na reforma da Justiça na América Latina e no Caribe, na medida em que os sistemas judiciais da Região façam uso dos modelos e planos de ação formulados sob a égide da referida operação. O propósito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com esse “workshop”, seria o de investir recursos de contrapartida (US\$ 37,000) na tentativa de receber *feedback* com relação ao seu projeto de modernização e como uma fonte de novas idéias para aumentar o nível de eficácia, de equidade e de acessibilidade do seu sistema judicial.

O *background* do Perfil desse Projeto mostra claramente (item 1.5) que *a grande inovação do sistema judicial do Estado do Rio de Janeiro consiste, precisamente, na experiência dos Juizados Especiais*. Nesse particular, a mesma experiência em outros Estados brasileiros se encontra tão ou mais desenvolvida quanto naquele, como é o caso dos Estados do Rio grande do Sul, do Paraná e de Minas Gerais, por exemplo.

Evidentemente, esse Projeto de Cooperação Técnica com o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro poderá servir como um grande laboratório, de cujos resultados o Banco poderá valer-se para ter uma real amostragem da situação do Poder Judiciário estadual, no Brasil, e de outros sistemas regionais.

Mas, especificamente no caso brasileiro, com os resultados dessa operação, que será realizada dentro em breve, o Banco poderá avaliar bem sua participação no apoio a uma efetiva reforma do Poder Judiciário no Brasil.

Essa é a principal conclusão do (pré) diagnóstico realizado neste trabalho e que se articula com a recomendação a seguir.

## VI - Recomendações

6.1. Tendo em vista que as medidas a serem adotadas no âmbito do Superior Tribu-

nal de Justiça e da Justiça Federal (conforme os itens 4.2.1.1 e 4.2.1.2 acima) e aquelas em fase de implementação no âmbito da Justiça Estadual, particularmente com os Juizados Especiais (conforme os itens 3.3.4.1 e 3.3.4.2 acima) significam a perspectiva concreta de um novo Judiciário no Brasil (do ponto de vista estritamente operacional ou operativo), a recomendação que cabe fazer no momento – e que resumiria quaisquer outras que pudessem ser apresentadas agora – é no sentido de que o Banco se mantenha inteiramente aberto a uma possível iniciativa formal que órgãos do Poder Judiciário brasileiro venham a tomar proximamente, com vistas a solicitar apoio a programas de fortalecimento e modernização dos respectivos sistemas judiciais.

Nesse sentido, o “Workshop” no Rio de Janeiro poderá ser muito positivo, ao sinalizar para o Banco critérios e diretrizes a serem adotados e seguidos em futuras Missões relacionadas a uma ampla reforma no sistema judicial brasileiro.

Especificamente, podemos destacar as ações que merecem avaliação por parte do Banco.

#### 6.2.1. No caso da Justiça Federal

– o Projeto de Tratamento Eletrônico de Documentos;

– o Projeto de Implementação dos Cadastros Gerais de Partes e de Bens e Penhora da Justiça Federal;

– o Programa Permanente de Capacitação dos Servidores da Justiça Federal;

– o Programa de Intercâmbio Científico com Instituições de Ensino, Pesquisas e Informação Estrangeiras.

Todos esses Projetos e Programas estão apresentados no item 4.2.1.2 acima.

Além desses, ainda no âmbito da Justiça Federal, o Banco poderia avaliar sua eventual participação em ações relacionadas a Programas de Aperfeiçoamento da Infra-Estrutura de Informática, que estão sendo estruturados no Superior Tribunal de Justiça (conforme item 4.2.1.2 acima).

#### 6.2.2. No caso da Justiça Estadual

Antes de tudo, é bom salientar que a Justiça Estadual não pode ser vista, nem tratada, de forma integrada, como ocorre com a Justiça Federal, em razão da autonomia dos Estados Federados. Portanto, cada sistema estadual de justiça, no Brasil, tem suas peculiaridades de organização e de cultura institucional. Somente uma pesquisa muito ampla, *in loco*, permitiria mapear as deficiências e necessidades dos órgãos pertencentes à órbita de cada Tribunal de Justiça (estadual) no Brasil.

Por isso, no caso dos Juizados Especiais, o consultor optou por concentrar suas pesquisas num órgão que congregasse a representação da direção superior de todos os Tribunais de Justiça. Esse órgão é o Colégio Permanente dos Presidentes dos Tribunais de Justiça.

Evidentemente que cada um desses Tribunais enfrenta problemas nos campos da informatização, da administração judiciária, do aperfeiçoamento e treinamento de recursos humanos, etc. Nesse caso, também o referido Colégio Permanente é a entidade em que deveríamos concentrar a maioria dos trabalhos que implique coleta de dados e informações, e pesquisa. Também quando o assunto implique uma certa sintonia ou uniformidade decisória, tal Colégio deveria ser o órgão preferencial para a concentração dos trabalhos.

Como os Juizados Especiais constituem hoje uma saída eficaz para uma parte significativa dos problemas que afetam as Justiças Estaduais, eles constituem o campo reconhecidamente fértil para ações imediatas que visem a consolidar a experiência, que é federativa e, praticamente, de âmbito nacional.

Seria conveniente e possível, então, ao Banco avaliar seu apoio a programas que objetivem:

– criar infra-estrutura de sistemas e bases de dados específica para os Juizados;

– capacitação de pessoal para a área de informática e de apoio administrativo, ambas específicas dos Juizados;

– estímulo à profissionalização e treinamento de pessoal da Administração dos Juizados.

Tudo isso de acordo com sugestões do próprio atual Presidente do referido Colégio Permanente (cf. item 4.2.2.3 acima).

Washington, D.C., 29 de Agosto de 1997.

### Notas

<sup>1</sup> Aproveita-se a oportunidade para esclarecer que a entrega do trabalho será acompanhada de documentos, usados como fonte informativa, os quais serão entregues aos cuidados da Chefia da Divisão 1, vinculada à Região 1, do Banco, a título de Anexos do presente trabalho, para os fins que a referida Chefia entender devidos.

<sup>2</sup> A propósito, ver *A função das Procuradorias de Fazenda no Brasil: problemas e soluções* (ROSA, 1997, p. 8), trabalho deste consultor, realizado para a *Fiscal Division* (FIS/INT) do BID, texto ainda não publicado, mas ali disponível.

<sup>3</sup> Números relativos a dezembro/96, de acordo com Relatório de Julho/97 da Assessoria Judiciária do Supremo Tribunal Federal, extraído do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário - BNDPJ do STF, p. 49.

<sup>4</sup> Id.

<sup>5</sup> Id. citado na nota 2 acima (ROSA, 1997, p. 29).

<sup>6</sup> Id.

<sup>7</sup> Ver nosso *A função das Procuradorias...* (ROSA, 1997, p. 71).

<sup>8</sup> Cf. CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *A garantia dos direitos humanos pela justiça na América Latina*. Primeira parte: *A independência da justiça e do juiz* (p. 4 de um texto avulso, digitado, sem qualquer outra referência a eventual publicação, obtido por meio de fotocópia). O dado se baseia no Relatório PARTICIPAÇÃO Político-Social (1990, v. 1), que já deve estar desatualizado, mas que não invalida a utilidade do dado.

<sup>9</sup> Cf. *A garantia dos direitos humanos...* (CASTILHO, p. 20).

<sup>10</sup> Ibid., p. 21.

<sup>11</sup> Os dados são extraídos do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário - BNDPJ, referido na nota 3 acima.

<sup>12</sup> Utilizar-se-ão os dados extraídos da fonte mencionada nas notas 3 e 11 acima.

<sup>13</sup> Este consultor compareceu a esse Fórum, durante Missão do Banco. A propósito da referên-

cia ao Conselho da Justiça Federal, este não é um órgão jurisdicional do Poder Judiciário, mas funciona junto ao Superior Tribunal de Justiça, cabendo-lhe exercer a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de 1º e 2º graus, conforme o disposto no parágrafo único do art. 105 da Constituição Federal.

<sup>14</sup> Conferir anotações pessoais deste consultor, feitas durante a exposição oral do Ministro. Posteriormente, cópia do texto completo dessa exposição, revisada e rubricada pelo expositor, foi entregue ao consultor. O título da palestra é “O Judiciário como Poder: legitimidade e controle”. O tópico 6 do respectivo sumário, onde é abordado o tema da “autonomia administrativa e unidade do Poder Judiciário”, encontra-se desenvolvido nas págs. 10 a 18 da cópia digitada.

Os argumentos com que o Ministro José Néri da SILVEIRA sustenta sua opinião sobre a questão da autonomia do Poder Judiciário estão repetidos em vários outros trabalhos desse eminente Magistrado brasileiro, um dos quais intitulado *Aspectos institucionais da independência do Poder Judiciário* (1993, p. 8-16).

<sup>15</sup> Conferir *Aspectos institucionais...* (SILVEIRA, 1993, p. 22).

<sup>16</sup> *O judiciário como poder...* citado na nota 14 acima, p. 22.

<sup>17</sup> Ibid., p. 23 (conferir nota 15).

<sup>18</sup> Antônio de Pádua RIBEIRO (1991, p. 224); Sacha Calmon Navarro COELHO (1993, p. 41).

<sup>19</sup> Carlos Alberto de Menezes DIREITO (1992, p. 271).

<sup>20</sup> Conferir o nosso *A função das procuradorias...* (ROSA, 1997, p. 8-17).

<sup>21</sup> Ibid., p. 9.

<sup>22</sup> Id.

<sup>23</sup> Ibid., p. 10.

<sup>24</sup> Ibid., p. 11-12.

<sup>25</sup> Ibid., p. 70-71.

<sup>26</sup> Ibid., p. 71-73.

<sup>27</sup> A propósito, ver DALLARI (1996), especialmente sobre o assunto p. 77-79.

<sup>28</sup> Conferir Carlos Alberto de Menezes DIREITO (1992, p. 272 et seq.).

<sup>29</sup> Trata-se do assim denominado Relatório produzido no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, trabalho que consistiu num “diagnóstico do aparelho judicial do Estado”, “centrado no tempo de duração real de processos de ritos ordinário e sumaríssimo”. É um trabalho interessantíssimo e indispensável ao exame crítico da situação da Justiça Estadual no Brasil. A íntegra do Projeto se encontra no volume intitulado *Justiça: promessa e realidade: o acesso à justiça em países ibero-americanos* (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS, 1996, p. 379-402). O volume reúne os textos das exposições feitas no *Semi-*

nário Ibero-Americano: o magistrado, o Poder Judiciário e o acesso à justiça, no Rio de Janeiro. O “Projeto de Auto-Análise do Poder Judiciário” se encontra nas págs. 379 a 402 do citado volume.

<sup>30</sup> Ibid., p., 381-382.

<sup>31</sup> Ibid., p., 400-402.

<sup>32</sup> AJUFE (Associação dos Juizes Federais). Informativo nº 15, maio/97, editorial sob o título “A mobilização nacional dos Juizes do Brasil pela cidadania e justiça”.

<sup>33</sup> Luiz Flávio GOMES (1997).

<sup>34</sup> Ibid., p. 255.

<sup>35</sup> Conferir matéria publicada no jornal Correio Braziliense, de 30-06-97, no caderno Direito & Justiça, sob o título *Reforma do Judiciário* (MELLO, 1997, p. 1) (trechos da conferência proferida na abertura do Fórum Nacional dos Debates do Poder Judiciário...).

<sup>36</sup> Cármen Lúcia Antunes ROCHA (1996, p. 45).

<sup>37</sup> José Eduardo Faria é Professor do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo; pesquisador do Centro de Estudos Direito e Sociedade (CEDISO) da USP; autor de várias obras publicadas.

<sup>38</sup> Conferir FARIA (1995, p. 32-33). A leitura, na íntegra, dessa monografia, de 88 páginas, é extremamente recomendável para o estudioso dos problemas que hoje afetam o Judiciário brasileiro.

<sup>39</sup> José Eduardo FARIA (1996, p. 162-168). O consultor considera esse texto como sendo de leitura obrigatória a todos os operadores (expressão horrorosa, mas de uso atual corrente no Brasil) do Direito.

<sup>40</sup> Ibid., p. 162 et seq.

<sup>41</sup> Ver, dentre inúmeros livros e artigos sobre o tema, DINAMARCO (1996).

<sup>42</sup> Conferir Eugênio Raul ZAFFARONI (1995, p. 125).

<sup>43</sup> Chama-se “proposta de emenda constitucional” a modalidade do processo legislativo brasileiro destinada, especificamente, a alterar a Constituição.

<sup>44</sup> O texto foi publicado em separata e encaminhado ao Congresso Nacional em junho de 1997.

<sup>45</sup> O texto do Juiz José Renato Nalini está publicado na Revista dos Tribunais, ano 85, v. 724, fev. 1996, p. 115-162.

<sup>46</sup> Conferir Fátima Nancy ANDRIGHI (1996, p. 23).

<sup>47</sup> Ibid., p. 19, tabela 17.

<sup>48</sup> Ibid., p. 4, tabela 2.

<sup>49</sup> Ibid., p. 6, tabela 4.

<sup>50</sup> Ibid., p. 20, tabela 18, figura 10.

<sup>51</sup> Ibid., p. 24.

<sup>52</sup> Ver, a propósito, o nosso *A função das procuradorias...* (ROSA, 1997, p. 61-62, subitem 3.3.4.3.2).

<sup>53</sup> A propósito, ver comentários que fizemos sobre o tema em nosso *A função das procuradorias...*

(ROSA, 1996, p. 77-78, subitem 3.3.4.4.5, p. 89, subitem 3.3.4.6.5).

<sup>54</sup> *A função das procuradorias...* (ROSA, 1996, p. 62-63, subitem 3.3.4.3.3, p. 85, subitem 3.3.4.5.6).

<sup>55</sup> A proposta foi tema de palestra no mencionado I Fórum Nacional de Debates sobre o Poder Judiciário, realizado pelo Superior Tribunal de Justiça em Brasília (junho/97), cujo respectivo texto não consta que tenha sido publicado até o momento.

## Bibliografia

ALBUQUERQUE, M. P. *O órgão jurisdicional e a sua função*. São Paulo: Malheiros, 1997.

ALMEIDA, J. M. P. de. *O poder judiciário brasileiro e sua organização*. 1. ed. Paraná: Juruá, 1996.

ANDRIGHI, F. N. O instituto da conciliação e a reforma processual. *Síntese trabalhista*, [S. l.], ano 7, n. 84, jun. 1996.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (Org.). *Justiça: promessa e realidade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

COELHO, S. C. N. Revisão ou reforma constitucional: autonomia do poder judiciário: órgão de controle externo. *Revista Jurídica Mineira*, [S. l.], ano 10, v. 101, [199-?].

DALLARI, D. de A. *O poder dos juizes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DINAMARCO, C. R. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DIREITO, C. A. de M. A autonomia financeira e administrativa do poder judiciário: mito e realidade. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 10, jan./mar. 1992.

FARIA, J. E. *O poder judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 1995. (Série Monografias do Centro de Estudos Judiciários - CEJ, v. 3).

\_\_\_\_\_. O judiciário após a globalização. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, [S. l.], v. 4, n. 16, p. 162-168, out./dez. 1996.

GOMES, L. F. *A dimensão da magistratura no Estado constitucional e democrático de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LAMOUNIER, B. As empresas e o judiciário. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, p. A-3, 30 out. 1996.

LIMA, A. de M. *O poder judiciário e a nova constituição*. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

- MELLO, C. de. Reforma do judiciário. *Correio Brasileiro*, Brasília, 30 jun. 1997. Direito e Justiça, p. 1.
- PARTICIPAÇÃO político-social: 1988 Brasil e grandes regiões. Rio de Janeiro: IBGE, v. 1, 1990.
- RIBEIRO, A. de P. Soberania do poder judiciário. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 110, abr./jun. 1991.
- ROCHA, C. L. A. Sobre a súmula vinculante. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, [S. 1.], ano 26, n. 63, jul./dez. 1996.
- ROSA, E. L. de P. *A função das procuradorias de fazenda no Brasil: problemas e soluções*, 1997. Trabalho de consultoria realizado para a Divisão Fiscal do Banco Interamericano de Desenvolvimento, integrante da documentação produzida no âmbito do Projeto BR-0171. Não publicado.
- SALOMÃO, L. F. *Roteiro dos juizados especiais cíveis*. Rio de Janeiro: Destaque, 1997.
- SILVEIRA, J. N. da. Aspectos institucionais da independência do poder judiciário. *Revista da AJUFE*, Rio de Janeiro, n. 39, dez. 1993.
- TEIXEIRA, E. S.; SANTOS, M. R. S. S. *Comentários e prática forense dos juizados especiais cíveis e criminais*. 1. ed. São Paulo: Editora de Direito, 1996.
- ZAFFARONI, E. R. *O poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

# A norma no pragmatismo jurídico e a lógica do razoável

Um paralelo da filosofia jurídica de Oliver Wendell Holmes e de Luis Recaséns Siches

Márcia Ferreira Cunha Farias

## Sumário

Introdução. 1. Segurança jurídica, decisão judicial e o pragmatismo na tópica de Viehweg; 1.1. Direito e arbitrariedade. 1.2. A função pragmática das decisões judiciais e a necessária construção de uma lógica judicial argumentativa e concreta. 2. Recaséns Siches e a lógica do razoável. 2.1. Recaséns Siches e a filosofia do Direito. 2.2. Recaséns Siches e a lógica do razoável como mecanismo de segurança jurídica. 3. Dimensões da lógica do razoável. 3.1. Aspecto histórico e fático da lógica do razoável. 3.2. Aspecto valorativo da lógica do razoável. 3.3. Aspecto concreto da lógica do razoável. 3.4. Aspecto teleológico e cultural da lógica do razoável. 3.5. Aspecto proporcional da lógica do razoável. 4. O pragmatismo norte-americano. 4.1. O pragmatismo como teoria do significado na visão de seu fundador. 4.2. O aspecto moral do pragmatismo na visão de William James. 4.3. O aspecto jurídico do pragmatismo na visão de Holmes. 5. A lógica do razoável e a visão pragmática do Direito como métodos hermenêuticos de condução à segurança jurídica. 5.1. A lógica formal e a lógica do razoável. 5.2. A lógica formal e a lógica jurídica de Holmes. 5.3. A lógica jurídica de Holmes e a lógica do razoável como métodos hermenêuticos de condução à segurança jurídica.

## Introdução

Peter HÄBERLE, professor titular de Direito Público e de Filosofia do Direito da Universidade de Augsburg, na Alemanha, afirma que o Juiz não é o único intérprete da Constituição, pois os cidadãos e todos aque-

Márcia Ferreira Cunha Farias é Procuradora-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal. Mestranda em Direito Público pela UFPE.

les que participam da sociedade, indivíduos e grupos, a opinião pública, são forças vigorosas de interpretação, partindo do pressuposto de que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada (1997).

A decisão judicial não decorre da pura aplicação da lei considerando um determinado caso concreto. Ao contrário, a decisão judicial é, essencialmente, uma decisão humana. O Juiz não apenas aplica o Direito, mas o constrói.

O Juiz, ao proferir a sentença, ponto final do processo decisório, faz uma adequação da norma, genérica e abstrata, a uma realidade concreta, transformando em Direito aplicado um Direito posto.

O ponto relevante da obra de Recaséns SICHES consiste em que, independentemente da vontade da lei ou da vontade do legislador, o processo de individualização das leis nas decisões judiciais refere-se, mais especificamente, à sua concretude e à sua temporalidade. Assim, o juiz, como afirma Margarida Lacombe CAMARGO, ao privilegiar os efeitos concretos do Direito na sociedade, “muitas vezes depara-se com a necessidade de uma releitura da lei para fazer justiça, ou, ao menos, evitar injustiça. Mas, para escapar de qualquer tipo de crítica ou acusação em virtude de terem agido arbitrariamente ou negligentemente, ameaçando a ordem e a estabilidade social, precisam os juízes elaborar uma justificativa que apresente uma aparência lógica e que seja, portanto, convincente. O que Recaséns SICHES almeja é que os juízes possam agir sem culpa; fazer justiça sem culpa, ‘sob a luz do meio-dia’” (1999, p. 167).

Em relação a Oliver Wendell HOLMES, a pedra angular de sua filosofia jurídica é a idéia de que o Direito é experiência, e não procedimento lógico<sup>1</sup>. HOLMES pregava que o magistrado, ao julgar, deveria observar, sempre, as circunstâncias do caso concreto e sua inserção na sociedade. Assim também a lei desenvolver-se-ia na mesma medida das mudanças sociais. O conceito de razoável, embora não explícito em HOL-

MES, expressa-se na adequação da norma à realidade social; novamente, contudo, o razoável não pode ser um conceito egocêntrico: HOLMES adotou a doutrina do *judicial restraint*, segundo a qual o juiz não deveria deixar que suas opiniões sociais dominassem a fundamentação de suas decisões.

É nesse contexto de estabilidade dinâmica que surge o postulado da segurança jurídica. Assim, a segurança jurídica pode ser vista como um valor transcendente ao ordenamento jurídico, no sentido de que a sua investigação não se confina ao sistema jurídico positivo, mas, antes, inspira os *nomos* que, no âmbito do Direito, atribuem-lhe efetividade. É preciso dar a cada cidadão a certeza de que, ao pleitear um direito junto ao Poder Judiciário, não será surpreendido com mudanças absurdas na aplicação da lei ou em sua interpretação; no entanto, deverá, também, ser garantida a adequação da norma às circunstâncias fáticas do caso.

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar que a lógica do razoável de Recaséns SICHES e a visão da norma no pragmatismo de Oliver Wendell HOLMES constituem métodos hermenêuticos que se coadunam com a Tópica e a Argumentação. Além disso, podem conduzir à segurança jurídica, posto que razoável não é simplesmente o que cada juiz entende por “razoável” – necessária se faz a busca do razoável *nos limites impostos pela lei* e que tendem a conduzir a uma uniformidade mínima, em respeito a essa segurança jurídica.

## 1. Segurança jurídica, decisão judicial e o pragmatismo na tópica de Viehweg

### 1.1. Direito e arbitrariedade

Conforme ensina Recaséns SICHES:

“La arbitrariedad consiste, pues, en que el poder público, con un mero acto de fuerza, salte por encima de lo que es norma o criterio válido y vigente en un caso concreto y singular, sin

responder a ninguna norma o criterio, o principio de carácter general, y sin crear una nueva regla que anule la anterior y la sustituya. Podemos decir metafóricamente del mandato arbitrario que no tiene padres ni engendra hijos; es decir, que no se basa en un criterio, principio o norma general, y que a su vez no engendra ninguna nueva norma. El mandato arbitrario es el que simplemente responde a un mero *porque sí, porque me da la gana*, porque así es me antoja; en suma, el que corresponde a un capricho que no dimana de un criterio general. En cambio, el mandato jurídico es el fundado en normas, criterios o principios objetivos, de una manera regular y que tiene validez para todos los casos análogos que se presenten.

Es precisamente característica esencial de la norma jurídica *el ligar de modo necesario al mismo poder que la dictó* – se entiende, mientras ese poder no la derogue con carácter general, en ejercicio de una competencia de igual rango que la que tenía la autoridad que había creado la norma anterior” (1979, p. 108).

A arbitrariedade para Recaséns SICHES é uma afronta direta ao ordenamento jurídico. É a indevida unificação entre a atividade legislativa e a atividade judicial de uma forma absoluta. É o desrespeito, por ato injustificado por regras ou princípios, ao conjunto de normas estabelecidas previamente para regular a relação social; é a busca da solução do problema fora do sistema jurídico; é a incerteza do jurisdicionado do destino a ser dado à sua lide.

Nos termos das colocações de Margarida CAMARGO:

“O pensamento jurídico moderno, ou as várias correntes filosóficas que pensaram o direito no século XIX, tiveram suas preocupações em torno dos valores que servem de essência ao próprio Direito. Seriam eles: a justiça,

a certeza e a segurança. Entendemos que toda condição ética e moral concentra-se no âmbito da justiça, assim como a ordem se refere à certeza e à segurança. É repassarmos a história do mundo moderno para percebermos que, mesmo antes da questão da ‘justiça’, impõe-se a necessidade da ‘segurança’” (1999, p. 57).

A segurança e a ordem são os valores típicos do mundo moderno. Com eles deu-se a criação do Estado de Direito, cujo objetivo foi o de estabelecer previsões e evitar o arbítrio.

Sobre o Estado de Direito, rica é a colocação de SICHES:

“El poder público está ligado por las normas formalmente válidas, incluso por las mismas que él haya dictado; y obra jurídicamente sólo en la medida en que se acomode a ellas, y dentro de las facultades, que las mismas le concedam” (1979, p. 109).

Conforme sintetiza José Afonso da SILVA (1995, p. 113-122), as características do Estado de Direito, ou do Estado Liberal de Direito, eram:

- (a) submissão ao império da lei;
- (b) divisão de poderes;
- (c) enunciado e garantia dos direitos individuais.

O individualismo e o neutralismo do Estado liberal conduziram a graves injustiças, e a necessidade de justiça social trouxe a concepção do Estado Social de Direito, com o perfil de compatibilização entre o capitalismo e o assistencialismo.

Na verdade, a igualdade, na concepção clássica do Estado de Direito, tinha por fundamento a generalidade das leis, elemento puramente formal e abstrato. No cotidiano da sociedade, não havia como efetivar essa igualdade.

Mais recentemente, as Constituições dos Estados buscam efetivar o Estado Democrático de Direito, que tem por fim a organização social institucionalizada e a garantia eficaz dos direitos por meio de princípios,

da hierarquia de normas, da democracia, dos direitos fundamentais, da justiça social e da divisão de poderes (SILVA, 1995, p. 122-123).

Por outro lado, na pós-modernidade, a segurança e a ordem não são vistas como valores absolutos garantidos pelo formalismo do racionalismo jurídico-matemático que caracterizou a Escola da Exegese<sup>2</sup>.

Abre-se espaço para o valor da justiça, garantido pela razoabilidade referente a cada caso concreto.

Nesse aspecto, não se pode confundir o ato arbitrário com o poder judicial criador. No arbítrio, ocorre um mero capricho, como já transcrito de Siches (*porque sí, porque me da la gana*). A decisão arbitrária não se vincula a nenhum elemento do ordenamento jurídico, seja ele princípio ou regra.

No Estado Democrático de Direito, a esfera na qual os Tribunais atuam não é um espaço privado, mas, sim, um espaço público, na medida em que suas decisões produzem reflexos na sociedade, no Estado que se quer democrático e na vida dos cidadãos. Isso porque, enquanto os Poderes Legislativo e Executivo buscam no voto popular sua legitimidade, o Poder Judiciário há de alcançá-la no exercício pleno das atribuições que lhe são conferidas pela soberania popular, somente podendo ser fiscalizada e controlada a correção desse exercício por meio da publicidade dos meios de tomada de decisões, que definam a maneira com que se fez uma opção entre as existentes (HABERMAS, 1997, p. 17).

A importância da função de justificação da decisão posta pelo Poder Judiciário revela-se em preceito constitucional, na medida em que a fundamentação das decisões judiciais está expressamente prevista no art. 93, inciso IX, *verbis*:

“IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às

próprias partes e seus advogados, ou somente a estes” (grifo nosso).

### *1.2. A função pragmática das decisões judiciais e a necessária construção de uma lógica judicial argumentativa e concreta*

A argumentação jurídica figura, também, como expressão da racionalidade da dogmática jurídica. No entanto, interessa não apenas ao jurista ou ao filósofo do Direito, como também ao cidadão participante das questões relativas à coisa pública. Portanto, a função pragmática do Direito interessa não só ao caráter científico da ciência do Direito, mas, principalmente, à segurança das decisões judiciais.

#### *1.2.1. Relevância do pragmatismo no discurso jurídico*

A validade do pensamento pode estar comprometida numa forma linguística defeituosa ou pouco transparente. Daí a possibilidade de uma abordagem pragmática para as ciências sociais, uma vez que, nessa área do conhecimento, afiguram-se claras as deficiências semânticas da linguagem. Eis por que a lógica moderna deve ter um raio de abrangência muito maior que a clássica, justificando-se, pois, a criação de uma lógica própria para o trato das ciências sociais que ressalte o acentuado conteúdo pragmático da linguagem jurídica; logo, torna-se fundamental afirmar que, diante de textos normativos denotativamente imprecisos (vagos), como o texto constitucional, faz-se necessário o recurso à argumentação, como raciocínio que visa à aplicação das normas jurídicas aos casos concretos<sup>3</sup>.

Nesse sentido, o processo argumentativo não tem como ponto de partida evidências (juízo de realidade), mas sim juízos de valor, que são resgatados por meio das normas jurídicas. A argumentação no Direito pressupõe a articulação de um discurso com o fim de persuadir o órgão responsável pela decisão ou, ainda, por eventual revisão da decisão a aderir à interpretação que se quer ter como vinculante para o caso con-

creto (conflito social que exige decisão jurídica), ou, no caso da Suprema Corte, o convencimento de que a sua decisão (até por ser definitiva) é a mais acertada.

Segundo Aristóteles, há argumentações rigorosas, lógicas, estabelecidas a partir de princípios indubitáveis, evidentes, e há argumentações dialéticas, imprecisas, elaboradas a partir de meras opiniões e princípios dubitativos.

Se, no primeiro caso, fica fácil obter o convencimento dos destinatários da comunicação, o mesmo não ocorre com o último, que necessita de artifícios e estratégias para se impor. É aí que ressalta a importância da retórica, como arte de persuadir e convencer os ouvintes. Para Santo Isidoro de Sevilha, a retórica é a ciência do bem falar nos assuntos civis, para persuadir o ouvinte de coisas justas e boas, com abundância de eloquência.

Ora, o Direito, em toda a sua complexa realidade, consiste justamente numa tarefa de convencer e persuadir a respeito de certas situações, o que o torna eminentemente argumentativo e hermenêutico.

Tal tarefa, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, mostra-se fundamental, tendo em vista até a impossibilidade de reforma de seus pronunciamentos, que só poderão ser objeto de crítica da opinião pública.

Há que ressaltar os aspectos pragmáticos da linguagem jurídica nesse particular, em virtude de que os discursos que tentam fazer prevalecer uma determinada interpretação das normas jurídicas possuem apenas um uso ou função informativos (enquanto meras descrições das normas jurídicas), mas surgem como explicitamente diretos e expressivos, porquanto destinados a influir na decisão a ser tomada pelo órgão competente, e também porque envolvem não apenas aspectos racionais, mas também emotivos, em face da carga emocional dos termos e expressões invocados em sustentação a uma determinada interpretação.

A retórica assume, nesse contexto, papel primordial enquanto processo argumenta-

tivo que, ao articular discursivamente valores, tem por objetivo a persuasão dos destinatários da decisão jurídica quanto à razoabilidade da interpretação prevalecente<sup>4</sup>.

A fundamentação das decisões judiciais expressa-se por meio de discursos retóricos, como processos argumentativos que, ao articular valores, visam a persuadir as partes e os órgãos responsáveis por eventual revisão dessa decisão da razoabilidade da interpretação esposada pelo órgão prolator da mesma. Põe-se em relevância, desse modo, que, além das peças e das sustentações orais produzidas pelas partes do processo, também os atos decisórios do Poder Judiciário apresentam, nesse contexto, um conteúdo eminentemente retórico.

Nesse sentido, Learned Hand (CARTER, 1985, p. 258), Juiz da Suprema Corte norte-americana, ilustra que “um juiz deve pensar em si mesmo como um artista... que embora conheça os manuais, nunca deveria confiar neles para guia; em última instância, deve confiar no sentido instintivo acerca de onde reside a separação entre a palavra e os propósitos que subjazem atrás dela; deve atuar de forma a ser correto com ambos”. Assim, o autor prega a necessidade da busca dos valores na norma jurídica, os quais são objeto precípuo da lógica do razoável e da visão de norma no pragmatismo jurídico de Holmes.

### *1.2.2. O conteúdo pragmático do Direito e o pensamento tópico*

Em seu livro *Tópica e jurisprudência*, Theodor VIEHWEG (1979) analisa o pensamento dogmático que tem predominado no direito através dos séculos e procura demonstrar o caráter do discurso de que se utilizam os juristas, notadamente nas práticas judiciais, ressaltando o caráter aporético da jurisprudência (conflito entre opiniões).

Desde logo, cumpre observar que, diferentemente dos sistematizadores dos quais Kelsen é o exemplo mais típico, Viehweg não criou nem propôs um novo tipo de discurso para o direito, mas vislumbrou-o ao anali-

sar as produções jurídicas em que tal discurso se encontrava latente ou implícito. O método tópico-retórico não foi, pois, criado por Viehweg, mas reencontrado e difundido pelo pensador alemão.

A tópica é muito antiga e teve opositores como Sócrates e Platão, que a consideravam como uma condenável arte de disputar pertencente ao domínio dos retóricos e sofistas. Aristóteles, que lhe deu nome de “Topika”, reservou para a filosofia o discurso apodíctico e para a tópica, o discurso dialético, significando com isso que aquela se ocupa do verdadeiro, enquanto esta, do meramente opinável. O pensador grego chegou a projetar um catálogo de tópicos universais para todos os problemas pensáveis e Cícero utilizou conscientemente o discurso tópico-retórico.

Sinteticamente, a tópica constitui técnica de pensamento que se orienta a partir do problema que se quer solucionar. Opõe-se ao pensamento sistemático, que se orienta a partir de um paradigma geral. Segundo o pensamento tópico, o que releva é a solução do problema, não importando a qual ou a quais sistemas tenha-se de recorrer para isso – é uma busca de caminhos para eliminar uma aporia. Segundo o pensamento sistemático, o que importa é a fidelidade ao sistema: se determinado problema não encontra solução dentro do sistema utilizado, é porque se trata de um problema insolúvel. Para o pensamento tópico, pelo contrário, não existe problema insolúvel.

A técnica do pensamento problemático, portanto, não parte do ponto de vista geral para resolver o caso particular; pelo contrário, põe o problema particular no primeiro plano de atenção e, sem jamais perdê-lo de vista, faz incursões nos diversos sistemas existentes em busca de pontos de vista que lhe sejam pertinentes. Esses pontos de vista são os *topoi* ou tópicos, lugares-comuns revelados pela experiência bem sucedida. Isolados, não têm os tópicos nenhuma relação entre si. O que os relaciona e atrai são os dados do problema e o que os elegeram

rejeita é a solução que se pretenda dar ao problema.

Segundo VIEHWEG (1979), existem tópicos universais e tópicos somente aplicáveis a determinado ramo do saber.

A verdade é que os tópicos encontram-se em todos os ramos do conhecimento, não apenas nas chamadas ciências humanas, mas até mesmo em algumas das ditas ciências exatas. O próprio legislador por vezes os recolhe, dando-lhes *status* de lei. Os tópicos nada mais são que opiniões acreditadas que, por seu poder retórico, dispensam verificação ou demonstração. Eles nada têm com a verdade (tomada essa palavra com seu usual sentido absoluto), mas sim com a verossimilhança. As conclusões que se obtêm, quando tópicos são tidos como premissas, não são lógicas, mas dialéticas. Portanto, a tópica é uma prática de argumentação.

Com base na leitura da obra de VIEHWEG e na de Aristóteles, identificam-se, pois, cinco passos a serem seguidos pelo operador jurídico com a finalidade de convencer sua platéia (aspecto pragmático da linguagem) e, conseqüentemente, comunicar-se:

1º passo: a determinação do problema, ou seja, a identificação e delimitação do caso com todas as suas circunstâncias;

2º passo: o inventário dos tópicos pertinentes ao caso;

3º passo: a seleção dos tópicos pró e contra, agrupando-os segundo as soluções possíveis para o caso;

4º passo: a montagem da argumentação, exaltando os tópicos pró e desqualificando (refutando ou omitindo) os tópicos contra em relação à solução eleita pelo intérprete;

5º passo: a síntese da conclusão julgada justa.

Observa-se que, subjacente ao raciocínio de Viehweg, encontra-se a noção da importância do fato concreto para a resolução do problema jurídico, conforme ressaltado por Recaséns Siches na análise da realidade fáctica que se constitui em uma das características *del logos de lo razonable*; do mesmo modo, parte Holmes da experiência, da re-

petição de casos concretos, para apresentar a lógica jurídica<sup>5</sup>.

## 2. *Recaséns Siches e a lógica do razoável*

### 2.1. *Recaséns Siches e a filosofia do Direito*

Luís Recaséns Siches, Professor catedrático da Universidade de Madrid e professor emérito da Universidade Nacional do México, filósofo, advogado e historiador, foi discípulo de Ortega Y Gasset e buscava integrar o valor histórico da existência humana como pressuposto para elaboração de uma teoria de valores.

Na visão de REALE, sobre filósofos jurídicos relacionados à teoria tridimensional do direito, “lugar à parte ocupa Luís Recaséns Siches, o qual, através de uma original concepção inspirada nos princípios do ‘raciovitalismo’ de Ortega y Gasset, elaborou, inicialmente, um tridimensionalismo perspectivístico, que exerceu larga influência no mundo jurídico latino-americano, para, afinal, acolher a solução por mim proposta, em termos de ‘tridimensionalidade específica’”(2001, p. 41).

Recaséns SICHES tinha, como Reale, uma visão tridimensional do Direito em valor, norma e fato:

“Nessa concepção conservam-se as três dimensões de que tenho tratado – valor, norma e fato –, porém indissolúvelmente unidas entre si em relações de essencial implicação. O direito não é um valor puro, nem é mera norma com certos característicos especiais, nem é um simples fato social com notas particulares. O Direito é uma obra humana social (fato) de forma normativa destinada à realização de valores”(1975, p. 159).

Portanto, é relevante a contribuição de Recaséns Siches à teoria tridimensional, no estudo da conceituação do direito e no da concreção do fenômeno normativo, visto ser o direito um produto de cultura, e, por con-

seguinte, histórico, cujas três dimensões não se dão como três objetos justapostos, mas são, ao contrário, três aspectos essencialmente entrelaçados, de modo indissolúvel e recíproco.

Nesse aspecto, ressalta REALE :

“Em outro ponto a doutrina de Recaséns coincide com a que venho expondo, embora por outros fundamentos: é quanto à historicidade essencial da experiência jurídica, que não exclui mas antes implica o reconhecimento das que denomino invariantes axiológicas, condicionadoras das situações sociais históricas particulares. O pensamento de Recaséns situa-se nos quadros de uma ampla compreensão do direito como experiência que se desenvolve segundo exigências da ‘razão vital’ e da razão histórica, não segundo relações lógico-matemáticas do logos da razão abstrata, mas sim em consonância com o logos concreto do razoável, que encontra nos motivos existenciais a sua fonte constitutiva”(2000, p. 42).

Margarida Lacombe CAMARGO, por outro lado, coloca a contribuição de Recaséns Siches no âmbito do que ela chama de pós-positivismo:

“Luís Recaséns Siches escreve a ‘Nova Filosofia da Interpretação do Direito’ sob o impacto da crise vivida pelo direito nos anos que se seguiram à Segunda Guerra Mundial, e que deu origem ao que podemos chamar agora de *pós-positivismo*. Entendemos como pós-positivismo o pensamento jusfilosófico que enfrenta mais de perto as insuficiências do modelo lógico-formal para o tratamento das questões jurídicas.

Recaséns Siches fala em crise, baseando-se no fato de que os valores da sociedade de sua época não correspondiam mais aos valores consagrados anteriormente. A certeza e a objetividade trazidas pelo científicis-

mo e pelo formalismo não se adequavam mais ao clamor da verdadeira justiça, encontrada na sociedade. Caem os sistemas formais e a filosofia do direito tem que dar conta de uma nova fundamentação e método que então se impunham”(1999, p. 157).

Dirceu GALDINO ressalta a contribuição de Recaséns Siches na lógica do razoável:

“A lógica do razoável quebra a lógica formal (tradicional), porque reconhece que a norma jurídica é um produto da vida humana, e, especificamente, é vida humana objetivada. Em sua estrutura, a norma, imposta pelo Estado, incorpora um tipo de ação humana, que se torna uma conduta para ação, um critério ou um plano. Contudo, esses elementos não podem ser captados inteiramente pela lógica formal, insensível às suas características específicas. Para apreender-lhes a essência, tornam-se imprescindíveis métodos adequados que se afeiçoem à natureza do objeto – a vida humana – e que também decorram da razão.

Frente à vida humana há que ser adotada uma atitude finalística, valorativa. Daí não se captar a norma jurídica, em sua essencialidade, senão com métodos tomados da lógica, mas de uma lógica especial, a lógica do *razonable*. Essa lógica tem por pressuposto experiências humanas, realidades e juízos de valor. Alicerçando-se nesses elementos, aprecia-se e revive-se uma norma jurídica, em cada caso; de maneira que a solução por ela apresentada para um caso determinado não terá a generalidade que a lógica tradicional apregoa, porém estará impregnada de particularidade valorativa, de especificidade”(1990).

## 2.2. Recaséns Siches e a lógica do razoável como mecanismo de segurança jurídica

Ao constatar que a filosofia jurídica acadêmica do século XX não vinha desempe-

nhando papel suficientemente importante no desenvolvimento do Direito de nossa época, Recaséns Siches buscou, para alargar os horizontes de juízes e advogados, idéias que servem como fonte de inspiração para o aperfeiçoamento do Direito positivo.

Entre suas contribuições, a que mais se destaca no âmbito deste estudo é a proposta articulada de uma nova filosofia da interpretação do Direito que propõe uma revisão das concepções tradicionais da função judicial e dos métodos interpretativos, mas, também e sobretudo, procura definir as bases teóricas de uma lógica material do Direito, a ser utilizada em substituição à lógica tradicional: trata-se da lógica do razoável.

Em sua obra sobre uma nova filosofia de interpretação, em contraponto à lógica formal, afirma Recaséns SICHES:

“El Derecho es seguridad; pero, seguridad en que? Seguridad en aquello que se considera justo y que a la sociedad de una época le importa fundamentalmente garantizar, por estimarlo ineludible para sus fines. (...) Lo que el derecho debe proporcionar es precisamente seguridad en lo justo.

(...) Lo que el Derecho puede ofrecernos es sólo un relativo grado de certeza y seguridad, un mínimo indispensable de certeza y seguridad para la vida social”(1986, p. 15).

Conforme assinala Margarida CARMARGO, na época em que Recaséns Siches desenvolve sua teoria da lógica do razoável, “o aparelho judicial do Estado é chamado a dar efetividade aos direitos sociais consagrados em lei após muito esforço e muita luta” (1999, p. 159).

Trata-se da visão de justiça distributiva que se impõe, retirando a exclusividade dos valores relativos à segurança da ordem social, sob a ênfase do individual. A crise que se verifica corresponde, na realidade, à tensão existente, por um lado, entre as exigências de certeza e segurança e os novos valores relativos à justiça; e, de outro, à necessi-

dade natural de ordem e estabilidade sociais, diante dos anseios, também naturais, por novas transformações que acompanhem o progresso.

Para defesa de uma nova filosofia, Recaséns Siches estabelece, em seu trabalho, nos termos de Margarida CAMARGO:

“uma distinção entre *filosofia jurídica acadêmica e filosofia jurídica não-acadêmica*. A primeira corresponde àquela ensinada nas universidades sob o título de Teoria Geral do Direito, cuja preocupação é divulgar conceitos de ordem geral cabíveis em todo e qualquer ordenamento jurídico como instrumento facilitador para o tratamento científico de questões específicas de direito. Seriam, basicamente, os conceitos de sujeito de direito, objeto jurídico, fato jurídico, relação jurídica, a distinção entre direito e moral, os ramos do direito etc. Diferente é a filosofia jurídica não-acadêmica, que se mostra mais preocupada com os problemas oriundos da prática jurídica, independentes de conceitos de ordem geral. O aplicador do direito muitas vezes se depara com problemas que dificultam a escolha da norma certa para o caso certo, bem como a escolha do conteúdo certo para aquele caso” (1999, p. 159-160).

Assim, a filosofia não-acadêmica almeja resolver questões pertinentes à interpretação e à aplicação do Direito. Notando a importância do valor jurídico *certeza*, sem se descuidar da *justiça*, Recaséns Siches procura um método, uma lógica própria para as questões humanas.

Não sendo arbitrário, o agir humano possui uma razão própria, distinta das que movem os fenômenos da natureza. As obras humanas são dotadas de sentido, de finalidade, de objetivo. Assim, meios e fins se relacionam, também, no contexto da referência histórica.

Nas palavras do próprio Recaséns SICHES:

“El análisis de la humana existencia y, sobre todo, de la acción humana descubre los siguientes puntos:

A) Que el hombre actúa u opera siempre en un mundo concreto, en una circunstancia real, limitada y caracterizada por rasgos y condiciones particulares.

B) Que ese mundo concreto es limitado, es decir, que ofrece algunas posibilidades, pero que carece de otras posibilidades.

C) Que en la búsqueda, mediante la imaginación, de lo que es posible producir en ese mundo limitado y concreto para resolver el problema de una necesidad, intervienen múltiples valoraciones: Primero, sobre la adecuación de la finalidad o meta para satisfacer la necesidad en cuestión; segundo, sobre la justificación de ese fin desde varios puntos de vista estimativos: utilitario, moral, de justicia, de decencia, etcétera; tercero, sobre la corrección ética de los medios; y cuarto, sobre la eficacia de los medios.

D) Que en todas las operaciones para establecer el fin y para encontrar los medios, los hombres se guían no sólo por las luces de sus mentes personales, sino también por las enseñanzas derivadas de sus propias experiencias y de las experiencias ajenas” (1979, p. 257).

Toda obra humana não é valor puro, mas ação humana, ou produto desta ação. Nesse aspecto, a norma jurídica como um produto histórico intencionalmente referido a valores deve levar em conta a lógica do razoável.

Siches pode ser visto como autor que prega a importância do problema, do fato social para o Direito, da mesma maneira pragmática de Viehweg:

“Com a idéia inicial de lógica material, Recaséns Siches se posiciona junto a autores como Viehweg e Perelman, que tratam o direito de forma

assistemática. Recaséns Siches não enfrenta propriamente a questão metódica proposta pela tópica aristotélica, resgatada por Viehweg, e nem a retórica, retomada por Perelman, que adotam como base de raciocínio opiniões ‘lugar comum’. Essas bases de verossimilhança, e não de verdades, levam à formulação de um raciocínio opinativo que guarda força apenas em seus argumentos; ao contrário do raciocínio matemático, que se apóia na certeza das inferências retiradas das premissas e que levam a uma solução correta. Não obstante a possibilidade de se estabelecer um raciocínio não-sistemático, à medida que se privilegia o problema – o fragmento, em lugar do todo –, e também poder, com o auxílio da tópica, iluminar o problema sob os seus diversos ângulos, são ambas as possibilidades aproveitadas por Recaséns Siches. Na realidade, seria esta a grande contribuição de Recaséns Siches: buscar, a partir do problema, a axiologia do direito”(CAMARGO, 1999, p. 166-167).

HOLMES, num mesmo sentido, ressalta que o Direito está aberto a novas interpretações diante de mudanças nos hábitos sociais; e as decisões judiciais espelham as circunstâncias temporais e geográficas em que são proferidas:

“Such matters really are battle grounds where the means do not exist for determinations that shall be good for all time, and where the decision can do no more than embody the preference of a given body in a given time and place. *We do not realize how large a part of our law is open to reconsideration upon a slight change in the habit of the pulic mind*”(apud MARKE, 1955, p. 70).

Essa afirmativa de Holmes serve a demonstrar, também – principalmente hoje, em que os meios de comunicação de massa, ou a mídia, são amplos e velozes –, como a opinião pública influi na decisão judicial.

A consciência social e o momento histórico, em Holmes, são de extremo peso nas ponderações da fundamentação da decisão.

### 3. Dimensões da lógica do razoável

Para Recaséns SICHES (1979, p. 258-259), há *sete* características basilares da lógica do razoável, a saber:

- ser limitada pela realidade concreta do mundo em que opera – aspecto histórico da lógica do razoável;
- ser impregnada de valores – aspecto valorativo da lógica do razoável;
- seus valores são concretos, vinculados a uma determinada situação humana – aspecto concreto da lógica do razoável;
- busca objetivos e finalidades no agir humano – aspecto teleológico da lógica do razoável;
- as finalidades e os objetivos condicionam-se à realidade humana – aspecto cultural da lógica do razoável;
- rege-se por razões de congruência e adequação – aspecto proporcional da lógica do razoável;
- vincula-se aos ensinamentos extraídos da experiência humana e histórica – aspecto fático da lógica do razoável.

Em face da semelhança ou correlação de algumas dessas características, vamos agrupá-las em cinco categorias, que serão detalhadas a seguir:

- aspecto histórico e fático da lógica do razoável
- aspecto valorativo da lógica do razoável
- aspecto concreto da lógica do razoável
- aspecto teleológico e cultural da lógica do razoável
- aspecto proporcional da lógica do razoável

#### 3.1. Aspecto histórico e fático da lógica do razoável

Conforme ensina Recaséns SICHES:

“A la vista de este esbozo de análisis de la acción humana, resulta posible darse cuenta de que la lógica de la

acción humana o lógica de lo razonable, presenta, entre otras, las siguientes características:

Primero, está limitada o circunscrita, está condicionada y está influida, por la realidad concreta del mundo en el que opera – en el Derecho, está circunscrita, condicionada e influida por la realidad de un mundo social e histórico particular, en el cual, con el cual y para el cual son producidas las normas jurídicas, lo mismo las generales (leyes), que las individualizadas (sentencias judiciales y resoluciones administrativas ).

(...)

Séptimo, la lógica de lo razonable está orientada por las enseñanzas extraídas de la experiencia de la vida humana y de la experiencia histórica, esto es, de la experiencia individual y de la experiencia social – presente y pasada –, y se desenvuelve instruida por esa experiencia”(1979, p. 258-259).

A dimensão histórica e fática da lógica do razoável ratifica a afirmação de que a lógica do razoável é a lógica da ação humana no mundo em que se encontra, datada e posicionada no espaço.

A norma jurídica surge em um determinado tempo e espaço e deve ser aplicada em outro tempo e espaço. Esses elementos temporais e espaciais são importantíssimos para a conformação da norma com a sua realidade.

Nesse sentido, importantíssima a colocação de Miguel REALE a respeito de a norma jurídica estar situada no tempo e no espaço e da necessidade de o intérprete adequá-la às necessidades sociais:

“Mas acontece que a norma jurídica está imersa no mundo da vida, ou seja, na nossa vivência cotidiana, no nosso ordinário modo de ver e de apreciar as coisas. Ora, o mundo da vida muda. Então acontece uma coisa que é muito importante e surpreendente: uma norma jurídica, sem sofrer qual-

quer mudança gráfica, uma norma do Código Civil ou do Código Comercial, sem ter alteração alguma de uma vírgula, passa a significar outra coisa. Querem um exemplo? Há um artigo do Código Civil, o de número 924, segundo o qual pode o Juiz reduzir a multa convencional no contrato proporcionalmente ao adimplemento da avença. Pois bem, na época de individualismo que se seguiu ao Código Civil de 1916 até a década de 30, que faziam os advogados? Os advogados são uns seres muito espertos, dotados de esperteza da técnica que é fundamental. Os advogados punham no contrato: a multa será sempre devida por inteiro, qualquer que seja o tempo de adimplemento do contrato. De maneira que aconteceu um caso muito doloroso em São Paulo, quando uma pobre costureira, que havia cumprido o contrato até o 20º mês, na compra de uma máquina de costura, não conseguiu pagar as duas últimas prestações. O credor exigia, além da devolução da máquina, mais a multa por inteiro. Ora, pela primeira vez na história do Direito brasileiro o Tribunal de Justiça de São Paulo declarou: ‘Alto lá! O contrato não pode prevalecer sobre a lei, sendo a ressalva contratual nula de pleno direito’. Até então não havia sido posta em dúvida a cláusula contratual, por entender-se que o artigo do Código Civil era apenas dispositivo. O Tribunal de São Paulo, ao contrário, entendeu, e entendeu bem, que essa norma legal era de ordem pública, dirigida ao juiz para um juízo de equidade. Além disso, determinou que o bem fosse avaliado, cabendo à costureira parte do valor apurado, o que a lei veio depois consagrar”(2000, p. 125).

### 3.2. *Aspecto valorativo da lógica do razoável*

Conforme ensina Recásens SICHES:

“A la vista de este esbozo de análisis de la acción humana, resulta posible darse cuenta de que la lógica de la acción humana o lógica de lo razonable, presenta, entre otras, las siguientes características:

(...)

Segundo, está impregnada de valoraciones, esto es, de criterios estimativos o axiológicos. Adviértase que esa dimensión valoradora es por completo ajena a la lógica formal, o a cualquier teoría de la inferencia. Ese estar impregnada de valoraciones es uno de los rasgos que decisivamente diferencia la lógica de lo razonable frente a la lógica de lo racional”(1979, p. 258).

A dimensão valorativa da lógica do razoável destaca a diferença entre a lógica formal e a lógica do razoável.

Em que medida se pode falar de uma “lógica jurídica”? Certamente não se trata da mera aplicação da lógica tradicional ao Direito; afinal, como bem aponta PERELMAN, não há mais sentido em falar de “lógica jurídica” quando nos referimos à aplicação da lógica geral aos fins específicos do Direito; assim como falarmos em “lógica bioquímica” ou “lógica zoológica” ao utilizarmos as leis da lógica geral aplicadas à bioquímica ou à física (1988, p. 13).

Excluída essa concepção, encontramos no pensamento jurídico duas tendências básicas sobre o conceito de lógica jurídica: para alguns, a lógica jurídica é parte de uma disciplina mais abrangente, a lógica deontica, que se ocupa de todos os campos do conhecimento que lidam com normas. Para essa corrente, a lógica jurídica é uma lógica que se ocupa da formalização da linguagem jurídica e tem por objetivo examinar as estruturas formais do Direito<sup>6</sup>.

Outra vertente doutrinária, na qual se incluem Recaséns Siches e Miguel Reale, constatou que a experiência jurídica tem demonstrado que, na prática cotidiana, os aplicadores do Direito se utilizam de uma série de técnicas intelectuais peculiares ao

seu campo, técnicas estas que, consideradas em conjunto, configuram inegavelmente uma espécie diferente de saber. Essa outra lógica, assim definida, chamada por alguns de lógica material do Direito (em oposição à lógica formal tradicional), é denominada por Recaséns SICHES *lógica do razoável*.

A expressão “lógica do razoável” denota a convicção de que esse saber a que nos referimos é um saber que atua dentro do campo da razão, mas ao mesmo tempo transcende as categorias da lógica formal. Trata-se de uma forma de conhecimento que, não obstante seja distinta da lógica formal, ainda reivindica para si o *status* da racionalidade.

### 3.3. Aspecto concreto da lógica do razoável

Conforme ensina Recaséns SICHES:

“A la vista de este esbozo de análisis de la acción humana, resulta posible darse cuenta de que la lógica de la acción humana o lógica de lo razonable, presenta, entre otras, las siguientes características:

(...)

Tercero, tales valoraciones son concretar, es decir, están referidas a una determinada situación humana real, a una cierta constelación social y, en consecuencia, deben tomar en cuenta todas las posibilidades y todas las limitaciones reales”(1979, p. 258).

A dimensão concreta da lógica do razoável destaca a necessidade de utilização dos elementos do caso particular, a dimensão da equidade da norma, da justiça do caso concreto.

Nesse aspecto, pode estar, inclusive, a escolha do método interpretativo mais eficaz para determinada situação fática sujeita à Ciência Jurídica.

Assim, tratando dos métodos hermenêuticos e da lógica do razoável em Siches, Gustavo PACHECO afirma:

“em cada caso o juiz deve interpretar a lei segundo o método que leve à solução mais justa entre todas as possíveis, inclusive

quando o legislador impertinente-mente tiver ordenado um determinado método de interpretação (...) O ordenamento jurídico positivo, e portanto o legislador, se propõe, através das normas que emite, obter o maior grau de realização da justiça, e dos valores por ela implicados, em uma determinada sociedade. Tal é, ao menos em princípio, a intenção de todo sistema de Direito positivo, independentemente de qual seja o grau, maior ou menor, em que tenha conseguido realizar com êxito este intuito. Assim, o legislador se propõe com suas leis a realizar da melhor maneira possível as exigências da justiça. Portanto, se o juiz trata de interpretar essas leis de modo que o resultado de aplicá-las aos casos singulares traga a realização do maior grau de justiça, não faz outra coisa senão servir exatamente ao mesmo fim a que se propôs o legislador. O juiz é muito mais fiel à vontade do legislador, e à finalidade a que este se propôs, quando interpreta as leis precisamente de tal maneira que sua aplicação aos casos singulares resulte o mais próximo possível da justiça, do que quando as interpreta de uma maneira literal, ou reconstruindo imaginativamente a vontade autêntica do legislador, se esses métodos aplicados ao caso aventado produzem uma solução menos justa” [grifo nosso](1994, p. 122).

Observe-se, por outro lado, que Recaséns Siches não defende o abandono do dogma da submissão do juiz ao Direito positivo, considerado por ele como garantia básica de justiça e do pleno funcionamento do ordenamento jurídico.

### *3.4. Aspecto teleológico e cultural da lógica do razoável*

Conforme ensina Recaséns SICHES:

“A la vista de este esbozo de análisis de la acción humana, resulta posi-

ble darse cuenta de que la lógica de la acción humana o lógica de lo razonable, presenta, entre otras, las siguientes características:

Cuarto, las valoraciones constituyen la base o apoyo para la formulación de los objetivos, esto es, para el establecimiento de las finalidades. Tales objetivos o finalidades impregnan la lógica de lo humano o de lo razonable; y dan a ésta su característica estructura especial.

(...)

Quinto, pero la formulación de objetivos o establecimiento de fines no sólo se apoya sobre valoraciones, sino que además está condicionado por las posibilidades que le ofrezca la realidad humana social concreta. El señalamiento de los fines u objetivos es el resultado de la combinación del conocimiento sobre una realidad humana social particular con unas valoraciones concebidas como pertinentes respecto de lo que se debe hacer con esa realidad”(1979, p. 258).

A dimensão teleológica e cultural da lógica do razoável destaca que a conduta humana é finalística.

Admite-se que toda conduta humana deve ser voluntária, isto é, que sem vontade não há conduta. A vontade implica sempre uma finalidade, porque não se concebe que haja vontade de nada ou vontade para nada; a vontade sempre é vontade de algo, isto é, a vontade sempre tem um conteúdo, que é uma finalidade. Assim, afirma SICHES:

“La estructura del hacer humano consiste en que se quiere hacer lo que se hace, por algo (por un motivo, que deriva de una urgencia, de una necesidad, de un afán) y para algo (con una finalidad), todo lo cual está dotado de sentido o significación”(1979, p. 18).

Nesse diapasão, colaciona-se o pensamento de REALE:

“Toda pessoa é única e nela já habita o todo universal. Deve, assim, ser

vista como centelha que condiciona a chama e a mantém viva, e na chama a todo instante crepita, renovando-a criadoramente, sem reduzir-se uma à outra. Embora precária a imagem, o que importa é tornar claro que dizer pessoa é dizer singularidade, *intencionalidade, liberdade, inovação, transcendência, o que se torna impossível em qualquer concepção transpersonalista*”(2000, p. 135).

### 3.5. Aspecto proporcional da lógica do razoável

Conforme ensina Recaséns SICHES:

“A la vista de este esbozo de análisis de la acción humana, resulta posible darse cuenta de que la lógica de la acción humana o lógica de lo razonable, presenta, entre otras, las siguientes características:

(...)

Sexto, consiguientemente la lógica de lo razonable está regida por razones de congruencia o de adecuación:

A) Entre la realidad social y los valores, es decir: cuáles sean los valores apropiados para la ordenación de una determinada realidad social.

B) Entre los valores y los fines u objetivos, esto es, cuáles sean los objetivos valiosos.

C) Entre los objetivos y la realidad social concreta, esto es: cuáles sean los propósitos de posible y conveniente realización.

D) Entre los fines u objetivos y los medios, en cuanto a la adecuación de los medios para los fines.

E) Entre los fines y los medios respecto de la corrección ética de los mediar. Se trata de evitar la caída abismal en la perversa máxima de que el fin justifica los medios; máxima de intrínseca maldad, porque cuando se trata de servir un fin bueno con medios malos el fin pierde la bondad, contagiándose de los medios.

F) Entre los fines y los medios, en lo que se refiere a la eficacia de los medios”(1979, p. 258-259).

A dimensão proporcional ou da razoabilidade da lógica do razoável destaca um aspecto muito em voga na hermenêutica constitucional, o de que as leis devem ser adequadas às suas finalidades.

A idéia de razoabilidade permeou grande parte da produção intelectual de Recaséns SICHES, que enfatiza que toda a produção do Direito (que se inicia com o trabalho legislativo e culmina com a aplicação concreta às situações individuais) deve estar inspirada pela noção do razoável, cuja análise não se restringe aos elementos objetivos, mas inclui as circunstâncias espaço-temporais que limitam, influem e condicionam o homem, como ente possuidor de valores (1971, p. 533).

Gilmar Ferreira MENDES utiliza proporcionalidade e razoabilidade como expressões intercambiáveis e contidas na cláusula do devido processo legal do artigo 5º, LIV, da Constituição Federal. Essa conclusão foi obtida após a análise de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente quanto ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 958-3-RJ, acerca da constitucionalidade do artigo 5º, seus parágrafos e incisos, da Lei n. 8.713, de 30 de setembro de 1993:

“Portanto, o Supremo Tribunal Federal considerou que, ainda que o legislador pudesse estabelecer restrições ao direito dos partidos políticos de participar do processo eleitoral, a adoção de critério relacionado com fatos passados para limitar a atuação futura desses partidos parecia manifestamente inadequada e, por conseguinte, desarrazoada.

Essa decisão consolida o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade como postulado constitucional autônomo que tem sua *sedes materiae* na disposição constitucional que disciplina o devi-

do processo legal (art. 5º, inciso LIV). Por outro lado, afirma-se de maneira inequívoca a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade da lei em caso de sua dispensabilidade (inexigibilidade), inadequação (falta de utilidade para o fim perseguido) ou de ausência de razoabilidade em sentido estrito (desproporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido)”(1994, p. 469-475).

#### 4. O pragmatismo norte-americano

“Consider what effects, that might conceivably have practical bearings, we conceive the object of our conception to have. Then, our conceptions of these effects is the whole of our conception of the object”.

Charles S. Peirce<sup>7</sup>

Segundo ABBAGNANO, “o pragmatismo é a forma que foi assumida, na filosofia contemporânea, pela tradição clássica do empirismo inglês”. Para Locke, como para Hume, pode-se considerar válido qualquer produto da atividade humana, desde que seja possível encontrar na experiência os elementos de que resulta e desde que esses sejam relacionados entre si do mesmo modo que na experiência (2000, p. 7).

Para Peirce, fundador do Pragmatismo, esse é “um método de tornar claras as idéias, relacionando-as com seus efeitos”<sup>8</sup>.

Assim, na longa discussão entre o empirismo e o idealismo, o pragmatismo aproxima-se do empirismo, conforme destaca Peirce, em seu artigo “How to make our ideas clear”<sup>9</sup>.

Tratando da investigação científica, Peirce destaca que há diferentes modos para estudar a velocidade da luz. Entretanto, todos eles convergem para um determinado núcleo comum. Assim, diferentes concepções fluem para a verdade, que é a realidade<sup>10</sup>.

O Pragmatismo surge na Universidade de Harvard nos EUA, no final do século XIX e início do século XX. Devem-se ressaltar

para sua compreensão os seus três autores clássicos: Charles Peirce, William James e John Dewey.

No âmbito deste trabalho que se volta à segurança jurídica das decisões judiciais, analisaremos somente os dois primeiros autores acima citados, pois que fundamentais à compreensão da filosofia pragmática do *Justice* HOLMES.

##### 4.1. O pragmatismo como teoria do significado na visão de seu fundador

Charles Peirce, autor com vasta bibliografia em temas que hoje seriam chamados de “filosofia da ciência”, a partir dos quarenta e oito anos de idade, consagrou-se à filosofia. Foi, também, bastante conhecido pelo desenvolvimento da lógica simbólica e da semiótica, a teoria dos signos e símbolos.

Nunca escreveu um livro. Viveu e trabalhou na obscuridade. Foi seu amigo William James, que tornou o pragmatismo americano conhecido mundo afora (cf. KURTZ, 1969, p. 45).

Para Peirce, o conhecimento não é um fato impessoal; adquire-se conhecimento como participante e não como mero espectador. Nesse diapasão, ABBAGNANO sintetiza:

“A tese filosófica fundamental de Peirce é que o único fim de toda a indagação ou forma de proceder racional é o estabelecimento de uma crença, entendendo-se por crença um hábito ou uma regra de ação que, mesmo que não conduza imediatamente a um acto, torna possível um dado comportamento quando a ocasião se apresenta” (2000, p. 9).

Nada é definitivo no nosso conhecimento. ABBAGNANO, citando Peirce, afirma que *uma proposição verdadeira é uma proposição acreditada que não conduzirá a qualquer decepção enquanto não for compreendida de forma diferente daquela como foi inicialmente entendida* (2000, p. 10).

Peirce influenciou os trabalhos de William James e John Dewey, não obstante cada

um deles tivesse preocupações diversas com temas distintos. Assim, de acordo com Bryan MAGEE:

“Quando os Estados Unidos se firmaram como uma nação independente perto do final do século XVIII, isso deu novo ímpeto ao desenvolvimento de uma cultura e de uma abordagem das idéias especificamente norte-americanas. Mas foi preciso quase outro século para que a filosofia norte-americana se desenvolvesse a ponto de atrair a atenção internacional; e veio então uma época, no final do século XIX e começo do XX, em que o departamento de filosofia de Harvard foi considerado por muitas opiniões abalizadas como o melhor do mundo. Três extraordinários filósofos norte-americanos dessa época adquiriram desde então status de clássicos e ficaram conhecidos como ‘os pragmatistas americanos’. Destes, o mais original foi Charles Sanders Peirce; o mais agradável de ler, William James; e o de projeção mais ampla, John Dewey” (2000, p. 186).

No âmbito da mutabilidade das verdades, a influência de Peirce em Dewey é enorme. Conforme destaca Martyn OLIVER:

“Em *The Quest for Certainty* (A Busca da Certeza), Dewey afirma que a investigação filosófica tradicional, que busca descobrir verdades permanentes baseadas em um conhecimento seguro e imutável do mundo, é uma atividade inútil, pois ela está sempre em mutação. O critério da verdade não é fornecido por estruturas permanentes da realidade, mas sim pela experiência. Por isso, a filosofia quase nunca tem conseqüências práticas, já que procura encontrar um ponto de objetividade arquimediano além da experiência e, portanto, além da prática” (1998, p. 138).

O significado de uma idéia deve ser descoberto com base nos seus efeitos práticos. Em *How to make our ideas clear?* (1878), afir-

ma Peirce que idéia clara é aquela que não se confunde com nenhuma outra. Nesse aspecto, MAGEE assinala:

“Talvez a tese central de Peirce seja a de que o conhecimento é uma atividade. Somos levados a inquirir, a querer saber, por alguma necessidade, carência ou dúvida. Isso nos leva a avaliar nossa situação-problema, a tentar ver nessa situação o que está errado, ou faltando, e os modos como pode ser corrigido.(...) O primeiro artigo importante de Peirce se chamava ‘Como tornar claras nossas idéias’ (1878), e ali se sustenta que para entender um termo claramente devemos perguntar a nós mesmos que diferença faria a sua aplicação à nossa avaliação de nossa situação-problema, ou de uma solução proposta para ela. Essa diferença constitui o significado do termo” (2000, p. 186).

Nesse artigo, Peirce defende a tese central de que o “conhecimento é uma atividade prática”. Somos levados a indagar por alguma necessidade ou dúvida (KURTZ, 1969, p. 66).

No mesmo sentido, William James afirma que “a filosofia não é uma ciência estanque, é algo para ser vivido integralmente”<sup>11</sup>.

Peirce exemplifica que, no cotidiano, o homem deve fazer opções e avaliar a situação-problema apresentada. Em indagações simples, tal qual, como pagar o cocheiro que nos transportou? com um *nickel* ou com cinco moedas de um centavo?, a resposta deveria ser: pagar com a(s) primeira(s) moeda(s) que aparecer (em) (cf. KURTZ, 1969, p. 65-66).

O conceito de uma idéia vincula-se aos efeitos daquela idéia. Assim, o conceito de ser “duro” (*hard*) vincula-se a não ser facilmente arranhado por outras substâncias. O conceito de “duro” vincula-se, portanto, aos efeitos de ser duro. Algo pode ser duro em uma determinada circunstância (comparativa) e mole em outra. O que demonstra que o conhecimento não é absoluto e imutável (KURTZ, 1969, p. 70).

Também, por meio de Peirce desenvolve-se a semiótica, sendo o pragmatismo o método para determinar os significados dos termos.

#### 4.2. O aspecto moral do pragmatismo na visão de William James

William James, médico que ensinou sucessivamente fisiologia, filosofia e psicologia em Harvard, foi o autor que tornou o pragmatismo mundialmente conhecido, tendo sido conferencista em universidades européias.

Em *Philosophical conceptions and practical results*, afirmou James que Peirce foi o fundador do Pragmatismo (cf. KURTZ, 1969, p. 105).

Enquanto Peirce propunha que o pragmatismo fosse uma teoria do significado (semiótica), com uma preocupação com a ciência, James tratou-o como uma teoria da verdade no campo da moral e da religião.

Para James, o pragmatismo é uma teoria da verdade que permite para um determinado indivíduo testar uma determinada idéia em uma determinada circunstância<sup>12</sup>.

Para ele, verdadeiro é qualquer coisa que responda, satisfatoriamente, às indagações humanas. Exemplifica com a crença religiosa, que auxilia uma mãe que perdeu seu filho, na medida em que extrai conforto ao acreditar que seu filho está no céu (cf. MAGEE, 2000, p. 189).

Nesse sentido, ABBAGNANO afirma:

“O método pragmático foi enxertado no tronco da filosofia tradicional e utilizado para uma defesa do espiritualismo por William James (...) Segundo este ponto de vista, tornam-se ‘verdadeiras’ as crenças que são úteis para a ação”(2000, p. 11-12).

Para James, as questões morais necessitam de resposta como as questões do mundo visível. Na obra *The will to belief*, afirma que “um organismo social de qualquer tipo, grande ou pequeno, é o que é porque cada membro segue a sua consciência moral com a confiança que os outros farão o mesmo” (KURTZ, 1969, p. 138).

Destacando esse aspecto, ABBAGNANO afirma:

“A tese fundamental de ‘A vontade de crer’ consiste em que, sendo a função do pensamento servir a ação, o pensamento não tem o direito de inibir ou bloquear crenças úteis ou necessárias para uma ação eficaz no mundo.(...) A simpatia, o amor, conquistam-se com a fé na sua possibilidade. E qualquer organismo social, por pequeno ou grande que seja, se rege pela confiança em que cada um fará o que deve, e é, assim, uma consequência desta confiança” (2000, p. 13).

James influenciou a Psicologia moderna, na obra *The principles of psychology* (1890) – clássico da psicologia até hoje. Sua teoria psicológica tem raízes em Darwin (que influenciará, também, Holmes) e contribuiu para o crescimento da psicologia do comportamento (behaviorismo) – consciência como uma função e não como um ser (coisa)<sup>13</sup>.

A psicologia do comportamento vincula-se intimamente à importância da realidade que permeia toda a filosofia pragmatista. O comportamento dos seres humanos e dos animais é visto igualmente em termos de respostas condicionadas aos estímulos ambientais.

Na concepção do *radical empirism*, James expressa que a filosofia só deve tratar de objetos vinculados à experiência, pois o pensamento, por distinto que possa ser da matéria, é *essencialmente um espelho da realidade externa*. Nesse aspecto, James dará ênfase à análise do concreto em oposição à análise racional-idealista do todo.

Nessa afirmação, James influenciará Richard Rorty, pragmático americano contemporâneo, que, na obra *A filosofia e o espelho da natureza*, afirma que os argumentos construídos pelos filósofos para suas filosofias do conhecimento e da verdade são acidentais, e não mais ou menos objetivos.

William James assinala no artigo *A world of pure experience* que:

“Para ser radical, o empirismo não deve admitir na sua estrutura qualquer elemento que não é fruto da experiên-

cia e nem excluir qualquer elemento que seja fruto desta”(KURTZ, 1969, p. 152).

Explica Will DURANT que o pragmatismo americano volta-se ao resultado dos atos humanos, não a suas origens:

“Em vez de perguntar onde surgiu a idéia, ou quais são as suas premissas, o pragmatismo examina os seus resultados; ele ‘desloca a ênfase e olha para frente’; ele é a ‘atitude de desviar o olhar das primeiras coisas, dos princípios, das categorias, das supostas necessidades, para as coisas finais, os frutos, as conseqüências, os fatos’. A escolástica perguntava: ‘O que é a coisa?’ – e perdeu-se em quiddidades; o darwinismo perguntava: ‘Qual é a sua origem?’ – e perdeu-se em nebulosas; o pragmatismo pergunta: ‘Quais as conseqüências?’ – e volta o rosto do pensamento para a ação e o futuro”(2000, p. 464-465).

Nesse aspecto das *conseqüências e do agir concreto* é que o pragmatismo irá influenciar o direito no realismo jurídico de Oliver Wendell Holmes.

#### 4.3. O aspecto jurídico do pragmatismo na visão de Holmes

Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935) foi contemporâneo de William James (1842-1941). Nomeado juiz da Corte Suprema em 1902, pelo Presidente Theodore Roosevelt, ocupou o cargo por trinta anos.

Holmes Jr. nasceu em Boston, Massachusetts, primeiro de três filhos de uma família de classe média. Seu pai era médico e *littérateur*. A habilidade verbal do pai estava presente no filho, que tinha um estilo levemente combativo. De sua mãe, Holmes herdou forte sentido de dever puritano e um ceticismo por tudo que não fosse evidente.

Na juventude, Holmes foi influenciado por Ruskin, Carlyle e Emerson, a quem conheceu pessoalmente, pois freqüentavam, os três, ocasionalmente, a casa de seus pais. Emerson, especialmente, instigou em Holmes a investigação filosófica.

Como seus contemporâneos, Emerson buscava uma espécie de substituto científico para a religião. Entendia ele que a ciência, particularmente a ciência da evolução, explicaria e justificaria as instituições humanas; por isso, buscava na ciência da evolução a justificação do dever.

Outra grande influência em sua juventude foi o renascer, na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos, dos princípios do cavaleirismo (*chivalry*).

No entender de Holmes, os juízes primeiro decidiam as causas para, após, justificar suas decisões. Desde 1872, e até o final de sua vida, Holmes expressava a idéia de que a lei refletia não a opinião da maioria, mas os interesses de uma classe dominante. Consciente ou inconscientemente, os juízes expressavam os desejos da classe da qual advinham.

A conclusão principal de *The common law*, sua grande obra, é a seguinte: se a lei é apenas um instrumento para atingir determinados objetivos de ordem material, segue-se que a lei deveria ocupar-se apenas do comportamento exterior; seu conteúdo meramente moral ou subjetivo deveria ser-lhe retirado por meio do processo de evolução. Holmes sustentava poder distinguir no direito em desenvolvimento uma tendência a apoiar-se em “padrões externos” de comportamento, em vez de estados subjetivos da mente ou culpabilidade pessoal.

Sendo assim, Holmes voltava sua atenção às conseqüências objetivas e materiais da lei. Aqui insere-se sua teoria de que, para entender a lei, deve-se partir do ponto de vista de um homem mau, que não tem compromisso com a moralidade (“a bad man who does not care for morality”) (apud MARKE, 1955).

Para Holmes, deve-se entender a lei de maneira prática, vendo-a dissociada da moralidade. Um homem mau tem tantos motivos quanto um homem bom para evitar confrontos com a força pública, embora não se importe com regras éticas da sociedade na qual vive. O que ele quer a todo

custo evitar é a multa, a pena de reclusão, ou seja, a sanção.

A norma, para Holmes, não se confunde com a moral, embora seja por ela limitada. Mas, o que constitui a norma? Lembra Holmes que alguns doutrinadores ensinam que a norma é distinta da jurisprudência, das decisões das cortes judiciais; que é um sistema de pensamento, uma dedução de princípios de ética ou de dados axiomas ou qualquer outra coisa, que pode ou não coincidir com as decisões judiciais. Se lembrarmos do “homem mau”, contudo, veremos que, para ele, não interessam axiomas ou soluções; para ele, o que importa são as decisões das cortes. A promessa de sanção e sua concretização são, exatamente, aquilo que constitui a norma<sup>14</sup>.

Para Holmes, as idéias dominantes eram identificadas com classes dominantes ou grupos raciais. O triunfo das idéias refletiria a vitória do grupo. Sendo assim, a lei seria esse reflexo, ou seja, a garantia de sobrevivência desse grupo.

Embora, hoje, essas idéias não pareçam científicas, é preciso lembrar que, quando Holmes escrevia sua obra *The common law*, as leis da genética ainda não haviam sido estabelecidas, e grande parte do que hoje consideramos “cultura” acreditava-se ser herdado. Era comum à época, por exemplo, referir-se à classe dos trabalhadores como uma “raça” distinta daquela de seus empregadores.

O pensamento de Holmes, nesse ponto, faz eco ao darwinismo social, idéia formulada na década de 1850 pelo filósofo e sociólogo inglês Herbert Spencer, cujas declarações iniciais antecederam *Da origem das espécies* de Darwin. Para Spencer, o progresso humano é uma questão de competição bem-sucedida que resulta na sobrevivência do mais forte; os mais fortes e superiores sobrevivem, ao passo que os mais fracos perecem ou são dominados por aqueles, processo que conduz ao aperfeiçoamento contínuo das sociedades.

O darwinismo social foi postura comum no final do século XIX e início do século XX, atraindo sobretudo a atenção dos conservadores, pois justificava o *status quo*. Era muito empregado para explicar a expansão imperialista e a estratificação social, as disparidades econômicas e a desigualdade social como naturais e inevitáveis: o domínio de uma nação, classe ou raça sobre outra simplesmente demonstrava que esta era mais apta a governar. Entre os pensadores spencerianos de maior destaque na época estão o teórico político inglês Walter Bagehot, cujo livro *Física e política*, de 1872, correlacionava as ciências naturais e sociais, e o sociólogo americano William Graham Sumner, que afirmava que o imperativo evolucionista torna as reformas sociais ineficazes e desnecessárias.

É de destacar ainda a *eugenia*, vinculada ao darwinismo social e, em parte, por ele inspirada. Segundo essa teoria, seria possível aprimorar a genética humana por meio de procriação seletiva. Inspirado na idéia de que certos indivíduos e grupos étnicos são geneticamente superiores aos outros, os eugenistas afirmavam que os traços desejáveis, como inteligência e moral, podem aumentar na população pela promoção da procriação entre os “mais aptos” (o que geralmente era sinônimo de anglo-saxões) e pelo desestímulo ou pela prevenção da procriação dos “não-aptos”. O movimento teve grande repercussão nos Estados Unidos, na Grã-Bretanha e na Alemanha nos anos precedentes às guerras mundiais. Foi responsável pelas leis americanas que restringiam a imigração do Sul e do Leste europeus, proibiam a miscigenação e exigiam a esterilização de criminosos e de deficientes mentais (ROHMANN, 2000, p. 93-94).

Hoje, com o anúncio recente de que os cientistas iniciarão a clonagem de seres humanos, a eugenia estará sendo repensada. Daí por que esse assunto, a clonagem de pessoas, já cientificamente possível, vem sendo calorosamente debatido pelos juristas. Podem ser clonados criminosos ou defi-

cientes? Ou apenas indivíduos considerados “mais aptos”, ou advindos de determinada classe ou raça?<sup>15</sup>

Holmes, entretanto, adicionou suas próprias idéias ao evolucionismo. Os juristas tinham grande dificuldade de entender como as várias normas eram interpretadas e aplicadas pelos tribunais. O proprietário, por exemplo, tinha um dever para com seus hóspedes, mas não em relação aos invasores. As companhias férreas tinham deveres complexos em relação a seus passageiros e aos proprietários das cargas que levavam e traziam, e outros deveres em relação a pedestres que cruzassem suas linhas. Holmes, também, de início lutava com essas questões. Em 1880, contudo, concebeu um novo conceito. A questão, sempre, caso a caso, envolveria a imposição, ou não, de sanções. Importava examinar não as regras, em si, mas as circunstâncias sob as quais a infração à regra seria punida. Ao observar essas circunstâncias ignorando a racionalização sobre dever e regras de conduta, a Holmes foi possível formular conceitos sobre a norma e sua relação com a sociedade. Seu princípio organizatório era o seguinte: *uma sanção seria imposta por danos que uma pessoa comum poderia ter previsto.*

Com esse princípio, Holmes unificava todos os ramos do Direito, permitindo a maior liberdade pessoal possível e, ao mesmo tempo, evitando danos aos outros. A discussão na obra *The common law* sugere que os juízes gradualmente traduzissem esse princípio geral em regras específicas de conduta. Essa teoria de Holmes teve grande influência na análise econômica da lei, embora Holmes não estivesse preocupado com as conseqüências econômicas da norma. Ele entendia que a norma tinha raízes mais profundas. Em *The common law*, ele argumenta que a norma evoluiu de origens mais primitivas até o “padrão externo” da sanção, como forma de substituição da regra pacífica pelo antigo regime de violência. Nesse processo, tornou-se um instrumento para servir a fins sociais.

## 5. A lógica do razoável e a visão pragmática do Direito como métodos hermenêuticos de condução à segurança jurídica

### 5.1. A lógica formal e a lógica do razoável

Ressaltando a busca de uma nova lógica de interpretação distinta da lógica formal dedutiva, que considerava o Direito como um sistema estanque, Recaséns SICHES faz menção à obra de Viehweg e Perelman para condenar o pensamento jurídico sistêmico e dedutivo:

“El profesor alemán Theodor Viehweg, reivindicando la tónica, la retórica y la dialéctica de Aristóteles, Cicerón y los jurisconsultos romanos, muestra que el pensamiento jurídico *no puede ser jamás sistemático, ni deductivo*, sino que debe ser pensamiento sobre problemas, en torno a problemas, que considere todos los componentes de tales problemas, lo mismo los hechos humanos sociales que los integran, como también los criterios valoradores adecuados: debe ser lo que se llama pensamiento *aporético*, es decir, pensamiento que parte o arranca de la consideración pormenorizada y profunda de un problema humano, al revés de lo que sucede con el pensamiento sistemático que pretende extraer racionalmente consecuencias de premisas supuestamente axiomáticas.

Por una línea similar a la de Theodor Viehweg, el profesor belga Chaim Perelman, inspirándose también en la dialéctica y en la retórica de la Antigüedad Clásica, condena definitivamente el pensamiento silogístico y matematizante en campo del Derecho; y propugna una forma de razonamiento más elevado, que es la *deliberación* sobre las *argumentaciones* presentadas en los casos jurídicos; y desenvuelve toda una doctrina sobre la ar-

gumentación y la deliberación, las cuales nos llevan a la evidencia de carácter absoluto, pero conducen al hallazgo de la solución más justa y más adecuada para decidir los problemas jurídicos prácticos. Perelman elabora una *nueva retórica*, com, una nueva doctrina sobre el diálogo y la deliberación, y sobre la confrontación entre argumentos diferentes”(1979, p. 228).

Recaséns SICHES destaca, pois, a importância de centralizar a atividade hermenêutica no problema, conforme é dada ênfase pela Tópica e pela Retórica-argumentativa, como meios de alcançar a decisão judicial prudente para a questão.

Como afirma Paulo Roberto Soares MENDONÇA,

“Recaséns Siches inverte o eixo da operação interpretativa, a qual passa a estar centrada no caso e não na norma e, com isso, faz com que a norma aplicável seja aquela realmente adequada ao fato existente e não apenas uma mera adaptação de uma lei genérica. A decisão passa então a apresentar um caráter construtivo, uma vez que atualiza o sentido da norma a cada causa julgada, com o que a ‘literalidade do texto legal torna desnecessário um esforço hermenêutico, no sentido de obter uma explicação ‘racional’, para uma decisão que considera de antemão como ‘justa’. A decisão originada pela aplicação da ‘lógica do razoável’ pode ser melhor classificada como ‘correta’, porque fundada em valores socialmente relevantes” (1997, p. 56-57).

Por fim, evitando a babel dos métodos hermenêuticos tradicionais, SICHES propugna a existência de um *único* método, *el logos de lo razonable*:

“Conviene insistir sobre el punto de que debemos desechar de una vez y para siempre el referirnos a una pluralidad de diversos métodos de interpretación. Ya expuse que el método

de interpretación es uno solo; este solo método es el *del\_logos* de lo razonable, o, si se prefiere llamarlo así, el de la equidad”(1979, p. 246).

As limitações da aplicação da lógica tradicional ao Direito são demarcadas com precisão por Recaséns SICHES:

“Reconocer que la lógica de lo racional es impertinente, inútil y muchas veces perjudicial en el campo de la jurisprudencia; y que, para la jurisprudencia, la lógica que viene en cuestión es la de lo razonable” (1979, p. 248).

Assim, Siches demonstra que a lógica tradicional no campo do Direito não deve ser empregada com exclusividade, pena de criar insegurança – o resultado do processo de decisão pode não ser adequado à realidade. O que Recaséns Siches pretende demonstrar é que tal lógica tem um campo de aplicação bastante limitado na esfera jurídica, e que querer transcender esse campo leva inevitavelmente à possibilidade de que sejam proferidas sentenças que, ainda que estejam de acordo com os requisitos da lógica tradicional, são notoriamente injustas.

Durante muito tempo, juristas conscientes buscaram evitar as decisões injustas por meio de malabarismos técnicos que procuravam demonstrar que a solução justa estava de acordo com a lógica tradicional. Mostrando as verdadeiras razões que fundamentam as soluções justas que repelem a lógica tradicional, Recaséns Siches se propõe a mostrar a esses juristas que o seu procedimento era e é correto, eliminando-se, assim, o “complexo de culpa” decorrente da não aplicação da lógica tradicional.

Como funciona a lógica do razoável? Recaséns Siches responde a essa pergunta analisando detalhadamente um caso concreto, já aventado anteriormente por outros juristas. Em uma estação ferroviária da Polônia, havia uma placa transcrevendo um artigo do regulamento da ferrovia, que proibia a presença de cachorros na plataforma. Certa vez, uma pessoa tentou entrar acom-

panhada por um urso, e o empregado encarregado da vigilância lhe barrou a passagem. A pessoa protestou, alegando que o artigo do regulamento proibia apenas a presença de cachorros, e não de outros animais. Surgiu, portanto, um conflito em torno da interpretação daquele artigo.

Recaséns Siches mostra, a partir daí, como a aplicação estrita da lógica tradicional a esse caso levaria forçosamente à conclusão de que a pessoa que trazia o urso tinha direito a entrar com ele na plataforma. Não há maneira de se atribuir à norma em questão outro sentido; o autor do regulamento não usou uma designação ampla, tal como “animais perigosos”, “animais de grande porte”, nem sequer simplesmente “animais”, usou a palavra “cachorros”, de significado absolutamente unívoco.

É claro que até mesmo um leigo perceberia que a conclusão a que chegou o passageiro era absurda, mesmo sendo a única correta do ponto de vista da lógica tradicional.

Assim, nesse didático exemplo de Siches, fica caracterizada a inadequação da lógica tradicional à resolução de problemas jurídicos. Observa-se, por outro lado, que o empregado da estação utilizou-se, intuitivamente, da lógica do razoável, obtendo solução mais adequada e segura ao problema.

Recaséns Siches mostra que o raciocínio do empregado para chegar à interpretação adequada passou pela análise de valores subjacentes à norma jurídica (dimensão valorativa), aos fins dessa norma (dimensão teleológica) e à relação entre meios e fins da norma (dimensão proporcional) para a sua aplicação no caso concreto (dimensão concreta).

Portanto, as dimensões estudadas na seção anterior constituem princípios diretivos a serem aplicados na hermenêutica de busca da solução jurídica segura para a pacificação social.

Em lapidar artigo, ressalta o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Carlos Alberto Menezes DIREITO:

“O Juiz tem, nos dias de hoje, um amplo campo do agir interpretativo.

De modo geral, as teorias de interpretação procuram justificar esse papel construtivo do Juiz, como fundamento para a realização da justiça, para a distribuição pelo Estado da prestação jurisdicional ancorada na idéia da justiça para todos. A lei, por isso, passa a ser apenas uma referência, dela devendo o Juiz extrair a interpretação que melhor se ajuste ao caso concreto, com a preocupação única de distribuir a justiça, ainda que, para tanto, tenha de construir sobre a lei, mesmo que a proposição esteja com clareza suficiente para o caso sob julgamento” (1999, p. 45).

A hermenêutica ganha hoje sempre mais vigor diante da rapidez com que a realidade social se transforma; nesse aspecto, a lógica do razoável, com suas dimensões já estudadas, contribui, enormemente, para a criação judicial, sem que se perca a segurança jurídica.

É indispensável assinalar, como destaca Siches, o aspecto concreto da lógica do razoável: *es decir, están referidas a una determinada situación humana real.*

A rápida transformação social e a adequação da lei a casos concretos os mais diversos não devem impedir o Juiz de buscar, a cada passo, distribuir justiça, e de o fazer com uniformidade, com coerência, de forma que o cidadão não seja surpreendido por interpretações díspares.

A decisão judicial deve inserir-se nos mandamentos da lei, mas com a temperança do razoável e do atual, pois o Juiz “é um agente do Estado, é sempre bom repetir, que concretiza o trabalho do legislador. A lei só está concretizada quando interpretada e aplicada ao caso concreto. E esse trabalho não é de todo simples, como pode parecer. Aí o grave risco de transformar-se a atividade judicante em uma rotina de produzir sentenças. É claro que em um país como o nosso, com uma enorme carga de processos, com poucos juízes e muitos processos, a tentação é grande em deixar-se levar pelo desá-

nimo. O Juiz deve considerar o ato de julgar como um trabalho que exige não apenas o seu conhecimento, mas, também, disciplina. A disciplina é para subordinar-se ao comando da lei, sem perder a capacidade de construir para fazer justiça ao caso que está sob a sua responsabilidade; disciplina para não transformar o seu julgamento no desaguadouro das suas insatisfações e crenças pessoais; disciplina para meditar sobre o processo” (DIREITO, 1999, p. 49).

O trabalho de interpretação, por maior amplitude que possa ter, não tem legitimidade para ultrapassar os largos limites do ordenamento jurídico. Entretanto, como ressalta Siches, os limites do ordenamento podem ser flexibilizados à luz do problema para adequação da norma à realidade concreta, com fundamentação sólida, que permita que os juízes decidam “à luz do meio-dia e sem culpa”.

### 5.2. A lógica formal e a lógica jurídica de Holmes

Em sua palestra *The Path of the Law*, proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Boston, HOLMES (1897) esclarece seu conceito de Direito. O Direito não é um mistério, algo místico e pouco objetivo. Ao contrário, é uma profissão, ou, mais, a alavanca que será necessariamente acionada para que o Estado ponha em prática a decisão judicial. Assim, as pessoas precisam ser advertidas e aconselhadas sobre como agir para que não infringam a lei: essa é a tarefa dos advogados, dos operadores do Direito.

A lei, por sua vez, deve conter um enunciado geral, e, a partir de uma série de decisões judiciais, é possível ao cidadão entender como deve agir para que não infrinja a lei; ou, ao contrário, o que ocorrerá se a infringir. A norma passa, então, a constituir uma profecia, à qual dá-se o nome de sentença<sup>16</sup>.

Holmes descreve a decisão judicial, portanto, como um acontecimento futuro certo, absolutamente predizível<sup>17</sup>. Essa predictabilidade confere ao litigante segurança jurídica, dá-lhe todos os instrumentos para en-

tender como será julgado, nesta ou naquela circunstância.

Essas *previsões*, contudo, não são infinitas, difíceis, portanto, de dar-se a conhecer. Devem ser generalizadas e reduzidas a um sistema jurídico do qual possa o magistrado dispor (cf. MARK, 1955, p. 60). Constituem, para Holmes, a essência do Direito: *The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, is what I mean by the law* (p. 63).

Para Holmes, a idéia de que a lógica formal é a única força presente na decisão judicial e no Direito é falaciosa.

Admite o jurista que o Direito é desenvolvido pela lógica, em sentido *lato*. Contudo, é inadmissível afirmar que um sistema jurídico possa ser operado de forma matemática, obtendo-se, de certas causas, determinados efeitos.

Refere-se Holmes a um colega magistrado que lhe teria dito jamais proferir uma decisão até ter certeza de que estava correta. Embora a decisão judicial utilize-se da lógica, a certeza, para Holmes, é uma ilusão, e a tranqüilidade que dela advém não faz parte do destino da humanidade.

É possível dar forma lógica a qualquer conclusão, mas a ela chega-se não pela lógica, exclusivamente, mas, acima de tudo, por uma valoração do juiz, freqüentemente inarticulada e inconsciente. Essa é a raiz e o nascedouro de todo o procedimento decisório (cf. MARK, 1955, p. 69).

Nesse ponto, aproximam-se Holmes e Recaséns Siches. Ambos admitem a importância da lógica formal no procedimento decisório, mas não o reduzem a apenas isso. Ressalta Alípio SILVEIRA, a comentar a lógica do razoável de Siches: *as duas lógicas – a clássica e a do razoável – entram na estrutura da decisão, mas não com idêntico caráter funcional. A lógica do razoável ora pode ser reforçada pela primeira, ora pode predominar sobre ela. O que não se pode admitir é que a lógica clássica tenha primazia. Sempre predominará a lógica do razoável, não passando a lógica clássica de um instrumento dela, de um dos elementos de que se*

vale a lógica do razoável para chegar à solução mais justa possível, em face do sistema de valores que informam cada caso concreto” ([19--?], p. 201-202).

### 5.3. A lógica jurídica de Holmes e a lógica do razoável como métodos hermenêuticos de condução à segurança jurídica

A obra de Oliver Wendell Holmes e de Luis Recaséns Siches têm pontos de contato: a solução do caso concreto partindo-se da situação-problema, e não da norma; a negativa de que a lógica formal é suficiente – ou até mesmo prevalente – à fundamentação da decisão judicial; o reconhecimento da idéia de que o juiz, ao julgar, influencia-se por conceitos próprios, embora não possa arbitrariamente decidir; a compreensão do direito como experiência desenvolvida a partir da razão histórica e de uma racionalidade humana, a que REALE se refere como “razão vital” (2000, p. 42).

É preciso ter em mente, contudo, que Holmes nasceu em 1841 e, em 1902, foi nomeado Juiz da Suprema Corte norte-americana, onde serviu até quatro anos antes de sua morte, em 1935. Recaséns Siches, por outro lado, escreveu boa parte de sua extensa bibliografia após a Segunda Grande Guerra, embora seu manual sobre a Filosofia do Direito no século XX date de 1929<sup>18</sup>. A passagem da história e a evolução do pensamento jurídico-filosófico encarregaram-se de aperfeiçoar e expandir em Siches algumas das idéias já presentes em Holmes. Demais disso, Recaséns Siches era cosmopolita: foi professor-visitante em dezenas de universidades, situadas na Europa e na América (inclusive em Brasília); escreveu nos idiomas espanhol, inglês, italiano, português, francês e alemão, e traduziu obras alheias do alemão, do italiano e do inglês para o espanhol (af incluídas obras de Kelsen, Fischer, Radbruch, Weber, Del Vecchio e Kunz). Holmes manteve-se no eixo Inglaterra – Nova Inglaterra.

Os paralelos traçados no presente estudo, contudo, servem ao propósito de demonstrar que, ao mesmo passo que os juí-

zes devem submeter a norma ao caso concreto – e não o contrário –, utilizando-se de método hermenêutico que privilegie a lógica jurídica sobre a lógica formal, não podem distanciar-se da norma, julgando de maneira arbitrária. As conseqüências da infração à norma devem ser sempre as mesmas, guardadas as similaridades e diferenças dos casos concretos, para que o homem comum – o cidadão – ou o *homem mau*, nas palavras de Holmes, possa ter convicção de que sua causa será julgada neste ou naquele sentido. A essa relativa certeza – pois, como afirma Holmes, não há certeza absoluta no Direito – dá-se o nome de *segurança jurídica*.

A segurança jurídica tem raízes no princípio jurídico da igualdade, que consiste em igualar os iguais e desigualar os desiguais, no clássico ensinamento de Aristóteles.

É preciso que o litigante sinta-se seguro de que à sua causa será dada a mesma decisão final que à causa de outro litigante, em situação idêntica. E, por situação idêntica, deve-se entender não apenas caso concreto idêntico, mas, ainda, ocorrido no mesmo tempo e no mesmo espaço; enfim, sob as mesmas circunstâncias.

A segurança jurídica, assim, não diz respeito apenas a pessoas iguais ou em situação igual, mas a casos concretos idênticos submetidos à mesma norma; ou, mais precisamente, à mesma norma submetida a casos concretos idênticos<sup>19</sup>.

### Notas

<sup>1</sup> “The life of the law has not been logic; it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed” (1991, p. 1).

<sup>2</sup> Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “o núcleo constituinte dessa teoria já aparece esboçado ao final do século XVIII. O jusnaturalismo já havia cunhado para o direito o conceito de sistema, que se resumia, em poucas palavras, na noção de

conjunto de elementos estruturados pelas regras de dedução. No campo jurídico, falava-se em sistema da ordem da razão ou sistema das normas conforme a razão, entendendo-se com isto a unidade das normas a partir de princípios dos quais tudo o mais era deduzido. Interpretar significava, então, inserir a norma em discussão na totalidade do sistema. O relacionamento, porém, entre sistema e totalidade acabou por colocar a questão geral do sentido da unidade do todo” (1991, p. 240).

<sup>3</sup> Conforme assinala José Carlos Moreira ALVES, no discurso inaugural da Assembléia Nacional Constituinte de 1987, um dos argumentos herdados do Estado liberal e hoje ainda fluente nos debates quanto à extensão do texto constitucional se baseia na afirmação de que a Carta sintética, de princípios elevados e transcendentais, tem o mérito de permitir que as mudanças sociais se realizem sem que se alterem os mecanismos do processo político (1988, p. 10).

<sup>4</sup> A primazia da retórica para o raciocínio jurídico é assinalada por CHAIM PERELMAN em sua obra *La Lógica jurídica y la nueva retórica* (1988).

<sup>5</sup> Para Holmes, a norma jurídica desvela uma trama em que todo o passado da humanidade é detalhado. Belíssima é sua parábola, inserta no discurso feito à Associação de Advogados de Suffolk, em jantar por esta oferecido, em 5.2.1885:

*“When I think thus of the law, I see a princess mightier than she who once wrought at Bayeux, eternally weaving into her web dim figures of the ever-lengthening past, – figures too dim to be noticed by the idle, too symbolic to be interpreted except by her pupils, but to the discerning eye disclosing every painful step and every world-shaking contest by which mankind has worked and fought its way from savage isolation to organic social life”* (MARKE, 1955, p. 92).

<sup>6</sup> Para maiores informações a respeito da lógica deontica, vide Lourival VILANOVA (1997).

<sup>7</sup> “Para desenvolver o significado de uma coisa, devemos simplesmente determinar quais os hábitos que ela produz, pois aquilo que uma determinada coisa significa consiste precisamente nos hábitos a que dá origem”. Essa máxima foi proposta por PEIRCE no *Popular Science Monthly* em Janeiro de 1878, p. 287 (*apud* KURTZ, 1969, p. 79).

<sup>8</sup> “The meaning of an idea is to be discovered by reference to its conceivable practical bearings” (KURTZ, 1969, p. 46).

<sup>9</sup> “Thus we may define the real as that whose characters are independent of what anybody may think them to be” (KURTZ, 1969, p. 75).

<sup>10</sup> “The opinion which is fated to be ultimately agreed to by all who investigate is what we mean by the truth, and the object represented in this opinion is the real” (KURTZ, 1969, p. 75).

<sup>11</sup> “To James, philosophy was not a cloistered affair; it was to be lived and acted upon. James, a

liberal in his political and social sentiments, was a civil service reformer, a pacifist, and an anti-imperialist, and he was sympathetic to some sort of ‘socialistic equilibrium’” (KURTZ, 1969, p. 102).

<sup>12</sup> “A theory of truth, which allowed for particular individual and subjective consequences as the test of an idea, thus making room for religious and moral ideas”. “True ideas are those that we can validate, corroborate and verify. False ideas are those that we can not” (KURTZ, 1969, p. 120).

<sup>13</sup> “James’s influence on psychology was considerable, and he is frequently credited, with having established the first psychological laboratory in America. His great work, *The Principles of Psychology* (1890), which took fourteen years to complete, is still considered a classic. Under the influence of Darwin, James developed a biological and functional psychology. His view that consciousness was a ‘function’, not an ‘entity’ or ‘stuff’, contributed to the growth of behaviorism” (KURTZ, 1969, p. 104).

<sup>14</sup> *The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law* (HOLMES, 1897).

<sup>15</sup> Quem assistiu ao filme *The Boys from Brazil*, inspirado na obra homônima de Ira Levin, terá viva imagem de como a clonagem de seres humanos de há muito habita o imaginário humano e de como verdadeiras aberrações podem ser produzidas.

<sup>16</sup> “It is to make the prophecies easier to be remembered and to be understood that the teachings of the decisions of the past are put into general propositions and gathered into text-books, or that statutes are passed in a general form. The primary rights and duties with which jurisprudence busies itself again are nothing but prophecies. (...) But, as I shall try to show, a legal duty so called is nothing but a prediction that if a man does or omits certain things he will be made to suffer in this or that way by judgment of the court; and so of a legal right” (MARKE, 1955, p. 60).

<sup>17</sup> “The object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts” (MARKE, 1955, p. 59).

<sup>18</sup> *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico. La Filosofía del Derecho en el siglo XX*. (Manual n. 198 da Colección Labor, Barcelona).

<sup>19</sup> A respeito do conteúdo jurídico do princípio da igualdade, cumpre reverenciar a obra de mesmo nome de Celso Antônio Bandeira de Mello (1994).

## Bibliografia

ABBAGNANO, Nicola. *História da filosofia*. Lisboa: Presença, 2000. v.11

- ALVES, José Carlos Moreira. Discurso inaugural da Assembléia Nacional Constituinte, 1987. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, n. 93, 1988.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CARTER, Lief. H. *Derecho constitucional contemporáneo*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1985.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A decisão judicial. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, n. 15, set./dez. 1999.
- DURANT, Will. *A história da filosofia*. Tradução de Luiz Carlos do Nascimento Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1991.
- GALDINO, Dirceu. A concordata e a correção monetária: equidade e lógica do razoável. *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, São Paulo, ano 14, jan./mar. 1990.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HOLMES JÚNIOR, Oliver Wendell. *The common law*. Nova Iorque: Dover, 1991.
- KURTZ, Paul. *American philosophy in the twentieth century*. London: Collier-Macmillan, 1969.
- MAGEE, Bryann. *História da filosofia*. Tradução de Marcos Bagno. São Paulo: Loyola, 2000.
- MARKE, Julius J. *The Holmes reader*. Nova York: Oceana, 1955.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório de Jurisprudência IOB*, n. 23/94, dez. 1994.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- OLIVER, Martyn. *História ilustrada da filosofia*. Tradução de Adriana Toledo Piza. São Paulo: Manole, 1998.
- PACHECO, Gustavo de Britto Freire. Recaséns Siches e a lógica do razoável. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro: n. 4, jan./jul. 1994.
- PERELMAN, Chaim. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas, 1988.
- REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ROHMANN, Chris. *O livro das idéias: pensadores, teorias e conceitos que formam nossa visão de mundo*. Tradução de Jussara Simões. Rio de Janeiro: Campos, 2000.
- SICHES, Luis Recaséns. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable"*. México: Dianóia, 1971.
- \_\_\_\_\_. *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa, 1979.
- \_\_\_\_\_. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Porrúa, 1980.
- \_\_\_\_\_. *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Porrúa, 1975.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica jurídica: seus princípios fundamentais no direito brasileiro*. São Paulo: Brasiliense, [19-?]. v. 1.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Júnior Brasília: Imprensa Federal, 1979.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

# Evolução do controle de constitucionalidade de tipo francês

Joaquim B. Barbosa Gomes

## Sumário

Introdução. 1. Das características do controle e dos seus atores principais. 1.1. Da legitimação. 1.2. A ampliação da legitimação para exercício do controle. 1.3. A emergência do *bloc de constitutionnalité*. 1.4. O surgimento na Quinta República de um verdadeiro sistema de alternância. 2. Do órgão controlador e das normas objeto do controle. 2.1. Qualificação técnica. 2.2. Modernidade. 3. Das atribuições do Conselho Constitucional e dos atos suscetíveis de controle. 3.1. Das atribuições extrajurisdicionais e semijurisdicionais. 3.2. Das competências tipicamente jurisdicionais. 3.3. Dos atos normativos imunes ao controle. 3.4. Controle de constitucionalidade da lei já promulgada. 4. Do procedimento e das decisões. 4.1. Da legitimação. 4.2. Dos prazos. 4.3. Dos requisitos de propositura da ação e da sua evolução procedimental. 4.4. Das regras procedimentais. 4.5. Das decisões. 5. Síntese da obra jurisprudencial do Conselho Constitucional. 6. Críticas, controvérsias e propostas de alteração do sistema de controle de tipo francês. 6.1. Conselho Constitucional: órgão jurisdicional ou órgão político? 6.2. As propostas de reforma do Conselho.

## Introdução

A França, como boa parte das democracias da Europa Ocidental, só veio a instituir um sistema de justiça constitucional após a segunda guerra mundial. Por força da sua especificidade histórica e das idiossincrasias institucionais dela decorrentes, a escolha do modelo de justiça constitucional naquele

Joaquim B. Barbosa Gomes é Professor da Faculdade de Direito da UERJ. Doutor em Direito Público pela Universidade de Paris-II (Panthéon-Assas). *Visiting Scholar* na Columbia Law School, NY. Membro do Ministério Público Federal.

país se fez em acentuado contraste com os paradigmas até então existentes na matéria – o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade *a posteriori*, difuso e verificado no caso concreto e o modelo kelseniano, de tipo concentrado e abstrato. Os constituintes franceses de 1958 optaram pelo sistema concentrado e abstrato, porém preventivo.

Tendo o sistema francês evoluído significativamente nos últimos quarenta anos e sendo bastante escassa a bibliografia em vernáculo sobre o assunto, pareceu-nos oportuno abordar o tema, ainda que sem a profundidade desejável.

Assim, trataremos num primeiro momento das características gerais do sistema de controle e dos seus atores principais, com especial ênfase para as suas singularidades, as suas virtudes e deficiências em comparação com o modelo dito norte-americano. Especial atenção será consagrada ao estudo do órgão titular do controle, da sua organização e especial modo de renovação da respectiva composição, bem como das normas objeto do controle.

Num segundo momento, abordaremos de forma sucinta alguns dos aspectos mais salientes da jurisprudência produzida pela jurisdição constitucional francesa nesses últimos quarenta anos.

A título de conclusão, tentaremos fazer um balanço das críticas, controvérsias e propostas de reforma do sistema que vêm sendo feitas nos últimos anos, impulsionadas em grande parte pela progressiva facilitação dos estudos comparativos que a revolução das comunicações tem propiciado.

### 1. Das características do controle (ver VIEIRA, 1989) e dos seus atores principais

Objetivamente, pode-se dizer que o controle de constitucionalidade de tipo preventivo se notabiliza por algumas virtudes e por algumas deficiências.

A principal característica desse sistema, como se sabe, reside no fato de que a verifi-

cação da constitucionalidade se opera antes da promulgação da lei, embora, como demonstraremos mais adiante, isso não seja inteiramente verdadeiro no caso francês. Para alguns, a primeira e grande virtude do sistema de controle preventivo (ver FERREIRA FILHO, 2000) consiste em que, nessa modalidade de controle, aborta-se a inconstitucionalidade no nascedouro, impedindo que a lei inconstitucional produza seus efeitos deletérios antes de a jurisdição constitucional poder retirar-lhe a eficácia.

O controle preventivo tem, por outro lado, um inegável efeito dissuasivo e um impacto político talvez mais importante do que o controle *a posteriori*, especialmente em países que adotam o sistema parlamentar de governo, em que a troca de Gabinete e de coloração política da Administração ocorre com freqüência. Em geral, nesse sistema de governo, a alternância entre equipes governamentais significa às vezes alteração radical na agenda política da nação. E nada é mais embaraçoso politicamente para uma nova equipe governamental, ungida e legitimada pelo voto popular, do que ver sua plataforma de campanha cair por terra abruptamente por força de decisões emanadas de autoridades não legitimadas pelo sufrágio popular. Nessas situações, pode soçobrar, da noite para o dia, uma medida administrativa de impacto que simboliza todo um processo de alternância política, todo o conteúdo programático de um partido político importante que por longo tempo esteve à espera de sua vez para alçar-se ao poder, enfim, toda a *entente* ideológica entre um determinado líder político e parcela significativa do eleitorado. Sem dúvida, o controle de constitucionalidade preventivo, com seus prazos exíguos e peremptórios, com a característica de bloqueio político insuperável que lhe é às vezes peculiar, com a incômoda proximidade temporal entre os debates político e jurídico, tem não raro um impacto político muito maior do que o controle *a posteriori*, que ocorre quase sempre muito tempo após a entrada em vigên-

cia das normas questionadas, incidindo não raro sobre situações já consumadas e irreversíveis na prática<sup>1</sup>.

Por fim, o controle preventivo, caso exercido com rigor e acompanhado de vigilância cotidiana por partes dos legitimados, tem a inegável vantagem de não permitir a instauração da incerteza e da insegurança jurídicas, eis que corta na raiz o experimentalismo e as oscilações típicas do controle difuso e *a posteriori*.

Mas as insuficiências e os inconvenientes do sistema preventivo de tipo francês são também largamente conhecidos. Em primeiro lugar, questiona-se a própria eficácia do sistema preventivo em si. Isso porque, estando o acionamento da justiça constitucional nesse sistema condicionado à observância de prazos e dependente de iniciativas de autoridades políticas, é grande o risco de leis importantes e constitucionalmente duvidosas serem promulgadas sem que um dos titulares do direito de ação tome a iniciativa de questioná-las perante o Conselho Constitucional. A hipótese não é de ser descartada, embora ela seja de ocorrência rara, dada a acirrada clivagem político-ideológica que caracteriza o sistema político da França<sup>2</sup>.

Por outro lado, mesmo aquelas leis que passam pelo crivo da jurisdição constitucional podem no futuro vir a apresentar sintomas de inconstitucionalidade, seja por se tratar de inconstitucionalidade que era meramente virtual ao tempo da verificação abstrata da constitucionalidade e se concretizou no momento da aplicação concreta da lei, seja por força do fenômeno da mutação constitucional. Por outro lado, a inconstitucionalidade pode advir de modificação ulterior do próprio texto da constituição.

Outro sério defeito do sistema de jurisdição constitucional de tipo francês diz respeito à não-participação do cidadão ou da sociedade civil organizada no processo de controle. Com efeito, no sistema de controle implantado pela Constituição francesa de 1958, não há espaço para a arguição da inconstitucionalidade da lei por parte de um

indivíduo que se sinta atingido por um dos seus dispositivos, seja no caso concreto seja em abstrato. Em outras palavras, uma vez promulgada a lei, tendo ela passado ou não sob o crivo da jurisdição constitucional, aquele que se sentir prejudicado pela incidência de suas normas não tem meios de combatê-la em sede jurisdicional. Em primeiro lugar, porque os órgãos jurisdicionais ordinários, mesmo os de cúpula como a Corte de Cassação e o Conselho de Estado, não têm o exame da constitucionalidade das leis entre as suas atribuições jurisdicionais. Noutras palavras, ao julgarem um litígio entre particulares ou entre estes e uma entidade estatal, os juízes ordinários franceses não têm poder de afastar a aplicação de uma lei ao caso do concreto por considerá-la inconstitucional. Tal vedação é decorrência dos dogmas herdados da Revolução (ver MERRYMAN, 1996), especialmente o da sacralização da lei e o da proibição aos juízes de proferir decisões de caráter normativo (*arrêt de reglement*). Em segundo lugar, porque sendo o controle de tipo preventivo, uma vez declarada a compatibilidade da lei com o texto constitucional ou mesmo ultrapassado *in albis* o prazo para se desencadear o processo de controle, a lei torna-se ato legislativo irreversível, ou seja, nasce a impossibilidade jurídica da declaração, no bojo de um processo entre partes, da sua irreconciliabilidade com a lei maior.

Em suma, o cidadão é inteiramente excluído do sistema de controle da constitucionalidade das leis, para o qual se prevê uma legitimação de natureza oficialasca.

### *1.1. Da legitimação*

Com efeito, somente os atores políticos de alta envergadura institucional têm legitimidade para participar do processo de controle da constitucionalidade das leis na França. Na versão original da Constituição de 1958, apenas o Presidente da República, o Primeiro-Ministro e os presidentes da Assembleia Nacional e do Senado podiam suscitar o exame da constitucionalidade de

uma lei perante o Conselho Constitucional. Era evidente a ineficácia do sistema naqueles primeiros anos de vigência da constituição, eis que naquela época o sistema político era relativamente monolítico, com o partido gaullista dominando inteiramente a cena política: seus líderes ocupavam a Presidência da República, a chefia de Governo e a presidência da Assembléia, só restando o Senado, que era e ainda é dominado por uma coalização de partidos centristas relativamente independentes dos gaullistas, mas necessariamente adversários dos partidários da esquerda. Era natural, portanto, em um quadro institucional como esse, que a jurisdição constitucional fosse uma mera fachada, com pouco ou quase nenhum desafio jurídico às normas postas em vigência sob a inspiração de uma maioria parlamentar avassaladora e de um Governo dela emanado.

Três fatores, no entanto, vieram modificar radicalmente os dados da questão nas décadas seguintes aos anos 60, dois de natureza essencialmente jurídica e um de cunho político-institucional.

### *1.2. A ampliação da legitimação para o exercício do controle*

De fato, em 1974, o Presidente Giscard d'Estaing submeteu ao Parlamento um projeto de emenda constitucional que estendeu a 60 deputados ou a 60 senadores a legitimação para suscitar o controle da constitucionalidade das leis perante o Conselho Constitucional. Essa alteração teve o efeito de multiplicar o número de ações de inconstitucionalidade<sup>3</sup>, fazendo surgir a partir de então dois fenômenos por nós também conhecidos desde os primeiros anos de vigência da Constituição de 1958: a judicialização da política e a politização do Direito. Com efeito, a oposição de esquerda, que até então se mantivera à margem do processo político, passou a enxergar no controle de constitucionalidade um formidável instrumento de pressão política e de veiculação do seu descontentamento com a situação geral do país. Apoderou-se do controle de

constitucionalidade, passando a questionar perante o Conselho inúmeros atos normativos da Situação. Com isso, a participação no processo de controle de constitucionalidade passou a constituir o que muitos autores franceses consideram um verdadeiro “estatuto da oposição” ao poder político legitimamente investido. Noutras palavras, um instrumento de defesa e de expressão da minoria parlamentar.

### *1.3. A emergência do bloc de constitutionnalité*

Outro fator que contribuiu imensamente para o aprimoramento do sistema foi a decisão proferida pelo Conselho Constitucional em 1971, em um caso envolvendo o direito constitucional de associação.

Até então, o Conselho usava como parâmetro do controle única e exclusivamente os 92 artigos da sintética Constituição promulgada em 1958. Nem mesmo o seu preâmbulo, rico sob o prisma principiológico, era tido como dotado de densidade normativa suficiente para servir de base ao controle de normas. Mas, a partir da mencionada decisão de 1971, o controle passou a ser efetuado não mais apenas em face do texto da Constituição, mas tendo como parâmetro o que a doutrina passou a qualificar como *bloc de constitutionnalité*, isto é, um catálogo de normas constitucionais e supraconstitucionais composto não apenas pelos 92 artigos da Constituição, mas igualmente pelo seu Preâmbulo, que por sua vez remete diretamente à Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e ao Preâmbulo da Constituição de 1946, fonte de quase todos os direitos sociais fundamentais do país. O Conselho passou também a considerar como integrante do *bloc de constitutionnalité* os “princípios constitucionais reconhecidos pelas leis da República”, isto é, todo um catálogo de normas e princípios liberalizantes que o país adotou a partir de 1875, ou seja, desde quando se desvinculou definitivamente do sistema monárquico. Nos anos 80, incorporou uma nova catego-

ria normativa como norma de referência do controle, os chamados “princípios sociais, políticos e econômicos particularmente necessários ao nosso tempo”, os quais permitem uma constante atualização e compatibilização das vetustas concepções de 1789 com as idéias prevaletentes no tempo presente. Portanto, a criação do *bloc* ampliou sensivelmente as possibilidades do controle, na medida em que a obra ordinária do Parlamento passou a ser confrontada com normas supraconstitucionais de ambição e aceitação universais, muitas delas já fazendo parte da consciência político-filosófica de boa parte do mundo.

#### *1.4. O surgimento na Quinta República de um verdadeiro sistema de alternância política*

Por fim, com a subida da esquerda ao poder em 1981 e com a consagração de um verdadeiro sistema de alternância política, o controle jurisdicional de normas, que a princípio era repudiado por setores importantes do espectro político, especialmente pelos partidos de esquerda, adquiriu definitivamente as suas *lettres de noblesse*, passando a ser utilizado e aceito alternada e indistintamente por todos as vertentes políticas do país. Em suma, cresceu não só em intensidade, mas igualmente em credibilidade e visibilidade.

## *2. Do órgão controlador e das normas objeto do controle*

Dando curso a uma tradição multisseccular, a Constituição da Quinta República deu ao órgão titular da jurisdição constitucional a denominação de Conselho Constitucional, deixando de lado denominações mais adaptadas à função jurisdicional tais como Corte ou Tribunal<sup>4</sup>.

O Conselho Constitucional<sup>5</sup> é composto por duas categorias de membros: os membros vitalícios (*membres de droit*) e os membros nomeados para um mandato de nove anos (*membres nommés*). Têm a qualidade de

membros vitalícios os ex-presidentes da República, aos quais a Constituição e a lei orgânica do Conselho Constitucional dão o privilégio de ter assento efetivo no Conselho, desde que observem um dever comum a todos os magistrados do país: o dever de reserva quanto às questões decididas na via jurisdicional. Noutras palavras, não lhes é permitido politizar nem publicizar o processo decisório e deliberativo do órgão, o que é extremamente difícil para políticos profissionais. Talvez por esse motivo, nenhum ex-presidente da Quinta República fez até hoje uso da faculdade constitucional de ter assento no Conselho Constitucional<sup>6</sup>. Ou seja, trata-se de previsão constitucional que caiu em desuso, não sendo raros os doutrinadores que pedem a sua abolição pura e simples.

Os membros nomeados são os que exercem na sua plenitude a função jurisdicional no seio do Conselho. Compõem um colegiado de nove membros, sendo três designados pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembleia Nacional e três pelo Presidente do Senado. O mandato tem a duração de nove anos, não permitida a recondução. A cada três anos são feitas três nomeações, uma por cada autoridade titular do direito de nomeação. A exemplo do que ocorre em outros sistemas de jurisdição constitucional, cabe ao Chefe de Estado nomear o Presidente do Conselho, respeitando, é claro, o prazo de duração dos respectivos mandatos. Assim, sempre que ocorrer a vacância do cargo de Presidente do colegiado, o Presidente da República terá duas opções: ou bem ele nomeia para o cargo um dos membros já em exercício, que exercerá a presidência até o fim do seu próprio mandato de nove anos, ou ele designa para o cargo de Presidente o novo membro a que trienalmente ele tem direito de nomear, vindo este a ter o direito de dirigir o Conselho por todo o período de duração do seu mandato. Vale dizer, a prerrogativa que tem o chefe de Estado de nomear o presidente do Conselho Constitucional não o habilita a

substituir um presidente que esteja no exercício do cargo.

### 2.1. *Qualificação técnica*

A exemplo do que ocorre com diversos órgãos de cúpula da jurisdição constitucional, a começar pela Corte Suprema dos EUA, não se exige o diploma de bacharel em Direito para os membros do Conselho Constitucional. Isso talvez se explique pelo fato de que o Conselho foi concebido inicialmente como um órgão político de contenção do Parlamento, ramo todo-poderoso do poder tanto na Terceira (1875-1940) quanto na Quarta República (1946-1958). Pouquíssimos juristas contestam essa falta de exigência de qualificação jurídica, talvez confortados pelo fato de que o exame comparativo das cortes supremas e constitucionais mostra que pessoas de formação exclusivamente jurídica e com prática profissional restrita a essa área do conhecimento não são vocacionadas a exercer o monopólio sobre esse tipo de função constitucional, em razão do dogmatismo cego e da estreiteza de visão a que a exclusividade no exercício da profissão jurídica não raro conduz. A composição ideal das cortes constitucionais é, sem dúvida alguma, aquela que reúne um razoável número de profissionais experimentados oriundos do Poder Judiciário ou do Ministério Público, de professores universitários de primeira linha e de preferência versados em questões constitucionais e, por fim, de pessoas egressas da vida política, mas com sólidos conhecimentos na área administrativa, social, econômica e jurídica, mas não necessariamente ex-advogados militantes, pois o que conta aqui são a *largueur de vue* e a visão diferenciada em questões de Estado, que a vida política proporciona.

De qualquer sorte, a realidade mostra que a evolução político-constitucional da França nos últimos quarenta anos mudou completamente os dados da questão: o Conselho Constitucional não é mais um mero órgão de contenção dos arroubos e exorbitâncias políticas do Legislativo, causa maior

da instabilidade política que marcou as duas Repúblicas precedentes. Sua função primordial hoje é muito mais a de protetor dos direitos fundamentais. Essa mudança crucial na natureza das funções do Conselho fez-se acompanhar de uma perceptível alteração, tanto nos métodos de atuação do órgão, quanto no tipo de pessoas que passaram a nele ter assento ao longo do tempo. Assim, se é certo que nas primeiras composições do Conselho a predominância era de membros oriundos da classe política, um balanço geral do quadro de ex-membros do órgão mostrará que por ele passaram figuras exponenciais do mundo jurídico francês, tais como René Cassin, jurista mundialmente conhecido, figura-chave na reconstrução da paisagem jurídica internacional no pós Segunda Guerra, com passagens por funções-chave como a de vice-presidente do Conselho de Estado (a mais elevada autoridade jurisdicional do país na área do contencioso administrativo) e de membro da Corte Européia de Direitos Humanos; R. Lécourt, outro ex-membro da Corte Européia de Direitos Humanos; Marcel Waline e Georges Vedel, dois grandes expoentes do direito público europeu na segunda metade do século XX; Bernard Chénol, também ex-vice-presidente do Conselho de Estado; François Luchaire, Robert Badinter e Jacques Robert, publicistas eminentes, além de inúmeros outros respeitados profissionais do Direito.

Por outro lado, em sintonia com o processo evolutivo que transformou o Conselho Constitucional de órgão político em órgão jurisdicional, os profissionais do Direito paulatinamente também foram assumindo as rédeas da Instituição, ainda que sem exclusividade. Com efeito, segundo levantamento recente (ver FAVOREU et al, 2000, p. 306), dos 57 membros nomeados entre 1959 e 2000, cerca de 90% eram titulares de diplomas que dão acesso às carreiras de magistrado da justiça comum ou da justiça administrativa; 40% eram doutores em Direito e 20% professores efetivos das facul-

dades de Direito. Outro dado importante: quase um terço dos nomeados no mencionado período participaram de uma maneira ou de outra à elaboração da Constituição de 1958.

## 2.2. *Modernidade*

Num outro registro, mas bem ilustrativo de sua adaptação aos novos tempos e ao exemplo de outras cortes similares, o Conselho Constitucional, no ano de 2000, teve ocasião de ostentar uma façanha raríssima, qual seja, a presença em sua composição efetiva de 3 mulheres ao mesmo tempo: a Conselheira Noelle Lenoir, a primeira mulher a ter assento no órgão, nomeada em 1992; Simone Veil, ex-magistrada e ex-ministra de Estado, nomeada em 1998; e Monique Pelletier, nomeada em 2000. Ou seja, um terço da composição do órgão.

## 3. *Das Atribuições do Conselho Constitucional e dos atos suscetíveis de controle*

### 3.1. *Das atribuições extrajurisdicionais e semijurisdicionais*

Detentor exclusivo da jurisdição constitucional na França, o Conselho Constitucional, a exemplo de outras cortes constitucionais, é titular de algumas atribuições constitucionais que vão além da missão puramente jurisdicional. Cabe-lhe, por exemplo, velar pela regularidade jurídica das operações do *referendum*, instituto de longa sedimentação na vida institucional francesa, pelo qual o povo é chamado a participar diretamente da produção normativa do país, aprovando leis de natureza constitucional (emendas) e infraconstitucional. Noutras palavras, no exercício dessa missão constitucional, cumpre-lhe exercer o papel de “autenticador da expressão da vontade nacional” (FAVOREU, 2000, p. 311).

Ao Conselho Constitucional cabe ainda uma atividade bastante similar à que é exercida entre nós pela Justiça Eleitoral. Com efeito, figura entre as suas atribuições cons-

titucionais o controle da regularidade das eleições presidenciais e das eleições parlamentares, missão que, vista do ponto de vista do direito comparado, ele cumpre com bastante zelo, haja vista que não é incomum vê-lo decretar a perda de mandato parlamentar por vício no processo eleitoral, abuso do poder econômico ou ocorrência de incompatibilidade. Aliás, entre as suas atribuições, essa é a mais expressiva do ponto de vista quantitativo<sup>7</sup> e é a que apresenta características típicas de uma jurisdição comum, com regras procedimentais rígidas, contraditório estrito etc.

Por fim, o Conselho exerce, a par das atividades tipicamente jurisdicionais do controle de constitucionalidade, duas atribuições da mais alta relevância, reveladoras do seu *status* constitucional elevado. Em primeiro lugar, nas situações de crise constitucional, o Chefe de Estado deve necessariamente consultá-lo antes de fazer uso dos poderes excepcionais que lhe são conferidos pelo famoso artigo 16 da Constituição de 1958. Em segundo, a ele é dada a prerrogativa de declarar pelo voto da maioria absoluta de seus membros a vacância do cargo de Presidente da República, em casos de impedimento, doença, incompatibilidade etc.

### 3.2. *Das competências tipicamente jurisdicionais*

No que diz respeito às competências tipicamente jurisdicionais, as atribuições do órgão são de ordem variada, umas de caráter preventivo e obrigatório, outras de caráter preventivo e facultativo e umas poucas outras de caráter facultativo e *a posteriori*.

A mais importante entre essas atribuições, o controle de constitucionalidade das leis, é a prevista nos artigos 54 e 61 da Constituição. De acordo com o artigo 61, cabe ao Conselho, em primeiro lugar, exercer o controle da conformidade constitucional das leis orgânicas (similares às nossas leis complementares) e dos regulamentos internos das Assembléias parlamentares. Trata-se de um controle preventivo e obrigatório, sem o

qual nenhuma dessas modalidades normativas adquire eficácia. Quanto às leis orgânicas, a explicação para essa obrigatoriedade do controle reveste-se de grande razoabilidade: por ser a constituição francesa bastante sucinta, o funcionamento efetivo de inúmeras instituições reguladas em termos genéricos no texto constitucional condiciona-se à sua disciplina de forma mais detalhada em nível de lei complementar. Já a obrigatoriedade do controle preventivo dos regulamentos das assembleias parlamentares encontra explicação na história constitucional da Terceira e da Quarta Repúblicas: era exatamente por meio de manobras regimentais duvidosas e de chicanas procedimentais que as Assembleias francesas conseguiam bloquear o funcionamento regular de instituições políticas vitais em regime parlamentar, tais como a moção de censura e a dissolução do Parlamento. Com isso, impunham de forma prepotente a sua vontade ao Executivo, criando instabilidade governamental e desequilíbrio institucional, quase operando, assim, a conversão do regime parlamentar em “regime de assembleia”<sup>8</sup>. Assim, para evitar que o funcionamento regular das instituições continuasse a ser deturpado pelas manobras e chicanas conduzidas pelas lideranças parlamentares, a Constituição de 1958 instituiu o chamado “parlamentarismo racionalizado” (ver CRUZ, 1999), isto é, um regime parlamentar disciplinado por regras rígidas de relacionamento entre o Executivo e o Legislativo. Entre essas regras rígidas, especial atenção passou a ser dedicada aos regimentos do Senado e da Assembleia Nacional, pois era por meio da manipulação de suas normas que o Legislativo conseguia chantagear e impor a sua vontade ao Executivo. Daí a obrigatoriedade, instituída pela Constituição de 1958, do exame obrigatório e preventivo dos regimentos antes da sua entrada em vigor.

Por outro lado, com base nos artigos 54 e 61, alínea 1, o Conselho examina, mediante ação de iniciativa de uma das autoridades

constitucionais legitimadas, a compatibilidade com a Constituição de dois tipos distintos de atos normativos: a lei ordinária votada pelo Parlamento e os tratados internacionais. No caso da lei ordinária, após sua votação regular pelas duas Casas do Parlamento, mas antes da promulgação, o Conselho verifica, mediante provocação, a sua compatibilidade com a Constituição. Constatada a inconstitucionalidade, nasce um empecilho intransponível à promulgação e, por via de consequência, à entrada em vigor da lei. Ao Parlamento só restará alterar a lei, escoimando-a dos dispositivos incompatíveis com o texto constitucional, ou simplesmente desistir da sua aprovação. Já no que diz respeito aos tratados internacionais, toda vez que o Conselho Constitucional constata, no curso da sua atividade de controle da constitucionalidade, que um determinado tratado negociado pelo Governo traz em seu bojo uma cláusula que se choca com algum dispositivo constitucional, a ratificação do instrumento normativo internacional fica suspensa até que se promova a alteração constitucional necessária à compatibilização entre as duas categorias normativas.

Essas são as duas modalidades de controle constitucional mais frequentes, as que compõem nos dias atuais o essencial das atividades jurisdicionais do Conselho, executada a atividade de controle jurisdicional do processo eleitoral de escolha do Presidente da República e dos membros do Parlamento. Mas o controle de constitucionalidade francês não se esgota aí. Contrariamente ao que se pensa, o Conselho Constitucional exerce ainda um outro tipo de atividade jurisdicional bem específico, fruto das inovações estruturais que a Constituição da Quinta República ousou implantar.

Com efeito, entre as novidades institucionais da Quinta República francesa, figura uma inovação que à época foi vista como uma verdadeira “revolução jurídica”: a separação rígida entre o que é do “domínio da lei” e o que é do “domínio do regulamento”.

Segundo esse esquema de separação de competências normativas previsto na Constituição, o Parlamento tem competência para legislar somente sobre as matérias explicitamente elencadas no artigo 34 da Constituição<sup>9</sup>. Tudo o que sobejar à enumeração do artigo 34 pertence à esfera, ao “domínio”, do Regulamento, ou seja, inclui-se na alçada normativa do Executivo. Em realidade, muitas dessas “inovações” foram instituídas com o objetivo único de levar a cabo o apoucamento do poder Legislativo e de fortalecimento do Executivo. Em virtude dessa separação dos domínios legislativo e regulamentar, cabe ao Conselho Constitucional intervir para dizer o que é da alçada do Legislativo e o que é da alçada do Executivo, cumprindo assim uma das missões clássicas da justiça constitucional – o deslinde de conflitos de competência entre órgãos constitucionais soberanos.

O Conselho Constitucional desincumbe-se dessa missão específica em duas situações distintas: *a priori*, em caráter preventivo, e *a posteriori*, isto é, após a entrada em vigor da lei. A intervenção *a priori* se dá no curso do processo legislativo. Com efeito, se ao longo da discussão e deliberação de um projeto de lei de iniciativa parlamentar ficar constatado que a respectiva proposta legislativa não é do domínio da lei ou incide sobre matéria objeto de uma delegação legislativa outorgada pelo Parlamento ao Executivo, este pode opor-se à aprovação do projeto por meio de uma moção de *irrecevabilité*, isto é, uma moção impeditiva da deliberação do projeto. Acolhida a moção pela respectiva Casa Legislativa, o projeto sai da pauta de deliberação. Mas, se o presidente da Assembléia interessada se opuser à moção, estará caracterizado o litígio constitucional para cujo deslinde o Conselho Constitucional será chamado a intervir por qualquer um dos dois litigantes (o Legislativo ou o Executivo), devendo tomar sua decisão num prazo de oito dias.

A “revolução jurídica” de 1958 deu margem, como era de se esperar, a questões cons-

titucionais complexas, para cujo deslinde era indispensável a existência de um órgão competente para o exercício da jurisdição tipicamente constitucional. Por exemplo: em que categoria normativa passariam a se enquadrar após 1958 as leis votadas pelo Parlamento anteriormente à vigência da Constituição, tratando de matérias que após essa data passaram a integrar o domínio regulamentar? Como proceder à alteração dessas leis a partir de 1958?

Aí é que entra a outra variante do controle de constitucionalidade francês, de tipo especialíssimo e exercida *a posteriori*. É o procedimento de “delegalização”, previsto no artigo 37, alínea 2, da Constituição. Com efeito, a Constituição estabelece (art. 37) que as matérias não incluídas explicitamente no domínio da lei passariam a ter natureza regulamentar após a vigência da Constituição. Assim, se uma determinada matéria foi disciplinada antes de 1958 por via legislativa e após 1958 essa matéria passou para o domínio regulamentar, sua alteração por decreto do Executivo passou a ser constitucionalmente viável após a vigência da Constituição. Mas, após 1958, se o Parlamento decidir disciplinar uma matéria agora incluída no âmbito da competência regulamentar, o Executivo pode alterar o respectivo ato normativo por decreto, desde que o Conselho Constitucional declare que aquela norma tem, em realidade, um caráter eminentemente regulamentar. Em outras palavras, por meio do procedimento de “delegalização”, o Conselho decide, em caráter definitivo, se uma determinada norma legal tem natureza de lei em sentido material ou de lei em sentido formal. Decidindo-se pela última hipótese, o Conselho chancela a modificação da norma pelo Executivo por meio de decreto.

Em resumo, a ação jurisdicional do Conselho Constitucional se exerce sobre atos normativos específicos, expressamente elencados na Constituição. Trata-se de controlar a compatibilidade vertical com a Constituição de atos de conteúdo normativo di-

verso. Em primeiro lugar, da lei propriamente dita, expressão da vontade nacional como já dizia Rousseau. Em se tratando de lei ordinária, o controle é facultativo, isto é, depende da iniciativa das autoridades constitucionalmente legitimadas, tanto no que diz respeito ao controle propriamente dito quanto no que pertine à chamada *delegalisation*. Cogitou-se num certo momento de se modificar a Constituição para permitir ao Conselho a possibilidade de decretar a sua *auto-saisine*, isto é, o poder de iniciar ele próprio, de ofício, o procedimento de controle. Tal proposta, porém, não foi adiante. Em segundo lugar, o controle se exerce de forma obrigatória e automática sobre as leis orgânicas e sobre os regulamentos internos das assembleias parlamentares. Por fim, existe ainda o controle (mediante iniciativa de um dos legitimados) dos tratados internacionais, podendo esse controle ter como objeto tanto o texto do tratado em si quanto a lei do Parlamento que o ratifica.

### 3.3. *Dos atos normativos imunes ao controle*

Algumas modalidades normativas escapam, contudo, ao controle de normas exercido pelo Conselho Constitucional. Esse é o caso, por exemplo, das leis oriundas da vontade popular – as chamadas “leis referendárias”. Adotando uma interpretação estrita do texto constitucional, e pretendendo com isso veicular a mensagem de que somente os atos do Parlamento, isto é, do poder constituído, seriam suscetíveis de modificar de forma nociva a estrutura e o equilíbrio entre os poderes, o Conselho já decidiu, por duas vezes, que a lei aprovada por referendo não se enquadra no conceito de “lei” a que se refere a Constituição para efeito de controle de constitucionalidade. Noutras palavras, as modificações trazidas ao ordenamento jurídico pela manifestação do povo soberano não podem ser coarctadas por autoridades jurisdicionais. Trata-se, pois, de atos imunes ao controle jurisdicional.

São também imunes à jurisdição constitucional os atos normativos (*ordonnances*) editados pelo Executivo em razão de delegação legislativa outorgada pelo Parlamento. Tecnicamente, essa imunidade ao controle de constitucionalidade se explica pelo fato de que, na França, antes de sua convalidação pelo Legislativo, a norma objeto de delegação tem hierarquia idêntica à do regulamento. Por via de consequência, é uma norma que se submete ao controle da jurisdição administrativa, tanto pelas vias ordinárias quanto pela via especial do *recours pour excès de pouvoir*. Ao Conselho de Estado, órgão de cúpula do contencioso administrativo, cabe, com efeito, o controle em última instância da compatibilidade entre o regulamento e a lei (controle de legalidade), ao Conselho Constitucional restando a incumbência exclusiva de verificar a compatibilidade entre a lei e a constituição (controle de constitucionalidade). Somente no momento de sua aprovação por lei pelo Parlamento é que tais *ordonnances*, convertidas em lei material, podem ser objeto de controle de constitucionalidade<sup>10</sup>.

São também imunes ao controle do Conselho Constitucional as emendas constitucionais. O Conselho já se manifestou nesse sentido por duas vezes. Uma delas ocorreu por ocasião da ratificação do Tratado constitutivo da União Européia (Tratado de Maastricht, posteriormente alterado pelo Tratado de Amsterdam). Acionado por um grupo de mais de sessenta Senadores que impugnavam o Tratado por considerá-lo atentatório à soberania nacional, o Conselho Constitucional decidiu que o referido tratado era, efetivamente, contrário à Constituição. Em razão dessa decisão, foi dado início ao procedimento constitucional de emenda à Constituição, para harmonizá-la com as novas disposições contidas no tratado. Aprovada a emenda à Constituição, foi esta por sua vez impugnada perante o Conselho Constitucional, que no entanto rechaçou a ação, no entendimento de que o poder constituinte é soberano, exceto no que diz res-

peito às limitações temporais, formais e materiais à reforma da Constituição. Em suma, inexistente na França, como de resto na maior parte das grandes democracias ocidentais, controle de constitucionalidade de emendas constitucionais.

### 3.4. Controle de constitucionalidade da lei já promulgada

Em princípio, como já vimos, a lei promulgada não pode mais ser objeto do controle de constitucionalidade. Entretanto, duas decisões do Conselho Constitucional, uma de 1985 e outra de 1999, vieram abrir uma brecha nesse edifício teórico erguido em torno do princípio segundo o qual somente as leis aprovadas pelo Parlamento mas ainda não sancionadas pelo Presidente da República podem ser objeto do controle. Com efeito, nessas duas decisões o Conselho declarou ser possível o reexame da constitucionalidade de uma lei já promulgada, por ocasião do controle de uma lei posterior que a modifica. Tal controle *a posteriori* já foi levado a efeito quatro vezes desde 1985 e isso pode ser visto como indicativo de uma tendência evolutiva do controle de tipo francês. Dessa evolução defluiu necessariamente uma conclusão lógica que, no entanto, não se acha explicitada no texto constitucional: a de que a jurisprudência do Conselho Constitucional se impõe a todos os poderes públicos, exceto a ele mesmo. Isso, naturalmente, viabiliza a evolução da jurisprudência, permitindo a sua adaptação à rápida e constante evolução da sociedade.

### 4. Do procedimento e das decisões

Tratar do procedimento observado perante o Conselho Constitucional implica necessariamente dissertar sobre a legitimação para agir, sobre os prazos, sobre os requisitos indispensáveis à formalização e ao desenvolvimento da ação, bem como sobre alguns aspectos das decisões propriamente ditas.

#### 4.1. Da legitimação

Cerca de quatorze categorias diferentes de autoridades e pessoas têm legitimação para acionar o Conselho Constitucional para fins de exercício de uma das suas múltiplas atribuições constitucionais. Esses legitimados vão desde o Presidente da República, Primeiro-Ministro, Deputados e Senadores até os candidatos a cargos eletivos, o eleitor, o Ministério Público, o *Préfet*<sup>11</sup>, as mesas e os presidentes das assembleias. A legitimação se justifica em função do tipo de manifestação que se pede ao Conselho. No que diz respeito ao controle de constitucionalidade propriamente dito, como já dissemos, são legitimados o Presidente, o Primeiro-ministro, os presidentes do Senado e da Assembleia Nacional e, desde 1974, sessenta deputados ou sessenta senadores.

#### 4.2. Dos prazos

Como já dissemos, o modelo de jurisdição constitucional adotado pela Constituição francesa de 1958 reúne formas diversas de intervenção do órgão titular da jurisdição constitucional. Variam, por conseguinte, os prazos para as diversas modalidades de controle. Pode-se falar basicamente em dois tipos de prazos: a) prazos para submissão do ato normativo ao controle do Conselho, ou seja, prazos para o desencadeamento do processo de controle; b) prazo dentro do qual deve ser proferida a decisão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Há situações, porém, em que não há qualquer exigência de prazo.

Vejamus inicialmente as hipóteses de controle de constitucionalidade obrigatório, isto é, o controle das leis orgânicas e o dos regimentos internos das assembleias parlamentares. Cumpre saber inicialmente em que momento o ato normativo deve ser submetido ao crivo do Conselho. Em se tratando de leis orgânicas, o prazo para propositura da ação constitucional é de 15 dias, a contar da data de aprovação final do projeto de lei pelo Parlamento e sempre antes da

sua promulgação pelo chefe de Estado. Quanto ao prazo para proferir a decisão, em princípio, nessa modalidade de controle, o Conselho tem 30 dias para deliberar e decidir, mas esse prazo pode ser encurtado para 8 dias, caso o Primeiro Ministro manifeste expressamente um pedido de urgência. Essas regras de prazo para julgamento também se aplicam ao controle obrigatório dos regimentos internos das assembléias parlamentares. Já quanto ao prazo de propositura da ação constitucional no caso dos regimentos, as soluções são menos evidentes. De fato, como os regimentos internos das assembléias não se submetem à sanção do Executivo, e como não é nada incomum que haja incerteza quanto à data exata de entrada em vigor de um ato normativo dessa natureza, dúvidas podem ocorrer quanto aos momentos inicial e final do prazo de propositura dessa modalidade específica de ação de inconstitucionalidade. Um regimento interno pode ser aprovado numa legislatura para entrar em vigor somente na seguinte ou numa outra data qualquer. O certo, porém, é que cabe ao presidente da Assembléia comunicar ao Conselho Constitucional a aprovação de um novo regimento, transmitindo-lhe o texto respectivo. Feita essa comunicação, começa a correr o prazo para o exame do ato normativo, exame esse que é condição inafastável de eficácia do regimento.

Quanto às leis ordinárias, também é de quinze dias o prazo para que os legitimados possam fazer uso da faculdade constitucional de acionar o Conselho. Nesse caso, a exemplo do que ocorre no controle das leis orgânicas, votada uma lei pelo Parlamento e uma vez ajuizada a ação impugnando-a por incompatibilidade com a Constituição, surge o efeito jurídico imediato da propositura da ação constitucional: a suspensão do prazo de promulgação da lei, que é de quinze dias (art. 10)<sup>12</sup>. O prazo para o Conselho proferir sua decisão é de trinta dias, também com possibilidade de redução para oito dias, em caso de urgência.

No que concerne aos tratados internacionais, o prazo de propositura da ação de inconstitucionalidade é fruto de construção jurisprudencial, já que a Constituição e a lei orgânica relativa à organização e ao funcionamento do Conselho Constitucional são silentes a esse respeito. Com efeito, por meio de um julgado proferido em 1992<sup>13</sup>, o Conselho Constitucional decidiu que o desencadeamento do procedimento de controle da constitucionalidade de um instrumento normativo internacional pode se dar assim que o ato tenha sido assinado “em nome da República francesa”. Decidiu também que o exercício do direito de ação constitucional nesse caso deve necessariamente preceder à internalização do texto objeto da negociação internacional no ordenamento jurídico do país. Na prática, isso quer dizer que a ação constitucional pode ser proposta tanto antes quanto no curso do procedimento legislativo de ratificação do tratado. O prazo para o Conselho decidir é o mesmo previsto para o controle das leis ordinárias.

Por fim, em razão da sua própria especificidade, o tratamento dos prazos é diverso no que diz respeito à hipótese de controle de constitucionalidade *a posteriori*. De fato, no que pertine à hipótese de controle para fins da chamada “delegalização”, a colocação em marcha da jurisdição constitucional não se submete a prazos explícitos. Com efeito, se o Executivo decidir alterar por decreto uma lei que cuida de matéria que, segundo a Constituição, insere-se no domínio do regulamento, a alteração somente poderá efetivar-se se o Conselho Constitucional decidir que aquele tema, de fato, pertence ao domínio regulamentar e não ao domínio da lei. Nesse caso, o ajuizamento da ação pelo Primeiro-ministro deve ocorrer necessariamente antes da alteração da norma, mas não há prazo específico para tanto. Na prática, o Conselho Constitucional pode ser chamado a qualquer tempo para dizer se um texto legislativo pertence materialmente ao domínio da lei ou do regulamento, mesmo depois de passados muitos anos da promulgação da lei.

#### 4.3. *Dos requisitos de propositura da ação e da sua evolução procedimental*

O exercício do direito de ação perante o Conselho Constitucional é bastante simplificado, apresentando algumas discrepâncias em relação às exigências previstas nas jurisdições administrativa e comum. Totalmente gratuita<sup>14</sup>, a jurisdição constitucional francesa isenta os legitimados do pagamento de qualquer tipo de despesa processual, bem como da representação por advogado, o que é bastante salutar nessa modalidade de jurisdição. As petições dos legitimados podem tomar a forma de simples carta-ofício, tanto no formato individual quanto no coletivo. Assim, em se tratando de ação de autoria parlamentar, instaura-se a jurisdição por intermédio de uma única carta-ofício contendo as sessenta assinaturas exigidas, ou por meio de sessenta cartas individualizadas. Em razão da dispensa do ministério de advogado, a motivação da petição é facultativa: basta indicar os dispositivos considerados contrários à Constituição<sup>15</sup>. O Conselho Constitucional, por seu turno, não restringe o seu exame nem à motivação eventualmente feita pelos autores nem aos dispositivos por eles apontados como contrários à Constituição. Com efeito, pode ocorrer de os requerentes indicarem um determinado dispositivo da lei como contrário à Constituição e o Conselho proclamar a constitucionalidade do dispositivo apontado, e ao mesmo tempo declarar a inconstitucionalidade de outros dispositivos da lei não apontados pelos requerentes. Ou seja, mesmo que a impugnação feita pela autoridade legitimada incida sobre uma parte da lei, a decisão do Conselho poderá incidir sobre a integralidade do texto. Da mesma forma, podem os requerentes indicar como parâmetro do controle um determinado componente do *bloc de constitutionnalité* e o Conselho declarar a inconstitucionalidade da norma por incompatibilidade com um outro princípio ou dispositivo não apontado na petição.

Proposta a ação constitucional por um dos legitimados ou comunicada a aprovação pelo Parlamento de um ato normativo submetido ao controle obrigatório de constitucionalidade, a arguição passa por um exame prévio de admissibilidade em se tratando de hipótese de controle facultativo. Declarada a inadmissibilidade de uma ação por qualquer motivo, essa decisão é definitiva, eis que as decisões do Conselho Constitucional são irrecorríveis e não suscetíveis de exame por qualquer outro órgão jurisdicional. Declarada admissível, cabe ao Presidente do Conselho Constitucional designar um relator para o caso. Aqui, a exemplo do que ocorre em outras Cortes Constitucionais ou Supremas, a começar pela Corte Suprema dos EUA, tem-se um exemplo do poder extraordinário que detém o presidente do colegiado, consistente na prerrogativa discricionária (costumeira, eis que não prevista nos textos) de poder escolher o relator, contrariamente, por exemplo, ao sistema vigente no Brasil – em que o relator é escolhido de forma aleatória, por sorteio. Embora quase não o faça, o Presidente pode até mesmo autodesignar-se relator. Em regra geral, as indicações para relatoria são feitas em função das especialidades técnicas de cada membro do Conselho<sup>16</sup>. Indicado o relator para um determinado caso, seu nome, porém, não é tornado público. Essa praxe da confidencialidade do nome do relator tem como objetivo caracterizar a natureza coletiva e impessoal da decisão, bem como subtrair o relator de eventuais pressões – econômicas, políticas, religiosas etc.

#### 4.4. *Das regras procedimentais*

Como já dissemos, o procedimento observado perante o Conselho Constitucional reveste-se de uma certa informalidade. No que diz respeito, por exemplo, ao controle das leis orgânicas e dos regimentos das assembleias, não há qualquer exigência de observância do princípio do contraditório. Talvez isso se explique pelo fato de tratar-se de um controle objetivo, automático, obriga-

tório, inteiramente desvinculado de conflitos de interesses intersubjetivos<sup>17</sup>. Tampouco há contraditório no procedimento de “delegalização” previsto no artigo 37.2 da Constituição, que também tem natureza objetiva e pertence à divisão de competências entre Legislativo e Executivo.

Já no que diz respeito ao controle facultativo das leis ordinárias, consolidou-se na prática do Conselho um arremedo de contraditório que pode ser assim resumido: proposta a ação de inconstitucionalidade e ultrapassada a fase de admissibilidade, é feita uma notificação da sua propositura às demais autoridades detentoras da legitimidade para desencadear o contencioso constitucional (Presidente da República, Primeiro-ministro e Presidentes das Assembléias parlamentares). Por seu turno, os Presidentes das assembléias dão ciência da propositura da ação aos respectivos membros. A notificação do Presidente da República se explica pelo fato de que a admissibilidade da ação implica suspensão automática do prazo de promulgação da lei. Já a informação da propositura ao Primeiro-Ministro tem várias explicações: em primeiro lugar, por ser ele o chefe do Governo, que tem imensa e cotidiana interferência no processo parlamentar; em segundo, porque é dele a iniciativa da maioria esmagadora de todas as leis aprovadas pelo Parlamento; e, por último, por encontrar-se sob as suas ordens uma autoridade-chave de todo o esquema de poder na França: o secretário-geral do Governo, uma espécie de correia de transmissão entre a Presidência da República, o Gabinete e o Parlamento. Na prática, é o Secretário-geral do Governo<sup>18</sup> quem faz a “defesa” da lei impugnada por inconstitucionalidade – um costume constitucional bastante criticado nos dias atuais (ver JAN, 2001, p. 473).

O certo é que a não-previsão nos textos de um procedimento contraditório mais rígido e estruturado é fruto da circunstância de que não há, de fato, direitos subjetivos envolvidos nesse tipo de controle de normas. O que passou a ocorrer, especialmente

a partir da emenda de 1974, foi um maior interesse político na declaração de inconstitucionalidade dessa ou daquela medida governamental ou parlamentar concretizada em lei. Em razão dessa “judicialização do processo político” e da correspondente “politização do Direito”, cresceu em importância o problema da observância do contraditório. Sinal evidente disso pode ser constatado nos arrazoados que acompanham as petições, que ganharam em volume e sofisticação.

Feita a defesa do ato normativo por quem de direito (na maioria dos casos, o Secretário-Geral do Governo, em nome deste, mas também os presidentes das assembléias parlamentares em se tratando de lei de iniciativa parlamentar), não é incomum que os autores da ação façam uso do direito de réplica (*mémoire ampliatif de la saisine*), a fim de combater os argumentos alinhados na defesa do ato. Tudo isso, claro, tem caráter bastante informal, já que é facultativa a apresentação de peças jurídicas, seja na fundamentação da ação seja na defesa do ato normativo. A seguir, o Conselho Constitucional publica no Diário oficial a íntegra da lei, acompanhada dos arrazoados jurídicos que dão sustentação tanto à ação de inconstitucionalidade quanto à defesa do ato normativo impugnado. Tal publicação, incomum na prática jurisdicional comparada pela sua extensão, abrangendo a totalidade das peças do debate contraditório, reduz sensivelmente, para alguns, a força e a credibilidade de uma crítica que era frequentemente feita à práxis jurisdicional do Conselho Constitucional: a de ser um órgão jurisdicional envolto em segredo!

O Relator, cujo poder de instrução é de natureza inquisitorial, ao proceder à instrução do feito, toma às vezes a iniciativa de ouvir os dirigentes dos órgãos destinatários da norma questionada ou pessoas que de alguma forma estiveram envolvidas na sua elaboração. Não raramente são também ouvidos pelo Relator os argumentos técnicos dos representantes dos órgãos envolvi-

dos. Ele pode também convocar e interrogar as autoridades cuja atuação funcional tenha pertinência com o texto impugnado, colher a opinião de *experts* na matéria tratada pela lei. Mas todas essas consultas são informais, elas não estão previstas nas normas constitucionais e legais do contencioso constitucional. Em suma, são costumes constitucionais que se desenvolveram ao longo dos últimos quarenta anos.

Se a informalidade é um dado inegável no que diz respeito às regras procedimentais, o Conselho consagra um rigor todo especial à constituição daquilo que se convencionou chamar de *dossier de travail* do processo constitucional, isto é, a documentação anexa preparada pelo secretariado do Conselho e que serve de apoio às deliberações do órgão jurisdicional. Esse *dossier de travail* compreende uma enorme variedade de documentos, incluindo desde os respectivos projetos de leis e as atas dos debates parlamentares até a jurisprudência de Cortes estrangeiras, da Corte Européia de Direitos Humanos, da Corte de Justiça das Comunidades Européias, das jurisdições administrativa e comum sobre o assunto em discussão. Embora não haja previsão legal da figura do *amicus curiae*, são incluídas no *dossier de travail* as observações favoráveis e contrárias à lei formuladas por pessoas físicas e jurídicas, por associações e outras instituições que se interessem pela questão constitucional em debate.

Assim, concluída a instrução e elaborado o relatório, o Relator leva o caso ao Plenário para deliberação com os demais membros do Conselho, que decidem secretamente, sem a presença de quem quer que seja.

#### 4.5. Das decisões

As decisões do Conselho Constitucional têm efeito *erga omnes*, pois nos termos do art. 62 da Constituição elas “se impõem aos poderes públicos”. Se é certo que nos primeiros anos da Quinta República houve dúvidas sobre a eficácia desse dispositivo constitucional em razão de o Conselho Cons-

titucional ser um órgão externo às duas outras ordens de jurisdição e por isso mesmo não dispor de meios processuais de impor suas decisões, hoje essas dúvidas desapareceram completamente, e tanto a Corte de Cassação quanto o Conselho de Estado observam fielmente as decisões do Conselho.

No seu aspecto formal, as decisões do Conselho são bastante semelhantes às das outras jurisdições do país. Ao contrário da tradição do nosso STF e da Corte Suprema dos EUA, em que as decisões tomam a forma dissertativa, na França elas são redigidas e motivadas sob a forma de “consideranda”, “visto que”, “atendendo a que”, para só então concluir-se com o dispositivo da decisão. Os “consideranda” e “vistos” integram o conteúdo da decisão. Esse método, para quem não é com ele familiarizado, dificulta sensivelmente a compreensão do conteúdo da decisão.

Num primeiro momento, as decisões do Conselho eram bastante sucintas, seguindo aliás a tradição jurisdicional do país. Na França, é comum dizer-se que, em matéria jurisdicional, “*la concision est la règle d’or*”. Mas, nas últimas duas décadas, as decisões do Conselho Constitucional tornaram-se bastante longas, algumas com cerca de cem “consideranda”.

A exemplo das demais cortes constitucionais européias, bem como do nosso STF, o Conselho Constitucional utiliza com bastante frequência a técnica da interpretação conforme (*décision de conformité sous réserve d’interprétation*)<sup>19</sup>. Por meio dessa técnica, o órgão jurisdicional emite uma decisão de conformidade da lei com a Constituição, desde que aplicada única e exclusivamente no sentido estipulado no julgado. São decisões que, no dizer do Professor FAVOREU, têm conteúdo “constutivo, neutralizante ou diretivo”, por elas são emitidos comandos interpretativos precisos em direção ao intérprete ou aplicador da lei, que assim somente poderá aplicá-la em conformidade com as diretrizes interpretativas fixadas na decisão jurisdicional.

Não é incomum encontrar nas decisões do Conselho toda uma gama de conceitos e princípios desenvolvidos ao longo de décadas pela jurisdição administrativa, tais como o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, as teorias do desvio e do excesso de poder, do erro manifesto de apreciação, do custo e benefício, e a dos princípios gerais do direito.

### 5. Síntese da obra jurisprudencial do Conselho Constitucional

A Constituição da Quinta República francesa foi promulgada em um momento de profunda crise política, em meio a uma guerra colonial (Guerra da Argélia). Esse fato, somado às concepções políticas do líder político incontestável que inspirou e comandou todo o processo de sua elaboração (General Charles de Gaulle), fez com que o texto constitucional aprovado em 1958 trouxesse em seu bojo diversas inovações constitucionais de natureza autoritária e potencialmente liberticidas, como é o caso da separação entre os domínios da lei e do regulamento, do aviltamento do papel do Parlamento e a existência do famoso art. 16, que permite ao Chefe de Estado, em tempo de crise institucional grave, a absorção de competências específicas dos três Poderes estatais.

Boa parte do prestígio e da credibilidade de que goza hoje o Conselho Constitucional vem do fato de que ao longo do tempo a sua jurisprudência teve o efeito de mitigar, e em alguns casos de eliminar, a aspereza de certas inovações trazidas pela Constituição.

De fato, até 1958 era consenso constitucional inquestionável o entendimento de que em matéria de direitos fundamentais o Parlamento é senhor absoluto. Ou seja, de acordo com essa antiga visão, a obra de criação e proteção aos direitos fundamentais seria tarefa da alçada do Legislativo. O Conselho Constitucional, paulatinamente, fez ver aos franceses que não raro a própria lei “pode ser liberticida”. Por essa razão, deve

ser exercida sobre ela uma vigilância cerrada, de modo a impedir que o legislador, suposto protetor das liberdades fundamentais, exceda-se e finde por violá-las. Mas o paradoxo da obra do Conselho Constitucional nesse domínio reside no fato de que, ao mesmo tempo em que ele exerceu essa constante vigilância sobre o Parlamento, desautorizando-o e tolhendo-lhe as ações, soube também “reforçar” o papel institucional do Legislativo, alargando-lhe as competências, retirando-o do confinamento institucional aviltante no qual os constituintes de 1958 quiseram situá-lo. Soube, sobretudo, erguer-se à condição de protetor das liberdades fundamentais, interpondo-se e contendo os arroubos da maioria parlamentar.

O primeiro passo dado pelo Conselho rumo a essa sua nova função protetora dos direitos fundamentais foi dado em 1971 (ver FAVOREU; PHILLIP, 1997, p. 249; TURPIN, 1997, p. 33), com a célebre decisão *Liberté d’association*, pela qual ele instituiu o chamado *Bloc de constitutionnalité*, afirmando expressamente que a lei, por ser expressão de uma determinada maioria política, emanando na maioria das vezes do próprio Executivo (ver TURPIN, 1998, p. 1837), como é rotineiro em regime parlamentar, pode ser atentatória aos direitos do cidadão. Incoerente, portanto (ver TURPIN, 1998, p. 1837), era a concepção até então predominante de que à lei e ao Parlamento incumbiria a proteção das liberdades do cidadão. Diante dessa incongruência fundamental, o Conselho concebeu a idéia de um bloco de constitucionalidade<sup>20</sup>, ou seja, um conjunto de normas e princípios de gênese e origem diversas, aos quais ele passou a conferir status idêntico ao das normas constitucionais, impondo ao legislador a observância estrita desse *bloc*. Em suma, impôs ao Legislador, à míngua de textos explícitos nesse sentido, uma verdadeira *Charte jurisprudentielle des libertés*, suprimindo assim a lacuna verificada no texto original da Constituição que, como já dissemos, foi negligente quanto a esse aspecto, talvez em decorrência das cir-

cunhâncias excepcionais em que se deu a sua elaboração.

Destaca-se, nesse movimento de afirmação institucional iniciado em 1971, a constitucionalização dos chamados “princípios fundamentais extraídos das leis da República”. Tratou-se, nesse caso específico, da promoção ao *status* de norma constitucional de toda uma gama de direitos fundamentais instituídos pelo legislador infraconstitucional durante o período considerado “a idade de ouro das liberdades públicas” (a 3ª República, 1875-1940). Tais direitos, jamais inseridos em uma norma constitucional formal naquele período, embora já há longo tempo inteiramente consolidados na prática social, correriam o risco de alteração ou de revogação súbita por parte do poder constituído, se o Conselho Constitucional não os tivesse alçado a um patamar normativo superior, conferindo-lhes uma proteção reforçada. Noutras palavras, o Conselho converteu em cláusula pétreia, insuscetível de modificação pelo legislador infra-constitucional, todo o repertório legislativo<sup>21</sup> promulgado entre o fim do século XIX e as quatro primeiras décadas do século XX, normas essas que em última análise simbolizaram a conversão do país em uma plena democracia.

Na esteira dessa nova postura jurisprudencial de monitoramento constante do legislador infraconstitucional, o Conselho promoveu ao longo dos anos a conciliação entre princípios e direitos constitucionais *a priori* antagônicos tais como o direito de greve e o princípio da continuidade do serviço público; entre o princípio do pluralismo e da liberdade de imprensa; entre a preservação da ordem pública e o exercício das liberdades individuais.

Por outro lado, por meio da jurisprudência denominada *cliquet anti-retour* (ou “proibição de retrocesso”), o Conselho decidiu que, em matéria de direitos fundamentais, o legislador só pode intervir com o objetivo de torná-los mais efetivos, jamais para suprimi-los ou diminuir-lhes o alcance<sup>22</sup>.

Em suma, numa ruptura brusca com as idéias de Rousseau e de outros pensadores iluministas que forjaram as bases filosóficas da grande revolução de final do século XVIII e do constitucionalismo que se seguiu, o Conselho Constitucional findou por “dessacralizar” a lei, reconhecendo que a lei, embora sendo a “expressão da vontade nacional”, pode muitas vezes ser fonte de injustiça.

O Direito francês, que até os anos 70 ainda se revelava conservador, insular e extremamente apegado às tradições, vem se ajustando aceleradamente à evolução do tempo e das mentalidades, graças à própria evolução da sociedade civil e do sistema político como um todo, mas também sob o influxo da jurisdição constitucional. É notável o caráter progressista de certas decisões proferidas pelo Conselho, especialmente no domínio das liberdades fundamentais vinculadas às chamadas *questions de société*. É o caso, por exemplo, da decisão de 1975 que considerou constitucional a prática do aborto, reconhecendo o princípio do respeito de todo ser humano desde o começo da vida (o que não se aplica aos embriões, considerados “simples pessoas humanas em potencial”) e ao mesmo tempo autorizando as mulheres, *en situation de détresse*, a exercer o direito de aborto, ficando os médicos livres para atender ou não o pedido, segundo suas próprias convicções, mas proibida a recusa aos hospitais. É o caso, também, da decisão que validou a lei que instituiu o Pacto Civil de Solidariedade (PACS), uma denominação eufemística para caracterizar a proteção da lei à união livre entre pessoas, inclusive do mesmo sexo, que gozam agora de proteção reforçada tanto no plano fiscal quanto no que diz respeito à fruição dos direitos sociais, sem contar o direito estendido ao companheiro do mesmo sexo de permanecer no imóvel alugado após a morte do outro companheiro.

A jurisprudência do Conselho Constitucional é responsável pelo surgimento de um fenômeno notável em todos os países dotados de jurisdição constitucional e particu-

larmente expressivo entre nós: a constitucionalização da ordem jurídica. Até o advento da Constituição de 1958, os operadores do Direito franceses não eram habituados a interpretar e a aplicar diretamente a Constituição aos casos concretos. A lei era soberana nesse domínio. Aliás, não apenas na França, mas também em vários outros países europeus continentais, até boa parte do século XX a Constituição era vista muito mais como um documento político, um pacto governativo, do que como um repertório de normas jurídicas diretamente aplicáveis. Hoje, graças à jurisdição constitucional, ninguém mais contesta a normatividade da Constituição. Na França, não obstante umas poucas críticas a um suposto “*hyperconstitutionnalisme*” ou “*panconstitutionnalisme*”, a realidade é que as duas ordens de jurisdição buscam cada vez mais fundamentar suas decisões diretamente na Constituição tal como interpretada pela jurisdição constitucional e não mais apenas na lei (FAVOREU, 1997, p. 355).

#### 6. Críticas, controvérsias e propostas de alteração do sistema de controle de tipo francês

Devido à sua própria singularidade no seio das demais democracias européias, o sistema de controle de constitucionalidade vigente na França foi por longo tempo objeto de debates e controvérsias, algumas delas já quase inteiramente pacificadas na doutrina. No campo das controvérsias, figuram em primeiro plano a questão de saber se a missão levada a efeito pelo Conselho Constitucional é ou não de caráter jurisdicional e, logo a seguir, o problema relativo ao caráter preventivo do controle. A exemplo do que ocorre em outros países dotados de jurisdição constitucional, também se questiona o modo de designação dos membros do órgão incumbido do controle. Mais recentemente, duas novas questões, ou sugestões, afloraram nos meios jurídicos franceses: uma, atinente a um possível desloca-

mento para o âmbito da jurisdição constitucional do chamado “controle da convencionalidade” das leis, isto é, o exame da compatibilidade entre as leis e os tratados e convenções internacionais; outra, referente a uma possível introdução de uma prática jurisdicional inteiramente estranha às instituições jurisdicionais francesas: a possibilidade de se tornarem públicos os votos dissidentes.

##### 6.1. Conselho Constitucional: órgão jurisdicional ou órgão político?

Em si, essa é uma questão desprovida de qualquer interesse prático atualmente. De natureza política ou jurisdicional, o essencial para um órgão incumbido da fiscalização das normas infraconstitucionais é o rigor com que ele exerce a missão que lhe foi confiada pela Constituição, especialmente no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais. Também crucial é a confiança e a credibilidade que dele deve emanar, em direção aos atores do mundo político em geral, às forças econômicas e sociais da nação e aos cidadãos em geral. O direito comparado nos mostra que, mesmo passados mais de duzentos anos desde que a primeira Corte de Justiça ousou declarar-se competente para pronunciar a invalidade da obra dos detentores da soberania popular, essa delicada atribuição constitucional ainda é vista em certos cantos com reservas por causa do seu caráter antimajoritário, sua aceitação definitiva só ocorrendo por força da superior nobreza de sua missão, que é a preservação da supremacia da constituição e a proteção aos direitos fundamentais do cidadão. Mesmo no caso francês, esse debate já está superado há muito tempo. O Conselho Constitucional é, sem sombra de dúvida, uma jurisdição. Aliás, membro da Conferência das Cortes Constitucionais desde os anos 80, o próprio Conselho se considera uma jurisdição e não um órgão político<sup>23</sup>.

A polêmica serve, contudo, para sanar certas dúvidas: o que caracterizaria uma “jurisdição”, especialmente uma jurisdição in-

cumbida do controle da constitucionalidade das leis? Que elementos essenciais seriam aptos a caracterizar o exercício da função jurisdicional? O exercício da fiscalização abstrata da constitucionalidade da lei antes da sua promulgação retira ao órgão fiscalizador a sua possível natureza jurisdicional? A não observância de um ou outro aspecto do procedimento contraditório típico dos litígios interindividuais é suficiente para caracterizar como “política” a missão constitucional confiada ao órgão? O modo de designação dos membros tem importância decisiva na caracterização da atividade do órgão como política ou jurisdicional?

Pascal JAN (1999; 2001, p. 531) e Bruno GENEVOIS (1988; 2002, p. 516), indubitavelmente dois entre os mais autorizados especialistas na obra do Conselho Constitucional nos dias atuais, são taxativos quando afirmam que o Conselho Constitucional exerce uma função jurisdicional. E o fazem porque, no seu entender, a instituição sediada na ala Montpensier du Palais-Royal apresenta os *signes caractéristiques d'une juridiction*, isto é: decide à luz de critérios jurídicos, com total independência, sobre uma questão também jurídica que lhe é submetida. A decisão que profere tem a força de coisa julgada, eis que, nos termos da Constituição, os seus julgados não ensejam qualquer tipo de recurso e “se impõem aos Poderes públicos e a todas as autoridades administrativas e jurisdicionais” (art. 62.2). Ora, o poder de impor suas decisões com força de coisa julgada aos particulares e aos poderes públicos em geral é, como bem assinala JAN, o que efetivamente caracteriza o poder jurisdicional.

Por outro lado, o caráter preventivo do controle exercido pelo Conselho Constitucional não lhe retira a natureza jurisdicional, pois o que é decisivo é a natureza da atividade do órgão e não o momento em que ela se dá. Ou seja, relevante é o fato de a Constituição francesa outorgar ao Conselho o formidável poder de, baseando-se em considerações e critérios de ordem jurídica, im-

pedir que uma lei contrária à Constituição entre em vigor (art. 62.1 da Constituição: “uma disposição declarada inconstitucional não pode ser promulgada nem posta em aplicação”). É irrelevante, para efeito de saber se se trata ou não de uma decisão de cunho jurisdicional, se esse ato de contenção do poder político, característico de *checks-and-balances*, ocorre antes ou depois da lei promulgada.

Argumentos vinculados à questão procedimental também são avançados pelos pouquíssimos juristas que ainda consideram o Conselho Constitucional um órgão político. Alegam, em essência, que o procedimento observado pelo Conselho no julgamento dos casos que lhe são submetidos não é inteiramente contraditório. De fato, como já tivemos oportunidade de assinalar, o Conselho Constitucional foi concebido em 1958 para ser, na feliz expressão de Dominique CHAGNOLAUD (2002?, p. 511), um “cão de guarda do executivo” (*chien de garde de l'exécutif*), em detrimento do poder Legislativo. Sua criação se deu em uma época em que ainda eram acesas e potentes as objeções ideológicas, históricas e políticas contra qualquer tipo de controle de constitucionalidade. Em tais circunstâncias, é natural que não se tenha pensado em estabelecer normas procedimentais rígidas, a exemplo das que regem o procedimento perante as demais esferas da Justiça. Tanto os constituintes de 1958 quanto o legislador que aprovou a lei orgânica do Conselho tinham dúvidas acerca da natureza jurídica do novo órgão e, por isso mesmo, deixaram a questão em aberto. Como já dissemos, as regras procedimentais do Conselho são relativamente informais, fruto muito mais da experiência e da evolução e consolidação do próprio órgão do que resultado de regulamentação normativa formal, ou seja, são costumesiras. Nelas não há muito espaço para elementos clássicos do processo, tais como a sustentação oral, a contradição e a representação acentuada das partes. Mas esses são traços encontráveis também em diver-

Outros modelos de controle abstrato de normas existentes em direito comparado. O fato é que, para mitigar tais inconvenientes, o Conselho veio paulatinamente absorvendo, pela via do costume, alguns dos elementos da prática jurisdicional contenciosa, como já tivemos oportunidade de mostrar.

O modo de designação dos seus membros, bastante diferenciado em relação à forma de composição das duas outras ordens de jurisdição, também não constitui a nosso sentir um elemento apto a caracterizá-lo como um órgão político. Com efeito, os membros do Conselho Constitucional são nomeados pelo Presidente da República, pelo Presidente do Senado e pelo Presidente da Assembleia Nacional, para um mandato fixo de 9 anos. Terminado o mandato, eles retornam às suas atividades normais. E aí reside, sem dúvida alguma, uma grande diferença em relação aos magistrados das duas outras ordens de jurisdição, que são detentores de cargos efetivos e seguem ao longo de suas vidas uma carreira estável no serviço público. Note-se, porém, quanto ao aspecto relativo aos titulares do direito de nomeação, que na maioria esmagadora das Cortes supremas ou constitucionais o poder de nomear os respectivos membros recai sobre as autoridades políticas. Assim o é o nos EUA, na Alemanha, na Espanha, no Brasil e em vários outros países. Aliás, seria uma excrescência institucional, suscetível de dar margem ao mais insuportável corporativismo, a idéia de se conceder a um órgão não depositário da legitimidade popular o poder da autocomposição pura e simples. Os excessos, a arrogância e as derrapagens de certos setores do poder Judiciário brasileiro nos anos recentes são um forte estímulo a que se evite esse tipo de nomeação por cooptação, que é absolutamente contrária aos princípios democráticos.

De qualquer forma, talvez por força da pressão existente nos meios jurídicos há algum tempo para que se institua modalidade de controle *a posteriori*, muitas propostas vêm sendo feitas no sentido de se alterar o

modo de designação dos membros do Conselho, para fins de adaptá-lo a uma provável futura nova realidade.

Entre as várias propostas doutrinárias de mudança do modo de nomeação dos membros da jurisdição constitucional francesa, chama a atenção a que sugere a adoção do sistema de listas tríplexes, bem conhecido da prática constitucional brasileira. Só que nesse caso a proposição é no sentido de que as três atuais autoridades constitucionais detentoras do direito de nomeação fiquem incumbidas de elaborar uma lista de três nomes para cada nomeação, mas esses nomes teriam que angariar uma aprovação de no mínimo dois terços dos votos dos senadores e dos deputados. O mais votado seria o nomeado. Um tal sistema, reforçado pela exigência de uma aprovação por voto qualificado, teria sem dúvida alguma a virtude de conferir maior densidade e legitimidade ao processo de designação, desencorajando a nomeação, ou a tentativa de nomeação, de pessoas despreparadas, desequilibradas, inadaptadas à função, excessivamente motivadas no plano ideológico ou até mesmo desprovidas da indispensável reputação ilibada.

O atual sistema de nomeação francês, no nosso modo de entender, apresenta seguramente algumas vantagens. Entre elas, a constante mudança no perfil dos membros e a diversidade de pessoas escolhidas que o sistema de nomeação propicia. Nosso mestre, professor Jacques ROBERT, com a autoridade de quem teve assento no Conselho de 1989 a 1998, expõe com grande propriedade os aspectos positivos do sistema rotativo de nomeação. Certamente levando em conta a especificidade do sistema político francês, em que às vezes as três autoridades detentoras do poder de nomeação são políticos oriundos de três correntes ideológicas distintas, Robert vislumbra nesse fato a salutar vantagem de se poder nomear pessoas de horizontes diversos, de origens diversas, de etnias e crenças diversas, de idades diversas e, por que não dizer, de formação pro-

fissional diversa. Sobre esse último ponto assim se manifesta ROBERT, com a autoridade insuspeita de quem é um dos mais respeitadas publicistas franceses:

*“Il n’y a donc point que des hommes de loi ou de droit. Certes rares sont ceux qui n’ont fait aucune étude de droit. Mais les juristes professionnels sont largement minoritaires. Et – à notre avis – il en est bien ainsi car plus les expériences de chacun sont multiples, plus les activités des uns et des autres ont été variées...moins le Conseil saisi des questions les plus complexes et les plus larges a de risques de se tromper à l’heure de la décision car tous profitent à plein du bagage de chacun”<sup>24</sup>.*

ROBERT vê também como altamente positivo nesse sistema “a rápida renovação dos homens”. No seu modo de ver, esse sistema permite constante renovação da composição do órgão, facilitada pelo fato de que a cada três anos três novos membros e talvez três novas mentalidades diferenciadas passam a compor o Colegiado. Essa rotatividade é saudável, na medida em que permite ao órgão jurisdicional estar constantemente em sintonia com a sociedade, com a evolução das mentalidades e dos costumes. Diz ROBERT a respeito desse aspecto específico, com a franqueza que lhe é característica:

*“Rien ne serait pire que le maintien au sein d’une institution d’hommes qui – les annés passant – se perpétueraient en se figeant, cesseraient à la longue – leur retraite professionnelle aidant – d’être en prise directe avec les événements et les évolutions, de plus en plus rapides, de nos sociétés, s’installeraient dans le conservatisme d’habitudes ancrées et de jurisprudences intouchables. Les États-Unis – à certaines époques de leur histoire –, ont tragiquement touché du doigt les inconvénients majeurs d’une chambre rétrograde qui bloquait toute réforme sociale”<sup>25</sup>.*

Esse sistema impede, por outro lado, a ocorrência do espetáculo constrangedor e vexatório, verificado em certas cortes supremas, em que os membros se eternizam nos

cargos, e muitas vezes neles permanecem única e exclusivamente para impedir que o poder político momentaneamente detentor da prerrogativa de preencher a vaga possa fazer uso dessa prerrogativa. Mais uma vez, os EUA são um exemplo eloqüente desses desvios propiciados pelas nomeações vitalícias<sup>26</sup>.

O sistema de nomeação rotativa, combinado com as áleas do regime parlamentar, tem também a vantagem de desencorajar o carreirismo. A esse respeito, Jacques ROBERT oferece apreciações judiciosas com a autoridade de um *insider*:

*“A cada três anos, um terço da composição do Conselho se vê modificado, sem que disso resulte uma mudança brusca (que poderia ser perigosa), pois os seis que ficam e continuam seus mandatos asseguram uma necessária continuidade e temperam as mudanças brutais. Como não se sabe jamais exatamente, a cada renovação trienal, quem será o próximo detentor do poder de decisão (as eleições, as exonerações e as dissoluções tornando incerta qualquer previsão), todo plano de carreira, toda ‘campanha’ se revela difícil. Nomes circulam. Jamais são os corretos. A surpresa é total. O leque das fontes (de talentos, ndt) e dos talentos se alarga a cada oportunidade. Tanto melhor”<sup>27</sup>.*

Para Jacques ROBERT, o atual modo de designação com renovação parcial da composição a cada três anos também é propício a assegurar maior independência aos nomeados. Diz ele:

*“Enfatizar-se-á – além do mais – a independência que o modo de designação atual dos membros do Conselho Constitucional lhes confere ao longo dos anos de presença na rua de Montpensier (sede do Conselho, ndt). Cada um de nós deve sua designação à escolha de um só homem, que muitos aliás não conheciam pessoalmente. Frequentemente, ele só tomou conhecimento da sua designação no úl-*

timo minuto, pois ninguém jamais é candidato. Azar daqueles que o são! Mesmo se todos não eram por natureza dotados das mesmas condições, de uma consciência a toda prova e de um total desinteresse, a quem deveriam agradar para poder prosseguir, ao sair do Conselho, uma nova carreira? Qual? Não é incomum que ao longo do mandato a autoridade que o nomeou mude de função ou deixe a política ou...morra. E quando você conclui os seus nove anos (ninguém pode ser reconduzido!), há muito tempo terá chegado, para a quase totalidade dos membros que tiveram assento no Conselho, a idade da aposentadoria!” (Jacques ROBERT).

O certo é que é quase impossível contornar os aspectos políticos das nomeações para os órgãos de jurisdição constitucional, pois é essencialmente política a missão constitucional de exercer a fiscalização da compatibilidade entre as normas constitucionais e infraconstitucionais. Em suma, como já disse Bruno GENEVOIS (2002), “*il n'existe pas de bonne procédure de nomination, il y a, avant tout, de bons choix*”<sup>28</sup>.

Circulam também outras propostas doutrinárias no sentido do aumento do número de membros, passando dos nove atuais para quinze, especialmente na eventualidade de vir mesmo a ser instituída a alteração tendente a criar o modelo de controle após a promulgação da lei, mudança constitucional que a atual estrutura enxuta do Conselho não conseguiria suportar. Fala-se também, na eventualidade de vir a ser implementada essa modificação constitucional, na possível introdução das exigências de especialização jurídica e de idade.

## 6.2. As propostas de reforma do Conselho

“*Le Conseil constitutionnel a réussi, c'est pourquoi il faut le changer*”. Aparentemente contraditória, essa frase de Dominique ROUSSEAU resume à perfeição a visão que se tem nos meios jurídicos franceses a res-

peito da evolução ocorrida no sistema de controle de constitucionalidade nos últimos quarenta anos: o Conselho Constitucional, concebido muito mais como um instrumento de contenção e vilipendiação do poder Legislativo do que como órgão de vigilância contra as intromissões indevidas no domínio dos direitos fundamentais do cidadão, findou por assumir essa última postura. Noutras palavras, concebido com finalidades eminentemente políticas e com pouca ou quase nenhuma preocupação com a preservação da supremacia da constituição e proteção das liberdades fundamentais, o Conselho tornou-se um sucesso precisamente no exercício dessa última atribuição. E, por ter-se tornado um sucesso, é preciso mudá-lo, já que, como disse o professor ROUSSEAU, “*il est à bout de souffle*”, isto é, está à beira do esgotamento, tamanha é a incompatibilidade entre a estrutura singular que lhe foi conferida inicialmente e o peso político-institucional que ele passou a ter ao longo do tempo<sup>29</sup>.

De fato, nos seus primeiros anos de funcionamento, o Conselho Constitucional se apresentava como um órgão constitucional que não causava incômodo algum ao poder político estabelecido: ele afirmava que a sua competência jurisdicional não era geral, mas “de atribuição”, ou seja, compreendia estritamente aquilo que constava da letra fria da Constituição; recusava-se a exercer o controle da lei referendária; passou paulatinamente a reconhecer ao Parlamento o direito de legislar sobre questões não incluídas no rol das matérias pertencentes ao “domínio legislativo”. Seu crescimento em importância só veio a ocorrer a partir do início dos anos 70, quando ele procedeu à “constitucionalização” da Declaração Universal de 1789 e do Preâmbulo da Constituição de 1946, criando, assim, o chamado *Bloc de Constitutionnalité*. E, por fim, sua consagração definitiva veio com a reforma de 1974, que alargou o leque dos legitimados, permitindo que sessenta deputados ou sessenta senadores possam propor a ação de incons-

titucionalidade. Essa mudança lançou o Conselho no centro da cena político-midiática do país, sem que para tanto sua estrutura original tenha sofrido as necessárias adaptações. Daí as sugestões de mudanças.

As sugestões de alteração vão desde as mais moderadas e realistas até outras mais ousadas e sem qualquer perspectiva de concretização a médio prazo. Entre as primeiras, figura a proposta de introdução de mecanismo de controle *a posteriori* das leis promulgadas pelo Parlamento, abrindo ao próprio jurisdicionado a possibilidade de argüir a inconstitucionalidade da lei por ocasião do julgamento de um litígio em que figure como parte. Essa modificação visaria a sanar as deficiências do atual sistema de controle meramente preventivo, que tem entre os seus principais defeitos, como já apontamos, o risco de que uma lei importante, atentatória aos direitos fundamentais, passe em branco, sem que qualquer dos legitimados para a ação constitucional a impugnem perante o Conselho. Outro defeito desse sistema reside na exigüidade do tempo ocorrido entre a votação da lei pelo Parlamento e a fiscalização da sua compatibilidade com a Constituição. Exíguo para um exame mais aprofundado da lei, o prazo estipulado para a verificação da constitucionalidade, incidindo entre a votação e a promulgação, traz o inconveniente adicional de não permitir uma avaliação de todas as implicações e virtualidades da norma, algo que só o tempo e a sua aplicação concreta propiciam. Daí a razão por que a Academia jurídica francesa clama pela introdução da *exception d'inconstitutionnalité*.

Proposta formalmente pelo presidente François Mitterrand mediante projeto de emenda constitucional formalizado em 1989, a alteração não foi adiante por obra e graça do Senado, que por meio de diversas chicanas findou por enterrar o projeto. Mas para alguns juristas mais realistas, naquele momento os “espíritos ainda não estavam suficientemente maduros” para admitir uma mudança de tamanha envergadura, que sub-

verteria inteiramente as tradições políticas e a prática institucional daquela velha nação.

Mas cumpre indagar: estariam os espíritos agora suficientemente maduros para aceitar, como propõem não poucos analistas da vida jurídica e política do país, uma alteração ainda mais radical do que aquela – a transformação pura e simples do Conselho Constitucional em uma verdadeira Corte Constitucional? É muito pouco provável<sup>30</sup>. As velhas nações não se submetem a mudanças bruscas, salvo em casos de movimentos revolucionários como os de 1789. O mais plausível é que a médio prazo venha a ser adotada a alteração consistente em introduzir o controle *a posteriori*.

Outra proposta de reforma, de menor impacto mas não sem importância, vem sendo avançada nos últimos tempos. Com efeito, nitidamente influenciados pelos estudos de direito comparado tão comuns na França, alguns juristas vêm se pronunciando favoravelmente a que o Conselho Constitucional passe a divulgar os votos dissidentes<sup>31</sup>. Uma tal mudança quebraria uma velha tradição não apenas francesa, mas também de alguns outros países europeus continentais: a do sigilo das deliberações dos órgãos jurisdicionais colegiados. Nesses países, tais decisões, especialmente as das cortes superiores, são concebidas como obra coletiva. Não são identificados os autores do voto condutor, tampouco os dos eventuais votos minoritários. Na França, o sigilo do julgamento se estende também à jurisdição administrativa e à Justiça Comum<sup>32</sup>.

Um dos principais argumentos a favor da divulgação dos votos dissidentes é sem dúvida o de que ela propicia uma mais rápida evolução da jurisprudência, impedindo que decisões proferidas em bloco, com fundamentação explicitada de maneira quase mecânica e sucinta, torne-se a regra. O voto dissidente também opera em prol de uma maior transparência e de um maior apuro na fundamentação das decisões, provocada necessariamente pela perspectiva de confronto entre as posições majoritária e minoritária.

Mas, não sem uma certa razão, os opositores dessa idéia lembram que o sigilo das deliberações dos órgãos jurisdicionais, na França, constitui um princípio geral do direito, destinado, segundo a jurisprudência do Conselho de Estado, a assegurar a independência dos magistrados e a autoridade moral das suas decisões<sup>33</sup>.

Para Bruno GENEVOIS, esse princípio geral do Direito cresce ainda mais em importância em se tratando da jurisprudência do Conselho Constitucional, pois, contrariamente às Cortes Constitucionais européias, cujas decisões são proferidas muitos anos após a aprovação da lei pelo Parlamento, no caso do Conselho Constitucional há apenas alguns dias a separar a votação da lei no Parlamento e a tomada da decisão do órgão jurisdicional. Num tal contexto, em que as paixões políticas ainda se encontram muito vivas, a exteriorização do voto dissidente serviria indubitavelmente para enfraquecer a legitimidade e a autoridade da decisão do Colegiado, expondo-lhe as fragilidades e contradições internas.

### Notas

<sup>1</sup> Tome-se como exemplo desse implacável impacto político do controle *a priori* as decisões proferidas pelo Conselho Constitucional em 1982 a respeito das leis de nacionalização. Previstas de longa data no programa do candidato da esquerda às eleições presidenciais de 1981, François Mitterrand, as nacionalizações consistiam num vasto programa de transferência ao setor público de nacos substanciais do setor produtivo privado do país, compreendendo grandes bancos, gigantescos conglomerados industriais etc. Impugnada perante o Conselho Constitucional por parlamentares da direita que perdera as eleições, a lei de nacionalizações foi, num primeiro momento, declarada inconstitucional e remetida de volta ao Parlamento, cuja maioria parlamentar governista se viu forçada a emendá-la e a abrandar-lhe significativamente os dispositivos referentes às indenizações a que tinham direito os expropriados. Só após essas alterações pôde ela vir a ser convalidada pela jurisdição constitucional, numa segunda deliberação. A pergunta que se impõe é: caso o controle de constitucionalidade na

França fosse *a posteriori*, com todas as suas delongas que têm o efeito de serenar as paixões momentâneas, teria o Conselho Constitucional tido a ousadia e a coragem de anular uma lei dessa natureza, aprovada por um Parlamento avassaladoramente dominado por uma corrente de pensamento recém-saída vencedora nas urnas? Mais: seria factível na prática uma decisão de anulação, após o decurso de vários anos desde a incorporação das empresas ao patrimônio público?

<sup>2</sup> A singular organização do Estado francês, especialmente de suas instituições jurídicas, também contribui para a improbabilidade de normas flagrantemente inconstitucionais serem postas em aplicação sem qualquer tipo de controle. É que na França tanto as normas legais quanto as regulamentares passam na sua fase de elaboração por um controle rigoroso, efetivado por pessoas da mais alta qualificação, que são os membros do Conseil d'Etat, que, como se sabe, é ao mesmo tempo o mais categorizado órgão de consultoria jurídica do Governo e órgão de cúpula da jurisdição administrativa. O Conselho de Estado tem duas formações distintas, uma consultiva e uma contenciosa (*Conseil d'Etat statuant au contentieux*). Os juristas integrantes do Conselho podem atuar ora numa ora noutra formação, jamais concomitantemente nas duas. A excelência dessa instituição e o peso de sua tradição contribuem muito para o aprimoramento da ordem jurídica do país. Aliás, vários são os juristas que o qualificam como o "pedagogo da Administração".

<sup>3</sup> Desde a introdução da emenda de 1974, as ações de inconstitucionalidade propostas por parlamentares constituem de longe o maior contingente. Elas correspondem hoje a cerca de 93% de todo o contencioso constitucional francês. Por outro lado, as ações de inconstitucionalidade de origem parlamentar fornecem um outro dado importante: 97% de todas as decisões do contencioso constitucional francês foram proferidas após a promulgação da emenda que introduziu a legitimação parlamentar para o controle (JAN, 2001, p. 447).

<sup>4</sup> Na tradição jurídico-político-administrativa francesa, "Conselho" designa invariavelmente órgão colegiado de hierarquia superior, tanto na esfera do executivo quanto na do judiciário. No *ancien régime* já existiam o *Conseil d'en Haut* e o *Conseil d'en Bas*, antecedentes longínquos da estrutura colegiada que veio mais tarde a se constituir no Executivo moderno, encabeçado por um Chefe, seja ele um rei, um imperador, um presidente ou um primeiro-ministro. Após a Revolução, a tradição se manteve e estendeu-se também ao domínio da função jurisdicional: assim nasceram os *Conseils de Préfecture*, antecedentes dos tribunais de primeira instância da justiça administrativa, e o *Conseil d'Etat*, órgão máximo desse ramo da Justiça e ao mesmo tempo

órgão de assessoramento superior do governo. Os termos “tribunal” e “cour” eram historicamente designações características da jurisdição comum, mas foram adaptados à jurisdição administrativa a partir das duas grandes reformas por que passou o contencioso administrativo na segunda metade do século XX (em 1953, quando foram criados os *tribunaux administratifs*, órgãos jurisdicionais de primeira instância, em substituição aos *conseil de préfecture*; e em 1987, quando foram criadas as *cours administratives d'appel*, órgãos jurisdicionais de apelação). Assim, nos dias atuais, tanto na esfera da justiça comum como na da justiça administrativa, podem ser feitas as seguintes distinções em relação aos termos “tribunal” e “cour”: “tribunal” indica órgão jurisdicional de primeira instância, que na França são em regra de natureza colegiada (ex: na justiça comum, “tribunal de grande instance” é o órgão jurisdicional de primeira instância; na justiça administrativa, o primeiro grau de jurisdição são os *tribunaux administratifs*, também de estrutura colegiada). “Cour” é designativo de órgãos jurisdicionais de segunda e última instância da justiça comum: assim, existem as *Cours d'appel*, correspondentes aos nossos tribunais de justiça, e a *Cour de Cassation*, órgão de cúpula da Justiça Comum. Na Justiça administrativa, existem as *Cours administratives d'appel*, órgão jurisdicional de segundo grau, e o *Conseil d'Etat*, que encabeça todo o sistema do contencioso administrativo. A escolha da designação *Conseil Constitutionnel* para o órgão da jurisdição constitucional é tributária de toda essa tradição.

<sup>5</sup> Louis FAVOREU e Loïc PHILIP (1997); “Pouvoirs” numero 13: “Le conseil constitutionnel”; François LUCHAIRE (19- -?); Bruno GENEVOIS (1988); Dominique TURPIN (1986); Louis FAVOREU (19- -?); Guillaume DRAGO (19- -?); Alec STONE (1992); John BELL (1992).

<sup>6</sup> Contrariamente aos ex-presidentes da Quinta República, que não quiseram (De Gaulle, Valéry Giscard D'Estaing e François Mitterrand) ou não puderam usufruir (Georges Pompidou, em razão de falecimento no exercício da Presidência) da faculdade constitucional de ter assento no Conselho Constitucional, os dois ex-presidentes da Quarta República (1946-1958), René Coty e Vincent Auriol, ocuparam efetivamente os cargos de membros vitalícios do Conselho Constitucional, ainda que por curto espaço de tempo.

<sup>7</sup> Entre 1959 e 2000, o Conselho julgou mais de 2000 processos de natureza eleitoral.

<sup>8</sup> “Regime de Assembléia” é a denominação que se dá à situação institucional na qual ocorre uma desvirtuação do regime parlamentar clássico, um desequilíbrio institucional incontrolável em que as câmaras legislativas passam a ter preponderância política total sobre o Executivo, que delas se torna quase que um refém.

<sup>9</sup> Segundo o art. 34 da Constituição francesa, cabe ao Parlamento dispor, entre outras, sobre matérias relativas aos direitos cívicos e garantias fundamentais do cidadão; nacionalidade, estado e capacidade das pessoas, regimes matrimoniais, sucessões, doações; direito penal e processual penal; estatuto dos magistrados; direito tributário, moeda; garantias dos funcionários públicos; nacionalizações etc.

<sup>10</sup> A menção a essas duas jurisdições remete-nos a um fenômeno já perceptível nos meios jurídicos franceses desde meados dos anos 80: a jurisdição administrativa, construção intelectual e jurídica que emergiu da constituição napoleônica do Ano VIII, sempre foi historicamente o *grand fleuron* do Direito francês. Dela ou de suas redondezas (acadêmicos especializados, comentaristas, *arretistes*) sempre saíram as mais fulgurantes estrelas jurídicas francesas, tais como Aucoc, Laferrière, Duguit, Jèze, Hauriou, Braibant e outros. Nela foram inspirados os métodos da jurisdição constitucional criada em 1958, bem como dela saiu parte significativa das primeiras composições do Conselho Constitucional. Pois bem. Com o advento da jurisdição constitucional e com o paulatino e constante crescimento da importância do Conselho Constitucional na vida político-institucional do país, a jurisdição administrativa, embora continuando extremamente prestigiosa e poderosa, vem sutilmente passando a um plano secundário. Noutras palavras, vem-se “banalizando”, como disse o professor FAVOREU há alguns anos, para perplexidade de muitos.

<sup>11</sup> O “Préfet” é a mais elevada autoridade governamental em nível local e regional. Representa o Governo central no âmbito das Regiões e dos Departamentos, com vastos poderes, dado o caráter unitário do Estado francês. Não se confunde com o Prefeito (“maire”), que é eleito.

<sup>12</sup> Note-se, porém, que a Constituição de 1958 e a Lei Orgânica relativa ao funcionamento do Conselho Constitucional não são taxativas com relação a certos aspectos do prazo de arguição da inconstitucionalidade. Por exemplo, não há nesses textos nenhum dispositivo que indique expressamente os momentos inicial e final do prazo dentro do qual os legitimados devem propor a ação. Diz-se unicamente que isso deve ocorrer entre a aprovação final do texto pelo Parlamento e a promulgação pelo Presidente da República. Ora, o prazo de promulgação é de quinze dias, contados a partir da aprovação final do texto no Parlamento. Um costume constitucional (*a convention of the constitution*, como diriam os autores britânicos) se estabeleceu no sentido de que o Chefe de Estado aguarde a fluência do prazo de quatorze dias, para só então proceder à promulgação das leis no décimo quinto dia. Nesse período, os serviços governamentais verificam se

haverá ou não impugnação da lei por inconstitucionalidade. Mas sempre há um risco de um presidente da República politicamente motivado e hostil à maioria parlamentar vir a quebrar esse “acordo de cavalheiros” que vem funcionando bem há mais de 40 anos. De fato, desde 1958 o fato só ocorreu uma única vez, em 1997, justamente em período de “coabitação” entre um Presidente da República de direita (Jacques Chirac) e um Gabinete que gozava da confiança de uma maioria parlamentar de esquerda: aprovada uma lei que modificava o serviço militar obrigatório, sessenta parlamentares impugnaram-na perante o Conselho Constitucional no oitavo dia após sua adoção definitiva pelo Parlamento. Acontece que o presidente Jacques Chirac se antecipou aos requerentes, sancionando a lei antes do ajuizamento da ação constitucional, que ficou naturalmente preclusa. Trata-se de caso único, mas que ilustra a fragilidade da sistemática de prazos atualmente vigente. Na prática, para contornar tais inconvenientes, especialmente quando está em jogo algum texto legislativo de caráter polêmico, os parlamentares se colocam de prontidão durante a deliberação do Parlamento, colhendo antecipadamente as assinaturas para poderem ingressar com a ação logo no início da contagem do prazo. Não lhes é permitido, porém, ajuizar a ação antes de definitivamente encerrado o processo legislativo, pois o Conselho Constitucional já indeferiu ações propostas nessas condições, sob a alegação de falta de aperfeiçoamento do ato normativo. Mas em outros aspectos o Conselho Constitucional muitas vezes adota uma postura liberal, admitindo como válidas, por exemplo, o que se convencionou qualificar como *saisines blanches*, isto é, uma mera petição na qual os requerentes manifestam a intenção de impugnar a lei, deixando para juntar posteriormente uma nova petição contendo os argumentos jurídicos em que se baseia a ação (ver JAN, 2001).

<sup>13</sup> Decisão nº 92-312 DC, de 2-9-92.

<sup>14</sup> Neste ponto, a Jurisdição constitucional instituída em 1958 inspirou-se largamente na experiência da Jurisdição administrativa, que historicamente sempre foi gratuita, até que uma lei de 1993 veio instituir uma taxa simbólica e de valor fixo (100 francos) para algumas modalidades de ação do contencioso administrativo. No âmbito da Justiça administrativa, sempre se entendeu que a cobrança de custas e a exigência de representação obrigatória por advogados constituem limitação ao acesso à justiça, especialmente nos procedimentos destinados a oferecer ao cidadão um meio de se insurgir contra os atos abusivos do Estado, como é o caso do “*recours pour excès de pouvoir*”, que sempre foi e continua sendo totalmente gratuito, sendo também facultativa a representação por advogado. Seguindo, pois, essa mesma trilha, a jurisdição constitucional,

pela via da construção jurisprudencial, findou por consagrar o entendimento da inexistência do ministério de advogado.

<sup>15</sup> Um balanço da jurisdição constitucional francesa mostra que, na prática, os legitimados individuais (Presidente da República, Primeiro Ministro e Presidentes das Assembléias) raramente fazem acompanhar as suas petições de arrazoados jurídicos. Já os parlamentares o fazem constantemente, não raro utilizando a *expertise* de grandes nomes da ciência jurídica, os quais funcionam nos autos como uma espécie de *expert witness*, como acontece no direito norte-americano.

<sup>16</sup> Uma das vantagens desse sistema de nomeação do relator pelo Presidente revelou-se decisiva no caso das nacionalizações. Apesar do segredo oficial em torno das decisões do Conselho, sabe-se à boca pequena nos círculos jurídicos parisienses que o relator desse caso foi Georges Vedel. Pergunta-se: que teor teria tomado a decisão sobre as nacionalizações de 1982 e qual teria sido o desfecho desse imenso “*imbróglio*” jurídico-político se o Presidente do Conselho Constitucional à época não tivesse tido a prudência de designar para a relatoria do caso um publicista da envergadura do *doyen* Georges Vedel? Mas, por outro lado, esse sistema também se presta ao desenvolvimento de práticas personalistas. Nos EUA, onde ele é também adotado, não é incomum o presidente da Corte Suprema autodesignar-se para a relatoria de um caso, especialmente os envoltos em grande controvérsia junto à população e, por isso mesmo, revestidos de grande apelo midiático.

<sup>17</sup> Note-se, porém, que o Conselho Constitucional obedece fielmente às regras do contraditório quando atua no contencioso eleitoral, que é de longe o mais expressivo quantitativamente.

<sup>18</sup> Note-se, porém, que o Secretário-Geral do Governo, não obstante a importância das atribuições que exerce, é em geral um servidor público categorizado, profissional, apolítico. Essa característica pode ser bem ilustrada pelo fato de que, na história administrativa recente da França, já houve exemplo de agente estatal que permaneceu por mais de 15 anos nesse cargo, exercendo de maneira neutra as suas atribuições, indiferente às mudanças sucessivas na chefia do Governo, da Administração e do Estado.

<sup>19</sup> Ver sobre o assunto o exaustivo estudo de Thierry DI MANNO (1997).

<sup>20</sup> O *Bloc de constitutionnalité* inclui o Preâmbulo da Constituição de 1946, carta constitucional progressista elaborada logo após o fim da 2ª Guerra Mundial, e que contém o essencial dos direitos fundamentais hoje vigentes na França, especialmente os de natureza social; por sua vez, o Preâmbulo de 1946 faz remissão à Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, aos

“Princípios Fundamentais reconhecidos pelas leis da República”, isto é, o elenco de princípios contidos nas leis liberais votadas entre o fim do Segundo Império (1870) e a Segunda Guerra; e, por fim, a uma categoria normativa aparentemente obscura mas que em realidade possibilita uma constante renovação e abertura à evolução do pensamento, os chamados “princípios políticos, econômicos e sociais particularmente necessários ao nosso tempo”.

<sup>21</sup> Essas leis foram as que regulamentaram, entre outras, a liberdade de associação, liberdade de ensino e de consciência, liberdade individual, liberdade de comércio e de indústria, *ie*, liberdade de empreendimento.

<sup>22</sup> Decisões de 10-11 de outubro de 1984 e nr. 86-210, de 29 de julho de 1986.

<sup>23</sup> O Conselho Constitucional já se pronunciou a respeito do caráter “jurisdicional” de suas atividades em diversas ocasiões. V., por exemplo, as decisões nº 88-244 DC de 20 de julho de 1988 (sobre o controle de constitucionalidade propriamente dito); AN Seine, de 5 de maio de 1959, 53<sup>a</sup> Circunscrição (sobre o contencioso relativo às eleições de deputados e senadores); Hauchemaille, de 25 de julho de 2000 (relativa às operações de referendo); Hauchemaille, de 14 de março de 2001 (relativa às eleições presidenciais).

<sup>24</sup> Em tradução livre: “Não há (no Conselho, ndr) apenas homens da lei ou do Direito. Certo, raros são os que não fizeram algum estudo de direito. Mas os juristas profissionais são largamente minoritários. E – no nosso entender – é bom que seja assim, pois quanto mais multifacetárias são as experiências de cada um, mais as atividades de uns e de outros terão sido variadas... e menos o Conselho, acionado por questões as mais complexas e as mais diversas, correrá o risco de errar no momento da decisão, uma vez que todos aproveitaram da bagagem de cada um”.

<sup>25</sup> Em vernáculo: “Nada seria pior do que a manutenção no seio de uma instituição de homens que – com a passagem dos anos – se perpetuariam tornando-se impermeáveis a mudanças, cessariam com o tempo – com a ajuda da aposentadoria profissional – de estar em sintonia com os eventos e com a evolução cada vez mais rápida de nossas sociedades, se instalariam num conservadorismo de hábitos estabelecidos e de jurisprudências intocáveis. Os Estados Unidos – em certas épocas de sua história – experimentaram tragicamente os grandes inconvenientes de uma câmara retrógrada que bloqueava qualquer reforma social”.

<sup>26</sup> O momento em que arrematamos esse pequeno estudo (novembro de 2002) retrata a perfeição o que diz o professor Jacques Robert em relação à Corte Suprema dos Estados Unidos. Composta atualmente por 2 juízes nomeados por presidentes

democratas (Ruth Bader Ginsburg e Stephen Breyer, nomeados por Bill Clinton) e por 7 juízes nomeados por presidentes republicanos, alguns deles com assento há mais de 20, 25, 30 anos, a Corte americana passa por um período de reacionarismo galopante e de pouca credibilidade, sobretudo após a escandalosamente partidária decisão que entregou a presidência a George W. Bush em dezembro de 2000 (ver DERSHOWITZ, 2001). E o pior: a médio prazo essa tendência tende a se agravar, eis que no momento atual o Partido Republicano detém o controle de todas as instituições políticas essenciais dos EUA, isto é, a Casa Branca, a Câmara dos Representantes e o Senado. Não será, pois, nenhuma surpresa se, aproveitando o momento político favorável, um ou alguns desses juízes mais conservadores e mais politicamente motivados maliciosamente resolver se aposentar, dando assim a George Bush a oportunidade de nomear juízes conservadores e mais jovens, que bloquearão de vez os avanços da sociedade americana por mais uma geração. Sobre esse último ponto ver GOMES (2001).

<sup>27</sup> No original: “*Tous les trois ans, le tiers de la composition du Conseil se trouve modifié, sans qu'il en résulte pour autant un bouleversement (qui pourrait être dangereux) puisque les six qui restent et continuent leur mandat assurent une nécessaire continuité et tempèrent les changements trop brutaux. Comme l'on ne sait jamais très exactement, à chaque renouvellement triennal, qui seront les 'décideurs' du prochain (les élections, les démissions ou les dissolutions déjouant toute prévision...) tout plan de carrière, toute 'campagne' s'avère difficile. Des noms circulent. Ce ne sont jamais les bons. La surprise est totale. L'éventail des milieux et des talents s'élargit à chaque fois. Tant mieux*”.

<sup>28</sup> “Não existe bom sistema de nomeação, o que existe, acima de tudo, são boas escolhas” (2002, p. 519).

<sup>29</sup> Além dos nove conselheiros, o Conselho Constitucional tem um quadro de servidores exíguo, com cerca de 40 a 50 funcionários, incluindo três assessores altamente especializados, membros da justiça administrativa e da justiça comum, recrutados para funções de assessoramento na elaboração das decisões. Nada comparável, portanto, à estrutura mastodônica de alguns dos nossos tribunais, com todos os seus penduricalhos e práticas nepotísticas etc. Para se ter uma idéia da defasagem entre a natureza da missão constitucional exercida e dos meios materiais utilizados no seu desempenho, basta dizer que todo o corpo técnico do Conselho Constitucional francês é inferior à estrutura de... dois gabinetes de juízes de alguns dos nossos tribunais de jurisdição ordinária! Coisa de país rico, no nosso caso!!! Note-se que, apesar dessa estrutura enxuta, o Conselho Constitucional goza de um estatuto de independência similar ao das cortes

constitucionais européias. Com efeito, ele tem autonomia administrativa e financeira. Cumpre-lhe elaborar sua própria proposta de orçamento, que em geral é votada e aprovada pelo Parlamento sem discussão. Tem quadro próprio de servidores, como já dito. Por outro lado, tem um formidável poder de autodepuração: cabe-lhe pronunciar (por maioria simples) a exoneração *ex officio* de seus próprios membros cujos atos e comportamento comprometam a imagem, a credibilidade e o exercício normal das suas atribuições constitucionais. Tal situação extrema ainda não se verificou na prática. Mas já esteve perto disso: em 2000, o então presidente do Conselho, Roland Dumas, envolvido em um grande escândalo e investigado por prática de corrupção supostamente praticada ao tempo em que era Ministro das Relações Exteriores, viu-se forçado a renunciar à condição de membro do Conselho, não apenas por força da pressão dos meios políticos e midiáticos, mas também por haver pressentido a possibilidade de os seus próprios pares, visivelmente incomodados com a situação, decidirem pela pronúncia de sua *démission d'office*.

<sup>30</sup> O presidente Charles de Gaulle, “pai” da Constituição de 1958, indagado nos anos 60 sobre a possibilidade de se instituir na França uma corte suprema à luz do modelo americano e das cortes constitucionais européias àquela época ainda engatinhando, respondeu com uma frase que traduz à perfeição o sentimento de reserva então existente em relação ao controle de constitucionalidade: “*La seule Cour Suprême en France, c’est le peuple*”.

<sup>31</sup> Ver *Cahiers du conseil constitutionnel*, n. 8.

<sup>32</sup> Note-se que também nos EUA existe um certo sigilo nas deliberações da Corte Suprema, mais precisamente na fase de deliberação, que ocorre após as sustentações orais dos advogados das partes (*oral arguments*). Ultrapassada essa fase, os *Justices* se recolhem e decidem solitariamente sem a presença de quem quer que seja.

<sup>33</sup> Ver decisão Légillon do Conselho de Estado, de 17 novembro de 1922.

### Bibliografia

- BELL, J. *French constitutional law*. [S. l.: s. n.], 1992.
- CHAGNOLAUD, D. *VI République? RDP*, [S. l.], p. 511, [2002?]. Edição especial.
- CRUZ, P. M. O parlamentarismo racionalizado como condição da democracia em Estados contemporâneos: França, Portugal e Alemanha como sistemas para análise. 1999. *Tese* (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina. 1999.
- DERSHOWITZ, A. *Supreme injustice: how the high court hijacked election 2000*. [S. l.]: Oxford University Press, 2001.
- DI MANNO, T. *Le juge constitutionnel et la technique des décisions “interprétables” en France et en Italie*. [S. l.]: Economica, 1997.
- DRAGO, G. *Contentieux constitutionnel*. [S. l.: s. n.], [19- -?].
- FAVOREU, L. et al. *Droit constitutionnel*. 3. ed. [S. l.]: Dalloz, 2000.
- \_\_\_\_\_.; PHILIP, L. *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*. 9. ed. Paris: Dalloz, 1997. (Grands Arrêts).
- \_\_\_\_\_. Recueil de la jurisprudence constitutionnelle: 1959-1993. [S. l.: s. n.], [19- -?].
- FERREIRA FILHO, M. G. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], n. 220, p. 1-17, abr./jun. 2000.
- GENEVOIS, B. *La jurisprudence du Conseil Constitutionnel: principes directeurs*. Paris: STH, 1988.
- \_\_\_\_\_. *VI République? RDP*, [S. l.], p. 516, 2002. Edição especial.
- GOMES, J. B. B. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- JAN, P. L'accès au juge constitutionnel français: modalités et procédures. *RDP*, [S. l.], v. 2, p. 447, 2001.
- \_\_\_\_\_. *La saisine du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 1999.
- \_\_\_\_\_. *VIe République? RDP*, [S. l.], p. 531, [19- -?]. Edição especial.
- LUCHAIRE, François. *Le conseil constitutionnel*. [S. l.: s. n.], [19- -?].
- MERRYMAN, J. H. The French deviation. *American Journal of Comparative Law*, [S. l.], v. 44, n. 1, p. 109-119, winter 1996.
- STONE, A. *The birth of judicial politics in France: the constitutional council in comparative perspective*. [S. l.: s. n.], 1992.
- TURPIN, D. *Contentieux constitutionnel*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986.
- \_\_\_\_\_. Les libertés sous la Ve République. *RDP*: 40 ans de la Ve République, [S. l.], p. 1837, 1998. Edição especial.

\_\_\_\_\_. *Memento de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: Hachette Supérieur. 1997. (Les Fondamentaux).

VIEIRA, P. R. O controle de constitucionalidade na França. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 26, n. 102, p. 309-324, abr./jun. 1989.

# A aplicação do Direito Internacional Humanitário nos “conflitos novos”

Conflitos desestruturados e conflitos “de identidade” ou étnicos

Roberto de Almeida Luquini

## Sumário

1. O Direito Internacional Humanitário. Conceito e generalidades. 2. Conflitos armados internos. 2.1. Distintos tipos de conflitos armados. 2.2. A desintegração das estruturas estatais. 2.3. Os “conflitos novos”: desestruturados e “de identidade”, ou étnicos. 2.4. As vítimas dos “novos conflitos”: população civil. Deslocados internos e refugiados. 3. O Direito Internacional Humanitário e os “conflitos novos”. 3.1. Normas aplicáveis aos “conflitos novos”. 3.2. A assistência humanitária. A – Princípios básicos da ação humanitária. B – A assistência humanitária nos conflitos internos. 4. Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Direitos Humanos. 4.1. O Direito Internacional dos Direitos Humanos. Generalidades e conceito. 4.2. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário. 4.3. A convergência entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário. 5. Conclusões.

## *1. O Direito Internacional Humanitário*

### *Conceito e generalidades*

Roberto de Almeida Luquini é Professor do Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa (MG), Doutorando em Direito Internacional Público na Universidad de Valencia (Valencia – Espanha) e Bolsista da CAPES – Centro de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior.

Durante séculos, a guerra foi admitida como meio de solução de conflitos entre os Estados, constituindo um mecanismo de sanção das normas internacionais próprio de uma sociedade como a comunidade internacional, carente de mecanismos de coerção característicos dos ordenamentos inter-

nos estatais. O recurso à guerra se baseava fundamentalmente na questão moral, por parte dos Estados. O Direito da guerra (*jus in bello*) compreendia as normas reguladoras da conduta dos Estados beligerantes (leis e costumes de guerra).

No século atual, a guerra foi formalmente proscribida pelo Tratado de Paris de 27 de agosto de 1928, também conhecido como Pacto Briand-Kellog, e pelo artigo 2.4 da Carta das Nações Unidas, que proíbe a ameaça ou o uso da força contra outros Estados. Desde 1945, depois da Segunda Guerra Mundial, a guerra já não constitui uma maneira aceitável de resolver as controvérsias entre os Estados na órbita internacional.

Apesar disso, a sociedade internacional permanece mergulhada nas convulsões da guerra. Infelizmente o banimento da guerra pelo ordenamento jurídico não foi suficiente para provocar seu real desaparecimento. Por esse motivo, tornou-se necessário o estabelecimento de normas reguladoras da condução das hostilidades, impondo às partes em conflito um padrão mínimo humanitário e impedindo o uso descontrolado da força.

A partir dessa necessidade, nasceu o Direito Internacional Humanitário, que segundo o Professor Antonio Remiro BROTÓNS é “el conjunto de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, que restringen por razones humanitarias el derecho de las partes en un conflicto armado, internacional o no, a utilizar medios de guerra y protegen a las personas y bienes (que podrán ser) afectados por el mismo” (1997, p. 985).

O Direito Internacional Humanitário é, portanto, o corpo de normas internacionais especificamente destinado a ser aplicado nos conflitos armados, internacionais ou não, e que limita, por razões humanitárias, o direito das partes em conflito de eleger livremente os métodos e os meios utilizados na guerra, protegendo as pessoas e os bens afetados pelo conflito. É um direito realista em que devem ser consideradas não só as exigências de índole humanitária, mas também as de necessidade militar.

A doutrina, geralmente, costuma classificar o Direito Internacional Humanitário em dois ramos: o Direito de Haia e o Direito de Genebra. O primeiro, também denominado Direito dos Conflitos Armados, regula a condução das hostilidades e a imposição de limites aos meios de fazer a guerra. Suas normas se vinculam às idéias de necessidade, interesse militar e conservação do Estado. O segundo, também conhecido por Direito Humanitário Bélico – que nos interessa mais de perto no presente trabalho –, centra sua atenção nas vítimas dos conflitos armados e se baseia no homem e nos princípios de humanidade.

Passemos a uma rápida análise do conteúdo dos quatro Convênios de Genebra, de 12 de agosto de 1949, e seus Protocolos Adicionais, de 8 de junho de 1977. O Convênio I protege os feridos e os enfermos das forças armadas em campanha; o Convênio II protege os feridos, enfermos e náufragos das forças armadas no mar; o Convênio III está relacionado ao trato dispensado aos prisioneiros de guerra; o Convênio IV trata da proteção das pessoas civis em tempos de guerra. O Protocolo I regula a proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais e o Protocolo II trata da proteção das vítimas dos conflitos armados não internacionais. Na verdade, os dois protocolos são verdadeiros tratados, pois se trata de textos extensos que atualizam as normas relativas aos conflitos armados, com a intenção não de substituir, mas sim de ampliar o conteúdo dos Convênios de 1949.

Os Convênios de Genebra são um legado da Segunda Guerra Mundial. A partir da trágica realidade desse conflito, reforça-se proteção jurídica das vítimas da guerra, especialmente dos civis em poder do inimigo. Hoje, praticamente todos os Estados são Partes nos Convênios de Genebra de 1949, que foram aceitos pela comunidade de nações e adquiriram um caráter universal.

O Direito Internacional Humanitário surge nas relações entre Estados como uma resposta da comunidade internacional aos

horrores da guerra. Raúl Emilio VINUESA afirma que

“el Derecho Internacional Humanitario nace y se desarrolla como un movimiento no politizado, tomando distancia de las corrientes del pensamiento político en general. La necesidad de limitar los sufrimientos innecesarios de los combatientes heridos y enfermos en el campo de batalla fue el eslabón inicial de una cadena de protecciones acotadas a categorías específicas de individuos afectados por los conflictos armados. La incorporación de nuevas categorías de víctimas de los conflictos implicó una evolución constante en cuanto a la ampliación del ámbito de aplicación personal del Derecho Internacional Humanitario” (1998).

O Direito Internacional Humanitário se converteu em um complexo conjunto de normas relativas a uma grande variedade de problemas. Sem sombra de dúvida, os seis tratados principais – os quatro Convênios de Genebra e seus dois Protocolos Adicionais – e o denso entramado de normas consuetudinárias restringem o recurso à violência em tempos de guerra. O conjunto desses textos legais contém algumas normas de comportamento de singular importância, aplicáveis a todos os conflitos armados. Seguindo a orientação de Jean-Philippe LAVOYER (1995), passamos a enumerá-las:

1. As pessoas que não participam, ou que tenham deixado de participar, das hostilidades devem ser respeitadas, protegidas e tratadas com humanidade. Devem receber a assistência apropriada sem nenhuma discriminação.

2. As pessoas civis devem ser tratadas com humanidade. Ficam proibidos os atentados contra a vida, qualquer tipo de maus tratos e de tortura, a tomada de reféns, as condenações sem prévio julgamento equitativo.

3. Cabe às forças armadas distinguir entre as pessoas civis, por uma parte, e os combatentes e os objetivos militares, por outra.

Proíbe-se o ataque às pessoas e aos bens civis e devem ser tomadas as medidas necessárias à proteção da população civil.

4. Proíbe-se o ataque ou a destruição dos bens indispensáveis para a sobrevivência da população civil (alimentos, criações de gado, instalações e reservas de água potável, etc.). Proíbe-se o uso da fome como método de guerra.

5. A assistência aos feridos e enfermos é obrigatória. Os hospitais, as ambulâncias e o pessoal sanitário e religioso serão respeitados e protegidos. O emblema da Cruz Vermelha ou da Meia Lua Vermelha será respeitado em qualquer circunstância e todo abuso a esta norma será sancionado.

6. As partes em conflito têm o dever de aceitar as operações de socorro de índole humanitária, imparcial e não discriminatória em favor da população civil. O pessoal dos organismos de socorro será respeitado e protegido.

Esses princípios correspondem a considerações elementares de humanidade, ou princípios gerais de Direito Humanitário. Constituem o fundamento da proteção que o Direito confere às vítimas da guerra. São de cumprimento obrigatório em qualquer circunstância e nenhuma derrogação pode ser autorizada.

Finalmente devemos assinalar que as normas do Direito Internacional se aplicam a todos os conflitos armados, independentemente de suas origens ou suas causas. Tais normas devem ser respeitadas em qualquer circunstância, não sendo cabível nenhum tipo de discriminação às pessoas que são protegidas por elas.

Não obstante a aplicação indiscutível dos princípios gerais supramencionados a todo e qualquer tipo de conflito armado, existem dois grupos de normas específicas que regem, por uma parte, os conflitos armados internacionais, e, por outra, os conflitos armados não internacionais. O último grupo é o que nos interessa mais de perto no presente trabalho, e que estudaremos mais adiante. São eles o artigo 3º, comum aos quatro Con-

vênios de Genebra de 1949 e o Protocolo Adicional II de 1977.

## 2. *Conflitos Armados Internos*

### 2.1. *Distintos tipos de conflitos armados*

Os conflitos armados se classificam em *internacionais* e em *não internacionais* (ou *internos*).

Os conflitos armados internacionais são aqueles cujas partes beligerantes são Estados independentes. Os quatro primeiros Convênios de Genebra de 1949 e seu Protocolo Adicional I de 1977 tratam exaustivamente das questões humanitárias relacionadas a esse tipo de conflito. O conjunto de normas relativas aos prisioneiros de guerra, seu estatuto e o tratamento que se lhes deve dispensar se baseia na guerra entre Estados (III Convênio). O IV Convênio enuncia os direitos e as obrigações de uma Potência ocupante, ou seja, do Estado cujas forças armadas controlam, parcial ou totalmente, o território de outro Estado. O Protocolo I trata apenas dos conflitos armados internacionais.

Entretanto, atualmente, os conflitos entre Estados deixaram de ser a regra assumindo o papel de exceção. A maioria dos conflitos armados se desenvolve no território de um único Estado, caracterizando os conflitos de caráter não internacional.

As normas essenciais do Direito Humanitário aplicáveis aos conflitos armados não internacionais são muito mais simples e escassas que as aplicáveis aos conflitos internacionais. Sua fonte principal é o artigo 3º comum aos Convênios de Genebra e o Protocolo Adicional II.

O artigo 1º do Protocolo II estabelece com critérios objetivos qual é o alcance material dos conflitos armados não internacionais, dizendo que são aqueles não cobertos pelo artigo 1º do Protocolo I e que se desenvolvem no território de um Estado, entre suas forças armadas e forças armadas dissidentes ou grupos armados organizados que, sob

a direção de um comando responsável, exercam sobre uma parte de dito território um controle tal que lhes permita realizar operações militares sustentáveis e organizadas, viabilizando, assim, a aplicação deste Protocolo.

### 2.2. *A desintegração das estruturas estatais*

A desintegração das estruturas estatais ocorre quando o Estado perde seu terceiro elemento constitutivo: um governo que possa garantir um controle efetivo do seu território. Isso pode ocorrer em diferentes graus de intensidade, afetando diversas partes do território.

É um fenômeno cujas raízes são bem mais profundas que as de uma rebelião ou de um golpe de Estado. É uma situação caracterizada pela implosão da estrutura, da autoridade, do Direito e da ordem política do Estado. Ocorre o desmoronamento do conjunto de valores nos quais se baseia a legitimidade do Estado, cuja conseqüência costuma ser o retrocesso a um nacionalismo étnico ou religioso como identidade residual e viável. Em geral, a manutenção da ordem e do poder passam a ser tema debatido por diversas facções. Ainda que o Estado não chegue a desaparecer fisicamente, perde a capacidade de desempenhar suas funções normais de governo.

O grau de intensidade e a extensão geográfica da desintegração estatal são variáveis. Pode ocorrer que o governo siga desempenhando algumas funções, exercendo um escasso controle quanto à população e ao território. Em um nível de desintegração mais elevado, certas estruturas fundamentais mantêm um funcionamento formal e o Estado continua estando legitimamente representado na órbita internacional, mas se decompõe internamente em várias facções rivais. O último grau do processo de destruturação do Estado implica uma situação de implosão total das estruturas governamentais, de modo que o Estado já não apresenta representação legítima perante a comunidade internacional. Há uma generali-

zação do caos e da criminalidade, sem que as facções possam exercer qualquer controle sobre seus membros, não havendo ordem hierárquica claramente estabelecida. As organizações humanitárias já não encontram interlocutores válidos e a situação de insegurança é alarmante.

Diante de um quadro como esse, os conflitos surgidos são classificados como *desestruturados*.

### 2.3. Os “conflitos novos”: *desestruturados e “de identidade”, ou étnicos*

A expressão “conflitos novos” abarca, efetivamente, dois tipos de conflitos distintos: os conflitos desestruturados e os conflitos étnicos.

Os conflitos desestruturados, seguramente conseqüência do fim da Guerra Fria, têm como características o debilitamento ou a desapareição total ou parcial das estruturas estatais. Nessas situações, os grupos armados aproveitam o vazio político instalado para tentar tomar o poder. A característica principal desse tipo de conflito é, sobretudo, o debilitamento ou mesmo a desapareição da cadeia de mando dentro dos próprios grupos armados. São conflitos resultantes de situações de violência descontrolada que impedem o funcionamento normal das autoridades regularmente constituídas.

Entre suas características principais, destacam-se as seguintes:

1. Desintegração dos órgãos do governo central, que já não é capaz de exercer seus direitos e obrigações sobre seu território e sua população.

2. Presença de inumeráveis facções armadas.

3. Controle fragmentado, ou nenhum controle, do território estatal.

4. Desintegração da ordem hierárquica nas diferentes facções e suas milícias.

Existe uma relação estreita entre essas características, que são essenciais e cumulativas. Não obstante, só se reúnem, qualificando o conflito, em uma determinada fase das hostilidades.

Comentando o tema, Marie -José DOMESTICI-MET afirma que,

”después de las guerras civiles políticas, después de las guerras ‘periféricas’, más o menos ideológicas pero siempre apadrinadas por los ‘super grandes’, aparecieron las guerras civiles de la tercera generación, ampliamente *endógenas*, en las que se *rompe la estructura de los Estados* y sistemáticamente *se toma como blanco a las poblaciones*. Perseguidas por pertenecer a una *etnia* - no se insistirá en ese fenómeno bastante conocido -, pueden ser también un objetivo simplemente porque representan un envite” [grifos nossos] (1999).

Em suas considerações, Domesticci-Met não só confirma que a maioria dos conflitos armados atuais ocorre dentro dos territórios dos Estados, rompendo sua estrutura, mas também aponta as causas mais comuns desses conflitos: a intolerância e a perseguição étnica. O objetivo dos conflitos “de identidade” ou étnicos é excluir o outro grupo mediante a prática de “limpeza étnica”, que consiste em provocar, forçosamente, o deslocamento territorial da população pertencente a determinada etnia, ou mesmo em provocar seu extermínio. Nesse tipo de conflito, em virtude de uma espiral de propaganda de medo, de ódio e de violência, desenvolve-se uma dinâmica tendente a consolidar a noção de grupo, em detrimento da identidade nacional existente, que termina por tornar absolutamente inviável qualquer possibilidade de coabitação com outros grupos.

O certo é que a deterioração da autoridade e da legitimidade de numerosos Estados traz consigo a fragmentação dos poderes, o desmoronamento dos poderes públicos e, muitas vezes, situações a tal ponto caóticas que ninguém pode ser responsabilizado. E o pior é que tampouco é possível encontrar alguém capacitado para restaurar um mínimo de ordem. Segundo Jean-Daniel TAUXE, existe uma tendência de agravamento dessa situação

“pues cada vez surgen más Estados en el escenario internacional. En 1963, el número de Estados miembros de las Naciones Unidas era de 108, en 1983 de 144 y en 1998 de 189. Muchos de estos Estados son débiles e inestables. Por otra parte, el derecho de los pueblos a la libre determinación deriva hacia tendencias perversas: cada ‘etnia’, cada ‘pueblo’ sueña de manera más o menos confusa en erigirse en Estado-Nación, basándose esencialmente en su identidad, y este proceso parece no tener fin” (1999).

Os conflitos já não são mais a expressão de uma confrontação global entre superpotências. Até 1989, muitos enfrentamentos eram classificados como conflitos internos *internacionalizados*, pois, ainda que suas causas fossem locais, eram estimulados – ideológica, financeira e militarmente – pelos blocos comunista, liderado pela extinta URSS, e capitalista, liderado pelos EUA. Ao menos parcialmente, os conflitos se estruturavam desde o exterior e isso permitia um certo controle sobre os mesmos.

Hoje, no mundo globalizado, sob as regras da nova ordem internacional, ocorre justamente o contrário, pois nas guerras civis predominam os fatores locais e a intervenção política externa é *aparentemente* inexistente. É uma aparência enganosa pois não raramente existe uma grande influência de fatores externos, que determinam o rumo dos conflitos. Como exemplo se podem citar os casos de Angola, da antiga Iugoslávia, da Colômbia, da região dos Grandes Lagos na África, Serra Leoa e Libéria, onde predomina a influência de aspectos econômicos e de identidade.

#### 2.4. As vítimas dos “novos conflitos”: população civil. Deslocados internos e refugiados

A grande maioria dos conflitos contemporâneos contradiz os fundamentos do Direito Internacional Humanitário. Em um esquema clássico, um exército combate com

outro para obter um ganho político ou territorial e os civis sofrem apenas o que os militares e o direito dos conflitos armados denominam danos colaterais, que muitas vezes são consideráveis. Nos conflitos atuais, sobretudo nos conflitos “de identidade”, nos quais os civis são o alvo principal dos beligerantes, a situação é muito diferente. A prática de uma política de “limpeza étnica” não tem como objetivo colocar fora de combate o grupo inimigo, mas sim matar, violar, queimar suas casas, aterrorizando-o e obrigando-o a abandonar as regiões por ele ocupadas. Dentro dessa lógica, as vítimas ideais são aquelas que deveriam ser melhor protegidas pelo Direito Humanitário, pois são as mais vulneráveis e as mais incapazes de se defender. Em tais conflitos, ataca-se preferencialmente as mulheres e as crianças. A matança selvagem ocorre por ódio e não por desconhecimento do Direito e dos princípios elementares de humanidade.

Ainda que não constituam a causa exclusiva, seguramente os conflitos armados internos são a causa principal do aparecimento da grande onda de *deslocados internos* e de *refugiados*, resultado da fuga de grupos de pessoas vítimas dos horrores da guerra civil.

É importante diferenciar os dois termos. O *deslocado interno*, como indica o próprio nome, abandona sua casa, o lugar onde sempre viveu, mas permanece dentro dos limites do Estado onde reside. Já o *refugiado* é aquele que não só abandona sua casa, mas que também se vê forçado a deixar o território do Estado onde reside.

É imprescindível identificar as principais causas dos deslocamentos de população para encontrar soluções para o problema. Sabe-se que a partir do momento em que as operações militares não se limitam às frentes de combate, podem originar movimentos de população. O Comitê Internacional da Cruz Vermelha, todavia, pôde comprovar que as violações às normas do Direito Internacional Humanitário provocam ou ao menos acentuam ditos deslocamentos.

Os civis fogem das zonas de combate em função do ataque indiscriminado dos beligerantes. Outro caso é o daqueles que são tomados como reféns pelos grupos beligerantes e que tentam escapar do abuso de poder de que são objeto. Quando se deslocam, perdem o acesso às fontes habituais de abastecimento e essa perda pode ser em si mesma uma causa essencial da fome, ou esta surge porque as partes em conflito não se preocupam em tomar as medidas necessárias para distribuir as ajudas recebidas em favor da população civil. Quando os beligerantes impedem deliberadamente a distribuição da ajuda, seu comportamento viola as normas do Direito Internacional Humanitário, em particular a proibição do uso da fome como método de combate (Protocolo I, art. 54, e Protocolo II, art. 14). Impedir a distribuição da ajuda pode, sem dúvida, provocar novos deslocamentos de população.

Ao analisar as causas dos deslocamentos de população durante um conflito armado, não se pode deixar de considerar o uso indiscriminado de minas terrestres, cujas principais vítimas são mulheres, crianças e camponeses. Segundo Anita PARLOW (1995), existe um número exorbitante de minas que continuam enterradas nos campos de vários países. Para que se possa ter uma idéia da gravidade do problema, basta considerar que em condições ideais, quando se conhece a localização dos campos de minas, quando existem mapas dos mesmos, é necessário dedicar cem vezes mais tempo para retirá-las que para colocá-las. E como na maioria das vezes essa condição ideal inexiste, é possível imaginar a imensa dificuldade de efetuar a desativação das mencionadas minas terrestres. Uma vez que isolam os camponeses de seus campos de cultivo, as minas os obrigam a abandonar seu povoado, aumentando o número de pessoas deslocadas por causa da guerra.

É também Anita PARLOW quem informa que, segundo o Departamento de Estado dos Estados Unidos Hiddem Killers, “hay por retirar unos 65 a 110 millones de minas antipersonal esparcidas

como semillas de muerte en 56 países en todo el mundo. Incluso después de que se ha concertado la paz, como en Camboya, El Salvador y Mozambique, sigue habiendo un promedio semanal de 500 civiles que mueren o quedan mutilados por la explosión de minas terrestres” (1995).

Para que possamos ter idéia dos efeitos de um conflito armado interno sobre a população civil, recorremos a dados veiculados recentemente no jornal espanhol *El País*, relacionados ao mais longo conflito armado do continente africano, em Angola, contando com treze anos de combate contra a colonização portuguesa e aproximadamente vinte e sete anos de enfrentamentos civis. O trágico resultado desse longo período de beligerância deixa o país à beira da catástrofe: mais de um milhão de mortos, quatro milhões de deslocados internos (dos quais mais de dois milhões precisam receber alimentos para sobreviver) e mais de cem mil pessoas mutiladas por minas terrestres (GARCIA, 2002, p. 6).

É preciso esclarecer, todavia, que as autoridades que se vêem confrontadas com um conflito armado interno podem decidir deslocar um grupo de civis de um lugar a outro do território nacional com a finalidade de garantir sua segurança ou por razões militares imperiosas. Nesses casos, para que a decisão esteja de acordo com o Direito Humanitário, devem ser tomadas todas as medidas possíveis “para que a população civil seja acolhida em condições satisfatórias de alojamento, salubridade, higiene, segurança e alimentação” (Artigo 17, parágrafo 1, do Protocolo Adicional II aos Convênios de Genebra de 1949).

As violações do Direito Internacional Humanitário podem, portanto, ser causa de deslocamentos massivos de populações e indício da vontade deliberada das autoridades de provocá-los. De qualquer maneira, uma política de deslocamentos massivos de grupos de população, como a que caracteriza a “purificação étnica”, é absolutamente inconciliável com o respeito ao

Direito Humanitário. Com respeito a esse tema, convém recordar que o artigo 3º comum aos Convênios de Genebra proíbe às partes em conflito o trato discriminatório baseado em critérios de raça, cor, religião, crença, sexo, nascimento, fortuna ou qualquer outro critério análogo.

### *3. O Direito Internacional Humanitário e os “conflitos novos”*

#### *3.1. Normas aplicáveis aos “conflitos novos”*

O princípio de distinção e de proteção da população civil é fundamental em toda regulamentação de conflitos armados quando se pretende evitar, até onde seja possível, os efeitos da guerra para as pessoas civis. Essa é uma questão que continua sendo preocupante, principalmente quando consideramos o destino, freqüentemente trágico, da população civil vítima de conflitos internos, convertida em próprio objetivo do conflito. Contrariando as disposições do Direito Internacional Humanitário, as partes beligerantes recorrem a atos ou ameaças cuja finalidade é semear o terror contra essa população. Por outro lado, muitas vezes pessoas civis têm participação direta, ainda que temporária, nas hostilidades, por vontade própria ou por coação, perdendo a proteção do Direito Internacional e dificultando, ou mesmo impossibilitando, a identificação dos beligerantes e dos não beligerantes. Diante desse quadro, e para garantir um mínimo de proteção à população civil, prevalece a presunção de que toda pessoa é um civil. Simplesmente o respeito às normas de Direito Internacional Humanitário para a proteção das pessoas civis poderia evitar muitos dos sofrimentos que lhes são infligidos, especialmente no caso das crianças, mulheres, refugiados e deslocados internos.

A eficácia dessas normas depende, principalmente, da boa-fé das partes em conflito e de seu desejo de respeitar as exigências de humanidade. Ainda que seja necessário

estabelecer uma regulamentação mais detalhada dos conflitos internos, o problema está relacionado mais à aplicação do Direito existente do que à aprovação de novas normas.

Araceli Mangas MARTÍN sustenta que “el art. 3º común a los Convenios de Ginebra de 1949 es la norma mínima aplicable a la generalidad de los conflictos armados internos”(1992, p. 67).

Esse artigo, um verdadeiro convênio em miniatura, é breve mas contém princípios essenciais. Determina que as pessoas que não participam diretamente das hostilidades serão, em qualquer circunstância, tratadas com humanidade e proíbe a prática de atentados contra a vida e a integridade corporal (especialmente homicídio em todas as suas formas, tortura, mutilações e tratos cruéis), a tomada de reféns, os atentados contra a dignidade pessoal (especialmente tratos humilhantes e degradantes), assim como as condenações e execuções sem prévio julgamento por um tribunal legitimamente constituído, com as garantias judiciais fundamentais. Por outra parte, determina que os enfermos e os feridos devem ser recolhidos e cuidados.

Essas garantias fundamentais são reiteradas no Protocolo Adicional II aos quatro Convênios de Genebra de 1949. Nesse Protocolo, proíbem-se os castigos coletivos, os atos de terrorismo e o roubo; os atentados contra a dignidade pessoal, incluindo expressamente a violação, a prostituição forçada e qualquer forma de atentado ao pudor. As pessoas privadas de liberdade se beneficiam de garantias suplementárias (artigo 5). O artigo 6 enuncia as garantias judiciais. Os artigos 7 a 12 garantem o respeito e a proteção aos feridos e aos enfermos e o artigo 4, parágrafo 3, estipula uma proteção especial para as mulheres e as crianças.

O Protocolo II protege a população civil contra os efeitos das hostilidades relacionados aos perigos oriundos de operações militares (artigo 13). Proíbe que a população seja objeto de ataque e de atos ou ameaças de violência cuja finalidade seja aterrorizá-la.

O artigo 14 proíbe a utilização da fome entre a população civil como método de combate. Também são proibidos o ataque, a destruição, a subtração ou inutilização dos bens indispensáveis à sobrevivência da população civil. As obras e instalações que contêm forças perigosas – as represas, os diques, as centrais de energia elétrica – não podem ser objeto de ataques se há o risco de causar perdas importantes para a população civil (artigo 15). O artigo 16 protege os bens culturais e os lugares de culto.

O mencionado Protocolo também proíbe os deslocamentos forçados da população civil, salvo quando o objetivo seja garantir sua segurança ou quando existam razões militares imperiosas. Nesses casos, serão tomadas todas as medidas possíveis para que a população seja acolhida em condições satisfatórias de alojamento, salubridade, higiene, segurança e alimentação (artigo 17).

Finalmente, se a população civil se vê privada dos bens essenciais para sua sobrevivência (víveres e provisões sanitárias, por exemplo), serão empreendidas, com o consentimento do Estado, ações de socorro de caráter exclusivamente humanitário e imparcial, e realizadas sem distinção alguma de caráter desfavorável.

O simples cumprimento das normas do Protocolo pode, sem dúvida alguma, melhorar muito as condições da população civil, minimizando os efeitos desastrosos dos conflitos internos.

Entretanto, esse Protocolo tem seu âmbito de aplicação limitado pelo parágrafo 2 de seu artigo 1º, que não considera conflitos armados as situações de tensões internas e de distúrbios interiores, como os motins, os atos esporádicos e isolados de violência. Para merecer a proteção do Direito Humanitário, os enfrentamentos devem ser de alta intensidade, configurando um conflito armado interno. Portanto, se um conflito interno não assume grandes proporções, a população civil fica desamparada. Essa é uma lacuna do Direito Internacional Humanitário, pois, mesmo em situações que não

podem ser caracterizadas como conflito armado interno, é flagrante a violação dos mais básicos direitos humanos.

E isso nos confirma Díez De VELASCO, ao afirmar que

“la protección que se establece para las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional es menos completa y detallada que la concedida en el caso de los conflictos armados internacionales. El Protocolo II es más breve y sucinto que el Protocolo I y carece de normas sobre los métodos y medios de combate (...) La protección de la población civil se contempla de un modo muy sintético, si se comparan sus disposiciones con las del Protocolo I, consagrando a la norma fundamental de que la población y las personas civiles no serán objeto de ataque, y prohibiendo ‘los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil’ (art. 13,3)” (1994, p. 930).

### 3.2. *A assistência humanitária*

A – Princípios básicos da ação humanitária

Abordando a questão da necessidade de se encontrar meios de minimizar os efeitos da guerra sobre a população civil, Marion HARROFF-TAVEL sustenta que

“el objetivo de la promoción del Derecho Internacional Humanitario y de los principios de la acción humanitaria es lograr el respeto de ese derecho y el acceso a las víctimas a las que protege. Dicho de otro modo, la promoción del derecho es uno de los instrumentos que permite incluir en las actitudes y en los comportamientos de quienes están o podrían estar habilitados para contribuir a que, en situaciones de violencia armada, los medios de combate no sean ilimitados, las víctimas sean tratadas con humanidad y la labor humanitaria pueda realizarse en favor de ellas” (1998).

Independentemente do contexto em que tenha de estar presente, a ação humanitária em tempo de conflito armado continua possuindo uma natureza, um objetivo e características específicas. Como descrevem os Convênios de Genebra e seus Protocolos Adicionais, a ação humanitária está baseada nos princípios de humanidade e de imparcialidade.

O Direito Internacional Humanitário se baseia no princípio de humanidade, que consagra direitos e obrigações a todos os afetados por um conflito armado. Entre os sujeitos alcançados pelas normas desse Direito, podemos enumerar as partes em conflito, as vítimas, os Estados terceiros e as organizações intergovernamentais e não governamentais. É mister ressaltar o direito das vítimas de receber uma assistência humanitária, sendo dever do Estado em cujo território se desenvolve o conflito, ou da parte que controla um território, garantir as necessidades essenciais da população, consentindo que se preste uma ação de socorro, humanitária e imparcial. Todavia, essas ações estão condicionadas ao consentimento dos Estados ou das partes correspondentes, e não há previsão de medidas coercitivas em caso de denegação abusiva. Sendo assim, as organizações humanitárias costumam requerer o acordo explícito, implícito ou pelo menos tácito dos beligerantes para que possam, o mais rápido possível, identificar e tentar derrubar os obstáculos à prestação da assistência humanitária, principalmente com relação à segurança do pessoal humanitário. Recorrer à força, contra a vontade das partes em conflito, ainda que por razões de índole humanitária, transformaria a ação humanitária, no sentido estrito do Direito Internacional Humanitário, em uma verdadeira operação militar.

A imparcialidade, corolário do princípio de humanidade, pode ser definida como a ausência de toda discriminação por motivo de religião, nacionalidade, raça, opinião política, ou qualquer outro critério semelhante, dando prioridade às vítimas que te-

tenham necessidades mais urgentes. Sem imparcialidade, é grande o risco da perda de confiança e pode resultar difícil continuar contando com uma cooperação das partes em conflito.

O princípio de neutralidade significa a não participação nas hostilidades e a não intervenção nas controvérsias de índole política, religiosa ou ideológica que tenham provocado o conflito armado. Também é fundamental a abstenção de qualquer ingerência direta ou indireta nas operações militares em curso. Não obstante, a neutralidade não significa a aceitação de práticas que atentem contra os princípios elementares do Direito Humanitário, como por exemplo, a prática de “limpeza étnica”. A neutralidade não é um fim em si mesma, é o meio indispensável para captar a confiança das partes em conflito para conseguir livre acesso a todas as vítimas. Mais adiante, demonstraremos que a ação humanitária neutra é de difícil compreensão e aceitação nos conflitos que têm por finalidade o extermínio de grupos e que ocorrem nos Estados desestruturados pela violência.

Finalmente se deve considerar o princípio de independência que expressa a autonomia que devem ter as organizações humanitárias para que possam atuar conforme os princípios mencionados anteriormente, sem estar submetidas a considerações de natureza política.

A ação humanitária requer a observância de todos esses princípios e seu fiel respeito para garantir um mínimo de proteção às vítimas e a quem as assiste. Caso contrário, torna-se muito difícil a aceitação da assistência humanitária, principalmente quando se discute se ela pode ou não ser considerada um fator de *ingerência* ou de *intervenção*, colocando em risco a soberania do Estado. Com respeito ao tema, afirmamos Mario BETTATI que

“todavía se mantiene la tensión entre las exigencias de la soberanía y las de la acción humanitaria transfronteriza, benéfica y desinteresada. La *legíti-*

*ma protección de los intereses del Estado* se opone a menudo a la *legítima protección de la supervivencia de las víctimas* que podrían recibir asistencia del exterior. Para conciliar estas dos tendencias contradictorias, se han elaborado una serie de principios que hemos propuesto a la comunidad de Estados y que se han ido consagrando progresivamente primero por medio de resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, luego por el Consejo de Seguridad en casos concretos de naturaleza bélica. Se ha denominado a esta doctrina ‘derecho de injerencia humanitaria’. Sin rechazar esta expresión, debemos emplearla con prudencia en la medida en que es susceptible de generar mal entendidos y equívocos que pueden suscitar objeciones por parte de los Estados. (...) Preferimos hablar de ‘derecho de asistencia humanitaria’, que es una denominación peor acogida por los medios de comunicación, pero mejor por los juristas y diplomáticos. Por otra parte, se observa que *los gobiernos aceptan más fácilmente estos nuevos principios cuando no tienen dudas, en cuanto a la soberanía, sobre la intención, interpretaciones y aplicación de quienes han propuesto y promovido la idea*” [grifos nossos] (1994, p. 5-6).

#### B – A assistência humanitária nos conflitos internos

Como afirmamos anteriormente, hoje predominam os conflitos armados internos, causadores de grandes contingentes de deslocados internos e de refugiados. Muitos desses conflitos foram provocados – ou fortemente influenciados – pelo fim da ordem mundial bipolar, sendo que outros são consequência de ciclos históricos de rivalidades ou de problemas políticos jamais resolvidos.

Esses conflitos ocorrem em contextos nitidamente mais desestruturados que antes, quando as organizações humanitárias eram menos numerosas e tinham pontos de refe-

rência relativamente claros. De um lado, as forças armadas regulares, submetidas ao controle do poder político estabelecido e, do outro, com uma hierarquia de mando estruturada e reivindicando uma ideologia bem definida.

Na maioria dos casos, ditas estruturas permitiam às organizações humanitárias estabelecer os contatos necessários para a realização de sua ação a todos os níveis da hierarquia política e militar. A proteção do pessoal humanitário dependia essencialmente da responsabilidade das partes em conflito, mediante um sistema de salvo-conduto e de autorizações que funcionava relativamente bem, pois estava baseado em uma clara hierarquia de mando.

Infelizmente, nos conflitos internos atuais, a realidade é bem outra, o que dificulta tremendamente, quando não inviabiliza, a atuação dos agentes humanitários. O sistema tradicional de “apadrinhamento” bipolar das partes em conflito foi substituído pelo caos absoluto. Nos Estados desestruturados, não existe hierarquia definida, não se sabe quem manda e mesmo as partes envolvidas no conflito se encontram fragmentadas.

Assim, os agentes se encontram expostos aos riscos de uma crescente delinqüência, cuja finalidade específica, muitas vezes, é a subtração dos bens administrados por eles administrados. A presença de tais bens pode, inclusive, aumentar a intensidade dos conflitos se alguma das partes beligerantes consegue apropriar-se dos mesmos.

A assistência humanitária se converte em uma questão muito delicada e às vezes perigosa para o pessoal humanitário, quando se trata de conflitos étnicos, cujo objetivo, como já sabemos, é a exclusão e a eliminação do suposto adversário. Para chegar ao poder, um grupo deve destruir, eliminar o outro, situação que muitas vezes caracteriza um caso de genocídio.

Em situações assim, a assistência humanitária é considerada um obstáculo para alcançar os objetivos das partes em conflito.

Tudo aquilo que se opõe à estratégia de eliminação, de marginalização ou de deslocamento de pessoas civis se entende como ameaça contra a consolidação do direito ao poder, inclusive para sua existência. Torna-se difícil distinguir os combatentes dos não combatentes e passa a ser comum identificar os agentes humanitários como inimigos pois, afinal, “quem ajuda meu inimigo é meu inimigo também”. O perigo para os agentes humanitários é enorme e também se deve considerar que sua presença na região do conflito faz com que assumam a condição de testemunhas oculares perigosas de práticas brutais contra a parte adversária e de graves violações dos princípios de Direitos Humanos e de Direito Internacional Humanitário, que, reveladas diante de um Tribunal Penal Internacional, poderiam levar à condenação de seus autores. Essa circunstância fragiliza ainda mais a condição do pessoal humanitário, dificultando sobremaneira a prestação de uma efetiva assistência humanitária.

#### *4. Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Direitos Humanos*

##### *4.1. O Direito Internacional dos Direitos Humanos. Generalidades e conceito*

Segundo Héctor Gros ESPIELL

“por derechos humanos se entiende, cualquiera que sea la teoría o el sistema filosófico, político, o jurídico que sirva de explicación o de base, aquellas facultades, atribuciones o exigencias fundamentales que el ser humano posee, declaradas, reconocidas o atribuidas por el orden jurídico, y que, derivadas de la dignidad eminente que todo hombre tiene, constituyen hoy el presupuesto indispensable y necesario de cualquier organización o sistema político nacional y de la misma Comunidad Internacional” (1984, p. 701).

O conceito atual dos direitos humanos se compõe dos clássicos direitos civis e políticos, ou seja, das liberdades públicas, dos direitos econômicos, sociais e culturais que obrigam o Estado a tomar medidas positivas para a satisfação das necessidades humanas no âmbito econômico, social e cultural e dos novos direitos que surgiram diante das demandas do mundo atual. Existe uma interdependência entre esses direitos, pois cada um deles e cada uma de suas categorias demanda para sua existência o reconhecimento e a vigência dos demais.

A existência efetiva dos direitos de cada pessoa, limitados em seu exercício pelas contingências da vida em sociedade, está condicionada à vigência de uma ordem jurídica que seja o resultado da lei editada em função do interesse geral, sem qualquer tipo de discriminação.

Em princípio, a declaração, proteção e promoção dos direitos humanos é competência do Direito interno de cada Estado. Cabe ao ordenamento jurídico interno regular e garantir tais direitos. Entretanto, em alguns casos as violações dos direitos humanos são resultado da própria atividade do Estado, o que faz com que seja necessário recorrer ao Direito Internacional, que também garante e promove a vigência e o respeito aos direitos do homem. Portanto, os direitos humanos deixaram de ser matéria exclusiva da jurisdição interna dos Estados, devendo ser regulados concomitantemente pelo Direito interno e pelo Direito Internacional.

O conjunto de princípios e normas internacionais reguladoras dos direitos humanos se denomina Direito Internacional dos Direitos Humanos e segundo Gros ESPIELL

“sus fuentes se encuentran en la Carta de Naciones Unidas, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos, en el Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en una larga serie de instrumentos, convencionales o no,

elaborados en el ámbito de las Naciones Unidas y de algunos de sus organismos especializados, particularmente de la OIT y de la UNESCO. Pero a todos estos textos de carácter universal se suman los documentos internacionales de tipo regional, como la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, la Carta Social Europea, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos y, entre otros, los textos nacidos de la liga de Estados árabes y de la Organización de Unidad Africana” (1984, p. 702-703).

Em uma análise mais abrangente, podem ser consideradas como parte do Direito Internacional dos Direitos Humanos todas as normas e princípios internacionais que protegem e garantem direitos dos indivíduos, independentemente de sua situação jurídica em qualquer momento, no território de seu Estado de origem ou em um Estado estrangeiro.

#### 4.2. *O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário*

É fundamental reconhecer que a proteção dos direitos humanos em geral, resultante dos instrumentos universais ou regionais vigentes sobre a matéria, e a proteção das pessoas amparadas pelo Direito Internacional Humanitário são partes específicas de um sistema internacional geral, de fundamento basicamente humanitário, que visa à proteção do homem na forma mais ampla e compreensiva, compatível com a existência da ordem jurídica e dos direitos legítimos do Estado e da comunidade internacional.

O Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Direitos Humanos têm aplicabilidade em situações fáticas distintas. Os direitos humanos são exigíveis em tempo de paz, suas normas são plenamente operativas em circunstâncias normais, den-

tro de um esquema institucionalizado de poderes em que o Estado de Direito é a regra. O Direito Internacional Humanitário, ao contrário, aplica-se durante conflitos armados, tanto de caráter interno como de caráter internacional. É essencialmente um Direito de exceção.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos goza de maior generalidade, pois trata da existência de direitos cujos titulares são todos os homens, em *todas* as situações. O Direito Internacional Humanitário, por outro lado, aplica-se apenas em situações específicas, quais sejam, conflitos armados internacionais ou internos, e suas normas alcançam única e exclusivamente às pessoas protegidas como consequência de tais situações nos casos previstos pelos Convênios de Genebra de 1949 e pelos Protocolos Adicionais de 1977. Conclui-se que, embora exista uma zona comum entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário, existe também um campo de aplicação material e pessoal que não coincide plenamente, o que determina a necessidade de utilizar mecanismos de aplicação e de controle distintos para ambos ramos do Direito Internacional.

Entretanto, diante de tudo o que se comentou até agora, chega-se à conclusão de que o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Direitos Humanos não são dois troncos incomunicáveis. Ao contrário, sua convergência e complementaridade se concentram em um interesse compartilhado, mediante suas normativas específicas, relativas, em última instância, à proteção do indivíduo em qualquer circunstância, pois, ainda que o Direito Internacional dos Direitos Humanos seja aplicado, regra geral, em situações de paz, suas normas não são suspensas em períodos de conflitos armados. Muito pelo contrário, pois em tempos de guerra é quando sua observância se faz mais necessária. É exatamente nesse momento que entra em cena o Direito Internacional Humanitário com seu caráter complementar, regulamentando a atuação

dos grupos beligerantes, no intuito de resguardar minimamente a defesa dos direitos humanos.

Ao abordar a importância da convergência entre os dois troncos do Direito Internacional supramencionados, Antônio Augusto Cançado TRINDADE esclarece que

“ponto central da convergência entre o direito internacional humanitário e a proteção internacional dos direitos humanos reside no reconhecimento do caráter especial dos tratados de proteção dos direitos da pessoa humana. A especificidade do direito de proteção do ser humano, tanto em tempo de paz como de conflito armado, é inquestionável, e acarreta consequências importantes, que se refletem na interpretação e aplicação dos tratados humanitários (direito internacional humanitário e proteção internacional dos direitos humanos)” (1996).

#### 4.3. A convergência entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário

Não existe nenhum tipo de incompatibilidade entre a aplicação das normas de Direito Internacional Humanitário e as de Direito Internacional dos Direitos Humanos. É importante considerar, a respeito, a lição de Eric DAVID, que nos afirma que

“le droit des conflits armés comprend des règles propres dont l’application dépend de la réalisation du fait-condition qu’est la guerre. Cependant, si le déclenchement d’une guerre entraîne l’application de règles particulières, cela n’implique pas la suspension de toute autre règle juridique. Plus particulièrement, les règles relatives aux relations amicales et aux droits de la personne en général peuvent continuer à s’appliquer” [grifos nossos] (1999, p. 64).

A relação do Direito Internacional Humanitário com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o reconhecimento de que ambos se nutrem dos mesmos princípios

gerais dirigidos à proteção da pessoa humana são ponto pacífico na doutrina atual.

Araceli Mangas MARTIN afirma que

“ciertamente hay una aproximación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, especialmente en el caso de conflicto armado interno, que debe ser contemplada con esperanza. No puede haber recelos en la superposición de normas jurídicas, porque todo exceso de garantía y condiciones sobre la vida y dignidad de la persona humana nunca podrá ser inútil. La reglamentación de los conflictos armados internos y los convenios sobre derechos humanos tienen un mismo fundamento y propósito: el ser humano. No puede haber riesgo para uno u otro sector del Derecho internacional, pues aunque confluyen en una parte de su contenido, su ámbito temporal y material es distinto. Cuando la situación de conflicto armado interno no permite invocar los convenios sobre derechos humanos o se restringe su ámbito de aplicación, el Derecho Internacional Humanitario suple esas carencias: en tiempos de guerra, sin derogaciones y sin connotaciones políticas” [grifos nossos] (1992, p. 171).

Em casos de conflito armado, interno ou internacional, dá-se a aplicação concomitante das normas do Direito Internacional Humanitário e do Direito Internacional dos Direitos Humanos. O indivíduo goza da proteção de ambos sistemas jurídicos. É de fundamental importância destacar que em toda e qualquer circunstância, mesmo em tempo de guerra, é dever incondicional de todo Estado respeitar os direitos fundamentais e inderrogáveis, como por exemplo: o direito à vida, de não sofrer torturas, penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, de não permitir a escravidão ou a servidão e de reconhecer a todo ser humano sua personalidade jurídica. Esses direitos constituem o núcleo essencial do respeito aos direitos humanos.

A convergência entre os dois ramos do Direito Internacional é notória, como ocorre, por exemplo, com o artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra, que consagra direitos humanos básicos, aplicáveis tanto em tempo de conflitos armados como em tempo de paz. Os dois Protocolos Adicionais de 1977 também contêm garantias fundamentais da pessoa humana (Protocolo I, art. 75, e Protocolo II, arts. 4, 5 e 6). A convergência não é mera casualidade, pois os instrumentos internacionais de direitos humanos exerceram influência no processo de elaboração de ambos Protocolos.

No caso dos conflitos armados internos atuais, que têm como características a desestruturação dos Estados e o conteúdo étnico, a combinação das normas do Direito Internacional Humanitário com as do Direito Internacional dos Direitos Humanos é um caminho fundamental a ser tomado, principalmente quando se trata de conflitos internos de baixa ou média intensidade, nos quais não são aplicáveis as normas de Direito Humanitário. Vale lembrar, uma vez mais, que na raiz do grande número de deslocados internos e de refugiados está a violação de direitos humanos e, por isso, também nesse caso é imprescindível a conjugação dos dois ramos do Direito Internacional.

Richard PERRUCHOU D propõe a construção de uma nova ordem humanitária internacional, afirmando que

“l’ordre en question devrait recouvrir non seulement le droit applicable en cas de conflits armés, mais encore le droit du temps de paix. En effet, référence est faite à la nécessité d’adopter un ensemble de règles communes tant à la protection des victimes de conflits armés qu’à celle des réfugiés, des personnes déplacées, des victimes de catastrophes naturelles ou de l’oppression; s’y ajoutent la sauvegarde des droits de l’homme, la protection des victimes de la famine, de la pauvreté, du sous-développement, du terrorisme et de l’analphabétisme, voire les règles re-

latives à l’interdiction du recours à la force, au désarmement, au droit au développement et à la protection de l’environnement” (1984, p. 500).

## 5. Conclusões

Ao que tudo indica, as normas de Direito Internacional Humanitário aplicáveis aos conflitos armados internos não são suficientes para resguardar a população civil, evitar os deslocamentos internos e as ondas de refugiados nos conflitos desestruturados e étnicos, quando se trata de conflitos de média ou baixa intensidade, nos quais não é aplicável o Protocolo Adicional II.

Antônio Augusto Cançado TRINDADE (1996) afirma que faz alguns anos que a comunidade internacional pensa em elaborar um instrumento internacional, por exemplo, um outro protocolo, que possa garantir a proteção das vítimas em situações de conflitos (distúrbios e tensões) internos. A idéia de uma declaração acerca do tema, alentada desde 1983 pelo CICV, sugere a consagração de um instrumento declaratório de um catálogo mais amplo de direitos inderrogáveis aplicável em casos de conflitos internos, mesmo naqueles de baixa intensidade. A declaração teria por base principal as normas de Direito Internacional Humanitário, proibindo, por exemplo, a prática dos “desaparecimentos”, e as normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Por meio da constante e cada vez mais estreita aproximação dos dois ramos do Direito Internacional, será possível encontrar soluções eficazes para os problemas contemporâneos a respeito da proteção internacional da pessoa humana, como é o caso dos deslocados internos e dos refugiados.

O Alto Comissariado de Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) adotou uma nova estratégia, buscando não apenas a proteção, mas também a prevenção e a solução (duradoura ou permanente) do problema dos deslocados internos e dos refugiados destacando a importância do respeito

aos direitos humanos como sendo o melhor meio de prevenção desses movimentos de populações vítimas de conflitos internos.

A declaração final da Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, realizada no ano de 1993 em Viena, convoca os Estados a promover uma coordenação de esforços para garantir a observância dos direitos humanos durante os conflitos armados. Raúl Emilio VINUESA (1998) ressalta a necessidade de coordenar os avanços e desenvolvimentos logrados tanto no sistema de Direitos Humanos como no de Direito Humanitário, viabilizando a mútua e imediata recepção desses avanços em ambos ramos do Direito Internacional.

Compartimos a opinião de VINUESA, entendendo que a solução dos problemas que abordamos anteriormente – ou pelo menos a tentativa de “humanização” dos conflitos armados internos – passa pela convergência entre o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. É fundamental que se proceda à criação de mecanismos que funcionem como vasos comunicantes entre os dois sistemas, permitindo a recíproca extensão e penetração de ambos esquemas jurídicos. Só assim será possível consolidar a devida proteção de todo indivíduo afetado pelo uso da força armada, independentemente do grau ou da intensidade dessa força, ou de uma eventual definição de uma situação particular como conflito armado.

### Bibliografia

BETTATI, Mario. *¿Injerencia, intervención o asistencia humanitaria?* [S. l.]: Tiempo de Paz, n. 32-33, 1994.

DAVID, Eric. *Principes de droit des conflits armés*. Bruxelles: E. Bruylant, 1999.

DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994.

DOMESTICI-MET, Marie-José. Cien años después de La Haya, cincuenta años después de Ginebra: el derecho internacional humanitario en tiempos de guerra civil. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Ginebra, n. 834, jun. 1999.

EMILIO VINUESA, Raúl. Derechos humanos y derecho internacional humanitario: diferencias y complementariedad. *Revista del CICR*, Ginebra, Jun. 1998.

GARCIA, Javier. La muerte de Savimbi en Angola apunta al fin de la guerra africana más larga. *El País*, Madrid, 24 fev. 2002. Cuaderno Internacional.

GROS ESPIELL, Héctor. *Derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho internacional de los refugiados: etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge* (en l'honneur de Jean Pictet). Genève: [s. n.], 1984.

HARROFF-TAVEL, Marion. Promoción de normas para limitar la violencia en situación de crisis: un reto, una estrategia, alianzas. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Ginebra, n. 145, mar. 1998.

LAVOYER, Jean-Philippe. Refugiados y personas desplazadas: derecho internacional humanitario y cometido del CICR. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Ginebra, n. 128, mar./abr. 1995. Disponível em: [www.cicr.org](http://www.cicr.org).

MANGAS MARTIN, Araceli. *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*. Salamanca: [s. n.], 1992.

PARLOW, Anita. Hacia una prohibición mundial de las minas terrestres. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Ginebra, n. 130, jul./ago. 1995.

PERRUCHOU, Richard. *A propos d'un nouvel ordre humanitaire international: etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge* (en l'honneur de Jean Pictet). Genève: [s. n.], 1984.

REMIRO BROTONS, Antonio (et al.). *Derecho internacional*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

TAUXE, Jean-Daniel. Lograr que el Comité Internacional de la Cruz Roja tenga mejor aceptación en el terreno. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Ginebra, n. 833, mar. 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito internacional dos direitos humanos, direito internacional humanitário e direito internacional dos refugiados: aproximações ou convergências*. mar. 1996. Disponível em: [www.cicr.org](http://www.cicr.org).

# Os alimentos geneticamente modificados e o direito do consumidor à informação

Uma questão de cidadania

Roberto Freitas Filho

## Sumário

1. Introdução. 2. Breves considerações sobre o Direito do Consumidor. 3. O Direito do Consumidor e a Constituição Federal. 3.1. Referências constitucionais ao Direito do Consumidor. 3.2. A natureza constitucional material do Direito do Consumidor. 4. O direito à informação no plano normativo internacional e interno. 4.1. A Resolução ONU 39/248. 4.2. O Pacto de São José da Costa Rica. 4.3. O Código de Defesa do Consumidor. 4.4. A Lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990. 5. Informação e liberdade de escolha. 5.1. Momento do fornecimento da informação. 5.2. O princípio da boa-fé objetiva. 6. A extensão do direito à informação e o caso dos alimentos transgênicos. 6.1. Os limites do artigo 31 do CDC. 6.2. Os alimentos transgênicos e a percepção dos consumidores. 7. A questão no âmbito do Governo Federal. 7.1. Histórico dos trabalhos que resultaram na publicação do Decreto 3.871/2001. 7.2. Aspectos da confecção da norma. 7.3. A questão normativa no cenário internacional. 7.4. Questões controvertidas relativas à rotulagem dos transgênicos. 7.5. Considerações acerca das alegadas dificuldades apontadas para a informação aos consumidores. 8. Os avanços tecnológicos e a questão do risco. 9. Direito do consumidor à informação e a ética de responsabilidade. 10. Considerações finais.

Roberto Freitas Filho é Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo – USP, Professor de Direito do Consumidor do UniCEUB – Brasília, ex-Diretor do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça e Advogado.

## 1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo expor questões relativas ao direito do consumidor à informação no contexto do desenvolvimento e fornecimento no mercado de

consumo de alimentos geneticamente modificados, os vulgarmente chamados *alimentos transgênicos*<sup>1</sup>.

Como nova tecnologia que é, a manipulação genética de organismos vivos e auto-replicantes nos descortina uma série de reflexões nas diversas áreas do conhecimento humano. No que toca aos aspectos valorativos da conduta do indivíduo, é notadamente nos campos da Ética, da Filosofia e do Direito que tais questões estão sendo mais amplamente debatidas. Assim, teceremos considerações sobre a dogmática jurídica e a questão da informação ao consumidor em face do fornecimento no mercado de consumo de transgênicos, bem como trataremos de elaborar uma proposta de pauta ética de ação para o enfrentamento da questão do trato do direito do consumidor à informação, tanto por parte dos órgãos públicos quanto da sociedade.

Nossa pretensão não é a de exaurir os temas tratados, mas sim problematizar a questão dos transgênicos em face de uma garantia instrumental para o exercício da cidadania, qual seja, a do direito do consumidor de ser tratado com transparência e de ter acesso de forma adequada a todas as informações que lhe sejam devidas.

## 2. Breves considerações sobre o Direito do Consumidor

Para a compreensão da lógica operativa das normas de proteção do consumidor, são necessários alguns esclarecimentos prévios.

O Direito do Consumidor é um subsistema do Direito composto de um conjunto de normas e princípios que disciplinam as chamadas *relações de consumo*. As relações de consumo são assim definidas em razão de um aspecto qualitativo das partes envolvidas em um determinado negócio jurídico. Assim, da perspectiva do Direito do Consumidor, haverá uma relação de consumo sempre que houver de um lado a figura de um consumidor e de outro, a de um fornecedor de produtos ou serviços.

Definir consumidor e fornecedor significa definir a própria existência daquela que vai ser a chamada relação de consumo. Dessa forma, uma locação, por exemplo, poderá ser ou não realizada por meio de uma relação de consumo, dependendo da qualificação daqueles envolvidos no negócio. O mesmo se dá com um contrato de compra e venda, de seguro, de prestação de serviços etc.

Consumidor é, segundo a definição legal do artigo 2º da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 – o Código de Defesa do Consumidor (CDC) –, “...toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Esse é o núcleo da definição de consumidor, havendo mais três variantes conceituais constantes do CDC: a) por equiparação, a coletividade que haja intervindo nas relações de consumo (parágrafo único do art. 2º); b) todas as vítimas de um evento danoso oriundo de defeito no produto ou serviço fornecido (art. 17); c) por equiparação, todas as pessoas determináveis ou não, expostas a práticas comerciais previstas no Capítulo V do Código (art. 29).

A definição legal de fornecedor, disposta no artigo 3º, compreende “... toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

O Direito do Consumidor é composto fundamentalmente de normas de proteção. São normas que buscam proteger uma das partes da relação de consumo, que é considerada pela própria lei como vulnerável diante da outra. Assim, em havendo uma relação de consumo, ocorre conseqüentemente a aplicação de uma série de normas específicas que vão proteger o consumidor em face da natural posição de supremacia de poder do fornecedor, este detentor das informações sobre o produto ou serviço que oferta e, em geral, detentor de maior poderio econômico do que o consumidor.

Dessa forma, quando falarmos em Direito do Consumidor, estaremos expressando a idéia de um sistema de normas de proteção de uma das partes de uma relação jurídica no qual há um desequilíbrio estrutural. O consumidor é vulnerável em relação ao fornecedor.

### 3. O Direito do Consumidor e a Constituição Federal

Em nosso ordenamento jurídico, o Direito do Consumidor possui *status* constitucional. Está previsto no mais alto grau do plano hierárquico normativo existente, prevalecendo sobre as demais normas de natureza inferior, na hipótese da existência de um conflito entre elas.

#### 3.1. Referências constitucionais ao Direito do Consumidor

A proteção do consumidor está prevista no artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal que dispõe que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Esse é o comando fundamental, havendo outros que também mencionam o direito do consumidor, a saber: artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que determinava à época da promulgação da Constituição que o Congresso Nacional elaboraria, em 120 dias, um Código de Defesa do Consumidor; e o artigo 170, V, que prevê como um dos princípios da Ordem Econômica a defesa do consumidor.

#### 3.2. A natureza constitucional material do Direito do Consumidor

O Direito do Consumidor está previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, que trata “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”. A inserção da previsão constitucional nesse artigo não se deu por acaso e revela o reconhecimento de sua importância.

O artigo 5º está no rol daqueles que compõem o núcleo valorativo da Constituição Federal. A doutrina classifica as matérias

constantes da Constituição como formalmente constitucionais e materialmente constitucionais<sup>2</sup>. De forma sucinta, podemos identificar as primeiras como sendo aquelas matérias nas quais há uma alta relevância social, de tal ordem que importa à sociedade que esteja presente na Carta Magna, com o objetivo de enrijecimento da possibilidade de uma tentativa de alteração. Por sua vez, já os conteúdos materialmente constitucionais são aqueles que fazem parte do núcleo doador de sentido à constituição fática da sociedade brasileira. São matérias que fazem parte daquilo que de mais precioso e importante possui a sociedade em termos de valores.

Exemplos de valores constitucionais que se identificam com o conteúdo da constituição material de nossa sociedade são: o respeito à vida e à dignidade da pessoa humana, a garantia de existência digna, a preservação da intimidade, o direito à imagem, as limitações à atuação persecutória do Estado (com a garantia do devido processo legal), entre outros.

Tal conteúdo não está na Constituição somente em razão da sua grande importância, mas mais do que isso, é considerado fundamental à particular conformação da sociedade brasileira.

Tanto assim que são chamados *cláusulas constitucionais pétreas*, que são aquelas em relação às quais não se admite iniciativa legislativa tendente a aboli-las, na forma do que dispõe o artigo 60, § 4º, da Constituição Federal<sup>3</sup>. CANOTILHO (1996, p. 880-881), sobre a questão dos limites à revisão constitucional, assim entende:

“A constituição garante a sua estabilidade e conservação contra alterações aniquiladoras do seu núcleo essencial através de cláusulas de irrevisibilidade e de um processo ‘agravado’ das leis de revisão. Não se trata de defender, através destes mecanismos, o sentido e características fundamentais da constituição contra adaptações e mudanças necessárias,

mas contra a aniquilação, ruptura e eliminação do próprio ordenamento constitucional, substancialmente caracterizado”.

NERY JÚNIOR (2001, p. 554-555), discorrendo sobre a natureza constitucional da defesa do consumidor, esclarece:

“Nosso sistema constitucional resalta o princípio federativo, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes, os direitos e garantias individuais, o que é resguardado pelo art. 60, § 4º, da Constituição Federal, ao proibir emenda tendente a abolir esses direitos e garantias individuais, constituindo-se verdadeira cláusula pétrea, o que impede as modificações constitucionais que alterem esses princípios e garantias resguardados essencialmente no art. 5º”.

O Direito do Consumidor, estando no rol dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos constantes do artigo 5º da Constituição, é, portanto, cláusula constitucional pétrea e possui natureza constitucional material.

#### *4. O direito à informação no plano normativo internacional e interno*

Além da previsão da tutela específica do consumidor na Constituição Federal, que será realizada por meio do Código de Defesa do Consumidor, o direito à informação, como direito básico e ao mesmo tempo instrumento de proteção e defesa do consumidor, possui suas raízes em diplomas normativos de natureza internacional.

##### *4.1. A Resolução ONU 39/248*

O direito à informação possui sua previsão normativa, no plano internacional, na Resolução ONU 39/248, de 16 de abril de 1985, que trata da proteção do consumidor. Tal direito está reconhecido no Capítulo II, *Princípios Gerais*, número 3, letra *c*, em que se prevê o “acesso dos consumidores à informação adequada que lhes capacite a fazer escolhas conscientes de acordo com seus

desejos e necessidades individuais...” (tradução livre do inglês)<sup>4</sup>.

##### *4.2. O Pacto de São José da Costa Rica*

Ainda no plano internacional, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, conhecida como o Pacto de São José da Costa Rica, que dispõe sobre a tutela dos direitos humanos, já previa garantia da implementação dos direitos econômicos de forma efetiva pelos Estados signatários. Naquela Convenção já se encontrava expressa a preocupação dos Estados com a efetivação dos chamados Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O artigo 26<sup>5</sup>, Capítulo III, determina que os Estados-partes adotem providências no sentido de efetivar os direitos que decorrem das normas econômicas, sociais, sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos. Esta, em seu artigo 39, “b”, “i”, tratando do desenvolvimento econômico e social, determina aos Estados membros que envidem esforços no sentido de realizar, entre outras ações, “...medidas destinadas a promover a expansão de mercados e a obter receitas seguras para os produtores, fornecimentos adequados e seguros para os consumidores, e preços estáveis que sejam ao mesmo tempo recompensadores para os produtores e equitativos para os consumidores”.

Embora as normas de tratados internacionais não vinculem os Estados signatários de forma absoluta, até mesmo em razão de possuírem natureza principiológica – o que significa que são um objetivo a ser realizado –, a importância delas está no fato de que refletem um consenso global sobre a relevância de alguns temas para a humanidade, entre eles estando previstos os direitos dos consumidores e, conseqüentemente, o direito à informação.

##### *4.3. O Código de Defesa do Consumidor*

No plano interno, o direito do consumidor à informação foi consagrado no Código de Defesa do Consumidor, promulgado em

quinze de setembro de 1990, estando a previsão presente no artigo sexto, que dispõe sobre os direitos básicos do consumidor, em seu inciso III<sup>6</sup>.

Além dessa previsão genérica do CDC, a informação é tratada em vários artigos, sendo que há uma previsão específica relativa à informação no momento da oferta de determinado produto ou serviço ao consumidor, constante do artigo 31<sup>7</sup>, que prevê requisitos de forma e de conteúdo informativos.

O CDC prevê, ainda, condutas criminalizadas relativas à ausência de informação para o consumidor. Os artigos 63 e 64 prevêem punições tanto para a hipótese de omissão de dizeres ou sinais ostensivos de alerta sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, quanto no caso da omissão de informações sobre periculosidade ou nocividade de produtos que o fornecedor venha a ter conhecimento depois que os mesmos tenham entrado no mercado de consumo.

Ainda no campo penal, o artigo 66 pune a informação falsa, enganosa ou a omissão sobre característica relevante do produto ou serviço no que tange à sua natureza, características, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia. A questão da informação, portanto, foi tratada no CDC de forma enfática, merecendo previsão normativa inclusive de natureza criminal.

#### *4.4. A Lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990*

A questão do fornecimento da informação é também tratada na Lei 8.137, de 22 de dezembro de 1990, que “define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências”. O inciso VII do artigo 7<sup>o</sup> trata da informação falsa ou enganosa sobre a natureza ou qualidade de bem ou serviço que induz o consumidor a erro<sup>8</sup>.

Resta evidente, portanto, após a exposição das normas atinentes ao direito do consumidor à informação, que o legislador pro-

tegeu o legítimo interesse dos cidadãos consumidores de verem preservada a possibilidade de escolher de forma consciente. A importância do direito à informação se constata não somente pela quantidade de normas que prevêm sua proteção, mas também pela sua natureza: normas que garantem o direito material, normas de caráter disciplinador da conduta dos fornecedores e normas de natureza criminal.

### *5. Informação e liberdade de escolha*

Um dos princípios fundamentais sobre os quais se sustenta um Estado democrático é o da liberdade individual. Para o exercício dessa liberdade, é necessário que aquele que vai tomar a decisão sobre como agir possa orientar sua ação de forma consciente. Somente se chega a uma plena consciência sobre todas as circunstâncias relevantes que envolverão os fatos sobre os quais se terá de decidir por meio da informação. Qualquer avaliação crítica sobre as possibilidades do agir será, portanto, necessariamente precedida da informação sobre as circunstâncias condicionantes do contexto no qual a ação se dará.

#### *5.1. Momento do fornecimento da informação*

O ato decisório sobre consumir ou deixar de consumir é sempre uma deliberação prévia à realização do negócio. O CDC estabelece que a informação tem de ser prestada não somente após a realização do ato de consumo, mas também e principalmente no momento anterior à celebração do contrato. Somente dessa maneira o consumidor poderá decidir de forma livre e consciente. Sobre o tema, BENJAMIN (2001, p. 125) se pronuncia no seguinte sentido:

“A informação, no mercado de consumo, é oferecida em dois momentos principais. Há, em primeiro lugar, uma informação que precede (publicidade, por exemplo) ou acompanha (embalagem, por exemplo) o bem de

consumo. Em segundo lugar, existe a informação passada no momento da formalização do ato de consumo, isto é, no instante da contratação”.

Em argumento conseqüente, segue o doutrinador:

“Ambos têm o mesmo objetivo, ou seja, preparar o consumidor para um *ato de consumo verdadeiramente consentido, livre, porque fundamentado em informações adequadas*”. [grifo nosso]

A decisão do consumidor é tomada na fase pré-contratual e é nesse momento, portanto, que devem estar disponíveis para o mesmo toda a gama de dados que lhe serão úteis para a escolha.

O artigo 31 detalha, como visto, aquilo que é previsto genericamente no artigo 6º do CDC como direitos básicos do consumidor. FILOMENO (2001, p. 125) faz referência ao preceito da seguinte forma:

“Em verdade, aqui se trata do detalhamento do inc. II do art. 6º ora comentado, pois que se fala expressamente sobre especificações corretas de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem, obrigação específica dos fornecedores de produtos e serviços.

Trata-se, repita-se, do dever de informar bem o público consumidor sobre todas as características importantes de produtos e serviços, para que aquele possa adquirir produtos, ou contratar serviços, sabendo exatamente o que poderá esperar deles”.

## 5.2. O princípio da boa-fé objetiva

O CDC é considerado um microsistema de direito e, dessa forma, possui uma exegese própria, fundamentada em princípios que informam a interpretação e a aplicação de suas normas. O código prevê, como princípios exegéticos específicos, entre outros, o da boa-fé objetiva nas relações de consumo. A boa-fé se traduz no dever de transparência, de lealdade, de clareza, de limpidez, de

sinceridade na relação de consumo. Nos dizeres de MARQUES (1999, p. 107):

“Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação ‘refletida’, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes”.

O fornecedor deve, por esse princípio, dar todas as informações relevantes sobre o produto ou serviço colocados no mercado de consumo, para que o consumidor possa decidir e agir da forma que melhor lhe aprouver. Tais informações compreendem tanto os aspectos positivos quanto os eventualmente negativos, não sendo lícito ao fornecedor deixar de prestá-las.

## 6. A extensão do direito à informação e o caso dos alimentos transgênicos

O artigo 31 do CDC é uma norma de natureza aberta, determinando a forma e o conteúdo das informações que devem necessariamente ser ofertadas ao consumidor pelo fornecedor. A norma não trata, entretanto, dos limites do conteúdo do direito à informação. Assim, faz-se necessário o esclarecimento dos critérios que devem ser seguidos para a dação das informações em cada ato de fornecimento.

### 6.1. Os limites do artigo 31 do CDC

O artigo 31 do CDC determina, conforme visto, que a oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem

como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Quanto à forma de fornecimento da informação, podemos dizer que ela tem de permitir ao consumidor se apropriar, pelas vias cognitivas naturais, de todos os elementos relevantes ao ato de escolha. Dessa forma, dispõe o Código que as informações deverão ser corretas e precisas, quanto aos dados qualificativos e quantitativos dos produtos e serviços. Determina ainda que as informações sejam dadas de forma clara, ostensiva e em língua portuguesa, fazendo do veículo informativo, ou seja, a linguagem, um instrumento de comunicação eficaz para que o conteúdo da mensagem chegue ao consumidor de forma íntegra.

Quanto ao conteúdo da informação a ser prestada, o artigo 31 determina expressamente que ela mencione as características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem. O rol não é exaustivo, devendo o fornecedor informar sobre outros aspectos do produto ou serviço se tais informações forem importantes para a deliberação do consumidor no ato decisório.

Para nosso breve estudo, restringiremos a análise do artigo 31 em seus aspectos relacionados às *características, qualidades e composição* de produtos. É necessário que estabeleçamos um critério para o fornecimento da informação, já que o CDC não aponta expressamente quais características, qualidades, aspectos da composição deverão ser informados.

A regra geral para o fornecimento da informação é a de que devem ser prestadas todas aquelas necessárias a que o consumidor possa exercer de forma plena o seu direito de escolha. O critério de relevância das informações será sempre aferido a partir da percepção do consumidor sobre quais características, qualidades e aspectos da composição dos produtos colocados no mercado deverão ser informados. O consumidor é o legítimo destinatário da informação prestada pelo fornecedor e é ele quem determi-

nar, em cada caso, os dados informativos necessários para que possa exercer sua liberdade de escolha. Portanto, as informações a serem prestadas ao consumidor serão todas aquelas relevantes para o seu ato decisório.

Essa regra geral entreabre a questão do estabelecimento dos mecanismos de verificação da percepção do consumidor.

O CDC previu, em seus artigos 105 e 106, a existência de um Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, composto pelos órgãos federais, estaduais, municipais e do Distrito Federal, bem como pelas entidades privadas de defesa do consumidor. Esse Sistema conta atualmente com aproximadamente 720 órgãos oficiais e outras 70 entidades privadas de defesa do consumidor (BRASIL, 2002). O SNDC é veículo legítimo de expressão do consumidor.

O Ministério Público, como instituição que exerce a defesa dos interesses da sociedade, e por conseguinte dos consumidores, é outra instância de verificação das necessidades dos consumidores.

Além dessas duas vias de verificação de suas necessidades e desejos, o consumidor tem também se expressado de forma direta. Existem vários institutos de pesquisa, no Brasil e no exterior, que trabalham com a identificação de sua percepção sobre assuntos de seu interesse.

De forma igualmente legítima, mas menos representativa, posto que não atuam especificamente com a questão da defesa do consumidor, os representantes legislativos também veiculam os desejos e as necessidades dos consumidores. A Câmara dos Deputados, por exemplo, vem realizando, por meio de sua Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias, audiências públicas para a discussão das questões relativas à rotulagem dos alimentos transgênicos desde o ano de 1999.

A identificação das necessidades e da percepção dos consumidores pode-se dar pelas vias ora elencadas, o que não exclui outras que sejam igualmente legítimas e que aqui não se tenha mencionado.

Dessa forma, caberá ao aplicador do Direito verificar, atendendo ao objetivo da norma e a sua natureza aberta, a percepção dos consumidores em relação às suas necessidades para a tomada de decisões.

### *6.2. Os alimentos transgênicos e a percepção dos consumidores*

No caso dos alimentos transgênicos, tem-se evidenciado inequivocamente a percepção dos consumidores e da sociedade em geral de que a informação sobre a natureza do alimento é relevante para o exercício da liberdade de escolha. Tanto assim que não somente os consumidores, mas também os fornecedores, ainda que por motivos diversos, têm-se mobilizado no sentido da obtenção e dação da informação sobre a qualidade transgênica dos alimentos. Grandes fornecedores como, por exemplo, Carrefour, McDonald's, Unilever e a rede de supermercados Tesco da Inglaterra já anunciaram que não vão colocar no mercado de consumo alimentos transgênicos (NERY JÚNIOR, 19- -, p. 29-30).

Os consumidores foram indagados em pesquisas de opinião e os resultados são claros ao apontarem o desejo da obtenção das informações sobre os alimentos transgênicos<sup>9</sup>. No plano internacional 81% dos consumidores norte-americanos acham que o Governo daquele país deverá determinar a rotulagem dos transgênicos. Mais de 80% dos norte-americanos concordam com o direito da União Européia e do Japão de requerer a rotulagem dos produtos transgênicos americanos. No Canadá, de 83% a 95% (dependendo de como a questão é indagada) dos entrevistados querem que os alimentos produzidos por meio da biotecnologia sejam rotulados. Na Inglaterra 78% dos entrevistados querem que os alimentos geneticamente modificados sejam claramente rotulados.

Os valores percentuais de consumidores que desejam que os produtos transgênicos ou geneticamente modificados sejam rotulados são bastante significativos e indi-

cam claramente a percepção do consumidor internacional.

NERY JÚNIOR (2001, p. 567) aponta o fato de que, “atenta para a grande repercussão em torno do assunto ‘transgênicos’ e sensível à preocupação dos consumidores quanto aos efeitos desconhecidos para sua saúde e para o meio ambiente, a indústria alimentícia, no mundo inteiro, começa a adotar uma posição de manifesta rejeição aos alimentos transgênicos”.

No Brasil as entidades integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor já firmaram posicionamento no sentido da informação sobre os alimentos transgênicos. O Fórum Nacional das Entidades Cíveis de Defesa do Consumidor – FNECDC se posicionou defendendo a rotulagem com a informação plena. Assim também o IDEC se posicionou (LAZZARINI, 2001).

Vários PROCON já se pronunciaram claramente no sentido da necessidade da rotulagem com o fornecimento da informação de forma plena. A Fundação Procon de São Paulo expediu comunicado público após a publicação do Decreto 3.871, de 18 de julho de 2001, que “disciplina a rotulagem de alimentos embalados que contenham ou sejam produzidos com organismos geneticamente modificados, e dá outras providências”, criticando a norma e pugnando pela informação plena dos consumidores no tocante aos alimentos transgênicos.

Notícia datada de 29/07/2001 do Caderno Ciência do Jornal O Globo trouxe como título “MINISTÉRIO Público combaterá transgênicos” (2001), referindo-se ao entendimento do Ministério Público Federal de que o Decreto 3.871/2001 não estaria em sintonia com o que determina o artigo 31 do CDC.

É possível se afirmar, pelos dados e indicadores recolhidos na própria sociedade, que a percepção do consumidor é a de que a informação sobre a característica específica de alimentos serem transgênicos é fundamental para o exercício da liberdade de escolha.

## 7. A questão no âmbito do Governo Federal

A questão das informações sobre os alimentos transgênicos vem sendo tratada no âmbito do Governo Federal, havendo consenso dos envolvidos no sentido de que deverá ser adotada a rotulagem dos produtos a serem colocados no mercado de consumo. Para tanto, houve um processo de elaboração de uma norma de regulamentação do assunto que resultou na publicação do Decreto 3.871, de 18 de julho de 2001.

A rotulagem dos produtos transgênicos é tema fundamental da agenda de defesa do consumidor, espraiando suas consequências para outras áreas de interesse brasileiro, como por exemplo o comércio internacional, a agricultura de pequena escala e a defesa da livre concorrência. O tema tem causado intensas discussões nos diversos segmentos envolvidos.

### 7.1. Histórico dos trabalhos que resultaram na publicação do Decreto 3.871/2001

Em 10 de junho de 1999 foi publicada a Portaria MJ nº 268/99, criando uma Comissão Especial para desenvolver estudos e elaborar um projeto de regulamento sobre rotulagem de produtos geneticamente modificados. Essa Comissão foi integrada pelos Ministérios da Agricultura e do Abastecimento, da Saúde, da Ciência e Tecnologia, bem como o da Justiça, sob a presidência deste último, por meio de seu Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, sendo que em novembro de 1999 encerrou-se o prazo inicialmente estabelecido para a conclusão dos trabalhos.

A proposta de Regulamento Técnico para a Rotulagem de Alimentos e Ingredientes Geneticamente Modificados foi submetida à consulta pública (Consulta Pública nº 02/99) em 1º de dezembro de 1999, pelo prazo de 90 dias. No interregno de dezembro de 1999 a março de 2000, foram recebidas 178 proposições. Foram apresentadas diversas sugestões de alteração ao texto colocado em

consulta pública vindas das mais variadas origens, como órgãos e entidades civis de defesa do consumidor, associações de fornecedores e governos de outros países.

Em 17 de junho de 2000 foi publicada a Portaria nº 595 assinada pelo Ministro da Justiça, constituindo Comissão Especial para proceder à retomada e conclusão dos trabalhos iniciados pela Comissão precedente.

### 7.2. Aspectos da confecção da norma

No âmbito da Comissão, foi estabelecida a utilização da terminologia relativa à diferença conceitual entre “geneticamente modificado” e “transgênico”. A norma brasileira utilizou o conceito de “geneticamente modificado”, englobando de uma maneira mais ampla todas as modificações genéticas, independentemente de se referirem a modificações de genes de uma determinada espécie ou à introdução em uma espécie de genes de outras. O conceito “transgênico”, nesse modelo, refere-se exclusivamente àquelas modificações resultantes da introdução, em uma determinada espécie, de genes de outras.

A Comissão, no início da execução dos seus trabalhos, definiu que a proposta de norma se aplicaria apenas aos alimentos geneticamente modificados e aos que contenham ingredientes geneticamente modificados, bem como aos ingredientes geneticamente modificados e àqueles que contenham substâncias resultantes de modificação genética, destinados ao consumo humano. Definiu, ainda, que em alguns casos haveria a dispensa do dever de informar, quais fossem:

- os alimentos e ingredientes nos quais tanto proteínas como o ADN (DNA) e eventuais fragmentos de ADN (DNA), resultantes de modificação genética, tivessem sido destruídos ou eliminados nas diferentes fases da elaboração ou do processamento, não sendo detectáveis por métodos cientificamente validados;

- os alimentos e ingredientes nos quais a presença não intencional de organismos geneticamente modificados, em cada ingre-

diente, estivesse abaixo dos níveis de tolerância estabelecidos.

Segundo o modelo normativo adotado, não se admitiria a possibilidade de mistura de produtos geneticamente modificados com produtos naturais. A *ratio* era que a norma definisse um nível de tolerância como sendo o limite para a presença não intencional de ingrediente geneticamente modificado, percentualmente em peso ou volume, em uma partida de um mesmo ingrediente obtido por técnicas convencionais.

A proposta de norma considerava ainda que os níveis de tolerância estabelecidos seriam os valores máximos para cada ingrediente, considerados em qualquer fase do processo produtivo, a partir dos quais seria obrigatório o fornecimento, no rótulo, da informação relativa à condição de geneticamente modificado. Complementava definindo que, para alimentos constituídos de mais de um ingrediente, os níveis de tolerância estabelecidos seriam aplicados para cada um dos ingredientes, considerados separadamente na composição do alimento. Portanto, se um alimento fosse composto por vários ingredientes e se verificasse que um deles continha Organismo Geneticamente Modificado – OGM, ainda que tal ingrediente representasse um percentual pequeno na composição total do alimento e que tivesse sido adicionado de forma não intencional em percentual superior ao nível de tolerância estabelecido, deveria ser o alimento rotulado com a indicação do ingrediente que contém OGM.

### *7.3. A questão normativa no cenário internacional*

No âmbito internacional, o assunto referente aos alimentos e ingredientes geneticamente modificados e à necessidade de informação aos consumidores vem sendo tratado no programa conjunto da FAO/OMS denominado Codex Alimentarius (CODEX, 2002). De forma sucinta, pode-se dizer que o programa tem como objetivo a elaboração de uma codificação relativa a todos os aspectos que envolvem ou permeiam a produ-

ção e comercialização de alimentos no mundo e conta com a colaboração de especialistas enviados pelos países participantes.

Até o momento presente, não se chegou a nenhum consenso no âmbito do Codex Alimentarius sobre a questão da rotulagem de alimentos geneticamente modificados.

Há países que propuseram que a rotulagem fosse voluntária e outros que fosse obrigatória, mas a questão ainda permanece em discussão. O Japão e a Comunidade Européia, por exemplo, adotaram a rotulagem obrigatória. A divergência internacional sobre a necessidade de rotulagem ou não de alimentos geneticamente modificados possui base fundamentalmente comercial. As posições são tomadas de acordo com interesses relativos à comercialização de alimentos geneticamente modificados. Assim, por exemplo, os Estados Unidos, a Argentina e a Austrália defendem um posicionamento liberal quanto à necessidade de fornecimento da informação sobre alimentos transgênicos, já que são países produtores de grãos geneticamente modificados que hoje já estão sendo comercializados. Esses países defendem a tese da dispensa de informação justificada na equivalência substancial, que dispõe, grosso modo, que se o organismo não difere do tradicional em suas características fundamentais não haveria motivo relevante para que se informasse aos consumidores sobre o processo de produção por meio de modificação genética.

É importante mencionar que a maior parte da produção de soja desses países é transgênica e, havendo rejeição ao consumo desses alimentos, eles certamente perderiam mercado. Assim, a posição adotada pelos produtores de transgênicos é muito mais uma defesa de mercado do que a preocupação com a precaução e a defesa dos interesses dos consumidores.

A posição do Brasil tem sido a da defesa da necessidade da informação ao consumidor sobre todas as características dos produtos colocados no mercado de consumo, não sendo diferente no caso dos transgênicos.

#### 7.4. *Questões controversas relativas à rotulagem dos transgênicos*

De acordo com manifestações de técnicos e entidades interessadas no assunto, haveria dificuldades relacionadas à implementação da rotulagem obrigatória dos alimentos transgênicos. São elas:

a. Quanto à rastreabilidade

– Seria impraticável a rastreabilidade dos alimentos transgênicos, pois ela determinaria a necessária segregação da cadeia produtiva, o que determinaria por sua vez o aumento dos custos de produção nas várias etapas do processo produtivo.

b. Quanto à plenitude de informações

– Seria praticamente inviável a rotulagem de alimentos não embalados, alimentos *in natura* e de alimentos comercializados em estabelecimentos como restaurantes, bares, lanchonetes e similares.

c. Quanto às formas de detecção

– A necessidade de detecção da qualidade transgênica do alimento demandaria a realização de testes, o que elevaria os custos, com a necessidade de existência de laboratórios que os realizassem, bem como haveria que se estabelecer um consenso sobre a metodologia de detecção.

– Haveria que se realizar o controle e a fiscalização da comercialização dos alimentos transgênicos, o que traria custos operacionais significativos.

d. Quanto ao comércio internacional

– Haveria a necessidade da existência de consenso sobre as regras de rotulagem dos alimentos transgênicos no plano internacional, o que ainda não é uma realidade.

O Brasil ainda não possui produção de alimentos e ingredientes geneticamente modificados autorizados oficialmente, sendo que até o presente momento a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTN-Bio<sup>10</sup> autorizou, para consumo humano, apenas a soja geneticamente modificada. Tal autorização, até a finalização deste texto, não havia produzido seus efeitos em razão da batalha judicial travada entre o Ministé-

rio Público Federal e o IDEC<sup>11</sup>, de um lado, e a União, de outro. As questões discutidas em juízo dizem respeito à ausência de regulamentação sobre a rotulagem de Organismos Geneticamente Modificados – OGM no país, bem como sobre a avaliação de impacto ambiental da produção de plantas transgênicas. Assim, tomando como exemplo o rumoroso caso da soja geneticamente modificada *Round Up Ready* da empresa Monsanto, na hipótese de uma decisão judicial favorável à liberação de cultivo de tais vegetais e se autorizados pelos órgãos competentes, em especial o Ministério da Saúde, o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e o Ministério do Meio Ambiente, essa soja poderá ser plantada e comercializada no País.

No tocante ao comércio internacional, é importante ressaltar que países como os Estados Unidos da América e a Argentina, por exemplo, produzem e exportam produtos geneticamente modificados como a soja e o milho, informando somente os casos em que ocorreram mudanças substanciais no produto geneticamente modificado. Por outro lado, conforme visto, cresce no mundo a demanda por maiores informações sobre os alimentos geneticamente modificados. Ainda com relação ao comércio internacional, muitas têm sido as referências aos acordos internacionais que, sob a ótica de alguns, limitariam a regulamentação sobre a rotulagem dos produtos geneticamente modificados como, por exemplo, o Acordo Sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT), da Organização Mundial do Comércio – OMC, que prevê a obrigação de proceder à notificação de todos os regulamentos técnicos que estiverem para ser adotados por qualquer país, a fim de que os demais países membros possam conhecer e se pronunciar sobre a futura norma.

#### 7.5. *Considerações acerca das alegadas dificuldades apontadas para a informação aos consumidores*

As dificuldades para a adoção de um sistema de rotulagem plena que esteja de

acordo com o que preconiza o Código de Defesa do Consumidor são, todas elas, superáveis. Entendemos que somente o fornecimento da informação aos consumidores de forma plena será suficiente para se adequar tal procedimento ao mandamento legal.

É preciso ressaltar o fato de que as razões comerciais que envolvem os custos que o setor produtivo terá para dar as informações necessárias aos consumidores não podem suplantar o efetivo exercício do direito constitucional de liberdade de escolha dos consumidores. É certo que haverá custos para a produção e é certo também que os alimentos transgênicos serão produzidos e comercializados com o objetivo de lucro.

Entre os custos de produção, os fornecedores deverão contabilizar aqueles advindos dos procedimentos de fornecimento das informações aos consumidores. Se a alegação de que os alimentos transgênicos são mais benéficos realmente vier a se comprovar, os consumidores certamente tenderão a consumi-los. Não é essa a percepção atual e é dever legal dos fornecedores prestar as informações sobre tal característica do produto.

A informação sobre a origem do produto, do tipo *made in Brazil*, soluciona a alegada dificuldade relativa ao caso dos produtos transgênicos em que o elemento que permite a detecção, como uma proteína, por exemplo, tenha sido eliminado em qualquer momento da fase produtiva. Assim como os produtos feitos em determinado local são assim identificáveis, os alimentos transgênicos poderão ser ofertados com uma informação do tipo *alimento geneticamente modificado* ou *alimento transgênico*, levando-se em conta, para tanto, o seu modo de produção.

Outra dificuldade alegada é relacionada ao estabelecimento de uma margem de tolerância para a chamada presença não intencional de produto transgênico em produto não transgênico. Pensamos que tal margem de tolerância deverá ser a menor possível, considerando-se as possibilidades tecnológicas de detecção.

Segundo as informações que obtivemos dos técnicos dos Ministérios da Fazenda e da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, no âmbito dos trabalhos da Comissão que preparou o texto que serviu de base ao Decreto 3.871, de 18 de julho de 2001, já há tecnologia disponível para a detecção de presença de alimentos transgênicos em não transgênico com precisão de 0,1% de um determinado valor total e, dessa forma, entendemos que esse deva ser o máximo permitido de presença não intencional. O argumento do aumento do custo de detecção à medida que diminui o percentual de tolerância de presença não intencional fere a lógica, já que o procedimento que deverá ser realizado para a detecção da presença de transgênicos em uma determinada quantidade de produto independe do percentual de tolerância de sua ocorrência, o que faz com que os custos sejam os mesmos, independentemente do percentual tolerado.

No que tange à rastreabilidade dos alimentos transgênicos, essa é uma imposição legal advinda do CDC, já que a responsabilidade do fornecedor é solidária e compartilhada por toda a cadeia produtiva. Assim, o produtor deverá informar o beneficiador, que deverá informar o atacadista e assim por diante. A informação sobre a característica do produto nesse caso é imposição legal que, além de garantia do consumidor, é também garantia do fornecedor, que poderá identificar as eventuais falhas de informação ocorridas na cadeia produtiva.

A questão dos produtos vendidos *in natura* e processados é também de fácil solução, bastando ao fornecedor imediato, ou seja, o comerciante, informar a característica do produto que está colocando no mercado.

Finalmente, quanto à possibilidade de alegação de barreiras ao comércio internacional originadas da determinação do fornecimento da informação aos consumidores sobre a característica dos alimentos serem transgênicos, tal não possui fundamento. A Resolução ONU 39/248 previu o direito à informação como um dos direitos

básicos dos consumidores e a mesma Resolução, no item 69<sup>12</sup> do título IV (Cooperação Internacional), esclarece o dever dos governos de implementar políticas de defesa do consumidor não conflitantes com o livre comércio. Ora, sendo o direito à informação reconhecido internacionalmente como um direito básico do consumidor, não há que se falar em qualquer espécie de barreira à regular atividade comercial.

#### 8. *Os avanços tecnológicos e a questão do risco*<sup>13</sup>

Na parte inicial do presente estudo, pudemos localizar a questão do direito dos consumidores à informação especificamente no tocante aos alimentos transgênicos e pudemos também expor alguns aspectos fáticos dessa questão no país. Colocado o problema, trataremos agora de traçar, de uma perspectiva centrada na Ética, um quadro teórico com vistas ao enfrentamento da questão da oferta de produtos oriundos das novas tecnologias no mercado de consumo cotejada à temática do risco.

Vivemos uma realidade na qual o consumidor é o destinatário de vários produtos e serviços novos e as noções de segurança e risco se colocam de forma nova, mais complexa e, ao mesmo tempo, instigante.

O mundo moderno há muito vem sendo moldado sob a influência da ciência e das descobertas tecnológicas e científicas, tanto pela descoberta de novas tecnologias, quanto pelas novas interpretações que ela proporciona nos vários campos, sejam eles das ciências naturais, sociais ou matemáticas. Entretanto, nos dias atuais, sentimos que as descobertas científicas e os avanços tecnológicos estão muito mais próximos de nosso cotidiano. Estamos cada vez mais em contato regular e rotineiro com essas peculiaridades da descoberta e da invenção científicas.

Cada vez mais o ritmo das inovações se acelera e, por conta disso, cada vez mais sentimos e experimentamos a sensação de

que não há alguém que nos possa dizer, com certeza, que tais descobertas científicas são seguras, ou quais são os exatos limites dos riscos que corremos quando fazemos uso das mesmas. Vivemos todos na fronteira da moderna tecnologia. Vivemos na chamada *sociedade de risco*. Sociedade de risco é aquela onde cada vez mais se vive numa fronteira tecnológica que ninguém compreende inteiramente e que gera uma diversidade de futuros possíveis. Estudiosos no campo das ciências sociais têm-se ocupado do tema, o que demonstra a preocupação crescente com essa nova forma de risco, típica das sociedades que estão a viver a era pós-revolução tecnocientífica.

A sociedade de risco se origina em duas transformações fundamentais que afetam nossas vidas atualmente. Ambas estão ligadas à crescente influência da ciência e da tecnologia, embora não sejam totalmente determinadas por elas. A primeira é o *fim da natureza* e a segunda, o *fim da tradição*.

O fim da natureza não significa um mundo onde o meio natural tenha desaparecido. Significa que atualmente são cada vez mais raros os aspectos do mundo físico que não sofreram intervenção humana. A mão humana é onipresente, já que mesmo as porções da realidade não modificadas diretamente acabam por sofrer as influências daquelas que o são. A natureza é um todo integrado e a intervenção em qualquer de suas partes tem implicações sobre esse todo. O fim da natureza é um fenômeno relativamente recente. Data dos últimos quarenta ou cinquenta anos e resulta sobretudo da intensificação das descobertas científicas e das mudanças tecnológicas observadas.

O risco que até então era um risco natural – um terremoto ou um vendaval, por exemplo – surge agora como um risco advindo do fato de que nós modificamos a natureza sem conhecer todas as consequências dessa modificação.

O poder de dar explicações e propor soluções aos fenômenos sempre foi de poucos, o que não mudou com o avanço da ci-

ência, não porque a informação seja pouco disseminada, como no passado, mas devido à complexidade dos fenômenos. Na atualidade, quem está apto a explicar os fenômenos são apenas aqueles responsáveis por eles.

Vivemos também numa sociedade em que a tradição perdeu sua força orientadora. Não somos mais homens e mulheres com destinos a serem cumpridos. A idéia da mulher dona-de-casa e do homem que trabalhava para ao final da vida se aposentar não persiste mais, como se dava há quarenta ou cinquenta anos. Homens e mulheres não mais possuem caminhos de vida traçados de forma rígida, mas constroem seus destinos a partir de comportamentos com maior grau de autonomia.

Assim, podemos distinguir o chamado *risco fabricado* (ou *risco externo*) do *risco tradicional*. O *risco tradicional* é aquele risco estimável, previsível e que permite, por exemplo, calcular tabelas atuariais e, com base nelas, decidir como oferecer garantias securitárias às pessoas. Esse tipo de risco nos é dado pela natureza e pela tradição. Ou o mundo apresenta esse risco ou ele provém, por exemplo, de Deus. E o chamado *risco fabricado* é aquele criado pelo próprio progresso do desenvolvimento humano, especialmente pelo progresso da ciência e da tecnologia. Risco fabricado refere-se a novos ambientes de risco para os quais a história não possui experiência prévia. O problema dos riscos fabricados é que não sabemos exatamente quais são e muito menos como estimá-los com precisão ou em termos probabilísticos. Com o risco fabricado, o futuro fica mais incerto e opaco.

Um exemplo que ilustra a noção de risco fabricado são os alimentos transgênicos. Pouco sabemos, na verdade, sobre as reais conseqüências para os consumidores do consumo a longo prazo de quantidades crescentes de alimentos transgênicos. No presente momento, o que podemos assegurar é que são submetidos aos crivos científicos disponíveis atualmente quanto à segurança sobre sua utilização e consumo e, segun-

do tais técnicas e métodos, os resultados sugerem que são seguros.

Por outro lado, devemos também reconhecer que o que fazemos ao dizer que são seguros é lidar com a previsão de resultados futuros de forma aproximativa, que podem ou não se confirmar, tentando controlar o risco e reduzir a imprevisibilidade que queremos evitar. No caso dos alimentos transgênicos, estamos diante de um tipo de risco que é tão novo que até mesmo a sua existência pode ser contestada.

Essa é uma breve visão da sociedade atual no que tange ao tipo de risco criado pela tecnologia e que se faz presente ao consumidor e com o qual tanto ele quanto os órgãos e entidades que atuam na sua defesa têm de lidar. Mas qual o papel de tais órgãos e entidades ao tratar de tais questões? Qual a possível postura a se adotar, levando-se em conta o cenário com o qual nos deparamos?

Na sociedade de risco, a defesa do consumidor, assim como a discussão política em geral, ganha um novo ambiente moral, marcado por um jogo constante de acusação de alarmismo, por um lado, e de dissimulação, por outro. Hoje, em grande parte, as decisões que temos de tomar dizem respeito à administração dos riscos. Entretanto, quando alguém – funcionário do governo, cientista ou leigo – considera que determinado risco é grave, deve anunciá-lo. Cumpra divulgá-lo amplamente, para que as pessoas se convençam de que esse risco é real. Entretanto, pode acontecer que nunca se realizem as conseqüências danosas do risco então propalado. E se após uma divulgação intensa se verificar que o risco nunca existiu ou que suas conseqüências nefastas são mínimas? Os envolvidos serão certamente acusados de alarmismo e poderão ser execrados publicamente por isso, ou mesmo sofrerem ações judiciais.

Por outro lado, pensemos na possibilidade de que os órgãos responsáveis por tal monitoramento do risco decidam que o mesmo não é muito grande e que, portanto, os consumidores podem-se sentir tranquilos e,

meses ou anos depois dessa comunicação, constata-se que o risco era de fato maior do que se pensava. Tais órgãos serão acusados de inoperância, ou pior, de terem dissimulado a realidade.

Se por um lado o cenário futuro e incerto sugere perigo, não é menos verdadeiro que a incerteza entreabre possibilidades novas. No caso dos alimentos transgênicos, podemos pensar em benefícios para a humanidade, tanto no que tange aos custos dos alimentos, contribuindo com a melhoria do acesso à alimentação, quanto propiciando o desenvolvimento da utilização medicinal dos mesmos.

### 9. *Direito do consumidor à informação e a ética de responsabilidade*

Uma importante questão que se coloca a partir da descrição do cenário social em que vivemos é relativa à ação fundada em parâmetros éticos, ante os riscos que ora se apresentam e que nos deixam perplexos e, ao mesmo tempo, revelam-nos possibilidades futuras. Talvez seja possível sugerir uma proposta nos remetendo às considerações de WEBER (1982, p. 97-153) sobre a Ética.

Nenhum risco pode ser sequer descrito sem que se faça referência a algum valor. Seja, por exemplo, em relação à preservação da vida humana, à Justiça, à segurança jurídica, sempre haverá juízos a serem proferidos, quando estivermos tratando de risco.

Um dos temas fundamentais do pensamento de WEBER é a oposição entre os julgamentos de valor e a relação com os valores. As sociedades, nesse sentido, são configuradas a partir de contradições fundamentais; contradições como a do posicionamento valorativo exclusivamente individual ou o sacrifício da crença pessoal em favor da coletiva.

A antinomia fundamental da ação, segundo WEBER, é a da *ética de responsabilidade* e da *ética de convicção*. A ética da responsabilidade é aquela que o homem de ação

não pode deixar de adotar. Ela ordena a se situar numa questão, a prever as conseqüências das suas possíveis decisões e a procurar introduzir na trama dos acontecimentos um fato que determinará a possibilidade de se atingir certos resultados ou determinará o acontecimento de certas conseqüências desejadas. A ética de responsabilidade é, de forma simples, a que se preocupa com a eficácia e se define pela escolha dos meios ajustados ao fim que se pretende.

A ética de convicção é aquela que implica agir de acordo com nossos sentimentos, sem referência, explícita ou implícita, às conseqüências. É, por exemplo, a ética do pacifista absoluto.

Enquanto na ética de responsabilidade a preocupação com o resultado demonstra um caráter de objetividade, na ética de convicção, tem-se a presença da subjetividade do agente a pautar sua ação.

A ética de responsabilidade nunca é totalmente dissociada da ética de convicção. Há sempre limites para a utilização de certos meios, dirá WEBER.

O que nos importa perceber em tal distinção é que, ao lidarmos com questões de risco como a exemplificada, as posições extremadas conduzem ao descompromisso com o resultado. Pode-se discordar de que os alimentos transgênicos sejam bons ou seguros, mas o fato é que eles fazem e farão parte do nosso presente e de nosso futuro, quando as conseqüências das ações que tomarmos agora serão sentidas.

O panorama descrito é o de que já convivemos com o risco fabricado. Parece-nos que somente é possível aos órgãos e entidades de defesa do consumidor, assim como aos demais atores sociais responsáveis e formadores de opinião, a adoção de uma ética de responsabilidade que faça jungir a ação aos resultados desejados, considerando a escolha dos meios uma preocupação constante, com o objetivo da maior eficácia na proteção e defesa dos consumidores, atendendo ao que determina o Código de Defesa do Consumidor.

O esforço dos órgãos e entidades de defesa do consumidor, portanto, se tivermos em perspectiva a preocupação finalística com os resultados de nossas ações em temas polêmicos e que evidenciam riscos inéditos para os consumidores e que ao mesmo tempo são e serão parte de nossas vidas, terá de ser no sentido da administração dos custos e benefícios de tais ações.

Formas de articulação pública dos temas relativos à defesa dos consumidores e os alimentos transgênicos, por via do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, da sociedade civil organizada e da inserção das discussões sobre tal temática nos diversos contextos pedagógicos, levando em consideração os cuidados relativos ao aspecto ideológico que permeia o assunto, são altamente desejáveis. O diálogo constante, no contexto em que vivemos, é fundamental. Quando alguém, hoje, decide se vai ingerir alimentos transgênicos ou não, essa pessoa toma uma decisão num contexto de informações científicas e tecnológicas conflitantes e mutáveis.

É inadmissível que qualquer ator social arrogue a si com exclusividade a prerrogativa das decisões no campo dos alimentos transgênicos. Essa é uma pretensão ilegítima e deve ser evitada. Dadas as características da questão dos alimentos transgênicos, somente uma ampla discussão com a participação da sociedade e ouvidos os principais interessados, que são os consumidores, poderá produzir algum tipo de consenso sobre a forma mais adequada de lidarmos com essa nova tecnologia.

### 10. Considerações finais

Tendo em vista a caracterização da chamada sociedade de risco, na qual vivemos, é necessário que o consumidor tenha instrumentos para o pleno exercício da *cidadania consumerista*. A cidadania consumerista se realiza, numa de suas dimensões, por meio da efetiva participação do consumidor na relação de consumo de forma consciente e

autônoma, expressando ampla e livremente a sua capacidade individual de escolha e realizando a satisfação de suas necessidades e desejos.

O instrumento fundamental para a realização da cidadania consumerista é o acesso à informação. O consumidor informado é aquele que detém as condições necessárias para realizar a opção negocial que melhor lhe aprouver, segundo suas possibilidades, anseios, necessidades e desejos.

A liberdade de escolha caracteriza uma relação entre um agente e uma série de possibilidades de ações. Dessa forma, a informação dá ao consumidor a consciência sobre essa gama de possibilidades de ações e suas condicionantes. Se alguém possui a informação sobre um produto *X* e sobre suas características *A*, *B* e *C*, a deliberação a respeito de adquiri-lo ou não e sobre a forma da aquisição levará em conta tais informações. Sem as informações, não terá elementos imprescindíveis para o exercício da liberdade de escolha.

A determinação legal de que o consumidor esteja sempre e da melhor forma informado tem amparo no valor fundamental da liberdade, valor esse consagrado constitucionalmente, mencionado em vários momentos na Carta Magna, notadamente em seu preâmbulo e nos artigos 3º e 5º, os quais, pela importância simbólica, transcrevemos:

“Preâmbulo – Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

(...)

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade *livre*, justa e solidária;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à *liberdade*, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”  
[grifo nosso]

A obrigatoriedade do fornecimento de informações adequadas e completas aos consumidores objetiva garantir a efetividade do exercício dos direitos básicos do consumidor, além de ser instrumental em relação ao exercício do direito à liberdade de escolha, não excluídas outras exigências específicas de normas aplicáveis, como por exemplo, referentes à vigilância sanitária.

A Comissão Especial, que trabalhou para produzir o texto que posteriormente redundou no Decreto 3.871, de 18 de julho de 2001, tinha como objetivo garantir ao consumidor a plena informação. A despeito desse fato, não houve consenso possível sobre o limite máximo de presença não intencional de transgênicos em alimentos colocados no mercado de consumo aquém do qual se permitiria a dispensa da informação. O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, na oportunidade, pugnou por um índice que permitisse, na forma da experiência internacional, a mais ampla informação possível, enquanto representantes de outras áreas governamentais entendiam que um índice maior causaria menor impacto econômico no setor produtivo e, dessa forma, dever-se-ia permitir tal flexibilização do fornecimento da informação. Entendemos ser possível a plena informação ao consumidor, sendo que a verificação de tais informações poderá ser feita por meio da declaração do método de produção ou por exames que venham a detectar a presença de organismos

transgênicos. A dispensa da informação na forma como está prevista no Decreto 3.871, de 18 de julho de 2001, não atende ao que determina o Código de Defesa do Consumidor.

É necessário que os Órgãos de Governo envolvidos na questão atentem para o fato de que o consumidor brasileiro necessita da informação plena sobre os alimentos transgênicos e, pautando suas decisões e ações por uma ética de responsabilidade, atendam ao legítimo interesse e direito dos consumidores.

Nenhum órgão ou instância governamental está legitimado a agir à revelia da opinião dos consumidores, que são os destinatários das normas de proteção. Nenhuma comissão, departamento, secretaria, ministério e nem mesmo o presidente da República pode substituir o indivíduo em sua decisão. A informação deve ser fornecida para o consumidor de forma plena, permitindo que o mesmo exerça suas opções.

Providência necessária para o aperfeiçoamento das discussões sobre temas da complexidade do presente é a constituição de espaços de discussão pública em que se tenha a participação da sociedade organizada e dos órgãos e entidades representativos dos interesses dos consumidores. Tal participação não pode-se reduzir apenas a uma previsão formal e minoritária de representantes dos consumidores sem poder expressivo de voto, mas deve-se dar em condição de representatividade efetiva e com real possibilidade decisória.

Como forma de propiciar o constante aperfeiçoamento da defesa do consumidor em face da realidade que se nos apresenta, será o papel fundamental dos atores sociais envolvidos com a questão dos alimentos transgênicos e da defesa do consumidor, tanto governamentais como não governamentais, construir as condições de diálogo entre consumidores e fornecedores, bem como com demais agentes do mercado, com vistas à redução das possibilidades de radicalizações e buscando, dessa forma, atingir sempre a melhor condição possível para

que se preserve, em cada circunstância, o direito do consumidor a estar plenamente informado a fim de que possa tomar suas decisões de forma consciente, informada e esclarecida.

### Notas

<sup>1</sup> Neste trabalho farei uso dos termos “Transgênico” e “Geneticamente Modificado” de forma indistinta, não primando pelo rigor científico, já que o primeiro termo assumiu um significado muito claro no senso comum, identificado com a idéia de *modificação genética* ou *engenharia genética*.

<sup>2</sup> Nesse sentido, ver José Joaquim Gomes CANTILHO (1996, p. 65 e segs.); José Afonso da SILVA, (2000, p. 37 e segs.); Celso Ribeiro BASTOS (1990, p. 273 e segs.).

<sup>3</sup> O artigo 60, § 4º, da Constituição Federal dispõe que:

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

...

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

...IV – os direitos e garantias individuais.”

<sup>4</sup> “(c) Access of consumers to adequate information to enable them to make informed choices according to individual wishes and needs...”

<sup>5</sup> “Artigo 26 – Desenvolvimento progressivo

Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados” [grifo nosso].

<sup>6</sup> “Art. 6º – São direitos básicos do consumidor:

III. A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam”.

<sup>7</sup> “Art. 31 – A oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.”

<sup>8</sup> “Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:

...

VII – induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade de bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária;

Pena – detenção de 2 (dois) a 5 (cinco) anos ou multa

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II, III e IX, pune-se a modalidade culposa, reduzindo-se a pena e a detenção de 1/3 (um terço) ou a de multa à quinta parte.”

<sup>9</sup> Os resultados dessa lista foram compilados e divulgados por *The Center for Food Safety*, organização sediada em Washington, Estados Unidos, em janeiro de 2000.

<sup>10</sup> Comissão criada pela Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, alterada pela Medida Provisória 2.191-9, de 23 de agosto de 2001. É vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia e, entre outras atribuições, é responsável por emitir parecer técnico prévio conclusivo sobre registro, uso, transporte, armazenamento, comercialização, consumo, liberação e descarte de produto contendo OGM ou derivados encaminhando-o ao órgão de fiscalização competente (CNTBio, 2002).

<sup>11</sup> Processo nº 1998.34.00.027681-8 (ação cautelar inominada) Processo nº 1998.34.00.027682-0 (ação civil pública) Autores: IDEC -Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor e Outros; Réus: União Federal e outros; 6ª Vara Federal do Distrito Federal.

<sup>12</sup> “69. Governments should work to ensure that policies and measures for consumer protection are implemented with due regard to their not becoming barriers to international trade, and that they are consistent with international trade obligations.”

<sup>13</sup> O argumento aqui apresentado, especialmente sobre a questão do *risco*, e da *sociedade de risco* é amplamente apoiado nas idéias presentes em: Anthony GIDDENS (2000a) e Anthony GIDDENS e Christopher PIERSON (2000b).

### Bibliografia

ALMEIDA, João Batista. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990.

- BRASIL. Ministério da Justiça. *Departamento de proteção e defesa do consumidor*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/dodc>>. Acesso em: 24 maio 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes . *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1996.
- CODEX alimentarius. Disponível em: <<http://www.codexalimentarius.net/default.htm>>. Acesso em: 29 abr. 2002.
- CTNBio. Sobre a CTNBio: atribuições e competências da CTNBio. Disponível em: <<http://www.ctnbio.gov.br/ctnbio/sobre/atribuicoes.ht>>. Acesso em: 24 maio 2002.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.*. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolé*. Tradução de Maria Luiza de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2000a.
- GIDDENS, Anthony; PIERSON, Chistopher. *Conversas com Anthony Giddens: o sentido da modernidade*. Tradução de Luiz Alberto Monjardim, Rio de Janeiro: FGV, 2000b.
- LAZZARINI, M. *Alimentos transgênicos: a posição de IDEC*. Disponível em: <<http://www.uol.com.br/firmac/artigo.htm>>. Acesso em: 2001.
- MARQUES, Cláudia Lima . *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 1999.
- MINISTÉRIO público combaterá transgênicos. *O Globo*, Rio de Janeiro, 29 jun. 2001. Caderno Ciência.
- NERY JÚNIOR, N. Alimentos transgênicos e o dever de informar o consumidor. In: *Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel*. São Paulo, Saraiva, 2001, p. 547-576.
- \_\_\_\_\_. *Parecer: dever de informar: alimentos transgênicos*. São Paulo: Mimeo, [19- -?] .
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- THE CENTER FOR FOOD SAFETY: *memorandum january, 31, 2000*. Washington: [s. n.], 2000.
- UNITED NATIONS: *guidelines for consumer protection*. Genebra: United Nations, 2001.
- WEBER, Max. A política como vocação. In: *Ensaio de Sociologia*. Rio de Janeiro: LTC, 1982. p. 97-153.

# A proteção e regulamentação da concorrência

Análise do caso brasileiro

Melissa Ferreira Gasparini

## Sumário

1. A reforma do Estado. 1.1. O papel do Estado. 2. Da livre concorrência. 2.1. Tipos de concorrência. 2.2. Proteção e regulamentação da concorrência.

### *1. A reforma do Estado*

O Estado, na sua forma atual, é o resultado de uma série de mudanças sofridas ao longo do tempo e, para que se o compreenda, torna-se necessária uma análise de sua trajetória evolutiva, pesquisando como se portava a Administração Pública do liberalismo, do intervencionismo e quais são as propostas do neoliberalismo. O Estado Renovado não deve e nem pode ser estudado isoladamente, posto que ele é fruto de longas transformações.

Tem-se como principal pressuposto da transformação estatal a crise desencadeada, fundamentalmente, pelo fenômeno da globalização, que exige a abertura e integração dos mercados nacionais, evolução da tecnologia (automoção, robotização) e dos mecanismos de informação, o que levou a adoção de algumas medidas como as privatizações, as desregulamentações e as terceirizações.

Note-se que toda reforma do aparelho estatal foi precedida de uma crise estrutural, como se pode verificar na passagem do Estado liberal para o Estado intervencionista e deste para o modelo estatal do qual surge o Estado Renovado.

Melissa Ferreira Gasparini é Mestra em Direito pela UNESP/Franca. Servidora pública federal junto ao TRF/3ª Região.

Para melhor vislumbrar tais acontecimentos, analisar-se-á, de forma sucinta, o liberalismo econômico e a evolução econômico-política do Estado até o presente.

O liberalismo surge em meados do século XVIII como fruto das revoluções inglesa, norte-americana e francesa, caracterizando-se pela reivindicação da liberdade em todas as suas formas de expressão, ou seja, o *laissez-faire*, tão proclamado pela revolução francesa. A doutrina liberal defende, basicamente, a liberdade individual, a democracia representativa, a separação e independência dos poderes (executivo, legislativo e judiciário), o direito à propriedade, à livre iniciativa e livre concorrência. O Estado deve ater-se somente às suas atividades típicas, preocupando-se em manter e garantir as liberdades individuais – o Estado de direito. O processo econômico funciona livremente de acordo com as leis da economia. Entende-se que o funcionamento da *mão invisível* do mercado é capaz de gerar o máximo de benefício para a coletividade; desde Adam SMITH (1776), no seu livro *A riqueza das nações*, já estava presente a contraposição entre um funcionamento desejável dos mercados, na qual se geram resultados que são decorrência não intencional da conduta de seus agentes, e os riscos de que as empresas possam controlar os desdobramentos das suas interações, determinando-os, intencionalmente, com vistas a incrementar seus lucros.

Com o crescente desenvolvimento da economia capitalista e a formação dos monopólios, devido ao acúmulo de dinheiro e concentração do poder econômico, o liberalismo entra em contradição com a nova realidade econômica, social e política, resultando, desse modo, no nascimento do Estado Providência, de caráter manifestamente keynesiano.

O Estado passa, assim, a participar diretamente da esfera econômica, por meio das empresas públicas por ele dirigidas, e ainda atua de forma maciça na área social, visto que chamou para si a obrigação de proporcionar para seus cidadãos os denomi-

nados serviços sociais, com o fim específico de lhes garantir condições essenciais de existência. Esse Estado Assistencial entra em colapso, no final da década de setenta, principalmente devido ao seu elevado custo de manutenção, deflagrando-se em crises fiscais, recessão econômica e desemprego generalizado.

São esses acontecimentos que levam, mais uma vez, à necessidade da revisão do papel do Estado, que se inicia nos anos oitenta e perdura até os dias atuais, visto que a nova ordem econômica ainda não está completamente delineada. Inicialmente foram adotadas medidas de redução do tamanho do Estado, o que levou a crer que seria perfilhada uma política típica do neoliberalismo – doutrina que representa tentativa de adaptar os princípios do liberalismo clássico às condições do capitalismo moderno.

Desse modo, os neoliberais acreditaram que alcançariam seu objetivo de transformar o Estado em um Estado mínimo, porém, constatou-se, nos anos noventa, a inviabilidade de tal proposta, destacando-se a necessidade de uma reforma estatal no sentido de reconstruir o Estado, para que este pudesse realizar, além de suas tarefas clássicas, como garantir a propriedade e os contratos, a garantia dos direitos sociais e promoção da competitividade no seu país (PEREIRA, 1997, p. 12).

É justamente nesse ponto que se apresenta uma grande celeuma ideológica na doutrina específica, posto que existem alguns autores que defendem a idéia de que o Estado contemporâneo é indubitavelmente neoliberal<sup>1</sup> e outros que acolhem a tese de que estamos diante de um Estado híbrido, ou seja, de um Estado inovador no que se refere a sua maneira de atuação política, econômica e social.

O Estado Renovado combina sua própria atuação com a do mercado, não seguindo padrões pré-estabelecidos, chegando a um caminho mediano em que há uma “forma sem formas e um modelo sem modelos”.

A Pós-Modernidade desenvolve-se nos territórios econômicos do capitalismo e ideológicos do neoliberalismo. O capitalismo precisa de liberdade extrema de movimentar os seus capitais, de trocar e de competir. A filosofia neoliberal retoma os seus temas clássicos, afirma que o valor supremo do mercado lhe corresponde como visão do mundo e como arauto. Essa combinação entre mercado e Estado caracteriza a sociedade atual, que não absolutiza meios de coordenação e controle, mas sim é maleável nas suas formas de combinação (ZAIDSNAJDER, 1998, p. 21-35)<sup>2</sup>.

Delineiam-se, assim, as características primordiais do Estado Renovado.

Não será, provavelmente, o Estado-Social, porque foi esse modelo de Estado que entrou em crise. Não será também o Estado Neoliberal, porque não existe apoio político nem racionalidade econômica para a volta a um tipo de Estado que prevaleceu no século dezenove. Prevê-se que o Estado do século XXI será um Estado Social Liberal: social porque continuará a proteger os direitos sociais e a promover o desenvolvimento econômico; liberal porque o fará usando mais os controles de mercado e menos os controles administrativos, porque realizará seus serviços sociais e científicos, principalmente, através de organizações públicas não estatais; competitivo porque tornará os mercados de trabalho mais flexíveis e promoverá a capacitação dos seus recursos humanos e de suas empresas para a inovação e a competição internacional (PEREIRA, 1997, p. 18).

Cumprir ressaltar que, independentemente do modelo estatal que será adotado na era Pós-Moderna, o regime democrático perdurará, pois conta como uma das maiores conquistas sociais da história da humanidade (FERREIRA FILHO, 1979, p. 29)<sup>3</sup>.

### *1.1. O papel do Estado*

O Estado é apontado pelo artigo 174 da Constituição Federal como agente normativo e regulador da atividade econômica, in-

cumbindo-lhe, na forma da lei, o exercício das funções de fiscalização, incentivo e planejamento voltado para reprimir o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (§ 4º do artigo 173 da CF).

A exploração direta da atividade econômica recebe o tratamento de exceção, distinguindo-se da prestação dos serviços públicos. A primeira será permitida somente quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, definida em lei ou nas hipóteses constitucionalmente ressalvadas, e a segunda será tratada como inafastável dever do Estado, diretamente, ou sob regime de concessão ou permissão.

Dessa forma, a exploração direta da atividade econômica passa a ser atribuição da iniciativa privada como regra geral, deixando ao Estado os casos de excepcionalidade (suprir falhas de estrutura ou impor um desempenho consentâneo com metas de política econômica), submetendo-se ambos, poder público e iniciativa privada, ao cumprimento das finalidades constitucionais.

O Estado exerce, então, funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo, este, determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Fiscaliza o cumprimento das disposições normativas incidentes sobre as atividades dos agentes econômicos, podendo ainda atuar no fomento a determinados setores da atividade econômica. O planejamento, contido pelos parâmetros constitucionais, deverá ser relativizado, de forma a evitar os rigores de uma racionalização da economia estritamente vinculante, que vem a contrapor-se ao sistema econômico fundado na regulação pelas leis de mercado.

Nosso modelo de Estado, pela opção constitucional, é o Estado Democrático de Direito, de regime capitalista, que tem na livre iniciativa um princípio fundamental, complementado por um dos princípios ge-

rais da atividade econômica, o da livre concorrência, que

“só encontra condições de adequada aplicação à medida que se assegura aos agentes econômicos um mercado protegido de ações abusivas da parte de grupos econômicos poderosos, um mercado que garante opções ao consumidor” (CARVALHO, 1994).

É pela livre concorrência que se melhoraram as condições de competitividade das empresas, impelindo-as a um constante aperfeiçoamento que ensejará maiores opções de bens ou serviços, com melhor qualidade e a preços mais justos, beneficiando o consumidor. A prevalecerem condições monopolísticas, o privilégio desloca-se para o produtor em detrimento da coletividade.

Sinteticamente, o Estado atua para assegurar um mercado saudável e propício à regulação pelas forças naturais, reprimindo as práticas abusivas, preservando e estimulando o meio ambiente de forma a torná-lo mais competitivo, utilizando-se dos instrumentos que lhe são disponíveis, uma vez que as realidades econômicas, por sua própria dinâmica, tendem sempre a produzir distorções que obstam o livre confronto entre os seus agentes.

Nesse contexto, faz-se extremamente necessária a atuação do Estado no sentido de regular e fiscalizar as atividades econômicas, como já aludido exaustivamente, em prol não só do próprio mercado e de seus agentes, que precisam de segurança para atuar, mas também do consumidor que se beneficiará com preços mais competitivos.

Assim, pode-se dizer que a livre concorrência é aquela que espontaneamente se cria no mercado, porém derivada de um conjunto de normas de política econômica, ou seja, o regime normativo da defesa da concorrência, voltado ao restabelecimento das condições do mercado livre. O princípio constitucional autoriza essa sorte de intervenção ativa no mercado, sem falar na negativa consistente na eliminação das disfunções e imperfeições.

O nosso regime normativo da defesa da concorrência é informado pelos princípios gerais da atividade econômica (que visam assegurar a todos existência digna e socialmente justa), não permitindo ao seu aplicador desconsiderar o conteúdo econômico e os elementos de política econômica na sua aplicação.

Temos que a concreção dos princípios constitucionais não é só garantida pelas normas legais de repressão ao abuso do poder econômico, coibindo condutas que visem à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º, da Constituição Federal), mas também pela atuação pró-ativa dos órgãos governamentais competentes, buscando prevenir distorções nas estruturas de mercado e harmonizar as políticas antitruste com as demais.

Segundo Vieira de CARVALHO, “a prática abusiva do poder econômico, o seu uso anti-social, é o que a Constituição condena, e, ao assim fazer, considera tal prática como causa justificadora da atuação interventiva indireta do Estado na economia, uma atuação que se dará – enfatize-se – em favor da livre concorrência, da não dominação dos mercados. Esses, como integrantes do patrimônio nacional serão incentivados de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos da Lei Federal”.

As políticas de defesa da livre concorrência realizam-se mediante um conjunto de normas e de instituições, que facultam ao Poder Público a repressão das condutas abusivas dos agentes econômicos no mercado e o controle prévio das estruturas de mercado, embora neles não se esgotem.

Assim, a repressão ao abuso do poder econômico, instrumento de proteção aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, tem como fonte direta a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, transforma o

Conselho Administrativo de Defesa Econômica em Autarquia e revoga as Leis nº 4.137/62, nº 8.158/91 e nº 8002/90.

## 2. Da livre concorrência

Antes de mais nada, cumpre ressaltar o que seja concorrência e quais as suas principais classificações.

Assim, concorrência é a situação do regime de iniciativa privada em que as empresas competem entre si, sem que nenhuma delas goze de supremacia em virtude de privilégios jurídicos, força econômica ou posse exclusiva de certos recursos. Nessas condições, os preços de mercado formam-se perfeitamente, segundo a correção entre oferta e procura, sem interferência predominante de compradores ou vendedores isolados. Os capitais podem, então, circular livremente entre os vários ramos e setores, transferindo-se dos menos rentáveis para os mais rentáveis em cada conjuntura econômica. De acordo com a doutrina econômica liberal, propugnada por Adam SMITH (1776), a livre concorrência entre capitalistas constitui a situação ideal para a distribuição mais eficaz dos bens entre as empresas e consumidores. Com o surgimento de monopólios e oligopólios, a livre concorrência desaparece, substituída pela concorrência controlada e imperfeita.

A livre concorrência está prevista na legislação brasileira, no artigo 170, IV, da Constituição Federal de 1988, como um dos princípios da ordem econômica, e para sua garantia a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

A concorrência é o mecanismo por meio do qual os excedentes gerados são apropriados e a valorização dos ativos de capital realizada, gerando ganhadores e perdedores, e tendo portanto natureza conflitual; o seu objetivo e resultado – ainda que nem sempre garantido e por vezes temporário – são a intensificação das posições de poder e

a criação de situações monopolísticas, e não a volta a um suposto estado de equilíbrio e à harmonia de interesses.

A livre concorrência é o resultado da somatória dos efeitos das condutas dos agentes detentores de poder econômico que contribuem para a manutenção e o incremento das pressões competitivas na economia. A lei aproveita assim o sentido “natural” da dinâmica capitalista, embora nela separando de maneira artificial – para fins de valoração e aplicação – os seus dois momentos constitutivos, a saber, a diminuição e o aumento estratégicos das pressões competitivas, de cuja inter-relação depende a realização efetiva da finalidade definida normativamente.

### 2.1. Tipos de concorrência

Entre os vários tipos de concorrência encontrados na doutrina específica, destacam-se:

Concorrência perfeita – número elevado de empresas produtoras e compradoras agindo independentemente de tal forma que, pela pequena importância de cada uma, nenhuma possa reunir condições efetivas ou poder suficiente para modificar os padrões e níveis da oferta e da procura e, conseqüentemente, o preço de equilíbrio prevalecente juntamente com a inexistência de diferenças entre os produtos ofertados, não existindo, pois, barreiras à entrada de novas empresas.

Concorrência imperfeita – situação de mercado entre a concorrência perfeita e o monopólio absoluto. É o que, na prática, corresponde à grande maioria das situações reais. Caracteriza-se sobretudo pela possibilidade de os vendedores influenciarem a demanda e os preços por vários meios (diferenciação de produtos, publicidade, *dumping*, etc.) (DICIONÁRIO..., 1987, p. 81).

Concorrência praticável – ou *workable competition* defendida pela doutrina norteamericana. Como visto acima, a concorrência perfeita não existe, sendo tão-somente um modelo teórico, idealizado, especialmen-

te no esteio do liberalismo. Assim, a concorrência praticável é aquela possível ou desejada. “Seria aquela que proporcionasse maior ganho social (e não só econômico), ainda que efetivamente isto representasse a existência de pouca ou nenhuma concorrência em determinado mercado” (BRUNA, 1997, p. 71).

Concorrência monopolística – estrutura de mercado em que há grande número de empresas concorrentes e em que as condições de ingresso são relativamente fáceis, todavia, cada uma das empresas concorrentes possui sua própria patente, ou então é capaz de diferenciar o seu produto de tal forma que passa a criar um segmento próprio de mercado que dominará, ou procurará manter.

## *2.2. Proteção e regulamentação da concorrência*

A abertura econômica, além de expor alguns cartéis, monopólios e oligopólios à competição internacional, e com isso aumentar a concorrência no mercado doméstico, evidenciou a necessidade de uma ação reguladora do Estado em defesa da concorrência nos mercados de bens e serviços. Assim, o fortalecimento das instituições ligadas à defesa da concorrência é fruto da preocupação de que uma economia globalizada não pode prescindir de uma legislação eficaz e de uma atuação eficiente de seus órgãos.

O objetivo da regulação de setores específicos na economia tem sido normalmente o de corrigir as chamadas falhas de mercado. Cabe ressaltar que a falta da regulação pró-concorrencial pode inviabilizar a concorrência em determinados setores, em que a estrutura que emerge da ação do livre mercado seria desnecessariamente concentrada ou, por qualquer outro motivo, anti-competitiva. Nesse sentido, a existência de uma regulação adequada se torna condição necessária para viabilizar um ambiente concorrencial em setores específicos.

A intervenção do Estado na organização da economia, em doses diferentes de

acordo com as situações concretas, operou-se a partir do momento em que as grandes concentrações passaram a ser um perigo para a organização do mercado, e principalmente em perspectiva de dano potencial para as demais empresas. Os processos de concorrência e concentração econômica não são absolutamente antinômicos, pode-se afirmar assim que não há concentração sem concorrência. Concentrar é restringir o espaço do mercado. A concentração pode não viabilizar a concorrência, mas com certeza, muda o patamar de competição, sobrepondo à questão dos mercados relevantes também a questão do avanço tecnológico com vantagens competitivas e vantagens para o consumidor.

A regra do mercado não é a da concentração, mas sim a da concorrência. Devido a essa concorrência, as empresas buscam padrões cada vez mais qualificados para bens e serviços destinados aos consumidores. Entretanto, essa busca de melhoria visa, mesmo que indiretamente, a restrição das possibilidades dos concorrentes.

Podemos tomar como exemplo o que ocorre com as privatizações. Empresas que por muitos anos detiveram grande controle do mercado são entregues nas mãos do capital privado, livre para dominar e manipular os preços e eliminar a concorrência.

O remédio para essa situação veio por meio da legislação antitruste, que procura preservar e garantir a concorrência.

A política antitruste tem por finalidade coibir, mediante ameaças e punição, as condutas empresariais com intuito de restringir ou eliminar a atuação de empresa concorrente. Essas condutas são basicamente divididas em práticas restritivas horizontais, que reduzem a intensidade da concorrência afetando as interações entre as empresas ofertantes de um mesmo mercado, e práticas restritivas verticais, que abrangem ampla variedade de condutas e reações contratuais entre compradores e vendedores. De modo geral, a política antitruste consiste em limitações impostas pelo fabricante aos

produtos ou serviços entre as ações dos agentes econômicos, nas etapas anteriores ou posteriores à sua, na cadeia de produção.

O Estado, no desenvolvimento de sua atividade antitruste, objetiva, essencialmente, a preservação da livre concorrência e, por conseguinte, a livre iniciativa. Não se trata, pois, de restringir a liberdade daquele que abusa de seu poder econômico, já que ninguém tem liberdade para abusar. Em caso de abuso, a atividade do sujeito econômico terá extrapolado os limites de suas liberdades. Vê-se que não há restrição de liberdade, mas sim restauração da liberdade dos demais agentes do mercado, violada pelos atos abusivos (BRUNA, 1997, p. 137).

Caberia ao CADE – mais do que controlar e autorizar as concentrações econômicas, até porque as concentrações não necessariamente ensejam o abuso do poder econômico, ao contrário, não raramente proporcionam eficiências econômicas oferecendo ao consumidor produtos mais baratos e de melhor qualidade – estabelecer, preventivamente, regras e condições de mercados que motivem essas eficiências nos atos de concentração econômica e evitem o abuso do poder de mercado. Há que se verificar as nuances entre o que seja a defesa da concorrência e a defesa da livre iniciativa, ambas matérias relevantes, alvo inclusive de dispositivos constitucionais.

A administração gerenciada do Estado está submetida a um ordenamento jurídico que tutela a livre iniciativa e a defesa da concorrência visando à plenitude econômica, e esta só será atingida com o respeito e a adequada atribuição de competências dessas normas reguladoras.

### Notas

<sup>1</sup> Pensamento reforçado após o Consenso de Washington (Seminário Econômico realizado em 1990) que pregava a necessidade de efetivação de medidas econômicas de caráter neoliberal voltadas para a reforma e estabilização das economias emergentes, notadamente as latino-americanas.

<sup>2</sup> Na opinião de FARIA (1998, p. 11-12), o Estado Renovado sofre uma crise de identidade, conforme se depreende de suas palavras: “Incapazes de assegurar uma efetiva regulação social, no âmbito de uma economia globalizada, despreparados para administrar conflitos coletivos pluridimensionais por meio de sua engenharia jurídico-positiva concebida para lidar basicamente com conflitos unidimensionais e inter-individuais, impotentes diante da multiplicação das fontes materiais de direito e sem condições de deter a diluição de sua ordem normativa gerada pelo advento de um efetivo pluralismo jurídico, os Estados nacionais encontram-se, assim, em crise de identidade”.

<sup>3</sup> Diz o autor que “a opção pela Democracia a fim de estruturar um Estado que procure a liberdade com o bem-estar não é arbitrária. Nem apriorística. Procede da idéia de que essa forma de governo é a mais capaz de realizar os objetivos fundamentais do Estado contemporâneo”.

### Bibliografia

- BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceitualização do abuso em seu exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- CARVALHO, C. E. V. de. Apuração de práticas restritivas da concorrência. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA, 2., 1994.
- DICIONÁRIO de Economia. São Paulo: Best Seller, 1987. (Os Economistas).
- FARIA, J. E. *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- FERREIRA FILHO, M. G. *A reconstrução da democracia: ensaio sobre a institucionalização da democracia no mundo contemporâneo, em especial no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1992.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. (Cadernos MARE da Reforma do Estado, 1).
- SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. [S. l.: s. n.], 1776.
- ZAISNAJDER, Luciano. O caminho do meio: nem só Estado, nem só mercado. In: PEREZ, Augusto Martinez (Coord.). *Transformações do Estado: caráter das mudanças*. Franca: Unesp, 1998. p. 21-35.

# Regulação, concorrência e o setor bancário

## Reflexões

Leandro Novais e Silva

### Sumário

1. Introdução. 2. Regulação de mercados de acesso e permanência controlados (Calixto Salomão Filho). 2.1. Regulação prudencial: barreiras de entrada e de exercício. 2.1.1. Condições de acesso. 2.1.2. Condições de exercício. 3. Necessidade de regulação sistêmica (externalidades negativas): passagem pelas idéias de Stephen Breyer. 3.1. Assimetria de informações; 3.2. Risco sistêmico (vulnerabilidade a corridas bancárias). 4. Outra falha de mercado (abuso do poder de mercado). Necessidade da aplicação das regras antitruste. 5. Pequena reflexão sobre o cenário do setor bancário brasileiro. 6. Crítica do embate entre o CADE e o Banco Central para julgar os atos de concentração bancária. 7. Conclusão: um modelo de interação possível.

### *1. Introdução*

A polêmica discussão travada e que ainda perdura entre o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica e Banco Central do Brasil<sup>1</sup> para a definição da autoridade competente para analisar e julgar os atos de concentração no setor bancário deixa evidenciar um dos mais interessantes debates acadêmicos pontuados pelo Direito Econômico, especialmente naquilo que envolve o direito da regulação e o direito da concorrência.

É indispensável fazer-se um estudo das características inerentes e especiais do mercado bancário, a fim de se investigar quão

Leandro Novais e Silva é Procurador do Banco Central do Brasil e mestrando em Direito Econômico pela UFMG.

diferente é assim esse setor dos demais setores da economia, as regras próprias que regulam o mercado, as idéias e necessidades da regulação sistêmica e a possível interação do setor com as regras de concorrência. Ou seja, é perguntar-se se é possível uma “regulação concorrencial” no setor bancário.

Importante o estudo porque ultrapassa um debate meramente técnico e positivo, embora relevante, situado tão-somente no eventual conflito de disposições entre a Lei nº 4.595/64 e a Lei nº 8.884/94, açodado ainda pelas disposições da Lei nº 9.447/97. Ora, o conflito legislativo pode até existir, exigindo, assim, uma definição abalizada, com boa hermenêutica, das disposições legais. No entanto, parece-me ainda mais relevante estudar-se o pano de fundo do suposto conflito, é dizer, o real alcance das regras de regulação emitidas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil e sua possível interação com as regras concorrenciais, debatendo as peculiaridades do setor bancário e a importante atuação do CADE.

É ilustrativo e de enorme relevância que tanto a União Européia e seus Estados-Membros e os Estados Unidos, para ficar nas referências mais significativas, adotem uma interação entre o órgão ou os órgãos reguladores e a autoridade antitruste, via de regra de característica complementar, salientando, portanto, a inexistência de imunidade concorrencial do setor bancário, e a necessidade da banca de se submeter ao crivo das regras de competição, ainda que dentro de determinados limites.

Assim, propõe-se este pequeno estudo à análise da interação entre regulação e concorrência no setor bancário, deslindando-se para um possível modelo de atuação complementar do CADE ante as atribuições regulatórias do Banco Central do Brasil. Farse-á, desse modo, no tópico 2, a elaboração teórica de que o setor bancário está sujeito a uma regulação de mercado de acesso e permanência controlados, na lição de Calixto Salomão FILHO (1998; 2001; 2002). Ainda

no tópico 2, desenvolver-se-á um pequeno esboço da regulação prudencial do mercado bancário, naquilo que envolve as condições de acesso (barreiras de entrada) e de exercício.

No tópico seguinte, a razão predominante da regulação bancária, é dizer, a necessidade de controle sobre o risco sistêmico, estreitamente vinculado ao processo de quebra das instituições financeiras, causa maior da externalidade negativa (custo social da falência). Nesse tópico, é significativo conjugar a necessidade de regulação em razão das externalidades negativas com as idéias de Stephen BREYER (1982). O tópico é ainda subdividido em duas justificativas de regulação decorrentes de falhas do mercado: a assimetria de informações entre os clientes bancários e as instituições financeiras e a vulnerabilidade do setor a corridas bancárias.

O tópico 4 exige a discussão de outra falha do mercado, o abuso do poder de mercado. Nesse item, a justificativa teórica para a possibilidade de interação entre o aparato regulatório e as regras antitruste. Ou seja, o raciocínio para a submissão das instituições bancárias às regras de concorrência, empregando-se na análise as teorias norte-americanas do *State action doctrine* (teoria da ação política) e do *Pervasive power* (teoria do poder amplo) para sustentar-se que, embora sujeito a forte regulação, é possível a aplicação das regras antitruste ao setor bancário.

A justificação teórica é também acompanhada de uma reflexão fática, dada a indispensabilidade de adequação do suporte fático (cenário bancário brasileiro) ao esquema teórico que se formula. Desse modo, pontuar-se-á o tópico 5 por uma sucinta abordagem do panorama bancário brasileiro, naquilo que pertine à concorrência, em especial depois do advento das privatizações e da reestruturação bancária iniciada com o Plano Real, em 1994.

Possível será assim, no tópico 6, fazer-se uma abordagem crítica do embate entre o CADE e o Banco Central para julgar os atos

de concentração bancária, nos argumentos que me revelam a concepção mais ultrapassada na aproximação teórica dos consecutivos concorrência/regulação.

Por fim, no último tópico, a exposição de um modelo possível de interação entre as autoridades de regulação e de concorrência, levando em consideração os elementos analisados nos itens anteriores.

## *2. Regulação de mercados de acesso e permanência controlados (Calixto Salomão Filho)*

O Estado reconhece que em determinados setores é indispensável uma solução regulatória mais forte, mais freqüente, que garanta higidez (bom estado de saúde econômica), segurança e estabilidade. Quando o setor é a base da economia, por meio da captação e intermediação do crédito, como é o setor bancário, e quando uma falha pode ocasionar um custo social enorme, decorrendo um prejuízo de inúmeros credores bancários e com possíveis efeitos negativos alastrados pela cadeia produtiva, torna-se indispensável uma regulação mais severa.

Ao exemplo do setor bancário junta-se outro setor sujeito também a uma regulação especial, é o caso do setor aéreo. Ora, uma falha em uma aeronave, que decorra de manutenção inadequada, de omissão na fiscalização, de afrouxamento de uma exigência (regulação) de segurança, invariavelmente leva à morte toda a tripulação e passageiros. Por isso a necessidade de uma regulação específica e controlada. Em especial no setor aéreo, naquilo que pertine à segurança e à manutenção das aeronaves, o que leva a afetação direta dos custos e, portanto, do estabelecimento dos preços. Mas ainda aqui não se poderá falar da inviabilidade da interação regulação/concorrência,<sup>2</sup> quando assumida dentro de critérios compatíveis com as peculiaridades do setor, tal como se verá adiante no caso do mercado bancário.

Na expressão utilizada por Calixto SALOMÃO FILHO (2001, p. 46), compreende-

se que esses setores, em especial o bancário, objeto deste estudo, sujeitam-se a uma regulação de mercados de acesso e permanência controlados. Equivale a dizer, no âmbito do setor bancário, que a entrada no setor é regulada, com o estabelecimento de regras rígidas de acesso, com a definição exata de capital para funcionamento, bem como há uma regulação igualmente severa no que diz respeito ao exercício das instituições, com adequação e direcionamento de capital.

O que ocorre, todavia, é que o aparato regulatório desenvolvido para o setor, tal como estabelecido pelo Banco Central,<sup>3</sup> sob o objetivo salutar de segurança bancária, pode atingir a potencialidade de concorrência entre as instituições, permitindo, eventualmente, o abuso de posição dominante ou de práticas colusivas<sup>4</sup>.

Ora, admitindo-se, como se verá, a inexistência de imunidade do setor bancário, sendo possível e mesmo indispensável a interação das regras regulatórias com uma prática concorrencial, no que diz respeito a estrutura e comportamento, o mercado, ainda que sujeito a uma regulação de acesso e permanência controlados, deve-se submeter às regras antitruste. Além do que, somente com uma revisão da regulação, com a manutenção tão-só das regras que realmente são imprescindíveis ao estabelecimento de higidez e segurança ao setor bancário, pode-se modificar a estrutura atual do mercado, favorável às práticas concertadas e abusos, e impedir, no controle de condutas, o comportamento estratégico colusivo.

### *2.1. Regulação prudencial: barreiras de entrada e de exercício*

A regulação prudencial<sup>5</sup> pode ser circunscrita às regras condizentes com as condições de acesso ao mercado e com as condições de exercício da atividade bancária. Conforme observa Machado CORTEZ (apud CAMPILONGO et al., 2002, p. 325):

“A justificativa econômica da regulação prudencial é a incapacidade dos depositantes de avaliarem e su-

pervisionarem a evolução patrimonial dos bancos. Diante desta situação, o Estado cria uma série de normas a serem observadas pelos bancos nas suas operações diárias, que visam garantir a sua higidez ao impor exigências de capital mínimo, bem como limites à contratação de risco e à exposição a grupos ou a setores específicos da economia. Apesar de objetivar a proteção do consumidor, a regulação prudencial acaba beneficiando também a estabilidade sistêmica ao criar bancos mais sólidos”.

Nesse sentido, tem como escopo primordial a proteção do consumidor bancário em primeiro plano, tendo em vista ainda a assimetria (desigualdade) de informações a que estão sujeitos os clientes na avaliação do sistema bancário e do seu banco em particular (ponto que ainda será melhor salientado), no que se refere à solidez da instituição, a garantia do seu depósito/investimento, ou seja, aquilo que é mais caro ao sistema financeiro, confiança e credibilidade.

Assim, é indispensável uma pequena abordagem sobre as regras prudenciais que estipulam as condições de acesso e de exercício no mercado bancário.

### *2.1.1. Condições de acesso*

O primeiro aspecto como condição de acesso diz respeito ao capital inicial para a abertura de uma instituição financeira.

Antes de esclarecer o âmbito prático de tal regulação bancária, é necessário fazer-se a seguinte ponderação: o capital necessário para abrir uma instituição bancária, embora seja entendido como uma barreira de entrada, e assim o é pela doutrina, deve ser contextualizado. Ora, essa noção de barreira de entrada vincula-se com o próprio conceito de poder econômico, sem ainda predizer um poder de mercado. É indispensável que aquele que tem intenção de entrar no mercado bancário tenha capital condizente com a atividade que irá desenvolver (a intermediação do crédito). Ou seja, é a

manifestação primeira de poder econômico, associado ao espírito capitalista que nos rege, que se torna imprescindível ainda mais quando se fala do setor bancário. Nesse primeiro aspecto, não se confunde o poder econômico como manifestação anticoncorrencial, pelo contrário, é a exigência primeira para que o mercado tenha agentes e funcione concorrencialmente. Assim, pode-se falar num primeiro aspecto que o capital inicial exigido constitui-se uma barreira econômica natural,<sup>6</sup> embora imposto por meio de regulação<sup>7</sup>.

No âmbito do Banco Central, as disposições mais relevantes sobre as exigências do capital mínimo para a abertura estão na Resolução CMN nº 2.099/94 (modificada pelas Resoluções CMN nºs 2.212/95, 2.301/96 e 2.399/97), inteiramente adaptada às regras prudenciais oriundas do Comitê de Basileia<sup>8</sup>. Assim, para abertura de instituição financeira autorizada a funcionar pelo Banco Central é exigido, por exemplo, R\$ 7.000.000,00 (sete milhões de reais) para banco comercial ou carteira comercial de banco múltiplo, R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais) para banco de investimento, banco de desenvolvimento e sociedade de crédito imobiliário, R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) para sociedades de crédito, financiamento e investimento e sociedade de arrendamento mercantil e R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais) para sociedade corretora de títulos e valores mobiliários e sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários que administrem fundos de investimentos nas modalidades regulamentadas pelo Banco Central.

Outro aspecto que diz respeito ao acesso é quanto à estrutura do capital, é dizer, a qualidade do investimento inicial e também a honorabilidade e experiência necessárias dos administradores que irão exercer as funções de direção da instituição financeira. Embora não exista mais hoje a famigerada carta-patente, extinta nos anos 80,<sup>9</sup> de forma a exigir um exame puramente subjetivo do novo agente econômico, que por mais das vezes descambava para o privilégio e

para a troca de favores, inadmissíveis como critérios para admissão no mercado financeiro, é ainda indispensável fazer-se uma análise da qualidade do capital e da credibilidade no mercado dos novos agentes. Assim, pode-se ilustrar tal aspecto por meio da Resolução CMN nº 2.212/95, que estabeleceu a necessidade de comprovação pelos controladores de situação compatível com o empreendimento financeiro sujeito à aprovação, determinando que a situação econômico-financeira dos controladores deve corresponder a, pelo menos, 120% (cento e vinte por cento) do empreendimento, autorizando algumas exceções a essa exigência.

### 2.1.2. Condições de exercício

Nas condições de exercício, é significativo descrever de pronto a determinação da manutenção do capital mínimo exigido para a abertura da instituição financeira. Ora, pode-se até adotar a terminologia de fundos próprios, tal como faz Baptista LOBO (2001, p. 72), que se insere na expressão da Resolução nº 2.099/94 do Banco Central, incluindo no seu âmbito outras realidades econômicas, mas o que é importante entender é que a instituição financeira deverá permanecer pelo menos com o capital equivalente ao de sua abertura. Ademais, se uma instituição cresce com o tempo, o mínimo que se pode exigir é que aquela garantia de solvência estipulada anteriormente para sua abertura se mantenha. Na verdade, se a instituição cresce, o desejável é que o seu capital de segurança também cresça na mesma proporção. Mais risco pelo crescimento das operações, proporcionalmente mais segurança se exige.

Pode-se falar também no controle da estrutura do capital. Ou seja, esse critério é importante para a abertura da instituição, e também para o seu exercício. Assim, se aquele detentor de 25% do capital da instituição, com direito a voto, passará a deter 40%, resultado de uma alteração contratual, com compra de ações dos demais sócios-administradores, indispensável que tal operação

seja notificada ao Banco Central, de forma a tomar conhecimento da nova estrutura do capital, que de certa forma irá influenciar os novos rumos da instituição financeira. A regra é importante em razão da especialidade da profissão bancária e da necessidade de confiança que a instituição e seus sócios-administradores devem transparecer<sup>10</sup>.

Há também que se referir como condição de exercício aos limites para detenção de participação da instituição financeira em outras instituições financeiras e a participação destas em outras organizações comerciais e industriais, ou seja, em outras áreas da economia<sup>11</sup>. Aqui o que deve imperar é a idéia de restrição para a criação de grandes conglomerados, atuando em diferentes áreas da economia, que possam ser afetados de forma sistêmica desencadeando um processo de quebra generalizada (teoria grande demais para falir “*too big to fail*” adaptada à formação de conglomerados financeiros que ramificam sua atuação). De qualquer forma, é importante salientar, tal como fez Baptista LOBO (2001, p. 77-78), que a interação entre o setor bancário e o setor industrial é estrategicamente muito relevante. Um sistema bancário bem estruturado proporciona crédito e financiamento para o setor produtivo de forma menos custosa e burocrática, alavancando a expansão e solidez do setor, além de novas formas de cooperação. Exemplos de uma interação mais forte, em que se detecta uma integração elevadíssima, são os modelos japonês e germânico, sendo praticamente impossível distinguir-se onde começa o grupo industrial e termina o grupo financeiro. No caso japonês, idealizou-se a constituição do conglomerado denominado “keiretsu”, grupos econômicos informais assemelhando-se a “teias de aranha”, com os principais bancos japoneses no centro. Convém registrar também, como contraponto, especialmente no que toca ao modelo japonês, a crise econômica que atingiu o país na década de 90, que até hoje provoca efeitos nefastos, alastrando-se do setor industrial ao setor financeiro.

Por fim, é significativo salientar a constituição de um seguro de depósitos para os correntistas, que no âmbito do Banco Central está regulado pela Resolução CMN nº 2.211/95 (já alterada pela Resolução CMN nº 2.249/96) e pela Circular nº 2.657 (Fundo Garantidor de Créditos – FGC), garantindo até o limite de R\$ 20.000,00 os seguintes créditos: depósitos à vista ou sacáveis mediante aviso prévio, depósitos de poupança, depósitos a prazo, com ou sem emissão de certificado, letras de câmbio, letras imobiliárias e letras hipotecárias. O FGC, portanto, não protege investimentos financeiros que são justificados e formulados pela existência de risco, como ocorre com os fundos de investimentos e aplicação no mercado de capitais, de renda variável. A idéia é proporcionar uma garantia mínima para o pequeno investidor, protegendo seu direito de crédito (no valor estipulado) em face da atuação desastrosa ou criminosa dos agentes controladores da instituição financeira que a levem ao estado de insolvência. A crítica que se faz a essa regra prudencial é a de que, embora tenha um viés protetivo do pequeno correntista/poupador, o FGC acaba autorizando a instituição financeira a correr maiores riscos em sua atuação no mercado, contando a banca com a garantia mínima de pagamento aos clientes bancários. É o que a doutrina norte-americana denomina de *moral hazard*<sup>12</sup>. Mais garantia, mais riscos. O sistema financeiro americano também possui um seguro de depósitos. No entanto, dando ensejo à teoria apresentada acima, o valor de cobertura nos Estados Unidos é de US\$ 100.000,00 (cem mil dólares). De qualquer forma, compatível com a grandeza do mercado bancário norte-americano.

### 3. *Necessidade de regulação sistêmica (externalidades negativas): passagem pelas idéias de Stephen Breyer*

As idéias de Stephen BREYER (1982) são conhecidas pelos pesquisadores do direito

econômico. No seu livro *Regulation and its Reform*, BREYER nos apresenta uma “teoria da regulação”, descrevendo as justificativas típicas para a regulação. As razões clássicas são: o controle do poder de monopólio, o controle do excesso de lucros, a compensação por externalidades negativas, a regulação em face das informações inadequadas e a competição excessiva. No entanto, BREYER é extremamente crítico quanto à eficiência da regulação, criticando-a sob os mais diversos argumentos, como os altos custos do aparato de regulação; ineficiência das regras que impõe (baixo custo benefício da regulação em face da falha de mercado); injusta, complexa e frequentemente atrasada; irresponsável em face do controle democrático, e a inerente imprevisibilidade do resultado final<sup>13</sup>. Somente reconhece a alternativa do modelo de regulação quando este realmente se torna imprescindível ao controle de determinado setor, ou seja, quando se constata que a regulação, mesmo não tão eficiente, traz mais benefícios do que a liberação completa do mercado, sujeita a uma falha que acarreta inúmeros prejuízos. Portanto, o custo social seria altíssimo sem qualquer espécie de regulação. É o que ocorre em alguns casos, na compensação de externalidades negativas<sup>14</sup> e na regulação em face da assimetria de informações<sup>15</sup>.

Adequando-se as idéias de Stephen BREYER ao setor bancário, no devido contexto de regulação, ver-se-á que é imprescindível ao sistema financeiro um aparato regulatório de natureza sistêmica, de forma a controlar e prevenir que uma instabilidade localizada não seja a desencadeadora de uma crise bancária generalizada. Isso ocorre de inúmeras maneiras como, por exemplo, na falência de uma instituição financeira ou por boatos que gerem uma corrida bancária. Assim, o contexto regulatório é indispensável ao setor bancário. Embora custoso e ineficiente em algumas situações, o benefício da regulação supera os custos sociais de uma falha sistêmica em um mercado bancário totalmente desregulado.

No entanto, ainda que se faça tal controle regulatório em razão da assimetria de informações e do risco sistêmico (idealizado como uma externalidade negativa), é importante que o conceito de crise sistêmica não seja traduzido como a panacéia do setor bancário, tal como se vê algumas vezes. Ocorre que, como se verá adiante, ao lado da regulação pode coexistir a concorrência, sendo o ambiente concorrencial solução para muitos dos males do sistema financeiro, inclusive no que respeita ao *spread* bancário<sup>16</sup>.

Só para finalizar esse ponto, uma vez que tal aspecto será retomado adiante, a grita de algumas instituições financeiras pela imunidade do setor bancário às regras de concorrência, amparando-se na panacéia do risco sistêmico, é resultado, certamente, da situação cômoda do setor, desvinculado da idéia de uma competição mais efetiva, quase que levando à captura do Banco Central (teoria da captura)<sup>17</sup>, de forma que o órgão regulador, ao desempenhar seu papel de regulação e fiscalização, o faça para estabelecer e perpetuar a situação favorável em que se encontram as instituições que fazem parte do sistema<sup>18</sup>.

### 3.1. Assimetria de informações

Os bancos evidentemente estão sujeitos a inúmeros riscos. Risco de crédito, quando sua carteira de crédito sofre uma deterioração, com alta inadimplência; risco de mercado, esse entendido de forma macroeconômica, isto é, movimentos adversos do mercado financeiro, com grandes oscilações nos juros e taxas de câmbio; risco legal, com a nefasta burocracia e lentidão do sistema legal; riscos de fraude e tecnológicos.

Na interessante concepção de Luis TROSTER (apud, CAMPILONGO et al., 2002), os riscos aumentam e amplificam a possibilidade de insolvência de uma instituição financeira por três motivos essenciais: vulnerabilidade a corridas, tópico que será desenvolvido a seguir, as falhas informacionais e os mercados incompletos.

Como se pode compreender o efeito da assimetria de informações? Os consumidores bancários não possuem informações detalhadas da instituição financeira da qual são clientes, não sabem o nível de sua alavancagem, a adequação de seu capital, a solidez da sua carteira de crédito, os balanços não informam toda a situação contábil e econômica da instituição. Além disso, mesmo que tivessem como obter informações mais detalhadas, muitos não saberiam como analisar e aferir as condições da instituição. O perigo dessa falha informacional, quase inerente ao mercado bancário, é a possibilidade de que a instituição financeira seja testada pelos depositantes (como se testassem a saúde financeira da instituição), de forma a sacar o dinheiro depositado e assim por diante. Ou seja, o cliente bancário acaba funcionando por sinais. Se há um sinal ou mesmo um boato sobre a situação financeira de determinada instituição, isso pode ser o estopim para o início de uma corrida bancária<sup>19</sup>.

O efeito entre a falha informacional e vulnerabilidade a corridas bancárias não é desencadeado por uma lógica rígida. Assim, pode-se ter origem com uma falência bancária comprovada, embora isolada. Corre-se o medo do risco sistêmico e a assimetria de informações atua como seu próprio alimentador. Pode ocorrer, no entanto, uma falha informacional sem qualquer ligação com um estado de insolvência comprovado. É o teste puro e simples decorrente de um boato ou mesmo um sinal macroeconômico, como a alteração de política monetária ou da taxa de câmbio<sup>20</sup>. Pronto. Mesmo uma assimetria de informações dissociada da saúde financeira de instituição pode levar à falência uma banca em boas condições, em condições de solvência.

Assim, torna-se indispensável a atuação preventiva e pontual do Banco Central, levando à consideração dos agentes do mercado, e por efeito multiplicador a todos os investidores e poupadores, as informações adequadas e fidedignas das instituições fi-

nanceiras. Não que o Banco Central atue necessariamente impedindo a falência de determinada instituição ou que divulgue dados sigilosos da entidade. Pelo contrário, no que respeita ao último argumento, tem o dever de não divulgar os dados sigilosos (artigos 37 e 38 da Lei nº 4.595/64). Atua o Banco Central, no entanto, como um apagador de incêndios, divulgando informações sobre a saúde financeira do próprio sistema, impedindo que uma situação localizada tenha seu efeito de contaminação alastrado.

É importante ainda fazer-se referência ao último aspecto sugerido por Luis TROSTER como significativo para incremento da insolvência bancária: os mercados incompletos (*missing markets*). Quando há uma corrida bancária, se a instituição financeira conseguisse vender parte de seus ativos em um mercado secundário, com pequenas perdas, seria possível quase que praticamente impedir o efeito perverso das corridas. No entanto, inexistente um mercado secundário desenvolvido, razão da falta de liquidez dos ativos dos bancos. Como explica Luis TROSTER (apud CAMPILONGO et al., 2002, p. 290), esta é a própria razão da existência dos bancos, ou seja, realizar o papel de intermediação financeira, contando necessariamente com créditos que não são facilmente negociáveis. A banca faz justamente o papel de análise de informação das empresas, sua credibilidade e confiança, para o processo de empréstimo de capital. As empresas têm custos altos se quiserem captar o dinheiro diretamente no mercado, sem a ajuda do papel especializado de intermediação da banca. Assim, os créditos do banco, seus ativos, são de difícil negociação, tendo pouca liquidez, razão pela qual não se forma um mercado secundário forte, e a banca não tem como fazer frente a todos os créditos numa corrida bancária.

### 3.2. Risco sistêmico (*vulnerabilidade a corridas bancárias*)

Quando se afirma que o risco sistêmico compreende uma externalidade negativa do

setor bancário, compreende-se que há aqui uma aproximação de idéias. Ora, uma externalidade ocorre quando as possibilidades de bem-estar de um consumidor ou as possibilidades de produção de uma firma são diretamente afetadas pelas ações de um outro agente da economia<sup>21</sup>. No entanto, o consumidor ou a firma afetada não possuem controle sobre as transações econômicas e as ações do agente econômico que geram a externalidade. Via de regra, a externalidade é negativa, isto é, produz um efeito prejudicial (decréscimo do bem-estar ou aumento dos custos de produção), razão pela qual torna-se importante a existência da regulação, de forma a evitar o efeito prejudicial.

A associação de idéias justifica-se no sentido acima colocado. O risco sistêmico aproxima-se da idéia de um efeito prejudicial de descrédito e desconfiança no mercado financeiro, decorrente, com frequência, de um abalo econômico de uma de suas instituições, que se alastra atingindo os demais agentes do mercado, solventes, sem relação direta com as ações da instituição que gerou o efeito prejudicial. É um efeito negativo (externalidade), o mais devastador do mercado bancário, que tem origem dentro do próprio setor.

O economista Luis TROSTER (apud CAMPILONGO et al., 2002, p. 288) traça o seguinte panorama da vulnerabilidade dos bancos a corridas bancárias, indicando a idéia do efeito sistêmico:

“Os bancos são vulneráveis a corridas. Uma corrida a banco é um fenômeno muito conhecido: cada depositante busca retirar seus depósitos antes que os demais o façam. No caso de uma corrida por liquidez a um banco, este é obrigado a atender a todas as demandas. Na falta de liquidez e na falta de um emprestador de última instância [Banco Central] a instituição deve vender ativos rapidamente para atender ao aumento inesperado de demanda. Essas vendas rápidas

implicam pesadas perdas de capital que levam muitas instituições à insolvência, apesar de solventes sem a ocorrência da corrida”.

O risco sistêmico se traduz exatamente no efeito multiplicador da vulnerabilidade das corridas bancárias. A crise sistêmica só se evidencia porque as instituições estão sujeitas aos mesmos riscos e vulnerabilidades. Nesse sentido, a regulação sistêmica do Banco Central, de atuação quase repressiva, vinculada aos empréstimos de última instância (embora tal função do BC esteja ultimamente em ampla discussão, tendo em vista o novo sistema de pagamentos brasileiro - SPB que entrou em vigor no primeiro semestre) e à gerência dos processos de liquidação extrajudicial (aspecto que também vem sendo rediscutido), associada às regras de caráter prudencial, tem o objetivo de impedir o custo social enorme de uma falência generalizada no sistema. Equivale a dizer, de acordo com as idéias de Stephen BREYER (1982), que a regulação do Banco Central tem efetivo lugar. O custo/benefício é extremamente favorável para a regulação. Na verdade, como se trata de um mercado de acesso e permanência controlados, e de vital importância para a expansão econômica de qualquer país, a justificação político-econômica exige o aparato regulatório.

Retornando-se ao debate suscitado em tópico anterior, é indispensável que se tenha rígido controle prudencial (em especial) e sistêmico quanto ao mercado bancário. Todavia, o risco sistêmico não pode ser apregoado de forma indiscriminada, em situações de normalidade econômica, a fim de justificar toda a atividade regulatória do Banco Central. Como se salientou acima, o próprio órgão regulador vem estudando e incentivando uma reforma da regulação bancária em tópicos intimamente ligados ao risco sistêmico, tais como o novo SPB – minimizando sua atuação como emprestador de última instância<sup>22</sup> –, deixando o mercado interbancário atuar, e uma reforma do sistema de liquidação extrajudicial, aven-

tando-se a possibilidade de retirar da esfera do Banco Central a competência para conduzir o processo liquidatório, repassando-o ao judiciário, tal como ocorre na falência das empresas dos demais ramos econômicos<sup>23</sup>.

Ora, se essas questões tão delicadas estão sendo reavaliadas pelo órgão regulador, não se vê porque não se possa imaginar a adoção do respeito às regras de concorrência no setor, ainda que se faça de forma regulada, com um modelo específico. Uma nova estrutura bancária, de atuação mais efetiva do próprio mercado, não pode ser idealizada sem a vinculação estrita às regras antitruste. A doutrina jurídico-econômica é majoritária nesse entendimento. E todos os mercados bancários mais avançados, dos Estados Unidos à União Européia, afirmam a inexistência de imunidade do setor bancário em relação às regras de concorrência, estabelecendo um modelo de interação entre o órgão regulador e o órgão de concorrência. Algumas observações jurídico-econômicas serão salientadas nos tópicos seguintes.

#### *4. Outra falha do mercado (abuso do poder de mercado)<sup>24</sup>. Necessidade da aplicação das regras antitruste*

As falhas descritas nos tópicos acima justificavam uma ampla estrutura regulatória. No entanto, dado o funcionamento do setor bancário com rígida regulação, é detectável ainda outra falha de mercado, que é o abuso de poder pelas instituições financeiras, muitas vezes resultante da “cômoda” situação regulatória, inexistindo no setor a possibilidade de aplicação das regras anticoncorrenciais. O abuso de poder das instituições pode-se configurar em práticas concertadas para fixação das taxas de juros, de venda casada de produtos, de criação de barreiras artificiais para entrada de novas instituições, manipulando o arsenal regulatório do Banco Central, etc. O interessante é abordar-se a possibilidade de imer-

são do setor bancário ao ambiente competitivo. Mais do que isso: é afirmar-se a possibilidade de aplicação das regras antitruste ao setor. É a alternativa da regulação concorrencial.

POSNER (2000, p. 332) estabelece a seguinte crítica quanto à acomodação das empresas na regulação do monopólio natural, concepção aplicável à regulação do setor bancário: “En la medida en que alcance su objetivo formal de colocar los precios de la empresa de servicio público sobre una base de costos más un beneficio, reducirá el incentivo de la empresa para minimizar sus costos”. Ou seja, o efeito da regulação sem qualquer competição ou sem temor às regras concorrenciais (nos setores em que é possível a existência da competição) é ineficiência e acomodação do setor. No caso do setor bancário, o que mais se vê é a ineficiência distributiva.

Ora, as indagações que se fazem, tal como defenderia POSNER, são as seguintes: embora o setor bancário seja sujeito à severa regulação, é possível a existência de competição entre as instituições financeiras? É possível a aplicação das regras de concorrência ao setor? Há ou não há a substituição completa e integral da competição pelas regras regulatórias? Ou seja, é a idéia de o Estado regular integralmente o setor financeiro, de forma tão profunda e extensa, a afastar totalmente o potencial de concorrência?

Neste ponto, para respostas às indagações formuladas, é indispensável o retorno às idéias de SALOMÃO FILHO e o entendimento contextualizado das teorias norte-americanas do *State action doctrine* (teoria da ação política) e do *Pervasive power* (teoria do poder amplo).

A teoria da ação política vincula-se à própria estrutura do federalismo norte-americano. Diante da autonomia dos estados da federação, com a autoridade da expedição de regulamentos sobre as diversas áreas da economia, evidencia-se um conflito dos regulamentos locais com as regras anticon-

correnciais de competência federal. Assim, nos casos de regulação pelo Estado de determinado setor da economia, estaria esse setor imune à aplicação das regras antitruste ou não? O caso clássico para solução do problema posto, citado por SALOMÃO FILHO (2002, p. 131), sempre registrado nos casos posteriores, é o “*California Retail Liquor Dealers Association vs. Midcal Aluminum Inc. (Midcal)*”<sup>25</sup>.

O mencionado autor estabelece assim que duas são as premissas básicas para saber se existe ou não imunidade do setor regulador para a teoria da ação política. É indispensável que haja uma clara idéia de substituição da competição pela regulação, expressando as regras estaduais uma intenção explícita de desaplicação das leis antitruste, inclusive fixando preço e quantidade produzida. Além disso, faz-se necessário uma supervisão ativa para o cumprimento das regras expedidas pela regulação. Vê-se, assim, que o jogo de mercado e a fixação dos preços e das quantidades de produção (requisitos básicos para o funcionamento do livre mercado) são dirigidos para ação do Estado, impedindo a idéia de competição naquele mercado regulado. É a regulação total.

Paralelamente, surge uma segunda tendência que se consubstancia na teoria do poder amplo. Segundo SALOMÃO FILHO (2002, p. 132), é a teoria anterior do poder político reforçada por outros elementos, não tendo em conta propriamente a aplicação da lei antitruste federal a uma regulação imposta pelo Estado, mas o estudo da extensão e da profundidade da regulação imposta por qualquer agência desautorizando a aplicação das regras antitruste.

Assim, o primeiro requisito se consubstancia na extensão do poder conferido a uma agência reguladora norte-americana. Ou seja, sendo o poder extenso o suficiente para abarcar toda a atividade desenvolvida por aquele setor econômico, inclusive no que se refere à concorrência, ocorre aqui o mesmo efeito da teoria anterior, com a plena substi-

tuição da competição pela regulação. Ao órgão regulador é destinada ampla competência, imunizando aquele setor quanto à aplicação das regras antitruste<sup>26</sup>.

O segundo requisito envolve-se não com a extensão do poder conferido à agência reguladora, mas sim com a idéia de profundidade do poder. Admita-se que em determinado setor da economia não houvesse uma atribuição de regulação completa ao órgão regulador, de forma a substituir a competição pela regulação. No entanto, o poder conferido ao órgão de regulação é tão profundo, inclusive dotado de instrumental teórico e técnico para aplicação das regras antitruste, que o setor não é propriamente imune à concorrência, mas esta é aplicada pela própria agência reguladora, levando em consideração as questões concorrenciais quando da elaboração e da implementação das regras de regulação.

Conclui SALOMÃO FILHO (2002, p. 133), conjugando as noções das duas teorias:

“A conclusão que se pode tirar é no sentido de que, tratando-se de agência de regulamentação federal independente, a questão de aplicação do direito antitruste se resolve em uma discussão de competência dos órgãos envolvidos. A falta de competência governamental responsável por determinado mercado não exclui a aplicação do direito concorrencial, mas apenas caracteriza a ilegalidade da regulamentação que desconsidera a tutela antitruste (por não ser este poder extenso o suficiente). Da mesma maneira, a existência de competência mas a falta de seu pleno exercício, sem levar em conta os aspectos concorrenciais de uma situação, torna a regulação ilegal. Isto porque o poder não foi exercido. Portanto, não é profundo o suficiente. Por esse motivo, a casuística existente a respeito resolve a questão da ilegalidade concorrencial de uma determinada regulação, respectivamente, em termos de excesso no exer-

cício da competência regulatória ou, então, de desvio de finalidade”.

Como decorrência lógica das teorias apresentadas, adaptando-se tais idéias ao contexto do setor bancário brasileiro, tendo-se em conta, ademais, que a regulação prudencial e a sistêmica não cuidam do aspecto concorrencial, e que é possível detectar-se falhas de mercado que poderiam ser enfrentadas com o direito concorrencial, é indispensável pensar-se num modelo adequado de interação regulação/concorrência para o sistema financeiro.

É importante salientar um aspecto: não é só uma resolução da organização das competências da entidade reguladora (Banco Central) e do órgão de concorrência (CADE), mas também se afirmar a essencialidade do emprego do direito concorrencial no âmbito do setor bancário.

No que respeita à primeira questão, numa articulação com as idéias apresentadas, ver-se-á, e nesse sentido eu avanço no entendimento esposado por SALOMÃO FILHO, que a regulação concorrencial conferida em dispositivos ao Banco Central (arts. 10, X, letra “c”, e 18, § 2º, da Lei nº 4.595/64) não é extensa o suficiente e nunca foi profunda, decorrendo a idéia natural de que não é a intenção do Estado substituir totalmente a competição pela regulação, ainda que se tratando do setor bancário.

Não é extensa porque os dispositivos autorizadores de análise concorrencial pelo Banco Central não trazem, e nem poderiam fazê-lo nos idos de 1964, o arsenal teórico e instrumental das regras de concorrência. Ora, não é necessário que as regras de concorrência sejam extensas em número de normas (veja-se o modelo americano do *Sherman Act*), mas é indispensável que tragam a disciplina mínima do direito da concorrência. A Lei nº 4.595/64 não traz essa disciplina mínima.

E, o mais importante, nunca as regras foram profundas. Em razão mesmo da pouca extensão da disciplina, tal como se afirmou. Ora, o Banco Central, em quase 40 anos

de aplicação da Lei nº 4.595/64 (recepcionada como Lei Complementar), nunca teve em vista nos processos estruturais de fusão e incorporação a interação com as regras de concorrência. Nem com relação ao controle de condutas, o Banco Central tem ou teve qualquer preocupação específica no que toca à concorrência, quando da atividade regulatória. Esse histórico é inquestionável. Assim, vê-se que os modelos teóricos capturados da doutrina norte-americana servem de referência quando se analisa o setor bancário brasileiro, evidenciando a inexistência de imunidade do setor, e a indispensabilidade de aplicação das regras antitruste<sup>27</sup>.

Cumpra tão-só, no fim deste tópico, realizar-se uma sucinta reflexão histórica. Por que será que nunca se questionou antes essa interação regulação/concorrência no setor bancário? Antes mesmo da Constituição de 1988 e da Lei nº 8.884/94.

A resposta está na edição da Lei nº 4.137/62. Ora, a antiga Lei de concorrência brasileira não estipulava qualquer tratamento ou controle preventivo em âmbito concorrencial. Ou seja, não se fazia controle de estrutura. Tal controle só surgiu com a Lei nº 8.884/94, com o novo panorama concorrencial que se descortinou com o processo de desregulamentação e privatização inaugurado no início da década de 90. Pode-se falar também da quase inexistência de um amplo cenário concorrencial nas estruturas de mercado no Brasil. O que se dirá do setor bancário. O período que estendeu da década de 60 até meados da década de 80 foi de rasgada intervenção estatal, de forma centralizada, com políticas macroeconômicas de intensa regulamentação do mercado, evidenciada pelos PND's – Planos Nacionais de Desenvolvimento, o que deixava pouco campo para o funcionamento “livre” do mercado. Por fim, associando-se a esse cenário, a própria Lei nº 4.137/62 viveu praticamente sem aplicação ou com pouca efetividade, deixando incólume o setor bancário.

### 5. Pequena reflexão sobre o cenário do setor bancário brasileiro

Neste ponto, o trabalho terá como referência básica a Nota Técnica (EVOLUÇÃO da concentração bancária no Brasil, 2001) produzida por Sampaio ROCHA, economista do Banco Central do Brasil, e o estudo “As concentrações bancárias no Brasil devem ser controladas pelos órgãos antitruste?” (apud CAMPILONGO et al., 2002, p. 277-287), de Paulo CORREA.

O fim da inflação crônica com a implantação do Plano Real (1994) operou uma significativa reestruturação bancária no país. Sem os lucros advindos do *float* dos recursos, o setor bancário encontrou uma nova realidade a partir de 1995. Com a rentabilidade desmascarada pelo fim da corrida inflacionária, as instituições financeiras tiveram que adotar providências de diversas ordens: aumento das tarifas bancárias, processo crescente de fusão e aquisições, formação de grupos bancários na tentativa de redução de custos de operação, com economias de escala e escopo (bancos múltiplos/bancos especializados). Paralelamente, o Banco Central se viu impelido a adotar medidas de salvaguarda do sistema: regulação prudencial mais rígida, abertura a bancos estrangeiros e privatizações. E ainda se podia sentir uma reestruturação bancária global, com um amplo movimento de liberalização e de desregulamentação.

Sampaio ROCHA separa tais providências, medidas e inovações no setor bancário em argumentos de ordem macroeconômica e de ordem microeconômica.

Um dos fatores macroeconômicos mais importantes a refletir no setor bancário foi a estabilização monetária, com a drástica redução da inflação. Segundo dados do IBGE/Andima (1997), a receita inflacionária que chegou a responder a 4% do PIB no período 1990-1993 reduziu-se a 2% em 1994, caindo a zero em 1995. A perda ultrapassou US\$ 8 bilhões anuais. As pequenas instituições financeiras foram as que mais sentiram os

efeitos do fim da espiral inflacionária, grande parte desaparecendo nos primeiros anos de estabilização monetária. Segundo o mencionado autor, o fim da inflação fez surgir inúmeros problemas de ordem microeconômica. A junção dos problemas acarretou a diminuição drástica do número de bancas (as dimensões do mercado estavam maiores do que podia suportar o novo ambiente concorrencial), levando naturalmente ao aumento da concentração.

Associado à estabilização monetária, o setor bancário sofreu um abalo sistêmico (pelo menos em potência)<sup>28</sup>, atingindo também as instituições financeiras de maior vulto, como os Bancos Econômico, Nacional e Bamerindus (todos sofreram processos de intervenção). Segundo Sampaio ROCHA (apud CAMPILONGO et al., 2001, p. 12), no caso dos três grandes bancos privados citados, não houve uma fuga de depósitos clássica. Os problemas de liquidez se relacionavam com saques de depositantes qualificados (outros bancos e grandes empresas), que dispunham de informações reais sobre o estado financeiro das instituições (vide o item de assimetria de informações). Esse processo de insuficiência patrimonial é chamado de “corrida silenciosa”.

Dessa forma, inúmeras medidas foram tomadas pelo governo, a fim de impedir o

desencadeamento da crise para as demais instituições saudáveis do sistema. A criação do PROER – Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional, o incentivo a F&A (incorporação de bancos insolventes), a criação do FGC (já citado), com efeito retroativo ao início do Plano Real, o aumento de capital mínimo para abertura de novos bancos, desestimulando tal prática (vide item condições de acesso – barreiras de entrada), são os exemplos mais significativos. Inúmeros bancos (104), mesmo os de maior expressão, passaram em algum momento por um processo de reestruturação, o que mostra a validade da teoria “grande demais para falir (*too big to fail*)”. Ora, quando o abalo sistêmico chegou às grandes instituições, o governo teve que agir prontamente, impedindo uma quebra generalizada. Enquanto a crise era sentida pelas pequenas instituições, não se viu uma atuação interventiva e reguladora do Estado. E aqui o paradoxo: ao mesmo tempo em que não se poderia deixar uma grande instituição falir (alto custo social e de risco sistêmico), adotando-se uma mescla de financiamentos públicos com uma solução de mercado, o governo incentivou o processo de fusão e aquisições, aumentando o grau de concentração bancária. A tabela abaixo mostra tal processo com o incentivo do PROER:

Tabela 1 – F&A bancárias com incentivos do PROER

Instituição	Comprador	Publicação no D.O.U
Banco Nacional	Unibanco	18.11.1995
Banco Econômico	Banco Excel	30.4.1995
Banco Mercantil	Banco Rural	31.5.1996
Banco Banorte	Banco Bandeirantes	17.6.1996
Banco Martinelli	Banco Pontual	23.8.1996
Banco United	Banco Antônio Queiroz	30.8.1996
Banco Bamerindus do Brasil	HSBC	2.4.1997

Fonte: Bacen (1999)

Ainda como medida de caráter macroeconômico, é importante citar a abertura para

o ingresso de bancos estrangeiros e as privatizações. O governo brasileiro aproveitou

tou-se, no que diz respeito à entrada de bancos estrangeiros, de uma brecha legal existente no parágrafo único do art. 52 do ADCT, de forma a contornar o impedimento do *caput* do artigo citado para a expansão de capital estrangeiro no setor bancário, que só cairia com a regulamentação do art. 192 da Constituição Federal. Assim, todas as autorizações para entrada ou para expansão do capital externo no setor bancário utilizaram-se da saída legal: as medidas foram tomadas no “interesse do Governo brasileiro”.

O processo de abertura ao capital estrangeiro não trouxe evidentemente um aumento da concentração bancária, já que a maior parte dos bancos externos não atuava no país, sendo os exemplos mais significativos os bancos espanhóis, Banco Santander Central Hispano (BSCH) e Banco Bilbao Viscaya (BBV). Essa medida teve o cunho de aumentar a competitividade no setor, embora tivesse larga utilização na privatização, ou seja, permitindo a aquisição de bancos na-

cionais pelos estrangeiros (todos os editais tinham a previsão dessa possibilidade).

O processo de privatização do setor bancário ocorreu basicamente no âmbito do PROES – Programa de Incentivo à Redução do Setor Público Estadual na Atividade Bancária, ou seja, inserido no programa de reestruturação e venda das instituições públicas estaduais. Aqui houve uma reação defensiva dos bancos nacionais (o mercado bancário em tese tornou-se mais contestável), tal como expõe Sampaio ROCHA (p. 17), adquirindo boa parte dos bancos estaduais, num processo de fortalecimento das instituições (como são os casos de Bradesco e Itaú), e num contraponto à forte presença das bancas externas. Tal estímulo à redução da presença dos governos estaduais no setor bancário, medida de inegável importância e muito salutar, resultou também num processo de aumento da concentração bancária.

Veja-se a tabela abaixo, que relaciona a privatização dos bancos públicos após 1994:

Tabela 2 – Privatização de bancos públicos

Data	Instituição	Comprador	Valor (R\$ milhões)	Ágio (%)
26.6.1997	Banerj	Itaú	311	0,4
7.8.1997	Credireal	BCN	121	0,0
4.12.1997	Meridional	Bozano, Simonsen	266	55,0
14.9.1998	Bemge	Itaú	583	85,7
17.11.1998	Bandepe	ABN Amro	183	0,0
22.6.1999	Banep	Bradesco	260	3,2
17.10.2000	Banestado	Itaú	1625	303,2
20.11.2000	Banespa	Santander	7050	281,1
11.2001	Paraiban	ABN Amro	-	-
12.2001	BEG	Itaú	-	-
01.2002	BEA	Bradesco	-	-
N/D	Meridional	Bozana, Simonsen	-	-

Fonte: Bacen/Depep/GCI, 25.10.2000

Com relação aos argumentos microeconômicos, é indispensável a referência ao fortalecimento da regulação prudencial.

Visando aumentar a solidez e a segurança do mercado bancário, após o período crí-

tico de 1995-1996, o Banco Central orientou sua ação para higidez do sistema, não levando em consideração as regras de concorrência (inocorrência, portanto, da *pervasive power*). As normas do “Acordo de Basi-

léia”, além da incorporação na Resolução nº 2.099/94, como antes referido, sofreram um novo dimensionamento, com a elevação da exigência de capital mínimo para funcionamento, que passou de 8% em 1994 para 11% em 1997 (Resolução nº 2.784). Houve também um aumento do capital inicial para funcionamento das instituições (Resolução nº 2.212/95). Tal tendência fortalece o processo de concentração, com o aumento das barreiras de entrada. Sugere Sampaio ROCHA (p. 16) que a própria reforma do sistema de pagamentos, embora desloque o risco público para a iniciativa privada, ou seja, para soluções de mercado, pode acarretar um aumento da concentração bancária, dado que o novo sistema exigirá maior quantidade de garantias dos bancos. Assim, aquelas instituições que não estiverem dispostas a operar com tais garantias podem-se retirar do mercado ou se transformarem em outro tipo de instituição financeira, de natureza não-bancária.

Significativo também é o processo de inovação tecnológica e de surgimento de novos produtos. Esse processo de inovação tecnológica, diante da necessidade de pesados investimentos, tende a ser acelerado pelos grupos bancários, com eventuais economias de escala e escopo. De qualquer forma, o surgimento de novos produtos, com especialização, pode incentivar a entrada de novas instituições, estimulando a concorrência. Nesse aspecto, é importante saber se uma eventual economia de escala ou de escopo pode ser repassada ao consumidor bancário, com uma melhor eficiência distributiva.

Esse é um painel ilustrativo do novo panorama bancário brasileiro. É o cenário da privatização e da reestruturação bancária após 1994. Não é objetivo do trabalho questionar o programa de reestruturação bancária, com a participação regulatória do Banco Central, e se houve ou não uma superestimação do risco sistêmico. O balanço econômico da atuação do BC e do governo certamente é favorável.

No entanto, passado o período crítico de reestruturação, é indispensável a observân-

cia das regras antitruste. Tal como se demonstrou com o novo panorama bancário, quase todas as causas, macro ou microeconômicas, levaram ao aumento da concentração bancária. É essa também a conclusão de Sampaio ROCHA (p. 31):

“Como era esperado, a tendência de concentração foi mais acentuada quando foram considerados os grupos bancários, principalmente no setor privado, onde a reestruturação foi mais intensa, com o IHH mais que dobrando em algumas séries, além de apresentar comportamento distinto das séries que desconsideram os efeitos das F&A”.

Ainda que o próprio autor considere que nosso mercado não tenha níveis de concentração elevados em comparação internacional, é visível que o processo concentracionista pode continuar, tal como sugere Paulo CORREA (apud CAMPILONGO et al.)<sup>29</sup> exigindo o emprego das regras de concorrência para o controle de estrutura e de condutas. Mais do isso: é certo que não há imunidade antitruste para o setor bancário (arts. 15 e 54 da Lei nº 8.884/94), portanto, a possibilidade de interação regulação/concorrência não deve ser só um modelo teórico. O cenário bancário atual só vem corroborar factualmente a necessidade da efetiva aplicação do direito concorrencial.

#### *6. Crítica do embate entre o CADE e o Banco Central para julgar os atos de concentração bancária*

Este item apresenta uma pequena crítica ao conflito de competências entre o CADE e o Banco Central, visualizando quão ultrapassada é uma discussão pontuada tão-somente em dispositivos legais.

Em verdade, toda a discussão entabulada deve ter propósito maior: pensar-se no novo modelo de Estado que se instaurou com o processo de liberalização econômica, desregulamentação, privatização e re-regulação. É mais do que uma discussão localiza-

da num setor econômico, por mais importante que possa ser o mercado bancário, e pontuada como se fosse uma disputa de poder. É o debate sobre uma nova realidade do Estado, e a necessidade de um novo desenho institucional entre os agentes estatais.

Assim, vale retomar o argumento já exposto (item 4): o Banco Central nunca levou efetivamente em consideração aspectos concorrenciais quando da análise dos processos de concentração e também quando da atuação regulatória. Por quê? Pelos motivos já apresentados. A realidade macroeconômica era outra, de incentivo e consolidação do processo concentracionista, e não se exigia do Banco Central nem da autoridade antitruste tal análise. Se o setor bancário até passou, durante um processo de alteração regulatória, por surtos de crescimento do número de instituições (com a criação dos Bancos Múltiplos – Resolução nº 1.524/98, o número de instituições cresceu de 107 para 248 entre 1988 e 1994), é certo que tal modificação do cenário bancário não teve como objetivo primordial o aumento da competitividade no setor.

A Lei nº 4.595/64, por outro lado, é anacrônica, quando da análise de processos de concentração<sup>30</sup>. É dizer, mais do que anacrônica. Não há qualquer dispositivo específico que possua o caráter dogmático do direito concorrencial. As eventuais sanções dispostas no art. 44 da Lei nº 4.595/64 parecem se relacionar com um possível controle de condutas e não com o controle de estrutura. Ainda assim, é uma estrutura sancionatória dirigida para as falhas de administração e gestão da entidade bancária em face da regulação prudencial e sistêmica, distante de qualquer idéia de conduta anticoncorrencial.

A Lei nº 8.884/94 traz todo o arsenal técnico, diferenciado para o controle de estruturas e de condutas, e toda a tipologia jurídico-dogmática do direito concorrencial. Ora, qual a razão, então, do próprio Banco Central em se apegar em dois dispositivos localizados distraidamente na Lei nº 4.595/64 (arts. 10, X, letra “c”, e 18, § 2º), numa ten-

tativa exagerada de reinterpretar os dispositivos e encerrá-los na nova sistemática concorrencial, a fim de atualizá-los a fórceps? A resposta só pode ser uma disputa de poder espúria, supostamente calcada no risco sistêmico (debate salutar), mas que distorce a discussão quando levada para o campo estrito do suposto conflito de interpretação de leis.

No que se relaciona com o risco sistêmico, argumento esse que deve ser debatido e estudado, e naquilo que pode servir de modelo para uma interação regulação/concorrência, é indispensável a referência a esta passagem do aditamento do voto vista do Conselheiro Celso CAMPILONGO no julgamento do caso Finasa:

“(…) a distribuição dos riscos do sistema financeiro não pode ser adequadamente examinada de forma hierárquica, como se o Banco Central, à moda de uma economia planificada, pudesse gerenciar, com exclusividade, todos os riscos do mercado. Mas, como diz *Luhmann*, esta é apenas uma tentativa de reação a riscos que são inevitáveis. Nessas condições, o envolvimento de outras esferas decisórias, com o beneplácito e a coresponsabilidade advindas, apresenta-se como uma das principais estratégias de tratamento dos riscos. Um modelo hierárquico, sem que ninguém assuma a pretensão de gestor do sistema global, com a fragmentação da decisão numa pluralidade seqüencial de decisões que considerem as posições anteriores, parece ser a melhor modelagem para a regulação de setor tão importante.

Na verdade, a distinção entre ‘risco sistêmico’ e ‘outros riscos’ desdobra, com efeitos perversos e como se fossem binômios rigidamente desconectados, as diferenças entre hierarquias e mercados; planejamento e concorrência; unidade de comando e competição controlada. Um sistema bancário moderno, competitivo e eficiente não pode sobreviver nem extrair sua unidade de uma só fonte deliberante e que ocupe o vértice de uma estratificação hierárquica. O comportamento burocrático é extremamente avesso aos riscos e às surpresas. Os mer-

cados competitivos, ao contrário, convivem e dependem de duas coisas. Mais uma razão para se afastar qualquer conflito entre regulação concorrencial e adjudicação concorrencial” (BRASIL. CADE. *Ato de Concentração nº 08012.006762/2000-09*. Voto vista do Conselheiro Celso Campilongo).

### 7. Conclusão: um modelo de interação possível

De tudo exposto, conclui-se inevitavelmente pela concepção de um modelo de interação com competências complementares. Ainda que se pudesse fazer uma análise econômica, ou seja, um balanço econômico entre a competência de um só órgão para análise ou de dois órgãos, distribuindo-se a matéria regulatória e a matéria concorrencial para as atribuições de cada entidade, ver-se-ia que o modelo de competências complementares é compensador, tal como bem estabeleceu o Conselheiro Celso CAMPILONGO (2002).

Naquilo que pertine ao exagerado custo burocrático da competência complementar do CADE, supostamente centrado na falta de preparo de seus Conselheiros e de seu *staff* de técnicos, a questão se resume em dotar a autarquia de melhores quadros, e incentivar estudos direcionados para o setor bancário. Certamente com a experiência antitruste que o CADE já possui, um nível ótimo de eficiência na atividade de aplicação das regras de concorrência ao setor bancário (tendo em vista as peculiaridades do setor, levando em consideração a regulação prudencial e sistêmica) será alcançado rapidamente, a ponto de se desconsiderar o custo burocrático de despreparo da autarquia.

Por outro lado, no que se relaciona à necessidade de rapidez e sigilo nas análises de concentração, é possível a edição de Resolução do CADE (art. 7º, XIX, da Lei nº 8.884/94) criando um processo específico para a concentração bancária, dotando-o de mecanismos que o tornem mais célere e sigiloso. Nesse aspecto, de índole interinstitucional, o passo seria tão-só de uma efetiva

cooperação entre o Banco Central e o CADE, sem disputas menores, a fim de otimizar o processo de análise, tal como tão bem ocorre na interação entre as entidades reguladoras (OCC, FED e FDIC) e a *Antitrust Division* do *Department of Justice* dos Estados Unidos.

A princípio, o modelo mais adequado para o nosso contexto e para a nossa realidade bancária seria, tal como ocorre com a ANATEL, a instrução do ato concentração pelo Banco Central, com toda a análise de caráter prudencial, emitindo um parecer, com o julgamento destinado ao CADE, que deverá levar em consideração a análise regulatória do Banco Central, num mecanismo de interação sugerido acima, inclusive com troca de informações entre os técnicos das duas autarquias. No caso notório de anormalidade (definido pelo Banco Central), ou seja, no caso de quebra de uma instituição financeira, com o perigo de risco sistêmico, o processo poderia ter sua instrução ainda no Banco Central, com a elaboração de um parecer de caráter vinculatório sobre a necessidade de venda da instituição, deixando, no entanto, para a competência do CADE, que, de toda forma deve ser feita de forma integrada com o BC, as considerações de caráter concorrencial, de maneira a avaliar, *se possível for*, a melhor solução de mercado para a venda (fusão ou incorporação) da instituição financeira em situação de liquidação ou falência.

São essas as considerações mais pertinentes que deveriam ser aduzidas no momento para este trabalho. É evidente que o próprio modelo proposto sofrerá críticas e muitas outras idéias mereceriam um desenvolvimento próprio, tal a importância e a amplitude do tema. É o que se espera fazer com o aprofundamento da discussão e com novas contribuições.

### Notas

<sup>1</sup> No âmbito decisório do CADE, destacam-se os seguintes casos em ordem de julgamento: caso

Banco Francês e Brasileiro (2000); Caso Daimler-Chrysler Administradora de Consórcios (2000), ambos julgados pelo Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca; caso Banco Credibanco (2000); caso Patagon (2001); e, por fim, o paradigmático caso da Finasa Seguradora (2001).

<sup>2</sup> É naturalmente razoável assumir-se a possibilidade da concorrência fixada em bases aceitáveis para o setor. Realmente são poucas as empresas que atuam no setor aéreo, dado os altíssimos custos financeiros para entrada no mercado, além da dificuldade de permanência com eficiência econômica (é um setor em eterna crise, crise mundial), mas ainda assim não se pode admitir que as empresas cartelizem os preços, como conduta anti-concorrencial freqüente no setor. Pode-se dizer que o setor aéreo brasileiro caminha entre o paralelismo de conduta (consciente) e o cartel expresso na fixação de preços, tal como se pode ver do Parecer SEAE nº 363/2001/MF/SEAE/COGDC-DF, 11 de setembro de 2001 (disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/seae/>>), analisando uma situação de cartel entre a VARIG, VASP, TRANSBRASIL e TAM nos preços da ponte aérea RIO/SÃO PAULO. Mesmo com a entrada da GOL, que de certa forma trouxe uma nova proposta de empresa aérea, com custos mais baixos, o mercado dá sinais de uma atuação paralela, reconhecendo as empresas que a guerra de preços pode ser lesiva a todos.

<sup>3</sup> Aqui já se avizinha uma crítica à atuação do Banco Central, que em tópico posterior será mais elaborada. Ora, será que a regulação tão-só desvinculada dos interesses da autarquia e da própria orientação de governo para o setor incentiva a estrutura do mercado bancário atual? Desconsiderando a transição a que se submeteu o setor bancário, em especial com a edição do Plano Real (1994), que mais tarde será debatida, parece-me evidente existir uma espécie de “captura” (tal como idealizado pela teoria norte-americana) do órgão regulador pelos agentes de mercado. Daí um pouco a ojeriza das instituições financeiras pela atuação do CADE nos processos de concentração bancária. O sistema tal como posto é ideal e cômodo. Por isso, certamente parte da regulação fixada pelo Banco Central, sob o pretexto da segurança bancária (que é necessária, mas com adequação), proporciona um mercado cativo e desamparado de concorrência efetiva para os agentes participantes. Para utilizar uma terminologia econômica, a captura nesse caso resulta num *sobrepreço* da regulação.

<sup>4</sup> Como expõe Calixto SALOMÃO (2001, p. 47): “Essa regulamentação visa a garantir a higidez e segurança do mercado. *O problema é que essa garantia de segurança cria normalmente, por si só, condições propícias à formação de posições dominantes.* Limitado o acesso, protegido estará o setor da concorrência externa. Por outro lado, as condições de permanên-

cia, voltadas à garantia de poupança ou segurança dos cidadãos, levam a regulamentação a privilegiar as empresas sólidas e de grande dimensão (...) Desse modo, a disciplina regulatória nesses setores enfrenta um problema bastante sério, que consiste exatamente na dificuldade em conciliar dois objetivos: higidez e concorrência. *Essa conciliação é possível desde que se entenda que, na verdade, para proteger os consumidores e a própria higidez do mercado não é possível abrir mão da garantia da existência da concorrência.* Existente uma pluralidade de agentes, e não um mercado monopolizado ou oligopolizado, nenhuma quebra poderá pôr em risco o sistema. Da mesma forma, a concorrência predatória, ainda que temida e combatida, também não será uma ameaça iminente ao sistema”.

<sup>5</sup> “Para mitigar a possibilidade de quebras no sistema bancário, o Estado lança mão de dois instrumentos básicos: regulação prudencial e regulação sistêmica. Apesar de a distinção entre regulação prudencial e sistêmica ser bastante utilizada na literatura, pode-se dizer que o seu papel maior é o de limitar o âmbito de utilização da segunda, na medida em que existe uma relação de complementaridade entre ambas. Assim, enquanto a regulação prudencial tem como objetivo primordial a proteção do depositante, buscando preservar a solvência e a higidez de cada instituição isoladamente considerada, a regulação sistêmica visa proteger o sistema bancário como um todo, protegendo o depositante apenas indiretamente” (CORTEZ apud CAMPILONGO et al., 2002, p. 324).

<sup>6</sup> Depois de constituída uma instituição financeira, sujeitando-se aos riscos e às dificuldades para entrada no mercado, vê-se que o setor bancário desponta-se como não suscetível ao *free rider*, ou seja, ao agente que quer entrar no mercado por um curto período, quase sem custos, obtendo enorme vantagem dessa atuação pontual. Não é um mercado efetivamente de alta contestabilidade o bancário, também por outros fatores, além do poder econômico. Um de cunho psicológico, vez que é imprescindível a fidelização do cliente bancário, ou seja, ganhar a confiança e a credibilidade do correntista, requisitos indispensáveis para o estabelecimento da intermediação financeira. Essa confiança só se adquire com o tempo, impedindo a rápida entrada e saída do mercado. Há outro aspecto, de cunho econômico, mas que se refere às barreiras de saída do mercado, conhecido como “*sunk costs*”, ou seja, os custos irrecuperáveis, vinculados com a venda de equipamentos usados e com a própria base de dados da banca, praticamente inegociáveis diante de uma liquidação.

<sup>7</sup> O que não é razoável é estipular-se um capital acima das exigências normais da regulação prudencial, tendo em vista ainda o parâmetro internacional de exigência. Aqui sim a regulação é despro-

porcional, criando uma barreira injustificável e comprometendo a concorrência em potencial.

<sup>8</sup> As regras estabelecidas pelo Comitê de Basileia em 1988 constituem-se o melhor parâmetro de disposições prudenciais que devem nortear a atuação bancária e dos órgãos de supervisão e fiscalização. Não se exige a adoção integral das disposições, mesmo porque não há sanção para o descumprimento. No entanto, a adaptação do mercado bancário interno às regras do Comitê sinaliza a preocupação de fortalecimento e de segurança do sistema bancário, tendo em vista, ademais, o mercado estrangeiro e global, de vez que o consenso de Basileia tem efetivado na prática uma harmonização das regras prudenciais em quase todos os Estados desenvolvidos. Recentemente aprovou-se uma revisão das regras do Comitê, intitulando-se agora como “Novo Acordo de Capital de Basileia (2001)”, com regras a serem implementadas pelos Estados, de forma gradativa, até 2004. Texto do novo acordo (versão em espanhol) está disponível em: <www.bis.org>.

A Resolução nº 1.524/88 estabeleceu a possibilidade da abertura de bancos múltiplos, englobando as diversas áreas da atuação bancária, permitindo a formação de conglomerados financeiros, distanciando-se da idéia vigente nas décadas de 70 e 80 de “especialização” e iniciando um processo de “concentração”. A criação do banco múltiplo pôs fim à carta-patente, exigindo tão-só a prévia autorização do Banco Central para funcionar, nos critérios idealizados pelo acordo de Basileia. O art. 192 da Constituição Federal de 1988 reafirmou o fim da carta-patente para concessão e negociação de autorização para funcionamento de instituições financeiras, estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização, além de permitir a transmissão do controle da pessoa jurídica titular, sem ônus, para outra pessoa jurídica cujos diretores tenham capacidade técnica e reputação ilibada, e comprove capacidade econômica compatível com o empreendimento.

<sup>10</sup> Dispõe o art. 10, inciso X, letra “g”, da Lei nº 4.595/64 que compete privativamente ao Banco Central conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam alienar ou, por qualquer outra forma, transferir seu controle acionário.

<sup>11</sup> Assim estipula o art. 30 da Lei nº 4595/64: “As instituições financeiras de direito privado, exceto as de investimento, só poderão participar de capital de quaisquer sociedades com prévia autorização do Banco Central do Brasil, solicitada justificadamente e concedida expressamente, ressalvados os casos de garantia de subscrição, nas condições que forem estabelecidas, em caráter geral, pelo Conselho Monetário Nacional”.

<sup>12</sup> Observações interessantes do excelente artigo de Viera ORSI (1999, p. 55): “Mas a frequência da

intervenção dos bancos centrais deve levar em conta a potencial criação de uma álea de moralidade (*moral hazard*), que encoraja a assunção de riscos importantes, ou de modo irresponsável, pelos agentes econômicos. A esse respeito, os bancos centrais e os governos procuram aplicar a doutrina da ‘ambigüidade construtiva’ (*constructive ambiguity*), criando um clima de incerteza quanto a suas intervenções; eles não devem se comprometer, em princípio, a adotar medidas específicas se sobrevier uma crise bancária”.

<sup>13</sup> Estas eram as reflexões de BREYER (p. 4) em 1982: “The criticisms – high cost; ineffectiveness and waste, procedural unfairness, complexity, and delay; unresponsiveness to democratic control, and the inherent unpredictability of the end result – do not apply to every regulatory program nor to every instance of regulation. They vary in their applicability from one time, place, and program to another. Moreover, defenders of particular programs and of regulation in general can respond by pointing to achievements of individual programs or by claiming that in the absence of regulation, matters would be far worse. Yet it seems fair to say that criticism of regulation has grown apace with regulation itself. There is a perceived public demand for reform, and the reform issue now occupies a place of importance on the nation’s political agenda.”

<sup>14</sup> “In sum, a spillover rationale must be phrased in terms of a particular product; it must assume that obstacles to bargaining lead to significantly greater use of a product (or production process) than would be the case if costless bargaining were possible; and it must assume that the result of intervention (taking into account the cost of intervention) will better approximate the bargained-for-solution. If these assumptions are correct, then intervention will reduce allocative inefficiency” (BREYER, 1982, p. 26).

<sup>15</sup> “In sum, there is little quarrel with governmental efforts to help consumers obtain necessary information when the information is in fact needed and the intervention lowers the cost of providing it. Critics of intervention tend in particular cases to quarrel with the claim that regulation will lower costs of its provision” (BREYER, 1982, p. 28).

<sup>16</sup> Cf. JUROS e spread bancário no Brasil (1999). Esse trabalho do Banco Central traça um panorama dos inúmeros fatores que contribuem para elevado *spread* bancário no Brasil, como juros básicos altos, crônica inadimplência, custo burocrático e legal, despesas administrativas, cunha fiscal, elevada rentabilidade das instituições financeiras. A competição sadia certamente é uma eficiente barreira contra as taxas de juros elevadas. Tal discussão, no entanto, pela importância e complexidade que envolve, merece ser tratada em trabalho autônomo.

<sup>17</sup> George J. STIGLER (1971), prêmio Nobel de economia em 1982, reconhecido por seus trabalhos nas áreas de teoria econômica da informação e dos oligopólios e da análise econômica da regulação governamental e do setor público, escreveu um seminal artigo sobre a “teoria da captura”, sempre citado, no qual destaca as tarefas principais da teoria da regulação: “The central tasks of theory of economic regulation are to explain who will receive the benefits or burdens of regulation, what form regulation will take, and the effects of regulation upon the allocation of resources”.

<sup>18</sup> É ilustrativa esta crítica de POSNER (1998, p. 346: “... es posible que la regulación sea un producto, muy semejante a otros productos provistos por el gobierno, demandados por grupos políticos eficaces e provistos a ellos. Según esta concepción, no se puede presumir que la regulación trate siempre de proteger el interés del consumidor general en el abasto eficiente de los servicios regulados. Ciertos consumidores podrán demandar una estructura de tarifas que, siendo ineficiente en general, les otorgue beneficios mayores que los costos que les impone a ellos en común con otros consumidores. Los miembros de una industria competitiva pueden beneficiarse de la imposición de controles a las empresas de servicios públicos porque la regulación de una tarifa mínima provee mayor seguridad en los precios eficaces de un cartel que el acuerdo privado (al mismo tiempo que coloca al cartel fuera del alcance de las leyes antimonopólicas), y el control regulador de la entrada puede eliminar una de las principales amenazas para el éxito de un cartel: la entrada de nuevos vendedores atraídos por la esperanza de obtener beneficios monopólicos. Las coaliciones entre grupos de consumidores de intereses especiales (como los embarcadores de ciertos productos) y miembros de una industria pueden ser especialmente eficaces en la manipulación del proceso regulador”.

<sup>19</sup> “O importante para explicar as corridas é o fato de existirem informações incompletas. A idéia por trás da corrida é que ou uma mancha solar é o estopim da crise, ou os investidores recebem sinais ruidosos (“noisy signals”), indicando a insolvência do banco, precipitando, dessa forma, a corrida. Na prática, a informação sem custos inexiste, como também os indivíduos não têm a capacidade de avaliar rapidamente a saúde dos bancos” (TROTTER apud CAMPILONGO et al., 2002, p. 289).

<sup>20</sup> Um sinal macroeconômico (risco Brasil), associado às modificações das regras de regulação dos fundos de investimento, tal como se deu agora em maio de 2002, em decisão conjunta do Banco Central e da CVM, por meio da Instrução nº 365, impulsionou o alto volume de retirada dos depósitos dos fundos DI e de renda fixa. É certo que não se tratou de um teste tão-só, uma vez que, com as

mudanças das regras, exigindo-se a marcação a mercado da rentabilidade dos fundos, houve perda do investimento. No entanto, o alto volume de retirada não pode ser creditado somente à efetiva perda. O combustível maior é a assimetria de informações, e mesmo a dificuldade de se fazer uma boa análise das informações que se possui. A desconfiança na gerência dos fundos, que omitiam a rentabilidade real do investimento, e no próprio Estado brasileiro em honrar o pagamento dos seus títulos acarretou o efeito generalizado de retirada.

<sup>21</sup> Conceito extraído da página da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (GLOSSÁRIO, [2001?]).

<sup>22</sup> Confira estas interessantes considerações do Banco Central sobre o novo SPB: “O SPB permitirá, ainda, que o BC abrande algumas normas prudenciais hoje aplicadas ao sistema bancário. Isso porque os riscos na liquidação das transações será reduzido significativamente, como antes demonstrado, permitindo que seja reduzida a exigência de capital dos bancos. Vale dizer, crescerá a capacidade de alavancagem do sistema financeiro nacional e, em consequência, a capacidade de geração de crédito, o que vem ao encontro dos anseios ao leitor mencionado no artigo. (...) Por fim, cabe registrar que, através de seus vários projetos (por exemplo, a redução do *spread* bancário e reformulação da supervisão bancária), dentre os quais se inclui o do SPB, o BC tem procurado remover os obstáculos que fazem com que o percentual de crédito aplicado à produção seja baixo no Brasil” (NASSIF, 2001).

<sup>23</sup> Sabe-se, ademais, que o projeto de mudança da legislação falimentar é muito mais amplo, num enfoque de reformulação que privilegia “soluções de mercado”, com a incorporação e fusão das empresas, diminuindo-se o custo social das quebras. No que toca ao aspecto concorrencial e ao setor bancário, certamente é uma questão a ser analisada e sopesada pelo CADE, nos moldes de uma análise econômica da falência (custos e benefícios de um ato de fusão diante de tal situação). Pelo aspecto inovador e no que se refere às idéias de uma regulação da falência, veja-se a opinião de Ulhoa COELHO: “A recuperação judicial não pode significar, como visto, a substituição da iniciativa privada pelo juiz, na busca de soluções para a crise da empresa. Se a sobrevivência de determinada organização empresarial em estado crítico não desperta o interesse de nenhum agente econômico privado (empreendedores ou investidores), então, em princípio, as suas perspectivas de rentabilidade não são atraentes, quando comparadas com as demais alternativas de investimento. Ora, se assim é, ninguém vai perder dinheiro, investindo naquele negócio. Contudo, pode ocorrer de a solução de mercado não se viabilizar por alguma disfunção do sistema econômico, como no exemplo do valor idiossin-

crático. Nesse caso, e com o objetivo de garantir o regular funcionamento das estruturas do livre mercado, pode e deve o juiz atuar. Note-se, a solução da crise não é dele, sequer deve ser aprovada por ele; o papel do estado-juiz deve ser apenas o de *afastar os obstáculos ao regular funcionamento do mercado*” (COELHO, 2002).

<sup>24</sup> Muito significativa é esta reflexão de Celso CAMPILONGO no julgamento do caso Finasa: “A economia pode ser considerada uma enorme zona de transferência de riscos: riscos de investimento, riscos de crédito, riscos de prejuízo. E, talvez por isso, o risco da perda de mercado seja, freqüentemente, uma conseqüência quase certa da aversão aos riscos. O mercado bancário redistribui riscos em diferentes esferas: o Banco Central regula alguns desses riscos; o mercado interbancário outros; e os bancos comerciais, nas relações com seus clientes, gerem ainda outros tipos de riscos. Mas os perigos do sistema bancário não residem apenas nas questões de solvibilidade. Os riscos também são enormes no campo dos abusos de poder econômico – notadamente se considerada a posição central que os bancos ocupam no interior do sistema capitalista. *Qual seria a razão, jurídica ou econômica, para, em nome do ‘risco sistêmico’, franquear espaços aos riscos de abuso do poder econômico? Nem a Constituição nem o mercado autorizam esse cálculo pouco prudencial, para usar a linguagem da regulação bancária, e nada razoável, para mencionar a racionalidade antitruste*” (BRASIL. CADE. *Ato de Concentração nº 08012.006762/2000-09*).

<sup>25</sup> SALOMÃO FILHO, com propriedade, traça o resumo do *leading case*: “Trata-se do questionamento de uma política de preços de vinho vigente no Estado da Califórnia. Os produtores e atacadistas de vinho deveriam registrar *fair trade contracts* ou tabelas de preços perante o Estado, que cuidava de aplicá-las, cominando multas e até cancelar a licença dos infratores. Na decisão (447 US 97 (1980)), a Corte Suprema Americana (*Supreme Court*) alegou que, embora o Estado da Califórnia autorizasse o estabelecimento de preços, ele não estabelecia preços, revisava tabelas ou regulava os termos do *fair trade contracts*. O Estado parecia não se preocupar com as condições de mercado, com a defesa da concorrência e dos consumidores, e, por isso, as leis antitruste eram aplicáveis a este caso”.

<sup>26</sup> O caso emblemático da teoria do poder amplo decidido pela Suprema Corte é “*United States vs. National Association of Securities Dealers, Inc.*” (422 US 694 (1975)).

<sup>27</sup> No direito norte-americano, o caso paradigmático de discussão da não imunidade do setor bancário à aplicação das regras de concorrência é *United States v. Philadelphia National Bank* (374 U.S. 321) (1963). Pode se citar também como casos referenciais: *United States v. First City Nat. Bank* (386 U.S. 361) (1967) e *United States v. Thrird Nat. Bank*

(390 U.S. 171) (1968). No âmbito do direito da União Européia, o caso modelar é Gerhard Züchner (172/80). Decisão da Comissão de 14 de julho de 1981.

<sup>28</sup> A análise de Sampaio ROCHA: “O conjunto de medidas preventivas foi bem sucedido em evitar o contágio de instituições saudáveis e impedir a deflagração da crise sistêmica, permitindo que a reestruturação ocorresse de forma praticamente indolor para os depositantes e com custo fiscal reduzido para o governo, se comparado com a experiência internacional de crises bancárias. Nas palavras de Carvalho: ‘o que poderia ter sido uma crise sistêmica parece ter se tornado apenas uma situação de *distress*, ainda que severa (1998: 323)’” (EVOLUÇÃO da Concentração Bancária no Brasil, 2001, p. 13).

<sup>29</sup> “Vários elementos sugerem que a tendência de aquisição de bancos médios regionais com presença no varejo por grandes instituições nacionais deverá persistir a médio prazo. O aumento do investimento estrangeiro, seja por meio de entrada de instituições estrangeiras ou do aumento do capital investido em empresas locais, deverá precipitar a reação das instituições nacionais. O aprimoramento da regulação prudencial aumentou as diversas exigências quanto ao volume de capital requerido. Novos produtos e tecnologias aumentam a escala mínima viável das operações, enquanto a convergência para bancos universais estimula a fusão das instituições bancárias com atuação complementar. Por fim, a eventual redução dos juros, à medida que diminua o lucro unitário das operações de crédito, deverá naturalmente eliminar bancos ineficientes, diminuindo o número de instituições financeiras (...) *Este efeito [de aquisições] poderá ser mais acentuado em áreas específicas e poderá ocorrer tanto na forma de elevação de tarifas dos serviços para pessoas físicas ou na retração de crédito para micros e pequenas empresas*” (CAMPILONGO et al., 2002, p. 285).

<sup>30</sup> Neste texto, já se referiu algumas vezes sem distinção ao controle de estruturas e ao controle de condutas. É certo que os processos analisados pelo CADE, em especial o caso Finasa, debateram o controle de estrutura, ou seja, a competência para o julgamento dos atos de concentração. Daí a razão para modelagem institucional no que se refere ao controle estrutural, tal como ocorre com as demais agências reguladoras. No entanto, como se vê, o texto almeja conferir amplitude ao tema, introduzindo também a discussão do controle de condutas. No que toca ao controle repressivo (condutas), pode parecer inexistir qualquer razão de conflito, uma vez que as disposições da Lei nº 4.595/64 referem-se aos processos de fusão e incorporação. Ledo engano. Embora o controle das estruturas seja essencial, é a apreciação de condutas que poderá trazer os debates mais acalorados, em especial no

que se relaciona com o estabelecimento das taxas de juros. Pergunto: até que ponto poderá o CADE apreciar uma concertação para a fixação das taxas de juros? É possível um cartel das instituições financeiras? Até onde vai a regulação prudencial do BC e a atuação livre das instituições financeiras sujeitas ao controle concorrencial? Somente a título ilustrativo, confirma o paradigmático caso Van Eycke julgado pela Comissão Européia (Processo 267/86) e notícia publicada no Jornal do Brasil de 05.08.2002: “Banco na mira por formação de cartel”.

### Bibliografia

- ACCIOLY, Elizabeth. *Mercosul e União Européia: estrutura jurídico-institucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001. 221 p.
- ANDREZO, Andrea Fernandes; LIMA, Iran Siqueira. *Mercado financeiro: aspectos históricos e conceituais*. São Paulo: Pioneira, 1999. 338 p.
- BALDWIN, Robert et al. *A reader on regulation*. Oxford: Oxford University Press, 1998. 522 p.
- BANKING reform and regulatory relief: developments in banking law: 2000. Boston University, 2001. 9 p. Disponível em: <<http://www.westlaw.com>>. Acesso em: 14 dez. 2001.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União. *PARECER Nº AGU/LA-01/2001*.
- \_\_\_\_\_. Banco Central do Brasil. *PARECER/2000/00762/DEJUR/PRIRE*.
- \_\_\_\_\_. CADE. *Ato de Concentração nº 08012.006762/2000-09*. Voto vista do Conselheiro Celso Campilongo.
- BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. 1. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1982. 472 p.
- BRITO, Beatriz Gontijo de. *Concentração de empresas no direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 241 p.
- CADE/ASBACE. *Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário*. Brasília: ASBACE, 1999.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes et al. (Coord.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002. 606 p.
- CHANCELLOR, Edward. *Salve-se quem puder: uma história da especulação financeira*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *O futuro do direito falimentar: o mercado versus o Poder Judiciário*. Disponível em: <<http://www.ulhoa-coelho.adv.br>>. Acesso em: 29 ago. 2002.
- COMPETITION Policy in Subsidies and State Aid. Paris: Organisation for Economic Cooperation and Development, 2001. 193 p. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/clp>>. Acesso em: 17 jun. 2002.
- CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2001. 159 p.
- DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. 264 p.
- EL NUEVO acordo de capital de Brasília. Disponível em: <<http://www.bis.org>>. Acesso em: [2001?].
- EVOLUÇÃO da Concentração Bancária no Brasil. Notas Técnicas do Banco Central do Brasil. n. 11. nov. 2001. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: [2001?].
- ENHANCING the Role of Competition in the Regulation of Banks. Paris: Organisation for Economic Cooperation and Development, 1998. 428 p. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/clp>>. Acesso em: 29 jul. 2002.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 382 p.
- \_\_\_\_\_. *Lei de proteção da concorrência*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 492 p.
- FORGIONI, Paula A. *Fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 435 p.
- GLOSARIO básico de defesa da concorrência. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.Br/seal/documentos/glossario.html>>. Acesso em: [2001?].
- JUROS e Spread bancário no Brasil. Banco Central do Brasil. out. 1999. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: [200-?].
- LASTRA, Rosa María. *Banco Central e regulamentação bancária*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 232 p.
- LOBO, Carlos Baptista. *Concorrência bancária?* 1. ed. Coimbra: Almedina, 2001. 705 p.
- MARTÍNES LAGE, Santiago. ¿Órganos sectoriales de defensa de la competencia?: boletín. *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, [S.l.], n. 128, p. 1, nov. 1997.
- MERGERS in financial services. Paris: Organisation for Economic Cooperation and Development, 2000.

- 308 p. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/clp>>. Acesso em: 17 jul. 2002.
- NASSIF, Luis. Comentários aos artigos ‘A hora de discutir o SPB’. Folha de São Paulo, São Paulo, p. 6, 7, 21 set. 2001. Disponível em: <<http://www.bcb.com.br>>. Acesso em: 26 ago. 2002.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução do direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- OLIVEIRA, Gesner. Defesa da concorrência e regulação: o caso do setor bancário. [S. l.]: *EAESP/FGV/NPP – Núcleo de Pesquisas e Publicações*, 2000.
- ORSI, Ricardo Vieira. A transformação do papel do Estado frente às crises bancárias no Brasil: uma perspectiva da análise econômica do direito. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo: RT, ano 2, n. 5, p. 43-85, maio. /ago. 1999.
- POSNER, Richard A. *Antitrust law: an economic perspective*. 1. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1976. 262 p.
- \_\_\_\_\_. *Economic analysis of law*. 4. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1992.
- \_\_\_\_\_. *El análisis económico del derecho*. 1. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. 682 p.
- \_\_\_\_\_. The behavior of administrative agencies. *The Journal of Legal Studies*, v. I, p. 305-347, jun. 1972.
- RELATIONSHIP Between Regulators and Competition Authorities. Paris: Organisation for Economic Cooperation and Development, 1999. 332 p. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/clp>>. Acesso em: 16 jun. 2002.
- ROCHA, Bolívar Moura. Articulação entre regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência. *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*, São Paulo, v. 5, n. 7, 1998.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 159 p.
- \_\_\_\_\_. *Regulação e concorrência: estudos e pareceres*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SEAE: Secretaria de acompanhamento econômico. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/seae>>. Acesso em: [2001?].
- STIGLER, George J. The theory of economic regulation. *Bell Journal of Economics and Management Science*, 1971. Disponível em: <<http://www.ipcreators.org/pdf-files/stigler%20on%20regulation.pdf>>. Acesso em: 4 set. 2002.
- SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. 406 p.
- SYMONS JÚNIOR, Edward L. The United States banking system. *Brooklyn Journal of International Law*, 1993. Disponível em: <<http://www.westlaw.com>>. Acesso em: 8 mar. 2002.
- VILLA-VERDE FILHO, Erasto. *A Função social do sistema financeiro nacional na Constituição de 1988*. 2000. Monografia (Especialização em Direito Econômico e das Empresas ) –Fundação Getúlio Vargas - FGV, Brasília, 2000.
- WISH, Richard. *Competition law*. London: Butterworths, 2001. 913 p.

# Considerações sobre a globalização e seus efeitos sobre o trabalho infantil

Bernardo Leôncio Moura Coelho

## Sumário

1. Introdução. 2. A globalização e as relações trabalhistas. 3. A questão do trabalho infantil e os efeitos decorrentes da globalização.

### *1. Introdução*

Este trabalho pretende, de forma simples, abordar a questão da globalização, de seus reflexos nas relações trabalhistas e de como o seu desenvolvimento, agregado a outros valores e procedimentos, favorece a utilização do trabalho infantil.

Os seus efeitos mais perversos são encontrados nos países subdesenvolvidos, onde há uma imensa massa de trabalhadores expulsos da rede produtiva, conseqüentemente de toda rede de proteção, e onde é necessária a participação de todos os membros da família na busca de fontes de sustento.

O Brasil, apesar de pertencer a um bloco de países que orbitam entre o desenvolvimento e o subdesenvolvimento e possuir uma legislação avançada de proteção à criança, também sofre os efeitos da globalização e da conseqüente precarização dos direitos, também resultado da ruptura do conceito de Estado-Nação, como será observado no decorrer do trabalho.

Segundo os dados do último PNAD – Programa Nacional de Amostragem por Domicílio, verificamos no Brasil um decréscimo na utilização das crianças no traba-

Bernardo Leôncio Moura Coelho é Procurador do Trabalho da 15ª Região – MPT, Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Membro da Coordenação Colegiada do Fórum Paulista de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil.

lho, mas ainda ostentamos a marca de mais de seis milhões de crianças trabalhando, de forma contínua ou não. Contudo, esse processo de decréscimo encontra-se estabilizado, sendo que a maior parte da redução ocorreu nos primeiros anos da última década.

A pobreza ainda é a causa principal do trabalho infantil, sendo necessária a implementação de políticas públicas que possibilitem o acesso das famílias a programas geradores de renda para que o ciclo perverso da pobreza não se eternize. Sabemos que uma criança que não teve acesso ao ensino formal tende a repetir o ciclo de vida de sua família.

Algumas iniciativas vêm sendo tomadas, mas é necessário um trabalho conjunto para que os efeitos da globalização não empurrem essas crianças para o trabalho.

## 2. A globalização e as relações trabalhistas

Poderíamos conceituar a globalização como o processo pelo qual o espaço mundial adquire unidade (MAGNOLI, 1997, p. 7). Todavia, esse fenômeno não é novo; pode-se marcar seu início com as grandes navegações, por meio das quais os grandes países buscavam a unidade do comando político. O que chama a atenção é sua aceleração, que segue o mesmo ritmo de toda a evolução da ciência e da tecnologia.

No início da Revolução Industrial, na Inglaterra, como reação à perda de postos de trabalho pela introdução das máquinas nas linhas de produção, aconteceu o Movimento Ludita, que consistia na destruição, na madrugada, das máquinas utilizadas, pretendendo, com isso, a manutenção de empregos e modo de vida.

A reação dos trabalhadores acontece novamente, com diferentes proporções, ao processo de globalização e flexibilização da economia.

Os postos de trabalho fechados não estão sendo recriados após o ciclo econômico de estagnação e, quando criados, não atendem ao movimento crescente da população,

tendo Ives Gandra MARTINS (1996, p. 591) acentuado suas causas:

“Entendo que há um desemprego estrutural decorrente de três causas principais, a saber: globalização da economia, falência do Estado e obsolescência do Direito. E há, no Brasil, um desemprego conjuntural decorrente do Plano Real, que implica perda da competitividade nacional perante o concorrente estrangeiro, por força da defasagem cambial, carga tributária excessiva e juros mais elevados que no mercado mundial.

O desemprego estrutural é evidente. A globalização da economia, no momento irreversível, leva a uma competitividade selvagem, em que a máquina afasta o homem e a tecnologia substitutiva cresce em proporção geométrica contra a progressão aritmética de criação de empregos, mesmo em havendo desenvolvimento econômico”.

Neste ponto, é necessário que façamos a distinção entre desemprego estrutural e desemprego conjuntural.

O desemprego estrutural consiste no alijamento de massas da população do mercado de trabalho por períodos longos, ao passo que o desemprego conjuntural é provocado pelas fases de recessão do ciclo econômico.

Os jovens são particularmente atingidos pelo desemprego estrutural, que elimina as portas de acesso às grandes corporações e cria uma descontinuidade entre o aprendizado profissional e o ingresso na carreira (MAGNOLI, 1997, p. 65).

Quanto aos efeitos da globalização nas relações de trabalho, Ermida URIARTE (apud BELTRAN, 1997, p. 492-493) avalia que podem ser sistematizados em três grandes grupos: efeitos supostamente positivos, efeitos negativos e efeitos imponderáveis *a priori*.

Os efeitos negativos são os primeiros a serem sentidos, como o desemprego. Outras práticas também serão sentidas, destacando-se que “outro efeito social negativo da integração, prevê-se, é o risco do *dumping social*.”

Algumas empresas serão tentadas a procurar competitividade às custas das condições de trabalho, e o que é pior, com a tolerância e, quiçá, o incentivo de alguns governos” (URIARTE apud BELTRAN, 1997, p. 492).

Como nos fala Octávio IANNI (1997), “a globalização do mundo expressa um novo ciclo de expansão do capitalismo, como modo de produção e processo civilizatório de alcance mundial. Um processo de amplas proporções envolvendo nações e nacionalidades, regimes políticos e projetos nacionais, grupos e classes sociais, economias e sociedades, culturas e civilizações”.

Essa recriação do capitalismo implica a compreensão de novas tecnologias, novos produtos, numa reagrupação das forças produtivas: capital, tecnologia, força de trabalho e divisão do trabalho.

O antigo processo de organização do trabalho e da produção, baseado no fordismo, passa a ser flexibilizado para um padrão mais sensível às novas exigências do mercado mundial, combinando produtividade, inovação e competitividade, desterritorializando coisas, gentes e idéias.

Ao mesmo tempo em que ocorrem mudanças no capital, que perde suas fronteiras, ele traz consigo a criação e reprodução de desigualdades, carências, inquietações, tensões e antagonismos.

A globalização conspira contra o desenvolvimento, na medida em que os países ricos sempre dominarão as relações globalizadas, utilizando-se dos países subdesenvolvidos para a produção de seus projetos.

As normas não têm a capacidade de transformar a realidade social. Elas cristalizam relações sociais em determinados momentos. Se existir uma distância entre a norma e a realidade social, a aplicação da norma pode deixar às claras a realidade social nua e crua.

### 3. A questão do trabalho infantil e os efeitos decorrentes da globalização

As conseqüências da globalização dependem, em grande parte, da estruturação

da sociedade. Quanto pior a distribuição de renda, maior os malefícios, tendendo a aumentar o fosso das desigualdades.

São poucas as formas de vida e trabalho, de ser e imaginar, que permanecem incólumes diante da atividade predatória do mercado, empresas, forças produtoras e capital.

É importante ressaltarmos que a globalização que está em emergência não é apenas a econômica. Ela é, com certeza, a âncora de todo o processo, mas seus efeitos espraiam o mero fato econômico para influenciar outros ramos, que geram efeitos que atingem o trabalho infantil.

A globalização jurídico-política, “consistente no deslocamento da capacidade de formulação, de definição e de execução de políticas públicas, antes radicada no Estado-Nação, para arenas transnacionais ou supranacionais” (FREITAS JÚNIOR, 1997, p. 210), decorre da globalização econômica e seus efeitos alcançam o poder soberano dos Estados Nacionais.

Esse deslocamento da formulação, definição e execução de políticas públicas para a *transnational corporation* resulta no fenômeno da soberania relativa, na qual o Estado-Nação entra em crise pela superação das suas fronteiras. Com a soberania relativa, vinda com a globalização, o Estado-Nação perde seu poder de autogoverno, sua auto-gestão termina, sendo seu papel exercido pela *transnational corporation*.

Essa nova reorganização do mercado traz mudanças na concepção de trabalho infantil.

O trabalho é um instrumento de realização da pessoa humana. Entretanto, com relação à criança e ao adolescente, subordina-se a outros valores mais fundamentais, tais como: o direito de ser criança, direito à educação, ao convívio familiar, à saúde, ao lazer, à fantasia.

Esses são valores que não podem ser sacrificados em hipótese alguma, sob pena de danos irreparáveis ao desenvolvimento físico e psicossocial da criança e do adoles-

cente, e que exigem políticas públicas e ações de todos os segmentos da sociedade.

Após a promulgação da Emenda Constitucional nº 20, alterou-se a idade mínima para admissão ao trabalho. O início do trabalho será apenas aos 16 anos, podendo ocorrer um contrato de aprendizagem a partir dos 14 anos, sob severa regulamentação.

Seria muita ingenuidade supor que apenas a fiscalização por parte dos órgãos públicos e entidades civis seria capaz de resolver o problema do trabalho infantil, pois comportamentos e mitos profundamente enraizados na cultura da sociedade não se eliminam apenas com a ação fiscalizatória.

Há relatos de crianças que querem trabalhar e fazem manifestações contra as proibições. *Mas não é porque querem é que podem*, pois nem elas nem os adultos sabem dos riscos do trabalho infantil.

As crianças são mais suscetíveis para lesões, prejuízos, ferimentos e doenças relacionadas ao trabalho, realizando as mesmas tarefas do adulto. Segundo GRUNSPUN (2000), “enfrentam perigos ou são corajosos não porque são heróis, mas porque são mentalmente imaturos”.

Todo ambiente de trabalho, em maior ou menor grau, apresenta riscos específicos para a saúde e integridade física do trabalhador. Esses riscos são mais evidentes para a criança, por seu organismo ser mais vulnerável.

Ao contrário do que se imagina, a proporção de crianças que participam na atividade econômica é muito maior nas áreas rurais do que nos centros urbanos.

A agricultura é um dos setores que oferecem maiores riscos para a saúde e integridade física do trabalhador precoce, decorrentes especialmente do seguinte: ferramentas manuais (foice, enxada, facão, etc.), veículos e implementos agrícolas (tratores, colhedoras, carretas, etc.), animais, máquinas e instalações (motores, eletricidade), contato com agrotóxicos, esforços físicos quase constantes, exposição prolongada ao calor, ao sol, ao vento, a poeiras e a inse-

tos, exposição a enfermidades endêmicas e parasitárias.

Segundo dados da Organização Internacional do Trabalho, em algumas localidades, a morte produzida por envenenamento, decorrente do uso de pesticidas, é superior a outras mortes por doenças.

A indústria de um modo geral também apresenta sérios riscos ocupacionais para o adolescente: ambientes de trabalho fechados, com calor excessivo ou mal iluminados, sem ventilação, mobiliário inadequado, posturas incorretas, ruído excessivo, presença de contaminantes atmosféricos (gases, vapores, poeiras), máquinas sem proteção, jornada de trabalho excessiva e sem descanso, levantamento de peso excessivo, instalações sanitárias inadequadas e sem higiene, tarefas monótonas e repetitivas, má organização do trabalho (ritmo acelerado, ganho por produção, horas extras, etc.).

O comércio e a prestação de serviços oferecem menores riscos que a agricultura e a indústria, mas também podem causar sérios danos à saúde e à integridade física do adolescente, como: tarefas repetitivas, excesso de jornada de trabalho, mobiliário inadequado, trabalho noturno, risco de atropelamento pelo exercício de atividades em vias de trânsito de veículos.

O próprio trabalho em escritórios, aparentemente inofensivo, oferece uma série de riscos decorrentes do chamado “prédio doente”, como, por exemplo, bronquite, pneumonia, rinite e faringite decorrentes do ar condicionado sem manutenção.

O trabalho precoce, além dos perigos físicos, apresenta repercussões no psiquismo da criança.

Estudos têm indicado que condições e determinados modos de organização do trabalho podem estruturar determinados modos de sofrimento psicológico. A vivência da obrigatoriedade do trabalho quando o indivíduo mal ultrapassou a fase de socialização primária; a vivência da escolarização e do trabalho, ou apenas este último,

quando a criança deveria estar se preparando formalmente para oferecer uma mão-de-obra mais qualificada.

A criança assume responsabilidades com a própria sobrevivência ou a do grupo, num momento em que estrutura sua identidade e autoconfiança.

Mas como a globalização atinge o trabalho infantil?

Com a globalização e o aumento da concorrência internacional, as empresas empregam mão-de-obra de ilegais, com baixo salário. A maioria dos baixos salários é para as mulheres. Entretanto, em diversos países, as empresas internacionais empregam crianças que executam trabalhos como exploração para baixar os preços dos produtos e ganhar da concorrência. Nesses países, as crianças não são obrigadas a ir para a escola e se especializam em tarefas que interessam às empresas globalizadas. São exemplos dessa exploração a fabricação de tênis e bolas de futebol, amplamente divulgados pelos meios de imprensa em todo o mundo.

Essa exploração ocorre também nos chamados *sweatshops*, onde crianças fazem o acabamento em casa de roupas, calçados, bolsas, cintos, de produtos das fábricas onde os pais trabalham ou recolhidos em outras fábricas ou oficinas. Com a terceirização, os pais são contratados para executar o trabalho em casa e o executam com o auxílio dos filhos ou os trabalhos são executados em grande parte por crianças.

Essa situação perdurou por muito tempo no setor calçadista da cidade de Franca-SP, onde os pais, retirados da proteção laboral pelos efeitos da terceirização desenfreada que atingiu a produção, foram forçados a prestar serviços em suas casas, por preços muito inferiores aos que receberiam caso fossem contratados. Para que o sustento da família seja conseguido, todos devem ser engajados na produção, não se excluindo os próprios filhos.

A pobreza ainda é a causa principal do trabalho infantil, mas a demanda para essa

mão-de-obra constitui um dos importantes fatores que impulsionam as crianças ao trabalho precoce. Os empregadores recorrem à mão-de-obra infantil por diversas razões, seja por seu menor custo, ou seja, redução de despesas para poder colocar o produto no mercado pelo menor preço, seja por outras razões não econômicas, como por sua destreza no desenvolvimento de certos trabalhos (“dedos ágeis”).

“Entre las muchas razones no pecuniarias se cuenta sobre todo el hecho de que los niños desconocen más sus derechos, son menos rebeldes y están más dispuestos a acatar las órdenes y a hacer un trabajo monótono sin quejarse [...] son más dignos de confianza y menos proclives a robar; y es menos probable que se ausenten del trabajo. La proporción menor de absentismo de los niños es especialmente interesante para los empleadores del sector no estructurado, en el cual se trabaja por jornadas y en forma ocasional, por lo que hay que encontrar cada día a todos los trabajadores necesario” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1996, p. 22).

O setor citrícola paulista, utilizando-se do mesmo discurso, empregava crianças na colheita de laranjas, havendo dados da utilização delas mesmo por cooperativas de trabalho nas fazendas das grandes produtoras.

A utilização de cooperativas, na realidade falsas cooperativas na maioria dos casos, buscava apenas a redução de custos na contratação de mão-de-obra sempre empregada para colheita dos produtos, para possibilitar a entrada dos produtos com preços mais baixos no mercado internacional globalizado.

Esses problemas geraram repercussões não só dentro de nossa sociedade, com ações desenvolvidas pela sociedade civil e pelos órgãos responsáveis pela fiscalização e controle, mas também no exterior.

Para especialistas, a mudança na idade mínima, com a adoção de dezesseis anos, é distante da realidade, tornando-se combustível para campanhas internacionais contra produtos brasileiros. O país condena o trabalho de menores de 16 anos, mas não consegue coibi-lo e ainda fatura divisas com a exportação de produtos que embutem a mão-de-obra infantil. Logo, torna-se alvo de retaliações.

Nesse sentido, pelo menos quinze setores responsáveis por um quarto das exportações brasileiras poderiam ser atingidos por algum tipo de represália.

Recentemente, congressistas estadunidenses manifestaram-se sobre o tema, alguns defendendo medidas retaliatórias ao Brasil por manter práticas imorais e injustas, referindo-se ao trabalho infantil.

É preciso atentar para o fato de que esses discursos também se encontram embutidos de condutas que buscam justificar medidas protetivas para os produtos produzidos no país, como ocorre hoje com a produção de aços planos. Esse alerta foi dado pelo então Ministro das Relações Exteriores Luiz Felipe LAMPREIA (2000) ao enunciar que “[o Brasil] não pode aceitar que legítima preocupação da sociedade civil seja transformada em novas formas de protecionismo”. Todavia, apresentam um importante elemento de alerta para os exportadores.

“Os consumidores nos países desenvolvidos eram alertados para o fato de, sem saber, estarem comprando artigos fabricados por empresas inescrupulosas, cujas condições de trabalho estavam abaixo dos padrões geralmente aceitos, e, por isso, poderiam estar contribuindo para a exploração de seres humanos” (USP/OIT, p. 8).

Como resultado dessas pressões, foram criados selos sociais para certificar a não ocorrência de trabalho infantil na cadeia produtiva dos produtos de determinado ramo econômico.

No Estado de São Paulo, temos o selo “Empresa Amiga da Criança”, da Fundação Abrinq pelos Direitos da Criança, e o

“Selo Pró-Criança”, do Instituto Pró-Criança de Franca.

O selo “Empresa Amiga da Criança”, da Fundação Abrinq pelos Direitos da Criança, foi criado em 1995 com a finalidade de conferir selo social a empresas que se comprometessem a não empregar crianças e adolescentes em idade abaixo da permitida, a divulgar a legislação sobre o emprego de crianças e adolescentes e a operar ou financiar ações em benefício de crianças. Apesar da certificação concedida, não há monitoramento da existência de trabalho infantil nas empresas certificadas, funcionando mais com papel de mobilização da sociedade. “Este é um dos aspectos mais controversos, e, para muitos, a falha principal do Programa” (USP/OIT, p. 43).

O selo “Pró-Criança”, do Instituto Pró-Criança de Franca, foi criado em 1996, restrito à indústria calçadista, após as denúncias de trabalho infantil na confecção de calçados naquela cidade. Para ingresso no programa, a empresa deve firmar um compromisso de que não emprega crianças e não contratará de terceiros que o fazem, especialmente das “bancas”.

A globalização é um processo irreversível e do qual nenhum país conseguirá escapar. Mas é necessário frisarmos que o capitalismo global favorece muito mais os países industrializados, que detêm o capital necessário para funcionar a engrenagem do comércio mundial, do que os países em desenvolvimento, que necessitam de capital para crescerem. Somente quando houver igualdade entre os países será possível avaliarmos as consequências do processo que nos assola; mas, como essa situação é idílica, sempre estaremos correndo atrás da nossa sombra, com o ser humano a serviço da economia.

### *Bibliografia*

BELTRAN, Ari Possidônio. Flexibilização, globalização, terceirização e seus impactos nas relações

- de trabalho. *Revista LTr*, v. 61, n. 4, p. 490-495, abr. 1997.
- BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Trabalho precoce: o que é e por que evitar*. Brasília: MTE, 2000.
- COELHO, Bernardo Leôncio Moura Coelho. A fiscalização do trabalho na globalização: o caso brasileiro. *Revista LTr*, v. 62, n. 1, p. 54-58, jan. 1998.
- FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues. Globalização e integração regional: horizontes para o reencontamento do direito do trabalho num quadro de crise do Estado-Nação. *Revista LTr*, v. 61, n. 2, p. 205-213, fev. 1997.
- GRUNSPUN, Haim. *O trabalho das crianças e dos adolescentes*. São Paulo: LTr, 2000.
- IANNI, Octávio. *A era do globalismo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.
- LAMPREIA, L. Felipe. Presidente critica sanção comercial. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 21 jan. 2000.
- MACIEL, José Alberto Couto. A globalização da economia e a redução de direitos trabalhistas. *Revista LTr*, v. 61, n. 4, p. 467-470, abr. 1997.
- MAGNOLI, Demétrio. *Globalização: Estado nacional e espaço mundial*. São Paulo: Moderna, 1997.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. O desemprego estrutural e conjuntural. *Revista LTr*, v. 60, n. 5, p. 591-592, maio 1996.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *El trabajo infantil: lo intolerable en el punto de mira*. Genebra: OIT, 1996.
- UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO/ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *O selo social contra o trabalho infantil: experiências brasileiras*, [S.l.: s.n.]: [19- -?].

# O poder constituinte originário e o poder constituinte reformador

José Elaeres Marques Teixeira

## Sumário

1. Introdução. 2. Poder constituinte originário: função. 2.1. Natureza. 2.2. Limites. 3. Poder constituinte reformador: função. 3.1. Natureza. 3.2. Limites temporais. 3.3. Limites circunstanciais. 3.4. Limites materiais. 3.4.1. Correntes doutrinárias sobre limites materiais de revisão. 3.4.2. Limites materiais explícitos e implícitos. 4. Conseqüências da inobservância dos limites do poder constituinte originário e reformador. 5. Considerações finais.

## 1. Introdução

O poder constituinte é um dos temas centrais do constitucionalismo moderno, sempre presente em qualquer estudo a respeito das origens da Constituição, daí a relevância da investigação científica sobre a concepção que dele se tem. Com essa idéia, procurar-se-á explicitar, neste texto, as funções, a natureza e os limites do poder constituinte originário e reformador. Tratar-se-á com especial destaque dos limites materiais do poder constituinte reformador, um dos problemas mais difíceis na temática constitucional e sobre o qual há sérias divergências entre os publicistas. Ao final, um breve resumo dos pontos abordados e das posições doutrinárias identificadas envolvendo o tema.

José Elaeres Marques Teixeira é Procurador Regional da República em Brasília e Mestrando em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.

## 2. Poder constituinte originário: função

No período da revolução francesa, SIEYÈS (1988, p. 114-115), um dos principais teóricos do poder constituinte, escreveu que há três momentos na formação das sociedades políticas. No primeiro momento, um número considerável de indivíduos manifesta intenção de agrupar-se: aí já surge a nação e os direitos próprios dela. O poder tem origem nesse momento, em razão do jogo de *vontades individuais*. No segundo momento, surge a *vontade comum*, que é a de dar consistência à associação. Para isso, tais indivíduos escolhem entre eles alguns para atuarem como um *corpo de delegados*, porquanto, por serem numerosos e geograficamente dispersos, não detêm condições de implementar a *vontade comum*. A esse *corpo de delegados* é conferida porção necessária do poder total da nação para que estabeleçam mecanismos necessários à manutenção da boa ordem. O terceiro momento é caracterizado pela manifestação da *vontade comum representativa*, a qual não é exercida, portanto, por direito próprio, mas como direito de outrem.

No segundo momento desse processo é que nasce a Constituição, como obra do poder constituinte originário, cuja principal função é positivizar a *vontade comum* da nação. Nessa tarefa, cabe-lhe adotar as decisões fundamentais sobre o modo e a forma de existência política da sociedade e, nas sociedades democráticas, estabelecer a separação de poderes, a forma de sua aquisição e de seu exercício, bem como os direitos fundamentais.

### 2.1. Natureza

Como expressão da vontade política da sociedade, o poder constituinte originário tem a natureza de *poder político*, porque exercido não com base em norma jurídica, mas fundamentado apenas na intenção natural da comunidade.

## 2.2. Limites

SIEYÈS (1988, p. 117), no seu texto de 1789, não é suficientemente claro sobre a existência de limites ao poder constituinte originário. Porém, nas entrelinhas, dá a entender que estaria ele limitado pelo Direito natural. Com efeito, ao mesmo tempo em que assevera que a “nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo”, e que a sua vontade é a própria lei, também admite que antes e “acima dela só existe o direito *natural*”.

Desse pensamento compartilha Jorge MIRANDA (1988, p. 87), quando afirma categoricamente que o poder constituinte está sujeito a limitações. Para ele, o poder constituinte não é um poder soberano, absoluto, no sentido de atribuir à Constituição todo e qualquer conteúdo, sem observar quaisquer princípios, valores ou condições. Ao contrário, está sujeito a limites *transcendentes*, provenientes “de imperativos de Direito natural, de valores éticos superiores, de uma consciência jurídica colectiva”, que não podem ser ultrapassados. Aponta os direitos fundamentais como parte desses limites e sustenta que não se poderia admitir como válido e legítimo “decretar normas constitucionais que gravemente os ofendessem”.

Carl SCHMITT (1996, p. 78) já não é desse entendimento. Segundo ele, o poder constituinte originário é soberano. E, no exercício dessa soberania, não está sujeito a limites outros que não aqueles estabelecidos por ele próprio. Assim, pode adotar todas as decisões que entender necessárias para o momento, como o faria uma ditadura. A propósito, atribui ele à assembléia constituinte a característica de uma “ditadura soberana”, na medida em que substitui todas as anteriores leis constitucionais por outras. Mas ressalva que, como não é soberana por si mesma, porque comissionada pelo povo, pode a todo momento, por uma ação política, ser desautorizada a prosseguir seu trabalho.

Identifica-se, na doutrina brasileira, como partidário dessa última posição, Pau-

lo BONAVIDES (2001, p. 179), para quem o poder constituinte originário é dotado de “competência ilimitada e soberana”.

### 3. Poder constituinte reformador: função

Porque a sociedade está em constante mutação, não se pode pretender uma Constituição imutável, não sujeita a alterações após a sua promulgação pela assembleia constituinte. É certo que tal idéia – a da imutabilidade da Constituição – foi defendida por alguns iluministas do século XVIII, que ingenuamente imaginaram possível uma Carta de princípios de baixo da qual a sociedade viveria para sempre. Mas, se a Constituição é resultado da *vontade comum* de um determinado grupo social, em havendo redirecionamento dessa vontade, há necessidade de reforma do seu texto. Do contrário, o caminho que restaria para os momentos de crise seria o da força e da violência.

Nessa perspectiva, o poder de reforma da Constituição tem caráter instrumental, no sentido de que a ele incumbe a defesa da Constituição, proporcionando os acertos e as acomodações necessárias em razão das crises políticas que invariavelmente ocorrem.

#### 3.1. Natureza

Como poder que tem origem na própria Constituição, o poder de reforma é um poder *derivado, jurídico e limitado*. *Derivado* porque decorre do poder constituinte originário; *jurídico* porque está contido na Constituição; e *limitado* porque um “corpo submetido a formas constitutivas só pode decidir algumas coisas segundo a Constituição” (SIEYÈS, 1988, p. 124).

Na doutrina, praticamente não há divergências sobre ser o poder de reforma um poder *derivado e jurídico*. O debate está em torno dos limites da reforma constitucional, especialmente dos limites materiais, como mais adiante se verá.

#### 3.2. Limites temporais

Via de regra, a reforma da Constituição pode ocorrer a todo tempo, bastando para isso apenas ambiente político favorável. É assim na maioria dos países. Porém, há casos em que a Constituição só admite alteração após certo tempo da sua promulgação, ou de tempos em tempos. Exemplos mais marcantes são os da Constituição francesa de 1791, que proibiu reforma no período das duas primeiras legislaturas que se seguiram à sua promulgação, e Constituição norte-americana, que no seu Artigo V estabeleceu: “(...) Nenhuma emenda poderá, antes do ano de 1808, afetar de qualquer forma as cláusulas primeira e quarta da Seção 9, do Artigo I (...)”.

A razão desse tipo de limitação, segundo Paulo BONAVIDES (2001, p. 176), é proporcionar a consolidação da “ordem jurídica e política recém-estabelecida, cujas instituições, ainda expostas à contestação, carecem de raiz na tradição ou de base no assentimento dos governados”.

#### 3.3. Limites circunstanciais

Os limites circunstanciais existem para vetar qualquer reforma em situações de crise institucional, que se caracterizam como excepcionais. Em razão do ambiente que se instaura nesses momentos, impróprios para o debate não tendencioso, fica impedida a alteração da Constituição. No caso brasileiro, a Constituição de 1988 estabelece não ser possível a sua emenda na vigência de intervenção federal, estado de defesa ou estado de sítio (art. 60, § 1º).

#### 3.4. Limites materiais

Os limites materiais têm que ver com o objeto da reforma. Certas matérias que estão na Constituição se tornam imutáveis, não podendo sofrer alteração. Assim, ficam os órgãos com competência para a reforma impedidos de sobre elas deliberar.

Notícia Jorge MIRANDA (1988, p. 152) que a primeira Constituição moderna a fixar limitações materiais ao poder de refor-

ma foi a norte-americana, a qual estabelece que nenhum Estado poderá ser privado, sem o seu consentimento, do direito de igualdade de voto no Senado, considerando os demais Estados ali representados (Artigo V), e que é garantida em cada Estado que compõe a União a forma republicana de governo (Artigo IV, Seção 4).

No Brasil, desde a Constituição de 1891, têm sido estabelecidas limitações materiais ao poder de reforma. Com efeito, verifica-se do seu art. 90, § 4º, que não poderiam “ser admitidos como objeto de deliberação, no Congresso, projetos tendentes a abolir a forma republicano-federativa, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado”. Limitações materiais da atual Constituição estão no art. 60, § 4º, segundo o qual não poderá ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

#### *3.4.1. Correntes doutrinárias sobre limites materiais de revisão*

Sobre os limites materiais de revisão, existem, basicamente, três correntes doutrinárias, a saber: 1ª) considera imprescindível o estabelecimento de limites materiais de revisão; 2ª) não admite limites materiais de revisão; 3ª) admite cláusulas de limites materiais, mas as considera suscetíveis de remoção, por meio da dupla revisão.

Para aqueles que se filiam à primeira corrente, o poder de revisão, porque poder constituído, não pode ir contra aquilo que o poder constituinte originário estabeleceu como fundamental, devendo “respeitar os preceitos que, explicitando uma proibição, denotam a consciência da idéia de Direito, do projecto ou do regime em que se corporiza” (MIRANDA, 1988, p. 166).

Para os adeptos da segunda corrente, não há diferença entre poder constituinte e poder de revisão. Ambos são a expressão da soberania do Estado e exercidos por representantes do povo. Também não há dife-

rença entre normas constitucionais originárias e supervenientes, porque o importante é que compõem a Constituição formal. Assim, vale a regra geral da revogabilidade das normas anteriores pelas posteriores.

Os que seguem a terceira corrente entendem que as normas de limites materiais de revisão podem ser modificadas e até mesmo revogadas. Com isso, estaria aberto o caminho para, após esse primeiro passo, “serem removidos os próprios princípios correspondentes aos limites” (MIRANDA, 1988, p. 168). Para estes, as cláusulas de limites materiais, enquanto estiverem em vigor, são de observância obrigatória; porém, tais como as demais normas constitucionais, podem ser objeto de revisão.

Sem admitir explicitamente que se filia à terceira corrente, Jorge MIRANDA (p. 173), porém, não atribui valor absoluto às cláusulas de limites explícitos, afirmando que tais cláusulas devem ter uma interpretação objetiva e atual, nada impedindo “que o processo de revisão – não a revisão – seja utilizado para uma transição constitucional”. Para sustentar sua posição, diz que há diferentes categorias de limites: umas que incluem princípios fundamentais; outras que, embora abrangidas pelos limites materiais, não se identificam com a essência da Constituição material (p. 176). Como por trás do poder de revisão está latente o poder constituinte originário, aquele pode converter-se neste e ser reconhecido como tal (p. 195-196).

Em sentido diverso é o entendimento de Paulo BONAVIDES (2001, p. 179), que sustenta não ter o poder revisor competência “para modificar o próprio sistema de revisão”. Segundo ele, somente o poder constituinte originário pode alterar o procedimento de reforma da Constituição. Essa é a posição seguida pela maioria dos publicistas, entre os quais Carl SCHMITT (1996, p. 114).

#### *3.4.2. Limites materiais explícitos e implícitos*

Os limites materiais explícitos são aqueles contidos em cláusulas da Constituição

que limitam a competência do poder revisor. Essas cláusulas, quanto ao alcance, podem ser gerais ou individualizadoras de certos princípios; e, quanto ao objeto, podem abranger toda e qualquer matéria constitucional. Jorge MIRANDA (1988, p. 155-156) inclui uma terceira classificação, atinente à natureza das cláusulas de limites, afirmando que elas podem ser específicas da revisão constitucional ou do próprio poder constituinte originário, na medida em que este também tem suas limitações.

Os limites materiais implícitos são aqueles contidos e identificados ao longo do texto constitucional, decorrentes dos princípios, do regime e da forma de governo adotados. Para Paulo BONAVIDES (2001, p. 178), tais limitações “são basicamente aquelas que se referem à extensão da reforma, à modificação do processo mesmo de revisão e a uma eventual substituição do poder constituinte derivado pelo poder constituinte originário”. Assim, não é possível, por exemplo, a revisão total da Constituição, embora não haja cláusula a respeito, ou a remoção de um simples artigo que, não obstante, abale os alicerces de todo o sistema constitucional. Em hipóteses como essas, configura-se o que se convencionou chamar de “fraude à Constituição”, porque, apesar de a forma ser observada, “altera-se o fundo ou a base dos valores professados” (BONAVIDES, 2001, p. 179).

#### *4. Conseqüências da inobservância dos limites do poder constituinte originário e reformador*

Para aqueles que adotam entendimento de que o poder constituinte originário está sujeito também a limites, a preterição destes equivale a uma revolução. No que se refere ao poder revisor, uma lei de revisão que estabeleça normas contrárias a princípios constitucionais abrangidos pelos limites materiais, explícitos ou implícitos, ou que insira no texto constitucional, como limites materiais expressos, princípios que se choquem com os princípios fundamentais é materialmente inconstitucional.

#### *5. Considerações finais*

O poder constituinte, tal como o concebemos hoje, tem como titular a nação, devendo ser a expressão da *vontade comum*, positivada na Constituição. Quando originário, tem natureza política; quando derivado, sua natureza é jurídica.

Há divergências na doutrina sobre os limites do poder constituinte originário. Enquanto alguns defendem que ele é soberano, sujeito apenas a limitações por ele próprio estabelecidas, outros sustentam que encontra limites no Direito natural.

No que toca ao poder constituinte derivado, identificam-se três tipos de limitações, quais sejam: limitações temporais, limitações circunstanciais e limitações materiais. O foco das divergências existentes se situa nessas últimas, havendo, nos extremos, aqueles que as defendem com fervor, não admitindo que sejam desrespeitadas em nenhuma hipótese, e aqueles outros que sustentam não ser possível a existência de normas insuscetíveis de revisão. Numa posição intermediária, estão os que toleram as limitações materiais, mas apregoam a possibilidade de serem removidas, por meio da dupla revisão. Ao lado das limitações materiais expressas, admite-se a existência de limites implícitos.

A revolução é apontada como equivalente ao desrespeito aos limites do poder constituinte originário e a inconstitucionalidade material, o resultado de uma norma que não atente para os limites do poder revisor.

#### *Bibliografia*

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1986.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (1787). *Constituição dos Estados Unidos da América*. Brasília, DF: Senado, 1987.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. t. II.

SCHMITT, Carl. *Teoria de la constitución*. Tradução de Francisco Ayala. 2. reimpressão. Madrid: Alianza, 1996.

SIEYÈS, Emmanuel. *A constituinte burguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

# Principais alterações do novo Código Civil referentes ao Direito das Coisas

Demóstenes Tres Albuquerque

## Sumário

1. Introdução. 2. Posse. 3. Propriedade. 4. Dos demais direitos reais. 5. Dos direitos reais de garantia. 5.1. Penhor. 5.2. Hipoteca. 5.3. Anticrese. 6. Conclusão.

### *1. Introdução*

O presente trabalho tem por objetivo fazer uma singela comparação entre o novo Código Civil e a legislação codificada anterior, na parte que trata do Direito das Coisas. O estudo não tem por escopo uma análise vertical, aprofundada, das questões novas colocadas pelo legislador, mas fazer uma investigação exploratória do novo Diploma em caráter horizontal e sem nenhum juízo de valor acerca das modificações. Não se trata de trabalho crítico, mas meramente descritivo.

A entrada em vigor da Lei nº 10.406/2002, que institui o novo Código Civil Brasileiro, trará algumas modificações em institutos já consagrados do direito privado, notadamente em relação ao direito das coisas.

Assim, buscou a Norma tomar partido em controvérsia doutrinária a respeito da natureza da posse, se direito ou mera situação de fato. Para a maioria dos autores, a posse é um direito real, ainda que não previsto como tal pelo antigo Código Civil. Outros, como Sílvia Rodrigues, ancorado na

Demóstenes Tres Albuquerque é chefe de Gabinete do Ministro Benjamin Zymler do Tribunal de contas da União.

lição de Ihering, entendiam-na como mera situação de fato, cujos efeitos eram regulados pelo Direito.

Ao regulamentar o instituto em título próprio, dentro do Livro que versa sobre Direito das Coisas, diferente do título que trata dos direitos reais, parece que a intenção da norma foi deixar evidente a opção legislativa de não incluir a posse como direito real, regulando apenas os efeitos dela decorrentes.

Novos institutos foram incorporados ao Código Civil, na parte que trata do Direito das Coisas. Foi concebido como direito real o direito de superfície. O direito decorrente da promessa de compra e venda foi expressamente incluído no rol dos direitos reais, acolhendo a orientação doutrinária e jurisprudencial a respeito da natureza deste instituto.

Ao mesmo tempo, determinados direitos classificados como reais pelo antigo Código não foram recepcionados pelo novo Diploma, tais como a enfiteuse e as rendas expressamente constituídas sobre imóveis. Isso não significa o desaparecimento desses institutos do ordenamento jurídico, tendo em vista que normas outras podem dispor a respeito. Apenas deixou o Código de regulamentar tais questões. Nesse ponto, cumpre destacar a existência de leis disciplinando o uso dos chamados terrenos de marinha, utilizando-se da enfiteuse para regular situações fáticas que se apresentam.

Foram incorporados, ainda, ao Código regras que se encontravam esparsas em legislação extravagante acerca de determinadas matérias, sem que tenha havido revogação expressa dessas normas, cuja vigência deverá ser verificada caso a caso. É o exemplo do condomínio edilício, da já citada promessa de compra e venda, da alienação fiduciária.

Determinadas matérias foram retiradas do Código Civil, por entender o legislador que já estavam suficientemente regulamentadas em leis específicas, tais como alguns

dispositivos relativos às ações possessórias, ao registro de imóveis etc.

Além disso, regras diversas de institutos mantidos pelo Código Civil, na parte que trata do Direito das Coisas, foram alteradas, consoante se observará a seguir.

## 2. Posse

O parágrafo único do art. 1.198 estabelece hipótese de presunção legal, segundo a qual quem apresente comportamento inicial em relação a determinado bem conservando a posse em nome de outrem e em cumprimento de ordens suas deve ser tido como detentor, até prova em contrário.

O art. 1.201, ao explicitar o que se considera como possuidor de boa-fé, apenas mencionou a ignorância a respeito do vício ou obstáculo que impede a aquisição da coisa, não mais mencionando o direito, que poderia ser objeto de posse, como fazia o art. 494, parte final. Nesse mesmo contexto, também não foi prevista forma de perda da posse dos direitos.

Não mais prevê, como forma de aquisição da posse, o constituto possessório, atendendo parte considerável da doutrina que entende que, por meio do referido instituto, não há perda da posse direta do bem, apenas da indireta, razão pela qual não há falar em aquisição.

O § 2º do art. 1.210, repetindo o que estabelece a parte inicial do art. 505, manteve a regra que não impede a manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa. Entretanto, não mais trouxe a regra inscrita na parte final do mencionado art. 505, segundo a qual não se deveria julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio. Buscou-se, dessa forma, sepultar as diversas questões doutrinárias que exurgiram com a redação do dispositivo, aparentemente dúbia, culminando na edição da Súmula nº 487 do Supremo Tribunal Federal, que, contudo, não espancou todas

as dúvidas acerca da correta interpretação do dispositivo *supra*.

Ao tratar da perda da posse, o novo Diploma procurou solução diversa do antigo, ao estabelecer regra geral, sem listar hipóteses concretas de extinção da posse.

Não falou a respeito da indenização por eventuais prejuízos sofridos pelo possuidor mantido ou reintegrado, sem que isso signifique, contudo, que não haverá essa obrigação por parte do esbulhador ou turbador. Apenas, deixou tal questão para ser regulamentada na parte específica do Código que trata das obrigações por atos ilícitos.

Também não foi repetida regra que permitia a reintegração de posse *inaudita altera pars*, deixando a questão para ser abordada pelas normas processuais. Nessa mesma seara, não foram tratadas as chamadas ações de posse nova e velha.

Outra norma referente à posse que não encontrou guarida no novo Código Civil diz respeito à possibilidade de o antigo possuidor cuja posse foi perdida ou furtada, de coisa móvel ou de título ao portador, reavê-la da pessoa que as detiver.

### 3. Propriedade

A nova legislação não mais traz definição de propriedade plena, não repetindo a regra contida no art. 525 do Código antigo.

Como já colocado, o novo Código Civil incluiu dois novos institutos no rol dos chamados direitos reais: a superfície e a promessa de compra e venda de imóvel (art. 1.225, II e VII).

O art. 1.228, por meio de seus parágrafos, traz ao Código Civil questão de há muito debatida e defendida pela doutrina e, invariavelmente, acompanhada pelos tribunais, no sentido de que o titular do direito de propriedade não pode abusar desse direito, devendo exercê-lo nos limites de sua necessidade, atendendo aos fins sociais da mesma.

O art. 1.230 esclarece que a propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e de-

mais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais, conformando a legislação infraconstitucional aos comandos exarados do Diploma Básico.

Esclarece, ainda, o parágrafo único do mesmo dispositivo que o proprietário do solo tem o direito de explorar os recursos minerais de imediato uso na construção civil, desde que não submetidos a transformação industrial.

A seção II do Capítulo I do Título III do Livro que trata do Direito das Coisas apresenta modificação apenas formal, ao alterar a denominação da invenção para descoberta. Nesse mesmo contexto, o parágrafo único do art. 1.234 fixa parâmetros para se chegar ao valor da recompensa devida ao descobridor de coisa perdida. Estabelece, ainda, o dever de a autoridade dar publicidade a respeito da descoberta (art. 1.236) e permite ao Município, nos casos em que o bem descoberto for de diminuto valor, abandonar a coisa em favor do descobridor (art. 1.237, parágrafo único), regras que não existiam no Código antigo. Não repetiu, por outro lado, o art. 610, segundo o qual não se considerava tesouro o depósito achado, caso alguém mostrasse que o achado lhe pertence.

Ao estabelecer normas sobre a aquisição da propriedade imóvel, o novo Diploma trouxe importantes inovações em relação ao usucapião. Reduziu o prazo do usucapião extraordinário de 20 para 15 anos (art. 1.238). Criou nova espécie de usucapião, que pode ser denominado de usucapião especial social, ao estabelecer a redução do prazo do usucapião extraordinário para 10 anos nas hipóteses em que o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual ou nele tiver realizado obras ou serviços de caráter produtivo (art. 1.238, parágrafo único).

Os arts. 1.239 e 1.240 incluem na seção que ora se examina o chamado usucapião especial constitucional urbano e rural (arts. 183 e 191 da CF). Explicita, ainda, o art. 1.241 que é facultado ao possuidor requerer ao juiz

que seja declarada judicialmente a aquisição, via usucapião, da propriedade imóvel, que constituirá título hábil para registro no cartório respectivo.

O art. 1.242, ao regulamentar o chamado usucapião ordinário, reduz o prazo para aquisição da propriedade para 10 anos, em qualquer hipótese, não mais diferenciando as hipóteses de ausência.

O parágrafo único do mencionado artigo institui nova modalidade de usucapião, ao permitir que o possuidor obtenha a propriedade do imóvel que tiver adquirido, onerosamente, com base em registro constante do respectivo cartório e for posteriormente cancelada, desde que tenha estabelecido morada habitual ou realizado investimento de interesse social e econômico por prazo de cinco anos, contínuo e ininterrupto.

Outra alteração produzida pela nova legislação nas formas de aquisição de propriedade diz respeito à normatização das ilhas. Estabelece o art. 1.249 que as ilhas que se formarem em correntes comuns ou particulares pertencem aos proprietários ribeirinhos fronteiriços, enquanto, na redação antiga, previam-se as mesmas disposições quanto à distribuição das terras, todavia falava-se em ilhas formadas em rios não navegáveis.

Na parte que trata das construções e plantações, foram previstas importantes inovações. Nos termos do art. 1.255, parágrafo único, se a construção ou plantação que for realizada em terreno alheio exceder consideravelmente o terreno, aquele que obrou de boa-fé adquirirá a propriedade do solo, mediante o pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo.

Em hipótese semelhante, dispõe o art. 1.258 que, se a invasão do solo alheio não lhe superar a vigésima parte, o construtor de boa-fé adquire a propriedade da parte do solo invadido, caso o valor da construção exceda o deste, respondendo por indenização que deve abranger o valor da área perdida e a desvalorização da área remanescente.

Quando o invasor estiver de má-fé, nas situações acima indicadas, poderá adquirir a propriedade da parte invadida, desde que pague o décuplo das perdas e danos fixadas na forma *supra*.

Segundo o art. 1.259, no caso de a área invadida superar a vigésima parte e o construtor estiver de boa-fé, poderá adquirir a propriedade da mesma, desde que pague indenização, a qual deve abranger o valor que a invasão acrescer à construção, mais o da área perdida e o da desvalorização da área remanescente. Estando de má-fé, fica obrigado a demolir o que construiu no solo invadido, pagando as perdas e danos apurados, que serão devidos em dobro.

Não trouxe a nova legislação regra a respeito da aquisição de solo descoberto decorrente da retração de águas dormentes, a exemplo do que fazia o art. 539 do Código antigo. Também não tratou da avulsão de coisa não suscetível de aderência natural, como regulamentado pelo art. 543.

Quando falou sobre a aquisição da propriedade de bem móvel, a legislação recente não repetiu regra contida na anterior que determinava que tais bens, quando abandonados pelo dono com intenção de renunciá-las, voltariam a ser *res nullius*. A propósito, cumpre destacar que a nova legislação não mais versou a respeito do rol das coisas sem dono, sujeitas a apropriação.

Afastou-se, também, da regulamentação dos direitos de caça e pesca, deixando tais matérias para as legislações específicas.

Ao regular a perda da propriedade, o novo Código reduziu de 10 para 3 anos o prazo para que o imóvel urbano abandonado pelo proprietário com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio e que não se encontre na posse de outrem possa ser arrecadado como bem vago e passe à propriedade do Município ou do Distrito Federal, consoante o art. 1.276.

O § 1º do mesmo artigo estabeleceu que, se o imóvel abandonado for rural, o bem, após ser considerado vago, poderá passar à propriedade da União e não mais aos Esta-

dos. O § 2º cria uma presunção legal, *jure et de jure*, de abandono, nas hipóteses em que, cessados os atos de posse, o proprietário deixar de arcar com os ônus fiscais.

Não repetiu a regra insculpida no art. 590 do Código antigo que estabelece a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, pois foi incluída a desapropriação, em geral, como um dos meios de se perder a propriedade (art. 1.279, V).

Também não mais foi tratada a hipótese de ocupação da propriedade por parte do Poder Público em hipóteses de perigo iminente (art. 591), deixando para as normas de direito administrativo a regulamentação da questão.

Ainda dentro do direito de propriedade, o Capítulo V dispõe acerca dos direitos de vizinhança. A Seção I, refletindo o moderno estágio de evolução do direito, regula o uso da propriedade, limitando-o, a fim de evitar abusos e prejuízos aos direitos alheios. O parágrafo único do art. 1.277 limita as interferências na propriedade de outrem, conforme a natureza da utilização, a localização do prédio e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.

Outra restrição ao direito de interferência na propriedade alheia é estabelecida em nome do interesse público, hipótese em que é assegurado ao vizinho que deve suportar a interferência indesejada indenização pelo prejuízo que sofrer.

Ao regular a passagem forçada, o novo Código inovou ao dispor acerca do referido direito prevendo hipóteses em que houver mais de um imóvel que possa suportar a passagem e nos casos de alienação dos prédios respectivos. Nesse mesmo contexto, não foram repetidas as normas contidas nos arts. 561 e 562 da antiga legislação que tratavam da perda do direito de trânsito pelo proprietário, por culpa sua, e das passagens e atravessadouros particulares que não se dirigissem a fontes ou lugares públicos, respectivamente.

A Seção IV do Capítulo sob comento criou novo tipo de direito de vizinhança, ao tratar

da passagem de cabos e tubulações, estabelecendo obrigação ao proprietário de suportar a passagem de cabos, tubulações e outros dutos subterrâneos de serviços de utilidade pública. Previu-se pagamento de indenizações que deverão atender, inclusive, a desvalorização das áreas remanescentes. Na verdade, não se trata propriamente de direito de vizinhança, mas de servidão administrativa, pois estabelece obrigação de suportar que se faça algo em propriedade individual, em vista do bem geral da coletividade.

A Seção V do Capítulo sob comento regulamentou o uso de águas. O art. 1.291 inovou ao vedar o possuidor de imóvel superior de poluir as águas indispensáveis às primeiras necessidades da vida dos possuidores de imóvel inferior. Não sendo indispensáveis as águas, deverá o possuidor poluidor recuperar as águas, ressarcindo os danos sofridos pelos possuidores do imóvel inferior.

O art. 1.292 permitiu ao proprietário construir barragens, açudes ou outras obras de contenção de águas, ressalvando o dever de indenizar, caso essas águas represadas invadam prédio alheio.

Repetiu-se a permissão de construção de canais, por meio de prédios alheios, para recebimento de água. Todavia, foi expressamente permitido ao proprietário prejudicado que exija a canalização subterrânea.

Não mais tratou a nova legislação da possibilidade de utilização das águas pluviais que correm por lugares públicos, como fazia o art. 566, deixando a regulação da matéria inteiramente para as leis específicas, notadamente as que tratam de águas, como o Código de Águas.

Ao disciplinar os limites entre prédios e o direito de tapagem, o § 2º do art. 1.293 criou a regra de que as plantas que servem de marco divisório somente podem ser cortadas ou arrancadas se houver acordo entre os respectivos proprietários. Não trouxe normas a respeito da necessidade de que determinados tipos de construção obedeçam

aos regulamentos municipais e de higiene (arts. 578 e 582). Nada obsta, todavia, que tais regras sejam estabelecidas pelos códigos municipais de postura.

Ainda dentro desta Seção, foi estabelecido que qualquer dos confinantes pode aumentar a parede divisória, arcando com todas as despesas, inclusive as de conservação, salvo se o vizinho adquirir metade da parte alterada (art. 1.307).

O art. 1.311 explicitou princípio consolidado na jurisprudência, no sentido de que é vedada a execução de obra ou serviço que possa provocar dano em propriedade alheia, a menos se efetuadas obras acauteladoras, hipótese que não elide a responsabilidade do executor em caso de prejuízo ao vizinho.

Dentro do Título que versa a respeito da propriedade, o Capítulo VI estabelece regras sobre os condomínios. A grande inovação, neste ponto, foi trazer para o Código normas dispondendo sobre condomínios edifícios que, anteriormente, estavam insculpidas na Lei nº 4.591/64. Isso, contudo, não significa que o referido normativo extravagante foi revogado, visto que não houve abrogação expressa, razão pela qual deverá ser verificada caso a caso a vigência ou não dos dispositivos da citada Norma.

Além dessa inovação, houve outras modificações também em relação aos condomínios em geral. Nesse sentido, há permissão expressa ao condômino de não pagar despesas e dívidas, renunciando à parte ideal. Nessa hipótese, o condômino que pagá-las poderá adquirir a parte ideal respectiva. Se ninguém quitá-las, a coisa comum será dividida (art. 1.316 e §§), razão pela qual não foram repetidas as disposições contidas nos parágrafos únicos dos arts. 624 e 625.

Importante supressão foi a referente ao art. 631 que estabelecia que a divisão entre condôminos era meramente declaratória e não atributiva da propriedade, o que pode implicar mudança na natureza da divisão, se constitutiva ou não de direito. Também

não foi repetida a regra que permitia que um condômino pudesse defender sua posse contra outrem. Isso, contudo, não impede que o condômino que tiver sua posse atacada utilize dos meios legais na sua defesa, pois a matéria restou devidamente regulamentada na parte que trata da posse.

Consoante dispõe o § 3º do art. 1.320, pode o juiz determinar a divisão da coisa comum antes do prazo máximo permitido por lei para que a coisa comum permaneça indivisa.

Nas hipóteses de coisa indivisível, o art. 1.322, repetindo a regra prevista no Código antigo, estabelece que o bem será vendido e repartido o apurado, criando preferências aos condôminos ante a estranhos e, entre estes, ao que tiver na coisa benfeitorias mais valiosas ou, não as havendo, ao de maior quinhão. O parágrafo único traz inovação ao regulamentar a questão nas hipóteses em que não houver benfeitorias e ninguém com quinhão maior. Dispõe que haverá licitação entre os estranhos e, posteriormente, licitação entre os condôminos, devendo a coisa ser adjudicada a quem ofertar o maior lance, preferindo-se estes àqueles, em condições iguais.

Não traz o novo Código regras específicas a respeito do compáscuo, conforme era tratado no art. 646 da legislação anterior.

O Capítulo IX do Título que ora se examina não apresenta grande inovação dentro do ordenamento jurídico, porém busca consolidar no Código regras a respeito da alienação fiduciária, a despeito dos dispositivos constantes do Decreto-lei nº 911/69 que versa sobre a matéria.

#### *4. Dos demais direitos reais*

O presente Código não trouxe, em dispositivo próprio, a regra anterior contida no art. 677 que determinava que os direitos reais passavam, com o imóvel, para o domínio do adquirente. Entretanto, essa é decorrência natural da qualidade dos direitos reais, razão pela qual parece desnecessária a edição de regra positiva a respeito.

O Título IV do Livro em exame criou novo instituto, chamado de direito de superfície, inexistente na legislação antiga, regulamentado pelos arts. 1.369 a 1.377, por meio do qual é facultado ao proprietário conceder, gratuita ou onerosamente, a outrem o direito de construir ou plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada.

O Título V trata das servidões, sem trazer grandes alterações, ressaltando-se duas. A primeira diz respeito à unificação do prazo de posse incontestada e contínua de servidão aparente para fins de registro em nome do serviente, em 10 anos, independentemente de se tratar de ausente ou não (art. 1.379). A segunda versa sobre o dever de o proprietário do prédio dominante custear as obras devidas, caso se recuse a receber a propriedade do serviente.

Entretanto, algumas regras importantes em relação às servidões foram suprimidas pela atual legislação, tais como a extinção da norma que dispunha que a servidão não se presume (art. 696).

O Título VI dispõe acerca do usufruto, trazendo algumas alterações e inovações em relação ao regime disciplinado pelo Código antigo. Frise-se que, acompanhando a tendência verificada em todo o Código novo, foi suprimida a definição dada pelo art. 713 ao usufruto, o que deve ser louvado, pois a conceituação de institutos jurídicos fica melhor colocada em obras doutrinárias e não na legislação.

Não disciplinou a nova lei a questão do usufruto sobre apólices da dívida pública ou títulos semelhantes e sua alienação, restando a indagação acerca da possibilidade de se instituir o usufruto sobre eles e, se possível for, sobre sua alienabilidade.

Diferentemente da regra anterior, agora também o usufruto decorrente do direito de família deve ser registrado, mantendo-se a exceção apenas àquele decorrente do usufruto (art. 1.391).

Na disciplina anterior, era permitido ao usufrutuário alienar o usufruto ao proprie-

tário. Agora, contudo, o art. 1.393, ao vedá-la, não faz ressalva à alienação ao proprietário, permitindo apenas a cessão do seu exercício, a título gratuito ou oneroso.

Faculta-se, ainda, o usufruto do prédio mediante arrendamento, porém veda-se a mudança da destinação econômica do bem objeto do usufruto sem a anuência expressa do proprietário, nos termos do art. 1.399.

Outras modificações em relação aos direitos e deveres do usufrutuário foram estabelecidas, tais como a possibilidade de exigir-se do dono o pagamento de despesas realizadas para conservação da coisa (art. 1.404, § 2º), a obrigação do usufrutuário de dar ciência ao dono de lesão contra a posse ou seus direitos.

Estabelece, ainda, hipótese não prevista anteriormente de extinção do usufruto, qual seja o não uso ou fruição da coisa, atendendo ao princípio constitucional da função social da propriedade.

Em relação aos direitos de uso e habitação, não foram efetuadas grandes modificações no regime anterior.

Já quanto ao direito do promitente comprador, pode-se afirmar que houve inovação ao estabelecer tal forma de contrato como direito real, acolhendo posicionamento uniforme da doutrina e jurisprudência a respeito, e trazendo ao Código tais normas.

## *5. Dos direitos reais de garantia*

Não trouxe o novo Código título com a mesma denominação do antigo a respeito da matéria, preferindo criar diversos títulos distintos consoante a similitude da matéria regulada. No caso presente, criou-se um título específico para tratar dos direitos reais de garantia, quais sejam: penhor, hipoteca e anticrese.

### *5.1. Penhor*

No primeiro Capítulo deste Título, buscou o legislador traçar regras gerais, aplicáveis aos três institutos, trazendo, inclusive, algumas inovações, tais como a possibili-

dade de o devedor dar a coisa em pagamento da dívida, após o seu vencimento, mantendo a vedação para a dação antes do vencimento.

O segundo Capítulo versa a respeito do penhor. Trouxe diversas alterações e inovações em relação às regras anteriores que tratavam dessa espécie de garantia real. O art. 1.432 dispõe sobre a obrigatoriedade de se levar o instrumento do penhor a registro no respectivo cartório.

Não se repetiu a regra do art. 770, segundo a qual o instrumento do penhor convencional deverá determinar precisamente o valor do débito e o objeto empenhado.

Importante alteração nas regras do penhor diz respeito aos direitos do credor pignoratício, tais como a possibilidade de se promover a execução judicial, ou a venda amigável (desde que permitida pelo devedor) do bem penhorado, de apropriar-se dos frutos da coisa empenhada e de realizar a venda antecipada, mediante prévia autorização judicial.

Também foram estabelecidas novas obrigações ao credor, como: a) a defesa da posse da coisa empenhada; b) a dar ciência, ao dono, das circunstâncias que ensejem o uso das ações possessórias; c) a imputar o valor dos frutos apropriados nas despesas de guarda e conservação, nos juros e no capital da obrigação garantida.

A extinção do penhor somente produz efeito após averbado o cancelamento do registro, nos termos do art. 1.437.

Importantes modificações fazem-se notar, também, em relação ao penhor rural. O art. 1.438, parágrafo único, estabelece a possibilidade de o devedor emitir, em favor do credor, cédula rural pignoratícia.

O art. 1.439, § 1º, dispõe que a garantia permanece válida enquanto subsistirem os bens que a constituírem, apesar de vencidos os prazos do penhor rural, devendo as prorrogações serem averbadas no registro respectivo, mediante requerimento do credor e do devedor.

Possibilita o novo Código a constituição de penhor rural sobre bem hipotecado, in-

dependentemente da anuência do credor hipotecário, sem que isso prejudique seu direito real de garantia, na forma do art. 1.440.

Faculta o artigo seguinte ao credor o direito de verificar o estado da coisa empenhada.

Inova, ainda, a legislação recente ao estabelecer a regulamentação do penhor sobre colheitas pendentes e frustradas (art. 1.443), inexistente na legislação anterior.

Permitiu expressamente o art. 1.444 que a penhora recaia sobre animais que integram a atividade pastoril, agrícola ou de laticínios.

Ainda em relação ao penhor rural, não foi repetida a norma contida no parágrafo único do art. 796 que estabelecia que a transcrição do penhor agrícola continuaria valendo contra terceiros enquanto não fosse cancelada.

Dentro do penhor, foram trazidas ao Código regras que não constavam da Norma antiga a respeito do penhor industrial e mercantil, nos arts. 1.447 a 1.450.

Estabeleceu-se, também, a possibilidade de se penhorar direitos suscetíveis de cessão sobre coisas móveis, trazendo regulamentação anteriormente inexistente, conforme a Seção VII do presente Capítulo (arts. 1.451 a 1.458).

Ainda com relação ao penhor, cabe ressaltar a previsão expressa de penhor sobre veículos empregados em qualquer espécie de transporte ou condução (arts. 1.461 a 1.466).

Segundo o art. 1.471, não se exige mais, para homologação judicial do penhor, as anotações referentes a tabela de preços e a relação dos objetos detidos, dando apenas comprovante dos bens de que se apossaram.

Permite, ainda, o art. 1.472 que o locatário frustrate a constituição do penhor, mediante caução idônea.

Não repetiu o novo Código as disposições da legislação anterior que equiparavam a caução de títulos nominativos de dívida da União, dos Estados ou dos Municípios e de crédito pessoal ao penhor.

Também não se prevê, como o fazia a norma anterior, como forma de extinção do penhor, a adjudicação judicial, a remição ou a venda amigável do penhor, mesmo se permitida expressamente pelo credor ou autorizada pelo devedor.

### 5.2. Hipoteca

Também em relação à hipoteca foram efetuadas diversas modificações pelo novo Código em comparação com o anterior. A primeira delas foi não mais estabelecer a natureza das normas que regem a hipoteca. Prevê, ademais, expressamente que as aeronaves devem ser objeto de hipoteca, apesar de serem bens móveis, devendo regerem-se, a exemplo dos navios, por leis especiais.

Determina a nulidade da cláusula contratual que proíba a venda do bem imóvel hipotecado, permitindo, todavia, que se ajuste que a garantia se vencerá antecipadamente caso o bem hipotecado seja alienado, nos termos do art. 1.475.

Criou-se, expressamente, a possibilidade de o adquirente do imóvel hipotecado, se não se obrigar pessoalmente, exonerar-se da hipoteca, abandonando o bem, hipótese em que deverá notificar o vendedor e os credores, deferindo-lhes, em conjunto, a posse do imóvel, ou depositando-o em juízo (arts. 1.479 e 1.480).

Os §§ 1º e 2º do art. 1.481 permitiram a remição do imóvel pelo preço adquirido ou proposto pelo adquirente caso o credor não impugne o valor. Deixando o adquirente de remir o imóvel, fica obrigado a ressarcir os credores de eventuais danos sofridos.

Nos termos do art. 1.482, o executado pode remir o imóvel hipotecado pelo preço da averbação se não tiver licitante ou, havendo, pelo maior lance ofertado.

Mediante simples averbação, a hipoteca pode ser prorrogada, porém por prazo inferior ao anteriormente previsto, que era de 30 anos, passando, agora, para 20 anos da data do contrato, consoante o art. 1.485.

A exemplo do que ocorreu com o penhor, também pode ser emitida cédula hipotecá-

ria, desde que no ato constitutivo da garantia seja autorizada pelo credor e pelo devedor.

Outra inovação relevante diz respeito à possibilidade de se instituir hipoteca para garantir dívida futura ou condicionada, desde que seja determinado o valor máximo do crédito (art. 1.487).

Também se previram, de forma inédita no Código Civil, regras para regulamentar a situação em que o imóvel hipotecado seja loteado (art. 1.488).

O art. 1.489, inciso V, criou nova espécie de hipoteca legal, qual seja a concedida ao credor sobre o imóvel arrematado para garantia do pagamento do restante do preço da arrematação, ao mesmo tempo em que suprimiu três espécies previstas na legislação anterior, quais sejam: a) da mulher casada, em relação aos imóveis do marido, para garantia do dote e dos outros bens particulares dela, sujeitos à administração marital; b) dos descendentes sobre os imóveis do ascendente que lhes administra os bens; e c) das pessoas que não tenham a administração de seus bens, sobre os imóveis de seus tutores ou curadores.

Suprimiu-se, também, a regra do art. 828 que estabelecia que as hipotecas legais somente valeriam contra terceiros caso estivessem inscritas e especializadas nos cartórios respectivos.

Não foram, ademais, repetidas as normas que tratam da inscrição e especialização de hipoteca dos bens da mulher casada, dos representantes dos incapazes (arts. 839 a 842).

Permitiu-se, ainda, a substituição da hipoteca legal por caução de títulos da dívida pública federal ou estadual, consoante o art. 1.491.

### 5.3. Anticrese

Em relação à anticrese, não houve grandes alterações com o novo Código, podendo-se destacar a possibilidade facultada ao adquirente dos bens dados em anticrese de remi-los, antes do vencimento da dívida,

pagando sua totalidade à data do pedido de remição, imitando-se, se o caso, na sua posse, nos termos do art. 1.510.

### *6. Conclusão*

A principal virtude do novo Código Civil, na parte que trata do Direito das Coisas, não diz respeito a nenhuma alteração substancial nos institutos já conhecidos pelos aplicadores do Direito, mas à consolidação de determinadas regras que existiam em normas esparsas e à positivação de inúmer

os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito de questões já sedimentadas no ordenamento jurídico, porém que não estavam regradas pela legislação civil codificada.

Afora algumas inovações no tratamento jurídico dado à matéria, manteve, em linhas gerais, o novo Código as linhas mestras consagradas em nosso sistema jurídico a respeito do regramento das questões referentes às relações jurídicas concernentes aos bens materiais ou imateriais suscetíveis de apropriação pelo homem.

# A gestão pública moderna e a credibilidade nas políticas públicas

João Batista Marques

## Sumário

1. Introdução. 2. A gestão pública. 3. A moderna gestão pública. 4. A credibilidade nas políticas públicas. 5. Conclusão.

### *1. Introdução*

À guisa de introdução, quero apresentar este modesto trabalho ao proffcuo reflexionar dos estudiosos do tema que, seguramente, terão maior clarividência e poderão acrescentar significativas idéias e opiniões mais abalizadas a respeito da prática da Gestão da Coisa Pública. Não é objetivo deste senão a tentativa de clarificar alguns conceitos, tornar mais acessíveis as noções fundamentais do atuar dos agentes políticos na gestação e gestão dos dinheiros que o povo, conscientemente, delega ao Estado para que este o administre da forma a mais eficaz e eficiente possível. Também, consoante a finalidade deste, é aceitável oferecer subsídios que possam instrumentalizar a consecução de políticas públicas confiáveis e factíveis de avaliação e que possam revigorar e fortalecer o Estado Democrático de Direito no qual estamos inseridos.

A gestão pública moderna tem como substrato a imprescindibilidade de um conteúdo ético, moral e legal por parte dos atores que a informam. É igualmente um componente dela a existência de um conteúdo

João Batista Marques é Advogado, Mestre em Estudos Políticos Aplicados pela Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas, Madrid, Espanha, 2001.

pleno de elementos tecnológicos que facilitem a utilização dos mesmos para subministrar à atuação dos intervenientes o potencial de eficácia e eficiência que se espera da Administração dos bens públicos.

A crença no resultado positivo da política pública a ser implementada encontra-se em relação de interdependência com a credibilidade de que goza a Administração Pública por intermédio dos seus gestores.

## 2. A gestão pública

As organizações, inobstante o fato de serem públicas ou privadas, são entidades por intermédio das quais se relacionam pessoas em busca de metas não só individuais, como também metas coletivas, almejando com tal propósito atingi-las de maneira a alcançar a máxima utilidade e benefício a um custo mínimo.

O que diferencia, basicamente, a organização do setor público daquela que promove o setor privado para as empresas pode ser vislumbrado por intermédio do poder de coação que tem o Estado em razão do particular. Não se pode ver como traço distintivo entre as duas formas de organização a problemática da estrutura hierárquica, pois tanto uma como a outra utilizam o modelo de mando.

A gestão que promove o Estado para prestar os serviços que lhe são acometidos tem caráter singular. Pois, ao mesmo tempo em que as empresas prestam um serviço ao público, pondo ao seu dispor produtos e serviços úteis, possuem esses entes como fim último de sua existência a obtenção de lucros a maior quantidade possível. Já com o Estado acontece algo bem diferente com a prestação de seus serviços. E para que um Estado possa bem cumprir com os seus fins, possa funcionar corretamente, os gestores públicos têm que ter primeiro em conta os interesses gerais da sociedade e, por outro lado, devem estar respaldados pela legitimidade democrática em seu maior grau, bem

como dispor dos meios de informação suficientes para gerar com eficiência a gestão que levam a cabo; e para que tudo isso seja possível e mais eficaz, é necessário que haja uma estrutura administrativa interna capaz de apresentar as soluções adequadas para os problemas com que se enfrentam os poderes públicos na hora de implantar uma política pública.

Para que o setor público esteja apto a atender as demandas sociais, para que, objetivamente, possa funcionar, algumas condições não que ser postas em evidência, ou seja, a gestão há que ter como prioridade absoluta os interesses da sociedade; que o Estado-gestor tenha informações suficientes que possibilitem o exercício pleno de seu poder-dever e, ao mesmo tempo, não se torne demasiado paquidêmico; deve estar o Estado amparado por uma organização interna preparada, e deve ser movimentada por uma coordenação adequada, bem como dotada de mecanismos motivadores e incentivadores em relação ao seu aparato humano.

A gestão do setor público, por sua vez, significa o resultado da dedicação ao contínuo estudo da organização interna do governo, tendo em vista o seu próprio funcionamento jurídico-político que, em *ultima ratio*, consubstancia a gerência da administração do interesse comum. Note-se que este estudo deve ter como horizonte os princípios abstraídos da análise teórico-prática resultante da ótica da economicidade.

## 3. A moderna gestão pública

Ao falar sobre a modificação da lei de funcionamento do Tribunal de Contas da Espanha, seu presidente pediu a introdução de elementos de gestão moderna: “uns elementos que se poderiam incluir é a criação de um registro de maus gestores”, prelecionava. O tribunal não só tem que pôr de manifesto que houve má gestão, mas também deve determinar umas responsabilidades. Isso não pode ser feito apenas pelos

controles internos de cada órgão da Administração do Estado, que depende do governo, mas por intermédio do Tribunal de Contas, que depende do parlamento.

Cabe, então, refletir sobre o que vem a ser a gestão moderna.

As modernas práticas de gestão, como suplicado pelo Presidente do Tribunal de Contas Espanhol, são também conhecidas pela expressão inglesa “*value for money*” e constituem um conjunto de medidas pragmáticas, levadas a efeito pela Administração Pública, que se fundamentam em uma lógica econômica a ser empregada nos valores dos serviços públicos. Caracterizam-se por interpretação valorativa, do ponto de vista econômico, do serviço que presta o Estado ao cidadão e tem como traço distintivo a gestão por objetivos, avaliados, pois, por medidas de realização; são utilizadas como parâmetro as regras de mercado com todos os seus mecanismos; dá-se primazia à competitividade como forma de dinamizar a relação custo-benefício dos serviços públicos; e, por fim, promove a eleição de um novo sistema de autoridade, de responsabilidades e de contabilidade.

Segundo Juan ANTONIO GARDE (2001), “a nova Gestão Pública trata de renovar e inovar o funcionamento da Administração, incorporando técnicas do setor privado, adaptadas as suas características próprias, assim como desenvolver novas iniciativas para o logro da eficiência econômica e a eficácia social, subjaz nela a filosofia de que a administração pública oferece oportunidades singulares, para melhorar as condições econômicas e sociais dos povos”.

A novel gestão se baseia na informação, cuja essência assume o caráter do conteúdo da ação de ter que ser transmitida, depois de analisada e armazenada, bem como ser liberada, para que possa servir para as futuras tomadas de decisões, para novo controle e para a subsequente avaliação. De acordo com METCALFE y RICHARDS (1987),

“a gestão pode definir-se em termos de processamento de informação, dividido entre reunir informação, transmiti-la, analisá-la, armazená-la, liberá-la e finalmente empregá-la na tomada de decisões, no controle e na avaliação” (tradução livre).

Um dos pilares essenciais sobre a eficiência no gestionar da coisa pública pode, eventualmente, ter o seu foco de análise visto sob o ângulo do que significa o Controle para a gestão.

A efetividade de um controle da gestão vai depender do conhecimento das finalidades, dos meios e dos resultados das políticas públicas que se implantam; depende, por outro lado, do valor que se dá à informação obtida com a implantação; e também da correção dos eventuais equívocos que intervenham no desenho da política.

O controle deve ser de modo tão amplo que possibilite um *feedback* completo da atividade proposta na política pública. Deve ter como traço característico um espectro amplo que permita a análise desde o ponto de vista da legalidade do gasto, que possa ter uma resposta baseada na prontidão, para permitir que a avaliação constitua ferramenta motivadora de conseqüências políticas para os gestores e, forçosamente, deve centrar-se na eficiência do gasto, pois não se admite um gasto do dinheiro público que não seja bem feito, em todos os seus aspectos.

Naturalmente, a medida proposta pelo insigne Presidente do Tribunal de Contas de Espanha encontra respaldo nas mais recentes teorias que justificam a modernização da gestão pública.

Também se podem ouvir ecos do acima enunciado no Informe NOLAN (1999) publicado na Grã-Bretanha em 1995 com o título *Standards in public life* e que constitui um documento de valor inestimável de consulta e estudo dos comportamentos éticos dos funcionários públicos e dos agentes políticos. Traz o documento importantes recomendações, inclusive com o estabeleci-

mento de códigos de condutas éticas para aqueles que trabalham na vida pública. O documento, ainda, aporta relevantes aspectos para o tema do Controle, corroborado pelas sábias palavras de Sir David Coomesey, Presidente da Comissão de Auditoria daquele país

“Cremos que sempre que se gasta o dinheiro público em quantidades significativas, se deveria aplicar os princípios da auditoria pública. Com os princípios da auditoria pública queremos dizer, que se deveria nomear auditores externos que deveriam ser independentes dos organismos aos quais se pratica a auditoria; que a auditoria deveria consistir em não somente uma auditoria de probidade que comprove que o dinheiro se gasta de forma honesta e correta, mas também que deveria comprovar que se gaste o dinheiro bem ...; para concluir: os auditores deveriam poder publicar informes no interesse público sempre que creiam que é importante que o público saiba onde houve malversação ou mal uso dos dinheiros públicos. Estes informes no interesse público funcionam como uma espécie de freio e equilíbrio muito importantes para assegurar que se mantenham os altos níveis de conduta na vida pública”.

No documento formulado pela ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE, está pontualizado que um controle efetivo terá que ter publicação com

“informes e contas anuais, incluída informação acerca do papel e competência do órgão, os planos a longo prazo e a estratégia; os membros do órgão, os resultados comparados com os objetivos-chave, objetivo para o ano vindouro, o compromisso com uma administração aberta e métodos para conseguiu-la; e onde se pode obter informação adicional (incluído como se pode inspecionar o registro de inte-

resses dos membros de cada órgão e como apresentar reclamações)”.

Portanto, fica justificado que a medida proposta pelo ilustre presidente do Tribunal Espanhol de Contas tem boas condições para possibilitar um maior controle sobre as contas públicas.

Provavelmente, os custos com a supervisão seriam diminuídos, pois ficaria, na prática, muito mais difícil haver desvio nos gastos realizados pelos agentes públicos. Possibilitada estaria uma maior qualidade da gestão, pois a ninguém ocorreria estar disposto a assumir o risco político, nem pôr em risco a carreira na administração pública, o que significa uma melhora considerável na disposição de eficiência dos gastos.

Por outro lado, a questão não resulta de fácil aplicação nas administrações públicas, em geral, inclusive por uma razão cultural em países de pouca tradição democrática, pelo que comprometeria politicamente muitos setores que fazem da atividade pública uma forma de aquisição de recursos para o próprio patrimônio ou para o patrimônio de outrem.

Ademais, imagino que existem, e sempre haverá, pessoas que não estão comprometidas com os legítimos interesses da sociedade, por seus comportamentos que denotam um despreço pelo cumprimento das normas estatuídas no estado democrático de direito. Sem embargo, isso não deve significar o impedimento para se pôr em marcha uma cruzada contra os desonestos, os malversadores dos bens públicos, dos que se utilizam da função pública em benefício próprio.

A título de resumo, a administração da coisa pública deve estar resguardada de todos os tipos de ilicitudes e irregularidades que possam provocar manchas na gestão dos dinheiros públicos, e, para tanto, há que ser dotada de um conjunto de instrumentos relacionados com a gestão desses fundos, que sejam utilizados para definir responsabilidades e também expectativas entre as partes interessadas, para que se possa con-

seguir os resultados que foram coletivamente pactuados.

#### 4. A credibilidade nas políticas públicas

Discutir o papel da credibilidade como determinante dos custos de transação do intercâmbio político parece estar umbilicalmente ligado ao tema da gestão pública moderna, cujo desafio maior é ser capaz de apresentar um desenvolvimento sustentável, eficaz e eficiente.

No mesmo documento formulado pela OCDE, acima referido, está assentada a preocupação de muitos de seus membros, que é o sentimento de um “declive manifesto da confiança na administração pública”. Os cidadãos parecem estar perdendo a confiança nos responsáveis pela tomada de decisões, com as correspondentes repercussões negativas sobre a legitimidade do governo e das instituições estatais. O denominado “déficit de confiança” vem alimentado por escândalos divulgados pelos meios de comunicação, que abarcam desde atos indevidos dos funcionários até casos de autêntica corrupção. Poucos ou nenhum dos países membros daquela organização não se livraram do escândalo ou da realidade dos fatos. O mesmo documento conclui que “há uma maior tendência a apoiar-se na promoção de valores e o aumento da transparência mediante procedimentos de denúncia e mecanismos de declaração prévia de interesses”.

Sir Robert Douglas, ex-ministro de Economia da Nova Zelândia e impulsor da reforma gerencialista iniciada por aquele país em 1984, entende que, por melhor que pudesse estar intencionada a implantação de uma política pública, de nada adiantaria se cercar de todas as garantias de aplicação se não estivesse presente o pressuposto da confiança que o cidadão deposita nos seus gestores governamentais, e nesse particular prelecionava:

“A batalha pela coerência e a credibilidade – centrais em toda decisão

política submetida à coordenação do governo – é perpétua; nunca se ganha de uma vez por todas. Recuperar a credibilidade pode levar muito mais tempo que ganhá-la pela primeira vez. Se a confiança é quebrada, haveria que dar a seguinte alavancada na reforma, e fazê-lo já ( ... ) As pessoas resistem às mudanças quando o governo carece de credibilidade, até que o contraste entre seu comportamento anterior e os imperativos das novas medidas imponham sobre a economia custos importantes que haveriam sido perfeitamente evitáveis”.

O problema da credibilidade das políticas públicas de um governo está imbricado primordialmente, e de maneira quase inexorável, com os seguintes e importantes aspectos, a saber: em primeiro lugar, com o conceito de estabilidade de suas instituições; em segundo plano, com a configuração entre aquilo que é público e aquilo que é privado, pois se encontra refletida pela Administração Pública, cuja síntese constitui o papel de intermediação entre os objetivos últimos do Setor Público e os interesses da sociedade civil; em terceiro lugar, com a constituição de uma espécie de necessidade permanente de mudança que, ao final e ao cabo, diz respeito ao alcance e à dimensão mesma das políticas públicas a serem objeto da intervenção; e, por fim, com os mecanismos sociais plasmados pela pluralidade de atores, pela crescente iniciativa dos particulares e pelo dinamismo dos mercados, notadamente em um contexto de globalização e em face do crescente desenvolvimento dos diversos segmentos do terceiro setor.

A gestão da *res publica* segundo Juan ANTONIO GARDE (1996):

“hoje mais do que nunca gerenciar organizações públicas é administrar recursos, informação e decisões através de mecanismos de integração. A integração de recursos, de equipamentos, de objetivos, de departamentos, de níveis de governo, de interesses, de

fórmulas de regulação, aparece como fator relevante e, tudo isso, alinhado com um permanente processo de negociação. A adaptação, como resposta necessária às mudanças não previstas do entorno e a sua complexidade, necessita de altas quotas de flexibilidade, iniciativa e capacidade de integração para responder aos imprevistos com eficácia. Os paradoxos e os conflitos não são situações excepcionais, são a cotidianidade em nossas decisões organizativas”.

E de tudo isso se pode falar em outra característica que resulta ser indispensável para a consecução de uma gestão eficiente e desejada pelas pessoas que é a necessidade de, ao implementar determinada ação governamental, esta ser, pois, crível, já que o político deve sempre ter em conta os problemas que afligem os cidadãos, para que se possam vislumbrar a opinião e as razões dos mesmos. Faz-se necessário, portanto, que se defina conjuntamente o problema pelo gestor público e pelos clientes usuários, para que seja implantada uma política desejável e adequada, resultado do processo de gestão democrático.

A credibilidade na gestão pública, naturalmente, há de resultar como fator determinante para o logro da política pública que se pretenda pôr em curso, pois esta necessita ser fiável diante dos exigentes olhos do usuário contribuinte que já não está mais tão despreocupado com a gestão de seus interesses confiados aos agentes gestores. Segundo, ainda, Juan ANTONIO GARDE (2001),

“A gestão pública neste contexto interdependente aparece como instrumento ativo da tomada de decisões políticas ao incorporar valores sociais, avaliar incidências das decisões e operar como marco organizado de consenso social, integrando e promovendo a participação da sociedade civil nas decisões públicas”.

O povo cada vez mais exige gestores governamentais conscientes de seu papel. E a

expectativa geral é que as políticas públicas originadas no seio do setor público sejam destinadas a dar soluções adequadas, e não simplesmente gastos desnecessários ao erário. É importante ressaltar que o cidadão não é apenas um consumidor inerte dos serviços que presta o Estado; é mais, é uma espécie de acionista de uma grande empresa denominada Setor Público. É seu desejo, por conseguinte, estar protegido por normas de revelação e responsabilidade no trato de seus interesses, bens e serviços.

O insigne professor Francisco Cabrillo, da Universidade Complutense de Madrid, expõe interessante colocação em torno do tema da credibilidade da gestão pública e fundamenta suas explicações no que denomina “Teoria das expectativas razoáveis”, que consiste em termos gerais no que se segue: para que uma política pública funcione adequadamente e tenha bom êxito, é necessário e imprescindível que as pessoas creiam que o governo a cumprirá em sua concepção, execução e que o resultado seja, ao mesmo tempo, a um custo mínimo e com o máximo de benefício possível. É o mesmo que dizer que o governo cumpra com o que ficou delineado, programado para a política pública, pois, se assim não agir, as pessoas descontam a expectativa de que a medida vai até o seu termo final.

As políticas públicas que pretendam implantar-se têm que ter o respaldo da confiança que as pessoas depositam na administração pública, para que não haja desnecessário desperdício dos recursos públicos com um programa que, não contando com a crença que dá a legitimidade, redundará em assombroso fracasso.

Exemplo ilustrativo do que se afirma em torno da credibilidade da política de gestão da coisa pública, e que teve êxito, pode ser verificado no âmbito da macroeconomia brasileira recente, em que o governo, com o objetivo de promover o equilíbrio orçamentário, visando, acima de tudo, reduzir os gastos no setor público, introduziu uma política, que se fez por demais crível para a socie-

dade, de contenção dos gastos com salários do funcionalismo público federal, impondo-lhes um congelamento de salários por mais de sete anos. Outro importante programa que pôs de manifesto a expectativa de credibilidade do povo brasileiro em seus gestores foi o programa de privatização levado a efeito nos últimos anos. Deve ser ressaltado que, em princípio, não se acreditava ser possível, haja vista a posição governamental débil, mas que, com o passar dos anos, pode-se confirmar que a intenção era válida e que tinha o mérito de ser verdadeira.

### 5. Conclusão

Neste mundo globalizado de final de século e início de um novo milênio, o Estado, como invenção humana recente, nada mais deve significar que aquela instituição personificada em seus agentes políticos e em seus agentes gestores, aquele ente instrumental de que se vale a sociedade para promover a mediação dos interesses da coletividade, objetivando fomentar o seu intrínseco desenvolvimento.

A Administração Pública se move nesse contexto pela delegação, pelo assentimento que depositou a sociedade em seus agentes, para que esses realizem da melhor forma possível o ministério de que todos necessitamos, uma vez que ao particular não é dada a faculdade nem o dever de realizar o bem comum, mas ao Estado, que a este se substituiu.

A gestão pública, portanto, e considerando o princípio econômico da escassez, em que as demandas sociais são ilimitadas e os recursos financeiros para satisfazê-las são escassos, deve primar pelo gerenciamento adequado, eficaz e eficiente de tudo aquilo que for gerado no seio social, sempre tendo em vista o interesse do coletivo.

O gestor da coisa pública é, por conseguinte, um vocacionado para o servir ao social, antes mesmo de qualquer interesse particular; aquele que, alçado à condição de mandatário dos anseios e necessidades da sociedade, deve procurar estar propenso ao atendimento das condições necessárias e suficientes para a consecução do bem-estar do povo. Deve, pois, ser capaz de vislumbrar o entorno, analisá-lo profundamente e propor as modificações que se façam indispensáveis, balizando-se pela economicidade, pela ética, pela moral, pelos bons costumes e pelas regras jurídicas imanentes à função pública.

### Bibliografia

ANTONIO GARDE, Juan. *Gerencia y administración financiera*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1996.

\_\_\_\_\_. *Gestión Pública: consideraciones teóricas y operativas*. Madrid: FIIAPP, 2001.

GONZALEZ-PÁRAMO, J. M. et al. *Gestión pública: fundamentos técnicos y casos*. Barcelona: Ariel, 1997.

METCALFE; RICHARDS. *Improving public management*. Londres: Sage Publications, 1987.

NOLAN, Lord. *Normas de conducta para la vida pública*. Madrid: Documentos INAP, 1999.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *La ética em el servicio publico*. [S. l.]: OCDE, [1- -?].

PABLOS, Laura de, et al. El control económico del gasto público. *Presupuesto y Gasto Público*, [S. l.], n. 11. p. 115-142, 1993.

VALIÑO CASTRO, Aurelia. *Los instrumentos de información para la gestión pública: principales deficiencias y propuestas de reforma: documentos de trabajo*. Disponível em: <<http://www.ucm.es/BUCEM/cee/doc&98199819.htm>>.

# A pessoa jurídica pobre na forma da lei e sua proteção constitucional de acesso à Justiça

Ronaldo Pinheiro de Queiroz

## Sumário

1. Introdução. 2. Dos direitos e garantias fundamentais e seus destinatários. 3. Do acesso à justiça. 4. Da pessoa jurídica pobre na forma da lei. 4.1 Da pessoa jurídica como sujeito de direitos e obrigações. 4.2 Da pessoa jurídica pobre na forma da Lei nº 1.060/50. 5. Da conclusão.

### 1. Introdução

O objetivo do presente estudo é a análise da garantia do acesso à justiça às pessoas jurídicas quando alçadas à condição de necessitadas ou, como comumente se fala para as pessoas naturais, pobres na forma da lei.

O monopólio da jurisdição pelo Estado trouxe para esse a incumbência de proporcionar a mais ampla, efetiva, adequada e tempestiva prestação jurisdicional para aqueles que necessitam deduzir pretensão em juízo.

Assim, o primeiro passo no debate do acesso à justiça não é propriamente o seu conteúdo material (eficácia, efetividade ou adequação para o direito material), mas a possibilidade de se proporcionar a todos a *oportunidade de ingressar* na jurisdição, como uma espécie de pré-requisito para se discutir o direito pleiteado.

Por vezes, a situação econômica da pessoa traz dificuldades para esse ingresso, principalmente pelas despesas do processo

Ronaldo Pinheiro de Queiroz é Defensor Público da União no Estado do Rio Grande do Norte.

e honorários de advogado, tolhendo antecipadamente a discussão de um interesse juridicamente protegido.

O assunto envolve, portanto, inúmeras repercussões jurídicas que são retiradas do seu contexto, tais como a função do Estado em garantir o acesso de todos à justiça, os fundamentos legais e constitucionais desse direito, os seus destinatários, as questões práticas decorrentes de situações concretas e, por fim, a possibilidade de a pessoa jurídica fazer uso da garantia da assistência jurídica.

Diante disso, é imperioso fazer uma abordagem da situação da pessoa jurídica necessitada, dentro da atual visão constitucional de acesso à justiça.

## 2. *Dos direitos e garantias fundamentais e seus destinatários*

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 (CF) trouxe em seu Título II *os direitos e garantias fundamentais*, subdividindo-os em cinco capítulos: *direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos*. Assim, pode-se dizer que o legislador constituinte estabeleceu cinco espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais.

A primeira análise que deve ser feita nesse Título, antes mesmo de se adentrar em qualquer conteúdo normativo, reside em saber o alcance dos destinatários dos direitos e garantias fundamentais estabelecidos.

Só podem ser auferidos por pessoas físicas ou as pessoas jurídicas também seriam beneficiárias?

Pontes de MIRANDA (1970, p. 296) entendia que a garantia se destinava somente às pessoas físicas, ao indivíduo, e não às pessoas jurídicas.

Contudo, o entendimento que prevalece na doutrina é que os direitos e garantias fundamentais têm como destinatários tanto as pessoas físicas, como as pessoas jurídicas. Esse é o magistério de constitucionalistas do tomo de Manoel Gonçalves FERREIRA

FILHO (1990, p. 26), José Afonso da SILVA (1997, p. 189) e Alexandre de MORAES (2002, p. 63).

A propósito, José Afonso da SILVA (1997, p. 189) comenta o tema da seguinte forma:

“O princípio é o mencionado acima, mas a pesquisa no texto constitucional mostra que vários dos direitos arrolados nos incisos do art. 5º se estendem às pessoas jurídicas, tais como o princípio da isonomia, o princípio da legalidade, o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo da correspondência e das comunicações em geral, a inviolabilidade, a garantia ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada, assim como a proteção jurisdicional e o direito de impetrar mandado de segurança. Há até direito que é próprio da pessoa jurídica, como o direito à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e outros signos distintivos (logotipos, fantasias, p. ex.) (...)”.

Dessarte, não há dúvida de que os direitos e garantias fundamentais têm também como destinatários as pessoas jurídicas, as quais podem deles fazer uso sempre que forem compatíveis com sua existência e razão de ser.

Partindo dessa premissa, cumpre analisar o direito constitucional de acesso à justiça e seus corolários lógicos auferidos pela pessoa jurídica.

## 3. *Do acesso à justiça*

O Estado, ao proibir a autotutela, assumiu o monopólio da jurisdição. Em decorrência disso, não se pode mais realizar um interesse pela própria força (ação de direito material), mas sim por intermédio da tutela jurisdicional, exercida pelo direito de ação.

Como consequência desse monopólio, ao Estado incumbe garantir a todos, pessoas físicas ou jurídicas, o amplo acesso à justiça. A Constituição da República disciplina esse direito-garantia no seu art. 5º, XXXV,

dizendo que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esse é o fundamento constitucional do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (também conhecido como princípio do direito de ação).

Embora, à primeira vista, o comando dessa norma se destine ao legislador, o certo é que a ninguém, indistintamente, é dado o direito de impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão.

Não basta, contudo, que se garanta o simples acesso à justiça. É indispensável que desse acesso advenha uma prestação jurisdicional eficaz e efetiva, com presteza e pacificação social com justiça – principais escopos do processo moderno (cf. CAPPELLETTI; GARTH, 1978, p. 70).

Assim, para que se atinjam esses escopos é essencial que a Jurisdição esteja resguardada de inúmeras *garantias*, para que ninguém dela se distancie, como é o caso da assistência jurídica gratuita e integral aos que dela necessitem.

Nesse contexto, esclarecedoras são as palavras do processualista Nelson NERY JUNIOR (1997, p. 94), ao comentar o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, afirmando que:

“Esse princípio tem, ainda, como decorrência a atribuição de assistência jurídica gratuita e integral aos necessitados (art. 5º, n. LXXIV). Diferentemente da assistência judiciária prevista na constituição anterior, a assistência *jurídica* tem conceito mais abrangente e abarca a consultoria e atividade jurídica extrajudicial em geral. Agora, portanto, o Estado promoverá a assistência aos necessitados no que pertine a aspectos legais, prestando informações sobre comportamentos a serem seguidos diante de problemas jurídicos, e, ainda, propondo ações e defendendo o necessitado nas ações em face dele propostas.”

Nessa linha de raciocínio, fácil é perceber que a garantia de assistência jurídica

integral e gratuita prestada pelo Estado aos que comprovarem insuficiência de recursos (CF, art. 5º, LXXIV) nada mais é do que um corolário lógico de se efetivar a todos, indistintamente, o amplo acesso à justiça, inclusive às pessoas jurídicas que não dispõem de recursos para movimentar a grande máquina do judiciário.

#### 4. Da pessoa jurídica pobre na forma da lei

##### 4.1. Da pessoa jurídica como sujeito de direitos e obrigações

Antes de adentrarmos o tema propriamente dito, devemos-se fazer um breve esboço acerca do fenômeno da pessoa jurídica.

O indivíduo muitas vezes se vê impossibilitado de, por si só, alcançar determinados objetivos, vez que ultrapassam suas forças e limites de atuação individual.

Assim, para consecução desses fins, há a necessidade de se agrupar com outros homens, formando, então, verdadeiros entes, dotados de estrutura autônoma e personalidade jurídica própria, sendo que somente nesse amparo logram realizar os fins colimados, superando, pois, a debilidade de suas forças e brevidade de suas vidas.

Eis que, dessa forma, surgem as chamadas pessoas jurídicas, conceituadas na doutrina de Maria Helena DINIZ (1997, p. 142) da seguinte forma: “Assim, a *pessoa jurídica* é a unidade de pessoas naturais ou de patrimônios, que visa à consecução de certos fins, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direito e obrigações.”

O professor Washington de Barros MONTEIRO (1995, p. 101) vem a resumir os princípios fundamentais e caracterizadores da pessoa jurídica:

“A teoria da personalidade jurídica é dominada por alguns princípios fundamentais: a) – a pessoa jurídica tem personalidade distinta da de seus membros *universitas distat a singulis* (...); b) – a pessoa jurídica tem patri-

mônio distinto. Essa autonomia patrimonial é caracterizada por dois preceitos: *quod debet universitas non debent singuli e quod debent singuli non debet universitas*; c) – a pessoa jurídica tem vida própria, distinta da de seus membros.”

Da mencionada lição deduz-se que, quando as pessoas jurídicas adquirem personalidade própria<sup>1</sup>, passam a ter existência distinta da dos seus membros<sup>2</sup>, ou seja, tornam-se entidades autônomas, inteiramente diversas das pessoas que a compõem, figurando, pois, como verdadeiros sujeitos de direitos e obrigações, tanto no campo constitucional, como no legal.

Com isso, a situação econômica da pessoa jurídica deve ser aferida em relação ao seu patrimônio próprio, dentro, é claro, das devidas proporções, a fim de se evitar fraude ou abuso de direito.

#### 4.2. Da pessoa jurídica pobre na forma da Lei nº 1.060/50

Como visto acima, a nossa Carta Política garante, em norma de eficácia plena (CF, art. 5º, §1º), que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (CF, art. 5º, LXXIV), seja pessoa física, seja pessoa jurídica.

Assim, a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, que estabelece normas para a concessão de assistência jurídica aos necessitados, deve ser interpretada em consonância com as normas e princípios constitucionais acima delineados.

Dispõe o seu artigo 1º a incumbência dos poderes públicos federal e estadual em prestar assistência judiciária a quem dela necessitar, *nos termos da lei*.

Um dos termos que a lei condiciona é que a pessoa seja necessitada, conforme se desprende do seu art. 2º, *verbis*:

Art. 2º Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, *que necessitarem recorrer à Justiça* penal, civil, militar ou do trabalho.

Parágrafo único. Considera-se necessitado, para os fins legais, *todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio OU da família* [grifos nossos].

A assistência jurídica aos hipossuficientes deve ser proporcionada pelo Estado de forma integral, ou seja, a dificuldade de pagamento das custas e despesas do processo deve ser contornada com a isenção das taxas judiciárias e a questão dos honorários advocatícios deve ser suprida com a representação judicial por meio da Defensoria Pública da União (para as justiças comum federal, do trabalho, eleitoral e militar) ou da Defensoria Pública dos Estados (para a justiça comum estadual)<sup>3</sup>.

Da redação do texto, verifica-se a total compatibilidade de suas disposições albergarem também as pessoas jurídicas, tendo em vista que situações existem em que uma pessoa jurídica esteja numa situação econômica que não seja possível pagar as custas do processo e os honorários de advogado *sem prejuízo do sustento próprio*.

Note-se que o texto traz a partícula disjuntiva “ou”, asseverando que a situação caracterizadora da necessidade possa derivar *ou* do prejuízo para o sustento próprio (pessoas físicas ou jurídicas) *ou* da família (pessoa física). Nada obsta também a existência de prejuízo concernente à pessoa física que colha as duas situações (sustento próprio e da família), mas, quanto à pessoa jurídica, somente a primeira se coaduna com sua razão de ser.

Não é difícil descrever exemplos de pessoas jurídicas necessitadas, como é o caso de uma empresa falida, em estado de insolvência (passivo superando o ativo) e necessitando requerer em juízo sua autofalência; ou de um sindicato que visa atender aos interesses dos agricultores de uma pequena cidade e não dispõe de recursos financeiros para arcar com as custas processuais e honorários de advogado; quem sabe uma fundação que se destina ao amparo de pessoas

deficientes ou idosas e necessita comprovar em juízo sua isenção tributária, isso porque o fisco insiste em não reconhecê-la; ou de uma associação de moradores de um bairro pobre que pretende discutir em juízo uma dívida que entende ser indevida, mas que, pelo seu valor, as custas do processo serão deveras representativas.

Enfim, os exemplos são vários e a cada dia mais pessoas jurídicas necessitam do auxílio do Estado na busca de garantir os seus direitos fundamentais. Essa é uma realidade que a ordem jurídica não pode negar.

Diante disso, importante é entender e aceitar que a pessoa jurídica pode ser considerada pobre na forma da lei (necessitada), sempre que se deparar em contingências econômicas aferidas no caso concreto, independentemente de seu porte ou grau de organização, porquanto o que importa é a real necessidade do acesso à justiça e a impossibilidade de custeá-lo.

Frise-se, ademais, que a Constituição Republicana, ao disciplinar a Ordem Econômica e Financeira (Título VII), traz como princípio a ser observado *o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País* (CF, art. 170, IX).

Isso porque a pessoa jurídica tem, além da função econômica, uma função social, que se traduz na criação de novos empregos, no fomento da livre iniciativa e na consecução da sociedade civil organizada.

O Estado deve proporcionar, portanto, todos os meios indispensáveis para que se garantam os direitos fundamentais de *todos*.

### 5. Da conclusão

Foi vista neste trabalho a importância dada ao tema do acesso à justiça garantido às pessoas jurídicas carentes.

Constatou-se que o entendimento predominante na doutrina é o de que os direitos e garantias fundamentais têm como destinatários tanto as pessoas físicas, como as pessoas jurídicas.

Foi abordado que não basta que se garanta o simples acesso à justiça a todos, pessoas físicas ou jurídicas, é preciso que ele seja eficaz e efetivo, com presteza e pacificação social com justiça.

Daí é que surge a necessidade de se garantir na Constituição, como corolários lógicos, instrumentos processuais proffcuos e assistência jurídica gratuita e integral aos que dela necessitarem, motivo pelo qual a Lei nº 1.060/50 deve ser interpretada em consonância com as normas e princípios constitucionais.

O conteúdo normativo dessa lei se compatibiliza com a pessoa jurídica, tendo em vista que situações existem em que esta esteja numa situação econômica em que não seja possível pagar as custas do processo e os honorários de advogado sem prejuízo do sustento próprio.

Dentro dessas assertivas, conclui-se que a inafastabilidade do controle jurisdicional pode ser vista por diversos matizes, sempre dentro da nova perspectiva da instrumentalidade material do processo, em que se cobra do Estado o cumprimento dos seus deveres constitucionais, entre eles a possibilidade de se proporcionar a todos a *oportunidade de ingressar* na Justiça, como uma espécie de pré-requisito para se discutir o conteúdo do direito pleiteado, a fim de não fulminá-lo de véspera.

### Notas

<sup>1</sup> A aquisição de personalidade da pessoa jurídica é disciplinada no artigo 18 do Código Civil Brasileiro, nos seguintes termos: "Art. 18. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição dos seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos no seu registro peculiar, regulado por lei especial, ou com a autorização ou aprovação do Governo, quando precisa."

<sup>2</sup> Art. 20 do Código Civil Brasileiro.

<sup>3</sup> Destaque-se, por oportuno, que a instituição da Defensoria Pública Estadual não é uma realidade em alguns Estados da Federação. Alguns Estados não disponibilizam nenhuma forma de amparo aos necessitados no campo da assistência jurídica.

ca; outros, embora sem a instituição de uma Defensoria Pública de carreira, prestam assistência jurídica por meio da Procuradoria do Estado, como são exemplos os Estados de São Paulo e o do Rio Grande do Norte.

### *Bibliografia*

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acess to justice: the worldwide movement to make rights effective. Access to Justice: a world survey*, Milano, 1978. t. I, v. 1.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la cinstitución*. Barcelona: Ariel, 1965.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2001.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: RT, 1970. t. IV.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

## Constituição, artigo 52, inciso X: reversibilidade?

Sérgio Resende de Barros

É uma peculiaridade do sistema brasileiro de controle da constitucionalidade a intervenção do Senado mediante uma espécie normativa, a resolução, para *suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*, conforme autoriza o inciso X do artigo 52 da Constituição de 1988. Essa suspensão é reversível? Muito se tem discutido se o poder de editá-la é discricionário ou não. Mas quase nada se cogita da reversibilidade da resolução que a edita. Talvez por seu ineditismo, essa competência do Senado Federal, apesar de fecunda, tem sido minimizada pela doutrina, que chega a reduzi-la a um automatismo inexpressivo, incongruente com as funções de moderação e representação que o colégio de senadores exerce no concerto da federação. Esse detrimento não pode persistir. Para superá-lo, é imprescindível entender bem a origem e a lógica dessa competência peculiar, que resultou de uma variação inevitável na transplantação para o Brasil do modo norte-americano de controlar a conformidade das leis com a Constituição.

No Brasil, diferentemente dos Estados Unidos, o poder de rever soberanamente a constitucionalidade das leis, próprio do tribunal maior da federação, não nasceu de atribuição jurisprudencial, mas de prescrição constitucional. Teve por berço a Constituição de 1891, cujo texto gerou o controle de constitucionalidade no contexto político

Sérgio Resende de Barros é mestre, doutor e livre-docente em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na qual leciona nos cursos de bacharelado e de pós-graduação. É secretário do Instituto “Pimenta Bueno” – Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

que incrementou, deixando sob a guarda do Supremo Tribunal Federal a evolução do constitucionalismo republicano. Contudo, ao concentrar nessa corte a *competência terminante* do questionamento da constitucionalidade, a Constituição geratriz da república federativa brasileira também deixou clara a *competência difusa* pelo restante Poder Judiciário de julgar a constitucionalidade das leis, ainda que não terminantemente. Qualquer juiz poderia sentenciar a inconstitucionalidade, mesmo se apoiado estritamente na sua livre convicção. É o que lhe facultava a república, cujo alento democrático revolucionava o Brasil. Dessa maneira veio da primeira Constituição republicana uma *distribuição democrática* do poder judicial de controlar o ajuste constitucional dos atos jurídicos, sobretudo das leis. Essa distribuição não continha nenhum privilégio. A reserva de competência dos tribunais era efeito da hierarquização natural a todo o poder, inclusive o judicial. Por isso, também diversamente dos Estados Unidos, não prosperou no Brasil o *stare decisis*, que se define por uma rígida vinculação dos juízes à jurisprudência superior.

Essa forma jurisprudencial é nativa do direito baseado antes nos precedentes judiciais do que nas regras postas pelo legislador. Na matriz inglesa, como na sua prole, inclusive nos Estados Unidos, é dever maior dos juízes *stare decisis et non quieta movere*. A sentença há de *estar com as coisas decididas e não mover as quietas*. Não deve mexer no que está pacífico. Sob esse princípio de jurisprudência se acomoda a justiça constitucional norte-americana, dando estabilidade ao controle difuso. Já um direito de feitiço romanístico, como o brasileiro, mais valoriza a livre convicção do juiz na sua prudente aplicação da lei. Não condiz espontaneamente com a rigidez jurisprudencial, mesmo no topo constitucional. Esse fator impediu o *stare decisis* entre nós. Desse modo, a distribuição democrática do poder de controlar, feita pela própria Constituição federativa, confluiu com outros fatores para inibir na

federação brasileira o despontar de uma jurisprudência constitucional tão vinculante como a norte-americana.

A essa inibição corroborada pelo feitiço romanístico acresceu a necessidade de preservar a separação de poderes. No fim, todos esses fatores, somando-se, levaram a afastar da corte constitucional brasileira o poder de generalizar *erga omnes* a inconstitucionalidade verificada *inter partes*. Esse poder veio a ser outorgado ao Senado Federal pela Constituição de 1934, que lhe atribuiu competência para *suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário*, como consta do inciso IV do artigo 91.

Nessa regra – é bom esclarecer desde logo – *execução* significa *eficácia* e não *existência*. O Senado suspende para todos a eficácia que o Supremo já suspendera entre partes. Mas nenhum dos dois toca na existência da lei. O que condiz com a lógica do sistema difuso, cuja raiz está no princípio da separação de poderes, de sorte que uma lei só pode deixar de existir se for revogada por outra lei editada pelo poder legislativo. Pelo que, após as intervenções do Supremo e do Senado no controle difuso, a lei continua existindo, ainda que ineficaz. De início, é ineficaz só nos casos julgados pelo Supremo. Após a generalização decidida pelo Senado, torna-se ineficaz em todo e qualquer caso. Esse é o conceito segundo o qual agiu o Constituinte de 1891, valendo-se do termo *execução* para atender à distinção entre existência e eficácia da lei, curial em todo o direito. Não continue, pois, esse termo a causar a espécie que tem causado, pois ele foi bem engendrado pelos constituintes brasileiros.

Nos termos do controle difuso brasileiro, portanto, o Supremo Tribunal Federal é senhor da constitucionalidade e o Senado Federal é senhor da generalidade. Sublinhe-se: no controle difuso. No controle concentrado, ambas – a constitucionalidade e a generalidade – estão nas mãos do Supremo,

sendo necessariamente *erga omnes* o acórdão que decide as ações diretas.

O Senado tem uma função moderadora radicada na prudência de seus membros, derivada de sua maior experiência de vida. Daí que a Constituição do Império exigiu a idade mínima de quarenta anos para ser senador, requisito de elegibilidade que a República, servindo ao modelo norte-americano, baixou para trinta e cinco anos. Mas, desde sua origem romana, o senado é um órgão de temperança, como o diz o seu próprio nome, com a raiz “sen”, também vista noutras palavras, sempre indicando idade avançada e, ora também, a sabedoria daí resultante. Um bom exemplo é o nome dos dois sábios, pai e filho, aos quais os romanos chamaram Sêneca. O Senado é um órgão moderador, quer nas federações, quer nos estados unitários. Essa função inata não lhe pode ser negada, sobretudo nos atos que expressamente configuram sua competência constitucional, como o de generalizar a inconstitucionalidade no epílogo do controle difuso. Ora, não há moderação onde não há discricção, mas apenas vinculação. Senhor da generalidade, como o Senado cuidará dela, agindo como fator de temperança, se não tiver para isso a necessária discricionabilidade? É óbvio que, reduzido a autômato, de nada cuidará efetivamente, a não ser de cumprir ordens de outro órgão.

Ademais, em federações como a norte-americana e a brasileira, o Senado acumula com a moderação a representação dos estados-membros. Essa é outra função que não lhe pode ser negada em nenhum ato de sua competência constitucional, sob pena de degenerar a concepção federativa que o enforma. Tanto que, na Constituição dos Estados Unidos, a única cláusula de restrição material similar às cláusulas pétreas é a que proíbe emenda constitucional que prive algum estado-membro, sem seu consentimento, de sua igualdade de sufrágio no Senado. A voz dos senadores é a voz dos estados-membros, os quais – mesmo sem soberania – são dotados de autonomia. Ora, não há

autonomia onde não há discricção, mas apenas vinculação. Senhor da generalidade, como o Senado cuidará dela, agindo como representante de estados autônomos, se não tiver para isso a necessária discricionabilidade? Óbvio, que nenhum cuidado proverá, se nenhuma discricção tiver, em virtude da sonegação da autonomia que lhe é inerente.

Desse modo, já que suas funções de moderação e representação não podem ser negadas, nem exercidas sem discricção, a competência dada ao Senado pelo inciso X do artigo 52 da Constituição é *discricionária*. A instituição do Senado não compadece uma vinculação rígida, como a que pretende submetê-lo totalmente ao Supremo Tribunal Federal. Sem dúvida, a declaração de inconstitucionalidade vinda do Supremo vincula o Senado. Porém, não como *causa*, mas apenas como *condição* do exercício de sua competência constitucional. A condição permite à causa produzir o seu efeito, mas não o produz. O exemplo clássico que os lógicos dão é o seguinte: abrir a janela pode ser condição que permita ao sol iluminar o interior da sala, mas não é a causa da iluminação. A causa é o sol, em razão de sua própria constituição, determinada por leis físicas. A janela é a condição que, sendo aberta, permite ou, sendo fechada, impede a ação da causa para produzir o efeito, a ação do sol para iluminar a sala.

Semelhantemente se passa com o ato do Supremo em relação ao ato do Senado. A inconstitucionalidade decidida por aquele é condição e não causa da generalidade decidida por este. A causa da resolução senatorial está na própria constituição do Senado, determinada não por leis físicas, mas por normas jurídicas, que o dotam de vontade própria, isto é, apropriada ao exercício de suas funções de moderação e de representação. Assim o quer a Constituição. Querê-lo diferente é querer inconstitucionalmente. Em suma, a inconstitucionalidade decidida pelo Supremo é condição cuja existência permite ou cuja ausência impede a resolução do Senado. Permitir não é impor.

Quando o Supremo solicita, ele permite e não impõe o ato do Senado. Ao contrário, impedir é impor uma proibição. Assim, quando a condição se torna impeditiva, sendo ausente originariamente ou retirado posteriormente o pressuposto de inconstitucionalidade dado pelo Supremo, fica impedida a resolução do Senado, o qual não pode editá-la ou, se já a editou, deve revogá-la. Na edição da resolução, há discricionariedade. No retorno, na revogação da resolução, há vinculação.

Foi para obter um contrapeso de moderação no âmbito da federação que a Constituição outorgou ao Senado, e não à corte constitucional, a função de suspender a execução da lei. Por isso, a Constituição fez do Senado o senhor da generalidade e não um mero servo da corte constitucional. Mesmo que esta julgue definitiva a inconstitucionalidade da lei, após negar-lhe aplicação em reiterados casos *inter partes*, e por isso peça a extensão *erga omnes*, o Senado não está obrigado a generalizar, pois pode muito bem achar oportuno e conveniente que a inconstitucionalidade continue a ser decretada apenas *inter partes*. Está aí a sua função moderadora, exercida em nome dos estados-membros.

No exercício dessa função, o Senado não convalida a inconstitucionalidade, mas apenas entende que ela deva ser mantida no âmbito particular dos casos concretos. O Senado não entra no mérito da inconstitucionalidade, para reapreciá-la. Não invade competência alheia. Não rejeita a decisão do Supremo Tribunal Federal. Não desdiz a inconstitucionalidade dita pela corte constitucional. Apenas não considera oportuno e conveniente estendê-la *erga omnes*. Nada mais faz do que uma limitação política do âmbito e do modo de aplicação da inconstitucionalidade. Esse poder discricionário não lhe pode ser negado.

Lúcio BITTENCOURT (1949) é elogiável pelo pioneirismo. Mas em sua obra, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, precipitou um entendimento prejudicial

à competência constitucional do Senado. Disse ele que *o ato do Senado não é optativo*, acrescentando que *o objetivo da Constituição é apenas tornar pública a decisão do Tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos*. Mas se esqueceu de que a decisão de qualquer tribunal, sobretudo do Supremo, já é pública por sua própria natureza. Com isso, deu início a um entendimento que atrofia a competência do Senado. Já é hora de sanar essa atrofia.

A intervenção do Senado no controle difuso é um engenhoso meio jurídico-político de atender ao princípio da separação de poderes, entre cujos corolários está o de que só lei pode revogar lei. Esse princípio tem de ser mantido no controle difuso, pois faz parte de sua lógica. A lógica do controle concentrado é outra: admite a corte constitucional como legislador negativo, o que é inaceitável no controle difuso. Cada modo de controle deve manter sua lógica para conviverem em harmonia. Se não, o misto se torna confuso. Exatamente para manter a lógica do controle difuso, coerente com a separação de poderes, é que se teoriza que o Senado subtrai exequibilidade à lei, porém não a revoga. Mas isso coloca uma questão: se a lei não é revogada, pode ser restaurada sua exequibilidade, após editada a resolução do Senado?

Como a lei continua existindo, um tal retorno é possível. A Constituição não o veda. Ao contrário, se a lei continua existindo para todos e, também, para o Supremo e o Senado, estes têm o dever constitucional de restaurar-lhe a execução, quando for o caso. E o caso pode ocorrer, como o comprova a doutrina.

Ada Pellegrini GRINOVER (2000, p. 3-6), em recente livro, *A marcha do processo*, aponta para a possibilidade de existirem tais casos. Diz ela, referindo-se à matéria tributária, que *tem acontecido de o Supremo Tribunal Federal, pela via do Recurso Extraordinário, declarar, 'incidenter tantum', a constitucionalidade do tributo, em casos concretos distintos daqueles em que se deu a coisa julgada favorável ao contribuinte*. Acrescenta: *Outra hipótese tam-*

*bém tem ocorrido: após a coisa julgada, acobertando sentenças que afirmaram a inconstitucionalidade do tributo, o Supremo declarou sua constitucionalidade, pela ação declaratória introduzida no ordenamento brasileiro pela Emenda nº 3, de 17 de março de 1993.*

Paulo BROSSARD (1976, p. 63) – em seu artigo sobre *O Senado e as leis inconstitucionais*, relata um caso concreto que comprova a necessidade de restaurar a execução, ainda que não sustente essa possibilidade.

Certa feita, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul declarou inconstitucional o art. 160 da Constituição estadual de 1947... e, no mesmo sentido, foi a decisão do Supremo Tribunal Federal (RE n. 22.241). Em função desse acórdão, o Senado suspendeu a execução do artigo mencionado, Resolução n. 48, de 14 de setembro de 1961. Não passou muito tempo, contudo, e o Tribunal sul-rio-grandense, aprofundando a sua análise, a partir de voto vencido, pôde verificar que o preceito fulminado, e já então suspenso, seria “válido, subsistente, se endereçado aos delitos de responsabilidade de cunho político”, quer dizer, aos crimes que não são crimes. (...) Não tivesse havido a suspensão da norma referida e o Tribunal do Rio Grande do Sul, longe de concluir pela inconstitucionalidade do art. 160, teria lhe dado a exata exegese e a correta aplicação, circunscrevendo-o aos “crimes de responsabilidade” que não são ilícitos penais.

Esse exemplo sugere crescer que a restauração da eficácia pode ser necessária não só porque o Tribunal deixou de fazer a *exata exegese e a correta aplicação*, mas até mesmo porque cometeu descuido procedimental. Só o Tribunal pode e deve rever decisões suas, portadoras de falha, até de mero vício formal. O Senado não pode corrigir os atos do Supremo. Andou certo BROSSARD, na mesma passagem, quando – em contrário ao Ministro Pedro Chaves e a Celso Bastos –

negou aos senadores um tal poder de inspeção formal, aclarando que *o Senado não é fiscal da Corte Suprema, nem tem por ofício cuidar da observância das regras de julgamento. Às partes, não ao Senado, é reservada essa vigilância*. Mas a vigilância das partes e a do próprio Tribunal podem impor a reconsideração da inconstitucionalidade, mesmo depois da resolução do Senado, e exatamente por isso não se pode negar a possibilidade de revogar essa resolução.

Gilmar Ferreira MENDES (19- -?), firme na doutrina alemã, em sua conhecida obra *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, defende ser inadmissível reapreciar inconstitucionalidade de lei já declarada. Mas faz duas ressalvas. A saber: *ressalvadas as hipóteses de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes*. Realmente, são possíveis casos enquadrados nessas hipóteses que levam a reapreciar a inconstitucionalidade. Mas cumpre acrescentar: até mesmo após a resolução do Senado.

Na mesma passagem, Gilmar Ferreira MENDES considera *plenamente legítimo que se argua, perante o Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade de norma anteriormente declarada constitucional em ação direta de constitucionalidade*. O contrário também não pode ser negado: é legítima a proposição da ação declaratória de constitucionalidade para argüir a constitucionalidade de uma norma já anteriormente declarada inconstitucional. Essa legitimidade não é tolhida pelo fato de já ter sido editada a resolução suspensiva, pois em qualquer hipótese é rigoroso o dever de reverter uma inconstitucionalidade que se tornou insustentável, dado que a norma constitucional tem de vigor plenamente, sob pena de fraudar o Estado de Direito.

Esse emprego para reverter inconstitucionalidade insustentável daria especial utilidade à ação declaratória de constitucionalidade, cuja valia causou tanta polêmica, quando de sua criação pela Emenda nº 3 de

1993. De fato, é particularmente interessante a hipótese de sobrevir à resolução do Senado uma ação declaratória de constitucionalidade, buscando reconsiderar a inconstitucionalidade com base em novos fatos ou argumentos inéditos, os quais imponham reverter o decidido. Nada impede – mas tudo aconselha e até impõe – que, em face de mutações históricas do fato ou do direito, qualquer um dos legitimados pelo § 4º do art. 103 proponha a ação declaratória de constitucionalidade de uma lei, mesmo após haver o Senado suspenso sua execução. No desfecho, se o Supremo Tribunal Federal reverter a inconstitucionalidade, a decisão da ação declaratória de constitucionalidade terá *eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo*, como estabelece a Constituição no artigo 102, § 2º, e isso tornará não só conveniente, mas realmente obrigatória a edição pelo Senado de uma resolução revogando a anterior.

Para tanto, uma indagação tem de ser respondida: o inciso X do artigo 52 da Constituição fala que o Senado atenderá a *decisão definitiva* do Supremo. Em 1891 não havia essa exigência. Mas hoje ela existe. O que leva a indagar se, com uma decisão definitiva, não estaria o Supremo fechando as portas atrás de si, impossibilitando o regresso, ou seja, tornando impossível a revogação da resolução do Senado.

A resposta é: o termo *definitivo* aí significa *conclusivo*. Como lembra Ada Pellegrini GRINOVER (2000, p. 3-6), na passagem citada, esse termo aponta para a conclusão de uma série de decisões próprias do controle difuso. Decisões que o finalizam. Aí *definitivo* não significa *irreversível*, mas somente que algo está findo e definido nas presentes condições históricas. Contudo, essas condições podem mudar. Até mesmo porque a decisão definitiva pode padecer de erro formal ou material que obrigue o Tribunal a revê-la, mesmo depois de estar em vigor a resolução do Senado. Sob pena de pôr em risco ou em ruína o Estado de Direito.

Já há muito tempo Hans KELSEN (1981, p. 303) firmou a perene reversibilidade das decisões sobre constitucionalidade. Em sua obra sobre a justiça constitucional reafirmou o que já fora dito pela Suprema Corte em 1873, no caso *Morgan County*. A saber: *as questões constitucionais são sempre abertas a novo exame*. São assim sempre abertas, por serem sempre questões de natureza política, que tocam de perto na expressão da vontade geral em si mesma considerada (controle abstrato) ou considerada em sua correlação com as vontades particulares (controle concreto). Daí, com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a doutrina confirma que o controle de constitucionalidade ora é político-jurídico, ora é jurídico-político, mas, ora mais, ora menos, é sempre político. Ninguém mais duvida da politicidade do controle de constitucionalidade. Daí que pode haver necessidade político-jurídica ou jurídico-política de revogar a resolução do Senado para restaurar a plenitude da lei. Um tal retorno pode até parecer absurdo, pois a prática nunca o exercitou. Mas, em vez de absurdo, é absolutamente lógico em sua coerência com o sistema difuso, permitindo colher bons frutos de uma intervenção do Senado que constitui um verdadeiro *check and balance* de moderação, engenhosamente criado pelo constitucionalismo brasileiro.

Ademais, a congruência entre os atos jurídicos impõe outra conclusão: do mesmo modo que se pode retirar, também se pode restaurar um poder ou uma condição de poder, exceto se houver expressa proibição legal. Assim, o vigor da lei se restabelece nas mesmas condições em que foi retirado. No *stare decisis*, a jurisprudência pode por si mesma reavivar a executoriedade que amortecera. Similarmente, no caso brasileiro, o Senado pode dar ou tirar o efeito *erga omnes*. Nos dois sentidos, o trâmite é complexo: compete ao Supremo julgar da inconstitucionalidade e ao Senado, cuidar da generalidade. Mas há uma diferença significativa: se para editar a resolução a competência do Senado é discricionária, para revogá-la é

*vinculada*, pois, se o Supremo reconsiderar a inconstitucionalidade e, mesmo assim, o Senado mantiver a resolução, este estará usurpando a competência daquele e, também, a do Congresso Nacional, uma vez que a lei feita pelo Legislativo e considerada constitucional pelo Judiciário tem de ter vigência plena e ser plenamente aplicável. Portanto, o retorno não é só possível, mas pode vir a ser necessário, e não há por que negá-lo.

Enfim, ainda é de notar que a intervenção do Senado, embora aprimore o sistema difuso, não consiste no julgamento de nenhum caso concreto, em que a decisão, se não recuar *ex tunc*, até à origem do ato questionado em concreto, pode prejudicar uma parte em benefício da outra. Ao contrário, o ato do Senado é *erga omnes* e, por isso mesmo, se recuar ao passado, atingirá outras partes, cujos direitos e obrigações não foram questionados nos casos concretos, ao fim dos quais o Supremo solicitou ao Senado a suspensão da lei. Aqui, o recuo ao passado causaria sublevação automática e imediata das relações jurídicas que estavam pacíficas, causando uma guerra generalizada entre incontáveis partes. O que, além de injusto para os atingidos, seria inconveniente para a paz social, escopo maior da administração da Justiça pelo Estado.

Por esses motivos, a ampliação *erga omnes* resolvida pelo Senado somente pode ter efeito *ex nunc*, ou seja, a partir da publicação da resolução. Ada Pellegrini GRINOVER (2000, p. 11) reforça essa tese, esclarecendo que, nesse caso, a decisão judicial *não se reveste da autoridade da coisa julgada*, de modo que, se sobrevier a suspensão da execução da lei, *sua ineficácia, decorrente exclusivamente da resolução do Senado, terá efeitos 'ex nunc'*. A despeito de haver doutrina a sustentar o contrário, a tese está correta: a resolução senatorial *somente* pode ter efeito *ex nunc*. Não pode ter efeito *ex tunc*.

Realmente, a intervenção do Senado constitui uma *intersecção* do sistema difuso com o concentrado, que os aproxima entre

si. Mas não os assimila, nem os identifica, nem muito menos confunde um com o outro. De um lado, nessa intersecção não se tem o efeito *ex tunc* próprio do sistema difuso, porque aí não se está julgando um caso concreto. De outro lado, porque o Senado aí não age como legislador negativo (ademais, ele é uma das câmaras do Legislativo, mas não é o Legislativo), não há possibilidade de modular no tempo – *ex tunc*, *ex nunc* ou *pro futuro* – o vigor da decisão de inconstitucionalidade vinda do Supremo, ao qual o Senado não pode substituir. O Senado apenas suspende a execução da lei. O que – evidentemente – ele só pode fazer do momento de sua resolução para diante, ou seja, *ex nunc*. Sob pena de ultrapassar a sua competência constitucional.

Ao final, cumpre sintetizar uma conclusão geral. A saber: sendo assim bem compreendida – como *discricionária* em sua decisão, *eficaz* só desde sua publicação e *reversível* quando necessário – a resolução do Senado no arremate do controle difuso, em vez de corresponder a uma função exígua, torna-se fértil pela possibilidade que abre de freios e contrapesos entre os poderes do estado federal, em prol da correta prática do Estado Democrático de Direito na República Federativa do Brasil.

### Bibliografia

- BITTENCOURT, L. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949.
- BROSSARD, P. *O Senado e as leis inconstitucionais*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 13, n. 50, p. 55-64, abr./jun. 1976.
- GRINOVER, A. P. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- KELSEN, H. *La giustizia costituzionale*. Milão: Giuffrè, 1981.
- MENDES, G. F. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. [S. l.]: Saraiva, [19-?].

# Os militares e a ordem constitucional republicana brasileira

De 1898 a 1964

Romeu Costa Ribeiro Bastos e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

## Sumário

As intervenções militares e a República. 1. Raízes das crises. 2. As crises constitucionais. a) O período de 1920 a 1930. b) O período de 1930 a 1945. c) O período de 1945 a 1950. d) O período de 1950 a 1964. O regime militar de 1964. Conclusão.

“La constitución es una cosa; los militares somos otra!” (LOWENTAL, 1976, p. 3).

A análise das intervenções castrenses ao longo da história republicana brasileira demanda, *a priori*, uma avaliação sobre o papel dos militares no Estado, na política e sua interação com a sociedade civil.

O conceito de profissionalização nas Forças Armadas surgiu como resposta à necessidade de contextualizar sua atuação a partir de um referencial sociológico que as situasse comparativamente diante de outros grupos funcionais no interior do sistema social. Com base nessa formulação, tornou-se possível definir a competência profissional militar perante o Estado e a sociedade, a despeito da dificuldade em compatibilizar a oposição teórica entre ação militar e política.

De fato, o relacionamento do Estado com as Forças Armadas não se reduz à mera relação profissional-cliente, mas a uma efetiva relação de poder, uma vez que as Forças Armadas não atuam apenas como profissio-

Romeu Costa Ribeiro Bastos é Professor Universitário. Mestre em Engenharia de Sistemas pelo Instituto Militar de Engenharia. Doutor em Aplicações, Planejamento e Estudos Militares pela Escola de Comando e Estado-Maior do Exército.

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha é Professora Universitária e Procuradora Federal. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Católica Portuguesa. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais.

nais, detentoras que são de autoridade que lhes foi constitucionalmente outorgada.

Tal competência encontra-se intrinsecamente vinculada ao papel dos militares e seu inter-relacionamento com a sociedade civil, cujo aspecto fundamental traduz-se na tensão potencial da necessidade de os governantes manterem, por um lado, uma força armada como instrumento da política e da ordem interna e garantirem, por outro, que ela não usurpe os aparelhos do Estado (STEPAN, 1975, p. 46).

Nessa linha teórica, quatro modelos explicativos sistematizados por JANOWITZ (1977, p. 187 et seq.) são apontados como definidores da relação civil-militar: o aristocrático, o democrático, o totalitário e o profissional.

O modelo aristocrático corresponde à estrutura das elites. Sua essência reside no fato de que os valores sociais e os interesses materiais das elites militares e políticas numa sociedade aristocrática são naturalmente convergentes. A base do recrutamento da oficialidade, que se define como aristocrata e não castrense, provém da casta civil, assegurando, dessa forma, a estabilidade do sistema político.

O modelo democrático, caracterizado pela diferenciação entre as elites civil, política e militar, impõe o afastamento deliberado das Forças Armadas da esfera pública decisória, em face do reconhecimento de que, ao menos no plano ideal, o oficial é um profissional apolítico, a serviço do Estado e subordinado às regras e normas legais.

Quanto aos modelos totalitário e profissional, atribuem alto valor à força militar e à especialização. No primeiro, o controle civil é assegurado por meio da seleção política dos chefes militares e reforçado pela infiltração de membros do partido único e pela ação da polícia secreta, em razão da impossibilidade da coincidência social das elites. No segundo, efetiva-se o controle, não por meio da convergência de interesses, mas pela tolerância dos civis para com o desenvolvimento autônomo da influência militar.

Huntington, seu principal teórico, sustenta que a busca de objetivos militares profissionais tende a manter as Forças Armadas dentro de sua esfera de atuação.

Outros sistemas podem, ainda, ser citados, como o ditatorial e o moderador, este último especialmente relevante, por nele se encontrar a formulação teórico-explicativa para a atuação das Forças Armadas no movimento irrompido em 1964, à semelhança do ocorrido durante a monarquia, quando o Imperador detinha poderes “constitucionais especiais” para intervir nas crises políticas em épocas de impasse.

Descrito e sistematizado por Alfred STEPAN (1975, p. 32 et seq.), os axiomas analíticos do modelo moderador ou de arbitragem podem ser assim relacionados:

- Todos os principais protagonistas políticos procuram cooptar os militares, admitindo-se como regra a politização das Forças Armadas.
- Os militares são politicamente heterogêneos, mas procuram manter um grau de unidade institucional.
- A cúpula política garante legitimidade aos militares, sob certas circunstâncias, para atuarem como moderadores do processo institucional, controlando o Poder Executivo, ou mesmo evitando a ruptura do sistema, quando envolve uma mobilização maciça de novos grupos anteriormente excluídos.
- A sustentação dos militares politicamente heterogêneos pelas elites civis facilita a formação de uma coalizão golpista vencedora. Inversamente, a ausência de tal apoio impede sua consolidação.
- A formalização de um “pacto” tácito entre civis e militares legitima a intervenção armada no processo político nacional e o controle temporário do Estado, por um período determinado.

Ora, tomado genericamente, esse valor-congruência resulta na socialização civil-militar, exemplarmente ilustrada pela doutrina desenvolvimentista, em sintonia com

o projeto de grupos parlamentares. A condescendência social e intelectual dos oficiais militares em relação aos civis possibilita a cooptação e a contínua liderança civil, que visa restabelecer o equilíbrio político e “corrigir” a autoridade de direito e a representação nacional quando essas entram em coalizão com as forças reais ou as autoridades de fato.

É o chamado “intervencionismo patológico”, por meio do qual os civis confiam aos militares o desempenho de um papel moderador, em determinados momentos históricos, para “recompor” a vida política nacional<sup>2</sup> (STEPAN, 1975, p. 51).

## *As intervenções militares e a República*

### *1. Raízes das crises*

A intervenção das Forças Armadas em 1964 assumiu, efetivamente, a função ideológica de arbitragem ao proteger a burguesia e conter o avanço dos movimentos populares diante da crise institucional. O modelo moderador, porém, se romperia com a implantação de um regime militar gestado ao longo das várias décadas do período republicano<sup>3</sup>.

A história noticia a intervenção política das Forças Armadas a partir da Proclamação da República. Retrocedendo ao período imperial, a vitória brasileira na Guerra da Tríplice Aliança faria o Exército emergir como uma força capaz de mudar os rumos políticos da Nação, recrudescendo o ideal republicano.

A geração de Caxias e Osório, forjada nos campos de batalha do Paraguai, seria sucedida por oficiais que não guardavam sentimento de lealdade para com o monarca. Some-se a isso a visão patriarcal da época, temente à possibilidade de o sucessor do trono ser uma mulher, casada com um estrangeiro, que sobre ela exercia grande influência (O EXÉRCITO na história do Brasil, 1998,

p. 12). Conturbava, ademais, o cenário político nacional a agitação provocada nos quartéis pelas idéias de Benjamin Constant e a teoria positivista do soldado-cidadão ou cidadãos-uniformizados, segundo a qual os militares estavam destinados a serem os civilizadores da sociedade brasileira.

O terreno estava propício à primeira grande intervenção castrense no Brasil e as Forças Armadas tornar-se-iam, efetivamente, as fundadoras da *novel* República, restando claro a lacuna deixada pela sociedade civil, despreparada para conduzir e defender o Estado Democrático.<sup>4</sup> As forças heterogêneas que apoiaram o movimento republicano incluíam desde os republicanos autênticos aos monarquistas escravagistas antagonizados com o regime após a abolição. É certo, contudo, ter faltado igualmente aos militares um projeto de governo, imbuídos que estavam apenas do ideário salvacionista. A Proclamação da República conscientizara o Exército de sua importância institucional – num processo que se iniciou a partir da Guerra do Paraguai – corroborando a crença da superioridade moral militar sobre a civil. A consequência imediata foi a politização das Forças Armadas, constatada pelos vários oficiais nomeados governadores de Estado e eleitos para o Parlamento. A parcela de gastos militares aumentou, mas as violentas lutas internas havidas nesse período exporiam a organização à atuação dos grupos externos, minando a tentativa de implantação de um projeto endógeno.

Após o segundo governo militar consecutivo, os civis alçaram ao poder buscando implantar uma Nova Ordem Civilista<sup>5</sup>. A estratégia adotada por Prudente de Moraes foi enfraquecer o poderio das Forças Armadas realizando cortes no orçamento, o que acarretaria a falta de materiais e equipamentos, atingindo de modo contundente a formação profissional dos oficiais. A consecução de tal objetivo explica o fracasso retumbante das expedições de Canudos e põe à mostra a estagnação provocada pela doutrina do soldado-cidadão que impediu a

modernização da Instituição e o florescimento de um pensamento militar autóctone.

Um fato, no entanto, abalaria essa estrutura estamental. Durante a presidência do Marechal Hermes da Fonseca, um grupo de jovens oficiais enviados para estagiar junto ao Exército Alemão havia retornado ao Brasil com novas idéias e desencadearia uma campanha pelo aperfeiçoamento profissional da Arma. Eram os chamados Jovens Turcos<sup>6</sup>, que propugnavam só poder o Exército desempenhar sua missão de defesa externa com uma força efetivamente profissional e apolítica.

A idéia da despolitização agradou as classes políticas, ciosas de uma oportunidade para afastar os militares do poder decisório estatal, mas, a despeito da ênfase no profissionalismo, o sentimento de intervenção armada não fora sepultado. A necessidade de substituir o sistema de governo corrupto – articulada desde de 1880 – reviveria em 1920 quando os tenentes, rebelando-se contra Arthur Bernardes, iniciaram o ciclo das intervenções militares que só terminaria em 1964.

## *2. As crises constitucionais*

### *a. O período de 1920 a 1930*

A década de 20 seria marcada por um clima de turbulência e insatisfação social, bem como por transformações significativas na Ordem Internacional.

O Primeiro Conflito Mundial, ao revisar o conceito tradicional de guerra, atingiria diretamente as Forças Armadas, conscientizando-as do obsoletismo bélico e tecnológico nacional.

Impunha-se a modernização. O Exército Francês vitorioso seria a força bélica escolhida para conduzir o processo. Atuando inicialmente nas Escolas de Formação, a Missão Francesa enfatizava a necessidade de se conhecer profundamente os problemas nacionais, e o Exército, reflexo da Nação, corpo uno integrado pelo povo e pela ban-

deira, apresentava-se como a instituição republicana restauradora dos males tradicionais do regime<sup>7</sup>.

Internamente, a Primeira República agonizava. A campanha presidencial de 1922, palco de um novo incidente envolvendo os militares – uma carta falsa atribuída a Arthur Bernardes, candidato governista, ofendendo o Exército –, constituiria-se no marco inicial de um ciclo de rebeliões, prenúncio de uma revolta maior, que sacudiriam o país ao longo dos anos vinte, historicamente denominado de Movimento Tenentista<sup>8</sup>.

Combatido pelo próprio Exército como força legalista e anti-revolucionária, o tenentismo canalizou as aspirações de mudanças dos segmentos sociais descontentes, enfrentando os setores autoritários conservadores e influenciando a esquerda revolucionária.

Desafiadores, os “tenentes” protagonizariam em 1924 seu mais glorioso feito: a Coluna Prestes, que, durante dois anos, adotando a tática da guerra de guerrilha, percorreu cerca de 25 mil quilômetros e atravessou 14 estados da Federação fazendo propaganda da revolução. Pretendiam os revolucionários a derrocada do regime e a implementação de reformas sociais.

A Coluna se dissolveria em 1927 com seus principais líderes exilando-se na Bolívia e Paraguai; não obstante, a República Velha chegava aos seus estertores.

O episódio final desenrolar-se-ia na campanha eleitoral de 1929 com Getúlio Vargas, opositor do paulista Júlio Prestes, tendo sido derrotado em eleições fraudadas, fato que fez eclodir uma revolta no Rio Grande do Sul.

Era o fim da “política dos governadores” e o início da era Vargas.

### *b. O período de 1930 a 1945*

A deposição de Washington Luiz pelos Comandantes das Forças Armadas e a instauração do governo provisório chefiado por Getúlio Vargas encerram a Primeira República com a renovação dos dirigentes do Estado.

No quadro convulso vivenciado pela Nação, o Exército, confuso e dividido, uma vez que a maioria dos oficiais superiores não haviam participado da Revolução, cindiu-se em dois grupos ideologicamente divergentes: os reformistas, defensores da idéia de que países periféricos como o Brasil deveriam ser tutelados pela corporação, e os apolíticos, de postura menos intervencionista, mas propugnadores do salvacionismo militar como solução para resgatar o Estado das ambições pessoais que o ameaçavam.

Impunha-se estabelecer a unidade no interior da Força e Vargas, com sua notável habilidade, cooptaria os tenentes, dando-lhes promoções rápidas e cargos importantes no início do governo<sup>9</sup>. A participação dos tenentes na Revolução Constitucionalista de 1932 lutando ao lado do Governo Federal revela a importância daqueles atores nos primórdios da Segunda República<sup>10</sup>.

Mas a “guerra paulista” aceleraria o processo de constitucionalização – a exemplo das eleições de 1933 para a Assembléia Nacional Constituinte – recompondo antigas alianças com os grupos oligárquicos regionais descontentes, o que acabou por provocar o alijamento dos tenentes do poder.

A compreensão da atuação dos militares na década de 30 passa, obrigatoriamente, pelo General Pedro Aurélio de Góes MONTEIRO (1937), personagem proeminente da historiografia brasileira, cujas críticas e sugestões a propósito da reorganização do Exército durante a Revolta Constitucionalista mereceram a atenção de Vargas, que o convidou para Ministro da Guerra.

Sua visão sobre as Forças Armadas era dicotômica. De um lado, o Exército se lhe afigurava uma instituição desorganizada e ineficaz, que necessitava de profissionalização, recrutamento e um sistema de promoções. De outro, considerava a corporação militar como a única instituição verdadeiramente nacional, de importância vital para a unidade do país. Concernente à arena política, defendia um governo forte e cen-

tralizador e a defesa da segurança interna pelos militares. Para ele, o Exército constituía-se num órgão fundamentalmente político cuja responsabilidade era forjar uma consciência coletivista “de políticos do Exército e não de políticos dentro do Exército” (1937, p. 181)<sup>11</sup>. O individualismo deveria ser suprimido de forma a assegurar a organização econômica e o progresso. Igualmente, deveriam ser asseguradas a justiça e a liberdade, valores compatíveis com a segurança nacional. As idéias de Góes MONTEIRO eram, pois, consoantes com o cooperativismo do Estado Novo varguista<sup>12</sup>.

Por fim, a II Guerra Mundial aceleraria o processo de desenvolvimento brasileiro. Vargas e sua política pendular entre o Eixo e os Aliados acabou por escolher o lado certo, na hora certa. Sob o compromisso norte-americano de construir a Usina de Volta Redonda, o Brasil cedeu uma base aérea no Nordeste, estreitando as relações entre os dois Exércitos. A decisão de ingressar no conflito em 1942 fortaleceu ainda mais os laços de amizade e interesses entre as Forças Armadas, dos dois Estados. A Força Expedicionária Brasileira (FEB), única grande unidade militar latino-americana a lutar na Europa, gerou reflexos e conseqüências intensas internamente. Os febianos, com a experiência adquirida junto aos americanos, puderam avaliar o atraso, sobretudo político, da Nação. Pressionado, Vargas promete eleições, mas em outubro de 1945 acabaria sendo deposto pelas Forças Armadas, que, uma vez mais, seguindo o modelo moderador, devolveram o governo aos civis. Convocado novo pleito eleitoral, o General Dutra, candidato apoiado por Vargas, sai vitorioso, tendo como opositor o Brigadeiro Eduardo Gomes. A escolha de dois candidatos militares quis significar serem eles mais confiáveis do que os civis para conduzir o processo de transição<sup>13</sup>.

### *c. O período de 1945 a 1950*

A vitória da democracia na II Grande Guerra evidenciou a necessidade de o Bra-

sil realinhar-se à nova conjuntura política mundial.

O período que compreende os anos de 1945 a 1950 caracterizou a transição do Estado Novo para a Terceira República. Eleições em 1945 deram a vitória a Dutra, apoiado por Vargas. Foi uma administração tranquila, respaldada pela sociedade civil, sob a égide da qual promulgou-se a Constituição de 1946 de cunho liberalizante.

No Exército, a corporação dividia-se entre os nacionalistas ligados ao PTB e PSD e os internacionalistas que se identificavam com a UDN, integrando este último grupo os participantes da Força Expedicionária Brasileira, que, visando alcançar uma posição de destaque no interior das Forças Armadas, criaram a Escola Superior de Guerra – ESG<sup>14</sup>.

A doutrina da ESG associava os métodos de raciocínio cartesiano ensinados pela Missão Francesa com as técnicas de planejamento aprendidas com os americanos durante a guerra. Seu projeto inicial consistia em analisar os problemas brasileiros dentro de um contexto global, priorizando a segurança nacional. Propunha, outrossim, a interação de grupos civis com os oficiais das Forças Armadas, modelo que seria decisivo para explicar a congruência de valores dos setores conservadores da sociedade e a *intelligentzia* militar na articulação e vitória do Golpe de 1964.

#### *d. O período de 1950 a 1964*

A candidatura de Vargas à presidência em 1950 teve como sustentáculo o trabalho e o nacionalismo. No seio das Forças Armadas, os oficiais internacionalistas encararam-na com desconfiança, mas a ala nacionalista liderada pelo General Estillac Leal, Presidente do Clube Militar e mais tarde Ministro da Guerra, apoiava-a.

Ao reverso do ocorrido no período ditatorial, Vargas acreditou não possuírem os militares condições efetivas para influírem na vida nacional. Com isso, o orçamento das Forças Armadas foi reduzido e Vargas vol-

tou-se praticamente para o proletariado urbano. A primeira grande crise do segundo governo varguista eclodiria quando os militares lançaram o Manifesto dos Coronéis contra João Goulart, seu Ministro do Trabalho.

A infiltração de oficiais comunistas na ala nacionalista deu pretexto para que houvesse um expurgo no dispositivo militar, incluindo a exoneração de oficiais-generais de importantes comissões. Tais acontecimentos acabaram de inviabilizar a frágil sustentação política de Vargas pelas Forças Armadas.

Em 1954, seguida a forte campanha pela renúncia, Vargas suicida-se, assumindo o governo o Vice-Presidente Café Filho. Nas eleições que se seguiram, Juscelino Kubitschek e João Goulart foram lançados pelo PSD e pelo PTB candidatos a Presidente e a Vice-Presidente, respectivamente, e tiveram como principal opositor um antigo tenente, Juarez Távora, indicado pela UDN e apoiado pela corrente neoliberal do Clube Militar. Os políticos udenistas, antigos opositores de Vargas, faziam apelos para que os militares interviessem no processo político, mas a maioria dos oficiais defendia a postura legalista.

Vitorioso nas urnas, Kubitschek teria seu mandato ameaçado pela oposição udenista, que sustentava a tese golpista de os candidatos não haverem obtido maioria absoluta dos votos. Julgado improcedente o pedido pelo Tribunal Superior Eleitoral, setores conservadores procuraram obstaculizar a posse dos eleitos.

Um grupo de oficiais liderados pelo próprio Ministro da Guerra, General Henrique Duffles Teixeira Lott, planejou, então, um contragolpe para garantir a legalidade e assegurar o “Retorno aos Quadros Constitucionais Vigentes”. Na noite de 11 de novembro de 1955, Lott não só deporiam o Presidente em exercício Carlos Luz, como impediria o regresso de Café Filho – que se encontrava hospitalizado – entregando a chefia do Poder Executivo Federal ao Presiden-

te do Senado, Nereu Ramos, que empossou Kubitscheck e Goulart.

O tempo que seguiu foi de grande turbulência nas Forças Armadas, com pequenas revoltas lideradas por oficiais da Aeronáutica. A cisão se acirrou com a campanha presidencial de 1960. Logo após a vitória de Jânio Quadros, candidato oposicionista, o novo Ministro da Guerra iniciou uma campanha de pacificação, transferindo os oficiais de esquerda para guarnições distantes do Rio de Janeiro, pondo fim à agitação no Clube Militar.

Com sua política contraditória, Jânio Quadros causava constrangimento nos meios militares. O golpe teatral da renúncia em 1961 revelar-se-ia uma impostura malograda que visava o recrudescimento do regime e a recondução do Presidente com poderes ditatoriais<sup>15</sup>.

O vice, João Goulart, em viagem à China, havia feito pronunciamento contra os militares revelando a intenção de estabelecer no Brasil uma República Sindicalista na qual a força de trabalho urbano substituiria a força militar como principal elemento de apoio ao governo<sup>16</sup>.

Os ministros militares opuseram-se à sua posse, fato que daria ensejo à primeira grande ruptura nas Forças Armadas com a insubordinação do III Exército no Sul do país e a ameaça de uma guerra civil.

O regime parlamentarista traduziu-se num rearranjo institucional para dar posse a João Goulart, que, ao assumir a Chefia do Poder Executivo, envidaria todos os esforços para restaurar seus poderes presidenciais<sup>17</sup>. Inspirando-se no modelo varguista, governaria com o apoio do proletariado urbano e controlaria os militares com nomeações políticas. Promoveu e colocou em posições de destaque os chamados “generais do povo”, política que causaria sérios problemas ao seu governo, nomeadamente a quebra da hierarquia, bem ilustrada pelas Revoltas dos Sargentos e dos Marinheiros.

Ora, a hierarquia é o principal pilar de sustentação da estrutura militar e os movi-

mentos dos sargentos e marinheiros romperam com a estrutura de comando. Eles passaram a agir como uma categoria social distinta, com interesses cooperativistas e políticos próprios, o que colocava em questão, pela primeira vez na história brasileira, a possibilidade de uma mudança no estatuto de classe da burocracia militar (SILVA, 1984, p. 29).

Os clubes militares fizeram manifestos contra a situação e oficiais legalistas não tinham mais argumentos para evitar a queda do Presidente. Apoiados por um forte esquema que reuniu os políticos, a igreja, a sociedade conservadora e a elite detentora dos meios de produção e financeira, em 31 de março de 1964, as Forças Armadas assumiram o controle do Estado.

A compreensão do papel das Forças Armadas no período que permeia os anos de 1945 a 1964 passa, obrigatoriamente, pela Constituição de 1946, que, em seu artigo 177, dispunha sobre as funções da instituição militar na estrutura jurídico-política do Estado.

À semelhança do artigo 162 da Carta Constitucional de 1934, a Lei Fundamental de 1946 estabelecia, *verbis*:

“Art. 177 – Destinam-se as Forças Armadas a defender a Pátria e a garantir os poderes constitucionais, a lei e a ordem”.

Referida preceituação atribuía claramente às Forças Armadas a função de árbitro – legal ou supralegal – entre os segmentos econômico-sociais, sócio-políticos e políticos, erigindo a cânon constitucional os interesses capitalistas e a ordem burguesa.

Da função moderadora decorria a função de intérprete da norma jurídica, cuja pretensão exegética consistia em determinar quem poderia exercer o poder e ter acesso ao aparelho de Estado. Dita regulação afetou profundamente a dinâmica política, sobretudo no que concernia aos partidos, vez que suas relações não estavam demarcadas por uma estrutura burocrática definida. Os mecanismos seletivos passaram a ser atri-

buição da instituição mantenedora da ordem: as Forças Armadas (WRIGHT, 1984)<sup>18</sup>. Nesse sentido, detinham os militares o poder de caracterizar comportamentos, personalidades e soluções ameaçadoras ao regime, cabendo-lhes a última palavra sobre situações específicas. A ilegalidade do Partido Comunista em 1946 e as limitações sofridas pelo PTB exemplificam a distorção estrutural do sistema.

Essa situação anômala trouxe no seu bojo o germe da crise política ao longo de toda a transição do governo, constituindo um enorme incentivo para que as facções em luta pelo poder transbordassem os limites constitucionais e apelassem para o Golpe de Estado.

Concomitantemente, o cenário mundial da Guerra Fria alteraria profundamente o papel das Forças Armadas na conjuntura interna brasileira. Isso porque a concepção de guerra sofreu uma total revisão após 1945, gerando o afastamento dos países subdesenvolvidos de um eventual conflito externo. Ora, tal afastamento surtiu um efeito vital sobre as Forças Armadas. Era a perda de sua função precípua. Criadas para uma guerra externa, a História mostra e a instituição pressentia que um organismo residual pode durar, mas dura pouco e acaba descartado. Não tendo mais essência, não teria mais função. Daí a providência de ter-se atribuído às Forças Armadas a manutenção da ordem interna, a fim de legitimar sua existência<sup>19</sup>.

A doutrina de segurança nacional, fruto da divisão do mundo em zonas de influência, estabelecida pelos Tratados de Yalta e Postdam, viria como resposta a um tipo de justificação: o avanço do comunismo soviético e a submissão do mundo à Rússia de Stalin.

A perpetuação do contexto bélico global incitou uma inversão perversa da fórmula de Clausewitz ao reduzir a política à continuação da guerra por outros meios. A guerra não mais se revestia do seu processo convencional, ela era “fria”, “ideológica”, processava-se em todos os campos, a todas

as horas, a exigir vigilância constante e permanente; sobretudo porque, no seu conceito moderno, tinha lugar no interior do próprio Estado. Ela era “total”<sup>20</sup> e haveria de ser combatida com os mecanismos de defesa interna firmados pela doutrina da segurança nacional.

As conseqüências da doutrina da segurança foram nefastas. Ela perpetrou a alteração da política tradicional e o aniquilamento de dissensões ao suprimir a diferença entre os meios de pressão violentos e não violentos, permitindo-se obter a segurança por ambas as formas ou, pior ainda, destruindo as barreiras das garantias constitucionais; isso, no âmbito interno. No plano externo, significou a extinção da fronteira entre a guerra e a diplomacia. Ademais, essa doutrina desfez a distinção entre política externa e política interna. O inimigo estava ao mesmo tempo dentro e fora do país. O Exército passou a atuar como força “policialesca”, à medida que a “guerra” ganhava unicidade. E, finalmente, a segurança nacional igualou a violência preventiva à repressiva.

Essa estratégia dissolvente, cujo objetivo a longo prazo foi a desmoralização das instituições liberais e o afastamento popular do processo de organização do poder, reforçou a intervenção militar, a condução do Estado pelas classes dominantes e a união multinacional<sup>21</sup>.

O Ato Institucional de 9 de abril de 1964 selaria juridicamente o fim da Terceira República que, sob o aspecto político, já fora derrubada de fato dez dias antes pelo movimento armado de 31 de março<sup>22</sup>, coroando o início de governo despótico, fadado a durar vinte anos.

Sua edição mudou o cenário histórico nacional. A implicação era evidente: a política de compromisso tinha sido desacreditada pelo jogo “ultrademocrático” de Goulart. A intervenção do Exército era um retorno à mensagem autocrática apregoada por Jânio Quadros responsabilizando os “políticos” pela condução do Brasil ao caos (SKIDMORE, 1976, p. 373).

Profundamente descaracterizada, a Carta de 1946 teria uma sobrevida formal que se dilatou até a promulgação da Constituição de 24 de janeiro de 1967. Mas, a partir do primeiro Ato Institucional, ela não passaria de uma sombra ou fantasma de Constituição.

### *O regime militar de 1964*

O golpe de Estado perpetrado em 1964 resultou mais de uma conexão existente entre a *sorbonne* brasileira, haurida na Escola Superior de Guerra, com o empresariado clientelista, a tecnoburocracia, os grandes proprietários rurais e urbanos, os cartéis multinacionais e a classe média tradicional que tinha a grande imprensa como portavoza do que, propriamente, de um movimento conspiratório militar-corporativista, sem qualquer ligação com a sociedade civil<sup>23</sup>.

Isso se vê claro em agosto de 1961, quando os ministros militares, na tentativa de impedir a posse do vice-presidente eleito João Goulart, agindo *pro domo sua*, à inteira revelia das forças populares e mesmo das classes conservadoras, colheram um rotundo fracasso político-militar, dado o isolamento do *putsch* circunscrito, unicamente, ao estamento.

Colocando no patamar devido a participação dos militares nos eventos de 1964 e os desdobramentos inevitáveis que se lhe seguiram no chamado ciclo dos militares no poder, deve-se considerar a conjugação de interesses entre a facção militar das Forças Armadas Brasileiras ligadas à ESG – não necessariamente majoritária, mas plenamente atuante e articulada – e os setores organizados do capital e da tecnoburocracia civil, que viam no avanço populista de Goulart um obstáculo aos projetos de segurança nacional a que se julgavam avalistas.

Surpreende a inexistência de um plano único de conspiração visando a tomada do poder. Enquanto o General Carlos Luiz Guedes atribuía às forças militares sedeadas em Minas Gerais a responsabilidade pelo início da sublevação, Armando Falcão,

Ministro da Justiça no Governo Geisel, ressaltava o general Humberto Castelo Branco como figura central que coordenou a ação no alto comando contra o governo deposto.

De igual modo, adesões de última hora ao movimento, como as dos Generais Costa e Silva, Justino Alves Bastos, Amaury Krueel, Floriano Machado e outros, são consideradas ora importantes e decisivas, ora irrelevantes e puramente oportunistas, segundo as preferências e o ângulo de observação dos historiadores e analistas.

O certo é que a vitória de 1964 revelou a ausência de um projeto de poder militar, como de resto não vislumbraram os grupos militares esquerdistas-nacionalistas que gravitam em torno de João Goulart qualquer estratégia articulada de governo.

Evidente, pois, no processo histórico brasileiro – ao reverso do ocorrido na América Latina –, a incapacidade das Forças Armadas de moldar uma institucionalidade exclusivamente militarista. E isso por uma razão elementar, o Exército, Marinha e Aeronáutica do Brasil, compostos pelos mais variados estratos sociais, não constituíam uma classe social propriamente dita. Pertencendo seus integrantes às várias camadas da população, tornavam-se permeáveis às motivações ideológicas de natureza de classe ou política, em confronto com os princípios da hierarquia e da disciplina, base da organização castrense.

Como instituição permanente, qualquer tentativa de aliciamento da tropa e da oficialidade com objetivos políticos esbarrava na formação espartana, que é o sentido de sua profissionalização. Mas, como parte integrante do povo, não estava imune às suas lutas e aspirações.

Dito axioma prova que, a despeito de terem tido papel saliente em 1964, não foram os militares os únicos e exclusivos responsáveis pelo *establishment* que se criou. Conquanto decisiva sua participação, tiveram papel coadjuvante, quiçá secundário, sem embargo de mantenedores da ordem autocrática.

Dessa maneira, o sonho tenentista de uma modernização conservadora executada por um Estado despolitizado somente iria perdurar até esgotar-se a junção de interesses da elite orgânica e das Forças Armadas. Passado esse momento, os militares – fiadores da ordem autoritária – foram excluídos da dinâmica política, por terem se tornado aliados incômodos de uma elite já reforçada em seu poder hegemônico.

### *Conclusão*

Muito se discute porque somente em 1964 os militares, após realizarem diversas intervenções na ordem constitucional brasileira, resolveram perpetuarem-se no poder, abandonando a antiga posição de devolvê-lo à classe política.

Em geral, os governos necessitam estabelecer planos dirigentes. O projeto esboçado na ESG que nunca chegou a definir-se, tampouco concretizar-se, consistia na superação da heterogeneidade e na obtenção da homogeneidade. Para tanto, o desenvolvimento econômico impunha-se como fator fundamental, ressalvadas as condições de segurança essenciais para sua implementação (HAYES, 1991, p. 224). Tendo como suporte estratégico-ideológico a doutrina de segurança nacional, as Forças Armadas tentaram empregar os princípios organizativos da instituição militar no reordenamento do Estado Brasileiro<sup>24</sup>.

Ocorreu, contudo, que essa idéia, cuja principal meta consistia na implantação de mudanças significativas na sociedade brasileira, sequer foi discutida, posto que levaria as diversas correntes de pensamento existentes nas Forças Armadas a entrarem em conflito.

Os temas que no período de 1963 a 1964 uniram os militares e permitiram alcançar um alto grau de coesão foram o anticomunismo, o combate à corrupção e a idéia de que a organização militar estaria ameaçada pela República Sindicalista de Goulart. Logo após 31 março de 1964, muitos oficiais te-

miam o debate sobre temas nacionais, reaciosos de eventuais cisões dentro do movimento. Na confusão que se seguiu aos primeiros dias do golpe, os chefes militares e civis voltar-se-iam para o único grupo que tinha idéias para governar o país: Castelo Branco e os oficiais da ESG. Pairava no seio das Forças Armadas um elevado clima de expectativa de serem seus integrantes os mais preparados para o exercício do governo; idéia reforçada por segmentos civis da sociedade que partilhavam os mesmos pontos de vista dos militares.

Mas o regime implantado em 1964 descortinaria problemas idênticos aos dos regimes civis. Embora tenha ocorrido um considerável desenvolvimento social e econômico, os desequilíbrios regionais, a pobreza, o analfabetismo e a corrupção evidenciariam a falácia da mística militar e o fracasso de uma utopia que não se concretizou.

### *Notas*

<sup>1</sup> Frase atribuída a um oficial da República Dominicana.

<sup>2</sup> Neste ponto, cumpre abordar as várias teorias acerca da intervenção dos militares na política, adequando-as ao contexto nacional, a fim de que sua transculturação não provoque distorções ou interpretações equivocadas, posto a maior parte delas terem sido formuladas utilizando conceitos e noções paradigmáticas aplicáveis ao Hemisfério Norte.

José NUM (1970), ao examinar o tema, concentra sua investigação na hipótese de a intervenção das Forças Armadas resultar dos valores e origem social dos militares. Isso porque, os Exércitos sul-americanos, recrutando seus oficiais no seio da classe média, os constituiriam em defensores dos interesses daquela classe, a sua classe. Mais seria a própria classe média que instigaria os militares a intervirem no processo político a exemplo das grandes mobilizações anteriores ao golpe de 1964.

Criticando a posição de serem as classes médias heterogêneas e divididas, Alfred STEPAN (1975) questiona a viabilidade das Forças Armadas em representá-las politicamente. Stepan observa, ao analisar o golpe de 1964, que os acontecimentos subsequentes, *vg*: a extinção dos partidos políticos, a intervenção nas Universidades, as restrições às liberdades civis, entre outras violações à ordem democrática, atacaram frontalmente as instituições

representativas daquele segmento social, daí sua violenta oposição ao governo militar.

Samuel HUNTINGTON (1957), por seu turno, sustenta que a verdadeira causa das intervenções não é militar, mas política; elas não refletem as características sociais e organizacionais do *establishment* militar, mas a estrutura política-institucional da sociedade. Segundo ele, o processo de modernização cria novos atores políticos – classe média, trabalhadores e camponeses – que exercem pressões e demandas sobre o sistema político. Quando tais demandas e pressões tornam-se superiores à capacidade de absorção do Estado, inviabilizam-se as soluções para dirimir os conflitos. A troca de fases no processo de modernização cria, portanto, uma desordem institucional, e os militares são chamados a intervir para restabelecer o *status quo* dominante. Por outras palavras, eles serviriam de escudo protetor ao regime, potencialmente ameaçado pelas classes subalternas.

Na interpretação de Samuel FINER (1982), a intervenção militar é concebida como resultado da vontade política da sociedade que a motivou, como também pelo desejo implícito das Forças Armadas em defender a soberania nacional.

Por fim, Guilherme O'DONNELL (1972) desenvolveu a interessante teoria da transição do governo populista para o burocrático-autoritário com base em justificativas econômicas. Três tipos de sistemas políticos são identificados: o oligárquico, o populista e o burocrático-autoritário. No oligárquico, a competição política é limitada; a elite do setor de exportação de produtos primários controla o Estado. No populista, há uma coligação entre as elites industriais e o setor popular urbano. A principal meta do sistema é expandir os meios de produção e encorajar as massas a consumi-los. No burocrático-autoritário, os atores políticos são os tecnocratas civis e militares. A participação popular é eliminada em nome de uma industrialização avançada. A passagem de um sistema para outro obedece a uma seqüência histórica, resultado do processo de industrialização e da mudança na estrutura social, só se fazendo possível por força de uma intervenção militar.

<sup>3</sup> O positivismo retirou o caráter profissionalizante da corporação e envolveu os militares nas questões sociais e políticas que agitaram o Brasil Imperial. Seus ideais eram a abolição do regime escravagista, a laicização do poder temporal da autoridade espiritual, a República, entre reivindicações outras. A propósito de tais discussões, Teixeira MENDES (apud FREIRE, 1983, p. 354-355), num folheto intitulado *Abolicionismo e clericalismo*, escreveria no ano de 1888:

“A respeito do Sr. D. Pedro II observaremos que é bem triste defesa para um chefe de Estado o dizer-se que o amor do poder o fez co-participar no

suplício dos seus concidadãos. Nunca fizemos de nenhum dos ministros de sua majestade um grande homem. Até hoje só conhecemos um verdadeiro estadista na nossa pátria, e foi o velho José Bonifácio, cuja influência a Monarquia inutilizou. E nem admira que aconteça; porque apoiado em uma constituição, que lhe permitia transformar-se legalmente em um ditador digno e firmado sobretudo nos nossos antecedentes históricos que lhe asseguravam o ascendente do poder central, o Sr. D. Pedro II só soube tornar-se o chefe da oligarquia escravista, ou o que é o mesmo, dos nossos partidos constitucionais”.

Ao cabo, tratava-se de uma verdadeira doutrina antimilitarista que sugeria como solução para os problemas das Forças Armadas nacionais o licenciamento geral das tropas e sua substituição pela gendarmaria. Nas palavras de Oliveira TORRES (1943, p. 272-273), “um militar positivista teria de se envergonhar da farda como Benjamim Constant (...), ou então ser um mau positivista e passar o dia inteiro a trair os postulados de sua fé. Ficaram todos diante de um dilema terrível: ou ser um mau soldado ou ser mau positivista. Acabaram muitas vezes por serem maus soldados, tornando-se naquela estranha e contraditória concepção do *cidadão fardado*”.

<sup>4</sup> Joaquim NABUCO (apud HAYES, 1991, p. 77) descreveria o início da República com as seguintes palavras: “No dia em que se proclamou a República, podia-se perceber que a nação queria um governo militar para manter a unidade, porque o espírito militar prevalecia de um canto a outro do País, vale dizer, tinha amplitude nacional”.

Nas disposições transitórias da Constituição de 1891, previu-se a eleição indireta para o primeiro Presidente da República, pois o povo não estava preparado para o voto livre (O EXÉRCITO..., 1998, p. 12).

<sup>5</sup> O liberalismo político oligárquico, discriminatório, excludente e antimilitarista, teria na Campanha Civilista sua maior expressão.

A Campanha de 1910, conduzida por Ruy Barbosa, trazia como programa de governo as idéias e princípios do “liberalismo adaptado” pela oligarquia hegemônica.

“As oligarquias souberam compreender que as tendências nacionalistas e *putschistas* dos militares poderiam ser postas a serviço de uma política anti-oligárquica. Tal sentimento era compartilhado desde a Proclamação da República e exprimia o medo de que as intervenções militares no processo político nacional acabassem por escapar do controle das classes oligárquicas. Em outras palavras, elas presentiam que o grupo militar poderia, futuramente, intervir em prol das aspirações políticas voltadas para a industrialização. Isto explica o fato de as oligarquias, ao longo de toda a Primeira República,

terem se constituído em porta-vozes do “civilismo”, propugnando a permanência dos soldados na caserna” (ROCHA, 1999, p. 115).

<sup>6</sup> Ficaram assim conhecidos por analogia à influência que os instrutores alemães exerceram sobre os oficiais da Turquia (O EXÉRCITO..., 1998, p. 74).

Para exprimir suas idéias, os Jovens Turcos fundaram a Revista *A Defesa Nacional*, cujo primeiro número, publicado em 1913, destacava ser o Exército um poderoso instrumento para a modificação de uma sociedade atrasada, defendendo a manutenção de uma atitude apolítica por parte dos militares (HAYES, 1991, p. 118). O grupo ameaçou posições estabelecidas no interior das Forças Armadas e foi por isso bastante hostilizado.

<sup>7</sup> A doutrina militar francesa recrudesceria ainda mais a mística militar. Um estudo pormenorizado sobre a Missão Francesa pode ser encontrado em: MAGALHÃES (1956, p. 349-360).

Inexistia, entretanto, hegemonia no interior do Exército. Três grupos ideologicamente distintos dividiam a oficialidade: os jovens turcos, seguidores da corrente profissional e apolítica; o grupo dos oficiais do alto escalão inspirados em Caxias e, o grupo mais atuante, o dos jovens tenentes, defensores da superioridade institucional do Exército dentro do Estado.

<sup>8</sup> Poppe de FIGUEIREDO (apud HINSON JÚNIOR, 1978, p. 8), um dos generais de 1964, ao falar sobre a revolta de 1922, afirmou: “aquela noite marcou o começo do ciclo revolucionário dos tenentes, que somente alcançou a vitória final em 1964”.

<sup>9</sup> Líderes tenentistas como Juarez Távora, João Alberto e Juraci Magalhães, entre outros nomes, ocupariam cargos de relevo na Administração federal e estadual. Nesse sentido, José Murilo de CARVALHO (1982, p. 221) afirma que a crise nacional de 1930 eliminou a coalizão dos maiores estados da federação, fato que propiciou a estabilidade política e social, abrindo espaço para um maior desempenho das Forças Armadas no campo político.

<sup>10</sup> “O projeto tenentista defendia medidas como a centralização do sistema tributário, o fortalecimento das Forças Armadas, a federalização das milícias estaduais, a criação de uma legislação trabalhista e a modernização da infra-estrutura do país. Do ponto de vista político, os “tenentes” aprovavam a centralização do poder nas mãos de Vargas e desconfiavam da representação partidária vista como palco para a atuação de grupos voltados apenas para os seus interesses privados. Isso significava defender a manutenção de um governo de caráter revolucionário e ditatorial e o adiamento do processo de constitucionalização. No entanto,

naquele momento, a introdução de um regime de base constitucional era a principal reivindicação dos grupos oligárquicos, que se sentiam cada vez mais preteridos pelo governo e temiam o fortalecimento político dos “tenentes” (A ERA Vargas: 1º Tempo: dos anos 20 a 1945, 19- -).

<sup>11</sup> Era conhecida a crítica de Góes MONTEIRO à influência positivista no Exército, para ele um fator de corrosão do espírito castrense.

Aluno brilhante da Missão Francesa, seu treinamento reforçou o caráter profissionalizante das Forças Armadas e, na década de 30, por meio de sua ação, acabaria sendo implantado a idéia do profissionalismo militar a serviço da intervenção política.

<sup>12</sup> Fato decisivo que contribuiria para que os Generais Góes Monteiro e Eurico Gaspar Dutra assumissem efetivamente o controle do Exército seria o fracasso da Intentona Comunista, organizada por Luiz Carlos Prestes em 1935, e o temor causado nos setores conservadores da sociedade. Houve um grande expurgo dentro dos quartéis e os dois generais, aproveitando-se da farsa de um suposto golpe integralista, deram apoio a Vargas para instaurar um regime de arbítrio – o Estado Novo – com o propósito de implementar no recém-regime a política do Exército.

O Estado Novo era essencialmente um regime militar e, como tal, teve nas Forças Armadas seu principal sustentáculo. Segundo Edmundo Campos COELHO (1976, p. 54), nesse período iniciou-se a institucionalização do Exército. Os tenentes foram cooptados e os extremistas expurgados após a Intentona de 1935 e o Golpe Integralista de 1938. Na Constituição de 1937, no capítulo referente às Forças Armadas, não constava a expressão “dentro dos limites da Lei”, ampliando-se a sua atuação no processo político decisório.

<sup>13</sup> Quanto ao golpe de 1945, esclareça-se que a iniciativa foi estimulada, mais uma vez, por grupos civis. Editoriais de jornais conclamavam os militares a exercer sua responsabilidade constitucional no restabelecimento da ordem jurídica e da legalidade, comprometidas com a continuação do presidente ditador.

<sup>14</sup> O comandante da Artilharia da FEB, General Oswaldo Cordeiro de Faria, diria em entrevista a Alfred STEPAN (1975, p. 178): “O impacto da FEB foi de tal natureza que, ao regressarmos ao Brasil, procuramos modelos de governo que funcionassem – ordem, planejamento, financiamento racional. Não encontramos este modelo no Brasil neste estágio, mas decidimos procurar meios de encontrar o caminho a longo prazo. A ESG era um meio para isto e ela medrou da FEB”.

<sup>15</sup> Segundo Ricardo MARANHÃO (1981, p. 167), Jânio tinha basicamente três objetivos: pri-

meiro, que os políticos, particularmente os da UDN, concedessem-lhe poderes excepcionais; segundo, que as massas que lhe haviam dado mais de cinco milhões de votos saíssem em sua defesa e, por último, que os militares o apoiassem com receio da figura “subversiva” de Goulart na Presidência, como seu substituto legal.

<sup>16</sup> Uma República Sindicalista não significava obrigatoriamente um regime comunista, contudo, o fato de os comunistas ocuparem cargos importantes no governo inspirava o temor de que João Goulart realmente desejava implantar um regime de inspiração soviética.

<sup>17</sup> O lapso temporal entre a renúncia de Jânio e a posse de João Goulart revelaria a divisão do poder estatal entre os militares e o Partido Social Democrático – PSD. Nesse período ocorreu um deslocamento do centro decisório para a cúpula militar. Em contrapartida, restou evidente faltar aos militares um consenso para que, já em 1961, impusessem uma solução política impopular. Na verdade estava armado o cenário para uma crise que alcançaria seu desfecho em 1964.

<sup>18</sup> Ver, ainda, OFFE (1984, p. 140-177).

<sup>19</sup> Sobre a militarização da América Latina e do Brasil em específico, consultar: LAMOUNIER (1974); JANOWITZ (1960); LIMA JÚNIOR (1971).

<sup>20</sup> Decorrem da interpretação de “guerra total” os conceitos de guerra generalizada, guerra fria, guerra revolucionária e guerra ideológica.

1) A *guerra generalizada* parte do conceito extremamente ambíguo da Junta dos Chefes do Estado-Maior dos Estados Unidos, que a definia como: “o conflito armado entre grandes potências, na qual os recursos totais dos beligerantes são postos em ação, e na qual a sobrevivência de uma delas representa um perigo” (COMBLIN, 1978, p. 33). Justapondo tal definição à teoria de LUDENDORFF (1992, p. 1), segundo a qual a guerra é suprema expressão da vontade de viver de uma raça, a idéia de guerra total deve ser encarada como uma guerra pela sobrevivência.

A guerra contra o comunismo era, pois, necessariamente, uma guerra pela sobrevivência, pela sobrevivência do Ocidente; é uma guerra absoluta, a demandar engajamento de todo o povo, absorvendo a política e fazendo-a desaparecer.

2) A *guerra fria* foi a grande inovação. Suas formas eram novas, daí ser preciso combatê-la com uma estratégia adequada. Tratava-se de uma guerra permanente, travada em todos os planos – militar, político, econômico, psicológico – mas que evita o confronto armado.

O ponto de partida para sua interpretação foi dado após a Segunda Guerra Mundial, pela *Doutrina Truman*, enunciada em 1947, segundo a qual o comunismo repete o nazismo. Assim, a segurança dos Estados Unidos se encontrava ameaçada em

qualquer lugar onde o comunismo ameaçasse se impor aos povos livres.

A *Doutrina Truman* visava diretamente à defesa da Europa contra uma real ou imaginária agressão russa e, no contexto do pós-guerra, atribuíram-lhe, rapidamente, certo valor de universalidade. Mas seria sob a Presidência de Eisenhower que essa doutrina ganharia plena formulação com os pactos de segurança coletiva, unindo 50 países da Ásia, Europa e América. Os Estados Unidos envolveriam, dessa forma, o mundo comunista num cordão sanitário, criando uma “psicose de encarceramento”, na expressão de Joseph COMBLIN (1978).

3) Por fim, da idéia de guerra fria extraiu-se a *guerra revolucionária*, cujo principal veículo de manobra era a *guerra psicológica*. Por esse veio, e contando com o auxílio exterior, ela visava à conquista do poder pelo controle progressivo da Nação, utilizando formas de subversão e violência para impor a concepção marxista-leninista de Estado. Sobre a extensão de tais conceitos no Brasil, vide: *MANUAL Básico da Escola Superior de Guerra* (1977-1978, p. 237-255); BRIGAGÃO (1984); GURGEL (1975).

<sup>21</sup> Numa análise mais apurada, observa-se que a “Doutrina da Segurança Nacional” contém uma identificação espantosa com a “Doutrina Positivista” tal qual fora concebida no Brasil. Como ocorreu na República Velha, repetindo-se em 1964, a linha de interpretação e construção ideológica de ambas as doutrinas visaram respaldar uma distinção de classes.

A necessidade de uma “República ditatorial” em 1890, ou de um “Estado autoritário” em 1964, revelava-se como condição para se efetivar a “ordem e progresso” ou a “segurança e o desenvolvimento”, sem perturbações sociais. Afinal, segundo Comte, “o progresso é o desenvolvimento da ordem, assim a ordem é a consolidação do progresso”, o que significa que não se podem romper, subitamente, os laços com o passado e que toda reforma, para frutificar, deve tirar seus elementos da própria situação vigente a ser modificada (LINS, 1964, p. 337).

<sup>22</sup> Na interpretação de SKIDMORE (1976, p. 373), “este Ato do Supremo Comando Revolucionário era uma resposta nova à crise de autoridade política que se evidenciava no Brasil desde os meados da década de 50. Quadros tinha se queixado de que lhe faltavam poderes adequados para lidar com o Congresso. Goulart repetira a queixa, chegara a propor um Estado de Sítio em outubro de 1963 e, em princípios de 1964, apresentara diversas propostas específicas para fortalecer o braço do Executivo. O Ato Institucional era, pois, nova e decisiva resposta à manifesta incapacidade do Executivo Brasileiro de exercer a necessária autoridade (...)”.

<sup>23</sup> Mesmo o movimento de retrocesso político ocorrido em 1937 não passou de mera projeção

militar, resultado de articulações políticas da sociedade conservadora interessada na preservação do *status quo*, do que a tentativa de afirmação e estabelecimento de um Estado militarista.

Nesse sentido, consultar DREIFUSS (1981); STARLING (1986) e ROCHA (1999).

<sup>24</sup> Havia uma nítida ligação entre o projeto militar pós-64 e o Estado Novo. Basta ver que o Primeiro Ato Institucional foi preparado por Francisco Campos, mentor da Constituição de 1937. As idéias de Góes MONTEIRO (1937) seriam revividas. “Ajustavam-se às circunstâncias o conceito de que o Exército era um *órgão essencialmente político*, ao qual interessavam *todos os aspectos da verdadeira política nacional* e a idéia de que “um exército bem organizado é o instrumento mais poderoso de que dispõe um governo para a educação do povo, para a consolidação do espírito nacional e para a neutralização das tendências dispersivas” [grifos no original] (HAYES, 1991, p. 225).

### Bibliografia

- A ERA Vargas: 1º tempo: dos anos 20 a 1945. Fundação Getúlio Vargas – CPDOC. [19- -?]. 1 CD-ROM. Windows 3.1.
- BRIGAGÃO, C. *O Mercado da segurança: ensaios sobre economia política da defesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1984.
- CARVALHO, J. M. de. *As forças armadas e a política no Brasil: 1930-1945*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.
- COELHO, E. C. *Em busca da identidade: o exército e a política na sociedade brasileira*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1976.
- COMBLIN, J. *A ideologia da segurança nacional*. Tradução de A. Veiga fialho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.
- DREIFUSS, R. A. *1964: a conquista do Estado: ação política, poder e golpe de classe*. 3. ed. Tradução da Universidade federal de Minas Gerais. Petrópolis: Vozes, 1981.
- FINER, S. In: BLONDEL, J. (Ed.). *The military in politics of today in comparative government*. New York: The Macmillan, 1982.
- FREIRE, O. *História constitucional da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: Universidade de Brasília, 1983. v. 43.
- GURGEL, J. A. A. *Segurança e democracia: uma reflexão política sobre a doutrina da ESG*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1991.
- HAYES, R. A. *Nação armada: a mística militar brasileira*. Tradução de Delcy A. Doubrawa. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1991.
- HINSON JÚNIOR, W. J. *The military regime of Brazil: historical and ideological factors*. 1978. Tese (Mestrado) – Universidade de Columbia, New York, 1978.
- HUNTINGTON, S. *The soldier and the state: the theory and politics of civil-military relations*. Cambridge: Harvard University, 1957.
- JANOWITZ, M. *Military institutions and coercion in developing countries*. Chicago: University of Chicago, 1977.
- \_\_\_\_\_. *The professional soldier: a social and political portrait*. Glencoe: The Free Press of Glencoe, 1960.
- LAMOUNIER, B. *Ideology and authoritarian regimes: theoretical perspectives and a study of the Brazilian case*. 1974. Tese (Phd) – Universidade da Califórnia, Los Angeles, 1974.
- LIMA JÚNIOR, O. B. *Intervenções militares na América Latina*. 1971. Tese (Mestrado) – IUPERJ, Rio de Janeiro, 1971.
- LINS, I. *História do positivismo no Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964.
- LOWENTAL, A. F. *Armies and politics in Latin America*. New York: Holmes & Meier Publishers Inc., 1976.
- LOUDENDORFF, E. *Conduite de la guerre et politique*. Tradução de L. Koeltz. Paris: Berger-Levrault, 1992.
- MAGALHÃES, J. B. *A evolução militar no Brasil*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1956.
- MANUAL Básico da escola superior de guerra. Rio de Janeiro: Escola Superior de Guerra, 1977-1978.
- MARANHÃO, R. O Estado e a política populista no Brasil: 1954-1960. In: *História geral da civilização brasileira*. São Paulo: DIFEL, 1981. t. III, p. 167.
- MONTEIRO, P. A. de G. *A revolução de 30 e a finalidade política do exército*. Rio de Janeiro: Andersen, 1937.
- NUM, J. The middle class military coup. In: VELIZ, C. (Ed.). *The politics of conformity in Latin America*. London: Oxford University, 1970.
- O'DONNELL, G. *Modernización y autoritarismo*. Buenos Aires: Paidós, 1972.
- O EXÉRCITO na história do Brasil. Rio de Janeiro: Biblioteca do exército, 1998. v. 3.

- OFFE, C. Problemas estruturais do Estado Capitalista. Tradução de Bárbara Freitas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- ROCHA, M. E. G. T. *O processo político no Brasil: Estado e classes sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- SILVA, H. *O poder militar*. Rio Grande do Sul: L&PM, 1984.
- SKIDMORE, T. *Brasil: de Getúlio a Castelo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.
- STARLING, H. M. M. *Os senhores das gerais: os novos inconfidentes e o golpe de 1964*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1986.
- STEPAN, A. *Os militares na política*. Rio de Janeiro: Arte Nova, 1975.
- TORRES, J. C. de O. *O positivismo no Brasil*. Rio de Janeiro: Vozes, 1943.
- WRIGHT, E. O. *Class, crisis and the state*. London: M.L.B., 1978. cap. IV.

# **A Política enquanto Ciência e a necessidade de seu ensino para o exercício eficiente da cidadania**

Eitel Santiago de Brito Pereira

## Sumário

1. Introdução. 2. O conhecimento científico sobre Política. As técnicas e métodos empregados por politólogos. 3. Objeto e noção da Ciência Política. 4. Denominações e conteúdo programático da Política. 5. Objetivos da Política e suas relações com outras matérias. 6. A obrigatoriedade do ensino da Política como solução adequada ao exercício eficiente da cidadania.

### *1. Introdução*

Ao organizar o Estado, a Constituição atual consagrou a forma republicana e o regime democrático de governo, assentados na soberania popular e no pluralismo partidário<sup>1</sup>.

O Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos, os Senadores, os Deputados Federais e Estaduais e os Vereadores são eleitos pelo povo, mediante o sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos. Apesar disso, criticam-se bastante os agentes políticos. Muitos deles não estariam à altura das aspirações do corpo eleitoral.

Por que isso acontece? O que seria necessário fazer para melhorar a representação?

Pretendo, neste trabalho, responder a tais indagações. Com tal propósito, discorrerei sobre a Política enquanto Ciência, apontando a instituição de seu ensino nas escolas, a partir do ensino médio, como solução

Eitel Santiago de Brito Pereira é Subprocurador-Geral da República e Professor de Ciência Política da Universidade Federal da Paraíba.

adequada para o exercício eficiente da cidadania.

## 2. *O conhecimento científico sobre Política. As técnicas e métodos empregados por politólogos*

Sensível aos fenômenos do cosmo e capaz de pensar, o homem sente o imperioso impulso de entender a realidade que o circunda. O conhecimento científico procede dessa curiosidade. Curiosidade que atende ao seu instinto de sobrevivência e à sua aspiração de progresso. Curiosidade que ilumina sua compreensão existencial e lhe permite antever, com relativa confiança, alguns eventos futuros.

Num primeiro momento, observa os acontecimentos, vivencia experiências e sente emoções. Em seguida, forma em sua consciência um conjunto de crenças sobre os fatos, adquirindo casualmente o conhecimento vulgar. Somente numa terceira etapa, analisa e reflete, distingue e classifica, conceitua e sistematiza as descobertas, por meio de experimentos e verificações, construindo pelo raciocínio o conhecimento científico.

O sentimento e a razão são os principais utensílios empregados no processo intelectual de representação científica da realidade. Mas não esgotam os instrumentos de aprendizado do sujeito cognoscente, que desfruta igualmente de resultados alcançados por suas percepções extra-sensoriais. Essas fontes, ainda pouco estudadas, relacionam-se com fenômenos paranormais ou parapsicológicos e explicam, em muitos casos, a excepcional intuição de alguns gênios do saber.

A Ciência tem sido conceituada como o “conjunto de conhecimentos relativos a certas categorias de fatos ou de fenômenos” (NASCENTES, 1981, p. 373). Porém, Miguel REALE (1975, p. 50) adverte que a natureza científica da experiência só aparece se a investigação “obedece a um processo ordenatório da razão, garantindo-nos certa margem de segurança quanto aos resultados, a

coerência unitária de seus juízos e a sua adequação ao real”.

É possível o conhecimento científico sobre a Política e, no seu labor, o politólogo adota as mesmas técnicas de pesquisa de outras ciências sociais. Numa perspectiva histórica, investiga acontecimentos do passado para revelar a realidade atual. No plano comparativo, coteja instituições de diferentes Estados com o propósito de apontar o que existe de comum entre elas. Além disso, faz manipulações estatísticas, fornecendo descrições quantitativas da sociedade, e formula classificações, construindo tipos, modelos e estruturas.

A Política não prescinde dos métodos clássicos de organização do pensamento. Algumas vezes, o cientista político parte de afirmações gerais para chegar à conclusão particular (dedução). Noutras, sai do registro de fatos específicos para atingir a proposição mais genérica (indução). Na maior parte dos casos, aproveita os dois procedimentos e também o método hipotético-dedutivo.

O politólogo, preleciona Dalmo de Abreu DALLARI (2000, p. 7-8), sempre integra os resultados obtidos em suas pesquisas “numa síntese, podendo perfeitamente ocorrer que de uma lei geral, obtida por indução, tirem-se deduções que irão explicar outros fenômenos, havendo, portanto, uma associação permanente de métodos, assim como os próprios fenômenos estão sujeitos a uma interação causal, uma vez que a vida social está sempre submetida a um processo dialético, o que faz da realidade social uma permanente criação”.

Recordo, por oportuno, o sábio Jean-Jacques ROSSEAU (1996). Em sua famosa obra, ele lançou algumas premissas gerais. Disse, por exemplo, que no estado da natureza o homem era livre, mas perdeu parte de sua liberdade natural com o desenvolvimento da vida em sociedade e a conseqüente institucionalização do poder. Afirmou, por outro lado, que o poder não se assenta na força e sim no Direito. Assim, empregando um

raciocínio dedutivo, inferiu que o dever de obediência dos súditos à(s) pessoa(s) ou órgão(s) encarregado(s) de exercer o poder somente pode ser fruto de um acordo firmado por homens livres.

Como evidência da utilização do pensamento indutivo, lembro que MONTESQUIEU (2000) concluiu que a divisão dos poderes é indispensável para assegurar a liberdade política com esteio nos registros de alguns fatos específicos: a) o respeito à liberdade na Inglaterra, onde os três poderes (de fazer as leis, de executar as resoluções públicas e de julgar os crimes e as demandas dos particulares) estavam separados e eram exercidos por pessoas ou corpo de magistrados distintos; b) a moderação dos governos na maior parte dos reinos europeus, nos quais o Príncipe, embora reunindo as funções legislativas e executivas, deixava aos súditos a tarefa de julgar; e c) o despotismo atroz da Turquia, onde todos os poderes eram exercidos pelo Sultão.

### 3. Objeto e noção da Ciência Política

O conhecimento desenvolve-se em áreas bem distintas. Mister se faz, portanto, delimitar o objeto das reflexões dos politólogos nos caminhos que percorrem para fundar a Ciência Política.

Segundo Miguel REALE (1975, p. 8),

“Conhecer é trazer para nossa consciência algo que sabemos ou que supomos fora de nós. O conhecimento é uma conquista, uma apreensão espiritual de algo. Conhecer é abranger algo tornando-nos senhores de um ou de algum de seus aspectos. Toda vez que falamos em conhecimento, envolvemos dois termos: o sujeito, que conhece, e algo de que se tem ou de que se quer ter ciência. Algo, enquanto passível de conhecimento, chama-se objeto, que é assim, o resultado possível de nossa atividade cognitiva...”. (...). “... Conhecer é trazer para o sujeito algo que se põe como objeto: – não

toda a realidade em si mesma, mas a sua representação ou imagem, tal como o sujeito a constrói, e na medida das formas de apreensão do sujeito correspondentes às peculiaridades objetivas...”.

A Política é o objeto da atenção dos politólogos, que costumam decifrar o significado desse lexema antes de fornecer sua noção. A palavra tem diversas acepções, embora sempre exprima uma idéia referente à realidade estatal. Provém do idioma grego (“*politiké*”) (NASCENTES, 1981, p. 1305), sendo derivada de “*polis*”, termo empregado para designar a Cidade.

Todavia, entre os helênicos, a Cidade englobava o Estado, consoante se colhe da lição de ARISTÓTELES (1977, p. 13):

“Vemos que toda cidade é uma espécie de comunidade, e toda comunidade se forma com vistas a algum bem, pois todas as ações de todos os homens são praticadas com vistas ao que lhes parece um bem; se todas as comunidades visam a algum bem, é evidente que a mais importante de todas elas e que inclui todas as outras tem mais que todas este objetivo e visa ao mais importante de todos os bens; ela se chama cidade e é a comunidade política...”.

No tempo do sábio macedônio<sup>2</sup>, a *polis* já se consolidara como fortaleza, edificada pelas tribos sedentárias para a realização de seus cultos e o exercício de suas lidas, para a garantia de sobrevivência do grupo e a segurança dos homens livres, que viviam, mourejavam e deambulavam nos seus arredores.

O vocábulo permanece estremando certo setor da experiência humana: a realidade do Estado (JUSTO LÓPES, 1987, p. 31)<sup>3</sup>.

Assim, ao assestar o Estado como objeto da investigação da Política, imagino-o enredando, em sua teia de relações, todas as atividades destinadas a construir e conservar a organização da sociedade. Vejo-o intimamente relacionado com outras instituições do mundo atual, as quais preciso estudar se me disponho a fazer Ciência.

Tenho uma compreensão assemelhada à do jurista argentino Mario JUSTO LÓPEZ (1937, p. 34)<sup>4</sup>, que aponta outras acepções do referido termo, mas demarca assim seu especial significado científico.

Por conta da amplitude de seu campo de investigação, penso a Política como um conjunto sistematizado de conhecimentos sobre o Estado, os grupos de pressão, os partidos, os sistemas políticos, os organismos e as relações internacionais.

#### *4. Denominações e conteúdo programático da Política*

Não consigo discriminar a Política, enquanto Ciência, da Teoria Geral do Estado, que, no dizer de DALLARI (1989, p. 6), estuda a comunidade estatal “sob todos os aspectos, incluindo a origem, a organização, o funcionamento e as finalidades, compreendendo-se no seu âmbito tudo o que se considere existindo no Estado e influenciando sobre ele”. Permito-me, igualmente, encará-la como disciplina integrada ao Direito Constitucional.

Entretanto, há quem distinga as matérias.

Entre nós, Wilson ACIOLY (1985, p. 47) faz a diferenciação. Para ele, a Política, isto é, a Teoria Geral do Estado “estuda o Estado em geral, no tempo e no espaço, perquirindo as suas origens, a sua evolução, as suas finalidades”, enquanto o Direito Constitucional “estuda um Estado em particular, de preferência um Estado contemporâneo, analisando a sua estrutura e o seu mecanismo de poder”.

A separação é frágil. Não exhibe maior rigor científico. O conteúdo da Teoria Geral do Estado envolve a estrutura teórica do Direito Constitucional. Não se conhece bem a Lei Maior sem analisar as teorias de politólogos recepcionadas em seu texto.

Por tudo isso, reputo correta a opinião de quem, como Sahid MALUF (1986, p. 27), sustenta que a Política, ou Teoria Geral do Estado, corresponde à parte geral do Direito Constitucional, não sendo “uma ramifi-

cação, mas o próprio tronco desse ramo eminente do direito público”.

Aliás, o professor portenho Carlos S. FAYT (1988, p. 53) é outro que revela tal nuance, ensinando:

“... 1) O que deve entender-se por Político determina o objeto e conteúdo da matéria, sendo a origem das limitações da doutrina tradicional.

“2) O Político pode ser interpretado como o referente ao Estado, a seus fins e funções. O Direito Político, nesta perspectiva, seria o Direito do Estado, quer dizer, a Teoria do Estado. Confundir-se-ia com o Direito Constitucional.

“3) O Político pode interpretar-se como tudo o que se relaciona ao poder. Deste ponto de vista o Direito Político seria uma Teoria do Poder e seu objeto e conteúdo equivale ao da Ciência Política.

“4) Por último, o Político pode se referir à organização Política e ao Direito Político, compreendendo uma Teoria da Organização Política. Como um sistema de relações estruturais da organização Política. Este critério dá substância ao Direito Político...”<sup>5</sup>.

Há diferentes perspectivas para conhecer a realidade estatal. DALLARI (2000, p. 5) lembra a lição de Alexandre Groppali, para quem o conhecimento científico sobre a comunidade política

“... compreende três doutrinas que se integram compondo a Doutrina do Estado e que são as seguintes: a) doutrina sociológica, que estuda a gênese do Estado e sua evolução; b) doutrina jurídica, que se ocupa da organização e personificação do Estado; c) doutrina justificativa, que cuida dos fundamentos e dos fins do Estado...”.

Quando esquadrinho a Constituição para comentar suas regras, ocupo-me das teses de politólogos que informam seu texto e não se dissociam da Ciência Constitucional, pois dão suporte à ampla especulação sobre o Estado.

Grande parte da doutrina assegura que o Direito Constitucional não se resume à dogmática extraída da observação e exegese dos textos legais. Engloba, da mesma forma, a descoberta, no ordenamento observado, do “espírito, ou seja, o comum e o essencial a todos os Estados” (PAUPÉRIO, 1985, p. 16), o que se faz mediante consultas a estudos antecipatórios da Política.

A ordem normativa e a realidade, em sua dimensão histórica, precisam ser vistas pelo estudioso num inseparável contexto de interação e condicionamento recíprocos. Ao comentar as normas fundamentais de uma determinada comunidade, assumo o compromisso de averiguar a eventual ineficácia de algumas delas em face das relações de poder e dos valores consagrados no meio social. Não investigo com eficiência qualquer Constituição, desprezando as experiências hauridas nas teorias elaboradas por grandes pensadores.

A distinção, entre a Política enquanto Ciência e o Direito Constitucional, só atende aos interesses de alguns positivistas, ávidos para purificar o saber jurídico dos elementos informadores de outros ramos do conhecimento humano. Enfrentando dificuldades para explicar, com base apenas no exame das regras constitucionais, o exercício e a partilha do poder em muitos Estados, eles transformaram a dicotomia na válvula de que precisavam para evitar a explosão de suas construções doutrinárias, levantadas com base na afirmativa de que “existe apenas um conceito jurídico de Estado: o Estado como ordem jurídica, centralizada” (HANS, 1990, p. 190).

Georges BURDEAU (1995, p. 39) já advertiu que o funcionamento do Estado não se pode compreender como resultado da simples aplicação das regras do Direito Positivo, havendo inúmeras situações em que a repartição real do poder se verifica de modo diferente do previsto nas normas constitucionais<sup>6</sup>.

O notável professor francês registra inclusive que os programas de estudo da Ciência do Estado foram modificados naquele País, acrescentando-se ao título dos cursos,

ao lado da expressão Direito Constitucional, a nomenclatura Ciência Política ou Instituições Políticas (p. 39)<sup>7</sup>.

Ao estudar o ordenamento constitucional vigente num determinado Estado, faço pesquisa de Política, ingressando na arena do Direito Constitucional Positivo. Ao cotejar as leis fundamentais de diversos países, elaboro estudo de Política, entrando no campo de discussão do Direito Constitucional Comparado. Finalmente, ao investigar a realidade multifacetada do Estado, produzo conhecimento de Política, penetrando no amplo palco do Direito Constitucional Geral.

### *5. Objetivos da Política e suas relações com outras matérias*

No mundo da cultura, em que José Flóscolo da NÓBREGA (1987, p. 6-7) situa a Ciência Jurídica<sup>8</sup>, nenhum jurisconsulto, digno desse nome, contenta-se ao atingir seu objetivo teórico de descobrir a verdade. Depois de obter o conhecimento, aflora em seu espírito outra aspiração de natureza prática: a de contribuir para melhorar a realidade investigada, tornando mais leve o fardo da humanidade em sua aventura terrena.

Assim, além do nobre objetivo teórico de atender ao desejo ardente que o ser humano carrega de conhecer, compreender e desvendar os fatos e fenômenos do cosmo, a Ciência tem, por igual, uma finalidade prática: o aperfeiçoamento das condições de vida na terra.

Ao observar o Estado, o politólogo elabora conceitos, classifica fatos, faz comparações, arrisca prognósticos, emite juízos e termina também aconselhando os rumos que deverão ser seguidos para o aprimoramento da comunidade política.

A finalidade teórica de Política é o conhecimento por meio da exposição, ainda que sumária, das descobertas reveladas pelos grandes pensadores sobre os diversos aspectos da comunidade estatal.

E o seu objetivo prático é o aperfeiçoamento do Estado porque se propõe a prescrever as formas mais adequadas de orga-

nização do Estado, os melhores sistemas de exercício e de controle do poder, as maneiras mais eficientes para se conter o arbítrio e proteger os direitos fundamentais dos homens.

Para cumprir suas finalidades, a Política, enquanto Ciência, recolhe ensinamentos da Sociologia, da Economia, da Psicologia, da História, da Geografia e de muitos outros ramos do conhecimento humano.

DALLARI (2000, p. 2) realça esse aspecto. Ao seu sentir, trata-se de disciplina “de síntese, que sistematiza conhecimentos jurídicos, filosóficos, sociológicos, políticos, históricos, antropológicos, econômicos, psicológicos, valendo-se de tais conhecimentos para buscar o aperfeiçoamento do Estado, concebendo-o, ao mesmo tempo, como um fato social e uma ordem, que procura atingir os seus fins com eficácia e justiça”.

### *6. A obrigatoriedade do ensino da Política como solução adequada ao exercício eficiente da cidadania*

A Constituição, se faculta aos brasileiros o direito de se alistar e votar a partir dos 16 anos<sup>9</sup>, também impõe ao Estado o dever de promover e incentivar a educação visando o preparo da pessoa para o exercício da cidadania<sup>10</sup>.

Não é possível exercer de modo eficiente a cidadania sem conhecimentos básicos de Política. Enquanto o corpo eleitoral estiver alheio aos problemas do Estado e ao funcionamento de seus órgãos, não conseguirá melhorar sua representação nem aprimorar as instituições democráticas.

Creio, portanto, que o aperfeiçoamento do regime passa necessariamente pelo ensino da Política, que precisa, enquanto Ciência, integrar como disciplina obrigatória os currículos das escolas de ensino médio da República Federativa do Brasil.

Sobre o tema, Darcy AZAMBUJA (1987, p. 12-13, 15-16) assinala que os estudos dessa matéria concorrem “decisivamente para a educação cívica em sentido amplo”. E adverte:

“... Não basta, para ser bom cidadão, votar e ser votado; é preciso conhecer, dispor de informação científica sobre os segredos e as realidades da vida política. Uma visão exata das instituições e regimes políticos, com o bem e mal que eles contêm, traz a possibilidade de agir conscientemente para o seu aperfeiçoamento”.

### *Notas*

<sup>1</sup> Art. 1º, I, II e V, e parágrafo único, combinado com o art. 14 da CF.

<sup>2</sup> Aristóteles era natural de Stágiros, na Macedônia.

<sup>3</sup> “La palabra política, como ocurre con la mayoría de las palabras, tiene diversos significados. Sin embargo, a través de la mayor parte de ellos sirve para calificar y, así, caracterizar y distinguir un cierto sector de realidad humana, razón por la cual es lo mismo decir política que decir realidad política”.

<sup>4</sup> “...la actividad y la relación que constituyen la realidad política están referidas al Estado, el *sistema político* mayor de nuestro tiempo, y a los *sistemas políticos*, mayores a él, actualmente en gestación. De acuerdo con ese marco de referencia, son políticas la actividad y la relación estatales, y lo son igualmente aquellas otras actividades y relaciones que converjan sobre ellas. Así, además de la actividad de un determinado órgano estatal, será también política la actividad de un partido político que procure el acceso a la ocupación de aquel órgano o la de un grupo de presión que busque influir sobre la acción del mismo...”.

<sup>5</sup> “1) Lo que deba entenderse por político determina el objeto y contenido de la materia, siendo el origen de las limitaciones de la doctrina tradicional. 2) Lo político puede ser interpretado como lo referido al Estado, a sus fines y funciones. El Derecho Político, desde esta perspectiva, sería Derecho del Estado, es decir, Teoría del Estado. Se confundiría con el Derecho Constitucional. 3) Lo político puede interpretarse como todo lo relativo al Poder. Desde este punto de vista el Derecho Político sería una Teoría del Poder y su objeto y contenido equivalente al de la Ciencia Política. 4) Por último, lo político puede ser referido a la organización política y el Derecho Político comprenderse como una teoría de la organización política. Como un sistema de relaciones estructurales de la organización política. Este

critério proporciona sustentabilidade al Derecho Político”.

<sup>6</sup> “... le fonctionnement réel du pouvoir politique ne peut se comprendre comme le résultat d’une simple application de règles de droit et qu’il y a des situations, de plus en plus nombreuses au XIX<sup>e</sup> siècle, où celui que le droit désigne comme le principal détenteur du Pouvoir, le monarque, n’est plus en mesure de l’exercer que partiellement ou plus du tout. Il faut alors chercher d’abord à décrire la répartition réelle du pouvoir, puis à l’expliquer et on ne peut naturellement le faire qu’en mettant en évidence les rapports sociaux. Il se constitue donc, à côté d’une discipline proprement juridique, le droit constitutionnel que étudie les règles, une discipline sociologique, la science politique attachée à décrire la réalité”.

<sup>7</sup> “On a donc admis à cette époque que, puisque la science du droit constitutionnel ne donnait pas accès à une connaissance de la politique, il fallait compléter l’exposer des règles par la description du fonctionnement réel. C’est ainsi que les programmes des études de droit ont été modifiés pour faire figurer dans le titre des cours, à côté de l’expression ‘droit constitutionnel’, celle de ‘science politique’ ou d’institutions politiques”.

<sup>8</sup> “... o direito não tem sede nem na natureza, nem no mundo dos valores, mas participa a um só tempo de um e de outro: da natureza, porque tem base na vida humana, nas relações sociais, e dos valores, pela significação que imprime a essas relações, orientando-as para a satisfação dos interesses comuns. É, portanto, natureza valorada, moldada pelo valor e valor objetivado através de dados naturais. O que significa que o direito é fato cultural e se situa no mundo da cultura”.

<sup>9</sup> Art. 14, § 1º, II, c, da CF.

<sup>10</sup> Art. 205 da CF.

### Bibliografia

ACIOLY, Wilson. *Teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Mário da Gama Kuri. Brasília: Universidade de Brasília, 1977.

AZAMBUJA, Darci. *Introdução à ciência política*. Rio de Janeiro: Globo, 1987.

BURDEAU, Georges. *Manuel: droit constitutionnel*. 24. ed. Revue e mise à jour par Francis Hamon e Michel Troper. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E. J. A., 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000.

FAYT, Carlos S. *Derecho político*. 7. ed. Buenos Ayres: Depalma, 1988.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges, revisão técnica de Péricles Prado. Brasília: Martins Fontes, 1990.

JUSTO LÓPEZ, Mario. *Introducción a los estudios políticos: teoría política*. Buenos Ayres: Depalma, 1987. 2 v.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1986.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. Tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2000.

NASCENTES, Antenor. *Dicionário ilustrado da língua portuguesa da Academia Brasileira de Letras*. Rio de Janeiro: Bloch, 1981. 6 v.

NÓBREGA, José Flóscolo da. *Introdução ao direito*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1987.

PAUPÉRIO, Artur Machado. *Teoria do Estado resumida*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1985.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1975. 2 v.

ROSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios de direito político*. Tradução de Antonio de Pádua Danesi e revisão de Edison Darci Heldt. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

# Políticas públicas (econômicas) e controle

Marília Lourido dos Santos

## Sumário

Noções preliminares. 1. Intervenção econômica, modelo de Estado e modelo de Constituição. 2. Políticas públicas. 3. Intervenção econômica, formas e disciplina legal – contexto geral. 4. Dificuldades iniciais acerca do controle das políticas públicas. 5. Correntes acerca da importância do controle judicial das políticas públicas. 6. Vantagens, desvantagens e funções do incremento do controle Judiciário mediante a análise das políticas públicas. 7. Papel do Judiciário – dificuldades no exercício do controle.

A disciplina legal acerca da ordem econômica constitui tema relativamente recente na seara jurídica, de modo que importa, particularmente, observar questões preliminares que o tema sugere, tais quais o que se entende por ordem econômica ou, melhor ainda, o que se concebe como política econômica, quais os instrumentos legais para seu controle jurídico, a quem incumbe a realização de tal controle, entre outras. Com isso, imprescindível se mostra o exame, ainda que superficial, de algumas noções prévias, que figuram como pressupostos lógicos e finalísticos do estudo. Desta feita, o presente esboço, dentro de seus estreitos limites, afigura-se de cunho meramente introdutório, até mesmo para que possa servir de base para eventuais aprofundamentos futuros.

Marília Lourido dos Santos é Mestranda em Direito pela UFPa e Juíza de Direito no Estado do Pará.

## 1. *Intervenção econômica, modelo de Estado e modelo de Constituição*

Não são raros os autores que ainda relacionam a existência de um controle legal das relações econômicas ao fenômeno do *Welfare State*. A partir dessas concepções, costumou-se conceber a intervenção econômica como fato indissociável do chamado *Dirigismo Estatal*, pelo qual o Estado passou a estabelecer mecanismos legais capazes de *direcionar* as relações econômicas no sentido de atender certas finalidades de cunho social legalmente eleitas. Mais recentemente, porém, tem-se observado que a intervenção do Estado na economia não era estranha ao discurso neoliberal.

Isso porque a neutralidade política não é, na realidade, o que os grupos econômicos e políticos dominantes esperam do exercício do Poder Público, mas sim a concessão de vantagens, em detrimento de outros grupos. Não é interessante, porém, que tais favorecimentos permaneçam totalmente fora de regulamentação, uma vez que esta sempre figura como instância de segurança e a manutenção da ordem ou mesmo o controle de suas mudanças é sempre interessante aos que dela se beneficiam. Assim sendo, existiu e existe, no modelo liberal de Estado, a figura da intervenção econômica, que se dá, em regra, em prejuízo da livre concorrência e da democracia, valores que pelo discurso liberal são primordiais.

Mostra-se, por conseguinte, o viés ideológico, no sentido que descreveu Marx, de tal discurso. Isso demonstra que o (neo) liberalismo não deixa de ser um processo totalitário, que procura abater qualquer eventual contestação ou mesmo não a admite. Note-se que os grupos econômicos liberais historicamente obtiveram vantagens com a intervenção estatal, como a própria manutenção do sistema capitalista, embora atenuado. Também se observa que o custo da infra-estrutura básica necessária para o desenvolvimento do capital acabou dividido por toda a sociedade, por ter sido arcado

pelo Estado. Houve, ademais, o benefício da concessão de obras e serviços que garantiu ser o Estado um “comprador” certo e lucrativo.

Dessa maneira, como observa Fernando SCAFF, o que difere nos modelos de Estado são os graus de intervenção e não a existência desta. Graus esses que vão desde: a) o *Intervencionismo*, caracterizado pela adoção de medidas esporádicas de controle econômico, para fins específicos; b) o *Dirigismo*, tido como modelo em que o controle econômico compreende uma atuação mais sistemática e com objetivos determinados; e, c) a *Planificação*, que importa em uma análise global desse controle, no mais amplo alcance em relação aos demais (1990).

Percebe-se, destarte, que o controle imediato da atividade econômica é exercido pelo Poder Executivo. No entanto, a elaboração de programas e planos que estabeleçam a correlação entre os instrumentos jurídicos de controle e as finalidades a serem atingidas incumbe ao Poder Legislativo, uma vez que a este cabe a elaboração das leis em sentido formal. Fechando o círculo de controle, figura o Poder Executivo como instância última encarregada de assegurar a legalidade do exercício do controle no âmbito dos demais Poderes.

Verifica-se, portanto, a existência de níveis internos e externos de controle da atuação reguladora do Estado na economia. O controle exercido por quem também exerce o poder regulador não importa aqui, mas sim o controle externo, que é exercido no âmbito Judicial e social, controle esse que tem por objeto, conseqüentemente, tanto atos isolados como as políticas públicas.

Logo, nota-se que o sentido da inclusão de normas sobre a ordem econômica na Constituição mostra ser o oferecimento de instrumentos para o efetivo exercício desse controle. Tal porque submete os atos e políticas governamentais ao controle de constitucionalidade, com a peculiaridade de conferir aos fins a serem pelos mesmos perseguidos o caráter de cláusula pétrea. No en-

tanto, grande porção das normas constitucionais que regula a ordem econômica é de natureza *programática*, o que implica *eficácia limitada*. De tal sorte, essa inclusão finda por perder a função, salvo se se considerar que as normas programáticas também vinculam, segundo a idéia de *Constituição Dirigente*, inicialmente defendida por Joaquim José Gomes Canotilho. Este, no entanto, atualmente, dada a nova conjuntura política e econômica mundial, vem revendo certas posições, inclusive algumas ligadas à noção de *Constituição Dirigente*.

De acordo com Eros Roberto GRAU, a chamada Constituição Econômica pressupõe um modelo de Constituição Dirigente, pois se a Constituição não for dirigente, não conterà diretrizes axiológicas acerca da ordem econômica, será apenas uma Constituição Econômica Estatutária. Esta, pretensamente despida de ideologias acerca de sistemas econômicos. Portanto, sem pretensões conformadoras das relações econômicas, com vistas a dirigi-las para a realização de fins sociais (1998, p. 58-60).

Por isso, ante a superação do modelo de Constituição dirigente, declara GRAU:

“Somos arrastados à conclusão de que a teorização da Constituição Econômica morreu” (p. 67).

Assim sendo, esse conceito perde a utilidade, assim como a expressão ordem jurídica constitucional, que passa a servir apenas para indicar o local onde as normas acerca da política econômica estão contidas. Falar-se em ordem econômica só faz sentido, para Grau, se se referir à ordem econômica constitucional, pois assim os seus fins serão vinculantes para os poderes públicos. A regulação da economia, nesse sentido, parece mudar de eixo, da Constituição para os programas, projetos e políticas públicas.

Nessa linha de raciocínio, assim como a existência da intervenção econômica independe do modelo de Estado, também independe do modelo de Constituição. As diferenças estarão nos graus e sentidos que a essa intervenção forem conferidos. Por con-

seguinte, o controle dessa regulamentação também deve deslocar-se, ou antes, alargar-se, pois, se os fins e objetivos a se assegurar, regrados por normas programáticas e princípios, realizam-se por políticas públicas, devem estas se submeter ao controle jurídico. Para a compreensão dessa afirmação, importa definir-se políticas públicas.

## 2. Políticas públicas

As políticas públicas tornaram-se uma categoria de interesse para o direito há aproximadamente vinte anos, havendo pouco acúmulo teórico a respeito, o que desaconselha a busca de conclusões acabadas. Ademais, não é um tema ontologicamente jurídico, mas é originário da ciência política, em que sobressai o caráter eminentemente dinâmico e funcional, que contrasta com a estabilidade e generalidade jurídicas. A noção de políticas públicas emergiu como tema de interesse para o direito com a configuração *prestacional* do Estado.

Novamente deu-se uma relação entre o modelo estatal e a evolução histórica do estudo das políticas públicas. Quando a função estatal de controle resumia-se, digamos assim, no *poder de polícia*, no sentido omissivo de limitação do poder estatal, pode-se dizer que não havia políticas públicas de interesse jurídico. Quando o Estado passou a assumir o encargo dos *serviços públicos*, a situação mudou um pouco, sendo que, quando no pós 2ª Guerra, por questões de emprego, seguridade e habitação, o Estado passou a propriamente intervir no domínio econômico, o estudo das políticas públicas revelou-se de interesse para o direito.

A adoção de políticas públicas denota um modo de agir do Estado nas funções de *coordenação* e *fiscalização* dos agentes públicos e privados para a realização de certos fins. Fins esses ligados aos chamados *direitos sociais*, nos quais se inclui os *econômicos*. Desta feita, o estudo das políticas econômicas não pode ser dissociado do das políticas sociais. Melhor dizendo, estudar as po-

líticas públicas de um modo geral significa estudar as políticas econômicas, porque o viés econômico permeia a quase totalidade das políticas de governo, em última análise.

O surgimento e, em consequência, o interesse para o estudo jurídico das políticas públicas justifica-se, didaticamente, porque:

a) estão ligadas ao resguardo dos direitos sociais e políticos, pois estes demandam do Estado *prestações positivas* e significam o alargamento do leque de direitos fundamentais;

b) o desenvolvimento de certos setores e atividades do mercado significou a geração de novas demandas, como os direitos dos consumidores, que transitam entre as atividades econômicas e a regulação estatal;

c) o planejamento inerente à noção de políticas públicas tornou-se necessário para garantir maior eficiência da gestão pública e da própria tutela legal. Importa elevar o nível de racionalidade das decisões, evitando processos econômicos, sociais e políticos de cunho cumulativo e não reversíveis, em direções indesejadas.

COMPARATO, sempre em sintonia com seu tempo, observa uma tendência geral em todos os países, no sentido do “alargamento da competência normativa do governo, não só na instância central, através de decretos-leis ou medidas provisórias, mas também no plano inferior” (1997, p. 19). Em nota de rodapé, observa que “houve apenas a substituição da lei pela política pública, mantendo-se a mesma separação entre a declaração, a execução e o controle (no sentido de um juízo de revisão)” (p. 17). Destarte, parece haver uma paulatina substituição da função das leis (sentido omissivo), pela função das políticas (comissivo).

Do que foi dito, nota-se que a noção de políticas públicas centra-se em três elementos: a) a busca por metas, objetivos ou fins; b) a utilização de meios ou instrumentos legais; e c) a temporalidade, ou seja, o prolongamento no tempo. Esses elementos formam uma noção dinâmica de atividade, pela qual se definem políticas públicas como a “coor-

denação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente (ou economicamente) relevantes e politicamente determinados” (BUCCI, 1997, p. 91) ou simplesmente como o *conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado*.

### 3. Intervenção econômica, formas e disciplina legal – contexto geral

Como dito, a intervenção não é estranha ao neoliberalismo, porque os grupos econômicos esperam do Estado intervenção em seu favor. Logo, a adoção de políticas econômicas significa intervenção, que não deixa de existir, apenas sofre alteração nos seus meios e mesmo em seus fins. Políticas Econômicas significam as políticas públicas que se referem a matérias econômicas, constituem o *meio pelo qual um governo busca regular ou modificar os negócios econômicos de uma nação*.

A adoção de políticas econômicas visa a regulação macroeconômica, ou seja, a racionalização gradual da economia para que os agentes econômicos (públicos e privados) atuem em favor do interesse social, mas em “harmonia” com seus interesses privados, isto é, sem alteração legal do sistema de apropriação de riquezas. Nesse sentido, usa-se o termo *intervenção*, para significar “*atuação em área de outrem* – isto é, naquela esfera do privado” (1998, p. 156). Intervenção essa que, para ser ampla, precisa ser diferenciada. Há, portanto, diferentes formas de intervenção, elencadas em diversas classificações doutrinárias, das quais a mais funcional para o momento parece ser a do próprio Eros Grau, que usa a expressão *domínio econômico* para indicar *atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito*, da qual se exclui a noção de serviço público.

Segundo tal classificação, a intervenção estatal dá-se (1998, p. 156-157):

a) No Domínio Econômico, quando o Estado atua na condição de agente econômi-

co, como sujeito que realiza diretamente a atividade econômica. Essa forma de intervenção divide-se em: absorção, quando ocorre em regime de monopólio; e participação, quando se dá concorrentemente com a iniciativa privada.

b) Sobre o Domínio Econômico, intervenção essa pela qual o Estado atua apenas como regulador da atividade econômica. Essa forma, igualmente, subdivide-se em duas outras – direção, nas hipóteses em que o Estado utiliza normas de comportamento compulsório, e indução, quando lança mão de normas que não possuem caráter compulsório, apenas incentivador.

A forma de intervenção sobre o domínio econômico prepondera, porque incide também sobre a própria atuação de intervenção no domínio econômico. Assim, esta não apresenta maior interesse para este estudo, apenas aquela, a qual se efetiva mediante conjunto de ações e projetos que configuram as políticas econômicas. Estas lançam mão de instrumentos de planejamento, como os planos e programas. Estes, enquanto instrumentos jurídicos, capazes de permitir a institucionalização de diretrizes e metas, pois o planejamento configura pressuposto de toda ação política, econômica ou social.

Entretanto, importa frisar que a política pública é noção mais ampla que a de um simples plano ou programa, porque envolve um processo de escolha de meios para a realização dos objetivos do governo. Assim, compreende também uma certa margem de opção entre tais objetivos, ou seja, compreende a hierarquização dos mesmos, cuja efetivação deverá dar-se com a participação dos agentes públicos e privados. A adoção de certa política pública *representa o processo político de escolha de prioridades para o governo*, por meio de programas de ação para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo determinado ou não.

Historicamente, os primeiros planos juridicamente relevantes foram os de contabilidade pública, depois os urbanísticos. Atualmente, todas as áreas de incidência das

políticas públicas apresentam significância jurídica. Isso porque as normas jurídicas servem tanto de instrumento de efetivação, quanto de parâmetro de controle de tais opções políticas. Por serem opções, importam em uma margem de discricionariedade, ou melhor, de *flexibilidade* de atuação, o que não significa ausência de controle legal, mas sim incidência de controle diferenciado, finalístico.

Para que essa margem de liberdade de atuação não gere arbítrio, sua gradativa redução passou a ser uma meta a se atingir, tanto para os operadores do direito, quanto para os legisladores. Inicialmente, pensou-se que seria necessário assegurar um *mínimo ético*, para usar expressão da seara penal, que representasse um *núcleo rígido*, a pautar a ação estatal e fornecer-lhe limite intransponível. Essa preocupação resultou na inclusão de diversas normas de controle na Constituição Federal, a fim de torná-las cláusulas pétreas, por significarem garantia dos direitos fundamentais.

Com isso a Constituição passou a regular inúmeras áreas, especialmente por normas programáticas, que tornaram matéria formalmente constitucional quase todas as questões legalmente relevantes. Isso se deu de forma detalhada, gerando uma rigidez ao sistema jurídico, não raro, incompatível com a dinâmica das modificações atuais. Assim, surgiu uma tendência oposta, que entende ser necessário retirar muitas áreas de disciplina constitucional – *desconstitucionalizar* –, especialmente as ligadas ao controle formal da Administração Pública. Isso para dar a esta maior agilidade e eficiência, que, aliás, tornou-se palavra de ordem.

Entretanto, a legitimidade dessa tendência não é indene de dúvidas, pois, do mesmo modo como a necessidade de controle da atuação estatal não se resolve apenas pela *constitucionalização* dos temas, igualmente, a necessidade de conferir agilidade e eficiência à atuação estatal não se resolve tão-somente pela *desconstitucionalização*. Mesmo porque tais tendências constituem extremos

que atentam contra a clássica visão aristotélica de que a virtude está no meio-termo. Ademais, cada movimento jurídico cumpriu ou cumpre uma função histórica e negá-la pode resultar em desconhecimento do cunho ideológico da doutrina jurídica e falta de senso crítico, perniciosos para qualquer operador do direito.

Com efeito, não é a *situação topológica* das normas legais que define o maior ou menor grau de controle jurídico da atividade estatal, mas a hierarquia das normas tem uma função a exercer, a qual não é interessante subestimar ou supervalorizar. É importante saber a quem compete formular as normas que compõem esse sistema de controle legal, para adaptar cada nível a sua devida função, sob pena de se verificar o que atualmente ocorre: o legislador ordinário tornou-se constituinte por via transversa de emendas constitucionais. A trivialização da alteração de matéria constitucional atinge a fundação do edifício jurídico positivo, em prejuízo de sua unidade e legitimidade.

Naturalmente, as normas constitucionais, o ordenamento infralegal e o poder regulamentar exercem função de controle legal das atividades estatais, tanto no sentido formal, quanto no material. Porém, cada qual dentro dos limites de seu âmbito de atuação, pois as normas regulamentares não podem-se contrapor às leis, tampouco à Constituição. Do contrário, as diretrizes e metas sociais, econômicas e políticas definidas pelo ordenamento acabam não sendo implementadas pelo “governante de plantão”, utilizando a emblemática expressão de Fernando Scaff, pelo que se tornam meras *garantias formais*. Funcionam apenas como um *anteparo às reivindicações sociais*, pois não são implementadas pelo Executivo, ao qual não pode-se substituir o Judiciário, pois cabe a este apenas o julgamento e não execução das leis.

Há uma reorientação dos níveis legais de disciplina da atividade do Estado, saindo do eixo constitucional para o infralegal e, perigosamente, para o âmbito do poder

regulamentar (veja-se a enxurrada de Medidas Provisórias). Em consequência, precisa haver uma correspondente reorientação nas funções de controle exercidas pelos Poderes de Estado. No modelo de democracia contratualista de Rousseau, a *lei* e a *vontade* humana se aproximam, pois esta se expressa naquela e aquela define o âmbito de liberdade desta. Logo, ao Legislativo cabe o papel central de definir as políticas públicas.

Portanto, atos de *definição* deveriam caber ao Legislativo, porque composto pelos representantes do povo, por uma questão democrática e de separação de poderes. No discurso liberal, o Legislativo é o poder “supremo”, pois é encarregado de dar expressão à soberania popular. Mas quando a liberdade formal da lei deixa de legitimar o poder, essa *legitimidade* passa a se fundar na realização de finalidades coletivas concretizadas programaticamente, isto é, na adoção de políticas públicas, pelo que o Executivo passa a ter mais destaque, a ser o poder “supremo”.

#### 4. Dificuldades iniciais acerca do controle das políticas públicas

Quando o poder regulamentar deixa de apenas conferir concreção e adequação das diretrizes legais à realidade social, o Executivo passa a exercer *função normativa* com prejuízo do Legislativo. Eros GRAU chama esse fenômeno de *capacidade normativa de conjuntura* (1998, p. 69), como sendo aquela que visa ao desempenho de uma atividade de ordenação pelo Estado sobre os agentes econômicos. A importância desse poder de regulação seria tanta que Fernando SCAFF entende importante a criação de um Conselho Consultivo, com funções opinativas (2000). Essa proposta é oportuna, pois que, com a substituição da função da *lei* pelas *políticas públicas*, dificulta-se o controle social e mesmo o controle legal; dificuldade essa que se deve a diferentes razões, que podem ser apresentadas esquematicamente da seguinte forma:

4.1. passa a haver uma demanda desmedida por legislação, a fim de aprovar planos e mais planos, bem como a regulamentação desses planos, o que nos Estados Unidos é conhecido como *overload*, em que o Legislativo acaba por abdicar da direção política do Estado;

4.2. faz-se necessário todo um extenso suporte institucional (agências de controle, instituições da sociedade civil organizada, etc.) para realizar um controle essencialmente finalístico;

4.3. a falta de cultura cívica e educação democrática dificulta, ou mesmo inviabiliza a devida e necessária participação popular, de modo que a sociedade acaba não exercendo nenhum controle, antes finda perdendo maior parcela de liberdade, pois não participa da formação da opinião política;

4.4. os partidos se enfraquecem e deixam de representar a sociedade, porque esta não é capaz de os pressionar nesse sentido, pelo que os mesmos passam a expressar os grupos de interesse dominantes, que são capazes de fazer pressão;

4.5. a utilização de conceitos jurídicos indeterminados e de normas programáticas não é tradicional em nossa cultura jurídica, que oferece certa resistência.

Ante dificuldades de tal ordem, imprescindível se torna intensificar e ampliar as instâncias de controle das políticas governamentais. Com isso, a função do controle exercido pelo Judiciário torna-se mais expressiva, num sentido crescente de quantidade e qualidade desse controle. Por outro lado, as pressões favoráveis e contrárias ao incremento desse controle passam a gerar argumentos prós e contras, mediante um discurso político-jurídico-ideológico que começa a se definir.

### 5. Correntes acerca da importância do controle judicial das políticas públicas

As relações estabelecidas entre os Poderes de Estado de um lado e as relações entre

o Judiciário, especificamente, as forças políticas e a sociedade vêm forçando os aplicadores do direito a tomar posição como agentes políticos e não meramente como técnicos jurídicos. Essa nova feição gera desconfiança e receio, dada a potencialidade para o arbítrio que qualquer incremento de controle gera. Desta feita, em âmbito que se pode dizer mundial, os primeiros esboços doutrinários começam a surgir acerca da função e importância do controle judicial da atuação do Executivo expressa pela adoção de políticas públicas.

Em obra que se pode considerar pioneira, intitulada *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, de 1999, Luiz W. VIANNA analisa a questão expondo duas correntes contrapostas, que, em síntese, são:

A primeira, que seria chamada a dos *procedimentalistas*, representada nada mais nada menos que por Habermans e Garapon, entende que o incremento do controle judicial prejudica o exercício da cidadania ativa, pois envolve uma postura paternalista. De tal sorte, favorece a desagregação social e o individualismo, dado que o indivíduo, enquanto simples sujeito de direitos, fica totalmente dependente do Estado. Torna-se um *cidadão-cliente* e o Judiciário o seu *fornecedor de serviços*. Portanto, não representa situação desejada, mas situação crítica, correlata a uma crise institucional que precisa ser superada.

Para os *procedimentalistas*, os cidadãos deixam de ser autores e tornam-se meros destinatários do direito. Isso porque, para que sejam autores, não é necessária a mediação do Judiciário, mas antes a “criação” ou conquista de *canais comunicativos*, que levem o poder democrático do centro para a periferia. Para os mesmos, dado que a lei não é a vontade direta do povo, este precisa ter meios de expressar sua própria vontade. Assim, a Constituição deve apenas garantir a existência desses meios ou procedimentos, para que os cidadãos criem seu próprio direito. Os seus princípios não devem, portanto, expressar conteú-

do substantivo, mas somente instrumentalizar os direitos de participação e comunicação democrática.

Assim, o controle de constitucionalidade seria necessário apenas nos casos que tratem do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação da vontade política (*democracia deliberativa*). Isso porque não caberia ao Judiciário dizer *sobre o que decidir* (conteúdo), mas apenas *como decidir* (procedimento democrático), para que os cidadãos decidam como lhes convier. Seria apenas o caso de garantir procedimentos para ampla deliberação democrática, sem exclusões. No entanto, isso demanda uma prévia *cultura política da liberdade* a que alude Habermans, de base social estável, capaz de produzir consenso democraticamente, bem como a existência de partidos fortes e livres das pressões econômicas, pautados em instituições firmes.

A segunda corrente, que também conta com expoentes de prestígio como Capelletti e Dworkin, é a dos chamados *substancialistas*, que entendem que o Judiciário precisa adquirir novo papel ante a função intervencionista do Estado\* e passar a ser o intérprete do justo na prática social. Se as políticas ganharam mais relevância que a própria lei, o Judiciário necessita constituir-se em poder estratégico, capaz de assegurar que as políticas públicas garantam a democracia e os direitos fundamentais e não interesses hegemônicos específicos.

Nessa linha, caberia à Constituição a positivação do ideal de justiça mediante leis básicas, mas incisivas, cuja implementação pelo Judiciário transformaria progressivamente a sociedade e as instituições, conduzindo à realização dos valores fundamentais e ao exercício da cida-

dania. De fato, vê-se que a lei não é criada por um processo substancialmente, mas formalmente democrático. Entretanto, mesmo na democracia direta prevalecem os interesses da maioria, em prejuízo das minorias.

Assim sendo, não seria diferente, no sentido de não ser preferível, a “criação” jurisprudencial do direito oriunda da interpretação constitucional, que a conformação das políticas públicas a esse entendimento. Destarte, a *judicialização* das políticas públicas encontra seu fundamento no primado da supremacia da Constituição, tida como *lei fundamental*. Nessa ordem de idéias, o Judiciário não invade o âmbito do Executivo, apenas aplica a Constituição, esta sim superior a todos os Poderes Estatais, por serem poderes constituídos, ou seja, o Judiciário apenas exerce sua função, aplica a norma (constitucional).

Essa supremacia se justifica pela necessidade de preservar certos núcleos de direitos, como os Direitos Humanos, confiando sua guarda a instituições majoritárias (cortes constitucionais). Por isso é que o controle judicial das políticas públicas faz mais sentido no âmbito constitucional. Pois as normas e princípios constitucionais prevalecem não somente sobre os Três Poderes, mas sobre toda a sociedade, em certo sentido, sobre a própria vontade da maioria. Por isso, o constrangimento que representa deve ser o *mínimo necessário* para assegurar aquele ideal de justiça.

Logo, conceder ao Judiciário o poder de decidir sobre esse ideal (esses direitos fundamentais) não significa que os juízes representem *melhor* os interesses dos cidadãos que os parlamentares ou o Chefe do Executivo, que, aliás, são eleitos. Pois, os juízes também podem ser tiranos e arbitrários tanto quanto os titulares de cargos eletivos. Destarte, o controle judicial das políticas públicas representa apenas *mais uma* instância de controle, o que significa mais controle, qualitativa e quantitativamente, pois é um reforço apenas.

\* Aqui, utiliza-se a expressão intervencionista no sentido já visto, como sempre existente independentemente do modelo de Estado, seja de Bem-estar Social ou de cunho Neoliberal, pois a intervenção sempre existe e pode dar-se – de fato está se dando – neste “novo” modelo neoliberal com maior intensidade ainda que no *Welfare State*.

## 6. Vantagens, desvantagens e funções do incremento do controle Judiciário mediante a análise das políticas públicas

Para os substancialistas, esse controle auxilia na reconstrução do sistema de valores democráticos, por ser mais um nível de acesso às instâncias do poder, por intermédio do questionamento de decisões políticas pelo controle de constitucionalidade. Abre, também, espaço ao pluralismo, mediante o amplo acesso ao Judiciário que existe na medida em que nenhuma questão deixa de ser apreciada, o que garante que grupos marginais – sem expressão política – questionem e influam sobre as decisões políticas. Ademais, fomenta a democracia deliberativa (de grupos) pelas ações coletivas.

Como desvantagem costuma ser apontada a necessidade de cristalização de muitas metas sociais em leis, que “engessa” a execução das políticas públicas, prejudicando a flexibilidade necessária para a regulação da dinâmica econômica, bem como cria mais um entrave burocrático, pelas muitas ações que ficam pendentes. Igualmente, diz-se que a própria definição do ideal de justiça e dos Direitos Humanos é mutável, pelo que o controle judicial dificulta mais essas mudanças de atualizações de valores.

Entretanto, o controle judicial das atividades dos outros Poderes é exercido pelo Judiciário, principalmente com base nos princípios e normas da Constituição, que são genéricos e muitas vezes utilizam conceitos juridicamente indeterminados. Portanto, podem ser “atualizados” por simples interpretação *construtivista* (criadora) do juiz, não havendo perigo real de “engessamento” da Administração Pública. Por isso, é importante que não existam normas constitucionais excessivamente específicas, pois não é a especificidade que garante a realização da finalidade legal, mas o tipo e a eficácia do controle da execução da lei, seja esta genérica ou específica.

Essa interpretação *construtivista* permite que se *preserve-mudando*, pelo que favorece a

formação gradual de uma cultura política, pois auxilia na criação pelos cidadãos de consciência dos seus direitos em sentido mais amplo, a começar pela consciência de seus papéis específicos no *momento comunicativo* do processo, enquanto consumidor, contribuinte e outros. Segundo José Afonso da SILVA, a Constituição Federal de 1988, pela peculiaridade histórica de sua formação, ficou distante do ideal de qualquer grupo nacional específico (2000). Teria, portanto, refletido um mosaico de interesses e preocupações, porque não resultou historicamente de um *conjunto de valores compartilhados por uma comunidade política*, conforme um amadurecimento democrático do povo. Mas nem por isso pode ser tida como ilegítima, pois reflete valores socialmente desejáveis.

Ademais, em um modelo assim de *Constituição Aberta*, para se usar a expressão de Paulo Bonavides, favorece-se o construtivismo jurídico, pelo que se obtém a desejada interligação entre os Direitos Humanos e a democracia participativa. Tal porque a participação jurídico-política encontra no momento processual mais uma instância importante no cenário do Poder Estatal. Ao ir ao Judiciário em busca de seus direitos, o cidadão atua, exercita seu poder de iniciativa, torna-se *cidadão-ativo*, não mero *cidadão-cliente*, porque provoca o exercício da jurisdição e sai da inação. Com isso, mesmo que a Constituição não seja fruto da mais legítima vontade popular, poderá vir a ser pela atuação jurisdicional *construtivista* e as suas normas terão mais chances de não ficar na mera função simbólica.

O exercício de ações coletivas e a atuação dos Juizados Especiais são exemplos específicos de momentos em que a jurisdição favorece a aquisição da cidadania. Inquestionavelmente, tais espaços ainda são muito tênues, carentes de toda sorte de aparelhamento, assim como a própria estrutura do Poder Judiciário brasileiro, o que não anula os pequenos ganhos que significam. Ao se conceber o Judiciário enquanto instância democrática, percebe-se que o *locus* de participação

popular desloca-se (ou amplia-se) para o Judiciário. Isso pressupõe, como base, a possibilidade de um *controle abstrato de constitucionalidade*, no qual a supremacia é a da Constituição e não de um Poder Constituído como o Judiciário. Daí não ser cabível falar-se, como já se tem feito, em “governo dos juízes”.

Em suma, a ampliação do poder de controle judicial das leis e, particularmente, da Administração não tolhe a democracia participativa, antes lhe favorece, assim como a democracia representativa. Pois os partidos minoritários, que não estejam em coalizão com o Executivo, podem utilizar o processo judicial contra as instâncias do poder, isto é, contra os arbítrios do *governante de plantão*. Favorece, portanto, a conexão entre a democracia participativa e a representativa, o que é muito importante no Brasil, onde “as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares” (VIANNA, 1999, p. 43).

Essas minorias parlamentares passam a ter no Judiciário mais uma instância de atuação, com novas possibilidades de pressão. Entretanto, a adoção de um modelo de *Estado-juiz*, na expressão acre de Cittadino, correlata a uma visão “romântica” do *Juiz-Hércules*, como gosta de se referir Canotilho, é totalmente utópica. Pois a participação no Judiciário é, em certa medida, dependente da mediação do direito e, em consequência da positivação dos direitos, da existência de cortes de justiça com feição política como as cortes constitucionais e do grau de consciência política dos magistrados. Contudo, todos esses óbices podem ser minimizados pelo contínuo exercício do controle judicial, pois este apresenta função pedagógica, que se aplica tanto aos cidadãos quanto aos magistrados.

### 7. Papel do Judiciário – dificuldades no exercício do controle

Ao se analisar as dificuldades do controle judicial dos atos dos outros poderes do Estado, especialmente os do Poder Exe-

cutivo, percebe-se a necessidade de utilização de técnicas de “sopesamento” de valores, interesses e direitos. Essas técnicas são simultaneamente simples instrumentos e opções valorativas, revelando o viés político do direito, enquanto racionalidade acerca do poder. O controle judicial das políticas públicas nesse sentido é um típico caso em que a regulamentação legal se defronta diretamente com os meandros “irracionais” do poder político.

O direito não pode atuar nesses casos com o mesmo rigorismo técnico, julgando-se neutro, é preciso buscar parâmetros mínimos de ética e justiça. Por conta disso, o controle legal encontra muitas dificuldades, de ordem técnica, ideológica e valorativa. Já observava Rui Barbosa, citado por COMPARATO, que:

“O efeito da interferência da justiça, muitas vezes não consiste senão em *transformar*, pelo aspecto com que se apresenta o caso, uma questão *política* em questão *judicial*. Mas a atribuição de declarar inconstitucionais os actos da legislatura envolve, inevitavelmente, a justiça federal em questões políticas. É, indubitavelmente, um poder, até certa altura, exercido sob as formas judiciais” (1997, p. 20)

Diante disso, Comparato afirma: “Afastemos, antes de mais nada, a clássica objeção de que o Judiciário não tem competência, pelo princípio da separação de Poderes, para julgar ‘questões políticas’” (p. 19). No entanto, essa postura é rechaçada pela maior parte dos juristas pátrios, que só a admitem por via transversa, mediante um exercício argumentativo pelo qual as questões “deixam de ser” políticas, passando a ser jurídicas. Por isso, o controle da Administração Pública é apontado como restrito ao nível constitucional, e por isso os defensores de uma maior margem de liberdade para o gestor público postularam a desconstitucionalização de muitos assuntos como os serviços públicos. Porém, como visto de início, não é o *locus* da norma que facilita ou

não o controle, mas os mecanismos de que o sistema dispõe. Aliás, está demonstrado que finda como letra morta a constitucionalização de muitos temas, pela inviabilidade do controle.

Portanto, é preciso observar que o controle das políticas públicas não pode ficar restrito ao Controle de Constitucionalidade, sob pena de ser considerado inviável, ante certos mecanismos estrategicamente pensados para minimizar esse controle, como a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Ademais, não se pode restringir o controle de constitucionalidade ao controle concentrado. Mesmo porque toda a estrutura do sistema legal pode ser tida como uma concreção dos fins constitucionalmente propostos.

Um segundo ponto, observado por Comparato, é que o controle judicial da Administração Pública incide sobre atos e não sobre programas ou políticas, sendo, portanto, um controle pontual não abrangente. Logo, as políticas públicas, em seu conjunto, findam fora do controle, porque expressam a idéia de metas coletivas e de atividade, de modo que não se resumem a normas ou atos, pois representam o conjunto destes, que é unificado pela sua finalidade.

Comparato assim leciona:

“A primeira distinção a ser feita, no que diz respeito à política como programa de ação, é de ordem negativa. Ela não é uma norma nem um ato, ou seja, ela não se distingue nitidamente dos atos da realidade jurídica, sobre os quais os juristas desenvolvem a maior parte de suas reflexões desde os primórdios da *iurisprudencia* romana. Este ponto inicial é de suma importância para os desenvolvimentos a serem feitos a seguir, pois tradicionalmente o juízo de constitucionalidade tem por objeto, como sabido, apenas normas e atos” (1997, p. 18).

Entretanto, como visto, as finalidades legais que orientam o controle judicial finalístico não se resumem ao controle de cons-

titucionalidade. No Brasil, confundem-se com este, dado o caráter extremamente abrangente da Constituição Federal, porém, isso não significa que ao mesmo se limitem. Logo, é preciso perceber que existe uma *hierarquia de valores* que define o “peso” dos princípios em conflito, mesmo em nível infraconstitucional. Obviamente, se se tratar de um valor constitucional em colisão com um infraconstitucional, aquele deverá prevalecer, à semelhança do que ocorre no caso das normas.

Porém, tratando-se de princípios, mesmo essa regra não pode ser absoluta, pois pode ser que o valor ou interesse protegido por normas infraconstitucionais prevaleça naquele caso concreto por diversas razões tópicas. Uma delas pode ser a de que, a prevalecer o interesse constitucionalmente protegido, o outro seria aniquilado, ao passo que no caso inverso isso não se daria. As colisões de princípios são mais freqüentes e diversificadas que se costuma considerar e podem chegar ao nível processual. Como exemplo, toma-se o caso dos prefeitos cujas regras de aposentadoria não foram recepcionadas pela Constituição, mas que ganharam o direito a tal aposentadoria em Juízo, estando sob o manto da coisa julgada. Então, seria o caso de se dizer que é imperioso respeitar a coisa julgada, instituto protegido pela própria constituição, mesmo que com isso se estabeleça uma situação contrária à própria Constituição. Esse é um caso de aplicação do princípio da proporcionalidade, pelo qual observa-se que houve menor vantagem em se atender ao princípio da coisa julgada que em desconsiderá-lo.

A princípio, qualquer decisão seria aceitável ou recusável, posto que se trata de dois valores constitucionais. Entretanto, importa reconhecer que as técnicas de racionalização da decisão jurídica nem sempre podem obedecer a um rigor lógico-formal, mas podem atender a uma demanda de racionalidade tópica. Desta feita, pode-se fazer uma distinção entre as soluções possíveis juridicamente, conferindo maior peso a uma, como

determina a aplicação do princípio da proporcionalidade. A maior desvantagem é observada não apenas do ponto de vista lógico, mas finalístico.

Um outro óbice procedimental é que os atos e normas tomados *isoladamente* são heterogêneos e possuem um regime jurídico próprio. Ou seja, sua validade é analisada separadamente da atividade global, ou seja, das políticas públicas nas quais se inserem. Desse modo, uma norma ou ato pode ser *inválido*, sem que a política pública na qual se insere o seja e vice-versa. Nesses casos, novamente pela aplicação do princípio da proporcionalidade, na análise dos atos a estes poderia ser conferido um peso diferenciado, considerando-se sua relação dentro da política pública no qual se encerra. Com isso, o controle seria ampliado pela estipulação de uma “sintonia fina” para a análise dos atos, de acordo com uma análise prévia da política pública, seria o caso de esta estar inclusa na *pré-compreensão* do julgador.

Uma outra questão seria o fato de que a Constituição Dirigente, correlata ao Estado Intervencionista, contém objetivos que são impostos por meio de normas programáticas, pelo que estas precisam ser tomadas como vinculantes para o Estado e para toda a sociedade, incluindo os detentores do poder econômico. Para tanto, trabalha-se com a noção de *conceitos juridicamente indeterminados*, que, ao lado do princípio da proporcionalidade, representa mais uma técnica de racionalização da decisão judicial. A própria análise desses tipos de conceitos jurídicos implica um juízo de ponderação, ou seja, a ela também se aplicam os parâmetros do princípio da proporcionalidade.

Com isso, a generalidade das normas pode ser tida como não redutora de sua função diretiva ou vinculante. Igualmente, o “*alargamento*” da *competência normativa do governo* (medidas provisórias, especialmente) pode ser mais estreitamente controlado, sempre do ponto de vista concreto, pois a análise tópica de prudência ou proporcionalidade

de sempre se dá *in concreto*, o que não atinge a agilidade e mobilidade, necessárias à eficiência da gestão pública, afastando o perigo tão supervalorizado do “engessamento” da Administração Pública. Dessa forma, o controle judicial deixa de significar uma ampliação no Juízo de Oportunidade e Conveniência da Administração, ou seja, não significa uma “invasão de competência”, pois não se concebem as questões meramente como “questões políticas” ou “mérito administrativo”, cuja análise deve escapar ao Poder Judiciário.

A resistência dos Poderes do Estado em submeter as políticas públicas ao controle judicial mais rígido está em que tal demanda uma *atuação política do Judiciário*, no sentido de que deverá *questionar as opções* do Administrador. Notadamente, atos como declaração de guerra, licença para parlamentar ser processado e outros manifestam feição meramente política. Mas sob o *rótulo de questões meramente políticas* não podem-se esconder questões que afetam de forma direta e rotineira o exercício dos direitos dos cidadãos, como é o caso dos programas econômicos e seus efeitos. Tanto que os mesmos estão sendo sempre questionados, sendo as perdas salariais, em geral, reconhecidas.

O incremento do controle judicial da atividade administrativa não significa mera substituição do arbítrio do Executivo pelo arbítrio do Judiciário, pois a mediação da norma e dos princípios jurídicos minimiza o subjetivismo. Os atos em si considerados e as políticas nas quais se inserem devem ser confrontados com os objetivos constitucionais, bem como com as regras infraconstitucionais que estruturam o desenvolvimento dessas políticas e atos (atividade).

O Controle de Constitucionalidade no Brasil é bem amplo, pois envolve tanto a matéria quanto os meios e instrumentos, a forma e competência e, ainda, a omissão. Seus efeitos são desconstitutivos, pois resulta na invalidade do ato (efeito *ex nunc*). Há muitas falhas, como a própria utilização “má intencionada” da Ação Declaratória de

Constitucionalidade, mas, independentemente de uma reforma constitucional, apresenta muitas possibilidades, que deixam de ser empregadas por receio de o Judiciário assumir seu *papel de agente político* ao lado dos outros poderes. Poderiam ser mais utilizados os instrumentos mandamentais e de injunção, bem como a tutela preventiva da legalidade (constitucionalidade).

Com isso, a intervenção sobre o domínio econômico prepondera, em especial, mas também a atuação no domínio econômico do Estado seria passível de um controle mais eficiente, que não fosse meramente formal, como muitas vezes é o exercido pelo Legislativo com auxílio dos Tribunais de Contas. Questões como a guerra fiscal, o tratamento da dívida pública, a função meramente formal das leis orçamentárias, entre outras, poderiam ser redimensionadas com vistas a atender interesses sociais reais. Tal porque o governo deixaria de não ser responsabilizado pelas distorções praticadas por meio de políticas econômicas descompromissadas com o social, como as que atendem aos interesses bancários (operações de socorro aos Bancos), em detrimento de áreas fundamentais como educação e saúde.

A intervenção econômica não só permanece, como vem sendo incrementada, ao que precisa se seguir um incremento de instrumentos de controle. Isso porém não demanda reforma legal para se implementar, pois mecanismos normativos já existem, é o exemplo das leis orçamentárias, que precisam ser tratadas como leis, como norma legal vinculante. Se esses mecanismos já existentes fossem implementados, muitas distorções praticadas continuamente seriam evitadas. Isso não significa que as propostas de mudança devam ser rechaçadas, pelo contrário, importa na necessidade de combinar o esforço para a adoção de mudanças positivas com a efetiva utilização dos mecanismos legais já disponíveis, maximizando as possibilidades que estes representam.

Aliás, vale ressaltar a vasta gama de propostas positivas para incremento do con-

trole, judicial e social, das políticas econômicas, das quais vale ressaltar as formuladas por Fernando Facury SCAFF, em breve, mas significativo ensaio, em que sugere a criação de agências reguladoras específicas para setores da economia, com possibilidade de participação popular, participação de professores universitários. Além disso, sugere, ainda, possíveis alterações na composição dos Tribunais de Contas, podendo-se pensar em inclusão de representantes da sociedade e na idéia de exercício de mandato ao invés de vitaliciedade no cargo, entre outras como a criação de ouvidorias e conselhos consultivos específicos (2000).

Demais disso, há a noção de orçamento vinculante, pelo que se tentaria reduzir as divergências entre o aprovado em lei e o executado, pela utilização de linguagem mais precisa nas leis orçamentárias e da idéia de obrigatoriedade na realização das despesas programadas, com uma margem de mobilidade de recursos dentro do estritamente necessário. Aperfeiçoar o controle *a posteriori* nos casos de Responsabilidade do Estado por medidas de política econômica também é um caminho sugerido para que, pela efetivação de um controle – social e, especialmente, judicial –, seja implementado neste país um modelo de desenvolvimento econômico com efetivo progresso financeiro e social, capaz de reduzir o grau de marginalidade e exclusão social. Nesse sentido, o instrumental jurídico não seria considerado como a mola mestra desse processo evolutivo, mas como um significativo instrumento de realização de ideais democráticos.

#### Bibliografia

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano, 34, n. 133, p. 89-98. jan/mar. 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o Juízo de constitucionalidade das políticas públicas. *Re-*

*vista dos Tribunais*, São Paulo, ano 86, v. 737, p. 11-22. mar. 1997.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1994.

\_\_\_\_\_. *A ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1991.

GARCIA, Márcia. Políticas públicas e atividade administrativa do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, RT, n. 15, [19- -?].

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Desconstitucionalização. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, RT, n. 15, [19- -?]

PETREI, Humberto. *Presupuesto y control: pautas de reforma para a América Latina*. Washinton: BID, 1997. p. 373-450.

PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o Direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.

SCAFF, Fernando Facury. Controle público e social da atividade econômica. In: *Presente e futuro das relações de trabalho*. FRANCO FILHO (Coord.), Georgenor de Sousa. São Paulo: LTR, 2000.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade do Estado Intervencionista*. São Paulo: Saraiva, 1990.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

VIANNA, Luiz Verneck, et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 15-70.

# Atuação do Poder Executivo no controle de constitucionalidade

Notas de uma interpretação sistemática do Direito Positivo brasileiro

Nadja Aparecida Silva de Araujo

## Sumário

Introdução. 1. Premissas necessárias. 2. Controle de constitucionalidade no Direito Positivo brasileiro. 2.1. Processo constitucionalizado. 2.2. Efeitos da inconstitucionalidade. 3. Processo administrativo. 3.1. Especificação. 3.1.1. Constitucionalização. 3.1.2. A questão da coisa julgada administrativa. 4. Processo administrativo tributário. 4.1. Processo administrativo tributário contencioso. 4.1.1. Competência do julgador. 5. O Poder Executivo e a norma (considerada) inconstitucional. 5.1. Afastamento de norma vigente pelo Poder Executivo. 5.2. Conseqüências da negação de eficácia à lei vigente pelo Executivo. 5.2.1. Intervenção federal em Estado-membro. 5.2.2. Responsabilização do agente público. 5.2.3. Direito processual. 6. Conclusão.

## Introdução

O Brasil vivencia uma era de desestima constitucional (HORTA, 1995, p. 105-116)<sup>1</sup>. Nos últimos tempos, a rotineira mudança da Lei Maior por emendas reflete, com precisão, o fenômeno que “se exterioriza na indiferença pelo destino da Constituição, tornando-a alvo freqüente das arremetidas do poder fático, desfazendo a Lei Suprema na ‘folha de papel’ a serviço dos interesses mutáveis dos fragmentos do poder” (HORTA, 1995, p. 110).

A Carta de 1988 foi substancialmente transformada para atender aos desígnios políticos da hora, contrariando a manifestação expressa do Poder Constituinte origi-

Nadja Aparecida Silva de Araújo é Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco com Especialização em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Alagoas. Procuradora do Estado de Alagoas e Presidente do Conselho Tributário Estadual.

nário. Se tais fenômenos podem ser tidos como fatos habituais da Política, da Sociologia ou da Economia, no âmbito jurídico, essas demonstrações explícitas da desestima constitucional são fatos atordoantes porque impactam com a efetividade (BARROSO, 2001, p. 279)<sup>2</sup> do dispositivo constitucional primitivo.

Não se pretende aqui a apologia da imutabilidade eterna do Texto Constitucional, até porque é presumível que a perene transformação social alcance, necessariamente, a interpretação da Norma Maior<sup>3</sup>. Contudo, é impossível negar-se a mudança substancial que adulterou a Carta de 1988. O exemplo de maior clareza se configurou na possibilidade de reeleição para os ocupantes da chefia do Poder Executivo, introduzida pela Emenda nº 16, de 4 de abril de 1997, confrontando um dispositivo originariamente inserido no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – art. 14, § 5º – *São ilegíveis para os mesmos cargos, no período subsequente, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído nos seis meses anteriores ao pleito*. A reeleição de muitos dos ocupantes do Poder Executivo, à época, somada à anuência da Corte Suprema e da comunidade a tal mudança comprovam o (aparente) desapego da Nação às escolhas anteriores. A partir do critério de Carl Schmitt (HORTA, 1995, p. 115-116)<sup>4</sup>, observa-se, em tal episódio, o fenômeno da mudança radical da Constituição brasileira.

Outro fato social – há muito já registrado – que pode ser tido como manifestação da desestima constitucional é a admissão popular ao desequilíbrio (na prática) entre as três funções do Estado, o que acentua a exorbitância de poderes para uma delas e, por isso, desfigura a República. Ora, tal ocorrência atinge diretamente um dos alicerces do constitucionalismo: a limitação do poder do Estado como garantia do indivíduo (MORAES, 2001, p. 33)<sup>5</sup>, que deve ser alcançada mediante a separação dos poderes e a declaração de direitos (BONAVIDES, 2001, p. 22).

Em sua origem, a separação de poderes fundamenta o controle recíproco com vistas à harmonia entre as três atividades estatais, pelo mecanismo dos freios e contrapesos para, com isso, garantir as liberdades do indivíduo (BERCOVICI, 1999, p. 36).

Mas, o controle judicial da atividade legiferante e administrativa, encontrado na maioria<sup>6</sup> dos Estados ocidentais modernos<sup>7</sup>, denuncia a inexistência de real equivalência entre as três funções estatais e, por isso, recebe censuras incisivas (MENDES, 1999, p. 316, 320)<sup>8</sup>. Para KELSEN (1990, p. 274), somente o “desenvolvimento histórico explica a posição privilegiada dos tribunais dentro do sistema político, a sua prerrogativa de controlar a legislação e a administração, a crença profundamente enraizada de que os direitos do indivíduo podem ser protegidos apenas pelo ramo judiciário do governo, o parecer – característico sobretudo do Direito inglês – de que o concurso de um tribunal, como autoridade independente do legislador, deve ser obtido antes que a expressão da vontade do segundo se torne uma regra de conduta. O chamado poder judiciário funciona como uma espécie de contrapeso do poder legislativo e executivo”.

Assim, adotado pelo direito o controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos, devem ser cotejadas com o sistema as formas dele discrepantes, a fim de estabelecer sua (in)validade. Isso porque a intercalação de fenômenos sociopolíticos no sistema jurídico implica, necessariamente, confrontá-los com parâmetros ignorados pelas outras ciências: o Direito Positivo, que, enquanto assim dispuser, neutraliza quaisquer efeitos de fatos ou atos confrontadores.

Interpretando dispositivos constitucionais – principalmente, os direitos e garantias fundamentais e o Estatuto do Contribuinte<sup>9</sup> –, um segmento da Doutrina<sup>10</sup> tem vislumbrado competência para o administrador exercer controle de constitucionalidade no âmbito do processo administrativo tributário, afastando a incidência de lei acu-

sada de inconstitucional, antes mesmo da respectiva manifestação jurisdicional. Com isso, propugnam uma ampliação do mecanismo dos freios e contrapesos, alargando a interferência recíproca das três funções estatais. A constitucionalização do princípio da ampla defesa no processo administrativo, de acordo com esse entendimento (CONRADO, [199-?], p. 162-167), possibilitaria o controle de constitucionalidade pelos agentes do Executivo, mesmo quando ausente a específica atribuição.

Apresenta-se, então, a (im)possibilidade da análise da questão constitucional no processo administrativo: entremostam-se proposições originais ou um meio de fraudar (IVO, 2002)<sup>11</sup> o Texto Constitucional? Aparece mais uma ocorrência da desestima constitucional ou salutar evolução da interpretação constitucional?

O campo de pesquisa relacionado à polêmica é vasto, cuja resposta completa é impossível de ser contida neste exíguo trabalho. Dessa forma, a partir de premissas fincadas na distinção entre o direito-objeto e o direito-ciência, observar-se-á a validade jurídica do exame da (in)constitucionalidade da lei tributária pelos agentes administrativos encarregados do controle de legalidade do lançamento tributário. Examinar-se-á o Texto Constitucional, como posto atualmente<sup>12</sup>, buscando-se uma interpretação sistemática ao inserir na discussão as disposições da Lei nº 9.868, de 10/11/1999, acerca dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Ademais, analisar-se-á a incidência de normas de direito processual civil sobre a questão.

### *1. Premissas necessárias*

Pretende-se, aqui, um confronto do problema com o Sistema do Direito Positivo brasileiro na atualidade. Para tanto, impõe-se fixar premissas que guiem a análise (IVO, [1999?], p. 187-192).

O mundo jurídico é constituído num universo de linguagem. São dois corpos de

linguagem. O direito positivo – o objeto – e a Ciência do Direito. A primeira linguagem prescreve como deve ser o procedimento humano, e não como ele efetivamente ocorre. Por sua vez, a segunda linguagem fala da primeira, emitindo enunciados descritivos.

Em outros sítios do conhecimento, a distinção entre a ciência e seu objeto de estudo é mais nítida, já que, comumente, tais objetos não se constituem em linguagem. Mas, mesmo diante desse aspecto em constituir-se o próprio objeto em linguagem, não é permitido ao estudante do Direito confundir e misturar os dois planos lingüísticos: deve distinguir-se entre enunciado (formulação, disposição) da norma e norma. A formulação da norma é qualquer enunciado que faz parte de um texto normativo (de uma fonte de Direito). Norma é o sentido ou significado adscrito a qualquer disposição. Disposição é parte de um texto ainda a interpretar; norma é a parte de um texto interpretado.

No que respeita à interpretação dos enunciados constitucionais – objeto desta análise porque dispõem sobre o controle de constitucionalidade de normas de inferior hierarquia –, os princípios da proporcionalidade e o da unidade da Constituição são guias imprescindíveis já que necessário propiciar efetividade a todos eles, mesmo quando estejam em (aparente) confronto.

Tendo as distinções apresentadas como marco fundamental, focalizar-se-á o atual Enunciado Constitucional, dele extraindo nossa resposta às seguintes questões:

1. Alterando a clássica separação dos poderes, na qual o controle de constitucionalidade das normas é atribuído ao Judiciário, as regras atuais do controle de constitucionalidade conferem aos agentes do Poder Executivo a competência para fazê-lo no julgamento dos processos administrativos?

2. O Sistema Jurídico admite regra de exceção implícita?

3. Um ato governamental que determine aos administradores a recusa de aplicação à lei vigente e eficaz é tido como elemento do Sistema do Direito Positivo?

Essas proposições são estranhas ao discurso daqueles que vislumbram a competência para os agentes do Poder Executivo decidirem sobre inconstitucionalidade de norma antes da manifestação judicial.

Observa-se que, na vigência da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal – intérprete autorizado e, por isso, construtor<sup>13</sup> da norma constitucional – não tratou especificamente do problema, mencionado o rapidamente no julgamento da ADIn nº 221-0-DF<sup>14</sup>:

“... Em nosso sistema jurídico, não se admite declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo com força de lei por lei ou ato normativo com força de lei posteriores. O controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos é da competência exclusiva do Poder Judiciário. Os Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia – e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade – podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais”.

No Superior Tribunal de Justiça – padrão respeitado de jurisprudência – são encontradas decisões discrepantes. A 1ª Turma decidiu em 1993, no julgamento do Recurso Especial 23.121-GO: “Lei inconstitucional – Poder Executivo – Negativa de eficácia. O Poder Executivo deve negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional”. Já a 2ª Turma, em 1998, por meio do Recurso Especial 184.884-SP, declarou: “... O crédito resultante de pagamento realizado à base de lei inconstitucional só pode ser compensado através de sentença judicial, porque à Administração não compete o controle da constitucionalidade das leis (REsp. 86.032-MG)”. Até o momento, não há um entendimento uniforme. No primeiro caso, o processo está no Supremo Tribunal Fe-

deral com o Recurso Extraordinário nº 233.960-7, distribuído em 18/08/1998, aguardando julgamento. No segundo processo, a decisão transitou em julgado.

Assim sendo, apresentam-se argumentos que devem integrar a avaliação técnico-jurídica do problema.

## 2. *Controle de constitucionalidade no Direito Positivo brasileiro*

### 2.1. *Processo constitucionalizado*

A Carta Magna apresenta as regras para o controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, estabelecendo as competências específicas para cada um dos Órgãos de Poder do Estado, bem como permitindo às partes litigantes argüirem a efetividade da norma constitucional em processo judicial (arts. 5º, XXXV, e 97).

O Legislativo exerce o controle prévio (FERRAZ, 1999, p. 289-290) dos projetos de lei, emendas constitucionais e atos normativos, por intermédio de Comissões de Constituição e Justiça criadas em cada uma de suas Casas. Tal atribuição é vista, também, na rejeição ao veto presidencial em projeto de lei já votado (mas não promulgado ainda) ou pelo exame anterior à promulgação do projeto de lei delegada (elaborado pelo Executivo). Ademais, há a legitimação para o controle de constitucionalidade posterior à vigência da norma, pela possibilidade de sustação de atos do Presidente da República (art. 49, V) e pela legitimação para propositura do controle concentrado perante a Corte Suprema (art. 103, II, III, IV).

Ao Executivo é atribuída a competência para o controle prévio por meio do veto (por inconstitucionalidade) a projeto de lei já apreciado pelo Legislativo (art. 66, § 1º). Já o controle sucessivo é exercido pela legitimação processual para o controle concentrado (art. 103, I, V).

O Ordenamento Jurídico, como posto, estabelece a competência exclusiva ao Poder Judiciário para decisão no controle de

constitucionalidade posterior à vigência do ato normativo impugnado.

O juiz, à vista do caso em que é argüida a inconstitucionalidade de uma norma, deve decidir a questão como prejudicial do mérito da causa, negando eficácia à lei que reputa inconstitucional. Nessa circunstância, o reconhecimento do vício maior só afeta aos respectivos litigantes, já que tal decisão carece de eficácia geral em virtude dos limites subjetivos da coisa julgada<sup>15</sup> e porque a sentença judicial não tem o condão de revogar lei.

A norma que seja inconstitucional deve ser expulsa do sistema por outra de igual feição<sup>16</sup>. Observe-se que a suspensão da eficácia pelo Senado Federal<sup>17</sup> de norma declarada inconstitucional em controle difuso não a retira do sistema; para tanto, a harmonia entre os elementos sistemáticos exige ato da autoridade que a promulgou<sup>18</sup> – lei revogadora – em conformidade com a Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2<sup>o</sup><sup>19</sup>.

Atentando para o art. 102, *caput*, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal é o órgão investido de jurisdição de controle para deter a ilegitimidade constitucional e conferir prevalência à Constituição, tendo a competência para a produção da norma invalidante (cf IVO, 1998, p. 169)<sup>20</sup> no controle concentrado, em que o exame abstrato e amplo da norma infraconstitucional permite sua invalidação com efeitos *erga omnes*.

É decorrência lógica da supremacia das normas constitucionais no sistema do direito positivo que a regulação do processo de controle da constitucionalidade das normas infraconstitucionais deve ser positivada na própria Constituição, já que de outra forma (incongruente) admitir-se-ia que a garantia de eficácia das normas constitucionais teria fundamento de validade em norma de hierarquia inferior que dispusesse de outro modo. Assim, o regramento estabelecido na Constituição Federal para garantir a eficácia de seus dispositivos impõe a conclusão de que quaisquer formas discrepantes dessa previsão não integram o sistema jurídico.

## 2.2. Efeitos da inconstitucionalidade

No entendimento clássico, a inconstitucionalidade fulminava a norma viciada desde sua origem: lei inconstitucional era lei nula, sem efeitos. O reconhecimento do vício tinha eficácia *ex tunc*.

O Direito Positivo nacional, a partir da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, permite ao Intérprete Autorizado da Constituição (STF) estabelecer efeitos variados para a inconstitucionalidade de uma dada norma. Assim, a inconstitucionalidade pode provocar a nulidade (efeitos *ex tunc*), a anulabilidade (efeitos *ex nunc*), a anulação a partir de um momento específico<sup>21</sup>. Ademais, na interpretação conforme à Constituição e na declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, o enunciado não é atingido – assim o é porque “a norma jurídica é o resultado de sua interpretação”, conforme VELOSO (2000, p. 169).

As inovações no controle de constitucionalidade brasileiro foram anteriormente observadas em outras ordens jurídicas (MENDES, 1990, p. 273-275). As conclusões adotadas pelo legislador pátrio são decorrentes de percucientes análises do tema, a partir da concretização da hipótese normatizada. O sistema recepciona a norma inconstitucional não só com escopo de evitar que o seu destinatário a desobedeça, alegando vício formal ou material, como também para manter a sua unidade e coerência lógica, ante a impossibilidade de emprego imediato daqueles mecanismos de controle para sanar essa irregularidade (DINIZ, 2001, p. 152-154).

Portanto, a norma inconstitucional não é, necessariamente, ineficaz. Desencadeado o controle de constitucionalidade, o Judiciário determina a eficácia da norma que seja invalidada. No controle concentrado, a Corte Suprema explicita os efeitos da invalidação. E no controle difuso, mesmo após a definitiva decisão de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, no que respeita ao Sistema de Direito Positivo, enquan-

to a norma não for revogada por outra norma de seu respectivo prolator, ela permanece vigente e eficaz, podendo ser invocada por terceiros não alcançados pela coisa julgada.

### 3. Processo administrativo

#### 3.1. Especificação

O processo administrativo era alvo de investigação doutrinária com vistas a encerrar a discussão existente acerca de sua natureza: é processo ou procedimento?

Atualmente, não há dissensão de relevo quanto à amplitude do processo. O Legislativo tem por função editar leis e essa função normativa legiferante obedece a um *processus* específico, que vai desde o projeto de lei até a publicação e a sanção. O Poder Judiciário tem por função dizer o direito e o processo (civil, penal, trabalhista) é o meio de se realizar de maneira ordenada e dentro de certo limite de tempo a função jurisdicional. O Executivo ficou encarregado de aplicar a lei e, para tanto, também obedece a um rito ordenado.

Assim, o processo administrativo é, em realidade, um *modus procedendi* específico da Administração Pública, avultando o processo ou procedimento fiscal como um rito relacionado com a determinação e a exigência dos créditos tributários ou com a consulta sobre a aplicação da legislação tributária (CABRAL, 1993, p. 24).

#### 3.1.1. Constitucionalização

É inegável o novo *status* atribuído ao processo administrativo pela Constituição de 1988, à vista do art. 5º, LV – *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*. Conforme BALERA (p. 63-64), “o Texto Máximo utiliza-se do preceito que veicula a diretriz do contraditório e da ampla defesa para elevar à dignidade constitucional a figura jurídica do processo administrativo”. Mas, tal dispositivo igualaria o processo administrativo ao processo judicial?

Destaque-se a ausência de elementos fundamentais à pretendida equiparação. “Basta lembrar, como um dos mais expressivos elementos diferenciadores entre processo civil e procedimento administrativo, que não existe processo sem um juiz investido (jurisdição), e indo-se mais além, mesmo o processo instaurado perante juiz investido não terá validade, sem o pressuposto basilar da imparcialidade” (ALVIM, 1994, p. 11).

No processo judicial, o juiz é parte isenta sem qualquer relação com os litigantes, e no processo administrativo a autoridade julgadora é também parte. Não pode ser ignorado que, na atividade jurisdicional, o Estado substitui<sup>22</sup> a atividade do litigante: “como o Estado não permite ao particular fazer justiça por suas próprias mãos, deve este recorrer ao Poder Público para realizar seu direito” (BARBI, 1993, p. 10).

Um item crucial à distinção entre os dois processos concerne à jurisdição una, tradição do Ordenamento Jurídico brasileiro, consagrada na Carta Magna, art. 5º, XXXV – *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. De tal postulado decorrem a inafastabilidade do acesso à jurisdição e a coisa julgada. Por isso, a Administração Pública está sujeita ao crivo jurisdicional como qualquer outro sujeito de direitos e deveres. Não há exceção: mesmo as decisões dos Tribunais de Contas – órgãos especiais de controle externo da Administração Pública, cujas competências estão assentadas na Constituição<sup>23</sup> – podem ser subjugadas pelo Poder Judiciário.

Apresentadas as distinções entre o processo administrativo e o judicial, conclui-se que o enunciado constitucional do art. 5º, LV, não trouxe a equiparação entre os dois institutos. Tal dispositivo deve ser encarado como mais uma garantia aos direitos fundamentais do indivíduo, na medida em que a ampla defesa e o contraditório no processo administrativo propiciam o conhecimento pelo administrado dos moldes legais para a decisão administrativa, possibilitando o

amplo controle jurisdicional da atividade pública (cf. DANTAS, 2001)<sup>24</sup>.

### 3.1.2. A questão da coisa julgada administrativa

É conhecida a prerrogativa da Administração Pública de “anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”<sup>25</sup>.

Em face da autotutela da Administração Pública, há quem reclame a *coisa julgada administrativa*<sup>26</sup> para atender à segurança jurídica das relações do Ente Público com o particular. Nesse sentido, exarada a decisão de última instância, a Administração deveria respeitá-la, até mesmo quando eivada de vícios, em nome da segurança jurídica e da inércia do Poder por lapso temporal considerável<sup>27</sup>.

Entende-se que, mesmo sem validar a *coisa julgada administrativa*, o Direito Positivo propicia a requerida segurança jurídica pela delimitação do prazo para a Administração Pública exercer a revisão do ato inquinado, como disposto nas normas que regulam o processo administrativo.

No âmbito federal, dispõe a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 54:

*O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. § 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento. § 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.*

Nos mesmos moldes, a Lei Alagoana nº 6.161, de 27 de junho de 2000, art. 54. E no Estado de São Paulo, a decadência para a revisão se configura após dez anos, conta-

dos da produção do ato – Lei Estadual nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998, art. 10<sup>28</sup>.

Dessa forma, o reclamo para configuração da *coisa julgada administrativa* parece ignorar esses dispositivos normativos que atentam para a segurança jurídica reivindicada, ao imprimir, após o decurso de tempo estabelecido, a definitividade na decisão administrativa.

A decisão final do processo administrativo não se reveste dos efeitos inerentes à coisa julgada porque dela inafastável o controle judicial. O Sistema Normativo brasileiro não valida a figura da *coisa julgada administrativa* porque mesmo a auto-executoriedade e o exercício da autotutela sobre seus atos – poderes inerentes à Administração Pública – não estão livres do controle jurisdicional.

## 4. Processo administrativo tributário

No âmbito da Administração Pública, ganha destaque o processo administrativo tributário, precipuamente, porque, estando diretamente relacionado com o poder de tributar, deve atentar para os princípios constitucionais (arts. 150 a 152) que norteiam essa atividade.

O processo administrativo tributário é visto em modalidades distintas que são a consulta sobre aplicação da legislação tributária e o processo atinente à exigência do crédito tributário.

Na consulta, sendo o processo iniciado pelo contribuinte, pressupõe-se não haver litígio. O contribuinte formula questões para esclarecer dúvidas que tenha quanto à correta aplicação da legislação tributária que indica. A Administração Fazendária, ao solucionar a consulta, apresenta o parâmetro para sua atividade e para o contribuinte consulente. É usual não caber recurso ou pedido de reconsideração da resposta à consulta. Contudo, é possível, a qualquer tempo, a revisão da resposta com apresentação de outro entendimento, a ser aplicado daí em diante.

Na exigência de crédito tributário, o processo administrativo tem por objetivo analisar todos os elementos do lançamento já efetuado para conferir-lhe a legalidade exigida constitucionalmente (art. 150, I). Sendo intrinsecamente contencioso, aparece como o processo administrativo-tributário característico.

#### *4.1. Processo administrativo-tributário contencioso*

O lançamento de tributos é constituído pela Administração Fazendária em procedimento que permite a intervenção do sujeito passivo da relação tributária. Em atenção ao Princípio da Legalidade, especificamente positivado, o contribuinte tem a garantia constitucional dos arts. 5º, II, LIV, e 150, I<sup>29</sup>, e a Administração Fazendária é conformada pelos arts. 23, I e 37, *caput*<sup>30</sup>.

A peça inaugural do procedimento – em geral, denominada auto de infração – é resultante de atividade administrativa regular, estabelecida em lei complementar<sup>31</sup>. O contencioso é instaurado a partir da intervenção do contribuinte (normalmente) impugnando a autuação efetuada e propiciando o desenrolar do feito para a decisão acerca da (im)procedência da imposição tributária.

O julgador aprecia os fundamentos normativos do lançamento efetuado, exercendo o poder-dever de autotutela da legalidade que lhe é imposto pelo Ordenamento Jurídico. O direito de revisar o lançamento é tratado em lei complementar, por força da Constituição Federal, art. 146, III, b. E o Código Tributário Nacional prevê os prazos para a Administração Fazendária constituir e cobrar seus créditos (arts. 173 e 174), já tratando da hipótese de um primeiro lançamento irregular (art. 173, II), bem como, o lapso temporal para o contribuinte reclamar a restituição do indébito (art. 168).

Tal como ocorre no processo judicial, a decisão de primeira instância é prolatada por um único agente público, enquanto a decisão de segunda instância é exarada por

um colegiado. Observando-se a estrutura orgânica da União Federal e dos Estados brasileiros, constata-se que os julgadores no processo administrativo tributário – principalmente os que formam a primeira instância – são funcionários integrantes dos quadros da fiscalização fazendária que, momentaneamente, exercem a função julgadora com exclusividade. A exceção conhecida aparece no Estado de Pernambuco, onde foi criada a carreira de Julgador Tributário do Estado, afastando os agentes da fiscalização da decisão do processo administrativo tributário<sup>32</sup>.

Dessa forma, os julgadores do processo administrativo-tributário analisam as autuações efetuadas por seus pares mesmo na segunda instância, já que os Tribunais de Tributos são formados a partir da representação paritária entre os delegados da Fazenda e os representantes dos contribuintes. A partir dessa característica, confirma-se a distinção entre esse agente público e o integrante do Judiciário, o qual, verificada sua participação nas circunstâncias fáticas examinadas na lide em julgamento, dele é afastado por lhe faltar a irrenunciável imparcialidade<sup>33</sup>.

Outrossim, deve ser registrado que, mesmo tendo natureza especial – precipuamente, por ter em seus quadros representantes dos contribuintes (sujeitos alheios ao serviço público, portanto) –, não existe, no Brasil, Tribunal Administrativo como entidade autônoma ou exterior à esfera administrativa. Mesmo em Pernambuco, o Tribunal Administrativo Tributário está inserido na estrutura administrativa de sua Secretaria da Fazenda<sup>34</sup>. Também na União Federal, os Conselhos de Contribuintes integram a estrutura do Ministério da Fazenda, nos termos do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, art. 25, II, e Lei nº 8.748, de 9 de dezembro de 1993.

Assim, na atualidade, o Direito Positivo que rege a Administração Pública, necessariamente, incide sobre os julgadores administrativos.

#### 4.1.1. Competência do julgador

Estando integrada à Administração Pública, a autoridade julgadora do processo administrativo tributário só pode agir quando expressamente autorizada por lei, que estabelece sua competência para tanto e delimita-lhe o âmbito de ação<sup>35</sup>, seja o julgador singular de primeira instância, sejam os integrantes da segunda instância configurada nas Cortes Administrativas, normalmente denominadas Conselho Tributário Estadual<sup>36</sup> ou Tribunal Administrativo de Tributos<sup>37</sup>.

E, partindo-se dessa premissa, vislumbra-se o ponto nodal da questão: a competência estabelecida para o julgador do processo administrativo tributário possibilita a declaração de inconstitucionalidade (ou o afastamento) de norma atinente ao caso, antes da decisão judicial?

Repita-se: a atribuição para o agente público decorre de norma expressa<sup>38</sup>. Considerando que o controle de constitucionalidade no processo administrativo seria exceção às regras constitucionais sobre o tema, sua validade jurídica exigiria norma que especificasse tal atribuição, já que o sistema não valida exceção de competência por meio de norma implícita. Bem ensina Celso Antonio Bandeira de MELLO (1998, p. 87-88) que “o *plus* no uso da competência, seja em extensão, seja em intensidade, acaso ocorrido significará, em última instância, um *extravasamento* dela, um desbordamento, uma ultrapassagem de seus limites naturais, ensejando fulminação tanto pela autoridade administrativa superior, de ofício ou sob provocação, quanto pelo Judiciário, a instâncias da parte titulada para insurgir-se”.

Assim, não sendo vislumbrada uma norma (constitucional) explícita para tanto, conclui-se não ter o julgador administrativo competência para um controle de constitucionalidade anterior ao pronunciamento judicial.

“O Executivo não pode descumprir lei inconstitucional, e não pode

fazê-lo porque o Executivo não tem poder jurídico de expulsar norma do sistema. Ele pode expelir atos administrativos do sistema, mas não pode expelir leis. O senhor de introdução de uma lei no sistema é o Poder Legislativo. O senhor da retirada dessa lei do sistema, por inválida, por inconstitucional, é o Poder Judiciário. O direito positivo estabelece os mecanismos e sistemas pelos quais uma norma perde a sua força jurídica, não conferindo ao Executivo esta função do Poder Judiciário” (MELLO, p. 12-18).

Quem, ao contrário, vislumbra tal competência para o administrador fundamenta sua proposição com o arrazoado de que a constitucionalização da garantia de ampla defesa e contraditório no processo administrativo teria, implicitamente, conferido a competência para o amplo exame das questões apresentadas no processo, o que, em consequência, incluiria o exame e a decisão acerca da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo incidente<sup>39</sup>.

Contudo, garantir ampla defesa não implica instituir competência plena para todas as questões da causa. Mesmo no processo judicial, a competência do juiz não é, necessariamente, ampla e irrestrita para conhecer todos os elementos da lide em tela. Nelson Nery (1997:381) deslinda a questão, afirmando que

“a lei fixa critérios que distribuem entre os diversos órgãos do Estado a órbita do poder jurisdicional de seus agentes, conferindo competência ao órgão estatal incumbido de exercer a jurisdição, nos exatos limites que traça.... De sorte que se a natureza da causa a ser decidida versar sobre temas relativos a direito eleitoral, trabalhista e militar, devem ser processadas e julgadas, respectivamente, pela justiça eleitoral (CF, 118 e ss), trabalhista (CF 111 e ss) ou militar (CF, 122 e ss), denominadas justiças especiais. Se a causa não versar sobre esses temas,

deverá ser julgada pela justiça comum, estadual ou federal”.

O Direito Positivo não permite a um sujeito buscar tutela jurisdicional para, por exemplo, uma lide de natureza trabalhista perante um juiz investido da jurisdição cível comum, e nem por isso daí decorre a restrição do direito ao contraditório e ampla defesa de tal indivíduo. Ao contrário, o sistema admite o indeferimento de plano da petição inicial do autor que escolhe procedimento incompatível com a natureza da causa<sup>40</sup>. O contraditório deve ser observado em consonância com as peculiaridades do processo sobre o qual esteja sendo aplicado, alcançando diferente incidência no penal e no civil, bem como no processo administrativo (NERY JÚNIOR, 2001, p. 132).

Dessa forma, a ausência de competência para o administrador exercer controle de constitucionalidade não implica cerceamento de defesa no processo administrativo, mas tão-somente conforma tal função julgadora aos limites legais do sistema, no qual não se vislumbra norma que valide essa pretendida atribuição.

Deve ser destacado que a legislação, por vezes, impede a discussão porque veda, expressamente, a análise da questão constitucional pelo agente administrativo. É o direito positivado, por exemplo, em Alagoas (Lei Estadual nº 4.418, de 27 de dezembro de 1982, art. 125. *Não se inclui na competência dos órgãos julgadores: I – a declaração de inconstitucionalidade;*), Pernambuco (Lei Estadual nº 10.654, de 27 de novembro de 1991, art. 4º, § 10. *A autoridade julgadora não poderá apreciar a ilegalidade ou a inconstitucionalidade de qualquer ato normativo.*), Sergipe (Decreto Estadual nº 15.072/1994, art. 4º. *As decisões administrativas são incompetentes para: I – declarar a inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei, decreto, portaria, instrução normativa, ou qualquer outro ato normativo;*) e Bahia (Decreto nº 7.629, de 9 de julho 1999, art. 167. *Não se incluem na competência dos órgãos julgadores: I – a declaração de inconstitucionalidade;*).

Assim, na prática cotidiana da Administração Fazendária, o controle de constitucionalidade só pode ser feito se e como a legislação o expressar. Nesse sentido, avulta o regramento para o tema no âmbito federal, na Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996:

*Seção X – Dispositivo Declarado Inconstitucional. Art. 77. Fica o Poder Executivo autorizado a disciplinar as hipóteses em que a administração tributária federal, relativamente aos créditos tributários baseados em dispositivo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, possa: I – abster-se de constituir-los; II – retificar o seu valor ou declará-los extintos, de ofício, quando houverem sido constituídos anteriormente, ainda que inscritos em dívida ativa; III – formular desistência de ações de execução fiscal já ajuizadas, bem como deixar de interpor recursos de decisões judiciais.*

Os agentes da Administração Tributária Federal só têm competência para afastar a incidência de norma tributária após a específica decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal acerca de sua inconstitucionalidade.

### *5. O Poder Executivo e a norma (considerada) inconstitucional*

O Direito, como sistema, regula o modo de produção e de eliminação de seus elementos (normas) e uma norma deve ser expurgada do sistema por norma invalidante que, para tanto, tem que ser válida. A partir de tal parâmetro, investiga-se a validade do ato do Poder Executivo que imponha ineficácia à lei tida por ele inconstitucional, antes de manifestação judicial sobre o caso.

#### *5.1. Afastamento de norma vigente pelo Poder Executivo*

Na Ordem Jurídica anterior, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade de decreto do Chefe do Poder Executivo que determinava aos órgãos a ele subordinados que se abstivessem de executar lei tida por inconstitucional<sup>41</sup>. E tal decisão

tem sido esteio para quem (e. g. BARROSO, 1990, p. 395-396) supõe a competência do administrador para afastar norma que considera inconstitucional.

Contudo, diante do Direito Positivo hodierno, tal ato normativo não encontra respaldo porque um decreto não subsiste como autônomo: “só a lei *inova* em caráter inicial na ordem jurídica” (MELLO, 1998, p. 200). Ou seja, considerando a hierarquia entre as normas no Sistema do Direito Positivo, é de concluir-se não haver fundamento de validade para um decreto que imponha ineficácia a lei vigente<sup>42</sup>. Se norma vem de norma, se o ordenamento jurídico é um conjunto harmônico de normas e se uma norma só pertence ao sistema quando pode ser conduzida à norma fundamental (IVO, 1998, p. 165), tal decreto apresentar-se-ia<sup>43</sup> inválido porque sem substrato, já que ausente no sistema, norma que permita o controle de constitucionalidade pelo Executivo de tal forma divergente da Constituição Federal, arts. 66, § 1º, e 103, I, V.

Admita-se que uma norma invalidante possa ser veiculada por meio de medida provisória. Assim, haveria o alicerce jurídico para o Presidente da República<sup>44</sup> editar medida provisória revogando um ato normativo (lei ou outra medida provisória) que reputasse inconstitucional. Contudo, a pretensão revogadora do Executivo não subsistiria por si só, dependendo da chancela do Poder Legislativo, que, a seu critério, poderia ou não converter em lei tal medida provisória. Ao fim, a norma tida por inconstitucional seria revogada pela lei de conversão e não pelo ato do Executivo, estando inserida, portanto, na regra geral: revogação da norma por norma posterior de igual hierarquia. Ademais, por expressa vedação constitucional, tal medida provisória não poderia tratar de matéria submetida à lei complementar<sup>45</sup>, o que, de pronto, retira o fundamento de validade de uma suposta medida provisória que pretendesse revogar lei tributária<sup>46</sup>. De qualquer forma, insta lembrar que a Corte Suprema já negou tal

competência para o Chefe do Poder Executivo, no julgamento da mencionada ADIn nº 221.

## 5.2. *Consequências da negação de eficácia à lei vigente pelo Executivo*

### 5.2.1. *Intervenção federal em Estado-membro*

O Texto Constitucional<sup>47</sup> estabelece como causa de intervenção federal nos Estados-membros, o provimento para execução de lei federal.

“Intervenção é antítese da autonomia. Por ela afasta-se momentaneamente a atuação autônoma do Estado, Distrito Federal ou Município que a tenha sofrido. Uma vez que a Constituição assegura a essas entidades a autonomia como princípio básico da forma de Estado adotada, decorre daí que a intervenção é medida excepcional, e só há de ocorrer nos casos nela taxativamente estabelecidos e indicados como exceção ao *princípio da não intervenção*” (SILVA, 2001, p. 487).

Ou seja: o direito positivo admite o provimento à representação interventiva contra o Estado-membro no qual seja negada eficácia à lei vigente editada pelo Congresso Nacional.

Relembrando-se que a competência para legislar sobre direito tributário é concorrente, cabe à União a edição de normas gerais<sup>48</sup>.

Apresentemos, então, uma hipótese inserida nesse contexto normativo.

A Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996 – norma geral sobre ICMS, positivada pelo Congresso Nacional, com vigor<sup>49</sup> em todo território nacional –, em seu art. 3º determinou a não-incidência do tributo estadual sobre a exportação de produtos semi-elaborados, o que, para alguns, confrontaria a exceção do Enunciado Constitucional, art. 155, § 2º, X, a. Assim, admitamos que um Governador, alegando a inconstitucionalidade dessa Lei Complementar<sup>50</sup> – por afronta ao art. 151, III<sup>51</sup> –, determinasse o afastamento do dispositivo na análise

de processo administrativo tributário por meio de decreto, portaria, resolução (etc.). Partindo da argumentação comum aos que defendem tal possibilidade (e. g. BINENBOJM, 2001, p. 220), o julgador administrativo – atentando para o ato normativo governamental – negaria a não-incidência promovida pelo art. 3º e cobraria o tributo, aplicando a lei estadual que determinava a cobrança de ICMS sobre a exportação de produto semi-elaborado (situação jurídica presente em todos os Estados-membros antes da vigência da referida Lei Complementar).

Diante de tal quadro, o Procurador-Geral da República estaria autorizado a propor a representação interventiva para execução da mencionada Lei Complementar em face de tal Estado e o Superior Tribunal de Justiça teria fundamentos para deferir o pedido interventivo (Constituição Federal, art. 36, IV).

Se a intervenção – exceção à autonomia dos Estados-membros – é sanção pela não-execução da lei, a interpretação sistemática leva à conclusão de ser juridicamente inválida a possibilidade de o Executivo negar cumprimento à lei antes de decisão judicial. Daí concluir-se pela rejeição do sistema ao ato do Executivo que negue eficácia à lei federal.

### 5.2.2. Responsabilização do agente público

Questiona-se, também, a conclusão emitida pelos defensores do controle de constitucionalidade no processo administrativo de que a posterior declaração jurisdicional da constitucionalidade da norma afastada implicaria a responsabilidade do agente público que o determinara – principalmente o Chefe do Executivo que o tenha manifestado por meio de ato específico<sup>52</sup>.

Ora, responsabilização é imputada a quem praticou ilícito (político, administrativo, civil, penal): se o ato que afastou a norma é permitido a tal agente público, não há fundamento para essa posterior responsabilidade. Ou o agente público é competente para o controle de constitucionalidade (antes da respectiva decisão judicial) e pratica

um ato lícito, não incorrendo em qualquer sanção, ou ele é incompetente e, por isso, posteriormente é responsabilizado pelo Judiciário (ou politicamente).

Outrossim, não pode ser ignorado que a não-aplicabilidade da lei tributária, provavelmente, implicará desconstituição do crédito tributário em exame pelo julgador administrativo. E tal ato, em confronto com a Lei de Responsabilidade Fiscal – arts. 11 e 14<sup>53</sup>, pode ser caracterizado como atentado à responsabilidade na gestão fiscal, na medida em que, sem decisão específica do Judiciário, o agente do Poder Executivo nega eficácia à lei que autorizou a cobrança do tributo na espécie.

### 5.2.3. Direito processual

Estabelecida a invalidez de decisão administrativa que, alegando exercer o controle de constitucionalidade, nega vigência à lei (ou ato normativo) antes de decisão judicial acerca da matéria, examinemos em tal contexto a incidência de normas do processo civil em face da eficácia desse ato administrativo.

Um contribuinte atuado apresenta impugnação ao auto de infração alegando inconstitucionalidade da exação. Dessa forma, a aceitação de tal argumento levará à improcedência do auto de infração, sendo, por isso, desconstituído o crédito tributário. Nessa hipótese, não há qualquer interesse ou utilidade<sup>54</sup> para o contribuinte ir ao Judiciário confirmar tal decisão, já que não lhe foi cobrado o tributo exigido pela lei afastada: faltar-lhe-ia uma das condições da ação – interesse processual –, o que, de qualquer forma, impediria o julgamento de mérito<sup>55</sup>.

Se outro agente administrativo (o Secretário da Fazenda, um Corregedor Fazendário, um Procurador da Fazenda etc.), entendendo que tal decisão é inválida, posteriormente, for buscar sua anulação pelo Judiciário, será possível vislumbrar a legitimidade processual do Ente Público que, outrora, decidira pela inconstitucionalidade da norma e, por isso, anulara o crédito tributário?

O Estado, por sua Procuradoria, pretende a declaração de nulidade ou a anulação, pelo Judiciário, de ato do julgador administrativo – funcionário ou órgão de sua Secretaria da Fazenda. Haveria legitimidade processual, já que o Procurador e o julgador são agentes dessa mesma pessoa jurídica requerente?

O problema deve ser examinado a partir de premissas distintas.

Se, nos termos da norma de regência do processo administrativo, a decadência não fulminou o direito de revisão do ato administrativo, ele pode (deve!) ser revisto e saneado pela autoridade administrativa competente para tanto, já que a incompetência do agente administrativo para declaração de inconstitucionalidade vicia a decisão do processo administrativo tributário. Nesse caso, a provocação do Poder Judiciário implica a renúncia ao exercício da autotutela pelos agentes administrativos, bem como a falta de interesse processual para a demanda, já que a decisão judicial não seria imprescindível à anulação do ato viciado, como já consagrado em Súmulas do Supremo Tribunal Federal<sup>56</sup>.

Mas, supondo que esteja configurada a decadência para o exercício da autotutela, o Estado precisaria recorrer ao Judiciário para anular o ato administrativo praticado por seu agente. Em tal circunstância, considerando que a Processualística acerca da legitimidade das partes indica que “para chegar-se a ela, de um ponto de vista amplo e geral, não há um critério único, sendo necessário pesquisá-la diante da situação concreta em que se achar a parte em face da lide e do direito positivo”<sup>57</sup>, impõe-se distinguir duas possibilidades.

Se o Estado ajuíza ação anulatória de ato administrativo apontando como réu o seu agente ou o representante do órgão administrativo julgador, a ilegitimidade passiva estaria caracterizada já que tal sujeito, na qualidade de agente público, não tem personalidade jurídica própria, agindo sempre em manifestação do próprio Estado, não respondendo individualmente (exceto quando

comprovado o dolo). Em tal situação, o processo seria extinto sem julgamento do mérito pelo indeferimento da petição inicial ou pela carência de ação<sup>58</sup> em decorrência da ilegitimidade passiva do agente público indicado, como visto, por exemplo, na decisão do Tribunal Regional Federal Quinta Região (Apelação Cível 3100. Processo: 8905030394. UF: PE. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data da decisão: 12/12/1989. Documento: TRF500008176. Fonte DOE 05/04/1990. Relator(a) Juiz José Delgado): “o Ente Público é quem deve figurar no pólo passivo das demandas que visam desconstituir atos praticados por seus agentes, já que, não sendo eles titulares do patrimônio público, não podem ser tidos como sujeitos processuais nas causas relativas aos atos administrativos por eles praticados”.

De outra forma, o Estado poderia acionar o Judiciário em face do contribuinte beneficiado, pleiteando a anulação ou declaração de nulidade do ato administrativo viciado pela incompetência do julgador administrativo que declarou a inconstitucionalidade da norma que fundamentava a exação. Em sua contestação, o contribuinte certamente indicaria a discrepância de atitudes dos agentes públicos envolvidos na circunstância, todos manifestando a “vontade” de um único ente: o não-recolhimento do tributo resultante da manifestação do julgador administrativo que desconstituíra o crédito tributário e a demanda judicial, como manifestação posterior de outro agente da mesma pessoa jurídica.

Se, por um lado, a incompetência vicia o ato do julgador administrativo e, por isso, caracteriza-se o interesse processual do Estado, por outro ângulo, a admissão da legitimidade processual ativa do Ente Público, em tal hipótese, confronta o entendimento acerca dos órgãos estatais serem “simples partições internas da pessoa cuja intimidade estrutural integram, não tendo personalidade jurídica própria” (MELLO, 1998, p. 85). Em tal circunstância, um grupo respeitável de doutrinadores<sup>59</sup> apontam a ilegiti-

midade ativa do Ente Público. É certo, contudo, não haver ainda um consenso<sup>60</sup> acerca da matéria.

Mas, não pode ser ignorada a regra básica de que a nulidade não produz efeitos, não podendo o contribuinte ser desobrigado da exação em decorrência de declaração de inconstitucionalidade da norma tributária por agente incompetente para tanto. Por isso, estando configurada a decadência do direito de revisão do ato administrativo pela própria Administração, admitir-se-ia a legitimação do Ente Público para pleitear ao Judiciário a declaração de nulidade da decisão proferida por agente incompetente, desde que seja ainda permitida a constituição<sup>61</sup> do crédito tributário outrora desconstituído, já que, em caso contrário, inútil seria o provimento jurisdicional.

## 6. Conclusão

No panorama normativo atual, entende-se haver melhor conformação sistemática na conclusão da inexistência de atribuição para o administrador exercer o controle de constitucionalidade (posterior à vigência da norma) no processo administrativo tributário, já que o Poder Executivo tem as prerrogativas do veto e da legitimação processual para o controle concentrado e, exercitandossas, atenta para seu dever constitucional de guardar a Constituição.

Conforme PALU (2001, p. 159),

“a inconstitucionalidade é um vício do *plano da validade* (relação de compatibilidade com a Constituição), mas a norma pode ser inconstitucional (inválida em sua conformação intrínseca), mas vigente e eficaz (!). Não há contradição alguma nisso, pois muitos atos legislativos podem ser inválidos no plano de sua compatibilidade com o paradigma obrigatório (a Constituição) e estar, ao mesmo tempo, vigente e produzindo efeitos práticos. O ordenamento jurídico brasileiro é pródigo em exemplos do que foi afir-

mado. Somente o poder investido da jurisdição poderá cassar os efeitos pretéritos da norma, bem assim, sua eficácia presente e futura, sendo esta a razão pela qual os demais poderes da República devem cumprir as leis, ainda que se entenda, *a priori*, que são inconstitucionais”.

No Estado de Direito, não se pode deixar de obedecer, ou cumprir, comando do poder público, alegando sua invalidade: é o princípio da presunção *juris tantum* da veracidade e legitimidade dos atos do Poder Público que, alfim, confere eficácia à norma inconstitucional. Contudo, o convívio com a norma inconstitucional será temporário já que sua invalidade poderá ser argüida judicialmente, por meio da ação de declaração de inconstitucionalidade direta ou por via de exceção<sup>62</sup>.

O Poder Executivo poderia deixar de cumprir lei, por entendê-la inconstitucional?

Não. A idéia de segurança jurídica faz o sistema normativo absorver a norma inconstitucional, até que se processe a declaração oficial de sua inconstitucionalidade. A invalidade temporária é elemento que mantém a unidade e coerência lógica do sistema.

## Notas

<sup>1</sup> A permanência e a mudança da Constituição é verificada a partir de fenômenos sociais que atingem a efetividade da norma constitucional ao longo do tempo: a intangibilidade da Constituição, o sentimento constitucional, a mutação constitucional e formas de mudança constitucional.

<sup>2</sup> Efetividade designa a atuação prática da norma, fazendo prevalecer, no mundo dos fatos, os valores por ela tutelados. Ao ângulo subjetivo, efetiva é a norma constitucional que enseja a concretização do direito que nela se consubstancia, propiciando o desfrute real do bem jurídico assegurado.”

<sup>3</sup> “...é Pontes de Miranda quem alerta para a transformação de sentido, realizada pelo ser humano, que sofrem os textos legais ao passar do tempo: “Hoje, o artigo tal do Código não exprime, exactamente, o que, no anno passado, exprimia; porque não diz elle o que está nas palavras, mas algo de mutavel que as palavras quiseram dizer” (IVO, [1999?], p. 187-197).

<sup>4</sup> O autor relembra que Carl Schmitt descreve formas radicais de mudança (destruição e supressão da Constituição) e mudanças parciais (reforma constitucional, quebra ou suspensão da Constituição). “As formas radicais da mudança constitucional acarretam a substituição, por destruição ou supressão da Constituição, das decisões políticas fundamentais (formas de Governo e de Estado, direitos fundamentais)”.

<sup>5</sup> São apontados como traços marcantes do constitucionalismo “a organização do Estado e a limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais”.

<sup>6</sup> A exceção de relevo aparece na França, onde o Judiciário tem atribuições restritas já que os atos administrativos são julgados por um Tribunal Administrativo – com jurisdição específica – e o controle de constitucionalidade é feito antes da promulgação das leis (já votadas) pelo Conselho de Estado (órgão político).

<sup>7</sup> FERRAZ (1999, p. 280). “Embora ainda se tenha presente a discussão sobre a compatibilização do controle de constitucionalidade com a teoria democrática, ou, mais precisamente, sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade exercido sobre as leis por órgão estranho ao legislativo, o fato é que a adoção de sistemas de controle de constitucionalidade permeia praticamente todos os estados constitucionais”.

<sup>8</sup> A Constituição de 1937 (art. 96, parágrafo único) permitia ao Legislativo declarar a ineficácia da decisão judicial de inconstitucionalidade de lei, confrontando, assim, a interação harmônica entre os três Poderes – característica da República. O autor noticia a contundente crítica elaborada por Francisco Luiz da Silva Campos, que, partindo do caráter antidemocrático da jurisdição, justificava a inovação: “... O mecanismo do controle judicial, inventado pelos legistas americanos, correspondia, inteiramente, aos motivos, conscientes ou obscuros, que os inspiravam. O caráter dinâmico das instituições democráticas se achava coarctado por uma poderosa força de inibição, tanto mais poderosa quanto idealizada por uma hábil propaganda, que conseguiu criar no público a convicção de que a peça teria por função proteger o povo contra os abusos do poder. A verdade, porém, é que o mecanismo de controle judicial da constitucionalidade das leis tinha por fim exclusivo a proteção dos interesses criados ou da ordem de cousas estabelecida contra as veleidades de iniciativa dos poderes representativos no sentido de favorecer as aspirações populares ou de alterar, na direção democrática, as relações de poder existentes no País ao tempo da promulgação da Constituição.”

<sup>9</sup> CARRAZZA, notícia a definição de Paulo de Barros Carvalho, “estatuto do contribuinte: direitos, garantias individuais em matéria tributária e

limitações constitucionais nas relações entre Fisco e contribuinte” (1998, p. 279).

<sup>10</sup> A exemplo de BALERA; BOTALLO; MARTINS (1999); BARROS e VIDAL (2001).

<sup>11</sup> “Fraude à Constituição: sem modificação do texto constitucional, o intérprete constrói um sentido proibido.”

<sup>12</sup> Rege-nos a Carta de 1988 com a Emenda Constitucional nº 38, de 12/06/2002.

<sup>13</sup> “No domínio do Direito, apenas a opinião autêntica, isto é, da autoridade instituída pela ordem jurídica para estabelecer um fato, é decisiva” (IVO, [1999?], p. 195).

<sup>14</sup> DJ DATA-22-10-93 PP-22251.

<sup>15</sup> Código de Processo Civil, art. 472. *A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.*

<sup>16</sup> “Norma invalida norma. Uma norma jurídica, portanto, só pode ser invalidada por outra norma. A norma que invalida uma outra norma possui a mesma estrutura de toda norma, ou seja, a forma hipotética... A hipótese de incidência da norma invalidante descreve como fato a norma invalidada, delimitada pelo motivo da invalidação, que é o defeito na sua formação... Na consequência ou prescritor estarão estabelecidos os efeitos...” (IVO, 1998, p. 149-171).

<sup>17</sup> Texto Constitucional, art. 52. *Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.*

<sup>18</sup> “Sobrevindo a declaração de sua nulidade, esta declaração pode ter um efeito revogador e a norma sai do sistema, embora, por vezes, a declaração não tenha este efeito, havendo necessidade de uma norma revogadora, como é o caso de declaração de inconstitucionalidade em certos sistemas: a norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal tem sua *eficácia suspensa* pelo Senado e devendo ser *revogada* por ato da autoridade que a promulgou” (FERRAZ JÚNIOR, 1991, p. 195).

<sup>19</sup> Art. 2º - *Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º - A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior....*

<sup>20</sup> “deixando de lado as questões puramente ideológicas, cabe averbar que, em um Estado de direito, o intérprete maior das normas jurídicas de todos os graus e titular da competência de aplicá-las aos casos controvertidos é o Poder Judiciário” (BARROSO, 2001, P. 127).

<sup>21</sup> Lei nº 9.868, art. 27. *Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social,*

podará o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Art. 28... Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

<sup>22</sup> MARINONI (1999, p. 184) apresentando o pensamento de Giovanni Verde.

<sup>23</sup> Constituição Federal, art. 71.

<sup>24</sup> BARROS e VIDAL: “O processo não se encontra mais a serviço do Estado, antes representa verdadeiro instrumento de ação para os resguardos de direitos subjetivos” (2001).

<sup>25</sup> Súmula STF 473.

<sup>26</sup> Equivalente à coisa julgada consagrada no direito processual como a qualidade da sentença que a torna imutável, conforme CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO (1997, p. 310).

<sup>27</sup> “A necessidade de manutenção dessa confiança do administrado na legalidade dos atos emanados pelo Poder Público fornece a importância de um aspecto da segurança jurídica evidenciado na preservação de um ato, mesmo que originalmente viciado de ilegalidade, preservação essa em respeito à *inércia* daquele Poder” (ARANHA, 1997, p. 66).

<sup>28</sup> Sacha Calmon Navarro Coelho: “... a decisão administrativa definitiva, contra a Fazenda Pública, certa ou errada, constitucional ou não, extingue a obrigação tributária. Inexiste no Direito Brasileiro ação anulatória de ato administrativo formalmente válido praticado pela Administração, sendo ela própria autora” (MARTINS, 1999, p. 190).

<sup>28</sup>Art. 10. A Administração anulará seus atos inválidos, de ofício ou por provocação de pessoa interessada, salvo quando: I – ultrapassado o prazo de 10 (dez) anos contado de sua produção; II – da irregularidade não resultar qualquer prejuízo; III – forem passíveis de convalidação.

<sup>29</sup>Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

<sup>30</sup>Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições demo-

cráticas e conservar o patrimônio público; Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...;

<sup>31</sup> Código Tributário Nacional: Art. 142 - Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

<sup>32</sup> Constituição do Estado de Pernambuco, art. 247. Os órgãos julgadores administrativos, com organização e funcionamento disciplinados em lei, serão integrados por titulares de cargos de provimento efetivo, estruturados em carreira, nomeados entre bacharéis em direito, aprovados em concurso público de provas e Títulos. Parágrafo Único. Nos órgãos julgadores constituídos sob a forma colegiada é assegurada a participação de representação classista, nos termos previstos na lei.

<sup>33</sup> Conforme o Código de Processo Civil, art. 134, I, II.

<sup>34</sup> Na mencionada Secretaria da Fazenda existe um Órgão Especial denominado Contencioso Administrativo Tributário do Estado (CATE), onde estão lotados os Julgadores Tributários e inserido o Tribunal Administrativo de Tributos Estaduais (TATE).

<sup>35</sup> “... a função administrativa se subordina à legislativa não apenas porque a lei pode estabelecer proibições e vedações à Administração, mas também porque esta só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza” (MELLO, 1998, p. 60).

<sup>36</sup> Em Alagoas. No Paraná: Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais. Em Mato Grosso do Sul: Conselho de Recursos Fiscais.

<sup>37</sup> Em Pernambuco. Em São Paulo: Tribunal de Impostos e Taxas.

<sup>38</sup> “A competência resulta da lei e é por ela delimitada. Todo ato emanado de agente incompetente, ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática, é inválido, por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja o poder jurídico para manifestar a vontade da Administração. Daí, a oportuna advertência de Caio Tácito de que ‘não é competente quem quer, mas quem pode segundo a norma de Direito’” (MEIRELLES, 1993, p. 134).

<sup>39</sup> Conforme, por exemplo, MARTINS (1999, p. 72): “Se a ampla defesa é assegurada no processo administrativo, não pode a autoridade administrativa negar-se a discutir matéria constitucional, visto que reduziria a defesa do contribuinte, que deixaria de ser “ampla” no processo administrati-

vo”. No mesmo sentido, BARROS e VIDAL (2001).

<sup>40</sup> Código de Processo Civil, art. 295. *A petição inicial será indeferida... V - quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação; caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal;*

<sup>41</sup> Representação nº 980-SP, DJ 19/09/1980. EMENTA: É constitucional decreto de Chefe do Poder Executivo Estadual que determina aos órgãos a ele subordinados que se abstenham da prática de atos que impliquem a execução de dispositivos legais vetados por falta de iniciativa exclusiva do Poder Executivo.

<sup>42</sup> A autorização para o Presidente da República editar decreto autônomo – Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001 – é relativa, tão-somente, às matérias de sua iniciativa legislativa exclusiva: específicas atribuições e estruturação internas dos Ministérios e órgãos da Administração Pública Federal.

<sup>43</sup> “A validade de qualquer norma jurídica não se constitui num atributo que possamos deduzir intrinsecamente, ou seja, as normas jurídicas não são válidas em si: dependem do relacionamento da norma com as demais normas do contexto” (IVO, 1998, p. 161).

<sup>44</sup> E Governador do Estado em que a respectiva Constituição Estadual autorize a edição de medida provisória estadual, hipótese que tem sido questionada por ser uma ampliação (analogica) da competência estabelecida pela Constituição Federal apenas para o Presidente da República.

<sup>45</sup> Constituição Federal, art. 62. § 1º *É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: III – reservada a lei complementar;*

<sup>46</sup> Art. 146. *Cabe à lei complementar: b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;*

<sup>47</sup> Art. 34. *A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;*

<sup>48</sup> CF, art. 24. *Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;... § 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. § 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. § 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.*

<sup>49</sup> “O vigor, contudo, não se confunde nem com a vigência nem com a validade. Que uma norma tem vigor, tem força, significa que ela é vinculante, ou seja, não há como subtrair-se ao seu comando, ao seu império” (FERRAZ JÚNIOR, 1991, p. 180).

<sup>50</sup> A lei complementar mencionada foi examinada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento

da ADIn nº 1600, sendo diversa a matéria litigiosa.

<sup>51</sup> Art. 151. *É vedado à União:... III - instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.*

<sup>52</sup> O Min. Humberto Gomes de Barros, no REsp nº 23.121-1-GO, cita Ronaldo Poletti, Controle da Constitucionalidade das Leis: “... o Poder Executivo, também interessado no cumprimento da Constituição, goza da faculdade de não executá-la, submetendo-se aos riscos daí decorrentes, inclusive o do *impeachment*. Quem for prejudicado pode socorrer-se dos remédios judiciais aos seu alcance. Recusando cumprimento a lei havida como inconstitucional, o chefe do Poder Executivo se coloca na posição do particular que se recusa, a seu risco, a obedecer à lei, aguardando as ações e medidas de quem tiver interesse no cumprimento dela...”

No mesmo sentido, BINENBOJM (2001, p. 220-221): “a decisão da Chefia do Poder Executivo estará sempre sujeita a ulterior reexame pelo Poder Judiciário, o que poderá dar-se tanto em sede de controle concreto, como no âmbito da fiscalização abstrata. À Administração Pública caberá alegar em sua defesa que o descumprimento da lei deveu-se à sua incompatibilidade com a Constituição. Caso o argumento seja acolhido, a conduta da Administração estará sendo, *a fortiori*, validada pelo Poder Judiciário. Proclamada ao revés, a constitucionalidade da lei até então enjeitada, fica o Chefe do Executivo à mercê dos procedimentos constitucionais e legais tendentes à sua responsabilização político-administrativa. Com efeito, ao optar por simplesmente negar aplicação à lei, ao invés de ajuizar uma ação direta de inconstitucionalidade – caso cabível – o agente político o faz por sua conta e risco, submetendo-se aos ônus daí decorrentes”.

<sup>53</sup> Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº 101, art. 11. *Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação. Art 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias; II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no ‘caput’, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição. § 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de*

alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou condições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

<sup>54</sup>Admitindo-se a aceção de interesse processual como a necessidade/utilidade da decisão judicial para garantia de bem ilegitimamente ameaçado ou subtraído por outrem, causando um prejuízo ao requerente da medida jurisdicional.

<sup>55</sup>CPC, art. 267. *Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito:... VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual,*

<sup>56</sup>Súmula 346. *A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. Súmula 473. A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.*

<sup>57</sup>THEODORO JÚNIOR (1996, p. 57). Confira também ARAGÃO (1998, p. 399).

<sup>58</sup>Código de Processo Civil, art. 267. *Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: I - quando o juiz indeferir a petição inicial; VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; Art. 295. A petição inicial será indeferida: II - quando a parte for manifestamente ilegítima;*

<sup>59</sup>MARTINS (1999), p. 76, Ives Gandra da Silva Martins; p. 154, Hugo de Brito Machado; p. 177, Ricardo Lobo Torres, p. 190, Sacha Calmon Navarro Coelho, entre outros.

<sup>60</sup>BARROS e VIDAL (2001); MARTINS (1999), p. 357 Yoshiaki Ichihara; p. 551 Fernando Facury Scaff.

<sup>61</sup>Código Tributário Nacional, art. 173.

<sup>62</sup>DINIZ (2001, p. 154-155), com fundamento em BRITTO, Carlos Ayres. *O problema da lacuna jurídica no direito constitucional brasileiro*. Trabalho apresentado no curso de mestrado da PUCSP, 1981. p. 47-48.

## Bibliografia

ALVIM, Teresa Arruda (Coor.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre processo tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao código de processo civil* (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973). Arts. 154-269. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 2.

ARANHA, Márcio Nunes. *Segurança jurídica stricto sensu e legalidade dos atos administrativos. Convalidação do ato nulo pela imputação do valor de*

segurança jurídica em concreto à junção da boa-fé e do lapso temporal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 34, n. 134 abr./jun. 1997.

BALERA, Wagner. Do controle de constitucionalidade pelo tribunal fiscal. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 71, p. 61-67.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil* (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973). Arts. 1º a 153. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. 1.

BARROS, Suely Virgínia; VIDAL, Tereza Cristina. Tribunal administrativo tributário: juízo de constitucionalidade da legislação tributária e o direito de ação judicial da administração pública. In: CONGRESSO NACIONAL DOS PROCURADORES DE ESTADO, 27., 2001, Vitória.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. Poder executivo: lei inconstitucional: Descumprimento: parecer. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 181-182, p. 387-397, jul./dez. 1990.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOTALLO, Eduardo D. *Processo administrativo tributário: princípios, amplitude, natureza e alcance das funções nele exercidas. Revista de direito tributário*, São Paulo, n. 71, p. 94-100, [19- ?].

CABRAL, Antonio da Silva. *Processo administrativo fiscal*. São Paulo: Saraiva, 1993.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo, Malheiros, 1997.

CONRADO, Paulo César. Controle de constitucionalidade pelos tribunais administrativos. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 71, p. 192-197, [19- ?].

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Apostilas para o curso de especialização em direito constitucional da universidade federal de alagoas*. Maceió: [s. n.], 2001.

- DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1991.
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 142, p. 279-296, abr./jun. 1999.
- HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- IVO, Gabriel. *Aulas do Curso de Especialização em Direito Constitucional da Universidade Federal de Alagoas*: [s. n.] Maceió, 2002.
- \_\_\_\_\_. A incidência da norma jurídica: o cerco da linguagem. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 79, p. 187-197, [19- -?].
- \_\_\_\_\_. Reforma constitucional: regra de estrutura: limitação. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 22, p. 149-171, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Processo administrativo tributário: Relatório do XXIII Simpósio de Direito Tributário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiro, 1998.
- \_\_\_\_\_. O controle da constitucionalidade pelos Tribunais Administrativos no processo administrativo tributário. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 75, p. 12-18.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- \_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor: atualizado até 01.08.1997*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Princípios de processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

# Sociologia no direito

## A convergência entre a legalidade, a legitimidade e a ética

Manoel Moacir Costa Macêdo e Levon Yeganiantz

### Sumário

1. Considerações preliminares. 2. O papel da sociologia do direito. 3. Autonomia e heteronomia. 4. Dilemas entre legalidade e legitimidade. 5. Ética do direito, legalidade e legitimidade. 6. A convergência entre legalidade e legitimidade. 7. Observações finais.

É mais fácil legalizar certas coisas do que legitimá-las – Nicolau Chamfort (1768-1848) (moralista francês)<sup>1</sup>.

### *1. Considerações preliminares*

Este trabalho foi inspirado no Código da Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil que entrou em vigor em 1º de março de 1995. O seu objetivo é justificar a necessidade de fortalecer a ética, particularmente a ética profissional como instrumento de convergência entre a legalidade e a legitimidade. Ele pretende responder a seguinte questão: existe coesão entre legalidade, legitimidade, equidade e ética?

Ética na advocacia não deve ser confundida com ética de direito, uma vez que a ética na advocacia tem caráter de um código profissional ou um sentido de etiqueta a ser seguida pelos praticantes da profissão de advogado. A ética do direito é parte da filosofia do direito, da sociologia do direito e da deontologia (DINIZ, 1998, p. 81).

Manoel Moacir Costa Macêdo é Advogado, PhD em Sociologia pela University of Sussex, Inglaterra e Assessor do Gabinete do Senador Antero Paes de Barros.

Levon Yeganiantz é PhD em Economia, Pós-doutorado em Economia do Meio Ambiente e Pesquisador da Embrapa, Brasília, DF.

Entre as inovações mais significativas no código em destaque, vale ressaltar as referências expressas quanto ao papel do advogado na defesa do Estado Democrático de Direito, da cidadania e da moralidade pública (art. 2º, *caput*), à dedicação que deve oferecer à conciliação entre os litigantes, à abstenção da prática de atos contrários à ética, à moral, à honestidade e à dignidade da pessoa humana (ACQUAVIVA, 1995, p. 3).

Um destacado problema de nossa civilização é o desenvolvimento desigual entre os diferentes ramos do conhecimento. Como uma consequência, o direito progrediu e avançou muito mais do que a filosofia moral. Para cada estudioso da ética, existem centenas de advogados militantes que praticam os princípios da legalidade. Esse desequilíbrio entre os estudiosos da ética e os operadores do direito cria uma assimetria de informações entre legalidade e legitimidade e coloca a legalidade como um mecanismo de controle e de domínio da legitimidade. Essa assimetria aparece com maior nitidez no contexto do ordenamento jurídico positivado. A legitimidade está mais relacionada com a ética, a cultura e a realidade social.

Embora o desafio da humanidade seja criar uma sociedade em que as normas éticas tenham a força de lei, essas mesmas normas são desprezadas com mais intensidade do que as leis no contexto normativo e dogmático do direito positivo. Nesse sentido, o interesse tradicionalmente estabelecido no campo do direito positivo está sendo substituído ou complementado por disciplinas baseadas na deontologia como a ética empresarial, jurídica, ambiental e bioética e principalmente na sociologia do direito.

Predomina também uma assimetria em termos da equidade entre os ricos e pobres, uma vez que a legalidade envolve o processo judicial, com os custos financeiros da prestação jurisdicional, o que resulta em multas e sanções que atingem com maior intensidade os pobres<sup>2</sup>. Essa assimetria desaparece quando a prestação jurisdicional

é determinada pelos princípios da legitimidade em que mesmo para os ricos existe o conceito *noblesse oblige*.

Como exemplo, no caso do Brasil, ROSEN (1998, p. 17) explica que o chamado “jeitinho” brasileiro tem a sua origem na formação do Estado português, que moldou o sistema jurídico brasileiro. Para ele cinco características culturais foram legadas pelos portugueses: alta tolerância da corrupção, falta de responsabilidade cívica, profunda desigualdade sócio-econômica, sentimentalismo e disposição de chegar a um acordo. O “jeitinho” está profundamente arraigado a todas essas heranças.

## 2. O papel da sociologia do direito

A sociologia do direito trata o direito como uma realidade objetiva vivida socialmente, e que tem como objeto o fenômeno jurídico identificado como um fato social. Isso quer dizer que o direito legitima-se, no seu exercício e nos seus efeitos, como um fenômeno social (LÉVY-BRUHL, 1997) e desse modo torna-se um terreno privilegiado de observação sociológica.

O fundamental no desafio da sociologia do direito segundo FARIA (1988, p. 7) está na seguinte questão:

“... até que ponto será oportuno estimular os estudiosos de direito a deixarem sua zona de certeza tradicional, representada pelas análises exclusivamente dogmáticas [legalidade], para integrarem-se em abordagens sociologicamente mais abrangentes da realidade em que atuam?”.

Os conflitos entre legalidade e legitimidade, uma vez bem compreendidos, estimulam a renovação de leis, orientam as pesquisas jurídicas, servem como lubrificantes da política econômica e social e facilitam a implementação de novas tecnologias, como informática, biotecnologia, engenharia social e a democratização da sociedade. Nesse contexto, a sociologia do direito tem de ser interpretada além do direito escrito, mas

na forma do direito pensado, como a adequação das normas à realidade atual (legitimidade).

Como exemplo, tem-se as funções preventivas do direito com respeito ao aparecimento de crimes virtuais, da exploração indevida da biotecnologia e engenharia genética, das novas relações de trabalho, regulamentações do comércio, direitos de propriedade intelectual, as implicações dos acordos internacionais, a exemplo dos relacionados com os direitos humanos, com a exploração de menores e com os problemas de gênero, que podem ser tratados de forma proativa pelo sistema jurídico.

Nesses casos, a ética pode servir como um filtro entre a legalidade e a legitimidade. Segundo VASQUEZ (1984, p. 57), as

“... normas morais que se integraram nos hábitos e costumes chegam a ter tal força que sobrevivem até mesmo quando, depois de surgir uma nova estrutura social, domina outra moral: a mais adequada às novas condições e necessidades”.

A moral como a legitimidade possui um caráter social, isso quer dizer que as pessoas se submetem a princípios, normas e valores socialmente estabelecidos. Em outros termos, a moral como a legitimidade regulam atos e relações que acarretam consequências para outros e exigem necessariamente a sanção dos demais no sentido de cumprir a função social de induzir os indivíduos a aceitarem livre e conscientemente determinados princípios, valores ou interesses.

O que se observa neste final de século em face da globalização é a verdadeira destruição do aparelho estatal e sua gradual perda ou a substituição de legitimidade pela legalidade, prejudicando dessa forma tanto os critérios éticos quanto a justiça no conceito de John Rawls, para quem

“... o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fun-

damentais e determinam a divisão de vantagens, provenientes da cooperação social” (RAWLS, 1997, p. 7).

No Brasil, o Estado moderno desenvolvimentista tornou-se submisso ao patrimonialismo e ao clientelismo, gerando em consequência o patrimonialismo corporativo, sempre acompanhado pelo clientelismo e pelo cartorialismo. Segundo CAMARGO (1999, p. 5), aqui “as leis não pegam, ou devem pegar à fórceps, como a que obriga os cartórios a oferecer certidões de graça a recém-nascidos”. Para SORJ (2000, p. 15), isso significa o patrimonialismo jurídico, ou seja, “é a capacidade de manipular o sistema policial, fiscal e judiciário, utilizando mecanismos ilegais para assegurar a impunidade face à lei”.

Isso implica afirmar que, em vez de conviver com princípios éticos e morais, é mais conveniente conviver com o mundo das leis, o que na visão de CAMARGO (1999, p. 5) significa “... disfarçar a verdadeira dimensão do engodo”. Nesta perspectiva, CAMARGO (1999, p. 7) afirma que,

“... a única solução para tudo isto é desregulamentar a nação sob a tutela de um amplo e sufocante aparato legal que nos persegue desde a Colônia. Só regulamentar o estritamente necessário para o bem público. Com ou sem Constituição, o cartorialismo dos colonizadores portugueses ainda manda em todos nós, com a teia do clientelismo”.

O que se observa é que a sociologia no Terceiro Mundo (inclusive a sociologia do direito) muitas vezes foi direcionada para a chamada sociologia radical que explora a natureza da desigualdade e admite a possibilidade de abolir a desigualdade e descrever os instrumentos necessários para implementar uma ordem social mais igualitária. A busca da equidade é somente uma parte do impulso radical e constitui a investigação da capacidade da sociedade, da maneira como está atualmente organizada, em proporcionar equidade.

### 3. *Autonomia e heteronomia*

Autonomia origina-se do grego *autós* = *eu* e *nomos* = *lei*; isso quer dizer a capacidade humana de agir de acordo com a sua própria vontade por meio de escolhas que estão ao seu alcance, diante de objetivos por ela estabelecidos. Com o passar do tempo, a autonomia se afasta da lei e da legalidade e aproxima-se da legitimidade e do comportamento ético, enquanto a legalidade se aproxima da heteronomia, que quer dizer a obediência sem crítica às regras de conduta sugeridas por uma autoridade exterior.

Para BETIOLI (2000, p. 57, 64), o direito é “heterônomo” e a moral, “autônoma”. Isso significa dizer que “as normas jurídicas são impostas, valem objetivamente, independentemente da opinião do querer dos seus destinatários ... obriga os indivíduos independente de suas vontades”.

Autonomia significa a capacidade de decidir por si mesmo nas questões que dizem respeito a si próprio, como indivíduo. Do ponto de vista da ética, significa o modo de agir segundo os princípios morais considerados como guias básicos para a convivência em sociedade. Nesse sentido, a legitimidade tem significado mais ético e conotação moral particularmente fora do contexto do direito, como definida no *Vocabulário jurídico* De Plácido e SILVA (1999, p. 480):

“Nas ciências políticas, a legitimidade do ato ou do agente refere-se à necessária qualidade para tornar válida a sua atuação em face dos demais cidadãos. Na Constituição Federal de 1988, o artigo 70 atribui ao Tribunal de Contas o poder de perquirir a legitimidade das despesas públicas, isto é perquirir se o ato atende aos requisitos de satisfação do interesse público”.

Nessa perspectiva, a “legítima defesa”, no plano da autonomia, não é do indivíduo, mas da sociedade em sentido amplo, com repulsa levada a efeito pela pessoa; nesse caso, refere-se ao ataque injusto à sociedade, a seu corpo ou seus bens. De acordo com

BETIOLI (2000, p. 64), isso “implica a convicção de que se deve respeitá-la porque é válida em si mesma... as normas morais se cumprem através da convicção íntima dos indivíduos...”. Na terminologia do direito penal, manifesta-se igualmente a repulsa da força pela força, diante do perigo apresentado pela injusta agressão, atual e iminente, quando outro meio não se apresenta para evitar o perigo ou a ofensa que dela possa resultar. Legal entende-se, a rigor, o que se faz em conformidade à lei segundo preceito ou regra instituída em lei. Também se entende por legal tudo o que se possa fazer ou tudo o que é autorizado pela jurisprudência.

### 4. *Dilemas entre legalidade e legitimidade*

Legal, pois, em ampla acepção é tudo o que não contravém a princípio de Direito, seja instituído pela lei, pelo costume ou pela jurisprudência. Por vezes, legalidade quer exprimir as próprias ou principalmente as formalidades legais.

O legítimo na ciência política refere-se ao poder que está de acordo com o consenso popular. Na lógica jurídica, legitimidade quer dizer coerência lógica, o que está de acordo com princípios lógicos ou racionais. É a racionalidade jurídica (DINIZ, 1998, p. 81).

Na teoria geral do direito, a legitimidade técnica refere-se à qualidade da norma ilegal que, apesar de não ter requisito formal de vigência, é aceita pela comunidade, tendo plena eficácia social por atender os interesses da comunidade (DINIZ, 1998, p. 81).

Na linguagem comum, o termo legitimidade possui dois significados, um genérico e outro específico. No seu significado genérico, legitimidade tem, aproximadamente, o sentido de justiça ou de racionalidade (fala-se na legitimidade de uma decisão, de uma atitude, entre outros). Entretanto é no sentido da linguagem política que aparece o significado específico. Nesse contexto, o Estado é o ente a que mais se refere o conceito de

legitimidade (BOBBIO et al., 1992, p. 675).

No *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*, André - Jean ARNAUD (1999, p. 456), o seu organizador, define legalismo como a “disposição que consiste em tratar os problemas jurídicos, ou outros, aplicando literalmente e em detalhe os métodos e os critérios definidos pela lei, à exclusão de toda consideração de ordem mais geral”. O mesmo dicionário define legitimidade como “qualidade de conformidade ao critério normativo que fixa os parâmetros de valorização do objeto que ele regula e em relação ao qual prediz-se, ou não, a legitimidade” (p. 460).

Por fim, é necessário separar o fenômeno da *legitimação* e considerar como legítimo, justo, digno de um julgamento positivo todo poder que tenha conseguido, por qualquer meio que seja, obter o consentimento e a legitimidade.

O principal dilema ético relacionado com a dialética ou com a dicotomia da legalidade e legitimidade aparece com o conceito de legalidade resumido como: “a cada qual segundo o que a lei lhe atribui” indicando as regras estabelecidas, enquanto a legitimidade pode ser interpretada de duas formas: primeiro “a cada um segundo a sua necessidade” e segundo a “cada um segundo os seus méritos”.

A legitimidade envolve *responsabilidade recíproca*, enquanto a legalidade envolve dívidas contratualizadas entre as partes com possíveis coerções. O direito positivo (legalidade) jamais pode conflitar com a justiça formal; o mesmo não se aplica para a legitimidade que tem conotação subjetiva (normativa).

### 5. *Ética do direito, legalidade e legitimidade*

A cultura brasileira pode ser caracterizada pelo dilema ético entre “*tudo bem*” e “*tudo mau*”. Assim, normalmente no contexto político-partidário, a *situação* e os seus aliados partem do pressuposto otimista de

que “*tudo bem*” e as melhorias devem acontecer lentamente e de forma incremental. Ao contrário da *oposição*, que pressupõe “*tudo mau*” e deseja introduzir mudanças substantivas e aceleradas. Assim, o dilema ético pode ser contextualizado entre a legalidade exercida pela *situação* e a legitimidade desejada pela *oposição*.

Essa legitimidade normalmente é justificada pela problemática da equidade apoiada na ética, que constitui o conceito de justiça de John RAWLS (1997, p. 11), ou seja, a “... justiça se define pela atuação de seus princípios nas atribuições de direitos e deveres e na definição da divisão apropriada de vantagens sociais”.

A inveja, o individualismo e o egoísmo podem ser considerados conceitos relacionados à manutenção da legalidade, enquanto a cooperação, a solidariedade, o altruísmo e a filantropia estão associados com aspirações de legitimidade. A norma corresponde a uma regra ou critério de juízo, ela regula e assim faz parte da legitimação.

A lei é uma regra dotada de força que garante a sua coercibilidade. A transgressão de uma lei pode causar punição na forma de multas, exclusões e até na detenção e reclusão dos seus infratores. As normas formam códigos de conduta que regulam o comportamento ético. As leis formam códigos objetivos que penalizam os seus transgressores. A “Justiça Rawliana” (RAWLS, 1997) tenta evitar as “divergências” e conduzir às “convergências” entre leis e normas; e em nível mais avançado entre legalidade e legitimidade.

O conflito ético entre legalidade e legitimidade pode ser analisado a partir do conceito de “jeitinho brasileiro”. Nesse caso, tem-se a aplicação particular da lei, objetivando atender os interesses particulares de pessoas e organizações com capacidade de encontrar brechas no sistema jurídico. Parte-se sempre do pressuposto de que é possível burlar a lei e fazer exceções. Na maioria das vezes, o “jeitinho brasileiro”, além de estar no campo da legalidade, é também legí-

timo, dentro do contexto da cultura e das tradições históricas da sociedade brasileira (ROSEN, 1998).

A ética moderna tem sido considerada uma ética legal. Um extenso debate no campo teórico tem envolvido os filósofos antigos como Kant e os modernos como MacIntyre. Os comunitaristas modernos como John Rawls argumentam que o único modo de compreender o comportamento humano é referir os indivíduos ao seu contexto social, cultural e histórico.

A moral republicana era uma moral do dever, do esforço, do mérito, para que cada criança pudesse se elevar ao nível das normas comuns, à humanidade, superior aos indivíduos considerados isoladamente. Ela está sendo atacada por uma ética da autenticidade segundo a qual cada indivíduo é para si mesmo sua própria norma. Do direito à diferença, à diferença dos direitos é só um passo (CHANGEUX, 1999, p. 31).

Em outras palavras, isso quer dizer que existe um *ethos* que é anterior ao indivíduo e que determina suas escolhas. Nesses termos, a ética do direito é reduzida à justificação de regras e esquece-se das condições da boa vida, ou ainda separam-se os problemas de justificação da moralidade dos problemas da ética aplicada, da bioética, e da ética ecológica.

Na sociedade tradicional, havia uma “moral de grupo” que controlava as relações intragrupais, as quais se baseavam no companheirismo e até mesmo na solidariedade. Havia ainda outra moral referente aos estranhos baseada no “afã pelo lucro”, a qual não considerava os dilemas éticos. Assim, na base dos problemas éticos está a crença de que não é possível uma convivência social sem o mínimo de solidariedade com os outros.

Nessa perspectiva, a sobrevivência de um indivíduo depende da sobrevivência do grupo ao qual ele pertence, uma vez que os impulsos egoístas são freqüentemente mais fortes do que os altruístas. “Ação comunitária é fundamentalmente uma forma de coo-

peração” (LUCAS, 1985, p. 58). Essa é a essência dos dilemas éticos nas sociedades que elaboram normas, códigos e leis morais para regular e solucionar tais dilemas.

Kant distingue a moralidade da legalidade. Para ele, legalidade é a conformação exterior e objetiva de uma conduta a uma dada lei moral; a moralidade é a conformação interior e subjetiva, ou seja, traduz um cumprimento da lei por convicção pessoal e por reconhecimento interior do valor objetivo da lei (BIROU, 1982, p. 227).

Legalidade significa qualidade do que se conforma à lei. Considera-se legal tudo o que não vá contra uma lei estabelecida, tudo o que não constitua uma infração à legislação. A noção de legalidade refere-se ao direito positivo.

No contexto neoliberal, a liberdade inclui o descompromisso em relação aos demais membros da sociedade. Isso quer dizer a aceitação das atitudes egoístas, a liberdade de concentrar-se nos interesses individuais, inclusive a acumulação ilimitada de riqueza pessoal na esfera da legalidade. Mas o que vem a ser responsabilidade social, o “economicamente correto”, o “lucro com ética”? Decisões empresariais informadas pelo balanço dos interesses dos *stakeholders* e consubstanciadas no chamado “balanço social” das empresas. Na frente interna das empresas, equacionam-se os investimentos dos proprietários (detentores do capital) e as necessidades dos gestores e dos trabalhadores. Na frente externa, são levadas em consideração as expectativas dos clientes, fornecedores, prestadores de serviços, fontes de financiamentos (bancos, credores), comunidade local, concorrentes, sindicato de trabalhadores, autoridades governamentais, associações voluntárias e demais entidades da sociedade civil (SROUR, 2000, p. 195).

A preocupação mundial com as questões morais nos anos 60 movimentou três setores essenciais: a ética dos negócios, a ética ambiental e a bioética (GARRAFA, 1999, p. 13). Segundo JONAS, citado por

GARRAFA (1999, p. 14), “nos dias atuais, freqüentemente sentimos que o progresso intelectual (científico e tecnológico) avança mais rapidamente que o progresso moral (ético)”. O mesmo autor, estudando os problemas e contradições existentes, afirma que a humanidade encontra-se obrigada a admitir que a racionalidade ética não caminha com a mesma velocidade do progresso científico e tecnológico (1999, p. 15).

Nessa perspectiva, a propriedade intelectual apresenta-se como causadora de muitos dilemas éticos. Existe de um lado um dilema entre a criação e difusão de novas tecnologias com impactos sociais relevantes e do outro os interesses particulares do inventor e dos incentivos à sua própria criatividade.

Para MERTON (1968), no contexto de uma visão funcionalista, os cientistas no processo de geração do conhecimento científico seguem os princípios identificados como: universalismo, comunismo, desinteresse e ceticismo organizado. Entre eles, destaca-se o comunismo na ciência, identificado como o senso de propriedade comum do conhecimento científico. Os cientistas oferecem as suas descobertas para a sociedade buscando o retorno em forma de reconhecimento pela comunidade científica. Convém destacar o ceticismo organizado, o qual indica a independência dos cientistas em relação à política, à religião e aos dogmas econômicos.

Outra dimensão desse dilema ético é que as patentes incentivam, além do próprio inventor, os proprietários dos meios de produção a investir no desenvolvimento de novas tecnologias, assim como pressionam os governos para atender os seus interesses no contexto da geração tecnológica. Dilemas éticos também surgem do fato de que as patentes resultam em publicações de progressos científicos, as quais colocam à disposição da comunidade científica conhecimentos e processos inventivos que sem a possibilidade de patenteamentos seriam guardados como segredos comerciais, o que

prejudicaria o desenvolvimento científico e tecnológico (YEGANIANZ, 1998).

Os princípios éticos estão entre os principais instrumentos que definem as relações econômicas, sociais e políticas nos sistemas de trocas, nas relações internacionais, nas relações de trabalho e nos conteúdos culturais e interpessoais. Problemas de política agrícola como as questões de equidade entre o setor rural e o urbano, de reforma agrária, de abastecimento e segurança alimentar, de crédito subsidiado e dos juros e taxas podem ser considerados como dilemas éticos e morais. Espera-se que as organizações responsáveis pela política agrícola e ambiental possam superar a fase limitada da acumulação linear dos lucros, para ingressar numa etapa em que a ética estabeleça os princípios da responsabilidade social, como uma estratégia da gestão empresarial e do sucesso competitivo dos negócios.

Adam SMITH, em 1776, reconheceu que “não se pode organizar e viver num grupo social, onde há uma divisão de trabalho e os indivíduos necessitam de ajuda de outros, baseado somente no egoísmo, na defesa do interesse próprio”. Em outras palavras, freqüentemente a sobrevivência de um indivíduo depende em parte da sobrevivência do grupo em que ele deve colaborar com os outros.

É importante salientar a preocupação do grande pensador da sociologia jurídica da atualidade, Professor Boaventura de Souza SANTOS (2000, p. 72), que, em seu livro “Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática”, em seu primeiro volume “A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência”, expressa que “o declínio da hegemonia da legalidade é concomitante do declínio da hegemonia da casualidade”. O mesmo Professor SANTOS (2000, p. 379) declara que “[...] a nossa sensibilidade ética limitada não é uma prova da hipocrisia humana; é sobretudo, um produto do conhecimento limitado que temos da situação humana”.

## 6. A convergência entre legalidade e legitimidade

A aproximação e a convergência entre legalidade e legitimidade está sendo silenciosamente desenvolvida no Brasil. O reconhecimento constitucional de que as obrigações com a saúde, educação e segurança são de responsabilidade do Estado e um direito do cidadão é um caso exemplar; assim como o crime identificado como roubo famélico, que justifica o roubo em função das necessidades básicas de sobrevivência. Ou ainda, o princípio de proteção dos desiguais, que implica proteger “desigualmente as desigualdades” favorecendo os mais fracos, tem os seus impactos nas decisões judiciais. Por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça (ACORDA Brasil, 2000) decidiu que o “imóvel em construção destinado a residência da família não pode ser penhorado”.

Similar julgamento foi efetuado em decisão unânime pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (ACORDA Brasil, 2000) que sentenciou que o “fornecimento de água não pode ser interrompido por inadimplência”. Na mesma direção, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (ACORDA Brasil, 2000) entendeu por unanimidade que “o Juízo da Infância e da Juventude... deve ser o responsável pelos processos movidos contra as escolas particulares que recusarem a emitir os documentos necessários à transferência de alunos com as mensalidades atrasadas”.

Esses julgamentos demonstram como os conflitos entre legalidade e legitimidade são decididos a favor da legitimidade, ou seja, em função da ética e da equidade e contrários à legalidade. Isso demonstra que tais decisões estão contrárias às tendências do passado de aplicar e favorecer a legalidade embora ilegítima e amoral. Isso de certa forma rejeita a impunidade preponderante nos segmentos sociais dominantes e abastados em relação aos fracos e desfavorecidos.

A convergência entre legalidade (direito positivo) e legitimidade que envolve aspec-

tos sociais, culturais e políticos pode ser entendida por meio da interdisciplinaridade:

“uma atitude mental [...] fruto de uma formação contínua, de flexibilização das estruturas e cada dia mais será a condição de uma verdadeira investigação científica ... [própria para] formular e executar ações para transformar uma realidade como a nossa ... são processos interdisciplinares e multiprofissionais que têm verdadeiro impacto na modificação das deterioradas condições de vida da população” (SANTOS, 1998, p. 56).

Em outras palavras, quando o social que envolve a legitimidade for considerado no mesmo nível que o econômico que envolve a legalidade, essas aproximações resultarão em relações simbióticas entre legitimidade e legalidade e eliminação das contradições entre eles.

## 7. Observações finais

O importante neste trabalho foi identificar os meios de convergência entre legalidade e legitimidade e buscar a factibilidade e desejabilidade dessa união. O problema é que o conceito de legitimidade no direito ainda acompanha a legalidade, embora nas ciências sociais, a exemplo da sociologia e da ciência política, o conceito de legitimidade assuma uma conotação independente e às vezes contrária ao sentido dialético em relação à legalidade.

A base da legitimidade está na ficção jurídica da ideologia democrática segundo a qual o povo é o somatório abstrato de indivíduos, cada qual participando diretamente com igual fatia de poder no controle do Governo e no processo de elaboração das decisões políticas (BOBBIO et al., 1992, p. 678).

A crescente preocupação com a ética e a moral promove a convergência da legalidade com a legitimidade. Ao mesmo tempo, a dominação e a preponderância da teoria econômica consubstancia com maior relevância a legalidade por meio da racionalidade.

dade econômica e da subordinação “do social” ao econômico. Assim, para unir os dois preceitos, é necessário que a economia seja ligada à ética e o chamado social seja valorizado tanto quanto o econômico.

As possibilidades técnico-científicas produzem no mundo atual determinadas ações e omissões humanas, a ponto de não ser mais possível contentar-se com normas morais que regulamentem a convivência humana em pequenos grupos e confiem as relações entre os grupos à luta pela sobrevivência. Para APEL (1994),

“...a pressuposição da validade de normas morais é condição paradigmática de possibilidade do jogo de linguagem pertencente à justificação de normas e de que a objetividade da ciência não-valorativa ainda pressupõe a validade intersubjetiva de normas morais ... a lógica e com ela todas as ciências e tecnologias pressupõe uma ética como sua condição de possibilidade”.

No cerne de todo agir ético está o reconhecimento e a fixação de limites. A ética circunscreve e delimita o exercício de poderes. A perspectiva ética é, assim, eminentemente relacional e vincula-se às noções de alteridade e de vulnerabilidade, ou seja, a ética nasce nas relações entre o mesmo e o diverso e reconhece que essas relações podem ser ameaçadas de destruição.

Finalmente, o principal desafio no ordenamento jurídico brasileiro é criar a solidariedade entre legalidade e legitimidade. Sob esse enfoque, a solidariedade é um termo de origem jurídica que indica a conexão recíproca ou a interdependência. A assistência recíproca entre os membros do mesmo grupo também é chamada solidariedade. Assim, fala-se de solidarismo para indicar a doutrina moral e jurídica que adota como a sua idéia fundamental a solidariedade.

A solidariedade não pode ser fortalecida quando existe divergência entre legitimidade e legalidade. Em outros termos, isso significa que legitimidade e legalidade não podem ser independentes, ao contrário, devem sem-

pre ser complementares entre si e toda a legalidade deve ser parte da legitimidade.

### Notas

<sup>1</sup> Citado por Lucboyer ROMAIN (1993, p. 149).

<sup>2</sup> SANTOS (1988) em pesquisa realizada em favela do Rio de Janeiro, mostra que os pobres procuram com menor intensidade a estrutura operacional dos sistemas jurídicos estatais contemporâneos.

### Bibliografia

- ACORDA Brasil. Coordenação de Farouk Nagib Hussein e Maria Marta Guerra Hussein. Disponível em: <<http://www.acordabrasil.com.br>>. Acesso em: 3 nov. 2000.
- ACQUAVIVA, M. C. *Novo código de ética e disciplina do advogado*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1995. 123 p.
- ARNAUD, A. *Dicionário enciclopédico teoria e sociologia do direito*. Tradução de Vicente Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 954 p.
- APEL, K. *Estudos de moral moderna*. Petrópolis: Vozes, 1994.
- BETIOLI, A. B. *Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica*. São Paulo: Letras & Letras, 2000. 509 p.
- BIROU, A. *Dicionário das ciências sociais*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1982. 454 p.
- BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1992. v. 2, 1318 p.
- CAMARGO, A. O culto do clientelismo. *Rumos*, ano 1, n. 3, mai./jun. 1999.
- CAMARGO, J. M. Reforma da legislação trabalhista. *Inteligência*, ano II, n. 9, mai./jun. 2000. (Edição especial).
- CHNAGEUX, J. *Uma ética para quantos?* Bauru: EDUSC, 1999. 159 p.
- DINIZ, M. H. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3.
- FARIA, J. E. (Org.). *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: UnB, 1988. 121 p.
- GARRAFA, V. Reflexões bioéticas sobre ciência, saúde e cidadania. *Bioética*, v. 7, n. 1, 1999.

- LÉVY-BRUHL, H. *Sociologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. 141 p.
- LUCAS, R. *Democracia e participação*. Brasília: Universidade de Brasília, 1985. 228 p.
- MERTON, R. K. *Social theory and social structure*. New York: The Free Press, 1968. 691 p.
- RAWLS, J. *Uma teoria de justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. 708 p.
- ROMAIN, L. *600 citações*. São Paulo: Nobel, 1993.
- ROSEN, K. S. *O jeito na cultura jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: [s. n.], 1998. 131 p.
- SANTOS, B. de S. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000. 415c p.
- \_\_\_\_\_. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. 115 p.
- SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 875 p.
- SORJ, B. *A nova sociedade brasileira*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. 166 p.
- SROUR, R. H. *Ética empresarial: posturas responsáveis nos negócios, na política e nas relações pessoais*. Rio de Janeiro: Campus, 2000. 286 p.
- VÁSQUEZ, A. S. *Ética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984. 267 p.
- YEGANIANZ, L. Controvérsias e contradições inerentes à propriedade intelectual. *Cadernos de Ciência e Tecnologia*, Brasília, v. 15, 1998. (Número especial).

# Sesmarias e terras devolutas

Roberto Moreira de Almeida

## Sumário

1. Introdução. 2. As sesmarias. 2.1. Conceito. 2.2. Origem do vocábulo. 2.3. Antecedentes históricos. 2.4. Etapas da implantação sesmarialista no Brasil. 2.5. Críticas às sesmarias brasileiras. 3. Terras devolutas. 3.1. Conceito. 3.2. As terras devolutas consideradas como bens públicos. 3.3. A propriedade das terras devolutas na Constituição Federal de 1988. 3.4. As terras devolutas e a usucapião. 3.5. Destinação das terras devolutas no Estatuto da Terra. 4. Do processo discriminatório. 4.1. Conceito. 4.2. Previsão legal. 4.3. Processos. 5. Conclusões.

## 1. Introdução

O tema *sesmarias e terras devolutas*, embora vetusto, ainda gera uma série de controvérsias e questionamentos no meio jurídico brasileiro.

De fato, temos observado publicações as mais variadas discorrendo sobre o assunto. Estudiosos de Direito Agrário (jus-agraristas) têm abordado a matéria em artigos, livros e outras publicações científicas especializadas sob os mais variados enfoques.

Ademais, processualistas civis pátrios e alienígenas tentam elucidar o processo especial destinado a discriminar as terras devolutas na atualidade, ou seja, a analisar e perscrutar os processos judicial e administrativo discriminatórios das terras devolutas da União e dos estados-membros.

Em face disso, resolvemos elaborar um estudo com o afã de contribuir com o debate

Roberto Moreira de Almeida é Procurador da República no Estado da Paraíba, Professor e Mestre em Direito.

e tentar absorver e carrear ao mundo jurídico nossa opinião acerca dos sobreditos institutos agrários, bem como, de forma sintética, discorrer sobre as etapas para se efetivar a discriminação e demarcação das terras públicas devolutas.

Esse estudo está dividido em três partes principais.

A primeira destinada será às sesmarias. Nela abordaremos o conceito, a origem do vocábulo, os antecedentes históricos, as etapas de implantação no Brasil, bem como uma análise crítica ao instituto implantado em solo pátrio e sua correlação com o regime instituído em Portugal.

Não descuramos, por outro ângulo, do estudo sobre as terras devolutas no que concerne ao seu enquadramento legal de bem dominical, de sua finalidade pública e de ser insuscetível de aquisição por usucapião.

Noutra ocasião, tratamos do processo discriminatório como instrumento administrativo ou judicial hábil a discriminar as terras devolutas e separá-las das terras públicas não-devolutas e particulares.

## 2. As sesmarias

### 2.1. Conceito

Sesmarias, sinteticamente, consistem nos lotes de terras abandonadas ou incultas cedidos pelos reis lusitanos a determinadas pessoas que resolvessem cultivá-las. Esses cultivadores passaram a ser conhecidos e tratados por *sesmeiros*, ou seja, os beneficiários das sesmarias (FERREIRA, 1994, p. 107).

### 2.2. Origem do vocábulo

Questão movediça concerne à origem da palavra sesmaria.

Para LOBÃO (1861, p. 182-183), sesmaria é originária de *caesimare*, que significa cortar ou arar a terra abandonada.

A sobredita opinião é refutada por Pinto FERREIRA. Para o jurista pernambucano, *sesmaria* deriva de *sesma*, isto é, “a sex-

ta parte de alguma coisa, tal como o foro das terras férteis dadas a requerente por ficarem elas em abandono, representando em geral a sexta parte dos frutos”. Em arremate, assevera o insigne mestre, “o verbo *sesmar* exprime a concessão de terras sujeitas a tal pagamento de foro, daí surgindo a palavra *sesmaria*” (1994, p. 108).

No mesmo pensar, Manuel MADRUGA assevera que em Portugal ocorreu a “concessão de terras sob o pagamento de uma renda barata, fixada na sexta parte dos frutos – a sesma – de onde se originou a denominação sesmaria” (1928, p. 11).

Embora não se tenha uma conclusão indubitável acerca da origem vocabular, entendemos que as opiniões de Pinto Ferreira e de Manuel Madruga são as mais corretas. Com efeito, a sesmaria, no sentido segundo o qual a conhecemos no Brasil, consistindo na concessão de uma dada gleba de terra abandonada ou não cultivada a uma pessoa (sesmeiro), tendo esta por obrigação ocupá-la e fazê-la produzir, originou-se da palavra *sesma*.

### 2.3. Antecedentes históricos

Não é de Portugal o nascedouro do instituto agrário da sesmaria.

Menciona-se, no meio histórico-doutrinário, a presença sesmarial no antigo Império Romano, quando, com o afã de estimular e melhor aproveitar o uso do solo, os reis promoviam sua divisão em pequenos lotes e os distribuíam, gratuitamente ou mediante o pagamento de simbólica remuneração, aos guerreiros ou a quem resolvesse cultivá-los (MADRUGA, 1928, p. 11).

A implantação do regime em Portugal deveu-se ao Rei D. Fernando I. Ele aprovou a lei de 26 de junho de 1375 (Lei das Sesmarias), instrumento legislativo destinado a promover uma verdadeira reforma agrária e distribuir aos súditos lusitanos pequenas glebas de terra. Teve Sua Majestade o escopo de realizar um maior desenvolvimento agrícola e melhor utilização do solo. O sesmeiro, em contrapartida, ficava incumbido

de efetivar o pagamento de um percentual sobre os frutos colhidos (a sesma).

Antes mesmo do descobrimento do Brasil, diversos tratados já disciplinavam a partilha do território americano entre Portugal e Espanha. A propósito, a título de exemplos, pode-se citar o Tratado de Alcáçovas, de 1479; a Bula Papal “Inter Coetera”, de 1492; e o Tratado de Tordesilhas, de 1494.

Em 21 de abril de 1500, com a chegada da esquadra lusitana comandada por Pedro Álvares Cabral, oficializou-se a ocupação portuguesa, fenômeno que passou a se denominar descobrimento do Brasil.

Toda a terra, antes ocupada pelos silvícolas, por direito de ocupação (descobrimento), passou a pertencer à Coroa portuguesa.

Portugal, entretantes, somente resolveu ocupar a nova terra e explorá-la a partir de 1530, com o malogro do comércio das especiarias indianas.

O marco inicial se deu com a divisão do solo tupiniquim em quinze lotes, denominados *capitanias hereditárias*.

Essas capitanias foram concedidas a doze donatários. Diziam-se particulares e hereditárias essas capitanias pelo fato de pertencerem aos donatários e serem transmissíveis aos seus descendentes *causa mortis* (FERREIRA, 1994, p. 109).

Nesse regime das capitanias hereditárias, os capitães-mores eram os verdadeiros plenipotenciários, eis que incumbidos estavam de exercer a quase totalidade das funções, entre as quais a de conceder cartas de sesmaria, que foi o primeiro instrumento de divisão e legitimação da ocupação da propriedade territorial no Brasil.

#### 2.4. Etapas da implantação sesmarialista no Brasil

O professor e magistrado federal João Bosco Medeiros de SOUSA (1994, p. 17) traça três fases de implantação do regime sesmarialista no Brasil, a saber:

A primeira seria aquela em que as cartas ou dadas de sesmarias podiam ser outorgadas pelos capitães-mores, que, além da obri-

gação de ocupar, povoar e explorar a capitania, estavam incumbidos de conceder tais títulos de ocupação do solo.

Em ocasião seguinte, a outorga sesmarialista deixou de pertencer aos capitães hereditários e passou para a incumbência dos governadores-gerais.

Numa fase posterior, em decorrência das falhas vislumbradas nos sistemas anteriores, porquanto bastante ineficientes, a Coroa portuguesa reservou para si a responsabilidade de escolher os sesmeiros e outorgar as respectivas cartas.

#### 2.5. Críticas às sesmarias brasileiras

A instituição sesmarialista no Brasil não é aceita como tendo sido positiva.

De fato, propugnam os jus-agraristas que ela foi bem sucedida em Portugal e nas colônias portuguesas de Açores e Cabo Verde, devido às suas reduzidas áreas geográficas. No Brasil, *a contrario sensu*, um país de dimensão continental, já era previsto que o sistema não poderia funcionar, como efetivamente não funcionou, a contento.

Ela trouxe seqüelas insanáveis ao regime agrário pátrio, por ter dado início à formação dos grandes latifúndios em nosso país, que ainda hoje perduram nas cinco regiões brasileiras, diferentemente do que ocorreu em Portugal, de dimensão territorial reduzida, onde o sistema provocou o nascedouro da pequena propriedade agrícola bem mais eficiente e justa social e economicamente do que a grande propriedade brasileira, na maioria das vezes improdutiva.

Ademais, a implantação do sistema sesmarialista no Brasil foi calcado em critérios pessoais e econômicos. Apenas as pessoas privilegiadas político-economicamente foram beneficiadas. O grande contingente rural-trabalhador ficou desamparado e não teve outra alternativa senão trabalhar em regime de servidão ou de quase-escravidão para os sesmeiros.

No plano estritamente jurídico, também não se pode dizer que se implantou o regime sesmarialista no Brasil, pois não havia

no Brasil terras abandonadas, mas áreas completamente inexploradas até então. Nesse pensar, vaticinou Emílio Alberto Maya GISCHKOW “... que no Brasil colonial não existiam propriedades abandonadas, mas terras virgens para serem cultivadas (de modo que) não tivemos *sesmarias* e sim *datas* e *concessões* da Coroa portuguesa, de que a expressão *sesmaria* foi usada como sinônimo” (1988, p. 71-72).

### 3. Terras devolutas

#### 3.1. Conceito

##### 3.1.1. Considerações preambulares

Tarefa não muito fácil tem sido traçar o conceito de terras devolutas.

Em face disso, além dos doutrinadores, alguns diplomas legais passaram a conceituá-las, embora saibamos não ser tarefa legiferante a conceituação de institutos jurídicos.

Em um primeiro momento, abordaremos os conceitos legais e, em seguida, traremos a lume o entendimento da doutrina pátria.

##### 3.1.2. Conceitos legais

Basicamente, dois diplomas legais tentaram conceituar ou definir o que se deve entender por terras devolutas: a) a Lei Imperial nº 601, de 18 de setembro de 1850, e b) o Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946.

a) A Lei Imperial Nº 601/1850 (Lei de Terras)

O critério fixado pelo legislador, ao conceituar as terras devolutas, foi o da exclusão. Seriam terras devolutas aquelas áreas excluídas das hipóteses mencionadas nos quatro parágrafos do art. 3º, *in verbis*:

“Art. 3º São terras devolutas:

§ 1º As que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal;

§ 2º As que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por ses-

marias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em comisso por falta de cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura;

§ 3º As que não se acharem dadas por sesmarias ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por essa lei;

§ 4º As que não se acharem ocupadas por posses que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por essa lei”.

##### b) O Decreto-lei Nº 9.760/1946

Esse diploma normativo, no que pertine ao conceito de terras devolutas, manteve o critério legal adotado pela Lei de Terras, denominando-as como sendo aquelas que, embora não sendo aplicadas a algum uso público federal, estadual ou municipal, não foram incorporadas ao patrimônio particular. Assim está redigido o art. 5º, *in litteris*:

“Art. 5º São terras devolutas, na faixa de fronteira, nos Territórios Federais e no Distrito Federal, as terras que, não sendo próprias nem aplicadas a algum uso público federal, estadual, territorial ou municipal, não se incorporaram ao domínio privado:

a) por força da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854, e outras leis e decretos gerais, federais e estaduais;

b) em virtude de alienação, concessão ou reconhecimento por parte da União ou dos Estados;

c) em virtude de lei ou concessão emanada de governo estrangeiro e ratificada ou reconhecida, expressa ou implicitamente, pelo Brasil, em tratado ou convenção de limites;

d) em virtude de sentença judicial com força de coisa julgada;

e) por se acharem em posse contínua e incontestada, por justo título e boa-fé, por termo superior a 20 (vinte) anos;

f) por se acharem em posse pacífica e ininterrupta, por 30 (trinta) anos, independentemente de justo título e boa-fé;

g) por força de sentença declaratória proferida nos termos do art. 148 da Constituição Federal, de 10 de novembro de 1937.

Parágrafo único - A posse a que a União condiciona a sua liberalidade não pode constituir latifúndio e depende do efetivo aproveitamento e morada do possuidor ou do seu preposto, integralmente satisfeitas por estes, no caso de posse de terras situadas na faixa da fronteira, as condições especiais impostas na lei”.

### 3.1.3. Conceitos doutrinários

No pensar de Altair de Souza MAIA:

“Terras devolutas, espécie do gênero de terras públicas, são aquelas terras que, tendo sido dadas em sesmarias, foram, posteriormente, em virtude de haverem caído em comisso, devolvidas à Coroa. Pelo menos, foi esse, originariamente, o conceito que as nominava, evoluindo, ao depois, para a definição contemplada no Decreto-lei nº 9.760/46, art. 5º, *i. e.*, são devolutas as terras que não se acharem aplicadas a algum uso público federal, estadual ou municipal, ou que não hajam, legitimamente, sido incorporadas ao domínio privado”(19- -, p. 3-12).

Paulo GARCIA (1958, p. 12), estudioso e profundo conhecedor do assunto, estabelece um critério tricotômico para identificar as terras devolutas. Para ele, tais terras são aquelas que:

a) não se encontram utilizadas pela União, Estados, Distrito Federal ou municípios;

b) não estiveram em posse de algum particular em 1850, seja por título ou sem título imobiliário e

c) não estejam no domínio de um particular, em decorrência de um título legítimo.

Tomás PARÁ FILHO, por seu turno, entende que as terras devolutas são bens patrimoniais da União, Estados-membros, Distrito Federal ou municípios (bens do Estado), “afetados por destinação social ‘sui generis’, *i. e.*, bens imóveis que passam, observados os requisitos legais, para o patrimônio privado, em razão de pressupostas vantagens disso advindas para a economia social, com a efetiva colonização do solo, o povoamento dos sertões e a cultura de glebas produtivas, utilizando, ao máximo, as riquezas fundiárias potenciais” (1977-1982, p. 55).

Pinto FERREIRA vaticina que “terras devolutas são aquelas terras que, embora antes doadas ou ocupadas, não se encontram cultivadas e aplicadas para nenhum uso público, sendo assim devolvidas ao domínio do Estado” (1994, p. 281).

Clóvis Beviláqua, Teixeira de Freitas e Epiácio Pessoa trazem um conceito simplificado. Para eles, as terras devolutas seriam as áreas desocupadas, não possuídas e sem dono.

*Data venia*, não aceitamos o entendimento de que as terras devolutas sejam desocupadas e sem dono. Com efeito, as terras devolutas não são objetos sem dono ou desocupados. São bens públicos em sentido amplo, o que será apreciado mais adiante.

Em suma, podemos conceituar terras devolutas como sendo aquelas glebas ou porções de terras não incorporadas ao patrimônio do particular e que não se encontram destinadas a um uso específico pelo poder público.

### 3.2. As terras devolutas consideradas como bens públicos

Os bens públicos, segundo o art. 65 do diploma civil pátrio de 1916, são aqueles integrantes do domínio da União, Estados ou dos Municípios. Todos os demais bens seriam particulares, qualquer que seja o seu titular.

Na realidade, o entendimento legislativo *supra* merece reparos.

De fato, esqueceu-se dos bens do Distrito Federal, que também são públicos.

Por outro lado, existem hoje as empresas públicas e as sociedades de economia mista, integrantes da administração pública federal, estadual, distrital ou municipal indireta. Os bens dessas entidades não são considerados públicos no sentido estrito, pois somente em um sentido amplo assim poderiam ser conceituados.

É digno de registro enfatizar que o Código Civil Beviláqua estabelece uma classificação dos bens públicos em três categorias: a) bens de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças; b) os de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal; e c) os dominicais, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados, ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades (art. 66, CC).

Surge, destarte, a pergunta: as terras devolutas são bens públicos ou privados? Se públicos, seriam de uso comum do povo, de uso especial ou dominicais?

Não temos dúvidas de que as terras devolutas são integrantes do patrimônio público disponível. Estão, portanto, relacionadas na categoria dos bens dominicais ou dominiais.

### 3.3. A propriedade das terras devolutas na Constituição Federal de 1988

Como já salientado acima, as terras devolutas são bens públicos dominiais. Você, caro leitor, pode indagar: *a quem pertencem tais terras: à União, aos estados-membros, Distrito Federal ou aos municípios?*

A propriedade dos bens públicos está traçada, preambularmente, na Constituição. Vejamos, a propósito, o que disciplina a Lei Ápice vigente sobre o domínio das terras devolutas:

“Art. 20. São bens da União:

I – os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;

II – as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei...” [grifo nosso].

“Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:

I – (...)

IV – as terras devolutas não compreendidas entre as da União...” [grifo nosso].

Compulsando os dois dispositivos da Constituição Federal supratranscritos, vislumbra-se que todas as terras devolutas brasileiras pertencem à União ou aos Estados. Conclui-se que não há terra devoluta municipal.

Em síntese, não há mais terras devolutas municipais. São de propriedade da União apenas aquelas indispensáveis à defesa das fronteiras brasileiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, nos termos definidos em lei. Todas as demais pertencem aos estados-membros, de acordo com a sua localização.

### 3.4. As terras devolutas e a usucapião

Questão que por muito tempo encetou discussões no meio jurídico brasileiro foi a possibilidade ou não de se adquirir o domínio das terras devolutas por meio da usucapião.

Em um primeiro estágio, quando se aceitava que as terras devolutas seriam aquelas sem titular, sem dono e sem utilização, poder-se-ia ventilar a hipótese de que a pessoa, ao dela se apossar, por um determinado período, sem oposição, poderia adquirir-lhe a propriedade.

A questão foi levada à apreciação do Poder Judiciário.

Após várias decisões discrepantes, umas concedendo o domínio e outras o negando, a matéria foi submetida à apreciação do Colendo Supremo Tribunal Federal, que, ao pacificar o entendimento jurisprudencial, editou o verbete de Súmula nº 340, assim

redigido: “Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”.

Destarte, não se admite usucapião de terras devolutas porque são consideradas bens públicos em sentido estrito.

### 3.5. Destinação das terras devolutas no Estatuto da Terra

Discute-se acerca de qual fim deveria o poder público dar às terras devolutas. Destinar-se-iam para fins públicos em geral ou para fins especiais?

O Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64) especifica, entre as possibilidades de utilização, a sua destinação para fins de reforma agrária.

De fato, prescrevem os arts. 9º e 10 do citado estatuto, *in verbis*:

“Art. 9º Dentre as terras públicas, terão prioridade, subordinando-se aos fins previstos nesta lei (colonização e reforma agrária), as seguintes:

I – as de propriedade da União que não tenham outra destinação específica;

(...)

III – as devolutas...”[grifo nosso].

“Art. 10. O Poder Público poderá explorar, direta ou indiretamente, qualquer imóvel rural de sua propriedade, unicamente para fins de pesquisa, experimentação, demonstração e fomento visando ao desenvolvimento da agricultura, a programas de colonização ou fins educativos de assistência técnica e de readaptação.

(...)

§ 3º Os imóveis rurais pertencentes à União, cuja utilização não se enquadre nos termos deste artigo, poderão ser transferidos ao Instituto Brasileiro de Reforma Agrária...”.

No mesmo diapasão, estabelece o art. 188 da Constituição Federal de 1988, a saber: “A destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política

agrícola e com o plano nacional de reforma agrária”.

Ante o exposto, em regra, o poder público deve destinar as terras devolutas existentes para fins de colonização e reforma agrária.

## 4. Do processo discriminatório

### 4.1. Conceito

O processo discriminatório é aquele destinado a assegurar a discriminação e delimitação das terras devolutas da União e dos estados-membros, além de separá-las das terras particulares e de outras terras públicas.

### 4.2. Previsão legal

A discriminação das terras devolutas da União está prevista na Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976.

### 4.3. Processos

Existem duas modalidades de processos discriminatórios: a efetivada administrativamente e por meio judicial.

#### 4.3.1. Processo administrativo

É aquele efetivado pela própria Administração. Está elencado nos arts. 2º *usque* 17 da Lei nº 6.383/76.

Pode ser dividido em três fases:

I – Instauração

O presidente do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) está encarregado de criar as Comissões Especiais, com circunscrição e sede estabelecidas no ato de criação.

Essas Comissões Especiais, integradas por um advogado do serviço jurídico do INCRA (presidente), um engenheiro agrônomo (membro) e um funcionário (secretário), ficarão incumbidas de instaurar o processo administrativo discriminatório.

II – Instrução

Após instaurada, a Comissão instruirá o processo do seguinte modo:

a) elaboração do memorial descritivo da área;

b) convocação, por edital, com prazo de 60 (sessenta) dias, dos interessados para apresentarem seus títulos dominiais ou alegarem aquilo do seu interesse. Esse edital deverá ser afixado em lugar público na sede dos municípios e distritos onde se situar a área nele indicada, bem como, por duas vezes, no Diário Oficial da União, do Estado e na imprensa local, onde houver, com intervalo mínimo de 8 (oito) e máximo de 15 (quinze) dias entre a primeira e a segunda publicação;

c) autuação da documentação recebida de cada interessado e tomadas por termo as declarações dos interessados e depoimentos das testemunhas se houverem previamente sido arroladas;

d) vistoria para identificação do imóvel;

e) pronunciamento sobre as alegações, títulos de domínio, documentos dos interessados e boa-fé das ocupações;

f) levantamento geodésico e topográfico das terras objeto de discriminação bem como sua demarcação. Excluídas, nessa demarcação, estarão as áreas particulares devidamente comprovadas pelos legítimos proprietários.

### III – Conclusão

Encerrada a demarcação, será lavrado termo de encerramento da discriminação administrativa e levado a registro, pelo INCRA, em nome da União, no Registro Civil de Imóveis.

#### 4.3.2. Processo judicial

O processo discriminatório judicial, como é cediço, é aquele que se efetiva por intermédio do Poder Judiciário.

Disciplinada está a discriminação das terras da União nos arts.18 a 23 da Lei nº 6383/76.

Extraímos os seguintes pontos importantes dos dispositivos legais em epígrafe:

a) *Autoria*: é da incumbência do INCRA promover a ação discriminatória da União (art. 18, LAC);

b) *Cabimento*: promove-se o processo judicial discriminatório: i) quando o processo

administrativo for dispensado ou interrompido por absoluta ineficácia; ii) contra aqueles que não atenderem ao edital de convocação ou notificação; e iii) quando ocorrer alteração de divisas, ou transferências de benfeitorias a qualquer título, sem assentimento da União (atentado) (art. 19, LAC);

c) *Competência*: sendo parte autora uma autarquia federal (o INCRA), a competência para processar e julgar processo discriminatório de terras devolutas da União é da Justiça Federal.

d) *Procedimento*: o rito do processo discriminatório judicial será o comum sumário e não o sumaríssimo, como previsto no art. 20 da lei de regência. Está elencado na hipótese material genérica do art. 275, II, g, do Código de Processo Civil brasileiro.

e) *Regras específicas*: i) *petição inicial*: deve ser instruída com o memorial descritivo da área a ser discriminada; ii) *citação*: não será efetivada pelo correio, mas sim por edital; iii) *sentença*: caberá apelação recebida sempre no efeito devolutivo, possibilitando a sua execução provisória; iv) *prioridade*: a ação discriminatória terá prioridade em relação às outras ações em andamento relativas a domínio ou posse de imóveis, situados, no todo ou em parte, na área a ser discriminada.

## 5. Conclusões

Ao fim e ao cabo do presente estudo, podemos extrair as seguintes conclusões:

1) Embora vetusto, o tema *sesmarias e terras devolutas* ainda enseja discussões as mais acirradas no meio jurídico brasileiro.

2) As sesmarias eram os lotes de terras abandonados ou incultivados e cedidos, originariamente, a determinadas pessoas que pretendessem cultivá-los.

3) A origem do vocábulo “sesmaria” não é pacífica. Predomina o entendimento de que provém de “sesma”, ou seja, a renda exigida sobre os frutos colhidos nas terras férteis dadas ao beneficiário. Este passou a ser conhecido por *sesmeiro* e o instituto, por *sesmaria*.

4) No antigo Império Romano, já havia a distribuição de pequenos lotes de terras destinadas pelo rei aos guerreiros (sesmarias gratuitas) como retribuição pelos serviços prestados ao Exército; ou a quem quisesse cultivá-los, desde que pagasse uma quantia simbólica (sesmaria remunerada).

5) Em Portugal, o instituto foi implantado por D. Fernando I, pela Lei das Sesmarias (Lei de 26 de junho de 1375). Visava promover uma verdadeira reforma agrária em terras lusitanas, dada a crise agrícola e de abastecimento que se abatera sobre o reino.

6) No Brasil, a ocupação inicial procedeu-se com a divisão da colônia em capitânias hereditárias. Eram hereditárias porque se transferiam aos sucessores dos donatários *causa mortis*.

7) A concessão das sesmarias no Brasil, na primeira fase, era da incumbência dos donatários, também conhecidos como capitães-mores; em seguida, passou-se para os governadores-gerais e, por último, para própria Coroa portuguesa.

8) Critica-se a implantação das sesmarias no Brasil porque: a) ela trouxe graves seqüelas ao regime agrário brasileiro, por ter dado início à formação de grandes latifúndios, ainda hoje existentes; b) foi implantada com base em um critério pessoal e econômico, gerando injustiças, pois somente os ricos eram beneficiados e os pobres ficavam desprovidos de terra e restavam submetidos ao trabalho escravo ou em regime de servidão para o sesmeiro.

9) As terras devolutas surgiram com a Lei Imperial nº 601 de 1850 (Lei de Terras).

10) São conceituadas como sendo aquelas terras não incorporadas ao patrimônio do particular às quais não se tenha destinação específica pelo poder público.

11) São bens da União ou dos Estados-membros. São de propriedade da União apenas aquelas terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras brasileiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação

e à preservação ambiental, nos termos definidos em lei. Todas as demais pertencem aos Estados-membros, de acordo com a sua localização.

12) Não há mais terras devolutas municipais, após o advento da Constituição de 1988.

13) Em regra, o poder público deve destinar as terras devolutas existentes para fins de colonização e reforma agrária.

14) O processo existente para possibilitar a identificação e demarcação das terras devolutas denomina-se discriminatório.

15) Está disciplinado o processo discriminatório das terras devolutas da União pela Lei nº 6383/76.

16) Estabelecem-se duas modalidades de processos discriminatórios: a efetivada administrativamente ou por meio judicial, sendo que a atribuição de movê-las é do INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária.

### Bibliografia

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil brasileiro: trabalhos relativos à sua elaboração*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1917-1919. v. 2.

FERREIRA, Pinto. *Curso de direito agrário*. São Paulo: Saraiva, 1994.

GARCIA, Paulo. *Terras devolutas*. Belo Horizonte: Oscar Nikolai, 1958.

GISCHKOW, Emílio Alberto Maya. *Princípios de direito agrário*. São Paulo: Saraiva, 1988.

LOBÃO, M. de Almeida e Souza de. *Notas a Mello*. Lisboa: Lisboa, 1861. v. 1.

MADRUGA, Manuel. *Terrrenos de marinha*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1928.

MAIA, Altair de Sousa. Terras devolutas. *Revista de direito agrário*. São Paulo: RT, v. 1, n. 1, p. 3-12, jan./jun. 1997.

PARÁ FILHO, Tomás. Terras devolutas I. In: LIMONGI, R. (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977-1982. v. 72.

SOUSA, J. Bosco Medeiros de. *Direito agrário: lições básicas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

# Da aplicabilidade do mandado de segurança

Extensão às autoridades de empresas estatais em casos de procedimentos licitatórios decorrentes do exercício da concessão de serviços públicos

Hugo Sarubbi Cysneiros de Oliveira

## Sumário

1. Introdução. 2. Do mandado de segurança – ato de autoridade passiva. 3. Da aplicabilidade do writ a atos de empresas públicas – entendimento jurisprudencial. 4. Da extensão aos casos de procedimento licitatório no exercício da concessão de serviços públicos – fundamentação. 4.1. Da concessão de serviço público e da licitação. 4.2. Dos princípios da administração pública afetos ao procedimento da licitação. 4.3. Da consideração de procedimentos licitatórios realizados por empresas concessionárias de serviço público como atos de império. 4.4. Da hermenêutica constitucional. 5. Conclusão.

## 1. Introdução

Funda-se o presente artigo na necessidade de se alcançar a mais ampla aplicabilidade de um remédio constitucional cuja evolução e importância convivem visceralmente com o Estado democrático de direito: o mandado de segurança.

Sem se valer de processos de hermenêutica comprometedores da ordem jurídica e preservando, sobretudo, o interesse público, busca-se debater uma problemática constantemente enfrentada pelos administrados, com vistas ao fortalecimento do poder difuso de controle sobre os atos da administração.

Este sucinto ensaio é, pois, provocado por um continuado entendimento jurisprudencial que, a despeito de ser aparentemente unânime, não pode, *data maxima venia*, ser

Hugo Sarubbi Cysneiros de Oliveira é Bacharel em Direito pela UFPE e Advogado inscrito na OAB/DF.

aceito pelo presente autor, que o faz imbuído da sua mais absoluta modéstia.

Trata-se, portanto, de uma breve exposição acerca da aplicabilidade do *writ of mandamus* contra atos provenientes das autoridades regentes de empresas públicas, quando da condução de procedimentos licitatórios, em decorrência do exercício da concessão de serviços públicos.

## 2. Do mandado de segurança – ato de autoridade e legitimidade passiva

Reza a Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951, no seu artigo 1º, que “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de *poder*, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.

Mais adiante, no parágrafo primeiro do citado artigo, esclarece a lei, com redação dada pela Lei 6.978, de 19 de janeiro de 1978, o conceito de autoridade, que considera para seus efeitos “os representantes ou órgãos dos partidos políticos e os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público, somente no que entender com essas funções”.

Por sua vez, no inciso LXIX do seu art. 5º, a Constituição da República consagrou o mandado de segurança, garantindo a sua concessão a fim de “proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

Das previsões legais acima referidas, pretende-se aqui destacar a figura do ato de autoridade e, conseqüentemente, o patrocinador desse ato, ou seja, a autoridade coatora.

Na categórica definição do insubstituível mestre Hely Lopes MEIRELLES (1992),

“ato de autoridade é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Por autoridade, entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal”.

Para fins de mandado de segurança, portanto, deve-se entender por autoridade pública aquela que possui poder hierárquico, capaz de emanar atos administrativos decisórios. Saliente-se, contudo, que não apenas essas autoridades podem praticar atos de autoridade, mas também os administradores ou representantes de autarquias e de entidades paraestatais, além das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas.

Tem-se, assim, a autoridade coatora – ou, em termos processuais, a parte impetrada – considerada como tal por ser a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado e que responde pelas suas conseqüências administrativas, dispondo da competência para corrigir a ilegalidade atacada judicialmente.

Enfim, pode o coator pertencer a qualquer Poder ou entidade estatal, paraestatal ou autarquia, bem como aos serviços delegados, cujas atribuições, apesar de pertencerem à entidade delegante, colocam-no como o agente que pratica o ato impugnado.

## 3. Da aplicabilidade do writ a atos de empresas públicas – entendimento jurisprudencial

Muito embora seja a Constituição da República cristalina ao prever a concessão do mandado de segurança quando configurada a ilegalidade ou abuso de poder praticado por “autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público”, registra-se maciçamente na construção pretoriana pátria um entendimento restritivo no que se refere às atribuições que estariam realmente abraçadas pelo comando constitucional.

Tal problemática decorre do fato de que o Estado, por força de outorga constitucional, pode exercer as suas atividades de variadas formas: a centralizada na administração direta e a descentralizada ou delegada, seja em favor de pessoas jurídicas integrantes da administração indireta, seja por meio de pessoas alheias ao aparato estatal.

Pronunciaram-se os tribunais no sentido de que apenas os atos exercidos pelas entidades delegadas, mediante o poder de império da administração pública, poderiam ser objeto do mandado de segurança. Assim, atos de mera gestão de órgãos da administração pública indireta ou de qualquer pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público não seriam passíveis do controle via o *writ of mandamus*.

Assim, devido ao hibridismo jurídico de entidades paraestatais – como empresas públicas, por exemplo –, atos meramente negociais inerentes à prestação de um serviço concedido escapam do crivo de “ato de autoridade”, por não haver verdadeira coação administrativa.

Seguindo esse entendimento, pode-se citar os seguintes julgados: AMS 90.02.07139-6, TRF 2ª, 1ª T, DJU 09.09.93; REO-MS 95.01.22891-6/MA, TRF 1ª, 1ª T, DJU 14.12.1998, p. 69; AMS 94.01.11553-2/DF, TRF 1ª, 1ª T, DJU 14.12.1998, p. 66; AMS 96.01.46212-0/DF, TRF 1ª, 1ª T, DJU 04.10.1999, p. 28.

Ocorre que tal raciocínio, assentado, é bom salientar, em bem fundamentado exercício intelectual, sofre de danoso desvirtuamento. Não há dúvidas de que tarefas meramente gerenciais estão excluídas do rol de atos de autoridade; entretanto, o problema surge quando atos claramente revestidos das prerrogativas e poderes característicos do serviço público são tratados como simples procedimentos formais administrativos.

Se, por um lado, o exercício delegado de poder público cerca-se de atos gerenciais pertencentes à atividade-meio do ente executor, por outro, ele também se vale de mecanismos afetos à condução da função ad-

ministrativa, cujo caráter de ordem pública o insere no âmbito da parcela de poder delegada. Nesse sentido, destaca-se a realização de procedimentos licitatórios realizados por entidades concessionárias de serviço público.

#### *4. Da extensão aos casos de procedimento licitatório no exercício da concessão de serviços públicos – fundamentação*

##### *4.1. Da concessão de serviço público e da licitação*

A Constituição Federal, em seu artigo 175, estabelece que “incumbe ao poder público, na forma de lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Tem-se, assim, estampada a manutenção do caráter público do serviço prestado pela administração pública quando o faz diretamente, ou por meio de delegação.

Para efeitos deste artigo, restringimo-nos exclusivamente à modalidade da concessão, cuja natureza jurídica é proficientemente identificada pela professora Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (1999, p. 72), para quem se trata de um “contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço”.

Tal raciocínio funda-se na norma que expressamente dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos – Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 –, cujo artigo 2º, inciso II, prevê que “concessão é a delegação de prestação de serviço, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.

Consoante se percebe nos termos dos dispositivos normativos citados, exige o or-

denamento jurídico brasileiro, sempre, a ocorrência de procedimento licitatório quando da hipótese de concessão de serviço público.

A imperiosidade da norma justifica-se no fato de que, quando se procede a transferência de poderes a terceiros, é necessário buscar aqueles que apresentem as melhores condições para a realização dos serviços delegados. A licitação, assim, além de garantir a opção que melhor atenda o interesse público, impede que o procedimento de concessão de serviços públicos privilegie a vontade pessoal de administradores ou administrações, fato que facilitaria desvios na condução da atividade pública.

De acordo com a já citada professora Maria Sylvania Zanella DI PIETRO (2001, p. 291), licitação é, pois, “o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato”.

#### *4.2. Dos princípios da administração pública afetos ao procedimento da licitação*

Assim, o procedimento licitatório encerra a consagração de alguns princípios da administração pública, em especial, o da legalidade, o da supremacia do interesse público, o da impessoalidade, e ainda o da igualdade, o da moralidade, o da publicidade e o da eficiência.

Deve-se lembrar que o princípio da legalidade constitui lastro constitucional para toda a administração pública e que no caso de procedimento licitatório o mandamento do estrito respeito à lei torna-se ainda mais importante. Desobedecer tal princípio significaria ignorar o mandamento capital para a configuração do regime jurídico-administrativo, como bem ilustra o renomado administrativista Celso Antônio Bandeira de MELLO (2000, p. 71):

“O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a

quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a idéia de soberania popular, de exaltação da cidadania. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (submisso). (...) É fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma: a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei”.

Da mesma maneira, a vinculação da Administração Pública à licitação decorre do princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo o qual a administração terá sempre que escolher a proposta que melhor atenda ao interesse público, e do princípio da impessoalidade, pois sem o procedimento licitatório não há garantia de que houve objetividade no atendimento do interesse público, nem de que não houve pessoas prejudicadas e/ou favorecidas.

Não há, também, como olvidar outro princípio alicerce da licitação, o da igualdade entre as partes. Ele visa não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar a igualdade de direitos a todos os interessados em contratar, *in casu*, licitar.

No que tange aos princípios da moralidade administrativa e da publicidade, a Lei 8.666/93, em seu artigo 3º, elimina quaisquer dúvidas quanto à sua imprescindibilidade: “a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais

vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.

Assim, torna-se imperioso exigir da administração comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração e os princípios da justiça e da equidade, visto que, além de garantir a todo o procedimento ampla divulgação e abertura, possibilita a fiscalização da atividade administrativa.

Precisas são as palavras do combativo Celso Antônio Bandeira de MELLO (p. 90) acerca do princípio da moralidade administrativa: “de acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violar o próprio direito, configurando ilicitude que sujeita a conduta viciada à invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição”.

Finalmente, no que tange ao princípio da eficiência, a Mensagem Presidencial nº 886/95, convertida em proposta de Emenda Constitucional e que culminou na Emenda Constitucional nº 19 (que dispõe sobre princípios e normas da administração pública), observava, em sua exposição de motivos, que “o aparelho de Estado deverá-se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, (...) a assimilação, pelo serviço público, da centralidade do cidadão e da importância da contínua superação de metas desempenhadas, conjugada com a retirada de controles e obstruções legais desnecessários, repercutirá na melhoria dos serviços públicos”.

Conforme observa o comemorado constitucionalista Alexandre de MORAES (2001, p. 312),

“o princípio da eficiência é aquele que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca de qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir uma maior rentabilidade social”.

Ante todo o exposto, conclui-se que a licitação, sobremaneira quando serve de requisito para a delegação de serviço público, encerra uma série de atos administrativos revestidos de todos os atributos que os cercam e sujeitos aos princípios orientadores da administração pública.

#### *4.3. Da consideração de procedimentos licitatórios realizados por empresas concessionárias de serviço público como atos de império*

Ocorre que, em alguns casos, as entidades delegadas, ou seja, as concessionárias de um determinado serviço público, por causa da natureza do poder concedido por meio de uma licitação, vêem-se, também, obrigadas legalmente a realizar procedimentos licitatórios.

Nesses casos, a licitação não constitui mera formalidade gerencial, posto que representa, por força de lei, exercício direto do poder delegado, mormente quando se examinam hipóteses de contratações de bens e serviços ou casos de posteriores concessões públicas decorrentes do serviço concedido.

Patente é o caso constante do art. 21, inciso XII, alínea ‘c’, da Constituição Federal, segundo o qual “compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeronáutica”.

Vê-se, portanto, que a exploração, ou melhor, a administração da infra-estrutura

aeronáutica constitui um serviço público passível de concessão, como, de fato, ocorre na maioria dos grandes aeroportos nacionais. À Infraero – Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeronáutica, empresa pública criada por lei, foi delegado tal poder, por exemplo.

Assim, na condução de suas atividades, a Infraero necessita lançar mão de prerrogativas inerentes à administração pública, específicas do serviço concedido. Uma delas é a concessão de uso de áreas públicas, que apenas pode ser realizada mediante procedimento licitatório.

Como considerar, então, a natureza desses atos necessários ao deslinde da imperiosa licitação? Admiti-los como passos substancialmente formais e de gestão, por certo, não parece ser o melhor caminho.

Essas hipóteses consubstanciam, claramente, o exercício do poder de império da entidade detentora dos poderes delegados/concedidos pela administração pública. São, no sentido da legislação que regula o mandado de segurança, atos de autoridade, e os autores de eventuais ilegalidades ou abusos de poder, quando da sua implementação, serão passíveis de serem enquadrados como autoridades coatoras.

Isso equivale a dizer que a licitação, cujo objeto é a contratação de bens ou serviços ou a concessão de área pública – atos necessários ao desempenho da atividade delegada pela administração –, afeta o cerne da atividade pública federal, de sorte que sua revisão pode dar-se pela via do remédio constitucional aqui examinado.

No caso da Infraero, hipótese aqui escolhida, licitar e contratar compõem o serviço público delegado de “explorar a infra-estrutura aeronáutica”. Portanto, eventuais desvios desses atos poderão ser atacados em sede de mandado de segurança.

#### *4.4. Da hermenêutica constitucional*

O *caput* do artigo 37 da Constituição Federal representa motivo suficiente para se concluir pela procedência de tal raciocínio.

Conforme revela o dispositivo: “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

A Carta Magna, dessa maneira, em casos como o de licitações, equipara as empresas públicas à administração direta, às autarquias e às fundações públicas, tornando possível que atos daquelas empresas possam ser, do ponto de vista literal do art. 37, impugnados na via mandamental.

Esse entendimento está categoricamente articulado no parecer emitido pelo ilustre Procurador Regional da República da 1ª Região Odim Brandão Ferreira, nos autos do recurso de apelação em mandado de segurança nº 2000.34.00.000215-5/DF.

“Tal conclusão, apoiada no teor literal do art. 37, parece confirmada pelo critério de interpretação mais importante – o teleológico – de modo a se sobrepor ao argumento sistemático, baseado no art. 173 da CF, que, hoje, tenho por equivocado e, que, outrora, me levou a negar o cabimento do mandado de segurança em casos desta espécie. A finalidade do art. 37 consiste em submeter o Estado – quer sob a aparência clássica da administração direta, quer sob as formas modernas da administração indireta – a controles uniformes, em pontos sensíveis. Assim, seria contrário à finalidade constitucional permitir que o Estado se subtraia do rápido controle do mandado de segurança, apenas porque empregou formas privadas de realizar serviços públicos. De resto, a EC 19/1998 parece ter caminhado na direção do reconhecimento de que, ao desempenharem certas atividades, as empresas públicas e sociedades de economia mista estão investidas de poder público. Tanto assim, que importou para o artigo que sujeita tais pessoas jurídicas ao regime da inicia-

tiva privada a seguinte imposição: ‘licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública’, na forma de lei própria (§1º, II)”.

### 5. Conclusão

É arrimado nesses motivos que o presente autor cultiva a sua inconformidade – já anteriormente citada – e procura, assim, demonstrar quão danosos podem ser os efeitos do aparente lapso de interpretação observado na produção jurisprudencial hoje dominante.

Conduzir um procedimento licitatório, por imposição legal, quando do exercício da concessão de um serviço público, indubitavelmente representa um ato dotado de imperiosidade administrativa, sujeito, portanto, ao controle judicial por meio do mandado de segurança. Privar a coletividade da utilização de um importante remédio cons-

titucional em casos como esses não só compromete a lisura e legitimidade da atuação pública, como também enfraquece um instrumento de defesa da ordem democrática, conquistado a tão duras penas.

### Bibliografia

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Parcerias na administração pública*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Empresa estatal pode exercer o poder de polícia*. Boletim de direito administrativo, [S. l.], v. 9, n. 2, p. 98-103, fev. 1993.

# Tortura

## Um estudo crítico de sua digressão histórica

Adriana de Andrade Roza

### Sumário

1. Intróito: a preservação da integridade física e/ ou moral como direito humano fundamental. 2. Das atrocidades da dita barbárie pré-clássica. 3. Da tortura instituída. 4. Da progressiva rejeição da tortura, graças à influência de Cesare Beccaria, à sua positivação no art. 5º, III e XLIII, da Carta Magna e na Lei 9.455/97. 5. Conclusão.

#### *1. Intróito: a preservação da integridade física e/ ou moral como direito humano fundamental*

A tortura é um tema por demais envolvente: para uns causa repugnância e/ou desprezo; para outros, seduz. Destarte resolveu-se escolher esse tema tão fascinante e expor um breve estudo crítico sobre sua digressão histórica, até a vedação constitucional de sua prática positivada no art. 5º da Carta Magna e na Lei 9.455/97. A preservação da integridade física e ou moral humana constitui direito humano fundamental de primeira geração, cláusula pétreia nos termos do art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal.

#### *2. Das atrocidades da dita barbárie pré-clássica*

A tortura, conforme definiu FOUCAULT (2001, p. 30-31)<sup>1</sup>, é uma forma de dominação sobre o corpo, por meio da produção de

Adriana de Andrade Roza é estudante do Curso de Direito da faculdade de Direito do Recife – UFPE.

uma certa quantidade de sofrimento que se possa, se não medir exatamente, ao menos apreciar, comparar e hierarquizar.

A história da tortura poderia ser dividida basicamente em três fases (cf. MATTOSO, 1986, p. 35-36). A primeira fase é a das atrocidades tribais da dita barbárie pré-clássica. A segunda é a tortura institucionalizada das tiranias e impérios antigos, medievais e modernos – as colônias. A terceira é a tortura, quase sempre clandestina, das Repúblicas e das Ditaduras contemporâneas. Essa tem sido a divisão, embora um tanto simplificada, adotada pelos historiadores Alec Mellor, francês, e Ryley Scott, inglês.

Na primeira fase, a tortura funciona como ritual de iniciação à vida adulta e à religião ou de vingança contra os inimigos capturados. O dever do guerreiro era agüentar com bravura e firmeza, sem gritar nem implorar piedade, e assim os torturadores procuravam torná-la o mais dolorosa possível, a fim de fazer a vítima fraquejar. Como resultado, a iniciação de um guerreiro em sua tribo acabava, muitas vezes, em morte, citar-se-ão exemplos: tribos da Guiana iniciavam seus meninos com um dança de açoiamento, aborígenes da Oceania e nativos da África oriental mutilavam os órgãos genitais, entre outros rituais primitivos de iniciação à vida adulta.

“As mais antigas civilizações, como a egípcia, babilônica, assíria e persa, tiveram seus castigos devidamente catalogados e classificados. Cerca de 2.000 anos antes de Cristo, a chamada pena de talião (olho por olho, dente por dente) já estava presente no código de Dungi (o rei sumério da lei sumária), que inspirou o código de Hamurábi (rei babilônico), que por sua vez teria inspirado a legislação hebraica (Tora ou Pentateuco) e grega (código turiano, por exemplo)” (MATTOSO, 1986, p. 37).

Entre os gregos, a tortura probatória era aplicada tanto aos escravos, quanto aos estrangeiros e cidadãos livres. Demóstenes

a descreve como “um meio seguro de obter evidência” (MATTOSO, 1986, p. 38). Os romanos, por sua vez, grandes conquistadores, aperfeiçoaram a herança grega incrementando, praticamente, todos os tipos de suplícios da antiguidade. A tortura probatória, em Roma, era denominada *quaestio* (cf. MATTOSO, 1986, p. 38-39). São exemplos de tormentos empregados pelos romanos: *tormentum ignis* (do fogo), *tormentum famis* (da fome), *tormentum sitis* (da sede), entre outros.

Entre as penas capitais, havia a crucificação, que era um método de asfixia lenta e gradual. Muitos foram os cristãos crucificados: Jesus, São Pedro e Santo André são exemplos. Com a perseguição aos seguidores de Cristo, abriu-se uma nova faceta para a tortura probatória: “em vez da confissão de um crime, o que se exigia era a renegação da fé” (MATTOSO, 1986, p. 40).

### 3. Da tortura instituída

A segunda fase é o símbolo da tortura institucionalizada com a Santa Inquisição. O termo *inquisitio* também significa inquérito, investigação ou interrogatório e tornou-se sinônimo dos Tribunais do Santo Ofício. Destarte, revelou-se uma nova faceta da tortura: a intimidação.

Vale a pena ressaltar que a tortura não era monopólio da igreja, uma vez que, ainda na Idade Média, os Estados europeus incorporaram torturas probatórias e/ou punitivas<sup>2</sup>. A Igreja reprovava a tortura feita por tribunais civis e exigia a imunidade do clero aos suplícios judiciários.

A obra mais notória sobre o uso da tortura pela Igreja é “O manual dos inquisidores” de Nicolau EMÉRICO (1972). Essa obra traz o seguinte sobre a finalidade desse suplício: “aplicar-se-lhe-á a tortura, a fim de lhe poder tirar da boca toda a verdade” (p. 42). E a seguir complementa: “tortura-se o acusado, com o fim de o fazer confessar seus crimes” (p. 63).

A *quaestio* romana (MATTOSO, 1986, p. 44) foi herdada pela França, que, não sa-

tisfeita, a aperfeiçoou em duas categorias: a *question préparatoire* (preparatória) e a *question préalable* (prévia). Aquela é a que ocorre antes da confissão do crime; esta é a prévia à condenação capital, com o intuito de obter delação dos supostos cúmplices. De acordo com o grau de severidade, a *question* se subdividia ainda em *ordinaire*, que significava dose normal, e a *extraordinaire*, que seria a dose dupla.

Países como Inglaterra<sup>3</sup>, Alemanha e Rússia também se utilizaram fartamente da tortura laica e profana, a fim de compensar a falta de uma Inquisição soberana.

“Os tribunais de Inquisição não seguiam ordem jurídica alguma e os processos não obedeciam às formalidades do Direito. Estimulava-se a delação, que formalizava a peça acusatória. A denúncia oral fazia-se com as mãos sobre o Evangelho, como juramento, e, a partir daí, o inquisidor tramitava o processo, mantendo oculta a identidade do denunciante. A obrigação de denunciar os hereges era permanente” (EVARISTO, 1986, p. 287-288).

Em suma, a Inquisição virou sinônimo de tortura e, realmente, fez jus à fama, visto as condenações à fogueira terem virado rotina e os tribunais eclesiásticos terem se espalhado por toda a Europa.

#### *4. Da progressiva rejeição da tortura, graças à influência de Cesare Beccaria, à sua positivação no art. 5º, III e XLIII, da Carta Magna e na Lei 9.455/97*

Com a evolução dos tempos, a Igreja envolveu-se com as idéias humanistas e minorou os procedimentos medievais, estabeleceu igualdade de todos perante a Justiça e, assim, restringiu a prática de torturas e detenções preventivas.

“O humanista cristão João Vives, em seu comentário a *De Civitate Dei*, de Santo Agostinho, rejeita decididamente a tortura: como podem viver

tantos povos, inclusive bárbaros, como dizem os gregos e latinos, que permitem torturar durissimamente um homem de cujos delitos se duvida? Nós, homens dotados de todo senso humanitário, torturamos homens para que não morram inocentes, embora tenhamos deles mais piedade do que se morressem: muitas vezes os tormentos são, de longe, piores do que a morte...” (EVARISTO, 1986, p. 39).

Apesar de vários eventos terem contribuído para o declínio da era institucional da tortura, talvez o principal tenha sido a publicação da obra “Dos delitos e das penas” de Cesare BECCARIA (2000)<sup>4</sup>, em 1764. Não só este, mas também outros iluministas, como Voltaire e Bayle, posicionaram-se contrariamente à tortura. Levantar-se-ia, então, a tese da injustiça e ineficácia da tortura. No entanto, em 3 de fevereiro de 1766, o Santo Ofício incluiu no *Index* de livros proibidos a magnífica e revolucionária obra de Beccaria.

Poder-se-ia dividir a história da tortura em antes e depois de Beccaria; este foi extremamente à frente do seu tempo: denunciou a crueldade dos suplícios e julgamentos secretos e a prática da tortura como meio de obter a prova do crime – confissão. Defendeu a nobre idéia de homens iguais e livres perante as leis. Destarte, Beccaria exerceu influência decisiva na reformulação da legislação vigente à época e estabeleceu os conceitos fundamentais das legislações que se sucederam, inclusive na atual Lei 9.455/97 (Lei da Tortura).

Segundo os ensinamentos de BECCARIA (2000, p. 39)<sup>5</sup>, quando for utilizada a tortura como meio para abstrair a inocência ou culpa de um indivíduo, prevalecerá a lei do mais forte: “entre dois homens, igualmente inocentes ou igualmente culpados, o mais robusto e corajoso será absorvido; o mais débil, contudo, será condenado” (2000, p. 39). Na síntese de seu pensamento, a tortura era vista como um meio certo de condenar o inocente e absolver o criminoso forte, tudo se resumiria à mensuração da força física do pretense cul-

pado. Ao inocente tão-somente restará gritar que é culpado, a fim de se cessarem os tormentos a ele infligidos; o mesmo meio usado para distinguir o inocente do criminoso fará desaparecer qualquer distinção entre ambos. Assim, quem tem mais a perder com a tortura é o inocente, que poderá terminar confessando um crime que não cometeu ou, se tiver sorte, poderá ser absolvido, mas só depois de já ter passado por vários suplícios, que não os fez por merecer.

Apesar de formalmente extinta, a tortura entra, no século XX, em sua terceira fase: a do apogeu extra-oficial ou clandestino. Ainda hoje, é grande a influência de Beccaria nas legislações vigentes, no entanto, a tortura ainda sobrevive, principalmente nos países subdesenvolvidos e/ou nos em via de desenvolvimento. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 condena a prática da tortura na clandestinidade (art. 5º), fundamentada na dignidade da pessoa humana e nos direitos humanos. Vigem, também, a Lei 9.455/97 (Lei da Tortura), que afirma o seguinte no art. 1º, § 6º: “o crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia”. No entanto, são poucos os casos de tortura oficialmente registrados no Brasil, uma vez que quem é torturado sente-se quase sempre intimidado para denunciar os culpados; não é tão-somente uma questão de falta de coragem, mas também de medo de represálias por parte dos torturadores ou de membros das organizações/corporações da qual estes últimos, normalmente, fazem parte.

## 5. Conclusão

Em suma, quem é torturado quer esquecer o suplício, quem torturou quer a impunidade de uma legislação que vige, mas não obtém a eficácia social almejada. A ineficácia da Lei da Tortura deve-se sobretudo à tolerância dispensada à prática desse tormento, o qual mascara o conflito de duas forças poderosas: a luta do homem pela dominação de seus semelhantes, por poder e prestígio, e os direitos à vida e à integridade

física e/ou corporal humana. Resta-nos, destarte, lutar para que os direitos humanos, presentes na Carta Magna, não sejam tão brutalmente desrespeitados e para que seja dada a devida importância à Lei 9.455/97, a fim de coibir o delito de tortura.

## Notas

<sup>1</sup> Eis o que afirma FOCAULT (2001, p. 31): “O suplício repousa na arte quantitativa do sofrimento. Mas não é só: esta produção é regulada. O suplício faz correlacionar o tipo de ferimento físico, a qualidade, a intensidade, o tempo dos sofrimentos com a gravidade do crime, a pessoa do criminoso, o nível social de suas vítimas”.

<sup>2</sup> “O suplício faz parte de um ritual. É um elemento da liturgia punitiva, e que obedece a duas exigências. Em relação à vítima, ele deve ser marcante: destina-se, ou pela cicatriz que deixa no corpo, ou pela ostentação de que se acompanha, a ‘purgar’ o crime, não reconcilia; traça em torno, ou melhor, sobre o próprio corpo do condenado sinais que não devem se apagar; a memória dos homens, em todo caso, guardará a lembrança da exposição, da roda, da tortura ou do sofrimento devidamente constatado” (FOCAULT, 2001, p. 31-32).

<sup>3</sup> “Já em 1760, se havia tentado na Inglaterra (por ocasião da execução de Lord Ferrer) uma máquina de enforcamento (um suporte, que se escamoteava por baixo dos pés do condenado, devia evitar as lentas agonias e as alterações ocasionadas entre a vítima e o verdugo). Foi adotada e aperfeiçoada definitivamente em 1783 (...)” (FOCAULT, 2001, p. 15).

<sup>4</sup> “Cesare Bonesana, marquês de Beccaria, nasceu em 15 de março de 1783, em Milão. Estudou no colégio jesuíta de Parma, formou-se em Direito na Universidade de Parma, em 1758. De 1768 a 1771, ocupou a cátedra de Economia nas Escolas Palatinas de Milão. Foi nomeado conselheiro do Supremo Conselho de Economia; enquanto membro desse Conselho, supervisionou uma reforma monetária e lutou pelo estabelecimento do ensino público. Em 1791, participou da junta que elaborou uma reforma no sistema penal.(...) O marquês de Beccaria morreu em Milão, em 24 de novembro de 1794.” (2000, p. 125).

<sup>5</sup> “Efetivamente, o inocente submetido à tortura tem tudo contra si: ou será condenado por confessar o crime que não cometeu, ou será absolvido, porém após ter passado por tormentos que não mereceu. Os culpados, ao contrário, tem por si um conjunto favorável; será absolvido se souber su-

portar a tortura com coragem, e fugirá aos suplícios que pesavam sobre si, sofrendo após ter passado por tormentos que não mereceu” (2000, p. 40).

### *Bibliografia*

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BRASIL. *Código Penal*. Colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto et al. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto et al. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 362 p.

EMÉRICO, Nicolau. *O Manual dos Inquisidores*. Lisboa: Edições Afrodite, 1972.

EVARISTO, D. Paulo. *Brasil Nunca Mais: Um Relatório para História*. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 1986.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 24. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.

MATTOSO, Glauco. *O que é tortura*. São Paulo: Nova Cultural, 1986.

**Seção Resenha Legislativa da  
Consultoria Legislativa do Senado Federal**

# Desenvolvimento e equidade social: o Brasil visto de Taiwan

Marcos Mendes

## Sumário

O modelo de desenvolvimento de Taiwan. O modelo de desenvolvimento brasileiro. Lições de experiência de Taiwan. É preciso solucionar a restrição externa. Promoção comercial: estimular exportações sem distorcer os sinais de mercado. A melhor política social é o emprego. A importância da consistência de longo prazo. Conclusão.

Quando o juiz deu por encerrada a partida final da copa do mundo de 2002 – Brasil 2 x 0 Alemanha –, Ronaldo Nazário era um homem realizado: campeão do mundo, craque do jogo e da Copa, artilheiro do torneio. Tudo isso pouco depois de um ano de uma sucessão de cirurgias que quase o incapacitaram para o esporte. No momento de euforia, tirou vigorosamente a sua camisa amarela número 9 e a arremessou para a torcida.

Em Taiwan, onde o futebol não está entre os esportes favoritos da população, alguns homens vibraram com essa imagem vitoriosa.

Eram executivos da indústria têxtil local, que viam pela televisão a imagem de seu produto de última geração: as camisas esportivas *dry fit*, de tecido duplo, que absorvem o suor do atleta e permitem a sua rápida evaporação, deixando o corpo do esportista confortavelmente seco durante toda a disputa. Quando Ronaldo tirou a camisa, pôde-se ver, com clareza, que o uni-

Marcos Mendes é Consultor Legislativo do Senado Federal. Doutor em Economia.

Este artigo é o resultado da participação do autor no *International Trade Promotion Workshop 2002*, promovido pelo *Internacional Cooperation and Development Fund*, órgão do governo de Taiwan dedicado à cooperação e assistência técnica em assuntos referentes a desenvolvimento econômico. O *Workshop* foi realizado no período de 12 a 26 de novembro de 2002, na cidade de Taipei – Taiwan.

forme tinha um forro interno, como uma segunda veste. Essa imagem era a garantia de um crescimento de vendas do produto em todo o mundo nos próximos meses. Era também a confirmação de que a pequena ilha de Taiwan, que há menos de quarenta anos era tão pobre quanto o Haiti, estava agora na ponta do desenvolvimento tecnológico mundial.

Um país que consegue um desenvolvimento econômico tão rápido e vigoroso merece ser olhado com um pouco mais de atenção por aqueles que, como o Brasil, têm dificuldade para fazer crescer a renda *per capita*, a igualdade social e a estabilidade macroeconômica. Como mostra o documento “*Agenda Perdida*”, recentemente divulgado por um grupo de economistas, “o Brasil não cresce há vinte anos. Comparadas às décadas de 60 e 70, as duas últimas décadas se caracterizam pela persistência de um crescimento quase nulo da renda por habitante” (LISBOA, 2002, p. 6).

Taiwan é hoje um país quase desenvolvido. Andando por suas ruas, é possível perceber uma população bem vestida e bem alimentada. Mendigos são uma raridade, encontrados em número muito inferior aos de Londres ou Nova York. Inimaginável seria encontrar crianças pedintes e maltrapilhas, como as que abundam nas grandes e médias cidades brasileiras. O sistema de transportes públicos é impecável e de grande capilaridade. A capital, Taipei, ostenta um sistema de metrô – inaugurado há três anos, e ainda em expansão – extremamente eficiente e que supera em qualidade de serviço sistemas exemplares, como o de Paris. O metrô está integrado ao sistema de trens que liga Taipei às cidades vizinhas e ao sistema de ônibus urbanos. As estações centrais desses transportes estão estrategicamente situadas, lado a lado, no centro da cidade.

A qualquer lugar que se vá em Taipei, há um mar de pequenas motocicletas – *scooters* – pelas ruas. Às vezes famílias inteiras equilibram-se em uma única moto, e ainda levam bagagens, como cestos com compras,

colchões ou móveis. Se um décimo desses motociclistas resolvesse andar de carro, Taipei teria engarrafamentos insolúveis, capazes de gerar “inveja” aos 180 quilômetros diários de congestionamento da cidade de São Paulo.

As *scooters* não são apenas um símbolo visual e cultural do país. Elas são uma sinalização da boa distribuição da renda. A maioria da população não é rica o suficiente para comprar um carro, mas todos podem ter uma moto, que facilita o deslocamento até à estação mais próxima do metrô.

As moradias também indicam que não se está em um país de primeiro mundo. Vê-se, por quase toda a capital, prédios com aparência de antigos, mal construídos ou mal conservados. Provavelmente mais da metade da população vive em residências com pouco conforto. É muito comum a visão de prédios situados muito próximos a viadutos, com moradores expostos à fumaça e ao barulho, como aqueles edifícios debruçados sobre o minhocão em São Paulo ou colados ao elevado Paulo de Frontin, no Rio de Janeiro. Mas não se vê qualquer tipo de favela, palafita ou moradia improvisada.

A todo momento as cenas de rua nos indicam que estamos em um país que foi pobre e está caminhando rapidamente para a riqueza: barraquinhas de rua, oferecendo comidas típicas de forte odor e qualidade sanitária suspeita, instalam-se em frente a modernas lojas que ofertam *notebooks* e câmeras digitais a preços inacreditavelmente baixos. O grande número de pedestres e motociclistas usando máscaras de pano indica que a ânsia do crescimento não deixou muito espaço para o controle da poluição.

De fato o crescimento da renda de Taiwan nos últimos 40 anos foi meteórico. Em 1961 a renda per capita do país era de US\$ 152, pouco mais da metade do valor apurado para o Brasil no mesmo ano (US\$ 270). Em 1970 Taiwan ainda estava atrás do Brasil: US\$ 389 contra US\$ 457.

No ano 2000, Taiwan havia atingido uma renda *per capita* três vezes e meia maior

que a do Brasil: US\$ 12.000 contra pouco mais de US\$ 3.500. O crescimento médio anual do PIB taiwanês no período 1962-95 foi de 9%, quase o dobro da taxa de 5% obtida pelo Brasil no mesmo período (WU, 2002; BANCO Central do Brasil).

O mais interessante é que, enquanto Taiwan crescia rapidamente, a sua distribuição de renda não se deteriorava, enquanto o Brasil não conseguiu reverter a extrema desigualdade herdada dos séculos coloniais. Em 1995, as famílias que se encontravam entre as 20% mais ricas em Taiwan tinham renda apenas 5,34 vezes maior que as famílias que compunham o grupo dos 20% mais pobres<sup>1</sup>. No Brasil essa diferença era de 28 vezes!<sup>2</sup>.

Também chama atenção o fato de que Taiwan não acumulou dívida externa ao longo do seu processo de crescimento. Pelo contrário, o país dispõe de reservas internacionais equivalentes a US\$ 157 bilhões (50% do PIB), contra uma dívida externa irrisória de US\$ 55 milhões<sup>3</sup>. O Brasil exibe situação inversa: uma dívida externa de US\$ 165 bilhões (32% do PIB) (BANCO Central do Brasil), já tendo passado por duas moratórias, em 1982 e 1987. Tais moratórias foram seguidas de penosas renegociações com os credores, além de inúmeros acordos com o FMI, para sanar a aguda escassez de divisas.

Taiwan também não precisou recorrer ao financiamento inflacionário para viabilizar os investimentos de sua arrancada econômica. A inflação anual média no período 1961-95 foi de 6,4%. No Brasil a inflação média anual nesse período atingiu 257%! Tampouco existe uma dívida pública desconfortável, que equivalia, em 2001, a 32% do PIB, enquanto no Brasil o setor público deve o equivalente a 60% do PIB<sup>4</sup>.

E não é demais lembrar que Taiwan obteve todo esse sucesso enfrentando condições bastante adversas. A formação moderna do país se deu a partir de 1949, quando lá desembarcaram os chineses expulsos pela revolução comunista, sob o comando do líder nacionalista Chang Kai Chek. Desde

então Taiwan vive uma situação de hostilidade e conflito iminente com a China continental – tendo vivenciado diversos episódios de conflito armado nos primeiros anos –, o que consome grandes quantias de recursos nacionais.

O orçamento do ministério da defesa, por exemplo, representa 24% das receitas fiscais totais, drenando recursos que poderiam estar sendo empregados em investimentos produtivos. Há a necessidade de se manter um estoque de alimentos, para o caso de a ilha vir a ser isolada. Para tanto, além da importação acima das necessidades de consumo diário, Taiwan subsidia os produtores agrícolas e dá a eles um insumo extremamente escasso na ilha: a água doce. Os agricultores contribuem com pouco mais de 2% do PIB e consomem quase metade da água disponível<sup>5</sup>.

Hoje, a China continental tem 64 mísseis nucleares apontados para a ilha, que considera como província rebelde. E faz uma política externa visando isolar o país dos fóruns econômicos e políticos internacionais. Taiwan está fora da ONU e só conseguirá ingressar na Organização Mundial do Comércio após a aceitação da China, o que representa uma espera de 12 anos.

Não bastasse o poderoso inimigo internacional, Taiwan ainda tem que lidar com terremotos e tufões que atingem seu território de tempos em tempos. Em setembro de 1999, um terremoto vitimou quase 2 mil pessoas, feriu outras 4 mil e destruiu 30 mil residências (QUAKE of the century, 1999?). A área geográfica da ilha é extremamente pequena (36 mil Km<sup>2</sup>), um pouco maior que o estado de Alagoas (28 mil Km<sup>2</sup>), sendo que quase um terço da ilha é composta por montanhas que não podem ser habitadas e não são passíveis de exploração econômica. Não há recursos naturais disponíveis e as condições do solo não são favoráveis à agricultura.

Como é que em condições tão adversas esse país conseguiu sair da pobreza extrema e entrar no século XXI como candidato a país rico?

## *O modelo de desenvolvimento de Taiwan*

Ao final da década de 50, Taiwan era um país com abundância de mão-de-obra de baixa qualificação e sem capital para realizar investimentos. Precisava importar quase todos os produtos para consumo cotidiano, inclusive comida. Não havia mercado interno porque os habitantes eram poucos e pobres. Sobrevivia-se, nos primeiros anos, em função da ajuda econômica dos Estados Unidos, que doava recursos aos inimigos dos comunistas instalados no continente.

Para superar essa situação, montou-se um modelo econômico voltado para o uso intensivo do único insumo abundante: mão-de-obra. E era preciso empregar essa mão-de-obra na produção de bens exportáveis, para gerar as divisas necessárias à importação de alimentos e demais bens de consumo. Os taiwaneses compreenderam muito cedo que obter dólares era uma questão de vida ou morte. E a única forma de fazê-lo era por meio da exportação.

Criou-se, então, um modelo de exportar para poder importar. A base da economia foi a pequena empresa, que produzia manufaturas a baixo custo (brinquedos, produtos têxteis, calçados), para as quais havia imensos mercados nos países desenvolvidos, em que o custo mais alto da mão-de-obra tornava os similares nacionais não competitivos. Se fosse produzir para o mercado interno, as empresas de Taiwan iriam vender “meia dúzia” de sapatos. No mercado externo, o céu era o limite.

Uma consequência imediata desse modelo foi o crescimento com inclusão social. A população, embora recebendo, inicialmente, baixos salários, foi rapidamente empregada. A taxa de desemprego em Taiwan nos últimos 30 anos sempre ficou abaixo de 3%<sup>6</sup>. No Brasil o IBGE calcula, para as regiões metropolitanas, uma taxa média de 6,6% nos últimos 30 anos e o DIEESE estima em 17% a média para os últimos cinco anos.

A base da economia de Taiwan, até hoje, é formada por pequenas e médias empresas que, reconhecidamente, são as que mais geram empregos: 98% das empresas do país são pequenas e médias empresas (com faturamento de até US\$ 3 milhões/ano), contribuindo com 35% do PIB e mais de 50% das exportações<sup>7</sup>.

Com quase toda a população empregada, tornaram-se menos importantes as políticas de assistência social e complementação de renda, evitando-se um ônus adicional ao setor público, que pôde concentrar os seus gastos na construção de uma infraestrutura de transportes e logística que facilitasse os negócios privados e as exportações. À medida que Taiwan conquistava novos mercados externos, os salários subiam. Entre 1960 e 2000, os salários de trabalhadores iniciantes na indústria cresceram, em dólar, 100 vezes<sup>8</sup>.

Outro importante pilar do modelo econômico foi o investimento em educação e o acúmulo de capital humano. Em 1965 Taiwan já havia atingido a taxa de 97% das crianças matriculadas na educação fundamental, meta que o Brasil só atingiu no ano 2000. Em 1975, 89% dos jovens de Taiwan em idade de cursar o ensino secundário estavam efetivamente matriculados nesses cursos. No Brasil, em 2000 essa taxa estava em torno de 36%. Outra característica interessante do sistema educacional de Taiwan foi o direcionamento do currículo para as necessidades do mercado de trabalho. Assim, em 1988, para cada vaga no ensino secundário acadêmico, destinado a alunos que desejavam ir para a universidade, havia duas vagas no ensino secundário vocacional, voltado para alunos que desejavam ingressar no mercado de trabalho ao final dos estudos secundários. À medida que a economia foi migrando de uma estrutura manufatureira para uma especialização em tecnologia e serviços, o ensino secundário acadêmico ganhou espaço, passando a ter uma vaga para cada 1,14 vagas no ensino vocacional<sup>9</sup>.

Com uma população altamente escolarizada e dispondo de dólares, os taiwaneses puderam importar produtos de tecnologia avançada e copiar as tecnologias neles contidas. Criou-se, com isso, um modelo de desenvolvimento em que a produção industrial foi gradualmente se sofisticando e incorporando tecnologia e valor agregado. A indústria têxtil é um exemplo dessa evolução: de fabricante de tecidos sintéticos de baixo custo, ela se transformou, paulatinamente, em criadora de “tecidos inteligentes” para uso esportivo, como a camisa usada por Ronaldinho e grande parte das seleções na Copa do Mundo. De fabricantes de toscas bicicletas, utilizadas como meio de transporte no meio rural, Taiwan passou à posição de principal fabricante mundial de bicicletas esportivas.

Essa evolução foi forçada pelo próprio sucesso do modelo exportador, como mostra um relatório governamental: “Na década de 1980, Indonésia, Malásia e Tailândia engajaram-se no desenvolvimento de suas economias, canalizando a mão-de-obra doméstica barata e lucrativa para desenvolver as indústrias de mão-de-obra intensiva e dirigir-se diretamente ao mercado mundial. (...) Enquanto isso, a competitividade de muitas indústrias de mão-de-obra intensiva de Taiwan diminuiu quando o Novo Dólar de Taiwan se valorizou [em função do acúmulo de reservas internacionais] e os salários aumentaram acentuadamente. Isso forçou algumas indústrias a melhorar os seus padrões técnicos em um ritmo muito mais rápido que o originalmente planejado” (TAIWAN, 1999a).

Ou seja, o sucesso do modelo exportador de Taiwan (e de Japão e Coréia do Sul) induziu economias vizinhas a adotar o mesmo caminho. Como Taiwan estava duas décadas mais adiantada que Indonésia, Malásia e Tailândia no desenvolvimento desse modelo, os seus salários já estavam mais altos, os terrenos e imóveis já estavam mais valorizados e a própria moeda do país também se valorizara, e isso representava

custos mais altos. Era, portanto, necessário evoluir para um novo patamar, vendendo produtos diferentes daqueles oferecidos pelos novos concorrentes.

O investimento governamental em pesquisa tecnológica, em que se destaca o Parque Científico Industrial de Hsinchu, inaugurado em 1981, permitiu que essa corrida em busca da sofisticação chegasse até à indústria de eletrônica e informática. Em 1987 apenas 24,2% das exportações do país eram representadas por produtos intensivos em tecnologia. Em 1995 esse percentual chegava a quase 50%<sup>10</sup>.

A contribuição do governo para esse processo não se restringiu a investimento tecnológico e a incentivos fiscais e creditícios à exportação. Parece ter sido fundamental a obstinação em manter o equilíbrio macroeconômico, evitando a tentação de financiar o crescimento por meio da emissão de moeda e da inflação; bem como a preocupação de se criar um ambiente institucional que desse segurança aos investidores externos para levarem seus capitais para Taiwan. Assim, medidas como controles de remessas de lucros, moratórias em débitos externos e quebras unilaterais de contratos foram, desde cedo, banidas das políticas governamentais.

### *O modelo de desenvolvimento brasileiro*

A política de desenvolvimento de Taiwan contrasta com o que se fez no Brasil. Aqui, embora tivéssemos uma exuberância de recursos naturais, inexistentes em Taiwan, éramos igualmente pobres em capital e tínhamos abundância de mão-de-obra. Mas, em vez de investirmos em um modelo de produção que usasse intensivamente a nossa mão-de-obra, optamos por uma industrialização intensiva em capital. Assim, já na década de 40, o governo fazia grande esforço para implantar uma indústria de aço no país, com a criação da Companhia Siderúrgica Nacional. E esse padrão se repetiu ao

longo das décadas seguintes, com a vinda das indústrias automobilísticas e o desenvolvimento de indústrias de base, como o setor petroquímico.

Essa opção parece ter sido determinante de várias mazelas e desequilíbrios econômicos que carregamos até hoje. Em primeiro lugar, ao optar por um modelo industrial capital-intensivo, sem dispor desse capital, o país precisou pagar para obter tal insumo. É verdade que boa parte do capital veio espontaneamente para o país, mediante investimentos diretos estrangeiros. Mas boa parte dos investimentos foi financiada por empréstimos externos. O país se endividava antes de criar a riqueza suficiente para pagar essa dívida.

Em segundo lugar, ao tentar “queimar etapas” desenvolvendo uma indústria capital-intensiva, o Brasil contrariava a lógica de mercado. Não havia capitais privados dispostos a investir em siderurgia ou em química fina em um país que não apresentava vantagens comparativas nessa área. A solução, então, foi substituir o investimento privado pelo investimento estatal. O governo passava a se envolver diretamente na produção. Durante muitas décadas, as maiores empresas brasileiras eram estatais: Siderbrás e Petrobrás são dois claros exemplos.

E como financiar o investimento público nessas atividades que deveriam ser privadas? A dívida externa pública e o imposto inflacionário foram as soluções encontradas. O modelo de desenvolvimento capital-intensivo implantado a partir dos anos 40 selava o destino de instabilidade macroeconômica (excessivo endividamento público interno e externo; inflação descontrolada) que seria vivido a partir da década de 80. Também se usou fartamente o mecanismo de estimular os investidores privados a importar capital, dando-se garantia estatal ao endividamento privado. Isso, mais tarde, significou a estatização da dívida externa privada, com a socialização dos custos do modelo de desenvolvimento. Possivelmente esse é um dos motivos para o fato de a

dívida pública brasileira ser hoje, em termos de PIB, o dobro da dívida pública de Taiwan.

Outra consequência do modelo de desenvolvimento capital-intensivo foi a atrofia da capacidade exportadora do país. Taiwan optou por começar exportando manufaturas baratas porque enxergou um mercado internacional para a colocação desses produtos. Os países desenvolvidos não estavam interessados nesse tipo de mercado e deixavam a porta aberta para a arrancada inicial da indústria manufatureira de um país pobre. Já o Brasil, ao produzir aço, carros e aviões, batia (e bate) de frente, no mercado internacional, com o interesse de países como Estados Unidos e Canadá, que têm muito mais capital e poder político nos fóruns internacionais.

O caso Embraer é um bom exemplo. O Brasil emprega um grande volume de recursos fiscais subsidiando a produção nacional de aviões, assim como o Canadá também subsidia a sua Bombardier. Qual dos dois países tem mais poder de fogo nessa briga de subsídios? E qual dos dois países tem mais condições de angariar aliados quando essa disputa comercial chega à mesa da OMC? Obviamente o Canadá e, com isso, as exportações brasileiras não deslancham, bloqueadas por competidores mais fortes. Ou, quando se consegue exportar, há um alto custo fiscal associado a essa venda.

É preciso levar em conta, também, que alguns produtos em que o Brasil tem fortes vantagens comparativas sofrem restrições comerciais nos EUA. É o caso, por exemplo, do suco de laranja. Mas essa constatação só reforça o argumento de que para alavancar exportações o país precisaria ter desenvolvido setores que fossem complementares – e não concorrentes – às economias desenvolvidas, para compensar o fato de já sermos naturalmente competidores em alguns segmentos.

Um outro problema fundamental gerado pelo modelo de industrialização capital-intensivo é que ele reforçou, em vez de remover, a restrição externa ao crescimento do país. Criou-se, no Brasil, uma sofisticada

indústria de bens de consumo, cujo ícone é o automóvel. Todavia essa indústria é altamente dependente de insumos e maquinário importado. Como tal indústria é voltada para o mercado interno, ela não gera as divisas necessárias para pagar suas importações. Em consequência, sempre que a economia começa a crescer mais rápido, há um salto nas importações sem um correspondente aumento de exportações: o resultado é uma crise no balanço de pagamentos. Temos um gigante com pés de barro.

Além disso, as indústrias intensivas em capital não geraram empregos suficientes, marginalizando grande parte da população, que fica sem perspectivas de trabalho. Quando os agricultores de Taiwan iam para as cidades em busca de emprego, ali encontravam um sem-número de microempresas oferecendo esses empregos. No Brasil, entre os milhares de agricultores que chegavam a São Paulo, apenas uns poucos afortunados conseguiam uma vaga na Volkswagen ou em uma empresa estatal. Os outros se acumulavam nas periferias, sobrevivendo de tarefas eventuais e de baixa produtividade.

O modelo brasileiro de estímulo estatal à industrialização capital intensiva parece ter sido determinante para a exclusão social e a má distribuição de renda. Somente os poucos privilegiados que conseguiam emprego na indústria capital-intensiva é que tinham capacidade de consumo. O mercado interno, portanto, era composto por esses privilegiados. Só eles tinham renda para comprar a produção da indústria nacional. Fechava-se um círculo. O mercado só crescia se a renda dos “incluídos” crescesse. Fosse o modelo um pouco mais preocupado com a produção e exportação intensiva em mão-de-obra, a paulatina absorção dos desempregados, via expansão das exportações, permitiria a sua inclusão no mercado interno. Talvez esteja aí uma explicação para o fato de a renda ser tão mais concentrada no Brasil do que em Taiwan.

Mas o desemprego não podia se acumular impunemente no Brasil, sob pena de con-

vulsão social. E por isso o modelo capital-intensivo gerou outro subproduto indesejado. O inchaço do setor público. Se a economia privada não era capaz de absorver a mão-de-obra que entrava no mercado de trabalho, os chefes políticos locais e nacionais passaram a receber pressões para empregar sua clientela no governo. Todos os níveis de governo, em especial os governos locais, deixaram, e até hoje deixam, de ter como função principal a oferta de bens públicos à população, passando, muitas vezes, a serem simples pagadores de salários, tendo em suas folhas de pagamento um contingente muito superior ao necessário.

Um claro exemplo da importância que o investimento e o emprego público ganharam na economia nacional está na construção da nova capital do país na década de 50. Juscelino Kubitschek, o grande líder desenvolvimentista do Brasil, não teve como principal projeto a construção de um modelo industrial ou a instalação de infra-estrutura pública que estimulasse ou agilizasse os negócios privados. O projeto de sua vida, e pelo qual é lembrado, foi a construção, com dinheiro público, de uma nova cidade. Prédios, ruas, monumentos. Nada que acrescentasse capacidade produtiva ou ganhos de produtividade à economia privada do país. Mas sim gastos públicos, que geravam emprego e transferências de renda dentro da sociedade, à custa de inflação e dívida pública crescente.

Como a maioria da população não tem acesso a emprego ou a contratos públicos, outra pressão é exercida sobre o erário: a demanda por gastos sociais que aliviem a pobreza dos desempregados e excluídos. Programas sociais como cestas básicas, renda mínima, subsídio para bens de primeira necessidade e aposentadoria rural aumentam, a cada ano, o contingente da população que vive de rendas públicas. Enquanto Taiwan resolveu o seu problema de pobreza por meio da geração de emprego privado e do crescimento do salário à medida que a geração de riqueza aumentava, no Brasil, a

economia privada, que gera as riquezas do país, precisa ser crescentemente tributada para sustentar as transferências de renda realizadas pelo setor público.

Junte-se a isso a amortização da dívida acumulada pelo setor público ao tomar no exterior o capital necessário para financiar o desenvolvimento capital-intensivo, e parece ficar claro o motivo pelo qual a dívida pública, em especial a dívida pública externa, disparou ao longo dos anos 60 e 70, levando à moratória externa e à *débâcle* das finanças públicas em 1982.

Desde então muito esforço tem sido feito no sentido de se promover um ajuste fiscal no país. Todavia, a grande importância do setor público na geração de emprego e renda (aí incluído o peso da previdência do setor público) e na “remediação” da pobreza, bem como a alta dívida pública, impedem uma redução significativa do gasto público. Por isso o ajuste fiscal se tem feito pelo lado da receita. A carga tributária brasileira que era de 25% do PIB em 1991 chegou a 34% do PIB em 2001 e, mesmo assim, o governo ainda contribui negativamente para a formação de poupança nacional, consumindo recursos que poderiam estar sendo investidos no setor produtivo.

### *Lições da experiência de Taiwan*

Antes de se tentar extrair lições a partir da comparação de dois países, é preciso deixar claras importantes diferenças. Afirmar que o modelo de desenvolvimento aplicado a um país pequeno e sem recursos naturais, como Taiwan, seria adequado a um país de dimensões continentais e de natureza pródiga, como o Brasil, soa estranho. Ademais, as lições que interessam são aquelas que podem vir a ser aplicadas daqui para frente, com base na estrutura econômica de que o Brasil dispõe. Portanto, estão fora do cardápio propostas exóticas do tipo “abandone tudo e comece de novo, com uma indústria intensiva em mão-de-obra”. Até porque o momento histórico para essa estratégia já passou.

A primeira diferença que se deve enfatizar é que é natural que Taiwan tenha se devotado mais ao comércio exterior que o Brasil. Como mostra a literatura (FRANKEL; ROMER apud RODRIK; SUBRAMANIAN; TREBBI, 2002, p. 14), países pequenos têm maior propensão ao comércio. Isso é intuitivo: quanto menor a área geográfica, menores tendem a ser as disponibilidades de recursos naturais e insumos, bem como menor tende a ser a população e a escala do mercado interno. Assim, tais países tendem a buscar mercado, renda e insumos em outros países.

O Brasil, tendo população suficiente que garanta escala de produção para consumo interno, tem a opção de gerar renda e emprego investindo em setores não voltados à exportação. Também pode economizar divisas pela substituição de importações. Mas isso não afasta uma outra realidade: o país é carente em reservas internacionais e, por isso, precisa buscá-las por meio da exportação.

Uma outra diferença relevante é que, ao implantar o seu modelo exportador, Taiwan contou com condições favoráveis que não existem atualmente para o Brasil. O interesse estratégico dos EUA em auxiliar um adversário da China comunista garantiu a Taiwan um fluxo de capital estrangeiro, sem custos, que permitiu o financiamento inicial do desenvolvimento. Além disso, nos anos 60 e 70 havia menos concorrência no mercado internacional. A Coreia do Sul, forte concorrente de Taiwan, ainda não havia iniciado seu esforço de exportação. Hoje diversos países em todo o mundo descobriram a importância de ganhar mercados externos e a disputa é muito mais intensa. Não existem apenas Taiwan, Japão e Coreia exportando para todo o mundo, mas há também Singapura, Tailândia, China continental, Malásia, Vietnã. Outros países como Índia, Irlanda e México também entraram firmes na disputa.

O modelo de Taiwan foi implantado por uma ditadura política, que durou até 1996. Não havia espaço para demandas de gru-

pos de pressão internos que representassem aumentos nos custos de produção. Os trabalhadores, por exemplo, não podiam fazer greve. Do ponto de vista de eficiência do modelo exportador, esse era um ponto positivo, pois não havia atraso na entrega das encomendas no exterior, e os exportadores taiwaneses tornavam-se confiáveis para os importadores de todo o mundo. Mas do ponto de vista interno, tinha-se o custo da falta de direitos de expressão e reivindicação.

Se houvesse espaço para pressão e debate político na Taiwan dos anos 70, possivelmente o crescimento econômico seria menos intenso, dando lugar a questões como, por exemplo, a proteção ambiental, que eleva os custos de produção e restringe algumas atividades econômicas nocivas ao meio-ambiente.

Uma diferença relevante, no que diz respeito à distribuição de renda, é que logo no início do processo de desenvolvimento, nos anos 50, Taiwan promoveu uma ampla reforma agrária. A distribuição equitativa do principal patrimônio de uma economia agrária certamente teve forte impacto sobre a distribuição de renda. Com isso, Taiwan entrou no processo de desenvolvimento como um país pobre, porém, igualitário. Ao contrário do Brasil que, no início de sua industrialização, já tinha a renda bastante concentrada e milhares de ex-escravos e seus descendentes formando uma massa de pessoas pobres, sem instrução e sem patrimônio.

Apesar dessas diferenças, é possível tirar algumas lições para que o Brasil possa aprimorar o seu modelo econômico visando ao desenvolvimento econômico e à inclusão social.

### *É preciso solucionar a restrição externa*

A primeira lição é que, para um país não desenvolvido, a restrição mais importante é a restrição externa. Ter uma moeda nacional não conversível significa estar exposto à possibilidade de não ter liquidez para

pagar compromissos internacionais ou importar bens necessários ao desenvolvimento econômico.

No Brasil, freqüentemente a classe produtora reclama da taxa de juros, alegando ser esse o maior entrave para o crescimento da economia. Não é verdade. A taxa de juros elevada é consequência, entre outras coisas, da falta de divisas estrangeiras suficientes para permitir que a economia cresça sem que haja uma crise no balanço de pagamentos.

No passado recente, sempre que a economia cresceu acima de 4% ou 5% ao ano, abriu-se significativo déficit na conta-corrente do balanço de pagamentos. Isso porque, como argumentado acima, nossa planta industrial é dependente de importações (como o são as indústrias na maioria dos países), mas gera poucas receitas em moeda estrangeira, estando primordialmente voltadas para o mercado interno. O crescimento econômico por vários anos seguidos é, portanto, receita certa para uma crise cambial.

Para evitar essa crise, os gerentes da economia elevam os juros, que atraem capitais de empréstimo e reduzem o nível de atividade econômica. Entram divisas pela conta de capitais e diminui a saída de divisas para pagamento de importações.

Os gráficos a seguir mostram o comportamento do saldo de transações correntes nos períodos de expansão e contração da economia. É nítido o movimento de gangorra: quando o PIB está em expansão, o déficit em transações correntes dispara; quando há recessão, o déficit desaparece.

Entre 1974 e 1980, o Brasil teve um crescimento médio do PIB de 7,1%. Nesse período, o déficit em transações correntes foi elevado e crescente, subindo de US\$ 7 para US\$ 13 bilhões, com a balança comercial sendo negativa em todos os anos, numa média de US\$ 2,4 bilhões (Gráfico 1). Foi necessária uma recessão no período 1981-83, com variação média do PIB de -2,1%, para que o déficit em transações correntes fosse zerado (Gráfico 2). A economia voltou a crescer entre 1984 e 1986, com uma evolução média

Gráfico 1

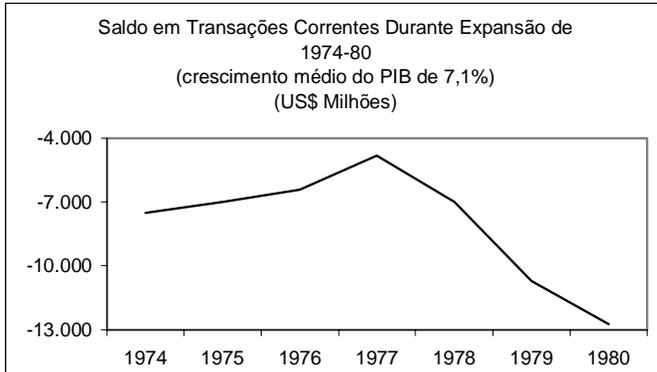


Gráfico 2

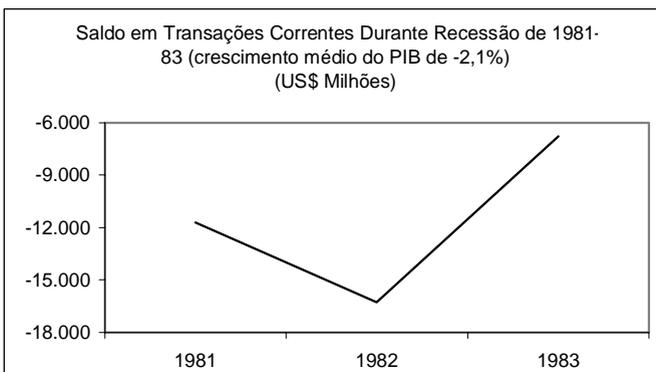


Gráfico 3

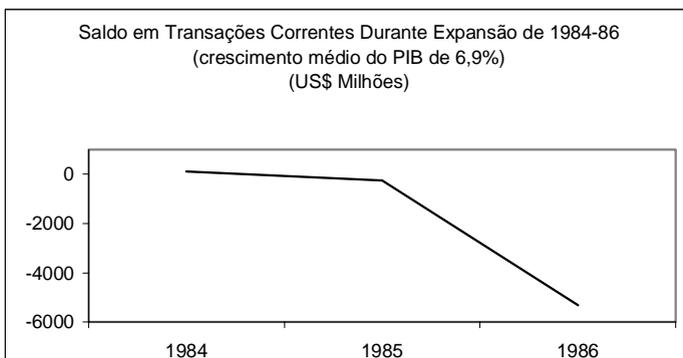


Gráfico 4

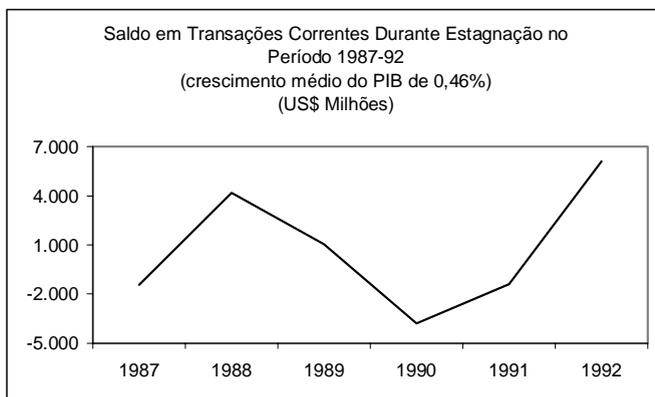
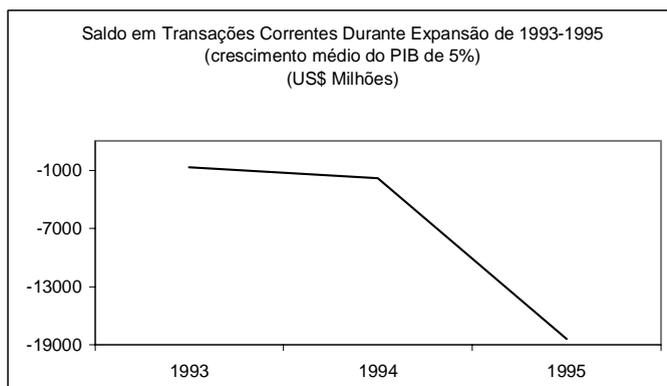


Gráfico 5



do PIB de 6,9%, o que derrubou o saldo da balança comercial e levou a conta-corrente a um crescente déficit, que atingiu US\$ 5,3 bilhões em 1986 (Gráfico 3). Entre 1987 e 1992, a economia teve desempenho medíocre, com evolução média do PIB de apenas 0,46%, e as contas externas voltaram a se equilibrar, passando de um déficit de US\$ 2 bilhões em 1987 para um superávit de US\$ 6 bilhões em 1992 (Gráfico 4). A economia acelerou seu passo a partir de 1993, crescendo em média 5% até 1995, o que foi suficiente para que o déficit em conta-corrente subisse a US\$ 18 bilhões, agora também

impulsionado pela sobrevalorização cambial (Gráfico 5) (BANCO Central do Brasil).

O comportamento da balança comercial no ano de 2002 é mais um exemplo claro de como se faz o ajuste das contas externas: o superávit comercial de US\$ 1,8 bilhão em 2001 pulou para US\$ 14 bilhões em 2002. Isso foi conseguido basicamente às custas da compressão das importações, que caíram 16%, frente a um aumento de apenas 3% nas exportações. O ajuste se fez, portanto, a partir de uma grande freada nas importações, o que se consegue, apenas, com um menor crescimento do PIB.

Por isso, se o Brasil não fizer um esforço de ampliação de suas exportações, estará condenado a ver seus ciclos de crescimento econômico estancados pela ampliação do déficit externo. Ou, se quiser manter sob controle as contas externas, terá que manter permanentemente juros elevados e taxas medfocres de crescimento do PIB. E para ampliar exportações não é preciso apenas “vontade política” ou “declarações de intenções”. É preciso uma estratégia ativa.

Como o Brasil não é um país que está partindo do zero em termos de capacidade produtiva – que era o caso de Taiwan nos anos 50 – e como tem escala de produção e mercado interno, é factível pensar não só em expansão de exportações, mas também em uma ação governamental buscando a substituição de importações.

Não se está falando aqui da velha política de barreiras tarifárias e não-tarifárias para proteção da indústria nascente. Esse tipo de procedimento impede o país de absorver novas tecnologias por meio da importação de produtos inovadores. Trata-se de estabelecer uma política de atração de investimentos, para que se produzam no país bens que hoje são importados.

Um estudo do Instituto de Estudos para o Desenvolvimento Industrial (IEDI), por exemplo, sugere que parcela substancial das importações de empresas multinacionais sediadas no Brasil representa comércio intrafirma. Ou seja, existiria a possibilidade de essas empresas transferirem para o Brasil a produção de partes e insumos que hoje são produzidas em suas matrizes ou em outras filiais que não a brasileira (GRANDES empresas..., 2003). Para que isso ocorra, todavia, é preciso haver um estudo de viabilidade e uma estratégia governamental de médio e longo prazo capazes de vencer tais firmas a tomar tal atitude.

E como incentivar exportações e substituir importações sem que isso represente uma intromissão do governo nos processos decisórios do mercado? Terá o governo capacidade de definir quais setores têm van-

tagem comparativa e, por isso, merecem tratamento preferencial? Possivelmente não. A tendência é que grupos de maior acesso ao poder capturem os benefícios fiscais.

O próprio governo de Taiwan sofreu esse problema. Como o seu modelo incluía uma forte dose de dirigismo, com o governo escolhendo os setores exportadores que considerava mais promissores, houve desvirtuamento dos incentivos. Como reconhece um relatório governamental: “alguns negócios fingiam participar das exportações para aproveitar as devoluções tarifárias e subsídios governamentais. Enquanto isso, muitas empresas privadas, sem receber qualquer assistência governamental, se converteram em líderes de exportação em Taiwan, ao explorar novas áreas” (TAIWAN, 1999).

Provavelmente a forma mais neutra de atuação seja por meio dos mecanismos de promoção comercial. Tendo sido esse o objeto da visita realizada a Taiwan, cabe uma abordagem mais detalhada do tema.

*Promoção comercial: estimular exportações sem distorcer os sinais de mercado*

Promover exportações é dar assistência aos exportadores para que eles possam colocar seus produtos no mercado externo. O Brasil está apenas engatinhando nessa área. A agência encarregada dessa tarefa – APEX – foi criada muito recentemente, em 1997, e está escondida dentro do organograma do Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). Restringe-se a auxiliar as pequenas empresas a entrar no mercado externo. Está cumprindo seu papel com bastante eficiência, mas ainda está longe de ser um centro estratégico de promoção comercial do país.

Em Taiwan, a agência de promoção de exportações – China External Trade Development Council (CETRA) –, criada em 1970, ocupa posição de destaque entre as instituições de formulação de política econômica e tem sido uma ferramenta funda-

mental para o *boom* exportador do país. A idéia é que não basta um governo atuar no campo diplomático, buscando acordos de comércio com outros países. É preciso atuar diretamente ajudando os exportadores a fechar negócios.

A CETRA realiza pesquisas de mercado buscando detectar países que constituam mercados potenciais para os produtos de Taiwan, coleta e organiza informações sobre importadores, repassando-os aos exportadores locais, organiza a viagem de grupos de importadores a Taiwan para visitar seus fornecedores e de grupos de taiwaneses a países com potencial de compra, ajuda os exportadores taiwaneses a participar de feiras internacionais, organiza feiras em Taiwan, auxilia no desenvolvimento de *design* dos produtos de exportação, realiza seminários e treinamentos sobre como participar de feiras no exterior e como exportar, publica periódicos e notícias de interesse dos exportadores.

Trata-se, portanto, de um serviço que visa estimular a realização de negócios externos pelo tratamento sistemático de informações e conhecimentos sobre como e onde fazer negócios.

Algumas características dessa instituição merecem relevo. Em primeiro lugar, ela não é totalmente financiada pelo governo. Parte significativa de suas receitas vem da contribuição dos exportadores. A razão para isso é que – nas palavras de K.H. Wu –, “se a CETRA depender exclusivamente de recursos do orçamento do governo, ela terá que escutar o governo em vez de escutar os exportadores” (WU, 2002). Trata-se de dar poder ao setor exportador para influenciar as ações da agência.

Ao mesmo tempo, há a vantagem de que os beneficiários diretos da promoção de exportações estão pagando por esse serviço, e de que as ações da entidade não ficam sujeitas a eventual escassez de recursos fiscais para financiar suas atividades.

A contrapartida do financiamento pelos exportadores é a sua participação direta no

conselho diretor da CETRA. Dos 36 diretores da entidade, apenas nove são indicados pelo governo. Os demais 27 são líderes de setores exportadores e especialistas em promoção comercial.

Outra característica interessante da CETRA é que seus empregados não são funcionários públicos. Isso significa que não é possível haver migração de pessoal da CETRA para outros órgãos públicos e vice-versa. O resultado é que aqueles que entram na CETRA, mediante concurso, ali desenvolvem suas carreiras por toda a vida, tornando-se especialistas em promoção comercial. Não há a opção de passarem um tempo de sua carreira em outras atividades de governo. Por isso, para crescerem na carreira, precisam se especializar em promoção comercial. Por outro lado, não há a possibilidade de funcionários de outros órgãos, que não foram treinados dentro da filosofia de promoção comercial, virem a integrar os quadros da instituição.

Isso criou, ao longo dos anos, um corpo técnico com grande conhecimento prático de como participar de negócios. Nos primeiros anos, o esforço era para levar os exportadores a feiras internacionais. Com o passar do tempo, a organização tornou-se capaz de selecionar as feiras mais importantes e que davam maior retorno. Passou também a ter maior capacidade de logística para fazer tais organizações. Aprendeu, também, a “trabalhar” o cliente potencial, avisando-o antecipadamente de que estaria presente a uma determinada feira, enviando catálogos antecipadamente, etc. Passou a usar as feiras, também, para testar produtos novos, exibindo-os a clientes selecionados. Atualmente, os especialistas da CETRA conhecem em profundidade o perfil das principais feiras do mundo.

A atividade de promoção comercial se desenvolve por meio da experiência, do aprender fazendo. Percebendo-se os detalhes que podem significar ou não o fechamento de um contrato. Um exemplo ilustrativo é o sítio de exportações de Taiwan na

internet ([www.taiwantrade.com.tw](http://www.taiwantrade.com.tw)), mantido pela CETRA. Ali, todos os exportadores podem ser encontrados. Um importador pode solicitar amostras de produtos e obter todas as informações relevantes para a concretização de negócios. O Brasil também tem um sítio semelhante. Todavia a amplitude e a qualidade das informações no sítio taiwanês são muito superiores. Ele se constitui em uma ferramenta de negócios, enquanto o similar brasileiro é quase que meramente disseminador de informações gerais. Em ambos os sítios há a possibilidade de se localizar dados das firmas exportadoras. Mas, no caso brasileiro, em 90% dos casos em que se usa essa opção, recebe-se a resposta “informação não disponível”.

O governo brasileiro lançou esse sítio na rede e limita-se a divulgá-lo junto a exportadores brasileiros, com propagandas eventuais. Trata-se, portanto, de mais um entre os milhares de portais disponíveis pelo mundo. No caso de Taiwan, a CETRA investe pesado na divulgação de seu portal. Anúncios são colocados em *banners* nas ferramentas de busca da internet. Há um *stand* do [taiwantrade.com](http://taiwantrade.com) nas principais feiras do mundo, em que se oferecem cadeiras para os visitantes descansarem, lanche e computadores para checagem de *e-mails*. E, com isso, os administradores do sítio conseguem captar os cartões comerciais dos visitantes do *stand* e passam a fazer *follow up*, convidando aquelas pessoas a visitarem o portal e conferir oportunidades de negócio.

Pode-se dizer, de modo genérico, que ambos os países têm portais de promoção de exportação na internet. Mas quando se avaliam os detalhes, fica nítido que Taiwan está muito a frente. E é assim em toda a atividade de promoção comercial: a experiência, a capacidade de perceber os detalhes relevantes, o esforço de melhoria contínua; são esses os fatores que fazem a diferença. É preciso treino, experiência, planejamento.

Também é preciso dinheiro. Não foi possível obter o valor do orçamento anual da CETRA. Porém, o jornal *O Estado de São Pau-*

*lo* (APEX..., 2003) apresentou, recentemente, que o custo de promoção comercial da Coreia do Sul está em torno de US\$ 300 milhões por ano, enquanto a brasileira APEX dispôs de apenas US\$ 25 milhões (R\$ 80 milhões) em 2002. O Brasil ainda tem muito a evoluir nessa caminhada, havendo um grande potencial para expandir as exportações.

O turismo é um bom exemplo de como é importante ter capacidade de organização e auxílio governamental na promoção comercial. O Brasil tem nítidas vantagens comparativas para ofertar serviços de turismo. É um setor de grande importância, porque gera dois produtos importantes para o país: divisas e emprego. Mas o fato de ter belas praias com coqueiros não garante que turistas de todo o mundo aparecerão espontaneamente no país. É preciso ter aeroportos e estradas com localização estrategicamente definidas, ter guias e atendentes fluentes em línguas estrangeiras, fazer uma campanha de divulgação no exterior abrangente e permanente, aperfeiçoar constantemente a qualidade no atendimento. Todas essas atividades precisam da participação do governo, seja como executor direto, seja como coordenador. Os empresários do setor turístico – muitos deles microempresários – não têm capacidade financeira e de organização para, sozinhos, gerarem as condições necessárias para a expansão do setor.

### *A melhor política social é o emprego*

Outra lição que se tira do modelo taiwanês é de que uma política de igualdade social deve ser baseada em três pilares: emprego, emprego e emprego. Emprego privado e produtivo, é claro! Mais do que emprego: oportunidade de trabalho, seja como empregado seja como autônomo ou microempresário. É necessário ter instituições que favoreçam a criação dessas oportunidades de trabalho bem como expandir setores da economia que usem mão-de-obra de forma intensiva.

Uma série de reformas microeconômicas poderia alavancar a geração de empregos no Brasil. Um recente trabalho conjunto do IPEA e Banco Mundial, sob o título *Emprego no Brasil: prioridades de políticas* (FERRANTI, 2002), mostra que a reforma da legislação trabalhista poderia reduzir os encargos trabalhistas, desestimular o conflito entre trabalhador e empregador com mudança na forma de atuação da justiça do trabalho, flexibilizar as modalidades de contratação, bem como criar sistemas menos onerosos de contribuição para a previdência social.

A reforma tributária poderia desonerar a produção e, em especial, desburocratizar a contabilidade das pequenas empresas. Uma mudança na legislação de sigilo bancário poderia liberar a divulgação de informações sobre bons pagadores, o que contribuiria para a redução do *spread* bancário e a taxa de juros paga pelas empresas. Alterações na legislação de garantias de empréstimo, em especial de hipotecas de imóveis, ampliaria a oferta imobiliária e estimularia o setor de construção civil, grande empregador de mão-de-obra pouco qualificada. Atenção especial às micro e pequenas empresas, com programas de treinamento de mão-de-obra e gerencial, crédito cooperativo, informatização e acesso a mercados também têm potencial gerador de empregos<sup>11</sup>. Segundo o BNDES, 53% dos postos de trabalho no Brasil estão em empresas com até dezenove funcionários (O EMPREGO..., 2003).

Por outro lado, no campo macroeconômico, a reforma da previdência pública, reduzindo benefícios e aumentando a contribuição dos funcionários, diminuiria as necessidades de financiamento do setor público, o que viabilizaria uma redução da carga tributária sobre as empresas, estimulando o investimento e o emprego. Ao mesmo tempo, o aumento da poupança pública permitiria ao governo voltar a investir em infra-estrutura de transportes, reduzindo os custos das exportações. Também seria significativa a contribuição de uma reforma

previdenciária para o aumento da poupança nacional, na medida em que a limitação do volume das aposentadorias futuras levaria a população a formar uma poupança para, no futuro, complementar sua pensão.

Por outro lado, quando se diz que política social em país pobre é emprego, o que se quer dizer é que não se pode imaginar ser possível ficar eternamente tentando remendar os problemas do modelo econômico excludente com programas de assistência social (renda mínima, bolsa-escola, vale-alimentação, previdência rural, subsídios aos preços de gás de cozinha, etc). E há duas razões para isso. A primeira é que há um custo fiscal elevado para esses programas. Ao final dos anos 90, o Brasil gastava R\$ 63 bilhões com programas sociais, sem incluir a previdência, que consumia outros R\$ 67 bilhões (VON AMBSBERG; LANJOUW; NEAD, 2000). Despesa em montante tão elevado acaba exigindo uma maior carga fiscal sobre o setor privado, que perde competitividade e, portanto, gera menos empregos. O que se dá com uma mão, por meio do subsídio público ao pobre, toma-se com a outra, quando a economia passa a ter menos capacidade de gerar emprego para que o pobre deixe de sê-lo.

A segunda razão é que os burocratas e políticos têm grande poder de decisão sobre a alocação dos recursos de assistência social, e não é incomum o fato de que grupos sociais de renda média e alta sejam capazes de influenciar as decisões da máquina pública. O resultado é que os recursos que deveriam minorar a pobreza acabam sendo capturados por segmentos não-pobres da população. Já se tornou célebre a frase do economista Ricardo Paes e Barros, reconhecido estudioso de políticas sociais, segundo o qual se os recursos hoje alocados para políticas sociais nos orçamentos públicos brasileiros fossem jogados de helicóptero, teriam mais chance de serem recebidos pelos pobres<sup>12</sup>.

Quem nunca ouviu falar, por exemplo, em desvio de verbas destinadas a auxiliar

flagelados de secas no Nordeste? E o seguro-desemprego, que só está disponível para os trabalhadores do setor formal da economia, não atingindo a grande massa que se emprega à margem da lei trabalhista? O mesmo ocorre com os benefícios do vale-alimentação e do vale transporte. Ninguém tem dúvida de que a previdência social dos funcionários públicos – que fazem parte da elite econômica do país – é muito mais benevolente que a previdência dos trabalhadores do setor privado.

### *A importância da consistência de longo prazo*

Um elemento fundamental do modelo de Taiwan foi estabelecer instituições confiáveis aos olhos dos investidores. Isso significa cumprir as leis, evitar medidas de exceção, proteger a propriedade privada, a execução dos contratos, os direitos autorais e de patentes. Significa, também, evitar confiscos diretos e indiretos por meio de inflação e moratórias de dívidas públicas, adotando-se políticas macroeconômicas consistentes.

Como o Brasil fez uso irrestrito desses procedimentos no passado recente, será preciso reconstruir sua reputação. E isso só se faz com a adoção contínua e persistente de políticas que evitem quebrar as regras do jogo em meio a uma partida. Instituições sólidas e confiáveis são o resultado de muitos anos de políticas públicas respeitadoras de contratos e da lei. E, como no caso dos alcoólatras em recuperação, um único trago pode pôr a perder anos de esforço e dedicação.

Nas duas gestões de Fernando Henrique Cardoso, a ênfase da política econômica foi a estabilidade fiscal e monetária. E essa foi uma política correta. Não é simples reverter uma mentalidade de indisciplina fiscal, de uso abusivo do imposto inflacionário, de recorrentes calotes e moratórias de dívida interna e externa.

Foi necessário jogar todas as fichas em uma política dura de controle fiscal e de cri-

ação de instituições que perpetuem o equilíbrio fiscal e monetário, como a Lei de Responsabilidade Fiscal e a autonomia do Banco Central. Sem essas pré-condições, não se pode ir a lugar algum. Estudo recente do Fundo Monetário Internacional, envolvendo uma amostra de 140 países, conclui que o principal determinante do crescimento econômico de longo prazo é a qualidade das instituições do país, que garantem um ambiente sem incertezas para os investidores (RODRIG; SUBRAMANIAN; TREBBI, 2002). E instituições sólidas são o resultado de muitos anos consecutivos de políticas fiscal, monetária e externa consistentes e respeitadoras de contratos e direitos de propriedade.

O comportamento da economia brasileira às vésperas das eleições presidenciais de 2002 exemplifica a importância da estabilidade institucional. À medida que aumentava a probabilidade de vitória eleitoral do partido dos trabalhadores, a oferta de financiamentos externos às empresas brasileiras escasseava e a cotação do dólar aumentava. De R\$ 2,30, a moeda norte-americana chegou a quase R\$ 4,00.

Essa desconfiança dos credores externos era mais que fundada. Afinal, o partido dos trabalhadores prega, desde a sua fundação, o repúdio às dívidas interna e externa. Chegou, inclusive, a patrocinar um “plebiscito” sobre a conveniência ou não de se pagar esses débitos. Além disso, o partido sempre foi crítico de reformas voltadas a buscar o equilíbrio fiscal, da autonomia operacional do Banco Central para conduzir a política monetária, da inserção do país na Área de Livre Comércio das Américas (ALCA).

O impacto negativo da provável vitória do Partido dos Trabalhadores (que se concretizou em novembro de 2002) certamente seria menor se o país tivesse uma tradição consolidada de respeito a contrato; uma legislação que permitisse a ação autônoma do Banco Central no controle monetário; um sistema legal ou de mercado que restringisse o déficit público; um sistema jurídico ágil,

capaz de condenar rapidamente os agentes públicos que tomassem medidas ilegais. Certamente, nesse contexto de instituições consolidadas, os agentes econômicos saberiam ser pequena a margem de manobra para a adoção de medidas não-ortodoxas, o que diminuiria o risco de seus investimentos no país.

### Conclusão

A experiência de Taiwan mostra que aquele país montou um modelo econômico que foi capaz de gerar crescimento econômico com distribuição de renda sem gerar inflação ou dívida pública elevada. Olhar para o Brasil, com os pés em Taiwan, nos leva a crer que tomamos o caminho inverso: geramos um modelo econômico no qual não se pode crescer a taxas elevadas, sob pena de se ter uma crise de balanço de pagamentos, e que gera segregação social e pobreza. Além disso, o nosso modelo apresentou alto custo em termos de dívida pública e inflação.

Reverter essa situação exigirá do país uma ousada estratégia de comércio exterior, bem como um conjunto de reformas voltadas à consolidação de instituições favoráveis ao investimento, à geração de empregos e à redução do fosso social, sem esquecer do investimento contínuo e crescente visando à massificação e aumento da qualidade da educação.

### Notas

<sup>1</sup> Fonte: Escritório de Informação do Governo de Taiwan.

<sup>2</sup> Extraído do documento *A agenda perdida* (LISBOA, 2000), tendo como fonte primária BARROS; HENRIQUES; MENDONÇA, 2000).

<sup>3</sup> Fonte: Escritório de Informação do Governo de Taiwan.

<sup>4</sup> Fontes: Escritório de Informação do Governo de Taiwan e BANCO Central do Brasil ([www.bcb.gov.br](http://www.bcb.gov.br)).

<sup>5</sup> Informações obtidas nas palestras de Thomas B. Lee, Professor do College of International Studies

– Tankang University e de Francis Liang, Diretor do Bureau of Foreign Trade do Ministério das Finanças.

<sup>6</sup> Fonte: Escritório de Informação do Governo de Taiwan.

<sup>7</sup> Extraído da palestra de Chi Chu Chen, Diretor do International Commercial Bank of China.

<sup>8</sup> Dado apresentado na Palestra de Thomas B. Lee, Professor do College of International Studies – Tankang University

<sup>9</sup> Palestra do Professor Joseph S. Lee – Diretor da Escola de *Business* da National Central University e MEC/INEP.

<sup>10</sup> Fonte: Escritório de Informações do Governo de Taiwan.

<sup>11</sup> O já citado documento *A agenda perdida* (apud BARROS; HENRIQUES; MENDONÇA, 2002) trata em detalhes esses pontos.

<sup>12</sup> A esse respeito, ver VON AMSBERG; LAN-JOUW; NEAD (2000) e Paes de BARROS; FOGUEL (2000).

### Bibliografia

BANCO Central do Brasil. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: [200-?].

BARROS, R. P. de; FOGUEL, M. Focalização dos gastos públicos sociais e erradicação da pobreza no Brasil. In: Henriques, R. (Org.). *Desigualdade e pobreza no Brasil*. [S. l.]: IPEA, [2000?]. p. 719-739.

BARROS, R. P. de; CORSEUIL, C. H.; FOGUEL, M. N. *Incentivos adversos e a focalização dos programas de proteção ao trabalhador no Brasil*. Rio de Janeiro: IPEA, 2001. Texto para discussão nº 784 IPEA.

DE FERRANTI, D. et al. *Emprego no Brasil: prioridades de políticas*. [S. l.] IPEA/Banco Mundial, 2002.

FRANKEL, J.; ROMER, D. Does trade cause growth? *American Economic Review*, [S. l.], v. 89, p. 379-399, 1999.

GRANDES empresas industriais nacionais e estrangeiras: participação no comércio exterior brasileiro. [S. l.: s. n.]. Disponível em: <<http://www.iedi.org.br>>. Acesso em: 15 jan. 2003.

Lisboa, M. (Org.). *A agenda perdida: diagnósticos e propostas para a retomada do crescimento com maior justiça social*. [S.l.: s. n.], 2002. Mimeografado.

O EMPREGO está nas micros. *Veja*, [S. l.], 29 jan. 2003.

QUAKE of the century. [S. l.: s. n.], 22 sept. 1999. Disponível em: <<http://www.taiwanheadlines.gov.br>>. Acesso em: [1999?].

Rodrik, D.; Subramanian, A.; Trebbi, F. *Institutional rule: the primacy of institutions over integration and geography in economic development*. [S. l.: s. n.], 2002. IMF Working Paper (wp/02/189).

TAIWAN. Escritório de Informação do Governo de Taiwan. *A história de Taiwan: economia*. 1999a

TAIWAN. Escritório de Informação do Governo de Taiwan. *Panorama da República da China*. 1999b

VON AMSBERG, J.; LANJOUW, P.; NEAD, K. A focalização do gasto social sobre a pobreza no Brasil. In: Henriques, R. (Org.). *Desigualdade e pobreza no Brasil*. [S. l.]: IPEA, 2000. p. 685-718.

WU, K. H. *How to promote export: Taiwan experience*. In: INTERNATIONAL TRADE PROMOTION WORKSHOP, 2002, Taiwan. *Anais...* Taiwan: International Cooperation and Development Fund, 2002.

**Seção Resenha Legislativa da  
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e  
Controle do Senado Federal**

## Nota técnica nº 47/03

Fernando Veiga Barros e Silva

*Assunto:* Projeto de Lei das Diretrizes Orçamentárias para 2004; comentários sobre os efeitos dos restos a pagar sobre o resultado primário.

*Interessado:* Consultor-Geral de Orçamentos do Senado Federal.

### *1. Primeiras considerações*

1.1 A propósito do Projeto da Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2004 (PLDO 2004), cuja tramitação se avizinha, o Consultor-Geral de Orçamentos do Senado Federal solicita sejam feitos comentários a respeito da metodologia de apuração do impacto das despesas inscritas em restos a pagar sobre os resultados fiscais<sup>1</sup>. Considera-se que a discussão técnica da matéria seja de valia para efeito da elaboração de diretrizes aplicáveis ao orçamento de 2004, particularmente em vista do esforço que se vem devotando a bem da hígidez das finanças públicas federais e, por que não dizer, nacionais.

1.2 Há algum ineditismo nesse tema, pelo menos do ponto de vista da abordagem que se propõe seja-lhe devotada. É que, até hoje, não se havia cogitado a discussão formal e sistemática da metodologia de apuração dos resultados fiscais, notadamente do primário, em face do pagamento de despesas em exercícios subseqüentes ao de seu empenho<sup>2</sup>. Trata-se de matéria de certo relevo, pois não apenas envolve os três distintos níveis de governo, mas também porque

Fernando Veiga Barros e Silva é Consultor de Orçamentos do Senado Federal.

atinge o núcleo da metodologia de registro e apuração de resultados fiscais. Diz respeito, por isso, à precisão e à fidedignidade de alguns procedimentos contábeis em uso, tornando passíveis de contestação a prudência e o conservadorismo de que se reveste o trabalho de elaboração e divulgação dos números referentes ao comportamento das finanças do setor público.

## 2. *Desenvolvimento do tema*

2.1 Se há alguma controvérsia em torno deste tema, ela fatalmente se reporta ao método pelo qual se vem reconhecendo a despesa pública como executada<sup>3</sup>. Melhor dizendo, reporta-se às diferenças entre os métodos de reconhecimento da execução da despesa pública, assim como aos efeitos que essas diferenças podem produzir do ponto de vista dos resultados fiscais e de sua apuração<sup>4</sup>.

2.2 No âmbito do setor público, admitem-se três estágios, fases ou momentos para efeito do reconhecimento prático e formal da execução da despesa. Isso pode acontecer quando se verifica o empenho, quando há a liquidação ou por oportunidade do pagamento – estágios que se sucedem, nessa mesma ordem, na realização da despesa<sup>5</sup>. Neste último caso, no de pagamento, conveniona-se denominar regime de caixa o método utilizado, pois somente se dá por executada a despesa quando ela é paga, implicando a saída de recursos da conta única do Tesouro Nacional<sup>6</sup>. Nos dois outros estágios ou momentos, não é raro que se lhes atribua, como método, a denominação regime de competência, talvez porque, nessas fases, o fato gerador da despesa e o formal reconhecimento da execução da despesa estejam, na linha do tempo, mais proximamente situados um do outro<sup>7</sup>.

2.3 Vem-se lançando mão do regime de caixa com variados propósitos. Um, no entanto, é particularmente importante. É com o propósito de apurar-se o resultado primário – senão a mais, uma das mais graves metas fiscais da política econômica gover-

nemental<sup>8</sup>. Em linhas muito gerais, o resultado primário é apurado pela diferença entre receitas e despesas não financeiras executadas, sendo sistematicamente demonstrado e divulgado por oportunidade da publicação do Relatório Resumido da Execução Orçamentária.

2.4 A importância desse resultado é tripla. Primeiro porque lhe é atribuída meta, na forma de grandeza a resultar da execução orçamentária. Em segundo lugar, em razão do fato de que o resultado primário constitui ponto de referência para efeito da adoção de medidas de contingenciamento orçamentário, medidas essas denominadas, na legislação, limitação de empenho e movimentação financeira. Finalmente porque o resultado primário reflete a capacidade governamental de satisfazer, com recursos próprios, compromissos assumidos no passado (pagamento de dívida). O resultado primário, por tudo isso, constitui meta fiscal de extrema importância para, em horizontes de tempo mais próximos, oferecer a medida da programação financeira e do contingenciamento orçamentário e, a longo prazo, proporcionar recursos necessários ao pagamento da dívida pública, o que contribui para o disciplinamento de sua trajetória e a adequação de seu comportamento aos mais amplos desígnios da política econômica governamental<sup>9</sup>.

2.5 O regime de competência, por seu turno, é o método pelo qual se afere a execução da despesa pública em todos os demais quadrantes da Administração e para efeito da mensuração de todas as demais grandezas de relevância fiscal. É assim no Relatório Resumido da Execução Orçamentária, exceção feita ao cálculo do resultado primário, como também o é no Relatório de Gestão Fiscal. Reproduzindo as palavras do Secretário do Tesouro Nacional, extraídas do Relatório Resumido da Execução Orçamentária referente a janeiro de 2003, considera-se como execução orçamentária da despesa a ocorrência do estágio da liquidação, efetivado ou não o seu respectivo pagamento<sup>10</sup>.

2.6 A pergunta que se insinua, portanto, é: há alguma notável diferença entre utilizar-se o regime de competência e o de caixa, particularmente para o fim de apuração do resultado primário e, por via de consequência, para oferecer tratamento ao desafio representado pela dívida pública e sua trajetória? (Vale, aqui, lembrar que a utilização do regime de caixa constitui exceção à regra de apuração da execução orçamentária e dos resultados fiscais, exceção essa feita somente no caso do resultado primário).

2.7 A resposta a essa pergunta não pode ser outra: sim. Existe diferença quando se opta por adotar o regime de caixa, em lugar do de competência, para a apuração do resultado primário. E para explicar essa diferença, é necessário que se recorra à definição de dívida consolidada líquida e aos critérios utilizados em sua mensuração.

2.8 De acordo com a legislação em vigor e as normas dela decorrentes, a dívida consolidada ou fundada é o montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a doze meses, nos termos do art. 29 da LRF. Sua expressão líquida, a dívida consolidada líquida, é obtida pela dedução do ativo disponível e dos demais haveres financeiros, estes, o disponível e os haveres financeiros, já, por sua vez, reduzidos pelo montante das despesas inscritas em restos a pagar processados, isto é, pelo montante das despesas que, havendo sido empenhadas, já foram também liquidadas, restando por realizar apenas o seu pagamento<sup>11</sup>.

2.9 E o que isso significa dizer? A despeito da aparente complexidade contábil envolvida, significa dizer algo muito simples: que uma parcela nada desprezível dos compromissos assumidos e a serem pagos no curto prazo – as despesas que hajam transitado apenas pelo estágio do empenho, o primeiro dos três estágios aqui citados – não são considerados na apuração nem do re-

sultado primário nem da dívida consolidada líquida<sup>12</sup>. Na apuração do resultado primário porque ele, como já dito, incorpora apenas as despesas pagas – as despesas que, no mesmo exercício fiscal, já foram empenhadas e liquidadas e implicaram a saída de recursos do caixa do Tesouro Nacional em razão de seu pagamento<sup>13</sup>. Deixam de ser consideradas na mensuração da dívida consolidada líquida porque ela, como já dito, incorpora em seu cálculo as despesas liquidadas (restos a pagar processados ao final de cada exercício), ficando-lhe de fora da apuração as despesas que somente hajam sido empenhadas (restos a pagar não processados ao final de cada exercício)<sup>14</sup>.

2.10 Sob esses critérios, as despesas que hajam transitado somente pelo estágio do empenho inexistem na prática, pelo menos para a mensuração do resultado primário e da dívida consolidada líquida<sup>15</sup>. Ao final de cada exercício, quando então as metas fiscais são todas apuradas, tendo em vista verificar-lhes a consecução, ignoram-se as despesas empenhadas. Só mais tarde, já no transcurso de exercício subsequente, é que seu reconhecimento acontece: quando liquidadas, passam a afetar o cálculo da dívida consolidada líquida, e isso tão-somente, pois transitam de restos a pagar não processados para restos a pagar processados; quando pagas, incorporam-se à apuração do resultado primário do exercício em que ocorrer o pagamento, já agora como despesas extra-orçamentárias, pois não mais produzem qualquer efeito sobre o orçamento em execução e suas dotações, senão sobre as metas fiscais referentes a esse mesmo orçamento.

2.11 Não admira que o recurso a medidas de limitação do empenho e da movimentação financeira venha inaugurando, ano a ano, a execução das leis orçamentárias. É que o pagamento de despesas oriundas de exercícios anteriores, a exemplo dos restos a pagar, e de outras obrigações ainda, todas componentes da dívida flutuante, fazem a sangria do caixa governamental e

ameaçam a consecução das metas fiscais, até porque a mais importante delas, o resultado primário, é apurada exatamente sob o regime de caixa<sup>16</sup>. E não adianta dizer que o chamado *float* já estaria reconhecendo os efeitos dos compromissos flutuantes sobre o resultado primário<sup>17</sup>. A hipótese heróica de sua neutralidade fiscal desqualifica-o como grandeza relevante e decisiva para a fixação da meta de resultado primário, tornando a meta fixada e o resultado que se pode apurar pela integral execução do orçamento grandezas divergentes, entre si, por definição<sup>18</sup>.

2.12 Em vista disso, o que se verifica é que os resultados fiscais, especialmente o primário, quando estabelecidos como meta implícita no conjunto das despesas fixadas e da receita prevista na lei orçamentária anual, apóiam-se em falsa presunção. Apóiam-se na presunção de que, realizando-se a receita pelo menos nos limites de sua previsão, poderão as despesas fixadas na lei transitar por todos os estágios de sua execução orçamentária e financeira, sendo até mesmo possível pagá-las sem que se recorra ao expediente de transferir-lhes o pagamento para exercício subsequente, mediante inscrição em restos a pagar. Falso. A execução financeira de despesas inscritas em restos a pagar, ou seja, o pagamento de despesas de exercícios anteriores reduz a disponibilidade de recursos para o pagamento de despesas fixadas para o exercício em curso. E nem se pode recorrer ao superávit financeiro apurado em balanço do exercício anterior para fazer-lhe frente às próprias despesas que restaram para serem pagas no exercício em curso, pois essa manobra afetaria o resultado primário em formação, que é exatamente calculado sob o regime de caixa.

2.13 Não se pode, tampouco, alegar que o tal *float* estaria implícito no resultado primário estabelecido na lei orçamentária. Ele não está. Primeiro porque a lei orçamentária se ocupa da previsão, da fixação e da execução de receitas e despesas orçamentárias, não figurando entre seus elementos a satisfação da dívida flutuante, que é um fe-

nômeno afeito à programação e à execução financeira. Segundo porque pelo menos uma parte do tal *float* – os restos a pagar não processados – não é reconhecida nem no resultado primário nem na dívida consolidada líquida. E a fixação do resultado primário está subordinada ao montante da dívida líquida, o que induz ao sentimento de que a dívida consolidada líquida e o resultado primário, este por consequência daquela, são considerados por valores menores que os efetivamente necessários à fixação das metas fiscais. Terceiro porque o *float* padece da hipótese heróica que lhe é inerente por convenção: de que, a cada ano, o pagamento de uma parte das despesas fixadas no orçamento do exercício em curso será transferido para exercício subsequente. É a hipótese da execução parcial ou da inexecução parcial, o que dá no mesmo: quando muito, executa-se o orçamentário, mas não se executa, totalmente, o financeiro, pois parte dele, do financeiro, só vai ser executada no exercício subsequente.

2.14 Há, ainda, que se fazer breve comentário sobre o descompasso estabelecido entre o resultado primário, que é apurado sob o regime de caixa, e a programação/execução financeira, notadamente no exercício em que termine o mandato de titular de Poder ou órgão. A esse respeito, vale verificar que uma das condições para a inscrição de despesas em restos a pagar, ao final do exercício fiscal, é a existência de recursos disponíveis que lhes possam acorrer ao pagamento. Assim se exige não apenas porque há determinação nesse sentido no art. 42 da Lei Complementar nº 101, de 2000, mas também porque, nas normas de encerramento do exercício, desse modo comandou a Coordenação-Geral de Contabilidade da Secretaria do Tesouro Nacional<sup>19</sup>. Não obstante a exigência de que, ao final do exercício de 2002, houvesse a disponibilidade de recursos que pudessem acorrer ao pagamento das despesas que fossem inscritas em restos a pagar, é fácil verificar, já no curso dos dois primeiros meses do exercício de 2003, que

essa exigência teve caráter meramente formal – prestou-se ao atendimento do comando legal. O pagamento desses restos, processados ou não, vem ocorrendo à conta das receitas arrecadadas no presente exercício, não à conta dos recursos havidos como disponíveis ao final de 2002 para fazê-lo. Essas disponibilidades oriundas de 2002 estão, de fato, esterilizadas na conta única do Tesouro Nacional, seja porque o regime de apuração do resultado primário não lhes permite a utilização para o pagamento de despesas no presente exercício, ainda que originárias de exercícios anteriores, seja porque, em regra, os recursos disponíveis ao final do exercício, descontados os vinculados a fundo, órgão ou despesa, prestar-se-iam ao abatimento, inclusive antecipado, de dívida pública.

2.15 Vale, por fim, comentar a desnecessária incompatibilidade que se vem criando entre o resultado primário, como meta fiscal, e o financeiro, particularmente o superávit financeiro, como fonte de recursos<sup>20</sup>. É que o superávit financeiro, apurado no balanço patrimonial do exercício anterior, vem sendo desconsiderado, formalmente, como fonte de recursos para o pagamento de despesas. Assim se tem feito na crença de estarem sendo preservadas as metas fiscais, muito especialmente a de resultado primário. Tratando-se o resultado primário de grandeza apurada sob o regime de caixa, os que o defendem incondicionalmente argumentam que as receitas válidas para apurá-lo, em qualquer exercício, são as receitas nele arrecadadas. O esforço de arrecadação de exercícios anteriores é, ao revés, inválido no presente, exceto se destinado ao pagamento de dívida fundada ou a outra finalidade prevista na política fiscal<sup>21</sup>. Exatamente por conta dessa argumentação é que se diz, muito comumente, que a política de geração de resultados primários implica sacrificar o orçamento e a execução de seu programa de trabalho. E não estão totalmente equivocados os que o dizem, ainda que nem sempre o digam pelas mesmas razões.

2.16 O fato é que ainda há alguma coisa a acrescentar nessa discussão, pois a incompatibilidade que se vem criando entre o resultado primário e o financeiro, além de sacrificar o orçamento desnecessariamente, é artificial e pernicioso do ponto de vista das próprias metas fiscais e de sua consecução. E isso se pode comprovar com alguma facilidade. É que o resultado primário é uma medida de aferição da capacidade de pagamento da dívida pública. Como tal, optou-se por apurá-lo sob o regime de caixa, até porque se supôs que esse regime, de mais fácil entendimento e manejo, evitaria as incertezas e sutilezas inerentes aos regimes de competência. Além disso, é o regime de caixa que mantém as mais vivas relações com as disponibilidades, exatamente os elementos do ativo que se prestam ao pagamento de obrigações, porque os de maior liquidez, e, portanto, que se prestam à aferição da capacidade de pagamento do Estado no curto prazo. Ocorre, no entanto, que a capacidade de pagamento é uma medida relativa, pois aferida mediante o contraste entre ativos realizáveis no curto prazo e obrigações a pagar, desde as prontamente exigíveis até as devidas a prazo mais dilatado – é uma medida de liquidez. Nesse contexto, nenhum sentido faz seja desconsiderada parte das obrigações de curto prazo, isto é, parte da dívida flutuante, quando se estabelece a meta de resultado primário em face de uma pretendida trajetória para a dívida consolidada líquida. O importante é que se considerem as obrigações integralmente.

2.17 Observe-se que se faz menção, aqui, ao momento em que se estabelece a meta fiscal de resultado primário em face de uma trajetória que se almeja seja percorrida pela dívida consolidada líquida. Assim se faz porque se identifica divergência entre os critérios que balizam a fixação da meta de resultado primário e, de outro lado, os que orientam o acompanhamento da gestão fiscal devotada à consecução dessa meta.

2.18 No estabelecimento da meta, há a presunção de que, dada a previsão de arre-

cadação de receitas, as despesas orçamentárias fixadas podem ser integralmente realizadas, incluindo-se no conceito de realização o empenho, a liquidação e o pagamento das despesas. Isso porque, em tese, receitas e despesas primárias se combinam de modo a produzir, mediante sua realização, exatamente o resultado primário almejado. A dívida consolidada líquida, referência básica para o estabelecimento da meta de resultado primário, é apurada mediante a combinação da dívida consolidada e dos restos a pagar processados e a subtração, dessa grandeza, das disponibilidades de caixa e dos demais haveres financeiros.

2.19 Os critérios de acompanhamento da gestão fiscal, por sua vez, são outros. E são outros exatamente em face da hipótese de que parte da execução financeira das despesas orçamentárias deve ser transferida para exercício subsequente – é o *float*. E não é só isso. Também divergem porque essa hipótese, subjacente ao *float*, é falsa. Não há igualdade, simetria, proporção, equilíbrio ou coisa que o valha na transferência, de um exercício para outro, ao longo dos exercícios fiscais que se sucedem, da execução financeira das despesas orçamentárias. Essa transferência não é autocompensatória – o que um exercício transfere para o outro não se compensa na próxima rodada das transferências. A hipótese do *float*, por isso, não possibilita o maior ou o melhor controle da execução orçamentária e financeira. É um elemento que perturba essa execução, pois a torna incerta e parcialmente invisível.

2.20 Desde logo, a apuração do resultado primário contempla todos os pagamentos que se vão realizando. Isso inclui o pagamento das despesas orçamentárias do próprio exercício, assim como o das despesas extra-orçamentárias, boa parte das quais restos a pagar transferidos de exercícios anteriores. O pagamento desses restos abrange tanto os processados quanto os não processados, assim como quaisquer outras saídas do caixa governamental por conta

da satisfação de obrigações que compõem a dívida flutuante.

2.21 Ora, na fixação da meta de resultado primário, em face da dívida consolidada líquida, não se considerou a dívida flutuante por inteiro, mas tão-somente uma parte sua – os restos a pagar processados. Assim mesmo, o efeito dos restos a pagar processados sobre as metas foi considerado com base na hipótese heróica do *float*, aquela que admite a neutralidade fiscal das despesas de exercícios anteriores. Quando então se vão realizando os pagamentos à conta de todas as obrigações que compõem a dívida flutuante, a possibilidade de convergência da execução orçamentária e financeira com a meta de resultado primário cai por terra. O que se pretendia fosse uma equação viável torna-se inequação. A integral execução orçamentária e financeira, mesmo que a arrecadação de receitas se comporte conforme prevista, não possibilita a consecução das metas fiscais estabelecidas nas leis de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual.

2.22 Os números relacionados somente a restos a pagar, constantes da tabela a seguir, corroboram a tese aqui esposada.

2.23 Os valores inscritos em restos a pagar, assim como os que são efetivamente pagos, nenhuma relação aparente mantêm entre si, senão a de que são todos bastante elevados e de que os montantes inscritos, anulados ou pagos divergem, de um ano para o seguinte, na casa dos bilhões de reais. Não por outra razão é que, aqui, se aponta a hipótese oficial do *float* como equivocada. Não por outra razão, ainda, é que se finaliza esta parte da nota técnica com a transcrição do trecho da mensagem presidencial, que encaminhou o projeto da lei orçamentária para 2003, no qual é feita menção ao *float*<sup>22</sup>:

(...)

Por princípio, na elaboração orçamentária, assume-se que o *float* de despesas discricionárias, assim como das outras despesas obrigatórias não mencionadas, seja nulo, admitindo-se que o volume dessas despesas de exer-

Tabela Única  
Acompanhamento de Restos a Pagar

Exercício/Restos <sup>(1)</sup>	Inscritos	Anulados	Pagos
1995	7.754.980.884,07	2.566.317.562,53	5.188.663.321,54
1996	6.821.657.900,81	801.888.571,15	5.980.930.581,02
1997	3.656.629.348,10	116.447.374,70	3.191.033.129,63
1998	21.233.926.524,30	216.520.119,14	18.268.544.869,76
1999	29.501.627.496,03	682.484.337,30	21.806.380.583,60
2000	12.676.248.655,11	2.679.061.931,98	9.098.203.459,20
2001	20.296.981.820,03	5.614.924.634,77	14.297.433.976,28
2002 <sup>(2)</sup>	14.461.304.412,74	2.058.353.030,71	3.297.474.643,06

Fonte: SIAFI.

(1) A execução financeira dos restos a pagar ocorre nos exercícios subsequentes.

(2) Posição até 9 de abril de 2003.

cícios anteriores a serem pagas em 2003 seja o mesmo de despesas de competência deste exercício a serem pagas em 2004. (grifo nosso)  
(...)

### 3. Comentários conclusivos

3.1 A bem da higidez das finanças públicas, é forçoso reconhecer que não é adequado o tratamento que se vem dispensando aos restos a pagar, ou *float*, qualquer o nome que se dê a esse fenômeno contábil. E as razões para que assim seja são muitas, algumas delas havendo sido analisadas ao longo deste trabalho. O fato é que os critérios em uso respondem por séria confusão entre caixa e competência, entre elementos patrimoniais e de resultado e entre execução orçamentária e financeira e apuração do resultado primário. O fato também é que os restos a pagar estão muito longe de serem neutros para o orçamento, tanto quanto para a política fiscal. E essa característica parece haver ficado evidenciada pela exuberância dos números que a execução dos restos a pagar apresenta.

3.2 Evidenciou-se, da mesma forma, não haver um buraco de agulha que possa restringir ou, mesmo, critérios que possam disciplinar a prática da inscrição de despesas em restos a pagar ao final dos exercícios fiscais. E se alguma disciplina existe, ela certamente varia muito de um ano para o outro. De qualquer modo, é perceptível que os restos a pagar constituem risco relativamente grave para o grau de solvência do Estado no curto prazo, até porque, no longo prazo, o problema do endividamento ainda se resente de uma solução. Também se percebe que as despesas que restam a pagar representam, por sua magnitude, elemento perturbador para a execução orçamentária e financeira do exercício em que lhes deva ocorrer o pagamento.

3.3 A conclusão, portanto, não pode ser outra: há que se prever técnica mais adequada, ou menos inadequada, para a elaboração da meta fiscal de resultado primário e para o controle de sua execução. Sem prejuízo de tantas outras sugestões possíveis, seria de bom proveito se a técnica de fixação da meta e de apuração do resultado primário se aproximasse da de acompanhamento

da execução orçamentária, incorporando-se a essa nova técnica alguns benefícios já há muito observados no acompanhamento da execução financeira. Explica-se:

3.3.1 o núcleo da apuração do resultado primário deve permanecer sob o regime de caixa, reconhecendo-se a realização da despesa pelo pagamento e a arrecadação da receita pelo recolhimento;

3.3.2 devem ser acrescentados novos elementos à apuração do resultado primário, notadamente as despesas quase-caixa, assim entendidas as obrigações de pagamento que se vão formando ao longo do exercício fiscal em curso, como as despesas que hajam transitado somente até o estágio da liquidação;

3.3.3 os novos elementos acrescentados ao resultado primário, as despesas quase-caixa, não compreendem as despesas extra-orçamentárias imputáveis à execução orçamentária de exercícios anteriores, mas somente as do exercício em curso;

3.3.4 as despesas extra-orçamentárias cuja execução orçamentária haja ocorrido em exercícios anteriores devem compor, com o restante do passivo financeiro e o ativo financeiro, o cálculo da dívida consolidada líquida (admitindo-se, nesse cálculo, a depuração contábil do ativo e do passivo financeiro, de modo a livrá-los de elementos que, na prática, não representam bens, direitos ou obrigações efetivas);

3.3.5 no demonstrativo do resultado primário, os elementos caixa e os quase-caixa devem ser especificamente discriminados;

3.3.6 o princípio subjacente ao orçamento, em face do resultado primário, deve ser o de sua exequibilidade, vedando-se o contingenciamento orçamentário em razão de déficit financeiro ou insuficiência do resultado primário, verificado em exercício anterior, exceto se a legislação o permitir;

3.3.7 ao final do exercício, o resultado primário deverá compor-se dos elementos caixa e quase-caixa aqui citados, cabendo, no exercício subsequente, fazer o reconhecimento da realização (pagamento) dos ele-

mentos quase-caixa apenas no plano patrimonial (balanço patrimonial, ativo e passivo financeiros, o que já ocorre) e para efeito do cálculo da dívida pública, nunca na apuração do resultado do exercício subsequente.

3.4 Com essa sugestão, procura-se garantir que as metas fiscais sejam precisas, confiáveis e conservadoras, além de plenamente compatíveis com a execução orçamentária e financeira e com a administração patrimonial do Estado. É fórmula que busca impedir o descontrole sobre o endividamento estatal de curto prazo, ao tempo em que o evidencia, permitindo-lhe a avaliação.

#### Notas

<sup>1</sup> Os restos a pagar são originalmente regulados pela Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que *estabelece normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal*. Vários são os dispositivos dessa Lei que tratam do assunto. Seu art. 22 permite entender que os restos a pagar constituem *compromissos financeiros exigíveis*. Mais à frente, o art. 36 define-os como as despesas empenhadas mas não pagas até o dia 31 de dezembro, distinguindo-se as processadas das não processadas. Por convenção, o Poder Público registra na categoria dos restos a pagar processados as despesas que hajam sido empenhadas e liquidadas, enquanto, na categoria dos não processados, as despesas que tenham sido apenas empenhadas. Finalmente, o art. 92, reforçando o entendimento de que os restos a pagar constituem compromisso exigível, relaciona-os no conjunto das obrigações que compõem a dívida flutuante.

<sup>2</sup> O resultado primário constitui grandeza de importância para as finanças públicas, muito particularmente. Formalmente, é a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que *estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal*, que lhe oferece papel de relevo no conjunto das metas de resultado fiscal desenhadas para o Poder Público. Segundo o § 1º do art. 4º dessa Lei, *integrará o projeto de lei de diretrizes orçamentárias Anexo de Metas Fiscais, em que serão estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultado nominal e primário e montante da dívida pública (...)*. Como hoje a conhecemos, a metodologia de cálculo do resultado primário está evidenciada na mensagem presidencial de encaminhamento do projeto da lei orçamentária anual para

2003, projeto esse transformado na Lei nº 10.640, de 14 de janeiro de 2003.

<sup>3</sup> A rigor, a Lei nº 4.320, de 1964, adota como critério de execução orçamentária o empenho – o primeiro dos três estágios de realização da despesa: empenho, liquidação e pagamento. Assim se infere por conta do que estabelece o inciso II do art. 35: pertencem ao exercício financeiro as despesas nele legalmente empenhadas. Isso não significa dizer que a expressão *despesa executada equivale a despesa realizada*. Na execução, o que se reconhece é o fato contábil orçamentário. Cuida-se de identificar a que exercício fiscal pertence uma determinada despesa orçamentária. A realização, por seu turno, subentende a passagem pelos três estágios da despesa.

Muita confusão é estabelecida em torno dos conceitos de realização e execução. Por vezes, há dificuldade no entendimento de que o critério de execução é orçamentário, identificando o exercício fiscal a que pertence uma despesa orçamentária, e que a execução orçamentária da despesa é ato preparatório necessário à realização da despesa, ainda que a realização se complete em exercício fiscal subsequente àquele em que se verifica a execução.

<sup>4</sup> A esse respeito, vale perceber que os resultados fiscais podem ser apurados sob três perspectivas básicas: a orçamentária, a patrimonial e a financeira, querendo-se dizer por financeiro o fato contábil que implica variação nas disponibilidades de caixa (pagamentos e recebimentos). Essas perspectivas estão previstas na Lei nº 4.320, de 1964, sendo-lhes um bom indicador as disposições contidas nos arts. 101 a 106 dessa Lei.

Na perspectiva orçamentária, é bom que se diga, a Lei nº 4.320 já estabelece o empenho como critério de execução da despesa, lembrando-se que o termo *execução* não se pode confundir com o de *realização*. É muito fácil entender o porquê disso: para que uma despesa seja realizada em qualquer exercício, seu empenho deve ocorrer no exercício para o qual a lei do orçamento consigna os créditos orçamentários correspondentes. Sem a prévia execução orçamentária da despesa (o empenho), e essa execução só pode ocorrer no exercício fiscal em que os créditos orçamentários estão abertos e prontos para que sejam empenhados, não há a realização da despesa (liquidação e pagamento), dê-se a realização no mesmo exercício da execução orçamentária ou em exercício posterior a essa execução. Por isso, o resultado fiscal sob a perspectiva financeira, isto é, da liquidação e pagamento da despesa, subordina-se à execução orçamentária. É também por isso que a liquidação e o pagamento constituem fatos contábeis extra-orçamentários, pois o fato contábil orçamentário, que delimita a execução orçamentária da despesa, é o empenho. Se a execução orçamentária da despesa não estiver centrada no empe-

nho, mas, incorretamente, na liquidação ou no pagamento, todas as despesas que, ao final de um exercício fiscal qualquer, restarem para serem liquidadas e pagas no exercício subsequente jamais afetarão os resultados fiscais sob a perspectiva orçamentária. Como veremos mais à frente, a praticada indistinção entre fatos contábeis orçamentários e extra-orçamentários, entre resultados sob a perspectiva orçamentária e sob a financeira, tem dado lugar a muita confusão, a exemplo da adoção do elemento de resultado denominado *float* (ver nota 8).

<sup>5</sup> O empenho é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não do implemento de condição (ver art. 58 da Lei nº 4.320/64). Ele deve ocorrer até o limite dos créditos orçamentários previstos na lei do orçamento.

A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor, tendo por base os títulos e os documentos comprobatórios do respectivo crédito (ver art. 63 da Lei nº 4.320/64).

O pagamento é estágio que se dá por ordem da autoridade administrativa competente, determinando que uma despesa seja paga.

Conforme já se argumentou na nota anterior, infere-se do disposto na legislação em vigor, e essa legislação se favorece do racionalismo de suas normas, que empenho delimita a execução orçamentária da despesa, enquanto os atos de liquidação e pagamento, fenômenos extra-orçamentários, são resolutivos, dando por realizada a despesa, qualquer o exercício fiscal em que ocorram.

<sup>6</sup> Não é incorreto dizer que o pagamento implica movimentação no caixa do Poder Público, pois ele efetivamente o faz. Há incorreção, no entanto, quando se pretende reconhecer uma despesa apenas quando ocorre o seu pagamento. Isso porque a despesa, para ser reconhecida, admite que o façamos do ponto de vista orçamentário ou do extra-orçamentário ou financeiro, esta última fase culminando com o seu pagamento. E assim é não apenas porque a legislação o exige, mas também porque, em virtude da lógica ou da razão, a existência de um orçamento pressupõe que se lhe reconheça a importância da execução (ver nota 4).

<sup>7</sup> O fato gerador da despesa não se confunde com os atos de empenho ou liquidação, que são atos administrativos formais e preparatórios para o pagamento da despesa, isto é, para a realização da despesa. O fato gerador da despesa, comumente, é o implemento da condição que torna liquidável e pagável uma despesa empenhada. Trata-se da condição a que alude o art. 58, combinado ao art. 63, ambos da Lei nº 4.320/64. A eclosão do fato gerador é normalmente associada a um ponto ou segmento na linha do tempo, exatamente o momento ou o período em que o fato gerador se aper-

feição, sendo que, nem sempre, ou quase nunca, o empenho e a liquidação são contemporâneos ao fato gerador. Via de regra, o empenho antecede a eclosão do fator gerador, enquanto a liquidação e o pagamento, nessa ordem, a sucedem. Exatamente por isso, pela maior proximidade relativa entre os atos de empenho e liquidação e a eclosão do fator gerador é que se denomina regime de competência aquele que centra o reconhecimento da despesa nesses dois atos.

<sup>8</sup> De acordo com o Manual de Elaboração do Relatório Resumido da Execução Orçamentária, confeccionado e publicado pela Secretaria do Tesouro Nacional, do Ministério da Fazenda, o resultado primário é a diferença entre as receitas e as despesas não financeiras do Estado, entendidos por não financeiros os fatos contábeis que não estejam relacionados a juros, encargos da dívida, concessão e retorno de empréstimos e financiamentos, aquisições de títulos e valores mobiliários já integralizados e amortização de dívida.

O método de apuração do resultado primário de Estados, Distrito Federal e Municípios difere do da União. Neste ente da Federação, a apuração do resultado primário compreende, para cada período de apuração, as receitas arrecadadas e as despesas pagas, isto é, as despesas para as quais já hajam sido emitidas ordens bancárias de pagamento. Os demais entes da Federação, compõem o resultado primário, além das receitas arrecadadas, as despesas que estejam ou no estágio de liquidação ou no de pagamento. As despesas que hajam sido apenas empenhadas somente são consideradas se, ao final do exercício, forem inscritas em restos a pagar. Na União, portanto, desconsideram-se as despesas que se hajam processado apenas até o estágio da liquidação. Caso essas despesas, depois de liquidadas, venham a ser pagas em exercício subsequente ao de seu empenho, elas são consideradas para efeito do cálculo do resultado primário do exercício em que ocorrer o pagamento. O efeito dessas despesas pagas em exercício posterior sobre o resultado primário é denominado *float* pelo governo, adotando-se a hipótese heróica de que o efeito desse *float* sobre o resultado primário é neutro, pois, em cada exercício, o pagamento de despesas oriundas de exercícios anteriores seria equivalente ao pagamento, em exercícios posteriores, de despesas do presente exercício.

<sup>9</sup> Quando se diz que o resultado primário oferece a medida da programação financeira e do contingenciamento orçamentário, faz-se alusão indireta aos arts. 8º e 9º da Lei Complementar nº 101, de 2000. Significa dizer que o esforço de geração do resultado primário é ingrediente para efeito da elaboração da programação financeira e do cronograma de execução mensal de desembolso, assim como para, na hipótese de a consecução da meta de re-

sultado primário estar ameaçada, a adoção de medidas de limitação de empenho e movimentação financeira.

Do ponto de vista da dívida pública, o resultado primário, como grandeza, constitui a medida dos recursos que, internamente gerados pelo Estado, podem ser utilizados para a satisfação das demais despesas, isto é, das despesas que não lhe integram a base de cálculo – as despesas financeiras. Se o resultado primário se demonstra maior que as despesas financeiras a satisfazer, isso significa dizer que o resultado primário possibilita a satisfação ou o resgate antecipado da dívida pública, contribuindo para sua diminuição. Se, ao contrário, o resultado primário não é suficiente à satisfação sequer das despesas financeiras em curso, então se delinea a tendência para que as despesas financeiras sejam satisfeitas mediante a utilização de recursos de terceiros, o que contribui para o crescimento da dívida pública.

<sup>10</sup> Nas notas explicativas oferecidas ao Relatório Resumido da Execução Orçamentária de janeiro de 2003, presta-se o seguinte esclarecimento: considera-se como execução orçamentária da despesa a ocorrência do estágio da liquidação, ainda que o correspondente pagamento não se tenha efetivado. Esse critério de reconhecimento da execução da despesa aplica-se ao Balanço Orçamentário, ao Demonstrativo da Execução das Despesas por Função/Subfunção, ao Demonstrativo das Receitas e Despesas Previdenciárias do Regime Próprio dos Servidores Públicos e a outros tantos demonstrativos.

<sup>11</sup> Na legislação, a definição de dívida consolidada é oferecida pelo inciso I do art. 29 da Lei Complementar nº 101, de 2000. Segundo essa definição, a dívida consolidada (ou fundada – a sinonímia é estabelecida pela própria Lei Complementar nº 101/2000) compreende *o montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a doze meses.*

O inciso V do § 1º do art. 1º da Resolução nº 40, de 2001, do Senado Federal, dá a definição de dívida consolidada líquida: dívida pública consolidada menos as disponibilidades de caixa, as aplicações financeiras e os demais haveres financeiros. Para efeito do Demonstrativo da Dívida Consolidada Líquida, constante do Relatório de Gestão Fiscal para que se afira a consecução das metas fiscais, descontam-se do conjunto das disponibilidades de caixa, das aplicações financeiras e dos demais haveres financeiros, como elementos do ativo financeiro, as obrigações representadas pelos restos a pagar processados, isto é, as despesas que, empenhadas e liquidadas em seu exercício de ori-

gem, restam no passivo financeiro para serem pagas em exercício subsequente.

A definição de dívida consolidada líquida, mais conservadora e adequada que a constante da Resolução nº 40, do Senado Federal, origina-se de convenção adotada para a demonstração dos resultados da gestão fiscal. Observe-se que a Resolução nº 40, formalmente, não se aplica à União, mas, tão-somente, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

<sup>12</sup> De acordo com a definição contida no Manual de Elaboração do Relatório de Gestão Fiscal, aprovado pela Portaria nº 516, de 14 de outubro de 2002, da Secretaria do Tesouro Nacional, os restos a pagar não processados estão excluídos da base de cálculo da dívida consolidada líquida. Isso significa dizer que as despesas que hajam sido somente empenhadas são excluídas da apuração da dívida líquida, pois essas são as despesas que, ao final do exercício, quando inscritas em restos a pagar, são classificadas como restos não processados (normas de encerramento do exercício de 2003, baixadas pela Coordenação-Geral de Contabilidade, da Secretaria do Tesouro Nacional).

<sup>13</sup> Cabe, aqui, lembrar que o resultado primário incorpora o pagamento de quaisquer despesas – orçamentárias e extra-orçamentárias. As extra-orçamentárias abrangem os restos a pagar processados e os não processados, isto é, despesas oriundas de orçamentos de exercícios anteriores que restaram para serem pagas no exercício em curso e que transitaram apenas até o estágio da liquidação, ou seja, ou foram apenas empenhadas ou foram empenhadas e liquidadas. Ao pagamento de restos, processados ou não processados, dá-se a denominação *float*, cabendo chamar a atenção para a hipótese heróica comentada na nota de rodapé 8. A apuração do resultado primário, portanto, desconsidera os empenhos (com ou sem liquidação) feitos contra as dotações do exercício de sua competência, incorporando, no lugar dessas despesas orçamentárias (empenhos com ou sem liquidação), o pagamento das despesas orçamentárias que restaram de exercícios anteriores. Como a hipótese heróica do *float* implica que o pagamento de despesas de exercícios anteriores, sempre que se apura o resultado primário, equivale ao pagamento de despesas do orçamento cuja execução está em curso em exercícios subsequentes, parte-se do pressuposto, para a fixação da meta de resultado primário, que os restos a pagar, processados ou não processados, nenhuma interferência produzem nesse resultado. Essa hipótese, obviamente, é falsa, assim como o são todos os pressupostos que procuram fundamentá-la, pelo menos no caso brasileiro.

<sup>14</sup> Na apuração da dívida consolidada líquida, desconsideram-se os restos a pagar não processados, isto é, as despesas que, empenhadas num exer-

cício, restaram para serem pagas em exercício subsequente (ver nota de rodapé 11).

<sup>15</sup> O raciocínio aqui é simples: somente depois de liquidadas é que as despesas reúnem condições para serem pagas. Portanto, enquanto apenas empenhadas, e uma vez inscritas em restos a pagar não processados, as despesas deixam de existir, seja para a apuração do resultado primário, seja para a da dívida consolidada líquida. Quando liquidadas e reclassificadas para restos a pagar processados, as despesas passam a compor o cálculo da dívida consolidada líquida, não obstante continuem a ser desconsideradas para efeito da apuração do resultado primário. É somente com o pagamento que as despesas passam a ser consideradas para todos os efeitos. Essa prática representa, de fato, o reconhecimento retardado de fatos contábeis relevantes para efeito tanto da fixação quanto da apuração dos resultados fiscais. O recurso à hipótese heróica do *float* termina por tornar incomparáveis o resultado primário fixado como meta e aquele apurado na gestão fiscal. É que o pagamento de despesas de exercícios anteriores, inscritas em restos a pagar, não exhibe o comportamento neutro que se lhe quer impingir com o recurso à hipótese heróica.

<sup>16</sup> A respeito de dívida flutuante, ver a nota seguinte.

<sup>17</sup> É interessante perceber existir alguma, não toda, simetria entre os significados dos termos *float* e *flutuante*, seja na linguagem cotidiana, seja em discurso com função técnica, especialmente no campo das finanças públicas. Vale notar, no entanto, que, com a ascensão do termo *float* no campo das finanças, perdeu-se, quase que por completo, a noção da importância do termo flutuante, particularmente na acepção que lhe empresta a legislação de Direito Financeiro. A Lei nº 4.320, desde 1964, define *dívida flutuante* em seu capítulo sobre a contabilidade orçamentária e financeira, esclarecendo que fazem parte da sua composição os restos a pagar, os serviços da dívida a pagar, os depósitos (de terceiros) e os débitos de tesouraria (a exemplo de obrigações decorrentes de empréstimos por antecipação de receita orçamentária). A despeito disso, na legislação mais recente, inclusive nas normas de hierarquia infralegal, assim nas práticas que têm merecido larga aplicação, vem-se ignorando o conceito de dívida flutuante e a importância desse grupo de elementos patrimoniais para efeito do acompanhamento e da avaliação da gestão fiscal. Há exemplos disso na Lei Complementar nº 101/2000, especialmente em seu conceito restritivo de dívida pública (consolidada ou fundada), na Resolução nº 40/2001 do Senado Federal, em que a dívida flutuante é desconsiderada na apuração da dívida consolidada líquida, e nas leis de diretrizes orçamentárias e orçamentária anual, em que a dívida

flutuante (o *float*, melhor dizendo) é neutra do ponto de vista dos resultados fiscais (hipótese heróica), assim como nos manuais que orientam a elaboração dos relatórios sobre a execução da política fiscal.

<sup>18</sup> Sobre *float* e sua hipótese heróica, ver nota de rodapé 8.

<sup>19</sup> A respeito das normas de encerramento, ver nota de rodapé 12.

<sup>20</sup> Lembra-se, aqui, que o resultado financeiro, como a diferença entre o ativo e o passivo financeiro, pode ser superavitário ou deficitário. De acordo com o inciso I do § 1º do art. 43 da Lei nº 4.320/64, o superávit financeiro, apurado em balanço patrimonial do exercício anterior, constitui fonte de recursos para o fim da abertura de créditos adicionais suplementares ou especiais.

<sup>21</sup> Aqui, utiliza-se a definição de dívida fundada que é oferecida pelo art. 98 da Lei nº 4.320, de

1964: *a dívida fundada compreende os compromissos de exigibilidade superior a doze meses, contraídos para atender a desequilíbrios orçamentários ou a financeiros de obras e serviços públicos*. A utilização do conceito de dívida fundada facilita a argumentação porque, no conjunto das obrigações do Estado, a dívida fundada e a flutuante justapõem-se, uma em relação à outra. O conceito de dívida consolidada, como é dado pela Lei Complementar nº 101, de 2000, não parece suficientemente preciso, até porque se admitem variantes desse conceito, como o da dívida consolidada líquida, constante da Resolução nº 40/2001, do Senado Federal, e aquele a que se faz referência no Relatório Resumido da Execução Orçamentária, que não é nem o da Resolução do Senado nem o previsto na Lei Complementar nº 101.

<sup>22</sup> A respeito da mensagem presidencial, ver nota de rodapé 2.